

REVISTA
TRABALHISTA
Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano I, 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).

© 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 5199.6

Dezembro, 2014

PRESIDENTE ANAMATRA
PAULO LUIZ SCHMIDT

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.

ANDRÉ MACHADO CAVALCANTI

Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de João Pessoa/Unipê. Diretor de Formação e Cultura da Anamatra (gestão 2013-2015). Juiz Titular da Vara de Catolé da Rocha/PB.

CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Membro Benemérito do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Professor de Direito do Trabalho do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da AMATRA 12. Professor *honoris causa* da Academia Catarinense da Advocacia Trabalhista. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB-SC. Juiz Titular da 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis – 12ª Região (SC).

CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA

Graduado pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito pela PUC/SP. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC/MG. Juiz do Trabalho Titular da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG.

FABIO PETRUCCI

Professore a contratto presso la Libera Università degli studi di Roma LUISS per l'insegnamento del Diritto della previdenza complementare. Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza presso l'Università degli studi di Roma, "Tor Vergata". Responsabile scientifico dell'Anamatra (Associazione nazionale dei giudici del lavoro brasiliani) per le iniziative di formazione dei giudici del lavoro brasiliani da svolgersi in Italia. Ha conseguito la specializzazione, triennale, presso la Scuola di Diritto del lavoro dell'Università di Roma "La Sapienza". Dirigente Responsabile dell'Ufficio Legale e Affari generali della Cassa Nazionale di Previdenza degli Ingegneri e Architetti italiani (Inarcassa). Avvocato. Componente di vari comitati scientifici di riviste giuridiche fra cui la "Revista de Direito Economico e sociambiental".

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

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região/BA. Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/ UFBA. Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região/EMATRA 5. Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (2005-2011; 2013-).

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

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

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor do Curso de Graduação em Direito da Unisul – Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB/SC. Membro da Comissão Técnico-Científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/SC (2006-2007). Juiz titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão – 12ª Região/SC.

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 Adjunto da Universidade Estadual de Londrina.

Sumário

| | |
|---|-----|
| <i>Abreviaturas e siglas usadas</i> | 9 |
| <i>Editorial</i> | 11 |
| <i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sententas</i> | 13 |
| Doutrina | |
| A função revisora dos tribunais — a questão da valorização das decisões de primeiro grau — uma proposta <i>de lege ferenda</i> : a sentença como primeiro voto no colegiado <i>Ben-Hur Silveira Claus, Ari Pedro Lorenzetti, Ricardo Fioreze, Francisco Rossal de Araújo, Ricardo Martins Costa e Márcio Lima do Amaral</i> | 17 |
| Igualdade e não discriminação no ambiente de trabalho: uma questão constitucional de inclusão (e de proteção) do trabalhador portador de VIH/SIDA <i>Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima</i> | 29 |
| A negociação coletiva como pressuposto da dispensa em massa de trabalhadores: uma perspectiva luhmanniana do procedimento como mecanismo de legitimidade e controle <i>Caroline Ferreira Ferrari</i> | 49 |
| A conciliação judicial nos dissídios individuais trabalhistas e sua compatibilização com o princípio da indisponibilidade <i>Flávia Pacheco</i> | 61 |
| Um espectro ronda o princípio da continuidade... <i>Geovane de Assis Batista</i> | 75 |
| Da (in)constitucionalidade da nova base de cálculo do adicional de periculosidade dos empregados eletricitários estabelecida pela Lei n. 12.740/2012: uma análise a partir da proibição do retrocesso <i>Neuber Teixeira dos Reis Júnior</i> | 111 |
| Comparativo entre o projeto do Novo Código de Processo Civil como forma de garantia fundamental ao procedimento e o processo do trabalho <i>Paulo Fernando Santos Pacheco</i> | 119 |

| | |
|---|-----|
| Proteção: o princípio do Direito do Trabalho <i>Valdete Souto Severo</i> | 133 |
| Alguns problemas da execução. Pensão decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional. Constituição de capital <i>Luiz Alberto de Vargas e Vania Cunha Mattos</i> | 149 |
| Estabilidade decenal ainda vigente <i>Edilton Meireles</i> | 161 |
| Jurisprudência | |
| — Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho | |
| Tribunal Superior do Trabalho..... | 173 |
| Tribunal Superior do Trabalho..... | 197 |
| Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região | 211 |
| Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região | 219 |
| Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Seção de Dissídios Coletivos | 223 |
| — Sentenças | |
| 2ª Vara do Trabalho de Goiânia – GO..... | 251 |
| 8ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR..... | 265 |
| Vara do Trabalho de Rancharia – SP | 277 |
| Índice Geral | 291 |

Abreviaturas e Siglas Usadas

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

Editorial

Tramita no Senado Federal o PLS n. 166/2010, que trata da reforma do texto do Código de Processo Civil — CPC, cujo texto deverá trazer inovações que tornem o processo mais moderno e ágil mediante a superação de regras e técnicas já ultrapassadas e que não se coadunam com a Justiça efetiva e célere esperada por todos.

Entretanto, o trâmite do processo legislativo permitiu modificações que desviaram o foco do alvo traçado, notadamente no que toca ao processo do trabalho, eis os princípios que o norteiam foram desvirtuados e a sua própria finalidade, esquecida. O legislador, a prevalecer o texto em análise, terá desassociado o processo do direito material do trabalho, esquecendo-se de que aquele é um mero instrumento, e não um fim em si mesmo.

A redação que se propõe para o art. 15, acaso confirmada, revelará claro descompromisso do legislador com os princípios que direcionam o processo trabalhista em prol do hipossuficiente que busca a reparação de lesões aos seus direitos sociais, com repercussões sobre verbas de natureza eminentemente alimentar, e causará profundo retrocesso no sistema de Justiça brasileiro.

Ao se dispor que “*Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”, deixou-se de observar que o processo do trabalho possui um sistema de normas (princípios e regras) totalmente distintos do processo civil e, mais ainda, do Código de Processo Civil. A integração das lacunas no processo do trabalho é de cunho axiológico e principiológico, conforme estabelece a parte final do art. 769 da CLT, preceito de antiga aplicação e já sedimentado no âmbito trabalhista.

O processo do trabalho exige uma relevante filtragem principiológica das regras do processo civil, que poderá ser perturbada pela alteração proposta na Câmara dos Deputados. Por tal motivo, a inclusão do processo do trabalho no art. 15 do projeto suscitará inúmeras dúvidas interpretativas, inclusive sobre eventual derrogação da norma estabelecida há muito na CLT, gerando insegurança e tumulto no andamento das demandas.

Além disso, a regra do art. 769 da CLT não é apenas mais apropriada no aspecto sistemático do que a do art. 15 proposto, mas também mais ampla. Com efeito, o art. 769 da CLT estabelece que nos “*casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*”. Observa-se, portanto, que não é o Código de Processo Civil a fonte subsidiária do direito processual do trabalho, mas o “direito processual comum”, o que inclui inúmeras regras esparsas, com a Lei dos Juizados Especiais e as regras processuais do Código de Defesa do Consumidor, sem excluir, de qualquer forma, a aplicação supletiva do CPC.

O diálogo das fontes no processo do trabalho, portanto, é mais amplo e já se encontra suficientemente sedimentado por meio dessa regra da CLT. Assim, limitar a integração das lacunas no processo do trabalho apenas ao CPC representaria um inegável retrocesso no âmbito do processo do trabalho.

Temos levado a nossa preocupação aos parlamentares visando à supressão dessa redação que, aos olhos da Anamatra, revela-se indevida, na certeza de que cabe à entidade, inclusive por previsão estatutária, lutar por uma Justiça do Trabalho mais efetiva.

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. Da finalidade

1.1. A *Revista Trabalhista Direito e Processo* tem por finalidade promover o debate e a reflexão crítica sobre os principais temas de competência da Justiça do Trabalho. Para tanto, se propõe a divulgar a produção científica de magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados, bem como de outros profissionais do Direito.

2. Da Comissão Editorial

2.1. Caberá à Comissão Editorial da Revista analisar, aprovar e selecionar as sentenças, os acórdãos e os artigos científicos a serem publicados.

2.2. Da decisão da Comissão não caberá pedido de reconsideração ou recurso.

3. Do encaminhamento

3.1. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos deverão ser encaminhados virtualmente apenas para endereço eletrônico que constará em cada edital que será publicado no sítio da Anamatra na internet, sob a forma de anexo à mensagem eletrônica.

3.2. O encaminhamento dos artigos científicos autoriza automaticamente a publicação. Caso opte pela posterior desautorização, o autor deverá proceder à comunicação pelo mesmo endereço eletrônico constante no subitem anterior, até o prazo de dez dias antes do encaminhamento do material pela comissão à editora.

3.3. Da mensagem eletrônica, deverá constar o endereço completo (residencial ou profissional) do autor para posterior encaminhamento de um exemplar com o trabalho publicado.

4. Das Sentenças e dos Acórdãos — Requisitos

4.1. As sentenças e os acórdãos encaminhados para publicação poderão versar sobre qualquer matéria.

4.2. Os acórdãos estão limitados ao máximo de três por desembargador ou ministro.

4.3. As sentenças e os acórdãos deverão ser remetidos, obrigatoriamente, acompanhados da data de publicação no Diário Oficial ou com a indicação da audiência em que foram publicados, constando, inclusive, o número dos autos do processo em que foram proferidos.

4.4. Já tendo sido publicada a sentença ou o acórdão, o prolator/relator deverá, obrigatoriamente, indicar em que veículos houve a publicação.

5. Dos artigos científicos — Requisitos

5.1. Os artigos científicos terão tema livre, devendo ser, preferencialmente, inéditos no Brasil.

5.2. Os artigos científicos deverão ser encaminhados devidamente corrigidos do ponto de vista ortográfico.

5.3. Os artigos científicos observarão, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

5.3.1. conterão entre cinco e trinta páginas, preparados em formato *Microsoft Word*;

5.3.2. os textos conterão, obrigatoriamente, a seguinte estrutura: a) título (e subtítulo, se houver); b) nome do autor; c) qualificação sucinta do autor (em nota de rodapé); d) resumo em português, com o máximo de duzentas palavras; e) mínimo de três e máximo de seis palavras-chaves que representem o conteúdo do texto; f) sumário; g) introdução; h) corpo do texto; i) considerações finais; j) referências bibliográficas; e k) data de elaboração, devendo ser, preferencialmente, recente;

5.3.3. a referência ao autor do artigo (subitem 5.3.2, alínea “b”) deverá conter os dados relativos à sua maior titulação acadêmica, além do cargo que ocupa na respectiva Região da Justiça do Trabalho, com indicação do Estado da Federação em caso de magistrado ou de membro do Ministério Público do Trabalho. O autor, se for o caso, deverá identificar-se como mestrando ou doutorando, assumindo a obrigação de lançar a publicação no seu currículo plataforma LATTES mantido no site do CNPQ: <<http://www.cnpq.br>>;

5.3.4. as citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé, de acordo com as normas atualizadas da ABNT; não serão aceitos trabalhos com citação do tipo autor-data;

5.3.5. as referências bibliográficas deverão vir no final do texto;

5.3.6. as citações de textos de outros autores que ultrapassem três linhas devem ser feitas em parágrafo apartado, com recuo de 4 cm e sem aspas; as demais citações deverão vir no corpo do texto, entre aspas;

5.3.7. com o encaminhamento dos artigos, os seus autores automaticamente autorizam a Anamtra e a LTr Editora a realizar pequenas correções gramaticais que não alterem o teor do trabalho.

5.3.8. a Comissão Editorial poderá convidar autores a publicar artigos na Revista, sendo um a cada número do periódico, caso em que, dada a relevância do tema ou a notoriedade do seu autor, será dispensada a observância aos requisitos de que trata o item “3.1”.

6. Da não observância dos requisitos formais

6.1. Os trabalhos que não observarem as normas deste edital, especialmente as formais, serão devolvidos aos seus autores, para readequação em oito dias, sob pena de não publicação.

7. Disposições gerais

7.1. O encaminhamento das sentenças, dos acórdãos e dos artigos científicos autoriza automaticamente a sua publicação (ver subitem 3.2).

7.2. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos recebidos para seleção não serão devolvidos e poderão ser publicados em números posteriores do periódico, a critério da Comissão Editorial, permanecendo no banco de dados da Revista, sendo desnecessária nova autorização do prolator/relator/autor.

7.3. Caso o remetente não concorde com a publicação nos números posteriores da Revista, deverá informar expressamente na mensagem de encaminhamento.

7.4. O conteúdo dos artigos científicos é de responsabilidade exclusiva de seus autores.

7.5. Não haverá nenhuma retribuição pecuniária pelos artigos enviados ou publicados, uma vez que a simples remessa para publicação importa a renúncia dos direitos autorais de natureza patrimonial.

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

A função revisora dos tribunais — a questão da valorização das decisões de primeiro grau — uma proposta *de lege ferenda*: a sentença como primeiro voto no colegiado

Ben-Hur Silveira Claus⁽¹⁾, Ari Pedro Lorenzetti⁽²⁾, Ricardo Fioreze⁽³⁾, Francisco Rossal de Araújo⁽⁴⁾, Ricardo Martins Costa⁽⁵⁾ e Márcio Lima do Amaral⁽⁶⁾

Resumo:

- ▶ O presente artigo trata da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária, abordando o tema na perspectiva da valorização das decisões de primeiro grau de jurisdição, perspectiva sob a qual fórmula uma proposta original para conferir tal valorização às sentenças. Trata-se da proposta de tornar a sentença de primeiro grau de jurisdição integrante da votação do recurso no órgão colegiado, na condição de primeiro voto no colegiado recursal. Uma proposta *de lege ferenda* capaz que induzir às reflexões que, sob a inspiração das garantias constitucionais da jurisdição efetiva e da razoável duração do processo, o tema da recorribilidade excessiva reclama dos operadores jurídicos.

Palavras-chave:

- ▶ Administração da Justiça — Função revisora dos tribunais — Duplo grau de jurisdição — Legitimação da jurisdição de primeiro grau — Efetividade da jurisdição — Razoável duração do processo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A eliminação de recurso da sentença na história
- ▶ 3. A eliminação de recurso da sentença no direito trabalhista brasileiro

(1) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região).

(2) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde – GO (18ª Região).

(3) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Encantado – RS (4ª Região).

(4) Juiz Titular da 16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS (4ª Região).

(5) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Gramado – RS (4ª Região).

(6) Juiz do Trabalho Substituto – RS (4ª Região).

- ▶ 4. A execução definitiva da sentença na pendência de recurso
- ▶ 5. A execução provisória da sentença na pendência de recurso
- ▶ 6. A sentença como primeiro voto no colegiado
- ▶ 7. O fenômeno do prévio eclipse da sentença pelo acórdão
- ▶ 8. As virtudes da proposta da sentença como primeiro voto
- ▶ 9. Conclusão
- ▶ 10. Referências bibliográficas

“À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório. A legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos.”

(Ovídio A. Baptista da Silva)

1. Introdução

Dando prosseguimento à discussão acerca da função revisora dos tribunais e das suas relações com a efetividade da justiça e com a legitimação institucional da jurisdição de primeiro grau, o presente capítulo tem por objetivo examinar as diversas formas de valorização das decisões de primeiro grau de jurisdição e apresentar para o debate uma proposta original a fim de realizar essa valorização da sentença.

Tem progredido a formação de consenso entre os operadores jurídicos em torno do entendimento de que enquanto não houver uma clara política judiciária e legislativa de prestígio às decisões de primeiro grau de jurisdição, deveremos renunciar à ilusão da efetividade da jurisdição. A necessidade da valorização das decisões de primeiro grau de jurisdição, uma vez assumida como um objetivo a ser criteriosamente perseguido, tem provocado ricas reflexões acerca do *modo* de se alcançar tal desiderato. Há vários modos de valorizar a jurisdição de primeiro grau. Em síntese, trata-se de conferir maior eficácia à decisão originária, o que constitui, talvez, a maneira

mais produtiva de efetivar a garantia constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Para MARCOS NEVES FAVA, a atual cultura da recorribilidade excessiva alimenta a utilização abusiva de recursos, isso porque “... o congelamento da sentença de primeiro grau, até julgamento definitivo pelo Tribunal Regional do Trabalho, traduz-se em convite ao recalcitrante, para que recorra, mesmo, obtendo, com isto, farto tempo de não pagar”⁽⁷⁾.

2. A eliminação de recurso da sentença na história

Por vezes, a valorização da sentença é pensada de forma mais aguda, como ocorre quando o modo de sua apresentação é a própria supressão do recurso, realidade histórica vivida, por exemplo, no direito romano clássico, de acordo com a pesquisa de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA⁽⁸⁾. Nessa época, não havia recurso da

(7) FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009. p. 167.

(8) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia — o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239-40: “O sentido burocrático, inerente à ideia de recurso, revela-se muito claro quando consideramos que, no direito romano clássico, não havia recursos. Embora este fenômeno tenha muito pouco a ver com a cultura moderna, a comparação é útil para dar-nos uma ideia do grau de legitimidade de que gozam os juizes dos escalões inferiores, medida pela extensão do sistema recursal. No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema político abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria

sentença do juiz; o contraditório e o direito de defesa eram exercidos em única instância.

No âmbito do direito estrangeiro, essa foi a solução defendida por MAURO CAPPELLETTI por ocasião da reforma que o processo civil italiano estava por realizar na década de 1970, no que dizia respeito à matéria de fato. Na ocasião, o ilustre jurista propunha que na reforma do CPC italiano de 1942 se eliminasse a possibilidade de recurso para a matéria de fato; o recurso da sentença limitar-se-ia a erros de direito — substancial e processual. O professor da Universidade de Florença estava a sustentar que se preservasse a possibilidade de recurso apenas para matéria jurídica em sentido estrito, não mais se facultando às partes recorrer da matéria de fato, cujo exame ficaria então restrito ao primeiro grau de jurisdição.

Nada obstante tenha assinalado a necessidade da realização de um criterioso julgamento pelo juízo de primeiro grau, MAURO CAPPELLETTI defendia a eliminação da apelação, que era a modalidade de recurso de natureza ordinária que possibilitava às partes recorrer da sentença quanto à matéria de fato. A possibilidade de recurso deveria, no seu entender, ficar circunscrita ao recurso de cassação civil⁽⁹⁾, que era a modalidade de recurso de natureza extraordinária do sistema italiano destinado ao reexame da matéria jurídica em sentido estrito (portanto, excluído o reexame da matéria de fato). Ao comentar a reforma processual em

ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório. A legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos.” Pesquisa sobre o tema no direito comparado é encontrada na obra de José Carlos Matos Peixoto, *Recurso extraordinário*, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1937, conforme indica Antônio Álvares da Silva, na sua obra *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. Editora LTr, São Paulo, 2007. p. 24. José Carlos Matos Peixoto refuta a ideia de que o recurso seja um verdadeiro direito natural, demonstrando que há povos que admitiram e outros que não admitiram recursos.

(9) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 281-282.

curso em seu país à época, CAPPELLETTI ponderava:

Bastante mejor es tratar de tener, como en los sistemas anglosajones y en tantos otros, un cuidado juicio de primer grado, *final* en lo que concierne a las cuestiones de hecho, y abierto solamente a una impugnación por *errores de derecho*, sustancial y procesal, antes que a un verdadero y propio re-examen del mérito de la causa.⁽¹⁰⁾

A supressão de recurso em matéria de fato também foi defendida por magistrados do trabalho integrantes da 15ª Região. Ao formular proposta de reforma do direito processual do trabalho brasileiro no ano de 2010, os referidos magistrados postularam que “... o recurso ordinário seja cabível no que se refere a questões de direito, ou seja, não atingindo as matérias fáticas”⁽¹¹⁾.

Por sua vez, registra MOREIRA ALVES que, em alguns sistemas jurídicos ocidentais, existem:

notáveis restrições de talhe diverso à atividade cognitiva do juízo recursal. Merece realce a propensão a limitar às questões de direito — ainda que não em termos absolutos — a cognição da segunda instância. Assim, por exemplo, em Portugal, só em casos raros pode o órgão julgador da apelação modificar o pronunciamento do tribunal inferior em matéria de fato (Código de Processo Civil, art. 712, n. 1). Os ordenamentos anglo-saxônicos são igualmente refratários, em larga medida, à possibilidade de uma revisão *ex novo* das *quaestiones facti* no julgamento do *appeal*, notadamente no que tange à prova testemunhal, e acima de tudo quando se trata de um veredicto de júri — hipótese ainda frequente nos Estados Unidos, se bem que cada vez menos na Inglaterra, onde o *trial by jury* tende a desaparecer no campo

(10) Obra citada, p. 279-280 (grifos no original).

(11) FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix*: por um novo processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 88.

civil. Análoga orientação repercute alhures em importante setor da doutrina, que de algum tempo para cá vem preconizando o regime da instância única para as questões de fato; a tese insere-se no forte movimento de ideias ordenado à maior valorização do procedimento e da decisão de primeiro grau...⁽¹²⁾

No México, não se admite recurso em matéria trabalhista, conforme pesquisa de ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA⁽¹³⁾.

3. A eliminação de recurso da sentença no direito trabalhista brasileiro

A eliminação de recurso é solução defendida entre nós pelo jurista LUIZ DE PINHO PEDREIRA DA SILVA.

Entrevistado pela Associação Nacional dos Magistrados dos Trabalho — Anamatra, o magistrado aposentado e professor sustenta que a eliminação de recursos é necessária para desafogar a Justiça do Trabalho, esclarecendo seu ponto de vista da seguinte forma:

Sou até partidário da instância única, porque um jurista argentino amigo meu, a meu convite, fez certa vez aqui, na Justiça do Trabalho, uma conferência sobre a instância única e dizia: 'Ah, porque a primeira instância pode errar. Muitas vezes, a primeira instância acerta e quem erra é a segunda.' Então, o que interessa é uma solução rápida e imediata, se possível, do processo.⁽¹⁴⁾

(12) ALVES, José Carlos Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 404-405.

(13) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 36: "A legislação de outros países vai mais adiante ainda. Em vez de prever, em proveito do empregado efetivo devolutivo, não admitem nenhum recurso, como é o caso da Lei Federal del Trabajo mexicana, art. 848: 'Las resoluciones de las Juntas no admitten ningún recurso. Las Juntas no pueden revocar sus resoluciones. Las partes pueden exigir la responsabilidad en que incurran los miembros de la Junta.'"

(14) *Revista da Anamatra*, ano XVII, n. 55, 2ª sem. 2008, p. 57 — excerto da entrevista — Luiz de Pinho Pedreira da Silva é juiz do trabalho aposentado e professor da

No direito processual do trabalho brasileiro, essa forma aguda de valorização da sentença foi adotada pelo legislador no procedimento sumário instituído pela Lei n. 5.584/70, procedimento no qual se eliminou recurso da sentença nas causas de até dois (2) salários mínimos, excepcionada apenas a rara hipótese de violação à Constituição (art. 2º, § 4º)⁽¹⁵⁾. A eliminação de recurso da sentença foi proposta também no projeto de lei que instituiu o procedimento sumariíssimo trabalhista, aplicável às causas no valor de até quarenta (40) salários mínimos. Não tivesse sido vetado o projeto de lei nesse aspecto, a sentença proferida no procedimento sumariíssimo não comportaria recurso, salvo nas estritas hipóteses de: a) violação literal da lei; b) contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do TST; ou c) violação direta da Constituição da República⁽¹⁶⁾. O que aumentaria ainda mais a efetividade do procedimento sumariíssimo. Uma das propostas formuladas por FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, para conferir maior efetividade à jurisdição, é a de se elevar

pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

(15) Lei n. 5.584/70, "Art. 2º Nos dissídios individuais, proposta a conciliação, e não havendo acordo, o Presidente da Junta, ou o Juiz, antes de passar à instrução da causa, fixar-lhe-á o valor para a determinação da alçada se este for indeterminado no pedido.

(...)

§ 3º Quando o valor fixado para a causa, na forma deste artigo, não exceder de 2 (duas) vezes o salário mínimo vigente na sede do Juízo, será dispensável o resumo dos depoimentos, devendo constar da Ata a conclusão da Junta quanto à matéria de fato.

§ 4º Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação (red. Lei n. 7.402/85)."

(16) O inciso I do § 1º do art. 895 da CLT previa a eliminação de recurso ordinário da sentença proferida no procedimento sumariíssimo, salvo nas estritas hipóteses de violação literal da lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do TST ou violação direta da Constituição da República. O referido preceito foi objeto de veto do Chefe do Poder Executivo, veto não derrubado pelo Congresso Nacional.

para 60 salários mínimos o limite do valor da causa para o procedimento sumariíssimo e de se aumentar a alçada especial de 2 para 40 salários mínimos⁽¹⁷⁾.

Depois de mencionar os fundamentos adotados pelos autores contrários ao duplo grau de jurisdição, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO argumentam que, não obstante as inconveniências apontadas pelos opositores:

é sempre mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conformou. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança; e está psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição superior.⁽¹⁸⁾

Ainda podem ser encontrados na doutrina outras justificativas para a existência do duplo grau de jurisdição, como a purificação da sentença, escoimando-a de erros⁽¹⁹⁾.

Tais argumentos, no entanto, conforme demonstra MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, não resistem a uma análise mais atenta, principalmente em matéria trabalhista. Segundo esse autor, se fosse levada em conta a insatisfação do vencido, dever-se-ia oferecer ao recorrido, em caso de inversão da sucumbência, novo recurso ordinário, a fim de aliviar seu inconformismo psicológico. No que tange

ao propalado aperfeiçoamento das decisões de primeiro grau, lembra o jurista paranaense que há casos em que “um mau acórdão substitui uma boa sentença”, conforme já observara Ulpiano: “ninguém ignora o quão necessário e frequente é o uso da apelação, porque, sem dúvida, corrige a iniquidade ou a injustiça dos julgadores, embora, às vezes, reforme para pior sentenças que foram bem proferidas, porquanto o julgar por último não é razão para julgar melhor.”⁽²⁰⁾

Relativamente à composição dos juízos revisores, convém não olvidar que os órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho já foram colegiados. E não se pode afirmar que tenha havido perda de qualidade das sentenças em consequência da extinção da representação classista. No que respeita “à alegação (ou suposição) de possuírem os juízes dos graus superiores maior conhecimento jurídico das questões suscitadas na ação e apreciadas na sentença, não se há, *venia permissa*, como reconhecer-lhe eficácia plena, vez que pressupõe serem o saber e a cultura jurídicos produtos do tempo, da prática reiterada, da vivência”, o que não é exato. Além disso, lembra o mesmo autor que há magistrados nos tribunais com menos experiência do que os juízes de primeiro grau, por serem escolhidos entre Advogados e membros do Ministério Público. Acrescenta o jurista paranaense que supor maior conhecimento nos membros dos tribunais importaria transformar os juízes de primeiro grau em *aprendices para resolver mal los asuntos*, de modo a ser imprescindível a existência de órgãos superiores, incumbidos de *corregir los errores de aquellos*, na precisa observação de *Tomas Jofré*. De outra parte, sustentar que “sabendo que a sua sentença

(17) OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São paulo: RT, 2007. p. 108: “Para que se dê verdadeira eficácia à sentença proferida no rito sumaríssimo celetista, é necessário que se eleve para sessenta salários mínimos o valor paramétrico e que se dê uma alçada especial de quarenta salários mínimos, valorizando a decisão primária e evitando que as jurisdições *ad quem* se assoberbem de recursos, em sua grande maioria protelatórios.”

(18) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 75.

(19) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10 ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 62.

(20) “Appellandi usus quam sit frequens quanque necessarius, nemo est qui nesciat; quippe cum iniquitatem iudicantium, vel imperitiam corrigat, licet nonnumquam bene latas sententias in pejus reformat; neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimas sententiam latatus est.” (Digesto, Livro XLIX, Fragmento 1º, “De appellationibus et relationibus”).

poderá ser apreciada pelo órgão da jurisdição superior, via interposição do recurso”, o juiz “tratará de elaborá-la com maior atenção e zelo, é insinuar, *data venia*, que os magistrados de primeiro grau são pessoas irresponsáveis e que requerem, por este motivo, uma vigilância por parte dos órgãos da jurisdição superior”. Assim, embora o jurista citado não se poste ao lado dos que defendem a completa eliminação dos recursos, discorda da amplitude com que são franqueadas as vias recursais em matéria trabalhista⁽²¹⁾.

Convém lembrar, ademais, que hoje não há dúvidas quanto ao cabimento da ação rescisória no âmbito trabalhista, havendo, inclusive, previsão expressa na CLT a respeito (art. 836)⁽²²⁾. E as hipóteses em que se admite a rescisão da sentença são suficientemente amplas para corrigir eventuais vícios que maculam de forma grave a decisão transitada em julgado. Diante disso, dada a abrangência da ação rescisória, na legislação atual, a parte prejudicada sempre terá um meio de evitar prejuízos mais graves decorrentes de eventuais equívocos verificados nas sentenças, sem que a supressão do recurso ordinário represente um risco irreversível de se acobertar uma injustiça. Afora isso, existem decisões cujos vícios podem ser invocados a qualquer tempo, independentemente do manejo da ação rescisória, como

(21) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 63. No sentido de determinada restrição à recorribilidade no processo do trabalho, observa o autor que “é de sugerir-se que, *de lege ferenda*, procure-se restringir a possibilidade de interposição de recursos das decisões proferidas pelos órgãos da Justiça do Trabalho, tendo em vista que a atual amplitude, com que isso ocorre, se manifesta atentatória à necessidade indeclinável de rápida formação da coisa julgada; a existência de um terceiro grau de jurisdição, mesmo com as apontadas dificuldades de acesso ao TST, pela revista, contribui, longe de dúvida, para a frustração desse anseio de celeridade na constituição da *res judicata* material” (p. 59).

(22) Embora, atualmente, isso nos pareça natural, não podemos ignorar que o ingresso da ação rescisória no âmbito da Justiça do Trabalho foi precedido de intensos debates até se firmar como corrente vitoriosa na jurisprudência (Súmula n. 144 do TST) e doutrina.

é o caso da falta ou nulidade da citação para o processo no qual aquelas foram proferidas (CPC, art. 475-L, I).

4. A execução definitiva da sentença na pendência de recurso

Autorizar a execução definitiva da sentença na pendência de recurso é outra forma de valorizar a decisão de primeiro grau de jurisdição. Um exemplo é encontrado na ação de cumprimento da sentença normativa (CLT, art. 872, parágrafo único). A Lei n. 4.725/65 permite a execução definitiva das vantagens reconhecidas independentemente do trânsito em julgado da sentença normativa. Tal conclusão decorre da previsão legal que declara irrepetíveis as vantagens recebidas pelo empregado por força da execução da sentença proferida na ação de cumprimento da sentença normativa (art. 6º, § 3º),⁽²³⁾ conforme o magistério de VALENTIN CARRION: “O recurso tem efeito só devolutivo e a execução é definitiva, posto que o provimento do recurso não importa na restituição das vantagens (Lei n. 4.725, art. 6º, § 3º).”⁽²⁴⁾ E a Súmula n. 246 do TST, embora não o diga de forma explícita, sugere o caráter definitivo da execução da sentença proferida na ação de cumprimento, ao assentar que “É dispensável o trânsito em julgado da sentença normativa para propositura da ação de cumprimento”, harmonizando-se com a mencionada previsão legislativa (Lei n. 4.725/65, art. 6º, § 3º) e com a doutrina citada.

5. A execução provisória da sentença na pendência de recurso

Permitir a execução provisória da sentença na pendência de recurso é uma forma mais

(23) Lei n. 4.725/65: “Art. 6º Os recursos das decisões proferidas nos dissídios coletivos terão efeito meramente devolutivo.

(...)

§ 3º O provimento do recurso não importará na restituição dos salários e vantagens pagos, em execução do julgado.”

(24) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 717.

tênu de valorizar a decisão de primeiro grau, porém, importante. Essa é a regra no processo do trabalho (CLT, art. 899, *caput*)⁽²⁵⁾, diversamente do que ocorre no processo civil, em que o duplo efeito é a regra (CPC, art. 520, primeira parte)⁽²⁶⁾.

A execução provisória vai até a penhora⁽²⁷⁾. Contudo, pode haver o pagamento do exequente nas hipóteses previstas no art. 475-O, III, § 2º, I e II, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (CLT, art. 769), independentemente de prestação de caução, conforme preconiza ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA⁽²⁸⁾.

Previstas em lei, essas formas de valorização de sentença foram todas objeto de estudo da doutrina. Seu inventário é útil quando se apresenta uma nova forma de pensar a valorização da sentença, pois permite o cotejo e o exame crítico da novidade proposta.

6. A sentença como primeiro voto no colegiado

Uma forma original de valorização da sentença foi concebida pelo desembargador

(25) CLT: “Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a sentença.”

(26) CPC: “Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I – homologar a divisão ou demarcação; II – ...;”

(27) Penhora *aperfeiçoada* pelo julgamento dos embargos que visem à declaração de sua insubsistência, na consagrada dicção de GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 539. O que inclui também a apreciação do respectivo agravo de petição (CLT, art. 897, a) e, se for o caso, também a apreciação do respectivo recurso de revista eventualmente cabível diante de ofensa direta e literal da Constituição Federal (CLT, art. 896, § 2º).

(28) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 63. Para o autor, a aplicação subsidiária do art. 475-O, III, § 2º, I e II, do CPC, ao processo do trabalho permite ao juiz realizar “a execução provisória, com prestação jurisdicional definitiva” (p. 106), ou seja, permite realizar o pagamento do credor, independentemente de prestação de caução, nas hipóteses previstas no incisos I e II do § 2º do inciso III do art. 475-O do CPC.

do trabalho JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA, do TRT da 4ª Região — Rio Grande do Sul. O magistrado propõe que a sentença constitua o primeiro voto no colegiado. A Turma Julgadora do recurso atua com apenas dois (2) magistrados do 2º grau de jurisdição — um relator e um revisor. Considerando que a sentença constituiria o primeiro voto, o relator proferiria o segundo voto. O revisor proferiria o terceiro voto. O primeiro voto já estaria pré-constituído; seria a sentença, que então passaria a compor formalmente a votação relativa ao julgamento do recurso no órgão colegiado recursal.

Explicando melhor: além de ser a solução adotada em primeiro grau, a sentença figuraria como o primeiro voto no âmbito do órgão colegiado recursal — mas não haveria a sustentação da sentença pelo juiz prolator na sessão de julgamento do recurso. Do ponto de vista funcional, não haveria qualquer alteração: o juiz de primeiro grau permaneceria atuando na Vara do Trabalho. Portanto, o juiz não integraria a Turma Julgadora. Contudo, a sentença integraria a votação pela qual seria deliberado o resultado adotado pela Turma no julgamento do recurso no segundo grau de jurisdição. Como a sentença constituiria o primeiro voto no órgão colegiado, o julgamento do recurso interposto começaria com o score de um a zero em favor da solução adotada pela decisão de primeiro grau.

Sendo o primeiro voto representado pela sentença, a Turma Julgadora funcionaria com apenas 2 (dois) magistrados — o relator e o revisor⁽²⁹⁾.

(29) A maior virtude da proposta radica na entronização formal da sentença na própria votação a ser realizada por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária. A entronização proposta é feita pela atribuição à sentença da condição de primeiro voto na Turma Julgadora. Essa virtude maior da proposta não deve ser desmerecida sob a simplista alegação de que a proposta foi inspirada pela busca de um objetivo menor de mero aumento da produtividade nos tribunais, ainda que esse efeito secundário possa se produzir eventualmente com a adoção da proposta,

Caso o relator acompanhasse a sentença (o primeiro voto), a solução adotada em primeiro grau prevaleceria. Nessa hipótese, o revisor poderia acompanhar o relator ou votar vencido. Na primeira hipótese, seria negado provimento ao recurso por unanimidade. Na segunda hipótese, seria negado provimento ao recurso por maioria de votos, vencido o revisor.

Se o relator divergisse da sentença (o primeiro voto), o revisor desempataria o julgamento, adotando a solução da sentença ou, então, acompanharia a divergência do relator, ficando vencido o voto representado pela sentença.

Trata-se de uma original proposta *de lege ferenda*. Como tal, enfrentará natural resistência no primeiro momento, porquanto propõe uma alteração do paradigma adotado atualmente no exercício da função revisora, modelo que hoje se caracteriza pela *não participação direta* da sentença na composição dos votos no órgão colegiado do tribunal. Contudo, a proposta hospeda uma virtude notável em termos de valorização da decisão de primeiro grau: o criativo mecanismo concebido pela original proposta impede que a sentença seja desconhecida pelo tribunal. A virtude da proposição radica no fato de que, na fórmula sugerida, a sentença já não pode mais ser simplesmente olvidada pelo segundo grau de jurisdição, pois que lhe é reconhecida a condição jurídica de primeiro voto no julgamento do recurso no âmbito do órgão colegiado, ou seja, a fórmula proposta implica a participação *direta* da sentença na composição da votação pela qual se julga o recurso interposto, o que assegura uma produtiva integração dialética da sentença na construção dialógica da decisão de segundo grau de jurisdição.

Embora a sentença deva ser sempre o ponto de partida no julgamento de qualquer recurso de natureza ordinária, o que deve implicar a correspondente *participação indireta* da

na medida em que a Turma Julgadora deixaria de atuar com 3 magistrados, passando a funcionar com 2 julgadores.

sentença no julgamento do recurso, é sabido que, no atual formato de votação adotado no órgão colegiado por ocasião do julgamento do recurso, na prática, algumas vezes, a sentença é simplesmente ignorada pelo tribunal. Esse fenômeno ocorre quando o relator, ao invés de *apenas revisar* a decisão de primeiro grau, por meio do acórdão, profere uma *nova sentença*, como se o tribunal fosse o primeiro destinatário da litiscontestação e da instrução processual⁽³⁰⁾. Ainda que tal método de julgamento do recurso não seja tecnicamente adequado, porquanto a função de julgar a causa compete ao juiz, enquanto a função do tribunal consiste em realizar *apenas a revisão* do julgado nos limites da matéria devolvida pelo recurso interposto, não é incomum a prática de, nos tribunais, *per saltum*, proferir-se uma *nova sentença*, ao invés de proceder-se apenas à revisão do julgado de primeiro grau — desconhecendo-se, na prática, a sentença. Quando isso ocorre, não se tem sequer a *participação indireta* da sentença no julgamento do recurso; tem-se uma nova sentença — um julgamento da causa *ex novo*.

Parafraseando CALAMANDREI⁽³¹⁾, na sua célebre síntese acerca da estrutura e do conteúdo da sentença normativa, ter-se-ia aqui

(30) Não se pode olvidar a tradicional observação doutrinária de que o juiz encontra-se em posição mais privilegiada para fazer a cognição dos fatos do que os membros do colegiado recursal. Conforme observam Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustároz, “Se, por um lado, acredita-se que a decisão judicial possa apresentar um erro, por outro, não se pode concluir que as decisões colegiadas ou proferidas em grau de revisão estão isentas das mesmas críticas. Ao contrário, todas as decisões contam com a possibilidade de vício na apreciação dos fatos e do direito do caso. E mais, na grande maioria dos casos, é o juiz da primeira instância que está mais próximo das partes e dos demais sujeitos do processo, o que lhe permite melhor percepção da realidade judicial (o contato direto com os litigantes, as testemunhas, a confiança no perito, o debate judicial etc.). Com os sucessivos rejuvimentos, vão se diluindo – quando não aniquilando – as vantagens dessa imediação, da oralidade, etc.” (*Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35).

(31) Calamandrei afirmava que a sentença normativa tem corpo de sentença e alma de lei.

uma decisão com corpo de acórdão, mas com alma de sentença.

7. O fenômeno do eclipse da sentença pelo acórdão

Em casos extremos, a utilização desse método de julgamento no exercício da função revisora dos tribunais produz um efeito tão aniquilador da decisão de primeiro grau que permitiria a sugestão de que pareceria tratar-se de hipótese de processo da competência originária dos tribunais — a sentença desaparece do horizonte do relator sem deixar rastro, de modo que então o relator estaria autorizado a realizar o “primeiro” exame da causa desde o início. Examinaria a litiscontestação, a prova produzida, o direito aplicável e concluiria por determinada solução — tal qual age o juiz de primeiro grau no exercício de seu ofício jurisdicional⁽³²⁾.

Ao assim proceder, o relator substitui-se ao juiz natural, geralmente sem aperceber-se desta *fungibilidade inconsciente*. Desloca-se no tempo e no espaço, para assumir a condição do juiz originário⁽³³⁾. Esse deslocamento é duplice: a) o relator desloca-se no tempo — tenta transportar-se ao momento em que se formou a litiscontestação e ao momento em que se realizou a instrução da causa; b) o relator desloca-se no espaço — tenta transportar-se do 2º grau de jurisdição, para imaginar-se no 1º grau de jurisdição; em ambos os casos, para cogitar como comportar-se-ia se estivesse naquele outro momento e naquele outro lugar. É o que temos chamado de o método da transmigração do relator, sob inspiração do ensaio precursor escrito sobre a matéria por LUIZ ALBERTO DE

(32) Isso o relator pode e terá que fazer quando estiver a *julgar ações* da competência originária do tribunal; mas não deve fazer quando estiver a *julgar recursos*. São duas tarefas distintas — ainda que possa não parecer. O juiz com competência originária julga a ação. O juiz com competência recursal julga o recurso.

(33) VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência — reflexões iniciais*. Disponível em: <www.uol.com.br/lavargas>.

VARGAS e RICARDO CARVALHO FRAGA⁽³⁴⁾. A utilização desse método de julgamento no exercício da função revisora dos tribunais tende a produzir o fenômeno do *prévio* eclipse da sentença pelo acórdão.

Para falar sobre esse fenômeno, é útil recorrer à previsão do art. 512 do CPC. O referido preceito estabelece que: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.” Trata-se de previsão legal clássica. Seu conteúdo é autoevidente, porquanto a substituição da sentença pelo acórdão constitui o resultado cronológico da superveniência do acórdão à sentença. A substituição da sentença pelo acórdão é um dado posterior ao julgamento do recurso e não um antecedente metodológico prévio para o julgamento do recurso.

Quando, porém, o relator utiliza-se do método da transmigração, na prática, está subvertendo, de certa forma, a clássica previsão do art. 512 do CPC, já que a substituição da sentença pelo acórdão deixaria de ser o natural resultado cronológico da superveniência do acórdão à sentença, no âmbito de um julgamento dialético no qual os fundamentos da sentença são cotejados com os fundamentos do recurso, para converter-se no antecedente metodológico da *prévia* substituição da sentença pelo acórdão, de modo a autoliberar-se o relator para proferir uma nova sentença, a sentença ideal do relator do método da transmigração — o que constitui o fenômeno do eclipse da sentença pelo acórdão. Em suma, pois, a substituição de que trata o art. 512 do CPC diz respeito aos efeitos do acórdão, e não ao método para sua elaboração. Diante disso, a norma em questão não autoriza a conclusão de que o órgão revisor deva repetir o mesmo *iter* percorrido pelo julgador originário, visto que o acórdão só tomará o lugar da sentença assim que for proferido, se for o caso⁽³⁵⁾.

(34) *Idem*.

(35) Embora o art. 512 do CPC não distinga, é evidente que, nos casos em que o tribunal acolhe a alegação

Diante disso, a atividade cognitiva realizada pelo órgão *revisor* coincide com o objeto da cognição exercida pelo órgão *a quo* apenas do ponto de vista qualitativo, uma vez que, sob o aspecto procedimental, os métodos não se confundem. Conforme já ressaltado anteriormente, no exercício da função revisora, a sentença é o ponto de partida, não podendo ser simplesmente ignorada pelo órgão *ad quem*.

O relator do método da transmigração, no entanto, tende a substituir a sentença já existente nos autos, ainda que razoável, por outra, que ele considera ser a “ideal”. Em outras palavras, tende a elaborar uma sentença diversa da anterior, pois que não se encontra na mesma situação hermenêutica do juiz — e é natural que assim seja: um outro sujeito estará numa outra situação hermenêutica. Essa é uma contingência da natureza hermenêutica da aplicação do direito — a aplicação do direito implica sempre discricionariedade, conforme insistentemente tem observado OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA⁽³⁶⁾. É que para decidir o magistrado terá que, antes, decidir-se, o que implica fazer escolhas — valorar, sopesar e optar

recursal de que houve *error in procedendo* e anula a sentença, não se pode dizer que o acórdão em questão substitua a decisão cassada (ALVES, José Carlos Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 266). E o mesmo ocorre quando o tribunal não conhece do recurso (*ibidem*, p. 391) ou dá provimento a recurso contra sentença meramente terminativa.

- (36) Ovídio A. Baptista da Silva, *Processo e ideologia — o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 114: “Somente poderá *decidir* quem puder *optar* entre duas ou mais alternativas igualmente válidas e legítimas. Como dissera Carnelutti, para que o juiz decida é necessário, antes, *decidir-se*. Isto, dizia ele, faz com que a decisão seja posta além do juízo, enquanto ‘eleição de quem antes julgara’. Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a ‘vontade da lei’, fica subentendido que eles não têm a mais mínima possibilidade *discricionária* de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem compreensão hermenêutica que supere o *dogmatismo*, não haverá solução. E isto supõe *discricionariedade*.”

critérios em face das peculiaridades do caso concreto e do sistema normativo. E a situação hermenêutica em que está situado o intérprete terá sempre determinada influência na escolha de uma das soluções legítimas autorizadas diante da situação concreta em face da plasticidade da moldura da norma jurídica aplicável.

O resultado da aplicação do método da transmigração do relator no julgamento dos recursos de natureza ordinária é preocupante, pois implica o virtual incremento no número de reforma das sentenças, com manifesto prejuízo à efetividade da jurisdição e ao processo institucional de legitimação da magistratura de 1º grau.

8. As virtudes da proposta da sentença como primeiro voto

A original proposta do magistrado JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA de atribuir-se à sentença a condição de primeiro voto no colegiado tem como primeira virtude neutralizar os efeitos negativos decorrentes do fenômeno do *prévio* eclipse da sentença pelo acórdão.

As virtudes da proposta ganham maior densidade quando o operador jurídico atenta para o fundamento exposto pelo referido magistrado, para justificar a ideia de que a sentença deveria ser o primeiro voto no colegiado. O desembargador JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA argumenta que não é razoável que todo o laborioso trabalho realizado pelo Estado para solucionar a lide no primeiro grau de jurisdição, sintetizado na sentença proferida pelo magistrado que teve a imediação da audiência, possa ser eventualmente desconhecido por ocasião do julgamento do recurso interposto contra aquela sentença, resultado prático que a atual forma de funcionamento do colegiado pode acarretar. Para ele, a decisão do tribunal deve ser integrativa, no sentido de ser o fruto de uma composição entre a decisão de primeiro grau e o trabalho de revisão realizado pelo colegiado, composição representada pela expressão dos

três votos respectivos: a sentença enquanto primeiro voto; o voto do relator e o voto do revisor. Ao invés de um acórdão desconstrutivo da sentença como pode ocorrer no formato atual da votação no colegiado, a proposta da sentença como primeiro voto no colegiado deve assegurar um acórdão construtivo da jurisdição compartilhada entre 1º e 2º graus.

Merece detida reflexão o argumento de que o juízo de primeiro grau é o órgão estatal de base ao qual a sociedade delegou a incumbência de resolver pacificamente os conflitos de interesses, aportando-lhe legitimidade constitucional para fazê-lo, além de fornecer recursos humanos e materiais consideráveis para tal incumbência, de modo que não é aceitável uma concepção que conduza à própria desconsideração, ainda que de forma indireta, de todo o oneroso arcabouço institucional de base estruturado pela ordem jurídica para produzir a solução pacífica dos conflitos de interesse na sociedade. Essa desconsideração faz-se presente quando a sentença não é valorizada. É certo que o Estado é um ente permeado por diversas contradições. Mas isso não deve impedir uma racionalidade mínima: quando o tribunal desconsidera a sentença, o Estado está a desconsiderar-se a si próprio.

É bem verdade que não se espera que a sentença seja desconhecida pelo relator, e essa expectativa é de ser alimentada com ânimo positivo, em face do criterioso julgamento que incumbe ao tribunal no legítimo exercício de sua função revisora, de modo que, na atual modalidade de composição da votação no órgão colegiado, sempre se espera que a sentença de fato integre o julgamento do recurso *de forma indireta*.

Contudo, a proposta de ter-se a sentença como o primeiro voto no colegiado neutralizaria a eventual influência da utilização daquele criticado método de julgamento no exercício da função revisora do tribunal, pois que então a sentença participaria organicamente da própria concepção da decisão de 2º grau *de forma direta*.

Todavia, o conteúdo mais importante dessa proposta está na valorização da própria jurisdição, na medida em que a atividade judicante de primeiro grau, realizada junto à comunidade jurisdicionada, é elevada a um patamar de reconhecimento capaz de reforçar a autoridade judicial mais próxima ao conflito de interesses, o que facilita a percepção da cidadania acerca da concreta operatividade do Estado Democrático de Direito no cotidiano dos cidadãos; estimula o respeito à ordem constitucional e pode inibir a violência. Numa sociedade marcada por severa desigualdade social, sociedade em que são consideráveis os recursos públicos destinados à estrutura judiciária, as decisões de primeiro grau de jurisdição estão a merecer um patamar superior de reconhecimento das partes, do Estado e da Sociedade, de modo a inverter-se uma determinada lógica segundo a qual o primeiro grau de jurisdição constituiria mera etapa de passagem do processo.

9. Conclusão

O exame crítico da função revisora dos tribunais e de suas relações com a efetividade da justiça e com a legitimação institucional da jurisdição de primeiro grau atrai o tema correlato da necessidade de valorização das sentenças.

Enquanto não houver uma clara política judiciária e legislativa de valorização das decisões de primeiro grau, podemos renunciar à ilusão da efetividade da jurisdição, nada obstante a promessa constitucional da duração razoável do processo.

A necessidade de valorização das sentenças, uma vez assumida enquanto objetivo a ser criteriosamente perseguido, tem provocado ricas reflexões acerca do modo de se alcançar tal desiderato.

Por vezes, a valorização das decisões de primeiro grau apresenta-se sob a forma da própria eliminação de recurso. Às vezes, assume a forma da execução definitiva da sentença na pendência de recurso. Noutras oportunidades, tal valorização vem sob a forma de autorização

legislativa para realizar-se a execução provisória da sentença pendente de recurso.

A inovadora proposta do desembargador do trabalho JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA, de atribuir-se à sentença a condição de primeiro voto no julgamento do órgão colegiado recursal, tem a virtude de valorizar a decisão de primeiro grau de forma efetiva, porquanto a reforma da sentença dependeria da unanimidade dos julgadores de 2º grau no sentido da reforma. Ao mesmo tempo, a proposta tem a virtude de estimular a Turma Julgadora a proceder à *simples revisão do julgado*, contribuindo para abandonar-se a prática de se proferir uma *nova sentença* por ocasião do julgamento do recurso de natureza ordinária, de modo a sublinhar a distinção de método que há de ser resgatada entre a função do juiz de primeiro grau e a função da Turma Revisora: o juiz julga a ação; o tribunal julga o recurso.

Trata-se de uma original proposta *de lege ferenda*. Como tal, enfrentará natural resistência no primeiro momento, porquanto propõe uma alteração do paradigma adotado atualmente no exercício da função revisora, modelo que hoje se caracteriza pela *não participação direta* da sentença na composição dos votos no órgão colegiado do tribunal. Contudo, a proposta hospeda uma virtude notável em termos de valorização da decisão de primeiro grau: o criativo mecanismo concebido pela original proposta impede que a sentença seja desconhecida pelo tribunal. A virtude da proposição radica no fato de que, na fórmula sugerida, a sentença já não pode mais ser simplesmente olvidada pelo segundo grau de jurisdição, pois que lhe é reconhecida a condição jurídica de primeiro voto no julgamento do recurso no âmbito do órgão colegiado, ou seja, a fórmula proposta implica a participação *direta* da sentença na composição da votação pela qual se julga o recurso interposto, o que assegura uma produtiva integração dialética da sentença na

construção dialógica da decisão de segundo grau de jurisdição.

A original ideia do desembargador do trabalho JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA constitui uma proposta de valorização da sentença ao mesmo tempo simples e inovadora, que merece reflexão criteriosa de todos aqueles que se empenham pela valorização da jurisdição e pela efetividade das decisões judiciais — uma criteriosa reflexão capaz de suspender preconceitos, como idealizara DESCARTES.

10. Referências bibliográficas

- ALVES, José Carlos Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia – o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Fênix: por um novo processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2003.
- VARGAS, Luiz Alberto de e FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência — reflexões iniciais*. Disponível em: <www.uol.br/lavargas>.
- Revista da Anamatra*, ano XVII, n. 55, 2. Sem. 2008.

Igualdade e não discriminação no ambiente de trabalho: uma questão constitucional de inclusão (e de proteção) do trabalhador portador de VIH/SIDA

Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo discute a temática da igualdade e da não discriminação no ambiente de trabalho, considerando a demanda do trabalhador com VIH/SIDA, e as possíveis condutas discriminatórias que este possa vir a sofrer. Por meio de uma pesquisa documental e bibliográfica, focamos a análise em torno dos *briefing cases* dos trabalhadores portadores de VIH/SIDA abordados pelo Supremo Tribunal de Justiça Português, pelo Tribunal Distrital de Columbia, pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo Tribunal Canadense dos Direitos Humanos, propiciando a constatação de eventuais transgressões a direitos do trabalhador, mormente relativos aos direitos inerentes à sua personalidade, colocando em questionamento a garantia constitucional do acesso e da segurança no emprego. Evidenciamos a dimensão social, econômica e política dessa contenda, destacando diplomas e preceitos protetores e promovedores das garantias, com especial destaque ao tratamento constitucionalmente empregado a essa problemática pela Carta Política brasileira. Dimensionamos a relevância da temática proposta, ponderando como premente o debate em torno da proteção e da inclusão do trabalhador portador de VIH/SIDA nos espaços de trabalho, objetivando coibir práticas discriminatórias, o alheamento social e a privação de direitos fundamentais e sociais, mediante balizas normativas sistematizadas em princípios, garantias e direitos.

Palavras-chave:

- ▶ Igualdade — Não discriminação — Acesso e segurança no trabalho — Direitos de personalidade — Trabalhador com VIH/SIDA.

(*) Mestranda em Ciências Jurídico-laborais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT 13). Pós-graduada em Processo Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Advogada.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Elementos dos direitos à igualdade e à não discriminação: questões a debater
 - ▶ 2.1. Ponderações a respeito do preceito isonômico
 - ▶ 2.2. Considerações a respeito da não discriminação
 - ▶ 2.2.1. Algumas notas sobre *liberty*, *privacy* e *intimacy* do trabalhador
- ▶ 3. A baliza protetora da igualdade e o enfrentamento à discriminação: análise dos *briefing cases* dos trabalhadores portadores de VIH/SIDA
 - ▶ 3.1. *Briefing case I*: análise do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português
 - ▶ 3.2. *Briefing case II*: análise do acórdão *John Doe vs. District Columbia Court*
 - ▶ 3.3. *Briefing case III*: análise do acórdão *I. B. c. Grèce* da Corte Europeia de Direitos Humanos
 - ▶ 3.4. *Briefing case IV*: análise do acórdão *Fontaine vs. Canadian Pacific Ltd.* do Tribunal Canadense de Direitos Humanos
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A pandemia da SIDA é um fenómeno patológico de desdobramentos complexos, com impacto mundial e consequências sociais, económicas, políticas e culturais, que atingiram enormes proporções, destacando-se iniciativas internacionais e nacionais, governamentais e não governamentais de estudo, combate, controle, tratamento e prevenção, muitas formalizadas em convenções e protocolos acordados entre Estados. Ao tempo em que socialmente se disseminava a estranheza alarmante perante a acelerada contaminação, criminalização de determinados segmentos sociais e discriminação dos contaminados, afetando, sobretudo, o convívio social e os espaços de trabalho, as pessoas atingidas pela doença, além de vivenciarem o temor em face de uma enfermidade com enorme carga de incerteza, também passaram a enfrentar constantes violações de seus direitos de cidadão e de trabalhador, desafiando um conjunto de ordenamentos jurídicos nacionais e demandando novas formas legais de proteção.

Este trabalho trata primordialmente dessa questão no contexto e na produção jurídico-legal, analisando perspectivas e mudanças na forma como direitos e garantias vêm sendo (ou não) protegidos e efetivados no ambiente de trabalho. Entendemos que o cenário complexo que se formou a partir da manifestação da SIDA, movido ainda por outras intensas mudanças na estrutura produtiva e da organização social, decorrentes da crise do capitalismo, dinamicamente modifica e/ou provoca situações e cria novos processos, emanando a necessidade de o ordenamento político-jurídico acompanhar esse movimento social, de modo a manter sob a égide do arcabouço jurídico a tutela de bens fundamentais (direitos, garantias e liberdades).

Estruturamos as nossas reflexões reportando analiticamente ao direito à igualdade e à não discriminação sob o viés de seu processo de constitucionalização brasileira, para, então, adensarmos a discussão referente aos direitos inerentes à personalidade do trabalhador sob a perspectivada da garantia de acesso e de

segurança no emprego, dimensionando problematizações doutrinárias e desdobramentos provenientes dessa demanda.

Entre as diversas formas de desigualdade presentes nas dimensões sociais, consideramos aquelas relativas à classe social, ao gênero, à raça, à idade, à crença religiosa e à orientação sexual (enfatizamos particularmente as *categorias suspeitas*), delimitando nosso enfoque na perspectiva do soropositivo assintomático (VIH) e do portador da SIDA, evidenciando eventuais práticas discriminatórias, coibidas pela normatividade.

Em que pese a discussão acerca dos direitos da personalidade do trabalhador, destacamos a baliza constitucional que impõe a necessidade de respeito e de proteção à sua privacidade e integridades física, moral e intelectual, bem como o controle normativo a condutas discriminatórias.

Com base nessa temática, passaremos a analisar o *case study* do trabalhador portador de VIH/SIDA, sob a perspectiva do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português (caso do cozinheiro de hotel), do acórdão do Tribunal Distrital de Columbia (caso do candidato a bombeiro), do acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos (caso do joalheiro grego) e do acórdão do Tribunal Canadense dos Direitos Humanos (caso do cozinheiro canadense), abordando práticas violadoras pelo empregador a princípios constitucionais.

Pretendemos, com o presente estudo, contribuir com questionamentos sobre o atual sistema normativo constitucional e juslaboral, ponderando algumas saídas presumidamente capazes de amparar e proteger o trabalhador perante atos arbitrários e discriminatórios, procurando reter dessa discussão a garantia constitucional de acesso e de segurança no emprego.

2. Elementos dos direitos à igualdade e à não discriminação: questões a debater

2.1. Ponderações a respeito do preceito isonômico

O preceito isonômico⁽¹⁾ é atualmente impresso como paradigma basilar pelo universo jurídico ocidental, positivado enquanto princípio fundamental constitucionalmente salvaguardado, fomentando noções de igualdade entre seus pares e de rechaço a tratamento diferenciado, com base em favoritismo, diferenciações e isolamentos; no entanto, enquanto trabalho investigativo, mister se faz tecer traços da gênese de sua construção jurídica.

O processo de estruturação no *campus* jurídico⁽²⁾ remete às influências iluministas impressas nas revoluções liberais do século XVIII, que propiciaram o processo de constitucionalização francês, americano⁽³⁾ e inglês,

(1) DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho — sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999; CRUZ, Luiz Felipe Ferreira Mendonça. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Direito de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-03092012-092058/pt-br.php>>, alegam os autores que a construção da igualdade comporta longo percurso histórico, com marco temporal remissivo ao Cristianismo, recebendo sua gênese filosófica contribuições de Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e Rousseau, fomentando a concretização do senso de justiça e de repressão a privilégios; pensamento compartilhado por MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Direitos Fundamentais*. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coords.). *Tratado de direito constitucional*. vol. 1, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 411-492 (463), apontando também como outros referenciais ao senso igualitário e sua positivação, os contributos da Revolução Industrial (em termos de *igualdade formal*) e da Revolução Comunista Russa (em termos de *igualdade de resultados*).

(2) COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdade, desigualdades*. *Revista Trimestral de Direito Público — I*, São Paulo, Malheiros, ano 87, n. 1, 1993, p. 69-83 (70) identifica, enquanto processo de construção jurídica da isonomia, que “na primeira etapa, a igualdade foi afirmada como pressuposto lógico-jurídico de todo o sistema constitucional. Na segunda, partindo-se da situação de fato de fundas desigualdades sociais, criou-se o dever constitucional de eliminá-las”, desaguando no processo de formação do *corpus* jurídico da não discriminação.

(3) GARCIA, Maria Glória F. P. D. Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido?

abordando a igualdade sob a perspectiva formalística, vindo a ser positivada sob o viés da materialidade apenas com os contributos do constitucionalismo alemão, nomeadamente com a Constituição de Weimar, de 1919, que principia o Estado Social de Direito, consubstanciando a formação⁽⁴⁾ do modelo constitucional moderno⁽⁵⁾.

Subscrevendo essa construção da noção jurídica da igualdade, apontada pela história como a tomada e a retomada de um determinado preceito que comporta certa carga de mutabilidade em sua percepção e abordagem jurídica, em acordo com a evolução social, denota-se que essa construção “varia tanto no que diz respeito ao uso da força para limitar a expansão da igualdade como também para reforçar a legitimidade das demandas contra a ordem, para sua conservação, ou para sua reforma ou revolução”⁽⁶⁾.

In: *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Edições Almedina, 2005. p. 19-64 (20 e 50), inclusive, retoma a autora que a primeira disposição normatizada da igualdade remete à *Virginia Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776, enquanto direito jusnatural, apenas reconhecido enquanto princípio constitucional com os contributos franceses, percebendo a autora como um preceito valorativo e comparativo de situações concretas de (des)igualdades, sendo a isonomia aberta a valores.

- (4) AMARAL, Maria Lúcia. O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004. p. 35-57 (42), aponta como uma constatação europeia do século XX a noção da igualdade para além do trato isonômico universalizado, referenciando como outra perspectiva da igualdade a demanda no trato diferenciado compensatório, ambientada na construção da Constituição de Weimar, apontando “o critério da igualdade como diferença fundamentada”.
- (5) MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador. *Stydialvridica* 78. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 35, informa pregar o “constitucionalismo liberal (...) a igualdade essencial de todos os homens assim como a existência de certos direitos consubstanciais à natureza humana”, visão propagada por Carl Schmitt como formalmente inerente ao cidadão.
- (6) GENRO, Tarso. Os fundamentos da Constituição no Estado de Direito. MENDES, Gilmar *et al.* (Coords.). In: *Tratado de direito constitucional*. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 177-231(192).

A referida construção e afirmação da isonomia entre os homens são legitimadas⁽⁷⁾, enquanto preceito universalizado, pela cultivação de uma *consciência de igualdade*, valorada em torno da constatação das relações díspares fomentadas pela cultura capitalista, vocacionada como “referencial da socialização de direitos”, e, portanto, compreendida como uma “instituição democrática e revolucionária”⁽⁸⁾ no arcabouço constitucional.

Como parâmetro constitucional brasileiro, a isonomia vem sendo gradualmente abordada por suas Cartas Políticas. A atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRB), de 1988, preconiza a igualdade em seu art. 5º e no preâmbulo constitucional, informando-a como princípio fundante deste Estado Democrático de Direito, ao passo em que lhe confere *status* de direito fundamental com roupagem de garantia constitucional.

No âmbito da OIT/ILO, a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho⁽⁹⁾, de 18 de junho de 1998⁽¹⁰⁾, aborda a

(7) Comunica DWORKIN, Ronald, 1977, *apud* MINOW, Martha. In favor of foxes: pluralism as fact and aid to the pursuit of justice. *Boston University Law Review*, vol. 90, p. 101, 2010; Harvard Public Law Working Paper n. 10-30, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1620489>>, para além da legitimação da igualdade pelo cultivo de sua *consciência*, a sua autolegitimação inerente à noção de liberdade, quando contrapostas: “thus liberty and equality are consistent because the value of liberty is inherently limited by the value of equality.”

(8) GENRO, Tarso, *op. cit.*, p. 197.

(9) PORTO, Noemia Aparecida Garcia. Entre o global e o local: o princípio fundamental da igualdade no trabalho na perspectiva de gênero. *Caderno Jurídico*, vol. 3, n. 5, Brasília, 2009, p. 1-22, justifica, em relação à Declaração editada pela OIT, a igualdade enquanto direito fundamental atribuído ao trabalhador com base na dignidade da pessoa humana.

(10) Sobre esse diploma, La Hovary, Claire, *apud* ANTUNES, Ricardo Alexandre Pereira. Os direitos fundamentais dos trabalhadores entre a OIT e a OMC. In: *Boletim de Ciências Económicas*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. p. 15, contextualiza a dignidade com a censura em discriminar, na esteira de PORTO, Noemia Aparecida Garcia, *op. cit.*, identificando que “les droits

“igualdade no trabalho”, preconizando, entre outros preceitos, o da “eliminação da discriminação no emprego”.

Partindo dessa premissa fundante, evidenciamos a atribuição de uma tríplice conotação à igualdade, fincada nas acepções de *regra, princípio e postulado*, sistematizada no ordenamento jurídico enquanto direito e garantia constitucionais. No entanto, reconhece Humberto Ávila⁽¹¹⁾ a ausência de materialidade desse preceito, que por si só não identifica o objeto jurídico a ser tutelado, pelo que necessita de um direcionamento que contorne os seus efeitos práticos, dependendo, destarte, da proatividade dos *critérios diferenciadores* e da *finalidade* pretendida (mensurada mediante o *exame da adequação dos meios*), comumente identificados em grupos sociais intitulados de *categorias suspeitas*.

Seguindo essa tendência de reconhecimento de nuances da garantia principiológica à igualdade, Dulce Lopes⁽¹²⁾ constata a emanação de um tríplice mandamento, conferindo o “conceito plurissignificativo de igualdade, que, numa teorização genericamente aceita, tem vindo a ser desdobrado em três dimensões distintas – a proibição do arbítrio, a obrigação de diferenciação e a proibição de discriminação”, acentuando o instituto da discriminação positiva⁽¹³⁾.

fondamentaux au travail identifiés dans la Déclaration de 1998 sont d'un caractère primordial, touchant directement la sauvegarde de la dignité humaine”.

- (11) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- (12) LOPES, Dulce. Principais contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação. *Debater a Europa*, n. 4, 2011, p. 32-60. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro-aeva-eu/debaterueuropa/>>.
- (13) LOPES, Dulce, *Principais contributos...*, p. 46-47: “quanto à adopção de acções positivas, isto é, de medidas que visam, de forma activa, promover uma efectiva igualdade de oportunidades, o Tribunal de Justiça veio, por várias vezes, cimentar a sua posição, admitindo os sistemas de preferências que, em igualdade de qualificações, estabelecem uma prevalência que beneficie os membros do grupo sub-representado”. Inclusive, CRUZ, Luiz Felipe Ferreira Mendonça,

Contextualizando a aplicabilidade da igualdade nos espaços de trabalho e o enfrentamento jurídico às práticas discriminatórias direcionadas a trabalhadores portadores de VIH/SIDA, objeto de nossa análise, impera a necessidade de interpelação da igualdade combinada com a dignidade da pessoa humana⁽¹⁴⁾, vocacionada como fórmula canalizadora da proteção e da efetivação dos direitos relativos à personalidade⁽¹⁵⁾, consubstanciando, pois, a tendência constitucional no tratamento preventivo de ações discriminatórias⁽¹⁶⁾, temática a ser abordada adiante.

Nesses termos, buscamos explorar, depois de breve historicidade jurídica da isonomia que prospera até a atual concepção do preceito constitucional de igualdade, que este indicativo postula sua legitimação preceituando a abstenção a práticas discriminatórias e arbitrárias fundadas em critérios suspeitos, buscando imprimir densidade explicativa a esse ordenamento.

2.2. Considerações a respeito da não discriminação

Depois de apriorística verificação da igualdade enquanto garantia constitucional, trazemos à baila o preceito da não discriminação, consubstanciado em uma inclinação negativa e

op. cit., percebe a discriminação normativo-positiva como uma ação (estatal) afirmativa.

- (14) Ao lume do texto constitucional, a efetivação da igualdade reclama o rechaço normativo a condutas discriminatórias, mormente direcionadas à dignidade da pessoa humana, pelo que implica em uma violação aos direitos de personalidade, vide VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 5. ed. *Manuais Universitários*. Coimbra: Almedina, 2012.
- (15) LIMA NETO, Francisco Vieira. O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade. MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Coleção Direito Privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 193 conjuga “a igualdade como um dos bens da personalidade, o que se concretiza com o tratamento igualitário e não injustificadamente discriminador”.
- (16) LIMA NETO, Francisco Vieira, *op. cit.*, p. 193, expressa “da igualdade como um dos bens da personalidade, o que se concretiza com o tratamento igualitário e não injustificadamente discriminador”.

antípoda⁽¹⁷⁾ da isonomia (e por ela impulsionado), apto para fomentar e corporificar o significado desta, que se apresenta enquanto dispositivo neutro e isento⁽¹⁸⁾ de um concreto direcionamento prático⁽¹⁹⁾.

Fazemos aqui um adendo às nossas colocações para contraditar eventuais e equivocadas percepções, uma vez que não intentamos difundir a pretensa noção de indiferença ou de banalização do princípio da igualdade, sobretudo perante a sua relevância histórico-jurídica. Ao contrário, buscamos apenas salientar a correlação da não discriminação com a isonomia enquanto acessório pragmático desta, vocacionada para consubstanciar sua proposta e campo de alcance. Não defendemos, portanto, a análise da igualdade única e exclusivamente atrelada à concepção da não discriminação, mas nos permitimos tamanha ousadia reflexiva para fins de contributo ao debate e seguindo a tendência doutrinária nos contornos dessa abordagem.

En ces termes, a cláusula impeditiva do tratamento diferenciado opera de modo acessório e assecuratório do princípio da igualdade, arquitetada como um entrave a atos arbitrários e ilegitimamente diferenciadores, fundamentados na subjetividade, parcialidade e com caráter fortuito ou *odioso*⁽²⁰⁾. Alicerçamos a matéria da não discriminação na perspectiva de Dulce Lopes⁽²¹⁾, quando informa que, “dada a sua jusfundamentalidade, tem vindo a afirmar-se como um dos princípios estruturantes da proteção dos direitos do homem”.

(17) LOPES, Otavio Brito. *A questão da discriminação no trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_17/artigos/art_otavio.htm>.

(18) AMARAL, Maria Lúcia, *op. cit.*, p. 45, reconhece na igualdade “um problema de determinação do (seu) conteúdo”.

(19) DRAY, Guilherme Machado, *op. cit.*

(20) CANOTILHO, Mariana. Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia. *Revista Julgar*, Lisboa, Coimbra Editora, n. 14, 2011, p. 101-111.

(21) LOPES, Dulce, *Principais contributos...*, p. 33.

confirmando a sua necessária conjugação com o preceito da dignidade da pessoa humana, a ser tratado *a posteriori*.

Enquanto princípio axiológico fundante da isonomia, o direito a não ser discriminado não demanda o tratamento isonômico a todos, mas a adequação deste preceito às eventuais especificidades sociais, com base na justiça distributiva e em critérios abstratos, fundamentados pelas discriminações normativo-positivas⁽²²⁾. Ao revés, assumirá o condão de promover a distinção com base em elementos objetivos, abstratos e adequados⁽²³⁾, identificando genericamente grupos minoritários e segregados que necessitem dessa proteção diferenciada, reestabelecendo horizontalmente a igualdade material, sobretudo na seara laboral.

Assim, ao passo em que o preceito da igualdade é uma obrigação positiva que demanda uma ação: o tratamento isonômico; o mandamento constitucional que proíbe a discriminação consubstancia-se em uma obrigação negativa e assecuratória deste primeiro preceito (a igualdade como obrigação principal), impondo uma abstenção, um encargo normativo negativo, doutrinariamente fracionada em diferenciação direta e indireta⁽²⁴⁾, conferindo distinção na produção dos efeitos ao discriminado e no modo de abordagem normativa protetiva e sancionatória a essas práticas. A primeira variante seria a distinção intencional, categórica e evidente, ostentando a arbitrária intenção em individualmente segregar ou homogeneamente tratar categorias que requerem intervenção extraordinária.

(22) AMARAL, Maria Lúcia, *op. cit.*

(23) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

(24) A discriminação indireta ou velada nas relações sociais é substanciada no pensamento nocivo, baseado em estereótipos, dificultando sua constatação e repressão legal, em face de sua ocultação.

A discriminação indireta⁽²⁵⁾, por sua vez, representa o trato formalmente isonômico com base na *blind criteria*⁽²⁶⁾, mas que produz materialmente efeitos divergentes, percebidos em grupos distintos. Sofreriam as categorias suspeitas, com base na conduta discriminatória indireta, uma abordagem padronizada, mas constatada no plano factual a ilegítima e diversa repercussão material — não exigindo a doutrina que essa produção diferenciada seja propositada e ostensiva⁽²⁷⁾, eventualmente identificada com normas que evidenciem esse efetivo trato diferenciado.

Dulce Lopes⁽²⁸⁾ confirma a recepção jurisprudencial da discriminação indireta pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, informando que “o Tribunal agregou a aplicação dos pressupostos da discriminação indireta, adotando uma visão finalista que dá um novo realce ao momento do resultado, e não apenas ao momento inicial da diferenciação de tratamento”, perspectiva esta apontada aprioristicamente pelo acórdão do processo *Defrenne II*.

No âmbito dessa questão, ressaltamos que o tratamento desequiparado horizontalmente, mas fundado em critérios legais e em valores constitucionalmente salvaguardados, pode

ser fator de restabelecimento da igualdade material, promovida por normas com conteúdo discriminatório positivo⁽²⁹⁾, temporário e direcionado a grupos *in concreto*, legitimada pela ponderação dos critérios da razoabilidade⁽³⁰⁾, da proporcionalidade⁽³¹⁾, da motivação, da adequação, da imprescindibilidade e sem caráter arbitrário⁽³²⁾, com base no supramencionado teste da necessidade⁽³³⁾.

No entanto, essa justiça distributiva da igualdade não é recepcionada pacificamente pela doutrina, que comporta divergência quando da introdução da ação da igualdade material por meio de normas positivamente discriminatórias, com base nos critérios anteriores. Para tanto, Ronald Dworkin⁽³⁴⁾ segue essa linha precavida, indicando que “as teorias da justiça distributiva apelam, quase inevitavelmente, a uma reforma radical nas comunidades capitalistas avançadas, nas quais essas teorias são mais avidamente estudadas”, acrescentando, inclusive que “as teorias da justiça distributiva são altamente artificiais (e) baseiam-se fortemente em elementos fantasia”.

(25) Constatada a discriminação indireta reproduzida por um regramento jurídico como matiz da *perversidade social*, que tenta arraigar legitimidade à normatividade passível de provocar a querela entre direitos e garantias em colisão — percebida essa contraposição legal como a contingência de flexibilizar as normas trabalhistas em prol de uma suspeita supervalorização dos interesses (econômicos) da sociedade, capaz de provocar a banalização dos direitos sociais, questionando essa manobra política (brasileira) em estudos anteriores: LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. A importância e a aplicabilidade dos princípios justralhistas no modelo regulador da relação coletiva de trabalho. *Revista ESMAT* 13, João Pessoa, LTr, ano V, n. 5, 2012, p. 38-52. Para maiores desdobramentos, ROUXINOL, Milena Silva. O direito do profissional de saúde portador de VIH/SIDA ao exercício da sua profissão. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano. 8, n. 16, 2001, p. 127-133.

(26) CANOTILHO, Mariana, *op. cit.*

(27) LOPES, Dulce, *Principais contributos...*

(28) LOPES, Dulce, *Principais contributos...*

(29) Os direitos sociais são percebidos como normas discriminatórias positivas por DRAY, Guilherme Machado, *op. cit.*

(30) DRAY, Guilherme Machado, *op. cit.*

(31) CANOTILHO, Mariana, *op. cit.*, ainda ressalta ser a referida premissa admitida pela jurisprudência juscomunitarista.

(32) LOPES, Dulce. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação. *Revista Julgar*, Lisboa, Coimbra Editora, n. 14, 2011, p. 47-75.

(33) SILVA, Suzana Tavares. O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 8, 2012, p. 1-34 (30), evidenciando o teste da necessidade enquanto verificador dos efeitos da norma contextualizada à necessidade social, por meio da ponderação. Para tanto, a autora esclarece que “o princípio da igualdade é utilizado como complemento da proporcionalidade na realização do teste da necessidade, dele extraindo o tribunal um juízo quanto à *oneriosidade relativa e sistêmica* da medida”.

(34) DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 359.

De fato, não intentamos promover uma alteração social no arcabouço jurídico contemporâneo, porém, ponderar os seus atuais efeitos e situar a necessidade de se promover sua adequação às necessidades sociais e ao compasso evolutivo de seu meio, apontando, para tanto, os percalços e avanços dos diplomas jurídicos (a níveis nacional⁽³⁵⁾, internacional⁽³⁶⁾ e comunitário) no tratamento dessa contenda.

Para tanto, subscrevemos a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998) e a Convenção n. 111, de 1958 (sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação), que postula a definição de um tratamento mínimo atribuído aos trabalhadores, pautado em condições dignas de trabalho, nomeadamente imputando a eliminação da discriminação no ambiente de trabalho.

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, se faz premente à discussão quando vinculada aos direitos relativos à personalidade do trabalhador portador do vírus VIH ou acometido

pela SIDA, pelo que deve ser intrinsecamente associada às determinações da igualdade e da não discriminação, possibilitando a consecução e o respeito ao acesso e à segurança no emprego, aspectos que analisaremos nos tópicos subsequentes.

Enquanto preceito fundante e orientador do Estado Democrático de Direito, a dignidade é constitucionalmente alçada, no Brasil, pelo art. 1º, inciso III da CRB/1988, sendo igualmente afixado pelas ocidentais Cartas Políticas, ainda que expressivas em seus arcabouços e distinções metodológicas⁽³⁷⁾, e salvaguardado por outros diplomas de cunho internacional⁽³⁸⁾ e supranacional.

Em tempo, consignamos que diversas pesquisas, diplomas jurídicos ou orientações políticas foram emitidos (muitos fundamentados cientificamente), indicando possíveis saídas legais de enfrentamento à discriminação e proteção da população, consubstanciados em códigos de conduta em prol da segurança dos envolvidos (sobretudo no local de trabalho) e em dispositivos legais protetores da inserção no mercado de trabalho dos infectados e

(35) O acórdão do CEDH no caso *I. B. c. Grèce* informa que os Estados de Albânia, Azerbaijão, Itália, Moldávia, Romênia, Reino Unido e Rússia editaram legislações específicas ao trabalhador com VIH, na tentativa de neutralizar a marginalização, discriminação e segregação social, e de salvaguardar seus direitos humanos e laborais cotidianamente violados. Em Portugal, fora elaborado o Projeto de Lei n. 385/IX, de 2003, voltado à proibição em discriminar os portadores de VIH/SIDA ou de doença crônica, que, no entanto, não foi aprovado. Nesses termos, PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Discriminação de um trabalhador portador de VIH/AIDS: reflexão à luz do direito português*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GDP_HIV.pdf>.

(36) Entre os diplomas internacionais que coibiram a discriminação, destacamos: Tratado de Roma, de 1957; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Cedr) da Onu, em 1965; Convenção n. 156, em 1981; Carta Social Europeia, de 1961; Tratado de Amsterdã, em 1997; Diretiva do Conselho 2004/113/CE; Diretiva do Parlamento e do Conselho Europeu 2006/54/CE; Tratado de Lisboa, de 2007; e, em matéria de tratamento jurídico brasileiro, catalogamos a recente promulgação da Lei n. 12.984, de 2 de junho de 2014, definindo como crime a “discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS”.

(37) No que concerne às diferentes abordagens metodológicas em matéria de igualdade e de não discriminação pelos diplomas jurídicos, imperioso anexar o problema apontado por SILVA, Suzana Tavares, *op. cit.*, p. 1, evidenciando a dificuldade em tratamento homogêneo por esses dispositivos, em face da “diversidade de culturas de interpretação — originárias, principalmente, dos diferentes constitucionalismos — e a urgência na promoção da *metódica comparatista*”, pelo que passa a ser constatado em determinados espaços nacionais uma maior proteção ao trabalhador em detrimento de outros direitos e interesses, ou, ao revés, uma maior flexibilização ou transgressão a esses preceitos laborais.

(38) O direito à igualdade é consagrado, entre outros diplomas, pela: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948; Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948; Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 1950; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 1966; Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2000; Diretiva 2000/43/CE; Diretiva 2000/78/CE.

na recriminação da segregação sociolaboral aos portadores de VIH/SIDA. Entre essas orientações, destacamos: o Relatório-Parecer sobre a obrigatoriedade dos Testes da SIDA do Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida (1996)⁽³⁹⁾, a Plataforma Laboral contra a SIDA — a resposta do meio laboral ao VIH/SIDA da Comissão Nacional de Luta contra a SIDA (2005)⁽⁴⁰⁾, o Combate à discriminação e igualdade de oportunidades para todos — uma estratégia-quadro da Comissão das Comunidades Europeias (2005)⁽⁴¹⁾, SIDA NET Virtual Congress (2010)⁽⁴²⁾ e UNAIDS Global Report (2013)⁽⁴³⁾.

2.2.1. Algumas notas sobre *liberty*, *privacy* e *intimacy* do trabalhador

Retomando a discussão da complexa relação capital-trabalho, trazemos à baila os direitos sociais amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro, mormente os relativos à liberdade, à privacidade e à intimidade do trabalhador, fazendo frente à manifesta situação passível de transgressão, tentando essa proteção com *status* de garantia constitucional elevar a conflitiva relação empregatícia ao patamar de verticalidade jurídico-formal.

No cerne dessa questão, apesar da robusta proteção normativa, percebe-se o crescente

rompimento dos direitos relativos à personalidade do trabalhador⁽⁴⁴⁾ (para além da reclamada flexibilização dessas disposições), resultado das intensas relações sociais condicionadas a fomentar embates de ordem econômica.

Com base nessa perspectiva, abordamos os direitos sociais de acesso e de segurança ao emprego sob a ótica do direito à igualdade e à não discriminação, consubstanciando a proteção dos direitos relativos à personalidade do trabalhador (portador de HIV/SIDA, objeto de nossa análise) em respeito à dignidade da pessoa humana.

Ao lume do constitucionalismo brasileiro, a liberdade encontra-se preambularmente salvaguardada por sua Carta Política, alçada à categoria de garantia pelo art. 5º, comunicando a inviolabilidade desse preceito e a consequente punição a discriminações.

A privacidade e a intimidade, por sua vez, consolidam nuances dos direitos relativos à personalidade, comunicando a Lei Maior brasileira a igual inviolabilidade desses postulados, passível de indenização material e moral em caso de violação (art. 5º, X, da CRB/1988).

Oportuno ressaltar a vocação dos postulados liberdade-privacidade-intimidade em relação ao trabalhador e a sua evidente situação de hipossuficiência diante do patronato, funcionando como mecanismo de defesa e de freio a possíveis atentados⁽⁴⁵⁾. Concebem, portanto, uma parede protetora ao trabalhador, limitando a esfera da vida privada (trinômio liberdade-privacidade-intimidade) ao poder diretivo patronal⁽⁴⁶⁾.

Contextualizando esse entrave constitucional às situações de contratação e de manutenção do contrato de trabalho, possíveis constrangimentos podem ser oportunizados em face da frágil situação em que se encontra o trabalhador e ocasionados pelo controle

(39) CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA ÀS CIÊNCIAS DA VIDA. *Relatório-Parecer sobre a obrigatoriedade dos Testes da SIDA*. Disponível em: <http://www.cneecv.pt/admin/files/data/docs/1273059239_P016_SIDA.pdf>.

(40) MARTINGO, Carla *et al.* *Plataforma Laboral contra a SIDA — a resposta do meio laboral ao VIH/SIDA. Comissão Nacional de Luta contra a SIDA*, Lisboa, 2005.

(41) COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Combate à discriminação e igualdade de oportunidade para todos — uma estratégia-quadro*. Bruxelas, 2005. Disponível em: <<http://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/03.pdf>>.

(42) SIDA NET. *A Infecção VIH e o Direito*, HIV-AIDS IX Virtual Congress, Satarém, 2010.

(43) UNAIDS. *Global Report — UNAIDS report on the global AIDS epidemic 2013*. Disponível em: <http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/epidemiology/2013/gr2013/unaids_global_report_2013_en.pdf>.

(44) LIMA Neto, Francisco Vieira, *op. cit.*

(45) *Idem.*

(46) MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*

patronal. Assim, os direitos relativos à personalidade do trabalhador encontram-se em posição de vulnerabilidade, necessitando de um aparato legislativo mais eficiente, para que possa proteger o trabalhador de inoportunos e desconexos questionamentos sobre sua identidade sorológica (apesar da incomunicabilidade e ausência de interferência à capacidade técnico-profissional), mas excepcionalmente permitidos (por alguns diplomas jusnormativos) no tocante à área da saúde, evitando, assim, o surgimento de práticas ilegitimamente discriminatórias.

Em relação aos possíveis questionamentos sobre a condição de saúde do trabalhador ou candidato ao emprego, mormente sobre sua identidade sorológica, preconiza a OIT, por meio de sua Convenção n. 111⁽⁴⁷⁾, a possibilidade de o empregador questionar e ponderar sobre condições pessoais do trabalhador, desde que a referida manobra seja imperativa à função e não seja ilícita ou com fundo discriminatório, remanescendo, contudo, o *codex* brasileiro sem aparato normativo à questão.

Nessa trilha argumentativa, aplicam-se os preceitos gerais sobre a liberdade, a reserva da intimidade e da vida privada para coibir discriminação no ambiente de trabalho, designadamente a arguição de empregado portador de VIH/SIDA ou a solicitação de testes de despistagem, temática que distinguiremos em seguida.

(47) Informa a supracitada Convenção que eventuais práticas discriminatórias em matéria de emprego e profissão transgridem os direitos dispostos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Paralelamente a esta Convenção, a OIT/ILO — *Internacional Labor Organization*, editou a Recomendação n. 200, em 2010, informando, em seu sítio eletrônico, dois precedentes brasileiros sobre trabalhadores com VIH, assédio e discriminação no âmbito do trabalho, preconizando ter o Superior Tribunal do Trabalho (TST) brasileiro, acertadamente, acordado em favor do trabalhador, fundamentando esta decisão com base na recomendação e convenção supracitadas da OIT. Disponível em: <http://www.ilo.org/aids/Whatsnew/WCMS_163753/lang-en/index.htm>.

3. A baliza protetora da igualdade e o enfrentamento à discriminação: análise dos *briefing cases* dos trabalhadores portadores de VIH/SIDA

Em que pese a análise ponderativa do mandamento constitucional em não discriminar, observa-se que o fenômeno social em segregar precede à proibição jurídica⁽⁴⁸⁾. Em face do exposto, críticas de cunho moral são observadas em resposta ao desconhecimento científico sobre os desdobramentos da doença (contágio, sintomas, tratamento) e à alarmante taxa de contaminação, contribuindo para incutir a mentalidade de se tratar de uma *sentença de morte*, fomentada pela cultura do medo, refletindo no estigma social⁽⁴⁹⁾ de seu portador e na sedimentação da rejeição social.

Com base nessa perspectiva, evidenciamos o tratamento imposto aos primeiros contaminados pelo vírus do VIH, eivado de repreensão social, sendo, inclusive, atribuída primeiramente a sigla *GRID* (*gay-related immunodeficiency*) — comumente denominada de doença ou câncer *gay*, denotando a alta carga de preconceito relacionada, aliada à manifesta falta de embasamento científico sobre a recente epidemia⁽⁵⁰⁾.

Os primeiros indícios de infecção e de transmissão do vírus VIH são cientificamente apontados como remissivos à década de 1970,

(48) CANOTILHO, Mariana, *op. cit.*

(49) Para além do estigma e da discriminação impressas ao trabalhador, VILAR QUEIRÓS, António José. VIH, risco e aptidão para o trabalho. In: HIV-AIDS IX VIRTUAL CONGRESS, SIDA NET. *A Infecção VIH e o Direito*. Satarém, 2010, p. 37-56, aponta, ainda, a existência de discricionariedade na relação laboral, capaz de aviltar o acesso e a segurança no emprego, fundamentando nas medidas arbitrárias de limitação à profissão ou de despedimento arbitrário.

(50) *A priori*, difundiu-se que o vírus apenas acometia homens homossexuais e usuários de drogas injetáveis, fato que se revelou inconsistente. Posteriormente, *hookers* (prostitutas), usuários de heroína — incluindo os médicos americanos, ainda, as categorias de haitianos e hemofílicos, foram enquadrados como grupos vulneráveis de risco, ficando conhecida como a Doença dos H's.

e constatados inicialmente nos Estados Unidos, Haiti e África Central, sendo o primeiro caso identificado no Brasil em 1982⁽⁵¹⁾, e em Portugal, em 1983.

Rapidamente, o leque de potenciais casos de transmissão incluiu profissionais de saúde (em 1983) e a transmissão vertical (materno-filial), em 1985; iniciando, por conseguinte, a peleja investigativa entre os médicos cientistas Robert Gallo e Luc Montagnier em torno do isolamento e descoberta científica do vírus VIH, dando largada à corrida farmacêutica pela fabricação e patenteação de remédios antivirais, disponibilização de testes de detecção do vírus, criação das primeiras ONGs⁽⁵²⁾ e programas governamentais de controle da SIDA.

Isso posto, passa a ser demandado nos cenários cultural, econômico, científico e jurídico resposta à pandemia, gerando grande comoção social em prol da cura (em face do alto número de contaminados levados a óbito) e a criação de estratégias de enfrentamento da discriminação aos sujeitos contaminados, reverberando em pesquisas, nas primeiras resoluções políticas sobre o VIH/SIDA, desencadeando frentes de proteção à saúde e de balizas jurídicas para conter o preconceito nas diversas áreas (saúde, educação, trabalho).

Em meio à cobrança por mais medidas protetivas por parte dos Estados, o meio científico progride no tratamento da doença, estabilizando ao contaminado uma *significativa sobrevivência*⁽⁵³⁾, a despeito de ainda se tratar de uma doença letal⁽⁵⁴⁾, incentivando acolhimento social e solidariedade aos contaminados, mas não extirpando da sociedade a

cultura do medo e a persistente recriminação moral aos portadores do vírus, fomentadas pela preocupante ignorância⁽⁵⁵⁾ social⁽⁵⁶⁾.

Nesse contexto, a resposta do direito às implicações da síndrome viral do VIH fora paulatinamente construída sob influências políticas, culturais e econômicas, propiciando a construção de um aparato jurídico que tenta salvaguardar os contaminados da discriminação e da segregação social. Na seara laboral, consolidou-se um aparato normativo de proteção aos direitos e garantias fundamentais do trabalhador infectado, buscando dirimir divergências e conflitos nos locais de trabalho, pautados pelo preconceito e pelo receio (infundado, na maioria das vezes⁽⁵⁷⁾) de contágio.

(51) BRASIL. *História da AIDS*. Ministério da Saúde, DST-AIDS-Hepatites Virais. 2013. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>>.

(52) A Assembleia Mundial de Saúde e a ONU promovem em 1º de dezembro o Dia Mundial de Luta contra a SIDA.

(53) ROUXINOL, Milena Silva, *op. cit.*

(54) MONTEIRO DE BARROS, Alice. AIDS no local de trabalho: um enfoque de Direito Internacional e Comparado. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, n. 62, 32, 2000, p. 67-86.

(55) Nesses termos, preconiza MONTEIRO DE BARROS, Alice, *op. cit.*, p. 69: “a desinformação sobre a doença é, provavelmente, a principal causa dos preconceitos”, justificando a repúbia, segregação e discriminação à ignorância social. Como solução à discriminação pela ignorância, propõem VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. VIH/SIDA e contrato de trabalho. In: *Sep. de: Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 789-847, a educação da população acerca da doença e prevenção do contágio no local de trabalho por meio de medidas de segurança.

(56) Nessa linha, preconiza MENEGHIN, Paulo. Entre o medo da contaminação pelo HIV e as representações simbólicas da AIDS: o espectro do desespero contemporâneo. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, vol. 30, n. 3, 1996, p. 399-415, informando que a ignorância leva ao preconceito e à estigmatização, passível de desencadear sentimento de impotência e de insegurança ao contaminado, que poderá tentar compensar com medidas de precaução excessiva, como o caso do *boiled suit* (vendedor de móveis isolado dos demais trabalhadores em armazém e forçado a trabalhar com macacão e luvas cirúrgicas, a fim de evitar o contágio com o contato).

(57) À vista do disposto MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 492, ratifica o posicionamento compartilhado pela OIT e pela OMS de ser quase inexistente a probabilidade de contágio no ambiente de trabalho à maioria das profissões, informando que “esta Declaração dispõe que a infecção pelo HIV não constitui motivo capaz de fundamentar a cessação do contrato de trabalho e, como ocorre com as demais doenças, as pessoas deverão continuar a trabalhar quando estão em condições de ocupar um emprego apropriado”.

Contextualizando a demanda laboral⁽⁵⁸⁾, verifica-se o embate de direitos, garantias e deveres, colocando em pauta questões de acesso e segurança no emprego, do tratamento isonômico e não discriminatório no ambiente de trabalho, do respeito e proteção aos direitos relativos à personalidade do trabalhador, para além da saúde e segurança dos outros profissionais⁽⁵⁹⁾, e demandando ponderação normativa orientada pelo princípio da proporcionalidade⁽⁶⁰⁾, enquanto instrumento de controle judicial. Nessa senda, afixamos que tolher discricionária e arbitrariamente o acesso ou a segurança ao emprego a trabalhador portador de VIH/SIDA consubstancia prática ilegal e discriminatória.

No Brasil, a legislação trabalhista direciona ao empregador o dever de inspecionar, questionar e solicitar periodicamente (durante a admissão, no decorrer do contrato de trabalho e na dispensa) dados sobre a aptidão física e mental do trabalhador, exceto para a camuflada despistagem do vírus VIH, admitida, no entanto, caso a atividade comporte o comprovado risco de contágio⁽⁶¹⁾, exigindo, nesse caso,

(58) Sendo, inclusive, apontada pela literatura que 90% das pessoas contaminadas com HIV encontram-se na zona etária economicamente atuante, *vide* Trebilcock, Anne, *apud* VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. Em torno do VIH/SIDA: Subsídios para uma cultura laboral de saúde e justiça. In: HIV-AIDS IX VIRTUAL CONGRESS, SIDA NET. *A Infecção VIH e o Direito*. Satarém, 2010, p. 15-26.

(59) VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. Entre o direito à saúde e o direito a estar doente – comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007. *Revista Questões Laborais*, Lisboa, ano XV, n. 31, 2008, p. 89 a 114, diferenciam o risco *potencial* de contágio do risco eventual (não provocado em condições regulares, apenas incidentalmente), não devendo, nesse segundo caso, o trabalhador experimentar as mesmas contenções legais que as situações de potencial risco provocam.

(60) *Idem*.

(61) MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 359, recomenda que a “realização destes exames, para ser considerada adequada e os seus objectivos lícitos, só pode ocorrer quando visa prevenir, evitar ou controlar os prejuízos para a saúde que pode derivar da execução da prestação de trabalho, quando nela existam factores de risco”.

a legislação trabalhista brasileira, a expressa concessão do trabalhador para a verificação de seu *status* de soropositividade⁽⁶²⁾.

Assim, a referida ressalva se faz possível às profissões que apresentam real e comprovado risco de transmissão⁽⁶³⁾, como a área da saúde, pelo que se permite o teste de despistagem do VIH em nome da proteção à saúde dos envolvidos, em detrimento da intimidade e dos demais direitos relativos à personalidade do trabalhador⁽⁶⁴⁾. As mencionadas situações são admitidas em face da probabilidade, cientificamente comprovada de contaminação, assinalando a doutrina um dever⁽⁶⁵⁾ imposto ao trabalhador infectado em informar ao empregador seu *status* sorológico, posicionamento este que comporta divergência.

Ainda, em relação às profissões enquadradas como de comprovado risco de contágio, importante reforçar que a simples constatação dessa probabilidade não acarreta na consequente impossibilidade do trabalhador em realizar o seu mister (exemplificado pela doutrina como a discussão em torno do médico cirurgião⁽⁶⁶⁾). Deve, incontestavelmente, o empregador adotar medidas de neutralização dos riscos provocados pela profissão, bem como promover padrões de prevenção a acidentais formas de contaminação, ensejando, assim, o

(62) MONTEIRO DE BARROS, Alice, *op. cit.*

(63) CAMPOS, M. A. O trabalhador da saúde portador do HIV: lições para biossegurança e ética. *Revista da Associação Médica Brasileira*, n. 45, 1999, p. 163-168. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v45n2/1683.pdf>>, exemplifica esta profissão com a circunstância do contágio a seis pacientes por dentista americano portador de VIH, impondo ao profissional inserido nesse excepcional rol o dever de abdicar de práticas que propiciem esse risco.

(64) ROUXINOL, Milena Silva, *op. cit.*, p. 131.

(65) Sobre essa questão, preconiza MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 494, que “a violação deste dever de informação excepcional do trabalhador a propósito do seu estado de saúde, conduzirá a uma violação do dever de lealdade e da boa-fé contratual, constituindo um fato ilícito que faz incorrer o faltoso em responsabilidade civil”.

(66) ROUXINOL, Milena Silva, *op. cit.*

respeito e a salvaguarda das garantias de acesso e de segurança no emprego⁽⁶⁷⁾.

O acesso e a segurança no emprego são reconhecidos e promovidos pela OIT e pela OMS⁽⁶⁸⁾, ao divulgarem recomendações⁽⁶⁹⁾ no trato do trabalhador portador de VIH, designando como condutas aceitáveis, em respeito à igualdade e à não discriminação, a percepção do trabalhador portador assintomático do VIH como um trabalhador qualquer (visto que a sua condição fisiológica não afeta a capacidade laboral), e o direcionamento do empregado acometido pela SIDA (por ter sua capacidade comprometida com o desenvolver da enfermidade) segue a orientação encaminhada ao trabalhador doente (para tratamento e direcionamento previdenciário).

Coloca-se em perspectiva a possibilidade de transgressão da igualdade, da não discriminação e do acesso e segurança no emprego, provocada pela tentativa doutrinária em ampliar o grupo das profissões que supostamente comportariam risco de contágio e assim reclamariam uma maior cautela no trato com os envolvidos (trabalhadores contaminados, colegas de trabalho e terceiros/clientes). Tenta-se legitimar essa vertente doutrinária a contingência do alegado risco de contágio por outras vias, excedendo o campo de contaminação reconhecida

pelos fluidos corpóreos, da relação sexual e da transmissão vertical (materno-filial⁽⁷⁰⁾).

Como possibilidades hipoteticamente indicadas e que evidenciam condão de indiretamente discriminar e segregar o trabalhador, há registro da pretensa possibilidade de *contágio* via profissionais do ramo alimentício ou da manifesta *incapacidade* para atividades que exijam condicionamento físico, matéria que abordaremos posteriormente.

Sobre essa questão, faz-se premente frisarmos a intrínseca ilegalidade do teste camuflado de despistagem do vírus VIH e do teste dissimulado de saúde (solicitado para outros fins, como a legal possibilidade de verificação da aptidão à profissão)⁽⁷¹⁾, o que expressa mácula à integridade física do trabalhador⁽⁷²⁾, para além da transgressão de outros tantos direitos.

Ao médico do trabalho recai o dever de atestar a condição do trabalhador ao exercício da função, sendo-lhe vedado divulgar o resultado do exame ao empregador (pela legislação ordinária e pela conduta ética médica⁽⁷³⁾), admitindo-lhe unicamente informar se o trabalhador encontra-se apto ou não ao exercício da função⁽⁷⁴⁾, proibição essa vocacionada a conter possíveis práticas discriminatórias com a exposição de sua condição sorológica.

-
- (67) Fazemos aqui um parêntese para destacar a necessidade de se delimitar normativamente as hipóteses em que se faz necessário investigar o *status* de soropositividade do trabalhador, quando a profissão seja enquadrada como de *risco qualificado de transmissão*, para além de direcionar dispositivos ao empregador sobre medidas necessárias à prevenção de acidentes e neutralização dos riscos existentes, *vide* VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. Em torno do VIH...
- (68) OMS/BIT. Declaração da OMS/BIT. *Guide de l'Organisation mondiale de la santé pour le SIDA et les premiers secours sur le lieu de travail*. Disponível em: <http://training.itcilo.it/actrav_cdrom2/fr/osh/aids/aidsand.htm>.
- (69) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/texto_da_recomendacao_oit_sobre_hiv.pdf>.

-
- (70) MONTEIRO DE BARROS, Alice, *op. cit.*
- (71) AMADO, João Leal. VIH/SIDA e a proibição de discriminação dos trabalhadores: entre a "tensão para a transparência" e o "direito à opacidade". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 139º, n. 3.960, p. 170-175, 2010, orientada pela obrigatoriedade de justificar o empregador a solicitação dos testes, para além da imprescindível expressa anuência do empregado: VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva, *VIH/SIDA e contrato...*
- (72) Sobre essa questão, MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho, *op. cit.*, p. 362 considera "que a deteção desta doença feita sem o seu consentimento é violadora do direito à intimidade", apontando a autora ter o trabalhador o direito à intimidade genética.
- (73) SANTIAGO, Louise Cerqueira Fonseca. *O sigilo médico e o direito penal*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1409>>, remetendo os autores à origem da confidencialidade e do sigilo profissional aos documentos hipocráticos.
- (74) MONTEIRO DE BARROS, Alice, *op. cit.*

Caso o médico do trabalho divulgue ao empregador informação sobre o estado de saúde do trabalhador, estará ferindo o preceito ético da incomunicabilidade do sigilo⁽⁷⁵⁾ profissional⁽⁷⁶⁾, passível de acarretar consequências administrativas, laborais, civis e penais, com base, no Brasil, na Resolução n. 1.359/1992 do Conselho Federal de Medicina, no Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/2009, arts. 73 e 79) e no Código Penal, imputando em crime (art. 154 do CP) a violação de segredo profissional.

Destarte as apontadas balizas que amparam e protegem o trabalhador portador do VIH, discriminações são constatadas no âmbito da relação laboral, materializadas em condutas pautadas pelo preconceito e ensejadoras de segregação e de humilhação ao empregado, sendo verificado pela jurisprudência, inclusive, casos de dispensa ilegal⁽⁷⁷⁾, respondendo

(75) Sobre a questão do sigilo, pondera-se sobre a sua incomunicabilidade ética nas situações em que haja negligência por parte do paciente em proteger e evitar a transmissão, questionando-se ser a quebra de sigilo legitimada pela ponderação normativa com o direito à vida e à incolumidade, originando um direito à verdade, vide RUEFF, Maria do Céu. Segredo médico e VIH/SIDA: perspectiva ético-jurídica. *Acta Médica Portuguesa*, n. 17, 2004, p. 451-464. Disponível em: <<http://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/view/1120/785>>.

(76) VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Segredo médico: um direito ou um dever?* Disponível em: <<http://cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revcesumar/article/viewArticle/160>>, p. 1, referencia que “o segredo médico é ética, civil e penalmente protegido, de acordo com o grau de violação da intimidade do paciente”, constatando a possibilidade de diferentes níveis de responsabilização, de acordo com a prática violadora.

(77) *Reintegração. Portador do vírus HIV. Discriminação presumida. Princípios constitucionais. Convenções 111 e 159 da OIT.* É discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunica a rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção da dispensa cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. A reintegração no emprego é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória (...) (TRT 2ª Reg. – Proc. n. 1794820013903 PR 17948-2001-3-9-0-3 – Relª. Desª. Marlene T. FuverkiSuguimatsu – DJ 3.9.2004).

o Poder Judiciário brasileiro com a edição da OJ n. 142 da SDI II⁽⁷⁸⁾, fazendo frente a essas condutas ilegítimas.

No contrafluxo do preconceito, destacamos que relevantes abordagens literárias e cinematográficas vêm concorrendo para desvelar e denunciar práticas danosas à integridade dos acometidos pela SIDA. São obras vigorosas que dimensionam a devastação que a síndrome pode provocar, confrontando a cultura do medo e o alheamento social, abalando convicções e exortando à reflexão, constituindo-se mediações estratégicas para atualizar o debate político-cultural. Particularmente, são expressivos os filmes *Philadelphia* (1993)⁽⁷⁹⁾ e *Dallas Buyers Club* (2013)⁽⁸⁰⁾, para além de outros tantos importantes contributos cinematográficos⁽⁸¹⁾.

(78) OJ n. 142, da SDI - II. Mandado de Segurança. Reintegração liminarmente concedida (DJ 04.05.2004) - Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistia do pela Lei n. 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.

(79) A película *Philadelphia* (1993) aborda a temática realçando a dignidade do trabalhador que fora degradada, mediante forjamento de uma demissão fraudulenta, de modo a camuflar o repúdio e a desaprovação social refletidos na abusiva correlação da doença com a preferência sexual. Interessantemente, a obra aborda a contraposição social entre a vitimização de quem contrai o vírus *acidentalmente* (via transfusão de sangue) e a estigmatização ao indivíduo que contraiu via relação sexual (designadamente o homossexual), como se lhe tivesse sido disponibilizada a escolha entre contrair ou não.

(80) O filme *Dallas Buyers Club* (2013) foca o preconceito no ambiente de trabalho a partir de uma trajetória singular: de um sujeito inicialmente exaltado como heterossexual conquistador, para depois ser segregado, injuriado, agredido e demitido com a revelação de seu *status* de soropositividade, designando-o como homossexual unicamente por ter contraído o vírus, evidenciando nítido e deturpado paralelismo entre o vírus e a forma de contágio.

(81) Listamos outras películas relevantes que abordam temáticas diversas, como a solidariedade, a tolerância social e as diversas formas de contágio do vírus

3.1. Briefing case I: análise do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português

O caso em questão refere-se ao cozinheiro de Hotel do grupo Sana que fora despedido quando retornou ao posto de trabalho depois de temporária incapacidade por motivo de doença. Sucede que, por ocasião de exames de rotina, o médico do trabalho da empresa hoteleira tomou ciência do *status* de soropositividade do cozinheiro ao solicitar a um médico assistente, que anteriormente teria atendido o trabalhador, informações sobre a condição de saúde deste, tendo sido confirmado que a anterior incapacidade temporária do cozinheiro teria sido motivada por tuberculose desencadeada pelo VIH, evidenciando violação do sigilo profissional e maculando a premissa da confidencialidade de dados pessoais⁽⁸²⁾.

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português (de 24 de setembro de 2008) confirma, em sede de recurso, decisão anteriormente prolatada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, que aborda o caso da caducidade do contrato de trabalho, em face de *impossibilidade absoluta* do cozinheiro, por ser portador do vírus VIH. Reconheceu o acórdão ausência de mácula à igualdade e inexistência de manifesto discriminatório por parte do empregador ante o *status* sorológico do cozinheiro, entendendo

HIV (como a transmissão materno-filial), no entanto, poucas registraram a questão da discriminação no ambiente de trabalho: *An early frost* (1985), *Long time companion* (1990), *And the band played on* (1993), *A place for Annie* (1993), *The Hours* (2002), *Carandiru* (2003).

- (82) Outros diplomas que abordam a intimidade, privacidade e confidencialidade dos dados relativos à vida privada e à saúde: Diretiva 95/46/CV do Parlamento Europeu e do Conselho (de 24 de outubro); Carta Europeia dos Direitos do Paciente (1984 e de 2002); Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes, de 1994; Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, da UNESCO (1994); Código Civil brasileiro de 2002 (art. 229); Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos e Humanos da UNESCO 2004 (art. 14); Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 2005 (art. 9º).

por legal e justificável a caducidade do contrato em razão da impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva do trabalhador, qualificando sua inaptidão em manipular alimentos e objetos cortantes, com base no alegado *risco* de contaminação via derrame de sangue, saliva, suor e lágrimas em alimentos crus consumidos por cliente que tenha lesão na boca.

3.2. Briefing case II: análise do acórdão John Doe vs. District Columbia Court

A decisão prolatada no caso *John Doe vs. District Columbia Court* pelo Tribunal Distrital de Columbia, de 1º de julho de 1992, diz respeito à situação do candidato a bombeiro que, apesar de aprovado nos testes de prova escrita e de aptidão física e mental, fora posteriormente reprovado por ser portador do vírus VIH, justificando administrativamente o Departamento de Bombeiros do Distrito de Columbia, com base no risco *mensurável e potencial* de transmissão durante a atividade laboral, definido com base em critérios sem embasamento científico e denotando nítido caráter arbitrário e discriminatório por parte da entidade empregadora.

O referido acórdão, citado como um dos exemplos mais concretos de violação aos direitos humanos e de discriminação judicial ao trabalhador portador do vírus VIH, tem sua fundamentação ancorada no fato de que o ato administrativo fora definido com base em critérios não cientificamente comprovados de transmissão. Como fatores agravantes da ação administrativa tem-se que, durante o processo de seleção para o corpo de bombeiros do Distrito de Columbia, e depois de *John Doe* ter informado voluntariamente ao Chefe do Departamento ser portador assintomático do vírus VIH, este foi encaminhado para realizar dois testes de despistagem do vírus, bem como fora aconselhado a não responder à carta de aceite (*Letter of Appointment*) recebida e, ainda, orientado a esperar providências do Corpo de Bombeiros sobre seu caso, decorrendo longo

período sem qualquer resposta; tendo o litigante direcionado uma maior inconformação à inércia em seu processo de seleção para além da decisão tomada pelo Distrito de Columbia, relatando ter-se sentido rejeitado, desmoralizado e constrangido.

O Tribunal Distrital de Columbia condenou o Distrito de Columbia, entendendo pela existência de discriminação em face da soropositividade do litigante, devendo-lhe ser concedido o cargo de bombeiro em virtude da inexistência do risco de contaminação, além do pagamento referente aos salários retroativos e à indenização por dano moral.

3.3. Briefing case III: análise do acórdão I.B. c. Grèce da Corte Europeia de Direitos Humanos

Semelhante à temática abordada pela película *Dallas Buyers Club* (2013), no *Affaire I. B. c. Grèce* (2013), a Consulta n. 552/10, relata o caso do joalheiro grego que, afastado temporariamente para prestar serviço militar, revelou a três colegas o receio de ter contraído o vírus do VIH. Narra o requerente que, ao retornar, circulava na empresa o comentário de que ele *tinha* contraído o vírus VIH, sofrendo discriminação por parte de seus *co-workers*, que pleitearam ao empregador sua dispensa, sob pena de demissão coletiva.

Depois da dispensa do suplicante, justificada pelo empregador como canal para restabelecer a harmonia no local de trabalho, este demandou na Primeira Instância do Tribunal de Atenas, com fundamento baseado na violação de sua personalidade e na discriminação no âmbito do trabalho, visto que a dispensa se pautou em um risco cientificamente infundado de contaminação, pedindo o autor pela declaração de nulidade de sua rescisão contratual.

Nesses termos, o Tribunal prolatou decisão pela ilegalidade da demissão, motivada pelo status de soropositividade do trabalhador, mas não reconheceu a violação de sua personalidade (com base em intenção criminosa ou desejo

em difamar, *secundum* a legislação local). Por conseguinte, fora interposto tanto pelo litigante quanto pela empresa recurso ao Tribunal de Recursos de Atenas, entendendo este Tribunal em favor do trabalhador, salientando a nítida discriminação sofrida com base no falso risco de contágio, percebendo por ilegal a demissão e acrescentando o entendimento de que havia sido violada a personalidade do trabalhador.

Em novo recurso pela empresa ao Tribunal de Cassação, o acórdão do Tribunal de Recursos fora anulado, passando a vigorar entendimento diverso, decidindo pela legalidade da demissão por não ter sido fincada na discriminação, mas justificada para neutralizar o receio e a insegurança dos *co-workers* em contrair o vírus. Em face deste acórdão, o Estado da Grécia foi condenado, com base na violação da privacidade e da discriminação sofrida pelo litigante, fundamentada nos artigos 8º e 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, respectivamente, por ter o Tribunal de Cassação Helênico reconhecido a legalidade da rescisão, desconsiderando a nítida violação da personalidade (vida privada) do trabalhador requerente e a discriminação por ele sofrida.

Entendeu a CEDH pelo equívoco do Tribunal Helênico no balanceamento entre os direitos do trabalhador requerente e os interesses do empregador, tendo em vista este se pautar em argumentos enraizados numa visão preconceituosa, além das manifestas ausências de dano ao empregador (não houve redução da produção laboral e nem pedido de demissão coletiva) e de improdutividade do trabalhador litigante; condenando o Estado Helênico em danos material e moral ao requerente.

3.4. Briefing case IV: análise do acórdão Fontaine vs. Canadian Pacific Ltd. do Tribunal Canadense de Direitos Humanos

O acórdão em tela refere-se ao caso do cozinheiro canadense de cantina que servia à empresa ferroviária *Canadian Pacific Limited*.

Durante uma discussão no comboio, o litigante revelou seu *status* de soropositividade, informação que se alastrou pela empresa, levando o litigante a ser discriminado e ameaçado de agressão física por seus colegas, que se recusaram a ingerir os alimentos por ele produzidos, com receio de eventual contágio. Consta do acórdão o questionamento se o litigante havia abandonado o emprego (por causa das ameaças sofridas) ou se fora compelido a pedir demissão, informando, no entanto, sua dificuldade em conseguir outro emprego no ramo alimentício, vez que seu *status* de soropositividade havia sido noticiado, estando seu nome maculado e catalogado como *blacklisted*, vindo a sofrer de depressão depois desses eventos traumáticos.

O *Canadian Human Rights Tribunal*, em 1989, proferiu decisão pelo reconhecimento do vínculo de emprego com a companhia ferroviária, mas considerou legal a rescisão contratual por entender que a empresa não discriminou o empregado, condenando-a, no entanto, à indenização material (pela perda de salários) e moral, para além do envio de uma carta de desculpas. Fundamentando a referida decisão, o Tribunal, acertadamente, asseverou como únicas formas de contágio do VIH a relação sexual desprotegida, o contato direto com o sangue ou via materno-filial, destacando a impossibilidade de contaminação pela manipulação de alimentos, relatando não existir nenhum caso noticiando suposta contaminação nestes termos. Alicerçou, também, aquela Corte, posicionamento semelhante ao propagado pela OMS, no sentido de que a falta de informação leva ao preconceito e à estigmatização, repreendendo a empresa pela ausência de orientação apropriada a seus funcionários sobre o VIH/SIDA, formas de contágio cientificamente confirmados e demais vicissitudes, pelo que esta manobra informativa evitaria a discriminação vivenciada pelo litigante, bem como, provavelmente, o desfecho de seu caso.

4. Considerações finais

Depois de breve apanhado histórico do processo de descoberta do VIH, circunscrevendo

suas configurações iniciais que remetem à década de 1980, prosseguimos analisando a temática com enfoque nas implicações que imprimiram às relações sociais, especialmente aquelas relacionadas ao mundo do trabalho, contextualizando e relacionando este cenário aos casos de transgressão a direitos relativos à personalidade do trabalhador e à violação do seu acesso e segurança no emprego.

Norteadas pelos parâmetros da igualdade e da não discriminação, trouxemos à baila referências decisórias em torno do apresentado *case study* do trabalhador portador de VIH/SIDA, analisadas com base em acórdãos versados pelo Supremo Tribunal de Justiça Português, pelo Tribunal Distrital de Columbia, pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo Tribunal Canadense dos Direitos Humanos, evidenciando situações de discriminação no local de trabalho.

Desse conjunto de decisões emitido por Cortes Superiores de nacionalidades e cargas jurídicas distintas, abstraímos posicionamentos que se distinguiram em suas orientações e implicações jurídicas, com força de influenciar jurisprudencial e doutrinariamente demandas relacionadas às questões analisadas (igualdade, não discriminação, acesso e segurança no emprego do trabalhador com VIH/SIDA).

Uma primeira observação diz respeito aos resultados emitidos por tribunais organicamente diferenciados em grau de impacto decisório, com conotações diversas, atestando uma maior acolhida à demanda por indenização material e moral por parte do tribunal de instância inferior. Assim, ao mesmo tempo em que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal inclinou-se pelo não reconhecimento da transgressão à igualdade e à não discriminação do trabalhador, o Tribunal Distrital de Columbia, nos Estados Unidos, que estaria, em tese, organicamente abaixo daquela instância, apresentou-se mais atual à questão proposta, concluindo pelo reconhecimento de discriminação ao trabalhador soropositivo com base em inexistente risco

de contágio, conferindo-lhe o cargo destituído e deferindo-lhe indenização moral.

A decisão proferida pelo Tribunal Canadense dos Direitos Humanos, por sua vez, imprime tendência parecida à experiência lusitana, inclinando-se pela não condenação da empresa por rescisão ilegal com base em discriminação. No entanto, essa Corte canadense controversamente reconhece a existência de dano moral e material à rescisão fundada na condição sorológica do trabalhador, aparentando avanço e sensibilidade no trato de questões de direitos humanos.

No entanto entendemos que o posicionamento *avant-garde* nessa contenda político-jurídica cabe à Corte Europeia de Direitos Humanos, cujo conteúdo parece ser o mais condizente com a situação de transgressão dos direitos do trabalhador com HIV/SIDA, pois se coloca pela apuração da violação à igualdade e à não discriminação, condenando um Estado europeu cujo Tribunal proferira decisão anterior diversa. Ademais, deve-se destacar que essa decisão exprime conotação simbólica e de natureza política e jurídica de maior vulto, dadas as suas implicações que ultrapassam os limites circunscritos a um espaço nacional em particular, estendendo-se à comunidade europeia.

Sendo assim, em resposta à realidade supra referenciada, apontamos disposições legais nacionais, internacionais e comunitárias propensas a neutralizar a discriminação e a confrontar estigmas infligidos ao trabalhador contaminado, fomentados que foram por um cenário de alta letalidade das vítimas e de inicial impotência médico-científica, superada por um conjunto de medidas de prevenção, tratamento e de promoção de formas educativas sobre SIDA.

No campo jurídico-legal, salientamos a normatividade brasileira, buscando evidenciar os pontos de estreitamento e de divergência com o paradigma internacional, informando, também, os ganhos mais expressivos constatados nesse diploma jurídico, percebendo os avanços sociais, políticos e legais auferidos.

Distinguimos expressamente que, na normatividade nacional, o direito à igualdade e à não discriminação foram estabilizados a um nível mínimo de amparo e de proteção jurídica, sem que houvesse a banalização desses conceitos, permitindo-se a efetividade do acesso e da segurança no emprego ao trabalhador com VIH/SIDA, norteadas pelo preceito da dignidade de pessoa humana, neutralizando, em parte, eventuais práticas transgressoras a direitos relativos à personalidade no ambiente de trabalho.

Concretamente, com o presente artigo buscamos salientar o debate sobre temática contemporânea relevante e desafiadora, que provoca a ponderação fática de normas, preceitos e garantias legais necessárias às relações humanas, sociais e trabalhistas, pelo que intentamos colaborar apontando incidências de estudos e de veredas analíticas na seara constitucional e laboral, acentuando, contudo, o não esvaziamento dessa discussão.

5. Referências bibliográficas

AMADO, João Leal. VIH/SIDA e a proibição de discriminação dos trabalhadores: entre a “tensão para a transparência” e o “direito à opacidade”. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 139º, n. 3.960, p. 170-175, 2010.

AMARAL, Maria Lúcia. O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 35-57.

ANTURES, Ricardo Alexandre Pereira. Os direitos fundamentais dos trabalhadores entre a OIT e a OMC. In: *Boletim de Ciências Económicas*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *História da AIDS*. Ministério da Saúde, DST-AIDS-Hepatites Virais. 2013. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>>.

- CAMPOS, M. A. O trabalhador da saúde portador do HIV: lições para biossegurança e ética. *Revista da Associação Médica Brasileira*, n. 45, p. 163-168, 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v45n2/1683.pdf>>.
- CANOTILHO, Mariana. Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia. *Revista Julgar*, Lisboa: Coimbra Editora, n. 14, p. 101-111, 2011.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Combate à discriminação e igualdade de oportunidade para todos — uma estratégia-quadro*. Bruxelas, 2005. Disponível em: <<http://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/03.pdf>>.
- COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público — I*. São Paulo, Malheiros Editores, ano 87, n. 1, 1993, p. 69-83.
- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA ÀS CIÊNCIAS DA VIDA. *Relatório-Parecer sobre a obrigatoriedade dos Testes da SIDA*. Disponível em: <http://www.cnecev.pt/admin/files/data/docs/1273059239_P016_SIDA.pdf>.
- CRUZ, Luiz Felipe Ferreira Mendonça. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade* (Dissertação de Mestrado). Universidade de Direito de São Paulo (USP). Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-03092012-092058/pt-br.php>>.
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho — sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GARCIA, Maria Glória F. P. D. Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido? In: *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 19-64.
- GENRO, Tarso. Os fundamentos da Constituição no Estado de Direito. In: MENDES, Gilmar *et al.* (Coords.). *Tratado de direito constitucional*. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 177-231.
- LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. A importância e a aplicabilidade dos princípios justalistas no modelo regulador da relação coletiva de trabalho. *Revista ESMAT 13*, João Pessoa, LTr, ano V, n. 5, p. 38-52, 2012.
- LIMA NETO, Francisco Vieira. O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade. MAZZEL, Rodrigo (coord.). *Coleção Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- LOPES, Dulce. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação. *Revista Julgar*, Lisboa: Coimbra Editora, n. 14, p. 47-75, 2011.
- _____. Principais contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação. *Debater a Europa*, n. 4, 2011, p. 32-60. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro-aeva-eu/debatereuropa/>>.
- LOPES, Otavio Brito. *A questão da discriminação no trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_17/artigos/art_otavio.htm>.
- MARTINGO, Carla *et al.* Plataforma Laboral contra a SIDA — a resposta do meio laboral ao VIH/SIDA. *Comissão Nacional de Luta contra a SIDA*, Lisboa, 2005.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* (Coords.). *Tratado de direito constitucional*. vol. 1, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 411-492.
- MENEGHIN, Paulo. Entre o medo da contaminação pelo HIV e as representações simbólicas da AIDS: o espectro do desespero contemporâneo. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, vol. 30, n. 3, p. 399-415, 1996.
- MINOW, Martha. *In favor of foxes: pluralism as fact and aid to the pursuit of justice*. Boston University Law Review, vol. 90, p. 101, 2010; Harvard Public Law Working Paper n. 10-30, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1620489>>.
- MONTEIRO DE BARROS, Alice. AIDS no local de trabalho: um enfoque de Direito Internacional e Comparado. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, n. 62, 32, p. 67-86, 2000.
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador. *Stvdia Ivridica 78. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- OMS/BIT. Declaração da OMS/BIT. *Guide de l'Organisation mondiale de la santé pour le SIDA et*

les premiers secours sur le lieu de travail, Disponível em: <http://training.itcilo.it/actrav_cdrom2/fr/osh/aids/aidsand.htm>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/texto_da_recomendacao_oit_sobre_hiv.pdf>.

PEREIRA, André Gonçalves Dias. *De um trabalhador portador de VIH/AIDS: reflexão à luz do direito português*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GDP_HIV.pdf>.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. Entre o global e o local: o princípio fundamental da igualdade no trabalho na perspectiva de gênero. *Caderno Jurídico*, vol. 3, n. 5, Brasília, p. 1-22, 2009.

ROUXINOL, Milena Silva. O direito do profissional de saúde portador de VIH/SIDA ao exercício da sua profissão. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano. 8, n. 16, p. 127-133, 2001.

RUEFF, Maria do Céu. Segredo médico e VIH/SIDA: perspectiva ético-jurídica. *Acta Médica Portuguesa*, n. 17, p. 451-464, 2004. Disponível em: <<http://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/view/1120/785>>.

SANTIAGO, Louise Cerqueira Fonseca. *O sigilo médico e o direito penal*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1409>>.

SIDA NET. *A Infecção VIH e o Direito*, HIV-AIDS IX Virtual Congress, Satarém, 2010.

SILVA, Suzana Tavares. O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade,

ponderação e razoabilidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 8, p. 1-34, 2012.

UNAIDS. *Global Report – UNAIDS report on the global AIDS epidemic 2013*. Disponível em: <http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/epidemiology/2013/gr2013/unaids_global_report_2013_en.pdf>.

VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. VIH/SIDA e contrato de trabalho. In: *Sep. de: Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correira, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 789-847.

_____. Entre o direito à saúde e o direito a estar doente — comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007. *Revista Questões Laborais*, Lisboa, ano XV, n. 31, p. 89 a 114, 2008.

_____. Em torno do VIH/SIDA: Subsídios para uma cultura laboral de saúde e justiça. In: HIV-AIDS IX Virtual Congress, SIDA Net. *A Infecção VIH e o Direito*. Satarém, 2010. p. 15-26.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Segredo médico: um direito ou um dever?* Disponível em: <<http://cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revcesumar/article/viewArticle/160>>.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 5. ed. *Manuais Universitários*. Coimbra: Almedina, 2012.

VILAR QUEIRÓS, António José. VIH, risco e aptidão para o trabalho. In: HIV-AIDS IX Virtual Congress, SIDA Net. *A Infecção VIH e o Direito*. Satarém, 2010, p. 37-56.

A negociação coletiva como pressuposto da dispensa em massa de trabalhadores: uma perspectiva luhmanniana do procedimento como mecanismo de legitimidade e controle

Caroline Ferreira Ferrari^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo se propõe a apreciar o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da obrigatoriedade de negociação coletiva para dispensa em massa de trabalhadores. Com o intuito de demonstrar que a exigência de negociação coletiva prévia é indispensável para a consecução de resultados legítimos, uma vez que permeia a redução da complexidade social mediante uma atuação contrafactual, analisar-se-á o pensamento de Niklas Luhmann a respeito do conceito de legitimação pelo procedimento, ressaltando-se, por conseguinte, como a negociação coletiva pode atuar de maneira a minimizar as contingências e permitir a variação estrutural da expectativa.

Palavras-chave:

- ▶ Dispensa Coletiva — Negociação Prévia — Niklas Luhmann.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O conceito de sindicatos
- ▶ 3. A negociação coletiva de trabalho
- ▶ 4. A dispensa em massa de trabalhadores e a obrigatoriedade de negociação coletiva prévia: uma visão luhmanniana do procedimento
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Procuradora do Estado do Amazonas com lotação no Distrito Federal. Advogada. Ex-Analista Judiciária do TRT da 2ª Região e Ex-Técnica Judiciária do TRT da 5ª Região. Possui especialização em Direito e Processo do Trabalho pela UFBA. Mestranda em Direito Constitucional e Sociedade pelo IDP.

1. Introdução

Hodiernamente, situações socioeconômicas estimuladas pelo incremento tecnológico e a alta informatização que experimenta a humanidade vêm interferindo substancialmente no sistema de emprego, com supressão de postos de trabalho e a efetivação de dispensas coletivas⁽¹⁾.

A reorganização da produção, a política neoliberal e o intercâmbio constante entre os diversos Estados evidenciam a sedimentação de um sistema global⁽²⁾ e interdependente, de forma que o desequilíbrio econômico em uma dada região acarreta impacto em ramos distintos, como a Política e o Direito, com propagação em múltiplos países e intromissão no mercado de trabalho.

Sabe-se que o movimento sindical surgiu como forma de defesa utilizada pelos trabalhadores com o intuito de contrabalancear o desequilíbrio existente entre as partes e possibilitar a negociação coletiva pela respectiva categoria profissional e econômica.

(1) Explicitando o assunto, Otávio Augusto Reis de Souza pontua: *“Assim, havemos de repensar conceitos básicos como a importância do trabalho, para nós e para a sociedade. A eliminação de postos de trabalho típicos é inerente à revolução tecnológica, e as políticas de emprego são inábeis a reavivá-los. Resta-nos a diminuição gradativa da jornada de trabalho, o job sharing, e, mais que isso, impende ao modelo capitalista viabilizar novas formas de repartição de riqueza, que não o trabalho subordinado.”* (In: SOUZA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 38.)

(2) A Ministra Maria Cristina Peduzzi alerta para os efeitos da globalização nos países em desenvolvimento, afirmando que: *“A globalização econômica opera de acordo com uma lógica economicista que realça, em primeiro plano, a busca de competitividade, calcada na absorção de tecnologia e na qualificação da mão de obra. Nos países em desenvolvimento, no entanto, a busca da competitividade ocorreu por via transversa, consistindo fundamentalmente, na supressão ou redução de direitos sociais, pouco se investindo em ciência e tecnologia ou na qualificação do trabalhador.”* (In: PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Globalização, integração de mercados, repercussões sociais: perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil*. *Revista do TST*, Brasília, v. 69, n. 1, p. 22, jan./jun. 2003.)

A CRFB/1988, além de prever o direito de associação como garantia fundamental, traz, de maneira expressa, em seu art. 8º, inciso III, a competência da respectiva entidade sindical para a defesa dos interesses coletivos e individuais da categoria, determinando, destarte, a obrigatoriedade de participação do sindicato nas negociações coletivas de trabalho, com o fito de manter o equilíbrio entre os parceiros envolvidos na contenda.

Já o art. 7º, inciso I, da CRFB/1988, assegura a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa na relação de emprego, matéria esta a ser regulamentada por meio de lei complementar, cuja edição não sobreveio até o momento.

Com base nesse panorama, segundo o Tribunal Superior do Trabalho, por haver distinções de índole normativa entre a dispensa individual e coletiva, já que esta última produz impacto no âmbito social, econômico e político de uma dada comunidade, é inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores.

Ocorre que, na seara do Direito Coletivo do Trabalho, não há um regramento específico para a operacionalização da dispensa em massa de empregados em razão de impactos decorrentes de crises econômicas, surgindo, então, questionamentos acerca do seu contorno jurídico, ou seja, se é possível a aplicação do regramento previsto para os casos de dispensa individual, se o princípio da função social da empresa⁽³⁾ impõe limites à própria liberdade patronal a ponto de sujeitá-la a uma negociação coletiva obrigatória ou se compete ao Poder Judiciário o estabelecimento normativo aplicável em virtude da inafastabilidade de acesso à jurisdição. Isto porque, sendo infrutífera a tentativa conciliatória, o tribunal do

(3) 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: [...] XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; [...]

trabalho é conclamado a atuar, numa função nitidamente secundária⁽⁴⁾, por meio da qual prolata uma decisão de cunho obrigatório e com características legislativas.

Com supedâneo nessas premissas, indaga-se: Tendo em vista que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, a teor do art. 8º, III, da Constituição Federal de 1988, inclusive em questões judiciais ou administrativas, em que medida a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores?⁽⁵⁾

Com o intuito de demonstrar que a exigência de negociação coletiva prévia é indispensável para a consecução de resultados legítimos, uma vez que permeia a inclusão social mediante uma atuação contrafactual⁽⁶⁾, com redução da complexidade, é que se buscará a resposta da presente indagação.

Assim, a apreciação do tema perpassa pela análise da negociação coletiva como pressuposto de legitimidade para a dispensa em massa de trabalhadores, primando-se por uma releitura do texto constitucional inserido em uma conjuntura econômica e social globalizada.

Nesse diapasão, com o fito de compreender a relevância da negociação coletiva na seara do Direito Coletivo do Trabalho e assim responder à indagação proposta no presente artigo, far-se-á uma breve análise acerca do conceito de organização sindical, bem como

será apreciado o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a dispensa em massa de empregados. Posteriormente, o tema será abordado à luz do pensamento de Niklas Luhmann a respeito do conceito de legitimação pelo procedimento, ressaltando-se, por conseguinte, como a negociação coletiva pode atuar de maneira a minimizar as contingências e permitir a variação estrutural da expectativa.

2. O conceito de sindicatos

Como cediço, o Direito do Trabalho desenvolveu-se a partir do século XIX com o desígnio de amenizar as desigualdades sociais, trazendo em seu bojo normas de amparo ao trabalho humano, a exemplo da redução da jornada diária e da proteção ao trabalho do menor e da mulher, considerados “meias-forças”⁽⁷⁾, “matizando-o com as premissas que informam o direito público”⁽⁸⁾. Isso porque o Direito Civil, baseado na plena liberdade individual, demonstrou-se insuficiente para regular os contratos de trabalho travados à época, vivenciando-se um sentimento de irrisignação por parte do proletariado e uma consciência de classe germinada na massa⁽⁹⁾, com o reconhecimento da necessária proteção especial ao labor humano. E foi com base nessa premissa que o Direito do Trabalho desenvolveu o seu princípio protetor, a fim de levar à realidade prática a igualdade substancial daqueles que não se encontravam no mesmo patamar contratual⁽¹⁰⁾.

(4) SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradutor Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 211.

(5) Ressalta-se, outrossim, que a repercussão geral da matéria foi reconhecida no ARE 647.651. Vide: CONTRATO DE TRABALHO — ROMPIMENTO — NEGOCIAÇÃO COLETIVA — EXIGÊNCIA NA ORIGEM — RECURSO EXTRAORDINÁRIO — REPERCUSSÃO GERAL VERIFICADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da necessidade de prévia negociação coletiva com o sindicato dos trabalhadores para dispensa dos empregados em massa. (ARE 647651 RG, relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21.3.2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG. 30.4.2013 PUBLIC. 2.5.2013)

(6) Contrafactual representa um episódio que poderia ter acontecido. Acontecimento possível. Disponível em: <<http://dicionario.babylon.com/contrafactual/>>.

(7) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 59.

(8) GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil*. Londrina: Ed. Humanidades, 2004. p. 83.

(9) A propósito, Délio Maranhão adverte que: “O contrato pressupõe a liberdade de contratar ou não; a igualdade dos contratantes no plano jurídico; e o respeito à palavra empenhada, à fé contratual: dignifica a pessoa humana do trabalhador.” (In: SÚSSEKIND, Arnaldo, et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 235).

(10) Para Américo Plá Rodriguez: “Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de

Portanto, o surgimento do sindicalismo decorreu da coalisão de trabalhadores e da percepção de que a união desse segmento proporciona o fortalecimento de classe por meio da luta⁽¹¹⁾ pelo assentimento de direitos mínimos garantidores de uma vida digna para o trabalhador e sua família⁽¹²⁾.

O sindicalismo nasceu, assim, a partir do reconhecimento do direito de associação, da identidade da atividade desenvolvida e da afinidade fática e de ideologias disseminada no seio do proletariado⁽¹³⁾. Desta forma, o Sindicato

proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes." (In: RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1979. p. 28.)

- (11) Sobre o tema, vale a pena a leitura do livro *Luta por Reconhecimento*, de Axel Honnet. Vide o seguinte trecho: "Nesse sentido: o processo de individuação, discorrendo no plano da história da espécie, está ligado ao pressuposto de uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo. A hipótese evolutiva assim traçada, porém, só pode se tornar a pedra angular de uma teoria da sociedade na medida em que ela é remetida de maneira sistemática a processos no interior da práxis da vida social: são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucionalmente e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades." (In: HONNET, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 156.)
- (12) Sobre o tema, importante a observação de Karl Marx acerca noção de estranhamento gerada pelo modelo capitalista de produção, uma vez que quanto mais o trabalhador produz, mais pobre e debilitado se torna em relação ao capital. E o estranhamento decorre desse aprisionamento do homem ao trabalho, como se, ao final, não fosse dono do produto do seu labor, permanecendo, destarte, acorrentado a um ser "estranho". Daí por que o autor afirma: "Se vimos que com respeito ao trabalhador que se apropria da natureza através do trabalho a apropriação aparece como estranhamento, a autoatividade como atividade para um outro e como atividade de um outro, a vitalidade como sacrifício da vida, a produção do objeto como perda do objeto para um poder estranho, para um homem estranho [...]" (In: MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 90.)
- (13) PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2013. p. 23.

"entendido como organização de resistência da classe trabalhadora para enfrentar o capital e ascender na escala social implica em Unidade e luta permanente"⁽¹⁴⁾.

Dentre os instrumentos universais que cuidam da natureza associativa dos sindicatos, alavancando o sindicalismo no mundo, pode-se citar o Tratado de Versalhes — primeiro documento de caráter internacional que reconheceu expressamente o direito de associação para empregados e empregadores —, datado de 1919 e responsável pela criação da Organização Internacional do Trabalho. Nesse sentido, tem-se a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas editadas em 1948, as quais dispõem acerca da liberdade de associação, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969⁽¹⁵⁾.

Partindo-se dessas premissas, passa-se à análise de um dos principais sujeitos de representação da classe profissional e econômica: o sindicato, o qual possui papel marcante na defesa dos direitos sociais, com atuação administrativa e judicial.

De forma sucinta, os sindicatos são conceituados como:

[...] associações autônomas, constituídas em caráter permanente e sem fins lucrativos, criadas com o objetivo de promover o estudo, a defesa e a coordenação dos interesses econômicos e profissionais daqueles que exerçam a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. Como qualquer associação, os sindicatos têm natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito privado (*vide* art. 44, I, do Código Civil), e são assim formados a

-
- (14) AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado — Presente — Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013. p. 49.
- (15) PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2013. p. 25-26.

partir da inscrição de seu ato constitutivo num Cartório de Registro Civil, e, posteriormente, no Ministério do Trabalho e Emprego, segundo o procedimento previsto na Portaria MTE n. 186, de 10 de abril de 2008.⁽¹⁶⁾

Assim, os sindicatos possuem a natureza de pessoa jurídica de direito privado, constituindo-se, pois, pela sua inscrição no Registro Civil e, posteriormente, no Ministério do Trabalho e Emprego, sendo o registro no MTE um resquício do sistema corporativista anterior à Constituição Federal de 1988 - exigido a título de observância ao princípio da unicidade sindical. Organizam-se pelo que se convencionou denominar “categoria”, a qual se perfaz pela aglutinação de trabalhadores que compartilham situações em comum e, por isso, possuem mais afinidade⁽¹⁷⁾.

Os sindicatos são, portanto, espécies do gênero associação, compondo a base da organização

(16) MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 695.

(17) Essa divisão se dá entre as seguintes categorias: econômica, profissional e diferenciada, a teor do art. 511 da CLT. Vide: Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação de seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividade ou profissões similares ou conexas. § 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se domina categoria econômica. § 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional. § 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou função diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares. § 4º Os limites de identidade, similaridade ou conexão fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

Art. 512. Somente as associações profissionais constituídas para os fins e na forma do artigo anterior e registradas de acordo com o Art. 588 poderão ser reconhecidas como Sindicatos e investidas nas prerrogativas definidas nesta lei.

sindical brasileira, sendo que para o exercício de suas atividades a CRFB/88 previu algumas prerrogativas específicas voltadas para a referida entidade enquanto sujeito de direitos, bem como para os seus dirigentes, a fim de permitir a sua atuação de maneira límpida e efetiva. Tem-se, desse modo, o princípio da liberdade sindical como cerne do associativismo (art. 8º, caput, incisos I, II e V, da CRFB/88)⁽¹⁸⁾.

No mais, dentre os direitos e prerrogativas com previsão constitucional direcionados para o escoreito desempenho da organização sindical e representativos da luta de classes, tem-se a possibilidade de instituição de contribuição confederativa como forma de financiamento e manutenção das atividades sociais (art. 8º, IV, da CRFB/88); a exigência de participação das

(18) Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII – o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

entidades sindicais nas negociações coletivas (art. 8º, VI, da CRFB/88) com o fito de manter o equilíbrio entre as categorias envolvidas nos processos de conciliação e de dissenso; o exercício do direito de greve (art. 9º da CRFB/88)⁽¹⁹⁾ como instrumento de pressão e barganha; além da vedação de determinadas condutas antissindicais, como a dispensa do empregado sindicalizado candidato a cargo de direção ou representação sindical, ainda que suplente, a partir do registro da candidatura, até um ano depois do final do mandato, excepcionado o cometimento de falta grave, nos termos da lei (art. 8º, VIII, da CRFB/88), bem como a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa de integrante da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho — CIPA (art. 10, II, “a”, do ADCT)⁽²⁰⁾.

Por outro lado, ainda se inserem no sistema da organização sindical brasileira as associações de grau superior, conhecidas como federações e confederações — responsáveis pela representação da entidade de classe na hipótese de inexistência de sindicatos na respectiva base territorial —, com atuação residual ou supletiva. As federações são formadas pela união de cinco sindicatos, enquanto as confederações representam a união de três federações, esta última com legitimidade para propositura de ações no campo do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, IX, da CRFB/88)⁽²¹⁾.

Oportuno ressaltar que não se desconhece a existência de outros sujeitos representativos da classe trabalhadora e patronal, a exemplo das associações em sentido *lato* (que não são submetidas ao princípio da unicidade) e das centrais sindicais⁽²²⁾. Entretanto, como a Constituição prevê prerrogativas e atribuições de exclusiva competência das entidades sindicais, como a legitimidade para o ajuizamento do dissídio coletivo, imposição de contribuições, capacidade exclusiva para celebrar convenções e obrigatória intervenção nas negociações coletivas, apenas esse sujeito será tratado pelo presente estudo.

Destaca-se ainda que tal fato não afasta a possibilidade das demais associações — de natureza profissional — de serem ouvidas em processos de interesse geral da categoria como órgão técnico ou consultivo⁽²³⁾.

Não obstante, tendo em vista que o objetivo do presente artigo diz respeito ao exame dos efeitos da comunicação para redução da complexidade social no âmbito da negociação coletiva, passa-se à apreciação de sua relevância para a consecução de resultados legítimos.

3. A negociação coletiva de trabalho

Como dito, a negociação coletiva é o mecanismo pelo qual as entidades sindicais da respectiva categorial profissional e econômica estabelecem o diálogo, a comunicação, por meio de contemporizações⁽²⁴⁾, sem interferência da

(19) 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.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

(20) Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

(21) MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 713.

(22) Segundo Ronaldo Lima dos Santos: “O reconhecimento legal das centrais sindicais como entidades associativas dos trabalhadores deu-se no âmbito infraconstitucional com a Lei n. 11.648, de 31.3.2008, dando início à fase jurídico-institucional, no qual as centrais sindicais são reconhecidas infraconstitucionalmente, de forma sistematizada pela nova legislação, não obstante as diversas controvérsias a respeito da constitucionalidade da norma reconhecadora diante do sistema confederativo acolhido pela Constituição Federal de 1988.” (In: DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Sindicalismo no Brasil: do Corporativismo ao Neocorporativismo — A questão das Centrais Sindicais*. São Paulo: Revista LTr, 77-11, p. 1.345, nov. 2013.

(23) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1.241.

(24) A questão do consenso desemboca na necessidade de informações precisas entre sujeitos esclarecidos,

jurisdição estatal e com um objetivo comum: o consenso⁽²⁵⁾. É, assim, uma “*modalidade de autocomposição de conflitos advinda do entendimento entre os interlocutores sociais*”⁽²⁶⁾.

Nesse sentido explana o professor Enoque Ribeiro dos Santos:

De acordo com esse autor, a negociação coletiva de trabalho pode ser conceituada como um processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e deveres, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes às relações entre trabalho e capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar diretamente da negociação coletiva de trabalho em vários de seus dispositivos, reconhecendo-a como direito dos trabalhadores (arts. 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI).⁽²⁷⁾

Entretanto, muito embora o texto constitucional refira-se à terminologia “*sindicatos*” ao

tratar da obrigatoriedade de participação das entidades sindicais nas negociações coletivas de trabalho, é cediço que tal exigência aplica-se somente à categoria profissional, ou seja, à classe obreira, uma vez que, nas hipóteses de celebração de acordo coletivo de trabalho, dispensa-se a atuação sindical patronal⁽²⁸⁾.

Não obstante, sendo infrutífera a tentativa conciliatória, o tribunal do trabalho é conclamado a atuar, numa função nitidamente secundária⁽²⁹⁾, por meio da qual prolata uma decisão de cunho obrigatório e com características legislativas. No âmbito do Direito Coletivo, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho encontra respaldo no art. 114, § 2º, da CRFB/1988⁽³⁰⁾ (texto com alteração promovida pela EC n. 45/2004).

Vale destacar ainda que, depois da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi dada à negociação coletiva contudente primazia, muito embora a função normativa da justiça laboral esteja assentada num cenário deficitário de representatividade sindical⁽³¹⁾. Assim, apenas depois de esgotadas as tratativas e com o insucesso da negociação é que o dissídio coletivo

o que nem sempre é alcançável, uma vez que, à medida que a sociedade se desenvolve, as relações ficam mais complexas e se torna difícil a circulação do conhecimento e o seu acesso, tornando as relações sociais suscetíveis à dominação política, razão pela qual a intervenção do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, se faz indispensável para manutenção de um ambiente democrático. Assim, o ponto nodal encontra-se, destarte, na absorção do conhecimento e na compatibilidade entre os papéis dos sistemas informante e informado, sendo que, por vezes, a interferência do Judiciário visa, justamente, garantir o fluxo dessas informações, razão pela qual, não existindo acordo entre os parceiros sociais, a instauração da instância é o mecanismo constitucional apto a promover a pacificação do conflito. *Vide*: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 71-73.

(25) MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 725.

(26) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1.254.

(27) SANTOS, Enoque Ribeiro dos; FARINA, Bernardo Cunha. A inevitabilidade da negociação coletiva no setor público. *Revista LTr*, 77-06, p. 657, jun. 2013.

(28) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1.255.

(29) SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 211.

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

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

(...)

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente. (grifei)

(31) CONTRATO DE TRABALHO — ROMPIMENTO — NEGOCIAÇÃO COLETIVA — EXIGÊNCIA NA ORIGEM — RECURSO EXTRAORDINÁRIO — REPERCUSSÃO GERAL VERIFICADA. (ARE 647651 RG, relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21.3.2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG. 30.4.2013 PUBLIC. 2.5.2013)

visando à estipulação de cláusulas normativas será instaurado. O procedimento aqui é indispensável para a atuação do judiciário trabalhista.⁽³²⁾ Isso porque “a negociação coletiva levada a sério é um procedimento que coloca o trabalho e o capital num plano de igualdade”.⁽³³⁾

Com efeito, é indiscutível a afirmação no sentido de que a dispensa em massa de empregado se projeta em campos distintos, repercutindo na própria estrutura econômica, política e social de uma dada sociedade, razão pela qual suscita a análise sobre a possibilidade e limites de intervenção do Estado na seara privada, seja por meio do estabelecimento de um procedimento específico para a dispensa em massa de empregados, seja mediante uma postura proativa, como o direcionamento de incentivos para ramos específicos da economia ou até mesmo a “judiridicização das relações sociais”⁽³⁴⁾.

A respeito do tema, o Tribunal Superior do Trabalho possui o seguinte posicionamento:

Um ponto relevante a destacar é que a dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do sindicato. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF). Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às

entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista. Nesse sentido, até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato. Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes.⁽³⁵⁾

Portanto, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho assentou que há evidente distinção entre a despedida individual e a coletiva, uma vez que o efeito da atuação patronal, nesse último caso, repercute na seara social, comunitária e econômica, estando, por isso, afeta à negociação coletiva, como determina o próprio texto constitucional. A autonomia patronal seria, então, relativizada.

Destaca-se, por fim, que o exercício regulamentador e limitativo da autonomia dos participantes sociais na relação laboral não é sempre fator satisfatório à efetiva proteção dos valores sociais do trabalho, já que, por vezes, a burla à legislação se subtrai numa atuação aparentemente consentânea com a Constituição. É preciso, por isso, que o órgão jurisdicional esteja atento, interpretando a lei à luz do texto constitucional e de seus objetivos precípuos, como a valorização social do trabalho.

(32) Entretanto, verificou-se nos últimos anos um aumento da rotatividade de trabalhadores sujeitos ao regime celetista, conforme se infere do Anuário do DIEESE sobre políticas públicas, publicado recentemente pelo Governo Federal. Vide: Rotatividade e políticas públicas para o mercado de trabalho/Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: DIEESE, 2014. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/livro/2014/livroRotatividade.pdf>>.

(33) AROUCA, José Carlos. *Organização Sindical no Brasil. Passado — Presente — Futuro (?)*. São Paulo: LTr, 2013. p. 200.

(34) XIMENES, Júlia Maurmann. A judicialização da política e a democracia — o papel do campo jurídico. *RIDB*, ano 1, n. 11, 2012.

(35) Trecho extraído do julgamento do Recurso Ordinário n. TST-RO-173-02.2011.5.15.0000. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>.

4. A dispensa em massa de trabalhadores e a obrigatoriedade de negociação coletiva prévia: uma visão luhmanniana do procedimento

Assim como a linguagem que o sustenta, o conceito de direito é controvertido. Com base nessa cizânia, correntes jusfilosóficas tentaram (e tentam) definir o conceito de direito, seja defendendo a total independência entre o direito e a moral, seja reconhecendo a associação inevitável entre os institutos, a qual pode se operar por uma leitura moral do direito ou por meio da inclusão de valores e critérios de justiça no ordenamento jurídico⁽³⁶⁾.

Num primeiro momento, sobressaíram correntes jusnaturalistas e positivistas sobre o tema. A primeira fundamentada em princípios morais e critérios de justiça universalmente válidos e passíveis de compreensão racional pelo homem, exigindo-se, necessariamente, a observância de valores éticos para a normatização jurídica⁽³⁷⁾. A segunda centrada na fórmula subsuntiva de preenchimento do pressuposto fático e da subsequente incidência legal, tendo como um dos seus precursores Hans Kelsen⁽³⁸⁾.

(36) Inicialmente, fundamentado na busca de uma verdade essencial ou natural de caráter imutável, sedimentado em correntes de índole jusnaturalista, cujo caráter universalizante da justiça não traz a certeza e segurança que o positivismo persegue, o conceito de direito, de maneira quase que tautológica, desponta no cenário jurídico como objeto variante e versátil. A única certeza está na mutabilidade do direito.

(37) NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 31-32.

(38) Acerca de uma visão pura do positivismo, veja-se a seguinte passagem do livro *Teoria Geral das Normas*: “O enunciado sobre uma norma (i. e., o enunciado sobre a existência, sobre a validade de uma norma) também precisa ser diferenciado do enunciado sobre o ato, cujo sentido é a norma (do enunciado sobre a existência do ato que está na realidade natural). O ato é um ser, a norma um dever-ser. Na Ciência do Direito esta distinção é perfeitamente corrente. O ato legiferante, o processo legislativo que pode compor-se de uma pluralidade de atos, distingue-se claramente da lei - como se exprime figurativamente - que é o seu “produto”, por ele é “produzida” - manifestada sem o auxílio de uma metáfora - e que é o seu sentido.” (In:

A norma aparece aqui como resultado de um ato de vontade, sintetizada num comando autorizado pelo ordenamento jurídico⁽³⁹⁾.

Muito embora não se desconheça o mérito das teorias positivistas e jusnaturalistas para o desenvolvimento da disciplina jurídica, a primeira por fincar a autonomia do Direito e a segunda por demonstrar que os valores sociais, culturais e históricos não estão tão desvencilhados da seara jurídica, o presente artigo se propõe a apreciar a questão sob o prisma da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, demonstrando-se, destarte, mediante uma análise sociológica, a importância da comunicação para a redução da complexidade e favorecimento de uma decisão legítima. Isto porque, segundo o suscitado autor, “o critério não está na fonte do direito, no ato individual da decisão, mas sim na experimentação constante e atual do direito”⁽⁴⁰⁾. (grifei)

Para Luhmann, o conceito de positividade do direito como sendo algo que foi estatuído (posto, deliberado, determinado) não serve à sociologia. Para a sociologia, este caráter é secundário, uma vez que há um arcabouço complexo de fundamentos para a constituição normativa⁽⁴¹⁾. Com base nessas premissas, tenta-se explicar o processo de formação da norma à luz de uma análise sociológica do

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p.194.)

(39) Entretanto, correntes jusnaturalistas e positivistas não foram capazes de resolver problemas de ambiguidades e imprecisões na interpretação da linguagem, deixando espaço considerável à atuação jurisdicional.

(40) Vide: “O direito vigora enquanto direito positivo não apenas pela lembrança de um ato legislativo histórico — historicidade essa que para o pensamento jurídico tradicional constituiu o símbolo da irrevogabilidade — mas só quando sua própria vigência é referida a essa decisão enquanto escolha entre outras possibilidades sendo, portanto, revogável e modificável. O fator historicamente novo da positividade do direito é a legalização de mudanças legislativas, com todos os riscos que isso acarreta.” (In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 9.)

(41) LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 7-9.

tema, enfatizando-se a diferença de observação efetuada pela dogmática jurídica daquela realizada pela sociologia, uma vez que pela primeira — dogmática — as normas são interpretadas com supedâneo num senso suposto, enquanto para a vertente sociológica a apreciação se dá sob uma ótica incongruente de ações e expectativas, não estando esta última presa, por isso, à interpretação judicial⁽⁴²⁾.

Para tanto, o autor parte da ideia de que a sociedade é formada por sistemas, colocando o homem individualizado fora desse sistema, o que seria, segundo sua própria expressão, “mundo circundante”⁽⁴³⁾.

A teoria dos sistemas desenvolvida com primazia por Luhmann coloca o direito como um aparelho unitário, o qual, para efeito de oxigenação e sobrevivência da sua própria estrutura, estabelece comunicação com outros subsistemas, a exemplo da política, religião, cultura e economia. O sistema é autônomo, mas não autossuficiente⁽⁴⁴⁾.

Nessa perspectiva, é preciso distinguir o conceito de atribuição e de causalidade. O papel do legislador e do juiz não pode levar à conclusão de que o processo decisório é algo criativo ou causal. Essa função do legislador e do juiz é apenas atributiva de vigência do direito. Já a causalidade decorre de um ema-

ranhado de expectativas que irá desembocar nessa estrutura sistêmica do direito⁽⁴⁵⁾. A importância estrutural disso “*resulta em que a vigência do direito, por mais rigorosa que seja a cadeia causal, estará referida a um fator variável: uma decisão*”⁽⁴⁶⁾.

Nesse sentido:

[...] tal como típico para todos os sistemas de interação elementar, os conceitos de normas, que funcionam concretamente em cada caso, estão sujeitas a uma revisão permanente; e quanto a isso, pode estabelecer-se em relação à exequibilidade e clareza do sistema, um consenso relativamente rápido, na medida em que os participantes, enquanto colegas, não fujam ao assunto e permaneçam capazes de negociar.⁽⁴⁷⁾

Assim é que, partindo-se da existência de um sistema estruturado, afirma-se que o estabelecimento da ordem reduz a complexidade social e permite, por meio da conferência de autonomia relativa aos partícipes, a generalização social do resultado⁽⁴⁸⁾.

Desta forma, conclui-se que o direito não é só estatuído (ou seja, mediante escolhido) através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável)⁽⁴⁹⁾.

Portanto, a ideia da existência de um procedimento, seja o judicial, seja o administrativo, é vista como mecanismo de controle e de racionalização do tempo, o que se dá pela própria diferenciação funcional — progressiva em sociedades complexas —, trazendo, por conseguinte, segurança ao sistema⁽⁵⁰⁾.

(42) Nesse sentido: “*Le modalità di osservazione della dogmatica e dalla sociologia si differenziano, inoltre, in misura notevole, dal momento che la prima interpreta le norme e i diritti nel loro senso suposto, cioè chiarisce come deve intenderli l'attore; La seconda misura, invece, azioni e aspettative su 'prospettive incongruenti', con strutture dell'ordine sociale non necessariamente prese in considerazione dall'attore, assume, cioè, maggiore distanza rispetto all'esperienza di quest'ultimo.*” (LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali come istituzione*. Trad. p. Italiano Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002. p. 276.)

(43) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 1-5.

(44) PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. O poder normativo da justiça do trabalho sob o enfoque da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 4, n. 8, p. 140-141, jul./dez. 2001.

(45) LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 8.

(46) *Idem*.

(47) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 44-45

(48) *Idem*.

(49) LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 7-15.

(50) É o que assevera Luhmann: “*O direito positivo surge quando um sistema parcial da sociedade usurpa a decisão sobre o direito e então torna-se capaz de lidar*”

Sob esse prisma, o procedimento institucionalizado fornece legitimidade à decisão, não apenas por decorrer do transcurso de um *iter* procedimental, mas, principalmente, em virtude de permitir a transformação estrutural da expectativa.

E quanto à obrigatoriedade de realização da negociação coletiva para dispensa em massa de empregados, introduzindo-se a comunicação entre as categorias envolvidas como procedimento necessário e prévio ao ajuizamento do dissídio coletivo, por meio do estabelecimento de uma pauta de reivindicações, enfatiza-se, assim, a existência de eventuais pontos discordantes, com redução da complexidade decorrente de uma atuação contrafactual.

Portanto, se o dissídio coletivo é tido como caminho inevitável para aqueles que, subitamente, se depararam com a dispensa em massa, a institucionalização obrigatória de prévia negociação coletiva permitirá a diminuição do leque de possibilidades de uma futura decisão, a qual poderá se operar via acordo ou convenção coletiva de trabalho ou, no âmbito judicial, por meio da sentença normativa.

Daí por que segundo Luhmann:

A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não

*com o sistema social como um todo enquanto seu ambiente e enquanto fonte de informações, pressões, sugestões de normatizações, em resumo: como um campo extremamente complexo para o exercício da seletividade. Com isso, a grande complexidade do sistema social pode ser tratada através dos embates sistema/ambiente intrínsecos à própria sociedade. A sociedade só pode dinamizar-se por meio da reprodução interna de diferenciação em termos de sistema/ambiente.” (In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 44.)*

duma relação mental normativa. Não existe um conceito sociológico de procedimento que exprima esse dado empírico.⁽⁵¹⁾

Nessa senda, sob uma perspectiva sistêmica, a negociação coletiva oportunizará um maior aprendizado decorrente do papel exercido pelos partícipes enquanto requerentes/requeridos, e não como empregados hipossuficientes ou empregadores descompromissados.

Importante ressaltar, por fim, que num momento reconstrutivo a proposta crítica deve partir de instituições e formas de pensar concretas que consagrem valores de solidariedade e inclusão social, e que possam, efetivamente, firmar a interdisciplinaridade de temas relacionados ao Direito, suplantando, assim, o formalismo jurídico⁽⁵²⁾.

5. Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que o procedimento é o instrumento apto para que se efetive a comunicação e a própria positivação do direito mediante generalização de condutas, na medida em que permite, justamente, a análise contrafactual da ação, que irá desembocar na elaboração normativa. A norma se legitima, portanto, por meio de contingências e expectativas generalizadas.

Por conseguinte, entende-se que a obrigatoriedade de negociação para a dispensa em massa de empregados, sufragada pelo Tribunal

(51) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 35.

(52) Como se vê do seguinte trecho da obra de Mauricio García Villegas e César A. Rodrigues: “*De otro lado, en un momento reconstructivo, los estudios críticos deben ir más allá de la demolición de la tradición con el fin de proponer prácticas, instituciones y formas de pensar concretas que encarnen valores de solidaridad e inclusión social y que representen alternativas viables y creíbles al estado de cosas existente. Es en esta dialéctica entre deconstrucción donde se encuentra el desafío para los estudios interdisciplinares críticos sobre el derecho.*” (VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. *Derecho y sociedad en América Latina*: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. Disponível em: <www.idp.edu.br/.../536-villegas-mauricio-garcia>).

Superior do Trabalho, encontra guarida na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, na medida em que reduz a contingência e desvincula os parceiros envolvidos na contenda de propostas infrutíferas e infundadas, transportando legitimidade ao procedimento, além de impedir o desemprego grupal.

Por fim, sob outro prisma, defende-se o cumprimento da função social da empresa, a qual deverá atuar com boa-fé e reciprocidade no momento da dispensa em massa de empregados, minimizando o seu impacto na comunidade, já que fatores sociais, políticos e econômicos não podem ser descartados do processo decisório.

6. Referências bibliográficas

- ANUÁRIO DO DIEESE: *Rotatividade e políticas públicas para o mercado de trabalho/Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos*. São Paulo: DIEESE, 2014. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/livro/2014/livroRotatividade.pdf>>.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil*. Londrina: Ed. Humanidades, 2004.
- HONNET, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali come istituzione*. Trad. p. Italiano Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002.
- _____. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2013.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Globalização, integração de mercados, repercussões sociais: perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil. *Revista do TST*, Brasília, v. 69, n. 1, jan./jun. 2003.
- PINTO, Roberto Parahyba de Arruda. O poder normativo da justiça do trabalho sob o enfoque da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 4, n. 8, jul./dez. 2001.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1979.
- SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SOUZA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*. Disponível em: <www.idp.edu.br/.../536-villegas-mauricio-garcia>.
- XIMENES, Júlia Maurmann. A judicialização da política e a democracia — o papel do campo jurídico. *RIDB*, ano 1, n. 11, 2012.

A conciliação judicial nos dissídios individuais trabalhistas e sua compatibilização com o princípio da indisponibilidade

Flávia Pacheco^(*)

Resumo:

- ▶ O objetivo deste artigo é analisar os fundamentos doutrinários que justificam a possibilidade da conciliação judicial, aparentemente irrestrita, diante do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, bem como de que forma tais institutos possam conviver em harmonia na sistemática processual trabalhista. Tal estudo se revela de substancial importância, tanto em virtude da posição destacada que a conciliação possui no processo trabalhista, quanto para afastarmos o mito de que a ampla possibilidade de realização de acordos tornaria menos séria a atuação do judiciário trabalhista. Em verdade, o que se verifica é que a conciliação judicial se revela como um importante instrumento na busca da efetividade dos direitos dos trabalhadores. Neste sentido, é responsabilidade de todas as partes envolvidas no processo e, em especial, do Poder Judiciário, a celebração de uma conciliação que promova, de fato, a reconciliação dos opositores e a paz social.

Palavras-chave:

- ▶ Conciliação — Indisponibilidade — Processo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas
- ▶ 3. Da conciliação judicial
 - ▶ 3.1. Do conflito
 - ▶ 3.2. Das formas de solução dos conflitos
 - ▶ 3.3. A conciliação judicial
 - ▶ 3.3.1. A conciliação judicial — Exame da legislação

(*) Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP.

- ▶ 4. A compatibilização entre a conciliação judicial e o princípio da indisponibilidade
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Apresenta-se como base do Direito do Trabalho o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

De acordo com este princípio, os direitos laborais legalmente assegurados não se encontram disponíveis para negociação ou renúncia pelo trabalhador.

Tal princípio revela-se imprescindível, isto porque, reconhecida a condição de hipossuficiência do empregado em relação ao seu empregador, de nada adiantaria a legislação prever o direito se o seu detentor pudesse dele se dispor, o que correria fatalmente, dada a pressão econômica que o capital exerce sobre o trabalho.

De outro lado, as leis trabalhistas preveem a possibilidade da conciliação judicial em qualquer fase processual. Notadamente, tal forma de solução do litígio trabalhista é muito incentivada pela Justiça do Trabalho.

Contudo, a realização de uma conciliação em juízo importa, em regra, na disposição de direitos pelo empregado.

É sobre este aparente paradoxo que trata o presente artigo e de que forma se dá a compatibilização entre os princípios da conciliação e da indisponibilidade.

2. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

A Constituição Federal, em seu art. 1º, estabelece como fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

Temos, assim, que o Estado deve garantir o equilíbrio entre o capital e as necessidades sociais e, não há outro meio, senão instituindo direitos trabalhistas e garantindo sua eficácia mediante a indisponibilidade de tais direitos.

Dessa forma, o Direito do Trabalho se constituiu, principalmente, de normas de ordem pública, ou seja, de direitos indisponíveis pelo trabalhador.

Com efeito, reconhecida a posição de hipossuficiência do trabalhador em relação ao seu empregador, a limitação da sua autonomia de vontade é pressuposto necessário para que os direitos trabalhistas sejam respeitados.

Desse modo, podemos observar que o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas decorre do princípio protetor, ou seja, de proteção ao trabalhador, hipossuficiente na relação de trabalho.

No âmbito nacional, o princípio da indisponibilidade encontra-se regulamentado de forma implícita no art. 7º da CF de 1988 e também na forma de declaração de nulidade de atos praticados à sua revelia, como no caso do art. 9º da CLT.

O Direito do Trabalho possui um conteúdo eminentemente de normas de ordem pública, classificando tais normas, assim ensina o doutrinador Arnaldo Süssekind⁽¹⁾:

Nas relações de trabalho, ao lado do conteúdo contratual, que é livremente preenchido pelo ajuste expresso ou tácito entre as partes interessadas, prevalece, assim, o conteúdo institucional ditado pelas normas jurídicas de caráter imperativo (leis, convenções coletivas, sentenças normativas etc.).

(...)

As regras imperativas, concernentes ao Direito do Trabalho, são: a) de índole impositiva ou proibitiva, que devem ser observadas tal como foram estatuídas (ex.: obrigatoriedade de anotação do contrato

(1) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. vol. I. 22. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005. p. 202-203.

de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência social; filiação do trabalhador à previdência social; proibição do trabalho do menor de 18 anos em indústrias insalubres etc.); b) de índole complementar, que estabelecem limites, abaixo ou acima dos quais, conforme o caso, não poderá prevalecer o ajuste das partes interessadas, e, inexistindo acordo ou desatendendo este aos limites de proteção estipulados, a norma jurídica pertinente adere ao contrato de trabalho (ex.: salário mínimo, duração máxima da jornada de trabalho, adicional mínimo de 50% sobre o salário da hora de trabalho extraordinário etc.).

Maurício Godinho Delgado⁽²⁾ apresenta ainda uma classificação quanto à extensão e rigidez da indisponibilidade dos direitos, separando-os em indisponibilidade absoluta e relativa:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre, com o já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Também será absoluta a indisponibilidade, sob a ótica do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. Este último critério indica que a noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (Direito Individual, pois), parcelas que poderiam no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva e, portanto, de modificação real. Noutras palavras: a área

de indisponibilidade absoluta, no Direito Individual, é, desse modo, mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito Coletivo.

Relativa será a indisponibilidade do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que se passa, ilustrativamente, com a modalidade de salário paga ao empregador ao longo da relação de emprego (salário fixo x salário variável, por exemplo): essa modalidade salarial pode-se alterar, licitamente, desde que a alteração não produza prejuízo efetivo ao trabalhador. As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente), desde que a transação não resulte em efetivo prejuízo ao empregado (art. 468, CLT). O ônus da prova do prejuízo, entretanto, caberá a quem alegue sua ocorrência, ao trabalhador, já que não há prova sobre fato negativo.

O art. 444 da CLT reflete tais entendimentos, prevendo a prevalência da autonomia da vontade apenas se não houver contraposição do conteúdo impositivo da relação de trabalho.

Assim, importante destacar que eventual ajuste contratual que restrinja direito do trabalhador previsto em norma de caráter imperativo não surtirá qualquer efeito, sendo considerado nulo. Neste sentido, as disposições expressas dos arts. 9º e 468 *caput* da CLT.

Declarada a nulidade do ato, aplicar-se-á a norma imperativa que preveja a situação por ele regulada. Assim, no Direito do Trabalho, dada sua característica de possuir prioritariamente normas de conteúdo imperativo, haverá, em geral, um referencial para os casos de nulidade de atos praticados pelas partes.

Desse modo, em regra, a nulidade de uma cláusula ou ato isolado não gera a nulidade do contrato de emprego, tampouco impõe o

(2) *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 211.

término da relação de trabalho, mas apenas a adequação das condições ao mínimo assegurado aos trabalhadores, atendendo-se assim, ao princípio da continuidade, que também norteia o Direito do Trabalho.

Cabe observar também que, como já dito, as normas imperativas fazem parte do conteúdo contratual não negociável da relação de emprego e, assim, se forem alteradas, suas modificações gerarão efeitos automaticamente às relações que se iniciarem ou estiverem em curso.

Entretanto, existem algumas hipóteses em que se admite a extinção de direitos trabalhistas.

A primeira hipótese trata-se dos institutos da prescrição e decadência, os quais decorrem de ordem pública e consubstanciam-se na extinção de direitos e obrigações pelo decurso do tempo e inércia do seu titular e que são declarados sem qualquer ofensa ao princípio da indisponibilidade.

Além dessa possibilidade, Alice Monteiro de Barros⁽³⁾ ressalta que, no Brasil, os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal autorizam a renúncia via acordo e convenção coletiva, mas que os demais direitos previstos constitucionalmente não comportariam renúncia, sequer mediante negociação coletiva.

Neste mesmo sentido, a jurisprudência do TST, consolidada na Súmula n. 277, que aponta a possibilidade de supressão de direitos garantidos por norma coletiva por meio de negociação coletiva e assinatura de novo instrumento normativo.

3. Da conciliação judicial

3.1. Do conflito

A conciliação, conforme lembra Giglio⁽⁴⁾ “é a palavra que deriva do latim *‘conciliatone’*, significa ato ou efeito de conciliar; ajuste, acordo

ou harmonização de pessoas desavindas; congraçamento, união, composição ou combinação”.

Desse modo, podemos observar que, para que exista uma conciliação, é necessário que antes disso esteja instalado um conflito de interesses, no caso em análise, oriundo em uma relação de trabalho, o qual se revela aliás, muito comum, uma verdadeira consequência natural da vida em sociedade.

Portanto, para o contexto aqui estudado a conciliação se apresenta como uma das formas de solução do conflito trabalhista e, assim, importante que se tenha em mente as peculiaridades desta espécie de conflito para que se construa a solução adequada e capaz de restabelecer a paz social.

Wagner Giglio⁽⁵⁾ aponta algumas características fundamentais, que definem e distinguem os conflitos trabalhistas:

Parece-nos que uma das características dos conflitos trabalhistas é a sua maior frequência, pois substancial parcela da sociedade se compõe de trabalhadores, enquanto apenas uma minoria pratica crimes ou tem bens que justifiquem uma ação de natureza civil ou comercial.

Além disso, o conflito trabalhista se estabelece, por definição, entre partes desiguais, sob os aspectos social, cultural, hierárquico e, principalmente, econômico, pois ocorre sempre entre um trabalhador subordinado e um empregador subordinante. Diversamente, nos conflitos civis, pressupõe-se em princípio, a igualdade dos opositores.

(...)

Há autores, como Mariana Tissembaum, Mario de La Cueva e Gustav Radbruch, que lembram ainda uma outra característica, a despersonalização dos contendores, no sentido de que subjacente a toda controvérsia do trabalho, até mesmo nos conflitos individuais,

(3) *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 159.

(4) In: *A Conciliação nos Dissídios Individuais do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 11.

(5) In: *Os Conflitos Trabalhistas, a Arbitragem e a Justiça do Trabalho*. LTr: Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 47, n. 3, p. 273, mar. 1983.

está a luta entre as classes trabalhadora e empresarial que caracteriza o nosso século.

Além dessas características, Maria Inês⁽⁶⁾ ressalta que normalmente o conflito judicial não chega integralmente para apreciação do Poder Judiciário. Em regra, a situação convergente já passou pelo filtro das partes e dos advogados. Assim, a primeira dificuldade em solucioná-lo é justamente o fato de não conhecê-lo integralmente.

Todavia, desde já, importante ressaltar que é imprescindível que o Juiz aproxime-se o mais possível do conflito ou da visão que dele tem as partes envolvidas para tentar solucioná-lo.

3.2. Das formas de solução dos conflitos

A doutrina aponta algumas formas possíveis de solução de conflitos, são elas:

(i) **autotutela**: busca da solução do conflito pela parte nele envolvida, procurando impor sua solução à outra parte;

(ii) **autocomposição**: solução pacífica pela celebração de acordo que poderá se dar por meio da renúncia (quando o titular do direito dele se dispõe), reconhecimento (credor do direito o reconhece cumprindo espontaneamente a obrigação), transação (quando as partes fazem concessões recíprocas colocando fim ao conflito);

(iii) **heterocomposição**: fica a cargo de um terceiro a solução do conflito (mediante a arbitragem ou processo judicial).

Desse modo, observamos que o processo judicial se apresenta apenas como uma das formas de solução dos conflitos e não tem se revelado a melhor. Vejamos.

A decisão judicial, que é resultado do processo, é uma solução imposta pelo Estado e não desponta como a melhor prática de solução de um conflito, isto porque, sendo uma imposição, jamais deixará todas as partes satisfeitas. Assim, em regra, sempre haverá algum ponto de insatisfação que fará com que as partes

recorram estendendo ainda mais o embate e a controvérsia.

O cotidiano na Justiça do Trabalho aponta que mesmo depois do encerramento da fase de conhecimento a parte vencida continua visando frustrar a satisfação do direito do outro se utilizando dos recursos inerentes para impedir ou retardar ao máximo o cumprimento da obrigação.

Contudo, se as partes no curso do processo conseguem chegar a um ponto comum, a uma solução razoável para ambas, ficarão satisfeitas, reconciliadas, aproximando-se assim da paz social pretendida pelo Direito.

Reforçando esta ideia, temos que a democracia somente pode ser exercida quando os cidadãos conseguem resolver seus conflitos, quando a sociedade admite e consegue conviver com a pluralidade de pensamentos, conseguindo, por meio do diálogo, solucionar seus conflitos.

As sociedades mais antigas, como a chinesa, entendem que a parte que necessita valer-se do Estado (Poder Judiciário) para solucionar seus conflitos é uma pessoa intelectualmente inferior e que deve, por isso, ser amparada pelo Poder Público.

Neste sentido, Maria Inês⁽⁷⁾ aponta um interessante pensamento de Komatsu sobre a sociedade chinesa:

(...) na concepção tradicional chinesa, o direito não é excluído, mas desempenha uma função menor. Ele é, dizem-nos, bom para os bárbaros, que são aqueles que não têm nenhuma preocupação com a moral e com a sociedade; são os criminosos incorrigíveis, as tribos alógenas e os estrangeiros, que não participam das ideias da civilização chinesa. Regulam os chineses as suas relações tendo em vista a conciliação e a harmonia.

Ainda citando os pensamentos de Komatsu, Maria Inês⁽⁸⁾ lembra que, no Japão, a ideia de

(6) *Mediação em Juízo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 8.

(7) *Op. cit.*, p. 14.

(8) *Op. cit.*, p. 14.

solução negociada dos conflitos está arraigada na cultura. Neste país, detectado o conflito, as partes podem ser convocadas a comparecer em Juízo, sem que sequer tenham provocado a ação jurisdicional.

Dessa forma, o que observamos é que as culturas mais antigas já puderam evoluir, pois, com o passar dos anos, suas formas de solucionar os conflitos privilegiando a conciliação, o que não se observa nas sociedades mais novas. Contudo, o estudo destas outras culturas aponta de fato que este é o mais acertado caminho para a solução de um conflito.

Além disso, não podemos deixar de citar a realidade do Poder Judiciário brasileiro, a qual demanda a adoção de medidas para incentivar e favorecer soluções alternativas para os conflitos.

Os problemas estruturais (multiplicidade de instâncias e recursos, deficiência de controles e insuficiência de juízes), funcionais (leis processuais burocráticas e complicadas com regras rígidas) e individuais (operadores do direito sem formação adequada em negociação e conciliação) são evidentes.

Além disso, a demanda cresceu muito no decorrer dos anos. Maria Inês⁽⁹⁾ citando os dados produzidos durante o III Encontro Regional do TRT da 15ª Região, realizado em 31.3.2000, aponta que o crescimento da quantidade de ações foi mais do que 2.000% superior em relação ao crescimento percentual dos Juízes em atuação, conforme quadro abaixo:

| | 1988 | 1997 | Crescimento % |
|-------------|---------|-----------|---------------|
| Juízes | 4.700 | 9.700 | 206,38 |
| Ações | 350.000 | 8.500.000 | 2.428,57 |
| Diferença % | | | -2.222,19 |

Dessa maneira, o que se conclui é pela necessidade de favorecer e estimular as soluções alternativas dos conflitos e, em especial, a conciliação judicial.

(9) *Op. cit.*, p. 16.

3.3. A conciliação Judicial

O objeto da nossa análise trata especificamente da conciliação judicial nos dissídios individuais trabalhistas. Assim, essa espécie conciliatória pressupõe a existência de um processo judicial, de uma ação que tramita com a intervenção estatal.

Quanto à conciliação judicial trabalhista, podemos destacar o conceito indicado por Wagner D. Giglio⁽¹⁰⁾:

Athos Gusmão Carneiro coloca a conciliação judicial entre a auto e a heterocomposição do dissídio: 'É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a equidade.

Importante desde logo destacar que a conciliação não se confunde com mediação ou transação, apesar de, por vezes, serem tratadas como sinônimos.

Mediação é o ato de levar as partes à conciliação e transação, por sua vez, é o acordo realizado entre as partes, mediante concessões recíprocas de modo a colocar um fim no conflito de interesses.

A conciliação, conforme já destacado, é a atividade destinada a harmonizar os litigantes mediante uma negociação realizada por elas

próprias ou com a ajuda de terceiros, o objetivo será sempre a pacificação do conflito e não apenas a celebração de um acordo.

No contexto judicial, a conciliação é realizada pelo Juiz e marca um ponto de encontro entre a auto e a heterocomposição, uma vez que as partes solucionam o conflito com a assistência e homologação do magistrado.

(10) *Op. cit.*, p. 275.

Todavia, em regra, a conciliação poderá ser realizada por outros atores, isto porque, esta é uma atividade já realizada no seio da sociedade; por exemplo, pelos advogados que chegam a uma composição antes de ingressar com a ação judicial.

Quando obtida, a conciliação faz com que a lide seja decidida pela vontade das partes e não pela imposição do Estado por intermédio do Poder Judiciário, o que a torna um instrumento eficaz de pacificação social.

Com essas considerações tecidas, podemos observar que mediação e conciliação são institutos afins, não tendo uma distinção irrelevante entre eles.

Já a transação distingue-se da conciliação, uma vez que esta última pode decorrer da primeira, mas não exclusivamente, vez que pode também decorrer da renúncia ou do reconhecimento pelo réu do direito do autor.

Os benefícios da conciliação, destacados no item anterior, nos leva a crer que esta deve ser de uma solução preferencial dos litígios, em especial, os de natureza trabalhista.

Contudo, para enriquecer o debate, cabe examinar o posicionamento dos doutrinadores Wagner D. Giglio e Manoel Carlos Toledo Filho, os quais apontam que a conciliação judicial, em verdade, seria uma forma anômala da solução de um conflito, sendo que ao menos em tese e considerando um plano ideal, a solução preferencial do litígio seria por meio do processo judicial:

Sob o aspecto abstrato, o processo é tido como a melhor forma de solução dos litígios, em razão da “imparcialidade que o caracteriza e pela força que suas decisões empresta o (fato de) serem respaldadas pelo mecanismo coativo do Estado”. Nada obstante o funcionamento do processo, ‘em concreto, é objeto, na maioria dos países, de severas críticas.⁽¹¹⁾

(11) GIGLIO, Wagner D. *op. cit.*, p. 274.

Em um sistema judiciário ideal, a perspectiva de conciliação estaria limitada a um restrito número de casos. Apenas naquelas lides em que a interpretação dos fatos e/ou do direito a eles aplicável se revelasse efetivamente duvidosa, iria o magistrado buscar persuadir as partes a alcançar uma solução de consenso. Nas demais, seria da própria natureza do processo prosseguir até o seu final, de modo que nele se pudesse apurar quem estaria com a razão, cumprindo assim o Estado seu dever de assegurar a cada um aquilo que pela Lei lhe pertence.⁽¹²⁾

Os pensamentos acima transcritos produzem uma inquietação muito pertinente, em especial nos tempos atuais quando a celebração de acordos judiciais é tão incentivada, principalmente pelos órgãos públicos.

Outrossim, associando os conceitos já explorados até aqui, entendemos que, dada a realidade do Judiciário e os benefícios da conciliação, devemos de fato priorizá-la. Entretanto, deveremos sempre cercá-la de cuidados para que se garanta por ela a efetividade dos direitos materiais que a parte busca por meio do processo e jamais o contrário.

Wagner D. Giglio nos chama também a atenção para o aspecto psicológico que envolve a realização de uma conciliação judicial em dissídios individuais trabalhistas o que nos alerta para a complexidade do tema e profundidade da questão. Considerando-se o intenso convívio havido entre empregado e empregador e ainda que o trabalhador, em regra, possua absoluta dependência de seus haveres oriundos do trabalho para garantia de seu sustento e de sua família, a conciliação trabalhista se traduziria:

(...) por uma compreensão mútua, um reconhecimento do direito alheio, uma recomposição de relações desarmônicas,

(12) In: TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006. p. 85.

uma verdadeira reconciliação de parceiros desavindos, em suma.⁽¹³⁾

A reconciliação mencionada, apesar de raramente efetivada na prática, muitas vezes pelo desinteresse das próprias partes envolvidas, deve ser considerada como um ideal norteador da conciliação. Assim, como ideal nem sempre será atingido, mas, se adotado como princípio, todos os esforços serão no sentido de se praticar a plena conciliação dos envolvidos e a satisfação das partes litigantes.

Temos que reconhecer ainda que a conciliação judicial interessa diretamente a todas as partes envolvidas no litígio, assim como ao Judiciário que terá imediatamente uma redução nos processos que movimentam a máquina jurisdicional.

Além disso, evidentemente que uma solução amigável e eficiente do conflito, também interessa a toda a sociedade, que será beneficiada pela solução rápida e pacífica.

Neste sentido, uma solução rápida para um conflito judicial é a efetivação do direito constitucional à razoabilidade na duração do processo. Um processo solucionado rapidamente dará espaço a outro que também será apreciado e solucionado com mais rapidez, o que beneficia a todos.

Assim, evidentemente que os benefícios da composição judicial, inegavelmente, atingem toda a sociedade.

Desse modo, o resultado que se espera na celebração de um acordo judicial é sempre a pacificação social, ou seja, a satisfação das partes mediante composição e, enfim, a entrega do direito material perseguido pelo polo ativo processual.

Nesta direção, um pressuposto inicial para a celebração do acordo, antes de se adentrar aos limites legais, é que as partes e em especial o Poder Judiciário atuem de modo a identificar e solucionar as causas do conflito judicial e não

apenas buscando eliminar mais um litígio de forma superficial e automática.

Sem esta consciência e compromisso, evidentemente que a composição estará condenada em seu nascimento, prejudicando todo o processo de pacificação social e instrumento de efetividade do direito material, a que se propõe todo o processo do trabalho e a conciliação judicial por consequência.

3.3.1. A conciliação judicial — Exame da legislação

A legislação brasileira, em especial a processual, regulamenta este tipo de conciliação e, sendo assim, importante examinarmos as disposições relacionadas ao tema.

Desde a Constituição do Império em 1824, havia consignada a preocupação do Estado com a conciliação, que era encargo do “Juiz de Paz”.

Historicamente, a conciliação, no processo trabalhista, sempre encontrou amparo nas Constituições brasileiras⁽¹⁴⁾. Neste mesmo sentido, apresentava-se o art. 114 da Constituição Federal de 1988 que previa a competência da Justiça do Trabalho para “conciliar e julgar” as demandas trabalhistas.

A Emenda Constituição n. 45/2004 veio alterar o *caput* do art. 114 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo a competência da Justiça do Trabalho para “processar e julgar” as ações de natureza trabalhista.

Contudo, mesmo depois do advento da Emenda Constitucional, o princípio da conciliação continua norteando o processo do trabalho e encontra respaldo na legislação infraconstitucional, dentre os quais podemos destacar os arts. 764, 831, 846, 847 e 850 da CLT.

Mesmo em uma análise preliminar, podemos notar que a conciliação possui uma posição destacada no processo trabalhista.

(13) *Op. cit.*, p. 276.

(14) Constituição de 1946 (art. 123), de 1967 (art. 134), de 1969 (art. 142).

A primeira disposição legal que merece atenção é o § 2º do art. 764 que permite às partes a celebração de acordo que pode ser realizada em qualquer tempo e fase processual.

O art. 831 ainda confere força de coisa julgada material à sentença homologatória do acordo, de modo que sua impugnação somente se dará por meio de ação rescisória, caso configurada uma das suas estreitas hipóteses de cabimento.

O § 2º do art. 846 também possibilita a negociação de multa ou de cláusula que assegure uma indenização à parte que ficar prejudicada pela ausência de cumprimento do acordado pela outra. Tal cláusula é muito importante, pois, muitas vezes, o credor admite a celebração do acordo e renuncia a parte dos seus direitos para não sofrer os prejuízos do tempo do embate processual, contudo, se a parte contrária não cumpre os termos acordados, a parte prejudicada não poderá executar em valor superior ao acordado e ainda terá que sofrer toda a demora do cumprimento forçado do acordo.

A renovação da proposta conciliatória depois da apresentação de razões finais, pode ser, no nosso entendimento, bem explorada pelo Juiz, atuando como conciliador.

Isto porque, neste momento processual, todas as provas já foram produzidas de modo que as partes e o julgador já têm acesso a muitos elementos que podem favorecer ou estimular a celebração de acordo.

Neste sentido, o direito comparado nos traz um interessante paradigma de atuação jurisdicional na realização do acordo. Trata-se do “Modelo de Stuttgart” criado com base nas propostas de Fritz Baur para a reforma do código de processo alemão.

Este procedimento permite aos juízes, depois da instrução processual, retirar-se da sala de audiência, deliberar um “projeto de sentença” e discuti-lo com as partes que poderão optar por uma composição amigável ou aguardar a decisão definitiva. Relata-se que 75% dos casos terminam no espaço de 6 meses, contra apenas

40% nos tribunais alemães que não adotam este modelo⁽¹⁵⁾.

Por fim, cabe destacar ainda a previsão legal relativa ao procedimento sumariíssimo trabalhista, que privilegia a função conciliatória da Justiça do Trabalho nas ações de menor valor econômico. Trata-se do art. 852-E da CLT, o qual impõe ao magistrado a utilização de técnicas de mediação e negociação para o favorecimento da conciliação judicial.

Ante todo o exposto, observamos a grande importância da conciliação para o processo trabalhista e, evidentemente, uma solução rápida e eficiente naturalmente deve ser incentivada, em especial, em ações desta natureza, que tratam de verbas de natureza alimentícia.

4. A compatibilização entre a conciliação judicial e o princípio da indisponibilidade

Conforme já mencionado, prevalece, no Direito do Trabalho, a indisponibilidade dos direitos pelos trabalhadores.

De outro lado, a conciliação judicial, como vimos, pressupõe, em regra, a disposição, ao menos parcial de direitos pelas partes do processo.

Apesar disso, a Justiça do Trabalho se apresenta como uma justiça essencialmente conciliatória, tanto que a conciliação inicial é etapa de observância obrigatória, sob pena de nulidade processual.

A aparente contradição entre os dois institutos, isto é, entre o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a possibilidade de conciliação judicial quase que irrestrita no processo trabalhista (em qualquer fase processual, comportando todas as formas de solução de conflitos: renúncia, transação ou reconhecimento) se resolve ao examinarmos a sistemática processual trabalhista.

No processo trabalhista, são conferidas prerrogativas ao reclamante que visam reequilibrar

(15) PIMENTA, José Roberto Freire, *op. cit.*, p. 151-162.

a relação havida com seu empregador, as quais buscam neutralizar a condição de dependência e hipossuficiência do empregado.

A título de exemplo, podemos destacar as diferenças entre as consequências definidas pela legislação para a ausência do réu e reclamante na audiência inicial. Este tratamento diferenciado que arquiva o processo (com a possibilidade de distribuição de outra ação) quando o reclamante é ausente e prevê a pena de confissão e revela quanto à matéria fática quando da reclamada não se faz presente na audiência, privilegia o reclamante para que, com mais prerrogativas que o réu, tenha neutralizada sua condição de hipossuficiência.

Assim, no âmbito do processo do trabalho, o empregado, com as prerrogativas processuais que lhe são conferidas, ao menos em tese, possui condições de negociar e transacionar com seu empregador em condição de igualdade. Neste sentido, posiciona-se Maria Inês⁽¹⁶⁾: *“na conciliação judicial mesmo a renúncia é permitida, pois tudo gira em torno da vontade das partes que, obedecidas as formalidades legais, se igualam.”*

Desse modo, a conciliação realizada no âmbito do processo trabalhista, em qualquer fase processual, ainda em que implique em renúncia de direitos, não afrontará o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, apresentando-se compatível com este pilar do Direito do Trabalho.

Contudo, a conciliação deverá sempre ser acompanhada com cautela pelos operadores do direito e, em especial, pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que se utilize a Justiça do Trabalho como meio de homologação de fraudes e de sonegação dos direitos dos trabalhadores.

Em outras palavras, a conciliação judicial não pode ser utilizada pelas partes, com a ratificação do Poder Judiciário, como forma de esvaziamento dos direitos dos trabalhadores,

(16) *Op. cit.*, p. 33.

o que apenas incentivaria o não cumprimento da legislação trabalhista pelas empresas, que facilmente vislumbrariam uma vantagem no custo/benefício, ou seja, descumpra-se a lei e depois, caso o empregado ingresse com reclamação trabalhista (o que muitas vezes sequer acontece), paga valor muito inferior ao devido por meio de acordo judicial.

José Roberto Freire Pimenta⁽¹⁷⁾ que defende a conciliação como uma forma preferencial na solução dos conflitos trabalhistas, aponta a cautela que devem ter as partes e o Judiciário, de modo a evitar a homologação de acordos fraudulentos:

Não é toda e qualquer conciliação judicial que se deseja, portanto; não se pode querer um acordo a qualquer preço — isto é, aquele que tenha, em seu conteúdo, a injustiça travestida de justiça ou que implique em lesão a direitos públicos ou privados de natureza indisponível.

(...)

Em outras palavras, não é qualquer conciliação que deve ser homologada, não só pelos aspectos éticos e de direito material, já mencionados, mas também por essa consideração eminentemente prática: se a maior parte dos acordos trabalhistas homologados em Juízo tiver seu conteúdo muito inferior ao conjunto de direitos abstratamente assegurados pelo direito material trabalhista que deveria reger o relacionamento jurídico mantido pelas partes, aqueles que são os destinatários.

Este mesmo doutrinador⁽¹⁸⁾ ainda sustenta que a atuação efetiva do Judiciário na celebração dos acordos, com a prevalência dos direitos indisponíveis e tornando o acordo com uma forma de não apenas extinção do conflito, mas

(17) In: A Conciliação Judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: Aspectos de Direito Comparado e o novo papel do Juiz do Trabalho. *LTr*: Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 65, n. 2, p. 151-162, fev. 2001.

(18) *Op. cit.*, p. 151-162.

de promover a efetividade do direito material — finalidade precípua do processo judicial — traz ainda uma consequência muito positiva para a sociedade a médio e longo prazo, qual seja, o crescimento do cumprimento espontâneo da norma e a consequente diminuição das demandas judiciais:

Se a efetividade ou a proteção processual são apenas outro aspecto do conteúdo do Direito, como também relembram aqueles mesmos autores, pode-se afirmar com segurança que a própria aplicação do direito material nos tribunais é também um instrumento de indução do tão desejado cumprimento espontâneo das normas jurídicas. Quanto mais efetiva a máquina jurisdicional, menos ela vai ter que trabalhar, no futuro ou a médio prazo. Quanto mais os destinatários das normas jurídicas souberem que só lhes resta cumprir a lei, por absoluta falta de melhor alternativa, menos será necessário o acionamento da máquina jurisdicional e mais eficácia e efetividade terão as normas jurídicas. Essa é, portanto, a perspectiva final com a qual os operadores do Direito em geral, mas especialmente os que exercem a função jurisdicional do Estado, têm que trabalhar — quanto mais eficaz for a jurisdição, menos ela será acionada.

Neste sentido, o Estado, por intermédio do juiz deve adotar uma postura ativa na negociação realizada pelas partes, garantindo o equilíbrio na negociação e evitando a simples renúncia do trabalhador sem obter qualquer vantagem mediata ou imediata na celebração do acordo.

Assim, o papel do Juiz se revela muito relevante para garantir o equilíbrio na negociação. Nesta senda, Wagner D. Giglio⁽¹⁹⁾ destaca “o acordo, para ser justo, requer livre manifestação da vontade das partes, o que só é possível se houver igualdade real entre os contendores”.

Maria Inês ainda destaca a importância da atuação do magistrado para que se busque

uma conciliação plena, configurada como aquela que não tenha apenas a finalidade de celebração do acordo, mas de pacificação social sem o esvaziamento puro dos direitos dos trabalhadores:

O magistrado que entende seu maior dever funcional, o de dar solução efetiva para o conflito de interesses, deverá compreender seu efetivo papel de mediador de conflitos, propondo às partes o entendimento de que devem se envolver na busca dessa solução e negociar uma conciliação que melhor atente ao direito e que lhes seja benéfica, sem que jamais implique renúncia infundada de direitos, mas algo que, sobretudo, promova a pacificação de seus espíritos, mesmo que inclua renúncia, como amiúde ocorre.⁽²⁰⁾

A celebração de uma conciliação adequada, que busque a pacificação social e a reconciliação das partes sem que ocorra a simples renúncia de direitos dos trabalhadores, pode ser viabilizada pela designação de audiências com rapidez e tempo suficiente para a negociação. Note que este investimento inicial no processo poderá economizar anos de tramitação futura, caso o litígio prevaleça e as partes esgotem todos os recursos cabíveis até a efetiva satisfação do direito pretendido.

Além disso, o magistrado, na posição de mediador, deverá ser um bom ouvinte, buscando entender as partes, utilizar linguagem clara e postura acessível e séria durante as tratativas propostas.

5. Considerações finais

Com efeito, a profundidade e importância do tema da conciliação para a Justiça do Trabalho são observadas nas diversas obras e artigos que empenham grandes esforços para estudar e conceituar o tema.

Desse modo, evidentemente que os estudos realizados para a elaboração do presente artigo não tiveram e, nem poderiam ter, a pretensão de esgotar o tema em análise.

(19) *Op. cit.*, p. 277.

(20) *Op. cit.*, p. 33.

Apesar disso, do quanto exposto, podemos extrair algumas considerações.

Por primeiro, observamos que o princípio da indisponibilidade norteia o Direito do Trabalho e revela-se imprescindível para a garantia da efetividade dos direitos laborais reconhecidos pela legislação brasileira.

Além disso, mais uma justificativa para a importância do princípio da indisponibilidade no âmbito do Direito do Trabalho é que o bem jurídico tutelado neste caso é social e não individual, não podendo ser disponibilizado por ato individual do trabalhador.

Assim, o Direito do Trabalho se constitui principalmente de normas de ordem pública, de conteúdo imperativo, ou seja, indisponíveis para a negociação pelos trabalhadores individualmente.

A disponibilidade de direitos pelos trabalhadores é admitida apenas excepcionalmente, podendo ocorrer nas hipóteses autorizadas pela Constituição Federal mediante negociação coletiva, ou seja, pressupõe a representação pelo trabalhador pelo seu órgão de classe.

No âmbito do processo do trabalho, é admitida a conciliação judicial e, por consequência, a eventual disposição de direitos pelo trabalhador, porque, neste contexto, são asseguradas prerrogativas ao empregado — reclamante — que visam reequilibrar a relação, neutralizando a sua condição de hipossuficiência.

Assim, restabelecida a igualdade entre as partes revela-se possível a conciliação e eventual disposição de direitos sem ofensa ao princípio da indisponibilidade.

Importante destacar que a conciliação judicial vem sendo amplamente incentivada pelos órgãos de cúpula da Justiça do Trabalho e não é por acaso. A realidade dos Tribunais que tiveram, nos últimos anos, um aumento exponencial da demanda, o qual não foi acompanhado pelo aumento nos Juízes, clama pela adoção de soluções alternativas para os conflitos judiciais.

Além disso, os benefícios da celebração de uma conciliação efetiva são evidentes. A rapidez na solução da demanda e satisfação das partes litigantes, que constroem a solução em conjunto ao invés de obter uma decisão imposta pelo Estado, tornam esta uma solução preferencial dos conflitos trabalhistas.

De outro lado, apesar da legalidade da celebração da conciliação judicial e de seus inegáveis benefícios para as partes litigantes e para toda a sociedade, que verão com agilidade e eficiência a pacificação de um conflito social, a negociação e homologação de um acordo na Justiça do Trabalho deverão ser realizados com cautela pelos operadores do direito e, em especial, pelo Poder Judiciário, de modo que não se utilize a Justiça Especializada como meio de realização de fraudes e esvaziamento de direito dos trabalhadores.

Neste sentido, a atuação das partes e do Judiciário deverá ser no propósito de preservar ao máximo os direitos indisponíveis, evitando-se acordos em que o trabalhador renuncie direitos sem a obtenção de qualquer vantagem mediata ou imediata, visando ainda não apenas à extinção do litígio, mas à promoção da efetividade do direito material e da pacificação social.

6. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho: legislação complementar/jurisprudência*. 38. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

GIGLIO, Wagner D. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

_____. Os Conflitos Trabalhistas, a Arbitragem e a Justiça do Trabalho. In: *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTr, v. 47, n. 3, p. 271-280, mar. 1983.

PIMENTA, José Roberto Freire. A Conciliação Judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: Aspectos de Direito Comparado e o novo papel do Juiz do Trabalho. In: *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo: LTr, v. 65, n. 2, p. 151-162, fev. 2001.

TARGA, Maria Inês Correa de Cerqueira Cesar. *Mediação em Juízo*. São Paulo: LTr, 2004.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. A Conciliação Judicial no Direito Processual Trabalhista Comparado. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (Org.). *Estudos Aprofundados da Magistratura do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2, p. 357-363.

Um espectro ronda o princípio da continuidade...

Geovane de Assis Batista^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo tem tríplice objetivo. O primeiro é noticiar que *um espectro ronda o princípio da continuidade: o espectro do niilismo*. O segundo é demonstrar que esse anátema vem constituindo uma prática judicial axiológica a um dos princípios do Direito do Trabalho, a saber: o da continuidade, sobretudo quando, no lugar de determinar a reintegração do trabalhador estável ao emprego, envereda pela conversão em indenização substitutiva sob o fundamento sumular de exaurimento do período estável. O terceiro e último objetivo postula a hipótese de que, paradoxalmente, o niilismo, sobremaneira o nietzschiano, oferece condições de possibilidade para potencialização e atualização do jus pós-positivismo jurídico contrafeito a uma das expressões do capitalismo tardio: o neoliberalismo político-econômico.

Palavras-chave:

- ▶ Direito do Trabalho — Princípio da continuidade — Niilismo — Nietzsche.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Desenvolvimento
 - ▶ 2.1. Garantia do emprego
 - ▶ 2.1.1. Sentido estrito
 - ▶ 2.2. Estabilidade: conceito, natureza jurídica, definição e classificação
 - ▶ 2.2.1 Estabilidade definitiva ou própria: despedida, resolução e efeitos
 - ▶ 2.2.2. Estabilidade provisória ou imprópria: despedida e efeitos
 - ▶ 2.3. O princípio da continuidade
 - ▶ 2.4. O espectro do niilismo
 - ▶ 2.4.1. O niilismo judicial sob a perspectiva tradicional
 - ▶ 2.4.1.1. A resilição agitada pelo empregador e a declaração judicial de nulidade

(*) Juiz do Trabalho Substituto (TRT5-BA). Mestre em Filosofia (UFBA). Doutorando em Filosofia (UCSF — Orientador: Dr. Juan Carlos Pablo Ballesteros).

- ▶ 2.4.1.2. A nulidade da despedida e o fenômeno da suspensão do direito potestativo resilitório do empregador
- ▶ 2.4.1.3. *Détournement de pouvoir*
- ▶ 2.4.1.4. Objeção econômica: um equívoco exegetico
- ▶ 2.4.2. O niilismo judicial sob a perspectiva nietzschiana
- ▶ 2.5. Jus pós-positivismo jurídico x positivismo jurídico e neoliberalismo
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

Assim como o homem, o vínculo de emprego tem início, meio e fim; ambos estão fadados à finitude existencial. Quanto ao contrato, independentemente de ter sido engendrado por tempo determinado (*certus an*: onde o início e o fim são previamente sabidos pelos contratantes), ou indeterminado (*incertus quando*: onde o começo do contrato é certo e o fim, incerto), seu fim ocorrerá ou por rescisão bilateral (distrato), ou por iniciativa unilateral do empregado (demissão, ou despedida indireta) ou do empregador (despedida).

Não obstante a inevitabilidade da finitude dos contratos de duração indeterminada, a dogmática protecionista trabalhista, apoiada no princípio da continuidade do emprego, engendrou o instituto da estabilidade, determinando sintomática frenagem ao exercício potestativo resilitório do empregador. Assim é que, uma vez deflagrada a despedida de um empregado estável, a consequência jurídica é a inevitável declaração de nulidade com consequente determinação judicial mandamental reintegratória.

Sucedem que, de modo recorrente, as cortes trabalhistas vêm enveredando pela conversão da reintegração em indenização substitutiva, fenômeno jurídico que vem depondo contra o *princípio da continuidade*. Importa, portanto, desocultar o fundamento jurídico filosófico capaz de arrostar um princípio tão caro ao Direito do Trabalho. A quem prejudica e a quem aproveita tal fenômeno? É possível refreá-lo?

Essas inquietudes ensejaram o presente estudo com tríplex objetivo: (I) *noticiar* que um espectro ronda o princípio da continuidade: o espectro do niilismo; (II) *demonstrar* que esse anátema vem constituindo prática judicial axiológica malfazeja também ao Direito do Trabalho — especialmente naqueles casos em que, no lugar de determinar a reintegração ao emprego do trabalhador estável, o Juiz envereda pela conversão em indenização substitutiva, sob o fundamento sumular consubstanciado no exaurimento do período estável; (III) *postular* a hipótese de que, paradoxalmente, o niilismo (nietzschiano) oferece condições de possibilidade para potencialização e atualização do jus pós-positivismo jurídico contrafeito ao positivismo jurídico e a uma das expressões do capitalismo tardio, a saber: o neoliberalismo político-econômico.

Para consecução desses fins, a metodologia também é tríplex e fundada numa estrutura expositiva e descritiva, com ênfase nas perspectivas (1) jurídico-trabalhista, (2) filosófica e (3) jurisfilosófica.

Sob a primeira, far-se-á uma rápida incursão epistemológica sobre os institutos do Direito do Trabalho, revisitando conceitos clássicos (como o da garantia no emprego, estabilidade, nulidade, reintegração e a indenização substitutiva), onde será trazido a lume o pensamento dominante da doutrina e da jurisprudência pretoriana juslaboralista, com exposição de ementas ilustrativas capazes de evidenciar o caráter empírico indutivo da investigação. Ainda, nessa linha cognitiva, serão

expostas proposições afirmativas e negativas acerca da possibilidade, ou não, da conversão da reintegração ao emprego em indenização substitutiva.

Na perspectiva filosófica, cuidar-se-á do significado operado pelo senso comum e filosófico sobre o *niilismo*, quando será tomado de empréstimo o pensamento de Parmênides, Platão e Nietzsche — este em especial, já que parece ter sido o filósofo contemporâneo que encetou ao *niilismo* uma conotação diametralmente oposta à concebida até então por seus antecessores e contemporâneos.

Finalmente, a partir de uma tessitura crítica jurisfilosófica, será exposta a tensão entre o *niilismo* (e seus modos de expressão: *positivismo jurídico* e *neoliberalismo político-econômico*) e a teórica do *jus pós-positivismo jurídico* estruturada na maximização dos princípios constitucionais direcionados à refutação da dissimetria social, econômica e política que se queira encetar aos autores e atores da relação empregatícia.

2. Desenvolvimento

2.1. Garantia no emprego

Na lição do Professor Luciano Martinez⁽¹⁾, o instituto da *garantia no emprego* passou por três momentos importantes na historiografia juslaboralista brasileira. O primeiro deles foi revelado pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), ao consagrar duas garantias: uma *básica* e outra, *especial*. Diz-se *básica* aquela garantia reservada ao empregado contratado por tempo indeterminado e que tivesse na mesma empresa entre um e dez anos de serviço, e que cuja despedida implicasse pagamento de indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de efetivo serviço, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses. Já a *garantia especial* significava a manutenção no emprego do trabalhador que contasse com mais de dez anos de serviço prestados à mesma

empresa, sendo vedado ao empregador o exercício da rescisão unilateral do contrato, ante a estabilidade definitiva que protegia o obreiro.

Para Luciano Martinez, o segundo momento se revelou quando a estabilidade definitiva passou a conviver com o regime do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), onde ao empregado era dado o direito de optar por um ou por outro regime. Na esteira desse arbítrio, optando o empregado pela segunda sistemática, abdicaria da primeira e passaria a fazer *ius*, mês a mês, ao recolhimento de 8% (oito por cento) sobre a remuneração; na hipótese de se ser despedido, contaria com a incidência indenizatória de dez por cento sobre o total dos depósitos realizados na conta vinculada do trabalhador⁽²⁾.

O terceiro momento, arremata o ilustre doutrinador, coincidiu com o advento da Constituição do Brasil de 1988, que, tornando obrigatória a observância do regime do FGTS, encetara duro golpe à garantia especial (estabilidade definitiva), cuja subsistência concomitante se fez residualmente.

2.1.1. Sentido estrito

Luciano Martinez ensina ainda que a garantia de emprego, em *sentido estrito*, é uma das espécies da expressão “*garantia no emprego*”, que deve ser compreendida como a fórmula protecionista caracterizada pelo condicionamento do despedimento do empregado ao pagamento de indenização, enquanto artifício jurídico para desestimular a sanha potestativa patronal⁽³⁾. Pondera, todavia, que, se o empregador se revelasse insensível à injunção teleológica

(2) Hoje o percentual indenizatório é de 40% (inc. I, do art. 10 do ADCT) c/c o § 1º, do art. 18, da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, que assim reza: *Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.* (Redação dada pela Lei n. 9.491, de 1997.)

(3) 2011, p. 557.

(1) MARTINEZ, 2011, p. 553-554.

do legislador consolidado e, mesmo assim, procedesse à despedida, não haveria mais falar em reintegração, mas em simples pagamento indenizatório, por entender que, em tais casos, a dispensa não seria vedada.

Para Martinez, a prática da indenização compensatória tem sido progressivamente adotada como fórmula “substituinte da estabilidade”, citando como exemplos desse expediente a indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado, correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses⁽⁴⁾; igualmente, a indenização de 40% sobre o FGTS; a indenização prevista para os casos de rescisão patronal nos contratos que tenham termo estipulado⁽⁵⁾; a indenização paga para desestimular a dispensa sem justa causa durante o período da URV⁽⁶⁾; a indenização paga ao professor, na hipótese prevista no § 3º, do art. 322 da CLT e a indenização prevista no § 5º, do art. 476-A da CLT.

2.2. Estabilidade: conceito, natureza jurídica, definição e classificação

Ainda, na esteira da garantia no emprego, sobressai o instituto da *estabilidade*. Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁽⁷⁾ confessam não encontrar facilidade para conceituá-la. Sem embargo, dizem, literalmente, que estável no emprego era aquele empregado que contasse com mais de dez anos de serviço na mesma empresa, situação em que, advertem, o empregado não poderia ser despedido, exceto por motivo de falta grave ou força maior — e desde que devidamente comprovado em inquérito judicial.

Todavia, para esses insignes juristas⁽⁸⁾, o conhecimento ontológico de um instituto jurídico não pode decorrer da simples leitura da

definição legal, senão da investigação da *natureza jurídica* que encerra. Nessa perspectiva, anotam que, para muitos autores, a estabilidade tem natureza *sui generis*, porquanto relacionada à subjetividade de cada uma das partes do vínculo empregatício.

No que diz respeito à obrigação do empregador, possui os caracteres de um contrato por tempo determinado cujo termo final é a cessação da vida profissional do empregado. Portanto, do ponto de vista do empregador, a estabilidade seria um contrato a termo final, segundo a fórmula: “*certus na et incertus quando*.” [...] No que diz respeito às obrigações do empregado, apresenta os caracteres próprios de um contrato de trabalho por tempo indeterminado. O interesse público de proteção à *liberdade individual* justifica a ruptura, pelo empregado, do vínculo jurídico, pois, do contrário, este o sujeitaria a liames perpétuos. A estabilidade vincula somente o empregador, garantido o empregado contra certas incertezas geradas pela precariedade da relação de emprego por tempo indeterminado⁽⁹⁾.

Participando da mesma dificuldade conceitual de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, Martinez prefere definir a estabilidade como uma *fórmula protetiva que impede, proíbe ou bloqueia o despedimento sem justa causa do empregado por iniciativa patronal*.

Já Plá Rodriguez⁽¹⁰⁾ prefere dar ênfase à classificação da estabilidade. Daí, em *Los principios del derecho del trabajo*, aduzir que, tradicionalmente, a estabilidade se divide em *própria* e *imprópria*. Mas, por entender mais completa, tem preferido a classificação de Horácio H. de la Fuente em *estabilidade absoluta* e *estabilidade relativa*, onde a primeira se configura “[...] cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido y se garantiza la reincorporación efectiva del trabajador”; e a segunda, naqueles casos em

(4) Art. 478 da CLT.

(5) Art. 479, da CLT.

(6) Art. 31 da Lei n. 8.880/94.

(7) 2002, p. 380.

(8) *Idem*.

(9) *Ibidem*, p. 380-381.

(10) 1990, p. 175.

que “[...] existe protección contra el despido pero ella no llega a asegurar la reincorporación efectiva del trabajador”.

Anota Plá Rodríguez que a *estabilidad relativa* se subdivide em *propia* (“que existe cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasione la ineficacia del acto rescisório”) e *impropia* (“quando la vulneración de ese derecho no afecta la eficacia del despido, si bien se sanciona en incumplimiento contractual con indemnizaciones [...]”).

Para Luciano Martínez⁽¹¹⁾, a vedação à arte da despedida pode ser legalmente *definitiva*, ou *provisória*. Legal porquanto a proibição do ato resilitório “egressa da lei”; e também por ser imposta *erga omnes* aos empregadores. *Definitiva*, porque, uma vez alcançada a estabilidade, “[...] o empregado a incorpora e a sedimenta em seu patrimônio jurídico, não mais podendo ser despedido por seu empregador senão por motivos relevantes contidos na própria lei”⁽¹²⁾. São exemplos dessa espécie de estabilidade: a decenal⁽¹³⁾ e a dos servidores públicos celetistas⁽¹⁴⁾.

2.2.1. Estabilidade definitiva ou própria: despedida, resolução e efeitos

Sob o véu da *estabilidade definitiva*⁽¹⁵⁾, o empregado detentor da garantia decenal ou de emprego público celetista somente pode ser despedido por motivo de falta grave ou circunstância de força maior⁽¹⁶⁾, e desde que devidamente comprovadas⁽¹⁷⁾. Nessa linha, estável o empregado, não haveria falar em possibilidade de a *despedida* se verificar mediante *rescisão* do empregador, senão por *resolução*,

isto é, por intervenção judicial⁽¹⁸⁾. Sem esta intervenção, o vínculo não se dissolve. Aliás, rigorosa e tecnicamente, o *afastamento* não pode ser qualificado como *despedida*, uma vez que esta palavra é reservada apenas para a dissolução de um contrato (por tempo determinado ou indeterminado) de empregado não estabilizado.

Segue-se que, declarando a sentença judicial que o contrato não poderia ser resolvido sob o fundamento de que o empregado despedido por justa causa gozava do favor legal da estabilidade decenal, três consequências jurídicas daí decorreriam, a saber: (I) a declaração de nulidade; (II) a determinação de reintegração ao emprego⁽¹⁹⁾; e, finalmente, (III) a condenação ao pagamento de salários vencidos e vincendos.

De fato, a reintegração é consequência da nulidade do ato rescisório, cuja declaração judicial produz efeito *ex tunc*, com o restabelecimento do *statuo quo ante* violado⁽²⁰⁾. Destaca Plá Rodríguez⁽²¹⁾ que:

Este tipo de sentença, como lo enseña Alsina, no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, vale decir, que no es posible de ejecución porque la declaración judicial basta para satisfacer el interés del actor. En el caso, al actor le basta con que se declare la nulidad del acto que dispuso la cesantía. Lo demás — el derecho al cobro de las remuneraciones — es una consecuencia des restablecimiento del vínculo laboral, y no de la sentencia.

Insista-se: publicada a sentença judicial declaratória, o empregador, muita vez, procede automaticamente à reintegração obreira ao emprego. Mas pode ocorrer de a sentença não ser cumprida automaticamente (sob o mote, com frequência, do direito subjetivo ao duplo

(11) 2011, p. 561.

(12) *Idem*.

(13) Prevista nos arts. 492 e 493, da CLT.

(14) Disciplinada pelo art. 41 da CF/88 c/c a Súmula n. 390 do TST, bem como pelo art. 119 do ADCT.

(15) Arts. 492 e 493 da CLT: para os empregados que contam com mais dez anos de serviço prestado para a mesma empresa.

(16) Art. 501 da CLT.

(17) Arts. 492 e 494, ambos da CLT.

(18) GOMES e GOTTSCHALK, 2002. p. 384.

(19) Inteligência do art. 495, da CLT.

(20) GOMES e GOTTSCHALK, 2002, p. 385-386.

(21) 1990, p. 178-179.

grau de jurisdição) senão compulsoriamente, isto é, mediante determinação judicial de expedição de mandado reintegratório.

Dáí a razão de as sentenças trabalhistas também apresentarem triplíce natureza jurídica (declaratória, mandamental e condenatória), situação em que o juiz, ciente da incompletude da tutela jurisdicional, não só declara a nulidade da despedida somada à determinação de reintegração⁽²²⁾ e fixação de *astreintes*⁽²³⁾, como também condena o empregador ao pagamento de salários vencidos e vincendos, além de garantir ao empregado a observância de outras vantagens do cargo ou função concedidas à categoria profissional (seja por contrato individual, convencional (convenção, ou acordo coletivo), dissidial (sentença normativa) ou legal⁽²⁴⁾, durante o tempo em que estivera afastado⁽²⁵⁾.

Como anotam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, a reintegração pode se dar sem que haja obrigação de pagar a ser observada pelo

(22) Cumpre dizer que, independentemente da possibilidade do cumprimento espontâneo da obrigação de fazer pelo empregador, parece razoável que a decisão tenha sempre o cuidado de trazer, na conclusão, a determinação de expedição de mandado de reintegração a ser cumprida por oficial de justiça, mediante certidão circunstanciadamente certificada nos autos. A medida acautelatória assim observada, decerto, evitará eventual conflito não só sobre a efetividade do cumprimento da medida judicial como também qualquer outro relacionado à abusividade de direitos — geralmente com manifesto prejuízo aos litigantes, sobretudo econômico-financeiro, como o decorrente da fixação das *astreintes* à inexecução culposa do empregador; ou da alegação patronal de abandono de emprego.

(23) Segundo Plá Rodriguez (1990, p. 182), trata-se de “[...] sanciones económicas crescentes tendientes a ejercer un efecto conminatorio de carácter pecuniário.” Entre nós, a fórmula das *astreintes* (cominação de multa diária) é fixada com supedâneo no § 4º, do art. 461, do CPC c/c o art. 769 da CLT.

(24) *Ibidem*, p. 386.

(25) “Quando inviável a reintegração, ao empregado devem ser asseguradas todas as vantagens contratuais do período de garantia no emprego.” (Processo 0023200-13.2000.5.05.0021 RO, ac. n. 020741/2001, relator Juiz Convocado Edilton Meireles, 1ª Turma, DJ 26.11.2007.)

empregador. Nessa hipótese, não sealaria em reintegração, mas em *readmissão*. Entendem os nobres juristas que este encaminhamento parece decorrer de “oscilante elaboração jurisprudencial”, notadamente por partir do princípio de que:

[...] a conservação do emprego é o direito supremo assegurado pela estabilidade. Assim, ainda que determinados *motivos ponderáveis* justifiquem a perda pelo empregado do recebimento de salários vencidos, assegura-se-lhe, sempre, o direito ao cargo ou à função. A casuística, a propósito, é longa e, às vezes, variável, mas se podem arrolar, dentre outros, os *seguintes motivos* que justificam a *readmissão* pura e simples do empregado: a) a anistia concedida por motivo de greve ou subversão; b) o abandono do emprego sem inquérito judicial, vindo o empregado a reclamar reintegração; c) o cancelamento da aposentadoria de empregado estável; d) uma falta grave isolada numa longa vida funcional; e) a abstenção coletiva de trabalhar por um grupo de trabalhadores estabilizados, sem ânimo de greve, mas por equívoca interpretação de ordem de serviço, instigado por terceiros. É facultado, entretanto, ao empregador pagar ao empregado as vantagens do cargo sem se utilizar dos seus serviços, mas sem submetê-lo à humilhação.⁽²⁶⁾

Entretanto, quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio com o empregador, o Tribunal do Trabalho poderá converter a obrigação de fazer em de pagar indenização⁽²⁷⁾, especialmente, quando

(26) *Idem*.

(27) “A conversão da reintegração no emprego em indenização somente deve ser adotada na hipótese de a incompatibilidade resultante do dissídio for de tal monta que torne desaconselhável o retorno do empregado estável. Não caracterizado este óbice à reintegração, deve ela ser procedida.” (Processo 0187300-93.2001.5.05.0006 RO, Acórdão n. 019017/2005, Redator Desembargador Alcino Felizola, 3ª Turma, DJ 16.12.2006.) “A justa causa por se tratar

o tomador de trabalho for pessoa física⁽²⁸⁾. “A reintegração deve ser convertida em indenização em dobro, quando há fundado receio de incompatibilidade entre empregado e empregador.”⁽²⁹⁾

Há situações, contudo, reconhecidas pelo legislador ordinário, em que o critério da reintegração não prevalece como acontece quando, em virtude de indisfarçável incompatibilidade, a reintegração se torne desaconselhável. Nesses casos, há que se converter a reintegração em indenização compensatória, hipótese prevista no art. 496 da CLT, nenhum óbice existindo quanto à interpretação analógica desse preceito aos casos de estabilidade provisória.⁽³⁰⁾

Sobre o tema, Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁽³¹⁾ advertem que a *conversão da estabilidade em indenização por tempo de serviço* constitui um dos modos diferentes de perda do direito à estabilidade, engendrado pelo Tribunal do Trabalho. Isso significa dizer que, na reclamação trabalhista, o empregado (Reclamante) não pode exigir do empregador (Reclamado) indenização — ainda que possua “[...] *legítima pretensão* de requerê-la ao Tribunal com fundamento na norma jurídica”.

O *pedido alternativo* de reintegração ou indenização dobrada, que comumente se fazia perante os tribunais de trabalho, ultrapassava dos limites da norma consolidada.

de pena capital no âmbito do contrato de trabalho, somente poderá ser aplicada mediante prova indubitosa. Razoável a conversão da reintegração quando esta se configura incompatível e existe estabilidade no emprego.” (Processo 0063100-44.2002.5.05.0017 RO, Ac. n. 008788/2004, relatora Juíza convocada Léa Nunes, 2ª Turma, DJ 27.4.2004.)

(28) Art. 496, da CLT.

(29) Ac. 2ª.T. 3.172/88, de 28.7.1988 (DO 23.8.1988). Rel. Juiz Antonio Lantyer (RO 521870108/01): (SOUZA, 1989, p. 236).

(30) Acórdão 2ª Turma n. 4.043/05. Publicado no DO TRT5 em 22.3.2005. Processo n. 01023-2002-193-05-00-7 RO. (Ementário 2005. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região – Salvador-BA – Jur. Caixa – 01. G, p. 59.)

(31) Ob. cit., p. 389.

Trata-se de uma prerrogativa conferida, por lei, ao juiz, que somente poderia utilizá-la quando verificada a hipótese de *incompatibilidade* entre as partes, nascida do *dissídio* ou, evidentemente, da *justa causa*. O critério fornecido pela lei para avaliar-se o grau de *incompatibilidade* era do empregador *pessoa física*. Tratava-se de regra pouco esclarecedora das peculiaridades de cada situação. O empregador pessoa física pode ser titular de uma microempresa tipo médio ou mesmo empresa classificável como grande. Por outro lado, a empresa propriedade da pessoa jurídica pode assumir a forma de uma pequena ou grande empresa. O pensamento do legislador não ficou bem expresso no texto, pois, quando se referiu a empregador pessoa física.⁽³²⁾

Esclarecem ainda que a motivação da incompatibilidade do dissídio pode decorrer de graves ofensas injuriosas irrogadas em juízo, ou mesmo da natureza da falta. Por isso, insistem que “[...] o respeito à dignidade humana e o constrangimento moral que acarretaria, para o empregado, a determinação do juiz para voltar ao emprego são critérios morais que justificariam a deliberação judicial”⁽³³⁾.

2.2.2. Estabilidade provisória ou imprópria: despedida e efeitos

Como visto com Plá Rodriguez⁽³⁴⁾, a *estabilidade imprópria* é assim chamada quando a violação do direito a conservar o emprego não “[...] garante a subsistência del contrato, admitiendo la eficacia del acto rescisório”.

Segundo Martinez, é verdade que a *estabilidade própria* — que ele denomina de *estabilidade legal definitiva* — vem perdendo força para outros mecanismos de garantia de emprego, entre os quais as *garantias de emprego em sentido estrito*, como as chamadas *indenizações estimulantes* e as *estabilidades provisória*

(32) *Ibidem*, p. 390.

(33) *Idem*.

(34) Ob. cit., p. 183-184.

ou legal provisória, sendo estas nomeadas por Plá Rodriguez como *estabilidade imprópria*.

Entende-se por estabilidade legal provisória a vedação temporária ao direito patronal de resilir, justificada por específicos e transitórios fatos geradores. Ao contrário do que ocorre com a estabilidade definitiva, a provisória vale apenas por tempo determinado e está adstrita a um acontecimento, previsto em lei.⁽³⁵⁾

Martinez cita como exemplos de *estabilidade legal provisória* a do dirigente sindical⁽³⁶⁾, do cipeiro⁽³⁷⁾, da gestante⁽³⁸⁾, do egresso de

auxílio-doença acidentário⁽³⁹⁾, do diretor de cooperativa de empregados⁽⁴⁰⁾, do membro trabalhador do Conselho Nacional de Previdência Social⁽⁴¹⁾, do representante dos empregados em Comissões de Conciliação Prévia⁽⁴²⁾, do representante dos empregados no Conselho Curador do FGTS⁽⁴³⁾, do servidor público no período pré-eleitoral⁽⁴⁴⁾, do empregado reabilitado e deficiente habilitado⁽⁴⁵⁾ e, finalmente, do menor aprendiz.

De fato, diz a OJ-SDI-1 n. 399 do E. TST que o ajuizamento de ação trabalhista depois de decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito

(35) MARTINEZ, 2011. p. 566.

(36) Prevista no inciso VIII, do art. 8º, da CF/88 c/c a Súmula n. 369 do TST: I – É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho. II – O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes. III – O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente. IV – Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade. V – O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso-prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

(37) Prevista na letra “a”, inciso II, do art. 10, do ADCT da CF/88 c/c a Súmula n. 339 do TST: I – O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, “a”, do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. (ex-Súmula n. 339 – Res. 39/1994, DJ 22.12.1994 – e ex-OJ n. 25 da SBDI-1 – inserida em 29.03.1996). II – A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estável. (ex-OJ n. 329 da SBDI-1 – DJ 9.12.2003.)

(38) Prevista na letra “c”, inciso II, do art. 10, do ADCT da CF/88 c/c Súmula n. 244 do TST: I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o

direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT). II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

(39) Prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91 c/c a Súmula n. 378 do TST: I – É constitucional o art. 118 da Lei n. 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ n. 105 da SBDI-1 – inserida em 1º.10.1997); II – São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte – ex-OJ n. 230 da SBDI-1 – inserida em 20.6.2001); III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91.

(40) Prevista no art. 55 da Lei 5.764/71 c/c OJ n. 253 SDI1 TST: O art. 55 da Lei n. 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes.

(41) Criada pelo § 7º, do art. 3º, da Lei n. 8.213/91.

(42) Prevista no § 1º, do art. 625-B, da CLT.

(43) Prevista no § 9º, do art. 3º, da Lei n. 8.036/90.

(44) Previsto no inciso V, do art. 73, da Lei n. 9.504/97 c/c a OJ n. 51 da SDI-1 do TST.

(45) Previsto no § 1º, do art. 93, da Lei n. 8.213/91.

de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, *sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário*. Seguindo esta racionalidade sumular, assim vêm decidindo a Corte Superior e o Tribunal Regional da Quinta Região, respectivamente:

A jurisprudência desta Corte se inclina no sentido de reconhecer que a reintegração não é devida quando já exaurido o período de estabilidade, entendimento este que não só se vislumbra na Súmula n. 244, II, do TST, que foi mencionada pela Reclamada, como também está consignado na Súmula n. 396, I, que estabelece o entendimento de que:

Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. Assim, sendo considerando que já se exauriu o período de estabilidade reconhecido nos autos, dá-se provimento ao Recurso de Revista para que a determinação de reintegração ao emprego seja convertida no pagamento da indenização correspondente. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.⁽⁴⁶⁾

Releva destacar, por oportuno, a existência de entendimento sumulado do c. TST acerca da possibilidade de conversão da reintegração em indenização, assim como a ausência de garantia da reintegração do empregado quando já estiver exaurido o período de estabilidade provisória: “SUM – 396 [...] Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex OJ n. 116 da SBDI-1 — inserida em 1º.10.1997.)⁽⁴⁷⁾

(46) TST, RR 47700-25.2009.5.01.0059 (TST). Data de publicação: 22.11.2013.

(47) Processo 0094800-59.2007.5.05.0018, RO, Ac. n. 136100/2013, 1ª Turma, DJ 2.4.2013.

É devido o pagamento da indenização referente ao período da estabilidade prevista na alínea “b” do inciso II do art. 10 do ADCT da Constituição Federal, ainda quando se constata que a autora, tenha deixado transcorrer todo o período estabilitário, contado da data de sua despedida, para ajuizar a ação. Aplicação da OJ n. 399 da SDI I do c. TST, *in verbis*: “O ajuizamento de ação trabalhista depois de decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário”. Recurso a que se nega provimento.⁽⁴⁸⁾

Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ n. 116 da SBDI-1 – inserida em 1º.10.1997) II – Não há nulidade por julgamento “*extra petita*” da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT. (ex-OJ n. 106 da SBDI-1 – inserida em 20.11.1997.)⁽⁴⁹⁾

O ajuizamento de ação trabalhista, depois de decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.” (exegese da Orientação Jurisprudencial n. 399, da SDI-I do C. TST.)⁽⁵⁰⁾

Considerando que o período estabilitário do laborista já se encontra ultrapassado, converto o pleito de reintegração em pagamento dos salários e demais vantagens até *dies ad quem* da garantia de emprego, para efeito de rescisão contratual, com as

(48) Processo 0000101-25.2010.5.05.0001, RO, Ac. n. 046004/2011, 2ª Turma, DJ 8.2.2011.

(49) Processo 0111600-24.2009.5.05.0009, RO, Ac. n. 184259/2014, 3ª Turma, DJ 21.2.2014.

(50) Processo 0031800-59.2009.5.05.0004, RO, Ac. n. 147649/2013, 4ª Turma, DJ 23.5.2013.

respectivas anotações na CTPS da obreira, e diferenças rescisórias decorrentes.⁽⁵¹⁾

Seguindo a uniformidade jurisprudencial, também assim tem trilhado o articulista que vos escreve, consoante se vê da seguinte decisão⁽⁵²⁾:

Não há controvérsia quanto à data de extinção do vínculo empregatício: 8.10.2012, data em que a Reclamante alega que se encontrava grávida. O documento de fl.12 atesta a gravidez de 11 (onze semanas) antes da data da rescisão contratual. Não houve impugnação patronal. Sem embargo, em audiência, colocou o emprego à disposição da Reclamante, que não o aceitou sob o argumento de incompatibilidade. A situação fática se subsume [...] ao entendimento cristalizado na figura II da aludida Súmula. Por conseguinte, condena-se a Reclamada ao pagamento correspondente ao período estável, aviso-prévio (nos termos das letras “h” e “o”), saldo de salário do mês da despedida, natalinas proporcionais, férias proporcionais + 1/3, FGTS + 40%, multa do art. 477 da CLT, indenização de cinco quotas salariais do seguro-desemprego (art. 186 e seguintes do CC c/c o art. 8º, CLT).

Dessas formulações estribadas na jurisprudência, é possível inferir que o procedimento extraordinário da conversão da reintegração em indenização substitutiva tem estranhamente se revelado ordinário. Plá Rodriguez já demonstrara preocupação com essa realidade mediante o seguinte pensamento: “Se há discutido si estas medidas conforman un verdadero régimen de estabilidad [...]”, pois, no seu sentir “Aquí estamos ante un problema de magnitudes” — muito embora “Deveali considera que no lo constituyen [...]”.

Revela-se mesmo curioso o fenômeno da *estabilidade imprópria provisória* em detrimento da *definitiva própria*, na medida em que parece que os operadores do Direito

Laboral perderam de vista que o instituto da estabilidade se funda, inegavelmente, no *princípio da continuidade da relação de emprego*, que, somados aos do “*in dubio pro operario*”, *norma mais favorável, condição mais benéfica, irrenunciabilidade de direitos, igualdade de tratamento, razoabilidade* e ao da *primazia da realidade*, constitui propriedade e um dos corolários mais significativos e estruturantes do Direito do Trabalho.

2.3. O princípio da continuidade

Maurício Godinho Delgado informa que o *princípio da continuidade* é do interesse do Direito do Trabalho na “[...] permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmicas empresariais”⁽⁵³⁾. Para bem compreendê-lo, Américo Plá Rodriguez aconselha que se deve partir do pressuposto de que o contrato de emprego é um *liame de trato sucessivo*, “[...] o sea, que la relación laboral no se agota mediante realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga”. Atento ao conselho rodrigueziano, Pinho Pedreira⁽⁵⁴⁾ considera que:

O princípio da continuidade é uma consequência, antes de tudo, de ser o de trabalho um contrato de trato sucessivo ou de duração, ou seja, em que o cumprimento da obrigação de fazer consistente na prestação de serviços dele originada se prolonga no tempo, ao inverso do que ocorre com os contratos instantâneos como a compra e venda em que a satisfação das prestações pode realizar-se em um só momento.

Segue-se, daí, que o *princípio da continuidade* tem por fim atribuir ao liame empregatício a

(51) Processo 0098900-55.2005.5.05.0009, RO, Ac. n. 029356/2008, 5ª Turma, DJ 25.11.2008.

(52) Processo 0001817-08.2012.5.05.0134, DJ dia 27.1.2014. Disponível em: <www.trt5.jus.br> Acesso em: 5 abr. 2014.

(53) 2004, p. 148.

(54) *Ibidem*, p. 98. No instante em que nosso Pinho Pedreira era citado no enriquecimento deste texto ainda se fazia materialmente presente entre nós. Aproveita-se o ensejo para externar nossa saudade e agradecimentos póstumos pela grande contribuição à cultura juslaboralista brasileira.

mais ampla duração possível. E essa possibilidade, anota Pinho Pedreira⁽⁵⁵⁾, “[...] perdura até que sobrevenham circunstâncias previstas pelas partes ou em lei como idôneas para fazê-lo cessar”. Anota o saudoso jurista que esse princípio é corolário do fato de o contrato do trabalho ser de trato sucessivo ou de duração, cujo cumprimento da obrigação de o empregado prestar serviços se prolonga no tempo — como sói ocorrer com os contratos por tempo indeterminado⁽⁵⁶⁾.

Toda a doutrina está de acordo quanto à grande importância da continuidade, seja do ponto de vista jurídico ou econômico-social. Ela é benéfica para ambos os sujeitos da relação empregatícia: para o trabalhador porque lhe proporciona segurança econômica, pois como sabe que o contrato, e, com ele, a consequente percepção de salário, durará, pode gozar de alguma tranquilidade quanto ao sustento seu e de sua família, assim como a permanência no ambiente de trabalho e no convívio com os seus colegas; ao empregador porque lhe possibilita dispor de mão de obra experimentada, evitando-lhe trabalho e despesas com recrutamento de novos empregados [...].⁽⁵⁷⁾

Em a *Principiologia do direito do trabalho*, Pinho Pedreira⁽⁵⁸⁾ enumera outras consequências do *princípio da continuidade*, a saber: o da presunção, em caso de dúvida, de continuação no emprego; a preferência pelos contratos de trabalho de duração indeterminada; a nulidade parcial do contrato de trabalho; a manutenção dos contratos de trabalho com o novo titular quando haja sucessão de empresas; a manutenção do vínculo, nos casos de concordata ou falência; somente nos casos graves de inadimplemento do empregado se autoriza a resolução do contrato, sendo as faltas menores punidas com sanções disciplinares.

Delgado⁽⁵⁹⁾ ajunta à pléiade de consequências expostas por Pinho Pedreira o posicionamento de três correntes de repercussões favoráveis ao empregado envolvido com a permanência da relação de emprego, a saber: (1) a *tendencial elevação dos direitos trabalhistas* mediante legislação, negociação coletiva, promoções verticais; (2) *investimento patronal* na educação e profissionalização do empregado; (3) além da *afirmação social do indivíduo* favorecido pelo longo contrato.

Seguindo Plá Rodriguez, Pinho Pedreira⁽⁶⁰⁾ lembra que o *princípio da continuidade* funciona unilateralmente, isto é, apenas em favor do trabalhador, pois que, para Vasquez Vialard, registra, a “[...] finalidade do princípio é estabelecer a vocação à continuação no tempo do contrato do trabalho a favor do empregado”. Nesse sentido, somente o empregado se encontra habilitado para se escudar no princípio da continuidade e arguir a nulidade cabível.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Pinho Pedreira, o *princípio da continuidade* é também conhecido por *princípio de conservação da relação*⁽⁶¹⁾ ou *princípio da permanência* ou *princípio da estabilidade*. Conforme acentua, essas denominações são veementemente rechaçadas por Plá Rodriguez, sob o argumento de que o vocábulo *permanência* passa uma ideia de perenidade; e a *estabilidade*, por constituir um instituto já perfeitamente delineado no Direito do Trabalho, afasta a possibilidade de confusão com o *princípio da continuidade*.

Plá Rodriguez⁽⁶²⁾ patrocina a causa de que a expressão *continuidade* tem uma conotação sumamente apropriada, já que alude ao que *dura*, se *prolonga*, *continua*; enfim, *que se mantém no tempo*. Para o professor uruguaio, essa é a ideia central que se quer evocar com este princípio.

(55) 1999, p. 144.

(56) *Idem*.

(57) *Ibidem*, p. 146.

(58) SILVA, 1999, p. 148.

(59) 2004, p. 148-149.

(60) *Ibidem*, p. 159.

(61) SILVA, 1999, p. 147.

(62) *Apud*: Pinho Pedreira, ob. cit., p. 148).

Não obstante, Pinho Pedreira prefere a rotulação princípio da *continuidade*, por entender⁽⁶³⁾ que a *estabilidade* consiste na subtração ao empregador do direito de despedir o empregado, enquanto que a *continuidade* “[...] não significa que o contrato de trabalho não possa ser dissolvido, procura apenas mantê-lo”. Nessa medida⁽⁶⁴⁾, a *estabilidade* seria uma maneira de se obter o prolongamento da relação de emprego, constituindo, portanto, mero corolário do princípio da *continuidade*. E isso é importante tomar nota para uma melhor compreensão lógica da tese aqui defendida.

Sendo essa a racionalidade mais consentânea com o caráter protecionista do Direito do Trabalho, cumpre então indagar: a fundamentação legal e jurisprudencial justificadora da conversão da estabilidade (*lato sensu*) em indenização substitutiva seria mesmo capaz de subsistir sem afetar, precarizar, ou decretar a morte do princípio da continuidade? Eis um espectro que ronda⁽⁶⁵⁾ o princípio da continuidade: *o espectro do niilismo*.

2.4. O espectro do niilismo

Etimologicamente, o termo *niilismo* resulta da contração do prefixo latino *nihil* com o sufixo grego *ismós*. O *niilismo* é caracterizado pelo *aniquilamento* ou *destruição total dos valores*, reduzindo-os ao “nada” (*nihil*), que, segundo Houaiss⁽⁶⁶⁾, é um advérbio de negação que significa “a negação da existência” ou “a não existência” ou “o que não existe; enfim, “o vazio”.

Para Simon Blackburn, o *niilismo* traduz uma “[...] teoria que promove o estado em que não se acredita em nada, ou de não se ter comprometerimentos ou objetivos”. Para esse professor de filosofia da Universidade da Carolina do Norte, o verbete *niilismo* tem sido incorretamente usado, quando quer significá-lo

para caracterizar “[...] todas as pessoas que não partilham uma fé específica ou um conjunto determinado de valores absolutos”⁽⁶⁷⁾.

Sem embargo, a história da filosofia ocidental tem revelado duas concepções sobre o significado do termo “*nada*”⁽⁶⁸⁾. De acordo com a primeira, significaria o “*não ser*”, isto é, o “*que não existe*”; e com a segunda, como *alteridade* ou *negação*. Os fundamentos dessas duas concepções estão em Parmênides de Eleia⁽⁶⁹⁾ e Platão⁽⁷⁰⁾, respectivamente.

Para o *pré-socrático*, “*o nada não é*”, “*não existe*”; “*não pode ser conhecido nem expressado*”, uma vez que as proposições negativas estarão em consonância com o *princípio da não contradição*, constituindo mesmo o imperativo lógico a ser observado: “*uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo.*”⁽⁷¹⁾ Logo, “*o que é, é*”, não podendo deixar de sê-lo.

Contudo, o fundador da Academia de Atenas pensa diferente. Para ele, é possível o “*ser*” do “*não ser*”, ou seja, que o “*nada*” exista. Portanto, para Platão, trata-se do fenômeno da *negação* ou da *alteridade*, onde, de fato, o “*nada pode ser*”; enfim, “*pode existir*”.

Resulta que há um ser do não ser, tanto para o movimento, quanto par todos os gêneros, já que em todos os gêneros a alteridade, que torna cada um deles outro, transforma o ser de cada um em um não ser, de modo que diremos corretamente que todas as coisas não são e ao mesmo tempo são e participam do ser (*ibidem*, 256 d).⁽⁷²⁾

Nessa linha platônica, o “*nada*” não seria absoluto, mas relativo, já que teria existência. A justificativa residiria no seguinte argumento: quando se fala em “*nada*” (mesmo que seja para afirmar que é “*nada*”), o “*nada*” é algo

(63) *Idem*.

(64) *Idem*. Aqui Pinho Pedreira recepciona a lição de Alfredo Ruprecht.

(65) Locução tomada de empréstimo do *Manifesto do Partido Comunista* de Marx e Engels. 2006, p. 83.

(66) 2001, p. 1991.

(67) 1997, p. 267.

(68) ABBAGNANO, 2003, p. 695.

(69) + ou – 540 – 470, a. C.

(70) 427-347, a. C.

(71) FILHO, 2004, p. 25.

(72) Platão, *apud*: ABBAGNANO, 2003, p. 695.

que se fala e do que se fala, ou seja, um objeto como qualquer outro.

Nesse sentido, o velho Frederico de Tours (séc. IX) tinha razão ao afirmar que o nada é alguma coisa, porque “se alguém disser que lhe parece não ser nada, essa mesma negação levá-lo-á a reconhecer que o nada é alguma coisa, uma vez que dizer ‘Parece-me que o nada é nada’ equivale a dizer ‘Parece-me que é alguma coisa.’”⁽⁷³⁾

Contemporaneamente, parece que a concepção platônica sobre o “*nada*” perdeu força. Para os propósitos deste artigo (sobretudo no esclarecimento do verbete “nihilismo”), torna-se relevante trazer à luz a intencionalidade de Simon Blackburn sobre a palavra “*nada*”, para quem significaria:

A não existência de todas as coisas; um conceito que pode ser assustador, fascinante ou simplesmente rejeitado como produto da confusão lógica que consiste em tratar o termo “*nada*” como uma expressão referencial e não como um quantificador. Essa confusão leva os ingênuos a pensar que uma frase como “*nada* está à nossa volta” se refere a um tipo de coisa que está à nossa volta, quando na verdade ela nega apenas que o predicado “*está à nossa volta*” tenha aplicação.⁽⁷⁴⁾

2.4.1. O nihilismo judicial sob a perspectiva tradicional

Sem embargo da controvérsia filosófica esposada, cumpre dizer que, partindo-se do pressuposto de que o verbete *nada* significa *negação* e que *negação* é a exclusão de uma possibilidade determinada, parece então oportuno dizer que a conversão da estabilidade em indenização substitutiva transformaria a garantia no emprego em “*nada*”; fenômeno que seria inexoravelmente levado a efeito, seja por não se acreditar em sua existência, seja por não se ter com ela compromentimentos ou objetivos reais.

(73) ABBAGANANO, 2003, p. 697.

(74) BLACKBURN, 1997, p. 260.

Nesse marco analógico, *negar* ou *não acreditar na existência* da estabilidade ou garantia no emprego seria o mesmo que *nadificá-la*, isto é, que tê-la como inexistente. Eis o fenômeno da *nihilização*; eis o *nihilismo* ou *espectro nihilista* que tem rondado o princípio da continuidade.

Sucedem que *nihilizar* ou *nadificar* simplesmente o princípio da continuidade seria simplesmente olvidar o caráter da unicidade que encerra o instituto da estabilidade. De feito, seja a estabilidade definitiva, ou provisória, ela não perde a natureza ou essência, isto é, não deixa de ser estabilidade. Ontologicamente, a estabilidade “*é*”.

Sob as lentes da razão lógica, a estabilidade ou “*existe*” ou “*não existe*” ou “*é*”, ou “*não é*”, de tal modo que *não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo* (como ao modo do *parasi* sartriano, consubstanciada nas seguintes proposições disjuntivas: *o que é o que não é; e o que não é o que é*).

Ora, na linguagem parmenidesiana, raciocinar de outro modo seria o mesmo que contrariar o princípio da “*não contradição*”, porque antes de ser “*definitiva*” ou “*provisória*”, “*própria*” ou “*imprópria*”, a estabilidade “*é*” e, como tal, não pode deixar de ser ou de existir essencialmente. É dizer: o acidente (a chamada estabilidade “*provisória*” ou “*imprópria*”) não afasta a essência “*estabilidade*”. Conquanto se diga de vários modos, ela sempre guardará a natureza, a essência ou a substância que lhe é própria, necessária e universal.

No entanto, o que provoca espanto é saber que o processo de *nihilização* por que passa o princípio da continuidade teve sua origem no Poder Legislativo, que, ao editar a CLT⁽⁷⁵⁾, de logo prescrevera a possibilidade da conversão da estabilidade em indenização, quando a reintegração do empregado estável se revelasse desaconselhável em razão do grau de

(75) Art. 496, do Decreto-lei n. 5.452, de 10 de maio de 1943 — DOU: 9.8.1943.

incompatibilidade resultante do dissídio entre empregado e empregador⁽⁷⁶⁾.

O segundo passo da nadificação do princípio da continuidade pela via legislativa se operou com o advento da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, ao criar a sistemática alternativa do FGTS em detrimento da estabilidade decenal e, consequentemente, do princípio da continuidade, conforme explicado alhures com Luciano Martinez.

As Cartas Constitucionais do recente período autoritário brasileiro (Constituições de 1967 e 1969/EC) enunciavam esse princípio basilar justrabalista (A Emenda Constitucional de 1966, por exemplo, estatuiu ser direito dos trabalhadores “a integração na vida e no desenvolvimento da empresa...” – Art. 165, V, *ab initio*, CF/69). Contudo, essas mesmas Cartas legitimaram a inviabilização prática do princípio, ao incorporarem a noção de ruptura contratual trabalhista como direito empresarial potestativo, através do instituto do FGTS, ORIUNDO DA LEI N. 5.107, de setembro de 1966 (o diploma constitucional de 1969 referia-se, por exemplo, à “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente” – art. 165, XIII, CF/69.⁽⁷⁷⁾

O terceiro — e mais largo e vigoroso — passo niilista teve sua manifestação com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988⁽⁷⁸⁾, onde o Legislador Constituinte, ao garantir a todos os empregados urbanos e rurais o regime do FGTS⁽⁷⁹⁾, o fez impondo estrita observância de um regime que antes era apenas opcional — sepultando, definitivamente, a estabilidade decenal.

Se o fenômeno exógeno e invasivo da nadificação impulsionada pelo Legislativo fora

capaz de constituir incômoda ofensa a uma das *vigas mestras* do Direito do Trabalho logo no seu nascimento, qual não seria o espanto dos mentores dessa arte jurídica protecionista, acaso imaginassem ou vislumbrassem que o *niilismo* pudesse ser evocado, advogado e incondicionalmente praticado pelo Poder Judiciário, sobretudo pela magistratura trabalhista. Por mais paradoxal que pareça é exatamente o que vem ocorrendo desde o crepúsculo da *estabilidade própria (definitiva ou decenal)*.

De fato, hodiernamente, a prática da transmutação da reintegração em indenização vem se revelando consuetudinária nos pretórios trabalhistas. E isso independentemente de haver ou não “incompatibilidade resultante do dissídio” entre os atores do liame empregatício. Entretanto, o que causa estranheza nessa transmutação é saber que o *niilismo* impulsionado pelo Juiz do Trabalho parece operar automaticamente, olvidando, muitas vezes, de um ato jurídico que, necessariamente, precede à declaração de reintegração, ou — vá lá! — de indenização substitutiva, a saber: *a declaração de nulidade da rescisão*.

Fato é que a inobservância desse pressuposto jurídico tem provocado uma falácia formal nos julgadores, isto é, um erro de raciocínio ou de perspectiva judicial na arte de lidar com reclamatórias trabalhistas que envolvem a problemática da reintegração e/ou indenização substitutiva daqueles obreiros afetados positivamente por alguma espécie de garantia no emprego.

A análise fenomenológica dessa problemática em muito contribuirá para percepção de uma das facetas do fenômeno da nadificação por que vem passando o princípio da continuidade.

2.4.1.1. *A rescisão agitada pelo empregador e a declaração judicial de nulidade*

Clóvis Bevilacqua⁽⁸⁰⁾ ensina que “[...] *a nulidade é a declaração legal de que determinados*

(76) No processo no trabalho, passam a ser conhecidos como Reclamante e Reclamado, respectivamente.

(77) DELGADO, 1994, p. 142.

(78) Incisos I III, do art. 7º, da CF/88.

(79) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: III – fundo de garantia do tempo de serviço; ...

(80) *Apud* SAAD, 2013, p. 96.

atos se não prendem os efeitos jurídicos [...]”. Disso resulta que, uma vez declarado nulo o ato resilitório do empregado estável, a decisão judicial deve ter levado em conta a indistigável maquinação patronal de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho. De fato, como deseja Bevilacqua, “[...] é nulo o negócio jurídico quando [...] tiver por objetivo fraudar lei imperativa [...]” ou quando “[...] a lei taxativamente o declarar nulo [...]”⁽⁸¹⁾. Dir-se-ia: “nulo de pleno direito”⁽⁸²⁾.

Percebido o caráter impeditivo dos efeitos da despedida, em razão da garantia no emprego consubstanciado no princípio da continuidade, injunge-se imperativamente a declaração judicial mantenedora da relação empregatícia. Nesse particular, interessante se revela a doutrina de Plá Rodríguez⁽⁸³⁾ acerca da estabilidade absoluta aplicada ao âmbito público, que, mudando o que deve ser mudado, tem plena pertinência no âmbito privado, mormente quando o trabalhador é empregado público ou goza da estabilidade decenal:

Estabilidad absoluta. — Se caracteriza por assegurar la reincorporación efetiva del trabajador sin que el empleador pueda negar ese reingreso. El orden jurídico debe prever la forma de compelerlo a cumplir la obligación que le há sido impuesta. Esto se aplica naturalmente en el ámbito público, donde, como disse de la Fuente, no se concibe outro grado de protección. *El acto administrativo que en forma arbitraria dispone concluir la relación es un acto ilegítimo y, por tanto, nulo.* Al no producir ningún efecto, debe restablecerse la situación anterior, apareciendo la reincorporación efectiva como su consecuencia necesaria e ineludible: restitución en espécie. *Consecuencia inevitable de la anulación del acto ilegítimo es la continuidad del vínculo contractual y la reincor-*

(81) Art. 166 do CC de 2002.

(82) Art. 9º, da CLT.

(83) 1990, p. 175-176.

poración del agente, a quien debe restituírse el ejercicio pleno de sus funciones. No existe otra alternativa ante el acto administrativo arbitrario, dado que estamos frente a actos irregulares del Poder Administrador; si no fuera así, se daría el absurdo de que el Estado, indemnizando al cesante, podría sanear “la irregularidad de un acto viciado em lugar de revocarlo o anularlo. (grifo nosso)

Plá Rodríguez argumenta que “*Lo definitorio de este tipo de estabilidad es que se considera nulo el acto del despido, o sea, que se tiene por no hecho [...]*”. Realmente, “nulo é o ato empresarial de dispensa sem justa causa do empregado amparado com a estabilidade sindical, aplicando-se o remédio jurídico da reintegração do trabalhador ao emprego, incidindo a tutela do art. 495 da CLT”⁽⁸⁴⁾. E mais: “[...] pudiendo el trabajador seguir considerándose empleado de la empresa y, desde luego, con derecho a percibir el salario”.

Efetivamente, é abusiva e ilegal a despedida injusta do empregado portador de estabilidade sindical, sendo correta a sentença que, declarando a nulidade da dispensa, determina a reintegração no emprego⁽⁸⁵⁾. Portanto: “Declarado nulo o ato resilitório por força do qual o empregado estável foi afastado da empresa, impõe-se a reintegração do empregado com a compensação da importância recebida pelo empregado, a fim de que sejam as partes restituídas à situação anterior.”⁽⁸⁶⁾

Relevante destacar que a absurdidade da inobservância do instituto da nulidade avulta na medida em que se tenta dar eficácia jurídica a um direito potestativo patronal que se encontra em estado letárgico, por assim dizer, em coma temporário, a saber: *o exercício resilitório.*

(84) Acórdão 2ª Turma n. 4.043/05. Publicado no DO TRT5 em 22.3.2005. Processo n. 01023-2002-193-05-00-7 RO. (Ementário 2005. TRT5 Região – Salvador-BA – Jur. Caixa – 01. G, p. 59.)

(85) Processo 0000811-67.2010.5.05.0511, RO, Ac. n. 186438/2014, DJ 17.3.2014, TRT5.

(86) SOUZA, p. 432. In: Ac. 2099/77, de 18.10.1977. (DO 24.11.77). Rel. Juiz Hylo Gurgel. (RO 972/77) TRT5.

2.4.1.2. A nulidade da despedida e o fenômeno da suspensão do direito potestativo resilitório do empregador

Enquanto perdurar a garantia do trabalhador no emprego — e aí o tempo da duração se revela irrelevante —, o *direito potestativo resilitório do empregador se encontra suspenso, não podendo, por isso mesmo, ser exercitado.*

Suspenso o direito de resilir, a extinção do contrato somente poderá ser agitada nos casos previstos em lei, como naquele em que se verifique que o trabalhador deu motivo à procedência de acusação de prática ensejadora à aplicação de justa causa⁽⁸⁷⁾, situação hipotética que (mesmo que venha a se tornar real) ato extintivo aí deflagrado há de ser necessariamente corroborado pelo Juiz, depois, é claro, da estrita observância do devido processo legal, de tal modo que já não se falará mais em “*resilição*”, mas, sim, “*resolução*”, por constituir ato privativo do Juiz.

Enquanto subsistir a estabilidade ou garantia no emprego, o empregador não poderá ser o motor propulsor da extinção do liame. Frise-se que o empregador “[...] *no es el juez del despido*”⁽⁸⁸⁾, quando a coisa litigiosa envolver empregado portador de estabilidade e/ou garantia no emprego. Daí a insustentabilidade categórica do texto da Súmula n. 396, I, do TST, ao preconizar que: *exaurido o período de estabilidade, somente são devidos ao empregado os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do da estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego.*

Esse modo de solução jurídica não pode ser benquisto pelo Direito do Trabalho, na medida em que nutre o fluxo nihilizante ou nadificante do princípio da continuidade. E mais: o problema dessa uniformidade sumular reside no absurdo de se fazer crer que o ato nulo é capaz de produzir efeito, como se ato anulável fosse.

(87) MARTINEZ, 2011, p. 563.

(88) PLÁ RODRIGUEZ, 1990, p. 177.

A absurdidade avulta exatamente em não se levar em conta que apenas os autores envolvidos da relação empregatícia podem alegar e dispor dos respectivos efeitos da anulabilidade de um ato ilícito. É o caso, por exemplo, do empregado estável que tem o contrato rescindido e, não obstante, dentro do prazo prescricional, não vai ao Estado-Juiz pleitear competente reintegração, convalidando-se, pela inércia, o ato resilitório.

Entrementes, se o empregado, afastado e inconformado, vai à Justiça do Trabalho pleitear a declaração de nulidade da resilição com consequente declaração de manutenção do emprego, a sentença, intuindo tratar-se de empregado estável, e reconhecendo não haver incompatibilidade, deve declarar a nulidade e, em consequência, deferir a pretensão perseguida, independentemente de o tempo tarifado encontrar-se exaurido, ou não.

Logo, havendo condição de possibilidade para reintegração do empregado estável, a nulidade é o imperativo incondicionado a ser observado pelo Julgador, já que, nesses casos, o ato judicial declaratório da nulidade resilitória não é facultativo, mas, antes e acima de tudo, vinculado. Ignorar a nulidade, ou tomá-la como inexistente, é advogar a falsa possibilidade jurídica de se poder endossar a permuta da estabilidade pela indenização substitutiva; é negar o caráter ontológico e teleológico entranhado no princípio da continuidade.

O angustiante é que o indiferentismo ou niilismo encetado ao instituto da nulidade tem sido justificado e avalizado pelas locuções “estabilidade provisória” ou “garantia no emprego”. A violência dessa concepção niilista radica na prática de se valer da suspensão da crítica sobre a existência do instituto da nulidade da despedida para, infelizmente, legitimar uma volição patronal que não poderia ser exercitada enquanto persistisse a estabilidade do empregado no emprego.

Efetivamente, salvo a hipótese de *resolução*, conformemente estudado alhures, *não pode o*

Juiz do Trabalho hipostasiar-se em empregador e, no veio da transmutação da reintegração em indenização substitutiva, promover a extinção do contrato, como se o entrave da nulidade não constituísse óbice jurídico.

Ora, como bem advertem Orlando Gomes e Elson Gottschalk: “[...] o juiz não é parte na relação de emprego”⁽⁸⁹⁾e, portanto, não pode se arrogar no direito de despedir o empregado não mais amalgamado ao emprego pela estabilidade.

E mais: ainda que a sentença reintegratória venha a ser publicada quando já decorrido o período estável, ao juiz não será dado o pretense direito de resilição. A ele caberá tão somente (1) declarar a nulidade da despedida, (2) a manutenção do vínculo de emprego e, por conseqüente lógico, (3) condenar o empregador ao pagamento dos salários vencidos e vincendos, entre outras vantagens contratuais individuais ou coletivas emergentes do período de afastamento.

Nesse contexto, parece revelar-se destituída de fundamento legal, doutrinário e jurisprudencial a subsistência da ideia de que “*Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade [...]*”. Com a declaração de nulidade do ato resiliatório, pouco importa se o período estável se exauriu ou não para fins de declaração de manutenção do emprego e expedição de competente mandado reintegratório.

2.4.1.3. Détournement de pouvoir

São realmente equívocas as locuções “*exaurido o período de estabilidade*” e/ou “*quando já decorrido o período estável*”. Admiti-las (do ponto de vista da lógica jurídica) seria o mesmo que evocar um pseudodireito judicial de dissolver a relação empregatícia. Ora, declarada a nulidade da despedida, outra declaração subjaz tacitamente: a de que, no momento

da denúncia contratual, o empregador não estava em condições jurídicas de fazê-lo, senão somente depois de exaurido o período estável, porque, conforme observa Plá Rodríguez⁽⁹⁰⁾, a não resolução contratual pelo juiz “[...] hace renacer el vínculo en forma natural”.

Portanto, “exaurido o período de estabilidade”, o vínculo empregatício não se dissolve automaticamente, mas, ao contrário, permanece vivo e eficaz. Em casos que tais, para levá-lo ao desenlace, necessário que o empregador — e tão somente ele — emita nova manifestação volitiva declaratória receptícia resiliatória, porque, nessas condições, o empregado já não mais se encontra blindado pela estabilidade ou garantia no emprego.

Não cabe ao Estado-Juiz exercitar um direito que não lhe pertence. O direito potestativo de resilição do contrato de trabalho é tão somente do empregado (demissão; despedida indireta) e do empregador (despedida), de tal modo que lhe é vedado arrogar-se no direito de fazê-lo. O dever (e não o direito) do Juiz do Trabalho é meramente declaratório acerca da validade, ou não, da despedida. A propósito, seguindo Horacio D. J. Ferro, Plá Rodríguez⁽⁹¹⁾ defende que:

Al borrar los efectos de la cesantía, queda nulo el despido y la relación contractual laborativa continua produciendo seus efectos normales. El pronunciamiento no crea un derecho nuevo, se limita a anular el acto que dispuso la cesantía, retrotrayendo el estado de las cosas a la situación en que se hallaba con anterioridad a la fecha en que la medida se adoptó.

Nesse viés, a manutenção do emprego se impõe já não mais pelo fato do instituto da garantia ou estabilidade no emprego — porque exaurida em toda sua extensão (exceto se for renovada com a reeleição, por exemplo, para ocupação de cargo sindical ou cipista) —, e

(89) 2002, p. 384.

(90) *Ibidem*, p. 179.

(91) *Ibidem*, p. 178-179.

sim porque, findada, o contrato de emprego (re)toma seu curso normal.

Saliente-se que o princípio da continuidade está sempre em *ato*, ou seja, no presente das coisas presentes, impondo-se ao Juiz e ao empregador sua observância num “antes”, num “durante” e num “depois” do exaurimento do lapso estável.

Na esteira dessa perenidade empregatícia fomentada pelo princípio da continuidade, um paradoxo exsurge: o fim implica o começo, isto é, o fim da estabilidade ou garantia no emprego implica o (*re*)nascimento de um direito resilitório patronal que se encontrava inexecutável. Nesse campo lógico, pode-se afirmar que, com a finitude da estabilidade, o direito resilitório que se encontrava em potência (irresoluto) passa a ter um novo começo, podendo, por conseguinte, ser atualizado a qualquer momento em que a continuidade do vínculo com o empregado que detinha a garantia empregatícia se lhe apresentar desinteressante.

A percepção do imperativo segundo o qual as condições de possibilidade resilitória renascidas com o fim da estabilidade obreira não podem passar da pessoa (física ou jurídica) do empregador é crucial para compreensão dos limites legais e deontológico a que se encontra amalgamado o Juiz (doutrinária e jurisprudencialmente) acerca da manutenção, ou não, do liame empregatício.

Todavia, se o Juiz avoca tal autoridade, atropelando a autoridade dos membros da relação de emprego, levando-a abusivamente à extinção, sem, contudo, observar as hipóteses legais ou convencionais de cabimento, certamente incorrerá em *détournement de pouvoir*; em outras palavras, em flagrante desvio ou uso arbitrário das finalidades institucionais que lhe foram constitucionalmente outorgadas para cumprimento da equitativa prestação jurisdicional.

Nessa particularidade, Saad doutrina que cessa a eficácia do negócio jurídico nulo quando a nulidade é proclamada pelo Juiz, sendo a

este defeso supri-la — ainda que a pretensão seja da iniciativa dos interessados. O negócio jurídico não pode ser confirmado e não convalida com o decurso do tempo⁽⁹²⁾, pois que o ato nulo não produz efeito jurídico quando objetiva desvirtuar ou fraudar a aplicação das disposições consolidadas. Para Saad⁽⁹³⁾:

Tanto faz que o ato praticado ostente todos os requisitos legais para sua validade ou licitude, se a real intenção do agente é a de conseguir os resultados que o artigo em epigrafe relaciona. O exercício abusivo de um direito pode, sem dúvida alguma, desvirtuar ou impedir a aplicação de uma das disposições consolidadas. Aí, o ato é como se não existisse. A fraude à lei, na maioria das vezes, tem em mira causar prejuízos ao trabalhador.

Dessa forma, somente nos casos de *resolução* do contrato de trabalho é que é dado ao Juiz investir-se no direito de declarar extinto um liame empregatício, onde o trabalhador for portador de garantia no emprego. Fora dessa possibilidade, nenhuma outra há — especialmente a resilitória, pois que de alçada exclusiva do empregado e do empregador.

Some-se a esses argumentos contrários a possibilidade de o ato nulo produzir efeito, o fato de a proteção estável não passar de mera consequência do princípio da continuidade. Sendo assim, é a ele (princípio) que o Juiz, ao declarar ilegítima e nula a resilição engendrada pelo empregador, deve estrita obediência.

Daí a inconveniência da máxima jurisprudencial no sentido de que, depois de exaurido o tempo cronológico da garantia no emprego, o princípio da continuidade desaparece. Ao contrário, resiste e permanece duro como um diamante, que, além de amalgamar a manutenção do vínculo empregatício, cinde o falso empoderamento de o Julgador “despedir” o

(92) Art. 169 do CC/2002.

(93) *Ibidem*, p. 101.

empregado imediatamente divorciado do véu da garantia no emprego.

2.4.1.4. *Objeção econômica: um equívoco exegético*

Ao postulado da reintegração em favor da indenização substitutiva é possível a objeção no sentido de que a indiferença ao obstáculo da nulidade se revele de somenos importância, quando tomado em consideração o mal maior que o empregador sofreria, se tivesse que suportar a obrigatoriedade de pagamento de período estável não contemplado pela norma que instituiu a “estabilidade provisória”. Em reforço desse argumento, poder-se-ia ainda objetar com o argumento de que a condenação do empregador ao pagamento de valores relativos ao período pós-estabilidade proporcionaria manifesto enriquecimento sem causa do empregado. *Entretanto, essas objeções são insubsistentes. Carecem não só de vigor jurídico como econômico.*

A primeira, por residir no falso pressuposto de que a dosimetria do tempo estável determinada pela lei (convenção, acordo e/ou dissídio coletivo...) constitui o único óbice à rescisão. A proposição não se dá conta de que a garantia no emprego não cessa com o advento do termo *ad quem*. Ao contrário, prorroga-se automaticamente, em respeito, portanto, ao princípio da continuidade, que com ela se confunde enquanto parte do todo; enquanto poder que entranha de tal forma na relação de emprego com o condão de fazê-la protrair-se no tempo até que, de fato, o empregador emita manifestação resilitória válida.

A fragilidade do segundo argumento consiste em tentar resolver um problema jurídico pela via econômica, tal como, mudando o que deve ser mudado, fizera Karl Marx⁽⁹⁴⁾, ao tentar solucionar uma questão política (a desigualdade social) por uma base científica

(94) Ver: *Para a crítica da Economia Política e do Capital*. São Paulo: Abril Cultural, 2005 (Os Pensadores).

estritamente econômica — ao contrário de Jean-Jacques Rousseau⁽⁹⁵⁾, que construiu uma utopia estatal legítima a partir de uma razão ideal extremamente política: autonomia da liberdade interna na edição de uma lei fundamental para regência da sociedade.

A argumentação de viés econômico não é boa, mas malsã e antipedagógica, na medida em que estimula o empregador à prática de uma advocacia eminentemente repressiva, como nos casos de inobservância da realização de exame demissional⁽⁹⁶⁾, ou na falta de verificação prévia para saber se o empregado que se encontra na iminência de ser despedido goza de alguma espécie de garantia no emprego.

A prudência exige que se estimule a prática de uma advocacia preventiva benfazeja, evitando-se, do ponto de vista econômico, despesas futuras desnecessárias com processos relacionados à reintegração de empregado estável, por exemplo; e, do ponto de vista jurídico, a

(95) (1712-1778) Conferir: *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção os Pensadores). Como bem destacam Genildo Ferreira da Silva e Israel Alexandria Costa, no artigo “Fundamentos da economia política em J. J. Rousseau” (In: SILVA, Genildo Ferreira da; FELGUEIRAS, Luiz Antônio Mattos; MOURA, Mauro Castelo Branco de (Orgs.). *Perspectivas em filosofia da economia*. Salvador: EDUFBA, 2012. p. 149.): “Cabe destacar que a opção rousseauiana por uma abordagem jurídica acerca do tema da economia política não o torna nem menor nem maior que Marx. Não há qualquer continuidade entre o Discurso sobre Economia Política, de Rousseau e a célebre Crítica à Economia Política, do filósofo Karl Marx. Rousseau está preocupado com as condições de possibilidade da legitimidade jurídico-administrativa dos agentes da produção, e da distribuição da riqueza no plano da vida pública (ou política) em quaisquer sociedades humanas; Marx preocupa-se sobretudo com as condições de possibilidade da formação da própria riqueza no plano da vida pública (ou política) num contexto muito específico, que é o da sociedade capitalista.

(96) Embora consagrada pelo uso, a expressão “exame demissional” parece gozar de atecnia jurídica, já que guarda relação direta com o ato resilitório obreiro denominado “demissão”. Talvez fosse mais apropriado dizer “exame resilitório” ou “exame rescisório”, uma vez que o termo “resilição” constitui ato de extinção contratual provocado tanto pelo empregado (demissão) como pelo empregador (despedida).

nutrição do temor reverencial ao princípio da continuidade, ante as suas consequências negativas que pode ensejar.

Ainda no veio jurídico, a política empresarial preventiva evitaria, por exemplo, a prática ilícita do assédio moral por que passam os empregados portadores da “*estabilidade provisória ou imprópria*” (sindicalistas, gestantes, cipistas⁽⁹⁷⁾...), em razão da exposição direta aos excessos praticados pelos maus empregadores; excessos esses que os colocam em situações humilhantes e flagrantemente desrespeitosas à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho consagrados e esculpidos na Constituição Republicana (art. 1º, III e IV, da CF/88). Assédio que, também, e remotamente, violenta a categoria profissional e os institutos jurídicos estabilizantes da relação de emprego.

Conseqüentemente, o argumento do prejuízo econômico-financeiro do empregador não pode subsistir para alijar do cenário do direito laboral o instituto da estabilidade e competente decisão reintegratória empregatícia. A subsistência desse modelo neoliberal implicaria facultar ao empregador um direito inexistente: o de precarizar ou nadificar o princípio da continuidade com o aval do Judiciário — situação que se revelaria absurda e mais preocupante, na medida em que colide com o ideal de justiça a ser por ele observado.

Ao contrário do que se pode imaginar, a declaração de nulidade da despedida do empregado estável, ou da manutenção do emprego, seguida da determinação de reintegração com conseqüente condenação ao pagamento de salários (vencidos e vencidos), revela prática judicial aconselhável, porque, além de dar efetividade ao princípio da continuidade, desencoraja o empregador da atividade consuetudinária de despedir aleatória e arbitrariamente o empregado estável, apostando, quase sempre, na impunidade ou no seu poder de compra e pagamento das estabilidades.

(97) Há quem prefira o usar a palavra “cipeiro”.

Constitui imperativo negativo incondicionado a máxima segundo a qual a garantia no emprego não pode ser objeto de comércio entre empregado e empregador. No Direito Laboral pátrio, a estabilidade ou garantia no emprego constitui um bem inalienável. Aliená-la seria, por um lado, privar o trabalhador da liberdade e, por outro, o princípio da continuidade de seu caráter teleológico: a tentativa de um equilíbrio socioeconômico entre empregado e empregador.

Com o cuidado preventivo e profilático a ser observado pelo empregador, o risco da despedida do empregado estável seria sintomaticamente mitigado ou inexistente. Mas, se ainda assim o empregador preferir fazer *vista grossa*, optando pela prática abusiva da rescisão, deverá suportar todos efeitos econômicos e financeiros advindos de seu comportamento negligente ou imprudente, ou doloso⁽⁹⁸⁾.

Ademais, pouco importa se o empregado ajuizou reclamação trabalhista quando já extrapolado o período estável fixado por lei, convenção, ou dissídio coletivo ou, ainda, se a tutela jurisdicional declaratória da estabilidade fora publicada quando já esgotado o lapso temporal garantidor do emprego (Súmula n. 396, I, do TST). Em ambas as hipóteses, o risco da determinação de reintegração e pagamento de verbas remuneratórias será sempre do empregador incauto, que acredita tudo poder, não obstante a condicionante do estado de direito.

Por conseguinte, toda vez que a decisão judicial (monocrática ou colegiada) deixar

(98) Cabe lembrar que a palavra “economia” é formada pelos termos gregos *oikos* (casa) e *nomos* (lei), significando, numa tradução livre, “lei da casa” ou “lei que administra a casa”. Por analogia, dir-se-ia então que ao empregador cabe administrar prudentemente a empresa, sopesando e assumindo, portanto, os riscos da atividade econômica — entre eles, o de natureza trabalhista, com o pagamento de verbas remuneratórias, rescisórias e indenizatórias. Ao Juiz cumpre apenas investigar a coisa litigiosa sob a perspectiva jurídica, buscando e aplicando a justa medida — malgrado não ignorar a problemática econômico-financeira por que passa o empresariado brasileiro para dar conta da alta carga tributária, fiscal e encargos trabalhistas.

de declarar a nulidade da rescisão e a manutenção do contrato do trabalhador estável, optando pela transmutação da reintegração em indenização substitutiva (exaurido ou não o tempo cronológico), certamente, revelará um posicionamento niilista, já que procederá com manifesta indiferença ao princípio da continuidade.

E o niilismo (o tradicional: o descaso, a indiferença...) será a resultante mesmo naqueles casos em que a reintegração não seja aconselhável, como sói acontecer na relação entre o empregado e o empregador pessoa física⁽⁹⁹⁾, onde a incompatibilidade que os anima constitui o fundamento para a não reintegração. A proposição pode parecer estranha. Entretanto, o estranhamento não autoriza a conclusão de que a assertiva é contraditória.

O problema aí não é com a previsão e permissibilidade legais, legitimadas pelo fenômeno da “incompatibilidade” da continuidade do vínculo, mas, sim, com o fato absurdo de a própria lei cindir o princípio da continuidade, já que, nesses casos, também se dá o fenômeno da desconsideração da nulidade da despedida seguida da transmutação da reintegração em indenização substitutiva.

Se a previsão de cisão da estabilidade pelo duto da incompatibilidade é correta ou não e se o princípio da continuidade deve ser absoluto, ou não, são inquietudes que não afastam a prática niilista legislativa — dada a motivação social, antropológica e jurídica que o legislador consolidado entendeu por bem autorizar.

No entanto, não é só. A lente econômica também pode concorrer, e de fato vem concorrendo, para o incremento da “indústria das indenizações”. Não é novidade afirmar que, hodiernamente, as reclamações trabalhistas já não mais perseguem a nulidade da despedida do empregado estável, tampouco a declaração

de reintegração. Lamentavelmente, de modo sistemático e invariável (conscientemente, ou não), elas perseguem apenas o pagamento de indenização. Eis mais uma prática niilista (o que é pior: de autoria de quem deveria proteger a garantia no emprego: o trabalhador e/ou por profissional constituído, hipótese que parece mais convincente ante a ignorância jurídica em que se encontra o primeiro) que também depõe contra o princípio da continuidade. Aliás, outra coisa não tem realizado a boa jurisprudência senão asseverar que:

O direito à reintegração ao emprego, ou à indenização substitutiva, visa coibir o empregador de efetuar a dispensa daqueles trabalhadores a que a Constituição Federal e a Lei Ordinária asseguram estabilidade no emprego. *Se, contudo, o Reclamante postula unicamente a indenização, mostrando total desinteresse pela reintegração e, consequentemente, pelo direito de permanência no emprego, este sim o intuito teleológico da estabilidade, visando apenas auferir ganho indevido em claro abuso de direito, não faz jus à indenização substitutiva postulada. Recurso patronal a que se dá provimento para excluir da condenação a indenização substitutiva à reintegração.*⁽¹⁰⁰⁾

Ainda, no âmbito econômico, outro fenômeno niilista refratário ao princípio da continuidade pode ser mencionado. Trata-se da situação em que o empregado estável não mais deseja manter o vínculo empregatício e força a extinção do contrato mediante a propositura de reclamação trabalhista amparada na tese da despedida indireta⁽¹⁰¹⁾.

(100) Processo: 8942008303908-PR, 894-2008-303-9-0-8 (TRT9: data de publicação: 22.9.2009) (grifo nosso).

(101) Preferimos usar a expressão de Martins Catharino, a saber, “demissão forçada”, já que a locução “despedida indireta” pode provocar confusão entre acepções técnicas que guardam sentidos próprios, com prejuízo à autonomia e cientificidade do Direito do Trabalho. A “demissão forçada” (não raro praticada independentemente de o empregado gozar ou não de algum tipo de garantia no emprego) está disciplinada no art. 483, da CLT. De acordo com a jurisprudência: “O descumprimento pelo empregador das obrigações contratuais enseja a rescisão

(99) Ou, como vem se posicionando a boa doutrina e mansa jurisprudência, a pequena ou microempresa, onde o chefe imediato na execução dos serviços pelo empregado é o próprio empregador.

Nesse arco, o niilismo pode ter uma motivação real, ou aparente. Real quando fundada em efetivos *deslizes* ou *inexecuções culposas* (às vezes, dolosas) praticadas pelo empregador na hercúlea tarefa de dar cumprimento ao amplo ordenamento jurídico-trabalhista que se lhe impõe (acordo coletivo, convenção coletiva, regulamento empresarial, normas consolidadas e extravagantes, entre outras fontes heterônomas do direito laboral).

Na motivação aparente (e que, não raro, produz os efeitos reais esperados), a prática niilista se verifica quando o empregado (estável ou não) não mais desejando manter o liame, mas moralmente incapaz de pedir demissão, em razão das perdas que terá que enfrentar no quantitativo rescisório, inventa uma situação fática cuja configuração tem o condão de subsumi-la a uma ou às múltiplas hipóteses previstas no preceptivo consolidado autorizador da “*demissão forçada*”.⁽¹⁰²⁾

Para além dessas práticas niilistas — patronais e obreiras — caracterizadas pela indiferença ou descaso aos valores e princípios juslaboralistas, há outras mais nefastas ao princípio da continuidade e que também merecem igual conhecimento crítico. Para conhecê-las, necessário se faz investigar a noção de *niilismo* sob a perspectiva de Friedrich Nietzsche.

2.4.2. O niilismo judicial sob a perspectiva nietzschiana

Viu-se que o niilismo tradicional é concebido como a arte de conduzir a vida sem critérios, ideais, princípios ou valores transcendentais à vida mundana. Nesse viés, o niilismo ou niilista deixa a vida simplesmente correr⁽¹⁰³⁾ sem preocupações.

O perspectivismo de Nietzsche vai mais além. Nele, os valores e princípios não existem

em si mesmos; não passam de ideias criadas pelo homem para justificar e tocar a existência; enfim, não passa de idealidades “transcendentais”, “metafísicas”, “eternas” prejudiciais ao homem, porque, segundo o filósofo, inexoravelmente concorrem para o “[...] amortecimento geral do sentimento de vida [...]”⁽¹⁰⁴⁾, isto é, para o prejuízo da faticidade humana, da vida intramundana; afinal, da vida vivida na terra.

Embora a missão nietzschiana resida na desconstrução de valores⁽¹⁰⁵⁾ transcendentais, porque subjacentes a eles existe a vida sensível, importa dizer que ela não pretende substituir os valores antigos por novos valores; não vislumbra melhorar a humanidade; não erige novos ídolos; e não tem verdades a revelar. De fato, Nietzsche não tem pretensão de trocar um Deus por Outro. Em *A gaia ciência*, essa hipótese é refutada com a seguinte petição: “Peço a Deus que me livre de Deus!”⁽¹⁰⁶⁾ Desse modo, a última coisa que Nietzsche postula é “melhorar” a humanidade.

Não estabeleço ídolos novos; os antigos vão aprender o que significa ter pés de barro. *Derrubar ídolos* (“ídolos” é o termo que uso para designar “ideais”) — isso sim faz parte do meu ofício. A realidade foi despojada de seu valor, de seu sentido, de sua veracidade

(104) NIETZSCHE, 1998, p. 125.

(105) Diz o professor Juan Carlos Pablo Ballesteros (1999, p. 106-107) que: “Con respecto a la palabra “valor” el P. Finance afirma que en latín *valere* significa ser fuerte, potente, tener buena saúde. De allí su sentido “económico”: tener un cierto poder para adquirir cosas, de donde *aequi-valere*, tener un poder igual. Despues toma otros sentidos. Dante, por ejemplo, en la Divina Comedia, llama a Dios el eterno valor (Purg., XV, 72), el primero e inefable Valor (Par., X, 3). Frecuentemente, por ejemplo en francés, el sentido es coraje. Pronto se destaca el sentido “económico”, predominante en la conciencia común del mundo moddrno. Observa De Finance que es interesante considerar la forma griega que entra em el nombre de la ciência de los valores: la axiología. *Axios* (probablemente de ago: *conduzco*) significa originariamente: capaz de conducir, y más precisamente de llevar abajo el platillo de la balanza; de allí su sentido de pesado, sólido, importante, digno de consideración, digno de... — tal precio, tal recompensa, etc. De donde se pasa fácilmente al significado moral, a la Idea de mérito.”

(106) NIETZSCHE, 2001, p. 198.

indireta do contrato de trabalho. (Processo 0000571-45.2013.5.05.0003, RecOrd, ac. n. 196634/2014, relatora Desembargadora Graça Boness, 4ª Turma, DJ 21.5.2014).

(102) Art. 483, CLT.

(103) NIETZSCHE, 2011, p. 218.

à medida que se *fingiu mentirosamente* um mundo ideal.⁽¹⁰⁷⁾

Na desconstrução dos valores suprassensíveis, Nietzsche intui um pressuposto lógico existencial justificador que deve ser destruído: Deus, porque, no seu sentir, é Ele quem prejudica a energia do homem, projetando-o para além da vida terrena; devendo, por tal razão, morrer. Daí a máxima segundo a qual: “*Deus está morto! Deus continua morto! E nós o matamos! [...] A grandeza desse ato não é demasiado grande para nós? Não deveríamos nós mesmos nos tornar deuses, para ao menos parecer dignos dele?*”⁽¹⁰⁸⁾

Com a decretação da morte de Deus, Nietzsche tira de cena o *Deus imortal*, para colocar em seu lugar um *Deus mortal*: o homem. Este, sem farol e já desatrelado dos valores supremos, jaz no vazio de sua existência, quedando, portanto, no nada. E no niilismo em que se encontra, há que se arranjar sem as promessas de uma vida melhor pós-morte. Nesse arranjo, jogado na teia existencial, vale-se então de toda potência, valorando a imanência em detrimento da transcendência, plasmando-se autonomamente como senhor e possuidor do próprio destino.⁽¹⁰⁹⁾

O “filósofo do martelo” pretende, por assim dizer, martelar toda espécie de ídolo ou valor cujo *telos* seja a paralisia da vida mundana; martelar toda “certeza” desprovida de qualquer racionalidade *a posteriori*⁽¹¹⁰⁾; martelar, igualmente, toda “verdade” baseada em *estruturas mentais*⁽¹¹¹⁾, cujos ferros parecem privar o

homem da liberdade. Martelando as “idealidades” (certezas, verdades; valores superiores ou absolutos ou supremos), Nietzsche enceta uma jornada filosófica de *tresvaloração de todos os valores*⁽¹¹²⁾ metafísicos fundados numa existência para além do mundo real.

Na defesa da vida mundana, Nietzsche martela os que nutrem simpatia e defesa por uma vida ideal — *post mortem*. Daí sua pulsão agressiva ao mundo das ideias de Platão; e à visão cosmológica de Aristóteles sobre as leis harmônicas do universo, consubstanciada na ideia de um mundo ordenado e harmônico, como a sequência ordinária do dia-após-dia sedimentada no amanhecer, entardecer, anoitecer.

As religiões monoteístas (islamismo, budismo, cristianismo...) são também, para Nietzsche, idealidades que devem ser destruídas, sob o argumento de que elas tentam colocar Deus acima do mundo secular⁽¹¹³⁾, postergando, com isso, a vivência mundana sob a promessa de uma vida possível e melhor em um mundo suprassensível (paraíso, céu, eternidade...).

A filosofia nietzschiana propõe então que os valores sejam germinados sob a ótica da vida, ou seja, que os valores tenham no homem o único artífice capaz de valorar a si e por si mesmo⁽¹¹⁴⁾, pois, para ele, o homem não mais precisaria do mundo das ideias, utópico, enfim, de “muleta metafísica” (modelo mental referenciado pela inexistência de energia vital), e sim de valores potencializados e atualizados, no e pelo próprio homem.

Nessa visada nietzschiana, o niilismo seria a negação ostensiva da “energia da vida”, da “potência de agir” (Espinosa), da “vontade” (Schopenhauer), do “elã da vida” (Bergson) entranhada no homem⁽¹¹⁵⁾; seria, enfim, toda

(107) NIETZSCHE, 2006, p. 15-16.

(108) NIETZSCHE, 2005, p. 148.

(109) Todavia, se Nietzsche não se revelou sábio, porque não quis conhecer das coisas divinas e de suas causas, não se lhe pode retirar a qualidade exponencial de filósofo preocupado com a existência humana e capaz de propor um modelo revolucionário centrado no homem. Quanto ao acerto de sua ideologia, caberá aos homens, religiosos ou não, decidir segundo a luz de cada um.

(110) Ou seja, de todo fundamento distanciado da prévia experiência.

(111) Para melhor compreensão, consulte-se, a aula do filósofo Clóvis de Barros Filho: *Nietzsche e a Filosofia do Martelo*. Disponível em: <www.espaçoetica.com.br>.

(112) *Umwertung aller Werte*. O tradutor prefere uma versão mais simples, para significar: “reviravolta dos valores” (2006, p. 111-112).

(113) Mundo que não cabe à Igreja; o mundo profano, temporal, mundano.

(114) NIETZSCHE, 2006, p. 37.

(115) FILHO. Disponível em: <www.espaçoetica.com.br>.

frenagem deflagrada contra o fluxo da potência humana voltada para valoração das coisas terrenas, extraindo do homem a energia vital que lhe é imanente e que não deseja e não pode perdê-la, pois que, quanto mais tem, mais energia aspira e produz — mas, diria Nietzsche, não para uma vida celestial.

O martelo de Nietzsche é onipresente. Onde as idealidades se apresentam, ali estará presente. A tentativa, por exemplo, de igualar os desiguais, constitui, para o pensador alemão, mais uma das formas degeneradas de idealidades que devem ser rechaçadas. Não por outra razão que Nietzsche imputa a Rousseau uma dualidade “idealista” e “canaille”, ao defender a ideia de uma administração pública legítima a partir da confluência triplíce “liberdade, fraternidade igualdade”⁽¹¹⁶⁾ — enquanto móbil estruturante para construção da revolução francesa⁽¹¹⁷⁾:

A doutrina da igualdade!... Mas não há veneno mais venenoso: pois ela parece ser pregação da própria justiça, quando é o fim da justiça... “Igualdade aos iguais, desigualdade aos desiguais” — isto seria o verdadeiro discurso da justiça: e que daí se segue: “Nunca tornar igual o desigual.”⁽¹¹⁸⁾

(116) Note-se que, ao criticar Rousseau, Nietzsche revela não ter interpretado bem as obras do genebrino, conforme se vê da seguinte passagem no *Emílio*, onde o filósofo genebrino aponta duas espécies de igualdade. Com efeito: “Há no estado de natureza uma igualdade de fato real e indestrutível, porque é impossível, nesse estado, que a mera diferença do homem para homem seja suficientemente grande para tornar um dependente do outro. Há no estado civil uma igualdade de direito quimérica e vã, porque os meios destinados a mantê-la servem eles próprios para destruí-la, e a força pública somada ao mais forte para oprimir o fraco rompe a espécie de equilíbrio que a natureza colocara entre eles. Desta primeira contradição decorrem todas as que se observam entre a aparência e a realidade na ordem civil. Sempre a multidão será sacrificada ao menor número, e o interesse público ao interesse particular; sempre os nomes enganosos justiça e subordinação servirão de instrumento para a violência e de arma para a iniquidade.” (p. 325-326) (grifo nosso) (ROUSSEAU, 2004, p. 711.)

(117) NIETZSCHE, 2006, p. 98.

(118) *Idem*.

Como resume o filósofo francês Yannick Souladié⁽¹¹⁹⁾, Nietzsche repudiava toda forma de idealismo, preferindo privilegiar a diferença, a independência, a liberdade do espírito. Para esse comentador, a ideia de igualdade em Nietzsche é exemplo de moralidade⁽¹²⁰⁾ que não deve ser recepcionada, posto basear-se exclusivamente na primazia do ideal em detrimento ou negação do real, isto é, na objeção à pulsão da vida revelada na *guerra de todos contra todos*⁽¹²¹⁾.

No entanto, é hora de perguntar o que o princípio da continuidade e o Direito do Trabalho têm a ver com o niilismo de Nietzsche, sobretudo o *deicídio* por ele agitado? Com a morte de Deus, efetivamente nada. A importância do tema é meramente analógica e didática, na medida em que demonstra até onde vai o niilismo nietzschiano acerca da potencialidade destrutiva do homem relativamente aos valores e princípios.

Com a devida licença ao anacronismo, não constituiria qualquer absurdo lógico a proposição segundo a qual o Direito do Trabalho teria lugar no niilismo nietzschiano, sobretudo enquanto objeto de suas marteladas, já que essa ciência jurídica também se funda em idealidades (ídolos, valores, princípios) como a “dignidade humana”, os “valores sociais do trabalho” e, sobremaneira, a “garantia fundamental da igualdade”⁽¹²²⁾.

Com efeito, arraigado à defesa ostensiva da igualdade entre os desiguais, o Direito do Trabalho evocou o princípio da continuidade para blindar o “desigual” na relação entre o capital e o trabalho: o empregado. Ao apostar nesse novo ídolo, fê-lo minimizando a energia,

(119) Ano VII, n. 91, 2014, p. 13.

(120) Pondera Souladié (*idem*) que seria um equívoco destacar em Nietzsche um posicionamento de recusa intransigente e sem discernimento contra todo tipo de moral. A moral que ele rejeita e a hostil à vida: “Nenhuma moral pode pretender a universalidade, todas devem ser avaliadas de um parâmetro que privilegia a vida.”

(121) Locução hobbesiana encontrada no *Leviatã*.

(122) Incisos III e IV, do art. 1º e art. 5º da CF/88.

a vitalidade e/ou a vontade de potência do detentor dos meios de produção capitalista, engessando-o e o alijando do mundo dos lobos, da vida agonal, portanto.

A quem se colocasse na mesma linha defensiva da vida decadente do ídolo hipostasiado no princípio da continuidade, Nietzsche certamente levantaria seu martelo e proclamaria o irônico veredicto: “Com isso te pego, niilista! A vida sedentária é justamente o *pecado* contra o santo espírito. Apenas os pensamentos andados têm valor.”⁽¹²³⁾

Numa paráfrase nietzschiana que dá vez e voz aos arautos do capitalismo, poder-se-ia supor que o princípio da continuidade está morto; que esse ídolo protecionista continua morto! E nós, operadores desse Direito (legisladores, doutrinadores, uniformizadores de jurisprudências, juízes), continuamos cúmplices de sua morte. Nós o matamos. A grandeza desse ato não é demasiado grande para nós? Não deveríamos nós mesmos nos tornar legisladores para ao menos parecer dignos dele?

Vê-se que, sob a perspectiva nietzschiana, a decisão judicial que agasalha a tese da indenização substitutiva, martelando a reintegração e, na linha oblíqua, a idealidade do princípio da continuidade, não pode ser caracterizada como niilista. Niilista seria se, e somente se, a propriedade daquela decisão fosse afetada pelo apego ou enraizamento do Juiz aos valores entranhados no Direito do Trabalho; ou se valorasse o princípio da continuidade e a tentativa hercúlea de maximizar a parte mínima na relação capital trabalho (o empregado)⁽¹²⁴⁾; ou se deixasse de promover a conversão da reintegração em indenização substitutiva; ou, finalmente, contrariasse a forma preconizada pela Súmula n. 396, I, do TST.

Diante dos modelos niilistas até aqui expostos (tradicional e nietzschiano), a decisão judicial trabalhista parece não ter mesmo

como se desvencilhar do espectro no niilismo — quer quando se porta inconscientemente com descaso ou indiferença ao princípio da continuidade; quer quando, conscientemente, martela o princípio visando sua total extinção.

Nessa aparente aporia niilista em que se encontra o Juiz do Trabalho acerca da dúvida ou erronia declaratória relacionada à reintegração ou indenização substitutiva, a questão que se impõe é saber se ainda há condições de possibilidade para manutenção incólume do princípio da continuidade; se com *pés de fibra* ou não agônica (*pés de barro*)⁽¹²⁵⁾.

A racionalidade contemporânea radicada no pós-positivismo jurídico vem lutando para que a resposta repouse sobre os “pés de fibra”.

2.5. Jus pós-positivismo jurídico x positivismo jurídico e neoliberalismo

O *niilismo* se diz de vários modos. Na acepção comum, enquanto descaso ou indiferença aos valores ou princípios existenciais; e na teórica fundada na descrença da existência do nada, ou na ideia de não se ter compromissos ou objetivos. A essas duas modalidades ajunta a acepção evidenciada pelo criticismo nietzschiano aos valores metafísicos, precisamente pela desconfiança de haver “[...] mais ídolos do que realidades no mundo: este é meu “mau olhar” para este mundo, é também meu “mau ouvido [...]”⁽¹²⁶⁾.

Viu-se, ainda, haver algo em comum nessas intencionalidades niilistas, a saber: a nadificação dos valores e/ou dos princípios. Mas também distinções irreduzíveis, entre elas: no *niilismo tradicional*, o ente axiológico é levado à “inexistência” ou ao “nada” pela ataraxia ou apatia revelada na falta de atenção, interesse ou

(125) O uso da expressão “pés de fibra” vem ao texto em contraponto àquela mencionada por Nietzsche na obra *Ecce homo*: “pés de barro” ou, na melhor tradução do alemão, “pés de argila” (vide nota de roda pé n. 78).

(126) NIETZSCHE, 2006, p. 7.

(123) 2006, p. 15

(124) Eis a tentativa de John Rawls em *Uma Teoria da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708p.

sensibilidade, ou, como sói ocorrer no niilismo nietzschiano, pela reta manifestação volitiva conscientemente encetada para amaldiçoar e nadificar as idealidades suprassensíveis.

Viu-se, finalmente, no primeiro modo, que se for possível dizer que o niilismo é atualizado pela culpa do agente que age com negligência, imprudência ou imperícia, no segundo e terceiro modos, passa a ser conotado por uma ação desejada e buscada. Isso porque o não acreditar ou o martelar os princípios ou valores suprassensíveis constitui anátema pensado e dolosamente pretendido e praticado pelo niilista. Entretanto, é inegável que, nesses modos de expressão, o niilismo parece já não ser mais uma idealidade benquista, necessária e justa, conformemente pode ser inferido do filósofo Marco Túlio Cícero⁽¹²⁷⁾:

Em toda a injustiça, cumpre analisar se provém de inquietação instantânea da alma — ordinariamente de pouca duração — ou se é finalidade deliberada. Aquelas que derivam do primeiro impulso são menos graves que as preparadas e pensadas; são, entretanto, o fundamento habitual da injustiça que se comete com o próximo.

O problema dessas duas últimas manifestações niilistas, sobretudo a representada por Nietzsche, reside exatamente na antinomia de execrar ou combater valores com outros valores, ou seja, de repousar na “crença” de que o mundo temporal seria melhor que o mundo espiritual. Mas que é a “crença” (negativa ou positiva) senão espécie do gênero “idealidades” ou “ídolos”? Senão “valor” que impregna o homem em sua existência? Senão valor “humano, demasiado humano”⁽¹²⁸⁾? Valores *versus* valores: eis o paradoxo que emerge da teórica niilista nietzschiana.

Entretanto, a dificuldade da proposição do filósofo *demasiado humano* não reside apenas no problema lógico da antinomia. Junta-se a ele o *solipsismo*, isto é, a limitação axiológica

(127) 2005, p.38.

(128) Locução que dá nome a uma das obras de Nietzsche.

egoísta ao mundo sensível, que tenta ocultar da mente humana a imanência das idealidades. Neste particular, Hannah Arendt foi mais feliz, pois bem soube apontar para além do óbvio não percebido por Nietzsche, a saber: morrendo a transcendência, também morre a imanência⁽¹²⁹⁾. Conforme os filósofos antigos, a sabedoria consiste exatamente no conhecimento das coisas humanas e divinas e das causas de que elas dependem⁽¹³⁰⁾.

A apreensão do mundo fenomênico não se dá apenas na percepção dos *entes físicos* (autos processuais, paletó, toga...), mas, também, na representação de *entes abstratos* (nas idealidades — a exemplo da ideia que se tem sobre o justo e o injusto, na arte de produzir uma sentença). Disso resulta que as intencionalidades existenciais físicas e abstratas subjazem em algum lugarzinho da memória daquilo que passou, ou na expectativa do futuro, como a crença no amanhã ou no retorno de Cristo, ou do “ATS”...⁽¹³¹⁾.

O conceito que Simon Blackburn oferece sobre o mundo das ideias de Platão bem esclarece a limitação da perspectiva nietzschiana acerca da extensão e alcance das idealidades — pelo menos no que diz respeito à temática até aqui tratada. Para esse comentarador⁽¹³²⁾, o platonismo é a ideia segundo a qual:

[...] os objetos abstratos, como os da matemática, ou conceitos como os de número ou de justiça, são entidades reais, independentes, intemporais objetivas. Os números estão para a investigação matemática como os países estão para a investigação geográfica, e os conceitos têm uma relação semelhante com os diversos domínios de estudo, tais

(129) In: *La vida del espíritu*. Buenos Aires: Paidós, 2002.

(130) CÍCERO, 2005. p. 84.

(131) “ATS” ou “ATM” (“Adicional por Tempo de Serviço”). Trata-se de vantagem indenizatória perseguida pela Magistratura brasileira, cuja expectativa se verifica no presente das coisas presentes, ou seja, em cada avanço da PEC nas duas casas do Congresso Nacional.

(132) 1997, p. 299.

como a filosofia e o direito, que investigam a sua natureza.

Vê-se, pois, que o “niilista” nietzschiano pensa na salvação do mundo temporal mediante a crença na nadificação dos valores humanos suprassensíveis. Mas, ao assim formular seu juízo estético e moral, indubitável que, para tanto, parte de um postulado que acredita existir potencialmente, a saber, a crença, fundando-se nela — justificadamente ou não — para martelar a existência de outros valores, que diz serem metafísicos.

Ocorre que, nesse ataque aos valores metafísicos, Nietzsche parece incorrer em flagrante petição de princípio, na medida em que supõe como verdadeiro o que constitui objeto de discussão: a existência de Deus. Por exemplo, a afirmação de que “Deus está morto”! não passa de um argumento conclusivo a partir do próprio perspectivismo nietzschiano sem que se dê conta de que a negação constitui uma afirmação.

Ao dizer que “Deus está morto”!, do ponto de vista lógico, não se nega a existência de Deus; antes, a confirma — já que, para que Deus estivesse morto necessariamente teria que ter existido. Elementar que a vida precede a morte.

Todavia, o objeto aqui não recai sobre o argumento ontológico acerca da existência de Deus, e sim sobre a demonstração de como a ideia, o princípio ou valor são idealidades presentes na vida mundana. Crer numa ideia afirmativa ou negativa é tomá-la como verdadeira⁽¹³³⁾. Nessa linha, não se duvida de que a “crença” é um ente do pensamento; um ideal de razão; um valor. Não se duvida, portanto, que o valor *crença* existe; e existindo, revela um modo de ser do pensamento sobre as coisas do mundo sensorial temporal (*Cidade dos Homens*) e do mundo espiritual (*Cidade de Deus*)⁽¹³⁴⁾.

(133) BLACKBURN, 1997, p. 82.

(134) Consultar a obra agostiniana: *A Cidade de Deus* (Parte I; Livro I a X, 478p.; e parte II, 695p.). Petrópolis: Vozes, 2012.

Enquanto faculdade do intelecto humano, a crença constitui uma forma de idealidade desde que o mundo existe. Afinal, que é a religiosidade (pagã, cristã, politeísta, monoteísta...) senão idealidade ou crença vivenciada intensamente pelo homem na historiografia mundial? Que são a liberdade, a igualdade, o capitalismo, o socialismo, o comunismo, o positivismo, o pós-positivismo, enfim, todos os modelos sociais, políticos, econômicos, éticos, estéticos, jurídicos, morais, religiosos e filosóficos senão idealidades com fluxo passional e/ou racional entranhados na imanência humana?

Nihil in intellectu nisi prius in sensu (nada há no intelecto que não tenha previamente estado nos sentidos). Princípio orientador do empirismo e aceito, numa de suas formas, por Aristóteles, Tomás de Aquino, Locke, Berkeley e Hume. **Leibniz, no entanto, acrescentou nisi intellectus ipse** (exceto o próprio intelecto), abrindo, assim, caminho à posição de Kant, segundo a qual as formas da razão constituem uma estrutura inata que condiciona a natureza da própria experiência.⁽¹³⁵⁾ (grifo nosso)

Portanto, a crença em valores superiores — seja para acolhê-los ou refutá-los⁽¹³⁶⁾ — é valor que emerge do pensamento estruturante do homem. Negar o binômio *res extensa – res cogitans* (coisa material x coisa pensante) no ente humano é não tratá-lo como homem, mas como mero vegetal ou animal desprovido da faculdade do pensamento.

Nesse contexto, revela-se tempestivo recorrer-se ao vetusto *cogito cartesiano* (“Penso: logo, existo”!⁽¹³⁷⁾) em auxílio da seguinte paráfrase: se penso nos valores ou princípios, e neles me apoio para dar ênfase a um modo de

(135) BLACKBURN, 1997, p. 267.

(136) Não cabe à presente demonstração alargar seu alcance nessa seara, já que precisaria de muito fôlego e o pouco saber do articulista somado às condições de espaço e tempo da Revista não aconselharem o aprofundamento.

(137) *Cogito ergo sum*: Descartes. *Discurso do Método*. São Paulo: Nova cultural, 2004. 335p.

vida, é porque, necessariamente, existem. E, na esteira desse silogismo cartesiano, bem se aplica a noção psicológica que Santo Agostinho⁽¹³⁸⁾ atribuíra ao tempo — mais especialmente sobre a temática do *presente das coisas futuras* ou do presente *das coisas futuras*:

Por conseguinte, quando dizemos que vemos o futuro, não se veem os próprios acontecimentos ainda inexistentes — isto é, o futuro —, mas sim as causas ou os sinais precursores que já existem. Portanto, para quem vê não se trata do futuro, mas do presente, do qual é tirada a predição de um futuro concebido na mente. Por sua vez, essas imagens já existem, e aqueles que fazem predições as veem presentes diante de si. Tomemos um exemplo entre muitos possíveis. Vejo a aurora e posso predizer que o sol está para surgir.

Por conseguinte, quando se martela um valor, outra coisa não faz o niilista senão martelar um princípio (o da continuidade, por exemplo) com outro valor.

Contudo, o que se disse até aqui sobre o niilismo nietzschiano e o princípio da continuidade revelar-se-á mais esclarecido quando relacionados ao fenômeno do neoliberalismo, que, como será demonstrado logo adiante, não passa de mais um modo niilista nietzschiano de ser.

A propósito, concorda Mauricio Godinho Delgado⁽¹³⁹⁾ com a proposição positiva de que os princípios são idealidades a partir de uma realidade físico abstrata. Para ele, a palavra *princípios* traduz a noção de “proposições ideais” — proposições que “[...] se gestam na consciência de pessoas e grupos sociais a partir de certa realidade e que, após (*sic*) gestadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”.

(138) AGOSTINHO, 2004, p. 343-344.

(139) In: “Princípios do Direito do Trabalho”, artigo publicado na *Revisita do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, Nacional Editora Gráfica e Formulários Contínuos, p. 133, 1965-1994.

[...] princípios políticos, morais ou religiosos, por exemplo, importariam em proposições ideais resultantes de um determinado contexto político, cultural ou religioso que se reportam à realidade como diretrizes de correspondentes condutas políticas, morais ou religiosas. Em tal sentido, os princípios seriam elementos componentes da visão de mundo essencial que caracteriza as pessoas e grupos sociais, resultando de suas práticas cotidianas e sobre elas fluindo. Na dinâmica de pessoas e sociedades, os princípios atuariam como enunciados que refletem e informam — em maior ou menor grau — as práticas individuais e sociais correspondentes.⁽¹⁴⁰⁾

Nesse diâmetro racional, Delgado⁽¹⁴¹⁾ destaca que, nas ciências, “[...] os ‘princípios’ correspondem à noção de proposições ideais construídas a partir de certa realidade e que direcionam a compreensão da realidade examinada”. Entretanto, pondera que a ciência jurídica, como o Direito do Trabalho, “[...] tem objeto estruturalmente distinto do objeto que caracteriza as Ciências em geral [...]”, já que possui “[...] objeto singular, consistente em realidades essencialmente conceituais e normativas, que se desdobram em proposições de comportamento ou de organização [...] consistente no “*dever-ser*” (elemento nitidamente ideal, em suma) [...]”.

Com Delgado, é mesmo razoável dizer que os princípios jurídicos emergem como sínteses conceituais de nítida inserção histórica, sendo, portanto, conotados como proposições ideais que informam a compreensão do fenômeno jurídico; diretrizes centrais que podem ser inferidas de um sistema jurídico e que, evidenciadas, a ele se reportam, informando-o.

Nessa linha, enquanto “proposição ideal”, o princípio da continuidade, consubstanciado na arte judicante de firmá-lo intencionalmente ou

(140) *Idem*.

(141) *Ibidem*, p. 134-135.

de execrá-lo inocentemente, pode revelar (por amor ao princípio de caridade, isto é, como um voto de crédito) atitude niilista judicial⁽¹⁴²⁾ de textura meramente tradicional. Niilista nietzschiano seria se, e somente se, o julgador laboral quedasse sob o véu da sanha neoliberal do falso sentimento de ser senhor possuidor dos meios de produção, e, deliberadamente, agisse ou passasse a agir com o intuito de maximizar lucros, de um lado; ou, de outro, minimizar custos em detrimento do empregado implicado com o estatuto da estabilidade ou garantia no emprego. Mas este não parece ser o projeto social da magistratura laboral, haja vista sua subordinação deontológica à estreita observância do princípio da imparcialidade na condução e solução dos inúmeros conflitos trabalhistas.

Categoricamente, não se pode fazer *tabula rasa* do processo pragmático de vitimização por que vem passando o Juiz do Trabalho, processo esse orquestrado pelos arautos da supremacia capitalista, agindo sem pressa (mas sem perda de tempo), de tal modo que o magistrado se aperceba de que se encontra sob os ferros de construções jurisprudenciais e doutrinárias utilitaristas diretamente centradas nas implicaturas da nadificação do princípio da continuidade e da existência do Direito do Trabalho.

O niilismo capitaneado pelo neoliberalismo político-econômico e hipostasiado pelo *Consenso de Washington*, “[...] minou as organizações sindicais dos trabalhadores, sabotou o chamado estado de bem-estar social, enfraqueceu os estados nacionais [...], privatizou as empresas estatais e os bens públicos, promoveu a livre circulação de capitais [...]”⁽¹⁴³⁾.

(142) O caracterizado pela transmutação da reintegração do empregado estável em indenização substitutiva, por força da observância e aplicação da Súmula n. 396, I, do TST, que reza que exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego.

(143) PRADO & PINTO, 2012, p. 27.

E essa política neoliberal se faz sentir e evidenciar pelo fenômeno da precarização do princípio da continuidade, sobremaneira pelo mote sub-reptício e opaco da conversão da reintegração em indenização substitutiva, com esteio no artificioso discurso do exaurimento do tempo de estabilidade.

Visando pôr um freio no empoderamento do niilismo encabeçado pelo neoliberalismo⁽¹⁴⁴⁾ jurídico contrafeito à essência do Direito do Trabalho, surge a concepção jus pós-positivista trabalhista. De fato, desde a hipóstase constitucional de 1988⁽¹⁴⁵⁾, o Direito do Trabalho vem sublimando e fortalecendo o princípio da continuidade⁽¹⁴⁶⁾ mediante aportes principiológicos constitucionais, substanciados na defesa da justiça social, da dignidade do ser humano e da valorização do trabalho, sendo este caracterizado pela proteção da relação de emprego contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa⁽¹⁴⁷⁾.

Diferentemente do *positivismo jurídico* que corrobora o projeto neoliberal mediante a reelaboração da ciência trabalhista a partir da estreita observância da letra fria das normas e jurisprudência engendradas pelo poder estatal⁽¹⁴⁸⁾, o *jus pós-positivismo jurídico* impõe

(144) John Locke (1632-1704) é considerado um dos fundadores do neoliberalismo político. O neoliberalismo se traduz na “[...] ideologia política centrada no indivíduo, sendo este considerado um detentor de direitos contra o governo, entre eles o direito de igualdade de respeito, liberdade de expressão e de ação, e liberdade religiosa e ideológica. O liberalismo é atacado pela esquerda como a ideologia do livre mercado, sem defesa contra a acumulação de riqueza e de poder nas mãos de poucos, e por não proceder a uma análise da natureza social e política das pessoas. É atacado pela direita por não ser sensível o bastante ao valor dos costumes e instituições estabelecidos, nem à necessidade de uma estrutura e coação sociais para a constituição da matriz das liberdades individuais”. (BLACKBURN, 1997, p. 225).

(145) Inc. IV, do art. 1º, da CF/88.

(146) Inc. I, do art. 7º, da CF/88.

(147) Justificado no Inc. VIII do art. 170, do Capítulo referente aos Princípios Gerais relacionados ao Título da Ordem Econômica e Financeira da República da CF/88.

(148) São partidários dessa linha de pensamento, entre outros, Hans Kelsen (In: *Teoria Pura do Direito*).

uma reta razão diametralmente oposta, pois que não se vincula à simples exegese literal do ato normativo. Ao contrário, transcende, dando ênfase aos valores morais e filosóficos que a ele subjazem⁽¹⁴⁹⁾ na fundação, aplicação e eficácia das normas constituídas.

Essa nova concepção exige, então, que a subsunção fática aos modelos legais, doutrinários e jurisprudenciais tenha como parâmetro de justiça a observância dos princípios constitucionais. A propósito, a obra de Michel Carlos Rocha Santos e Isabela Monteiro Gomes⁽¹⁵⁰⁾, intitulada *Importância dos princípios do Direito do Trabalho para concretização do trabalho como direito social fundamental* bem explica que os princípios informam o Direito do Trabalho. Nesse artigo, os autores asseveram que os princípios constituem “[...] verdadeiras normas jurídicas capazes de justificar e fundamentar a tomada de decisões no ambiente de resolução dos conflitos, se mostrando igualmente relevantes no momento da elaboração da norma regra”. Nessa mesma linha, ⁽¹⁵¹⁾esclarecem que:

Trata-se de efetivos princípios constitucionais do trabalho. São eminentemente constitucionais, não apenas porque reiteradamente enfatizados no corpo normativo da Carta Magna de 1988, mas principalmente por fazerem parte do próprio *núcleo filosófico, cultural e normativo* da Constituição [...], pois atingem de maneira exponencial a dimensão laborativa da existência humana e social.

É precisamente nesse contexto transcendental ao positivismo jurídico divorciado da moralidade que, hodiernamente, o Direito do Trabalho tem guardado sua existência e

funcionalidade, autorizando aos seus simpatizantes e operadores a crença na resistência e subsistência do princípio da continuidade — apesar do demônio do niilismo neoliberal continuar assustando.

Na esteira dessa perspectiva jus pós-positivista, Delgado⁽¹⁵²⁾ assevera que a valorização do trabalho pela Constituição de 1988 traduz “[...] essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de firmamento do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar”; ou, ainda: “[...] o mais importante veículo (senão o único) de afirmação comunitária da grande maioria dos seres humanos que compõem a atual sociedade capitalista.”

É o próprio Delgado⁽¹⁵³⁾ quem salienta que a Constituição conhece, há séculos “[...] os olhos e ouvidos excludentes das elites políticas, econômicas e sociais brasileiras: o *trabalho traduz-se em princípio, fundamento, valor e direito social*”, cujo enquadramento “[...] não reduz, normativamente, o patamar de afirmação do trabalho (de princípio, valor e fundamento para o direito social) [...]”. Contrariamente, preenche, e de modo singular, “[...] todas as esferas de afirmação jurídica existentes no plano constitucional e do próprio universo jurídico contemporâneo”.

Ainda, sob os contornos da racionalidade contrafeita ao *niilismo neoliberal*, J. J. Gomes Canotilho⁽¹⁵⁴⁾ defende a proposição de que os princípios são “[...] fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função norma genética fundamentante”, sendo essa⁽¹⁵⁵⁾ a “[...] condição dos princípios juslaboralistas [...]”⁽¹⁵⁶⁾, porquanto inapelável a imanência

(149) São seguidores desse posicionamento jurídico filosófico pensadores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, por exemplo. Consultem-se as respectivas obras.

(150) In: *LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 76, n. 10. p. 1.240, out. 2012.

(151) Princípios constitucionais do trabalho. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro: Forense, p. 116, 2004.

(152) *Idem*.

(153) *Ibidem*, p. 117 (grifo nosso).

(154) *Apud* FELICIANO, 2006, p. 418.

(155) *Idem*.

(156) *Idem*.

principiológica constitucional nela implicada — máxime por atuarem como “verdadeiras normas”, “espinha dorsal do Direito positivo”, especialmente porque “[...] não subsidiam a legislação trabalhista, mas, antes, conferem-lhe o espírito, dimensionando o seu sentido e o seu alcance”⁽¹⁵⁷⁾.

O Direito do Trabalho somente será real e legítimo na medida em que prosseguir fundado em princípios constitutivos a serem observados por quem os inspirou e por quem lhes deve obediência jurídica. Por isso que a contingência de uma ementa jurisprudencial ou de uma lei revelar-se-ia incompatível com o Direito do Trabalho e com a Carta Fundamental vigentes, porque a transitoriedade está para lei ou para a jurisprudência pretoriana, sem que jamais esteja para um princípio — especialmente quando esse princípio imprime um norte a uma ciência jurídica.

Nesse diapasão, o desafio do *pós-positivismo jurídico filosófico* consiste em fazer com que a exegese juslaboralista jurisprudencial vigente seja subsumida a toda escala de princípios gizados pela Carta Política — como as águas que, no devir, tangenciam as margens do rio, ganhando a forma que este delas e do leito recebe.

Sob o risco de perder o caráter ontológico (essência), um princípio não pode, a um só tempo, “existir” e “não existir”, “ser” e “não ser”, sob pena de constituir fragrante contradição em termos, cujo efeito seria a perda do substrato do trinômio apodítico que o caracteriza, a saber: a *imutabilidade*, a *necessidade* e a *universalidade*.

Um princípio não pode ser transitório, efêmero, circunstancial, acidental — como uma lei, ou uma ementa jurisprudencial, pois, como diz Jean-Jacques Rousseau no *Contrato Social*⁽¹⁵⁸⁾, “[...] seja qual for a situação, o povo é sempre senhor de mudar suas leis, mesmo as

melhores, pois, se for de seu agrado fazer o mal a si mesmo, quem terá o direito de impedi-lo”?

No entanto, essa máxime não pode ser aplicada ao princípio ou a uma carta fundamental principiológica, como o é a Constituição de um país. O princípio, ao contrário da lei, simplesmente é. Não só é como só pode ser uno, bom e verdadeiro, capaz mesmo de despertar no cidadão ou jurisdicionado a confiança em sua imutabilidade e universalidade — como, num aparente paradoxo, costuma ocorrer com as chamadas “leis da natureza”.

Nessa quadratura principiológica e axiológica do Direito do Trabalho, é possível a proposição afirmativa no sentido de que o *princípio* está para o *repouso*, e a *lei* e a *jurisprudência*, para o *movimento*. Não seria demasiado mesmo dizer que os princípios do Direito do Trabalho estão no mesmo nível do chamado *direito natural*, precisamente porque ambos gozam do caráter apodítico (pois são necessários, imutáveis e universais). Por tal razão, não há como recepcionar a respeitável proposição delgadoniana⁽¹⁵⁹⁾ no sentido de que os princípios, na Ciência do Direito:

[...] não têm obviamente o condão de transformá-los em axiomas absolutos e imutáveis. Ao contrário sua validade se preserva apenas ao caso considerado em seus limites conceituais, histórico e específico, enquanto sínteses de orientações essenciais assimiladas por ordem jurídica em determinados períodos históricos. Os princípios jurídicos emergem, assim, como sínteses conceituais de nítida inserção histórica, submetendo-se a uma inevitável dinâmica de superação e eclipsamento, como qualquer outro fenômeno cultural produzido.

Os princípios constituem uma escala normativa fundante e, necessariamente, indestrutível. Se, não obstante, são destruídos, é porque não são ou nunca foram verdadeiros princípios, mas mera aparência. Isso porque o

(157) *Ibidem*, p. 419-420.

(158) 1978c, p. 69.

(159) 1994, p. 135.

princípio real precede a lei e a jurisprudência, e sem essa precedência lógico-jurídica não poderia gozar do *status* de princípio, pois que carente de poderes inatos e factíveis para formulação de um ordenamento jurídico legítimo.

O princípio é, para lei ou para súmula jurisprudencial, o primeiro motor a causa primeira, o artífice eficiente e necessário, inspirador e criador. Como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello⁽¹⁶⁰⁾, o princípio é o “mandamento nuclear de um sistema”. É o verdadeiro:

[...] alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência, exatamente por definir lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão de princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Já as leis, elas sim, são contingentes e, portanto, mutáveis. “Las leyes cambian”⁽¹⁶¹⁾, e, quando sofrem mutabilidade, é porque, circunstancialmente, podem se encontrar na

contramão das causas principiológicas que a germinaram — destrutibilidade que se verifica independentemente de as causas morais serem recepcionadas.

Quando o espectro do niilismo ronda e fere ou tenta ferir de morte a garantia no emprego do trabalhador, não se pode perder de vista que somente ela poderá ser atingida (como ocorrerá com o da estabilidade decenal) e jamais o princípio que a orienta (o da continuidade, por exemplo), malgrado o interesse niilista de algum segmento social empoderado tentar fazê-lo à revelia da vontade qualitativa dos cidadãos de bem.

A partir do pressuposto de que os valores e os princípios são “proposições ideais” convencionais, parece racional sustentar a tese de que, em dado momento histórico, essas idealidades podem ser autorizadas e destruídas pelos próprios convenientes. Diz-se “pareceria” — e não “parece” —, porque, do ponto de vista lógico e ontológico, não seria crível e razoável acreditar na possibilidade de os idealizadores e realizadores do Direito do Trabalho pudessem abraçar um projeto niilista neoliberal colidente com o escopo precípua de extinguir um dos seus pilares mais significativos, constitutivos e fomentadores da seguridade social: o princípio da continuidade da relação de emprego.

A recepção niilista contrafeita ao princípio da continuidade somente poderia ser *ad argumentandum tantum* cogitada eficazmente se a dissimetria socioeconômica e política, residente na relação de emprego, constituísse uma realidade natural, e não convencional, como, a tempo e modo, perceberam Rousseau e Marx em suas teorias político-econômicas.

No entanto, como o capitalismo não passa de uma *distopia* niilista forjada no empoderamento sistêmico neoliberal para *precarizar* os progressos e conquistas até então alcançados pelo Direito do Trabalho e sublimados pelo *Direito Constitucional do Trabalho*, então que essa mesma *distopia* seja recepcionada como utopia a ser combatida a partir do estranhamento,

(160) 1994, p. 450-451.

(161) Aristóteles (Pol. 1269 a 23-24), *apud* BALLESTEROS, 2012, p. 103.

da crítica e da mobilidade da magistratura no processo de tresvaloração de valores fundamentalmente egoístas e refratários ao princípio da continuidade. Eis o desafio.

3. Considerações finais

Nos bancos das Faculdades de Direito, é lugar-comum ensinar e aprender que o Direito do Trabalho é uma ciência jurídica autônoma. Diante do quanto aqui diagnosticado, a proposição assim positivada parece ter lugar apenas no campo epistemológico e interdisciplinar, configurando-se mais relativa que absoluta, na medida em que os ordenamentos consolidado e extravagante se encontram fundados numa existência anárquica (no capitalismo), que, em sua agonia para manter-se vivo, nutre-se e sobrevive de crises sistêmicas ensejadoras de reelaborações fundadas na saga do lucro.

O “capitalismo tardio” é uma dessas facetas camaleônicas evidenciadas pela globalização dos mercados e do trabalho (fluxo e refluxo do capital por intermédio das grandes corporações e fundos de investimentos multinacionais: *private equity*) com repercussão negativa imediata na estrutura do Direito do Trabalho.

Nessa perspectiva *furta-cor* do capitalismo, parece então que o Direito do Trabalho se encontra condenado a cambiar a essência pela aparência. Ante a tal condenação jurídico-cinética, pergunta-se: como defender a autonomia do direito laboral se sua existência se encontra condicionada ao fluxo e influxo dos ventos do capitalismo? Como advogar a autonomia de um Direito cuja genealogia paradoxal se vê inexoravelmente implicado com o capitalismo, como numa relação de causa e efeito?

Se, para a perspectiva criacionista, não se aplica ao mundo a proposição latina *creatio ex nihilo* (uma criação a partir do nada), pois que criado a partir de um Deus, também não pode ser estendida ao Direito do Trabalho, porquanto germinado pelo motor do capitalismo, conformemente explicada pela teoria marxista.

Nessa textura genealógica existencial do Direito do Trabalho, em dado momento histórico,

é mesmo possível cogitar-se da possibilidade de o princípio da continuidade ter se mostrado imprescindível para o projeto capitalista consubstanciado na defesa do “pleno emprego”, enquanto mote utilitário para o crescimento e manutenção do lucro dos senhores dos meios de produção. Entretanto, não é menos possível que, em outro momento, esse mesmo princípio tenha se revelado extremamente desnecessário, e, portanto, descartável; descartabilidade explicada pelo crescimento geométrico da massa trabalhadora e da mão de obra barata a alimentarem a reserva de mercado, de um lado, e a redutibilidade salarial, de outro.

Sucedem que o fenômeno genealógico paradoxal por que passou e ainda passa o Direito do Trabalho não lhe subtrai o poder de desconstruir e transmutar a relação criador/criatura (capitalismo/Direito do Trabalho), mas, ao contrário, potencializa e lhe capacita, mais e mais, para construção de uma relação, por assim dizer, dialética, dando azo à tríade formulação: *criatura-criador-criatura* — situação ideal em que a criatura assumiria o timão de sua existência, condução e solução da tensão entre o capital e o trabalho.

O que se disse acerca da relação existencial entre a *ciência do trabalho* e o *capitalismo* pode também ser dito, numa dimensão menor, mas com igual importância, sobre a relação do *princípio da continuidade* com o *niilismo nietzschiano*, que, mudando o que deve ser mudado, guarda a mesma finalidade evidenciada pelo fenômeno social do neoliberalismo político-econômico. Isso porque, “[...] en el orden axiológico: el bien del lobo no es el bien el cordero. Aquí se vé el error del liberalismo económico”⁽¹⁶²⁾.

A desconstrução axiológica do *niilismo nietzschiano* (positivismo jurídico neoliberal) é missão do *ius* pós-positivismo, que, no seio paradoxal que o animará nessa empreitada, não poderá perder de vista que a tresvaloração

(162) (BALLESTEROS, 1999. p. 122).

dos valores niilistas neoliberais exige uma fundamentação teórica fundada numa *práxis* moral de verniz eminentemente niilista nietzschiana. Como assim, se o até aqui exposto vai na direção contrária de tal afirmação?

Explica-se: embora o *niilismo demasiado humano* seja caracterizado pelo *animus* de martelar as idealidades, sobretudo as religiões monoteístas, dando azo a ácidas críticas filosóficas e religiosas, a verdade é que ele não ficou circunscrito às marteladas ao mundo metafísico, tampouco contrário à moralidade.

Parecendo seguir Hegel e Marx, Nietzsche também postulou a hipótese dialética de tresvaloração dos valores. Ao fazê-lo, elegeu o homem como um *super-homem* dotado de *vontade e potência* com poderes para transformar a própria existência. E é exatamente dessa chave existencialista nietzschiana que o jus pós-positivismo jurídico pode se apropriar para continuar refutando o fantasma do positivismo jurídico neoliberal que insiste em amedrontar o princípio da continuidade, pois, o que a convenção estabelece pela volição do homem, por outra também pode ser revogada, mormente quando essa convenção (inclusive jurisprudencial) se revele contrária ao ideal de justiça.

A perfectibilidade a que o homem está sujeito, credita-lhe o poder de revogar uma convenção malfazeja para que outra benfazeja e mais consentânea com a primazia do justo se imponha. Nesse contexto, se a lei e a jurisprudência, seguindo um modelo niilista nietzschiano, impõem-se ao princípio da continuidade e ao Direito do Trabalho para feri-los de morte, outra força niilista positiva deve ser envergada pela magistratura trabalhista para fazer frente a esse mal.

Na arte da prestação jurisdicional, a decisão que recebe a continuidade da relação de emprego e martela a indenização substitutiva constitui exercício de liberdade judicial, uma vez que, parafraseando Sartre, o Juiz do Trabalho está necessariamente condenado a ser livre, o

que implica responsabilidade com a manutenção de um ordenamento principiológico geneticamente vocacionado para existência e continuidade do emprego.

Sucedendo que a coalescência da liberdade com a responsabilidade capaz de transmutar o epíteto “Justiça do Desempregado” em “Justiça do Empregado” é tema cuja investigação requer continuidade em outro momento, já que este espaço já tão alongado perdeu seu elástico.

4. Referencias bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AGOSTINHO, Santo. *A Cidade de Deus*. Parte I; Livro I a X, 478p.; e parte II, 695p.) Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 2004.

BALLESTEROS, Juan Carlos Pablo. *Aristóteles y la comunidad política*. 1. ed. Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 2012.

_____. *Libertad y obligación moral en la filosofía de Joseph de Finance*. Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, 1999.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 15 jan. 2014.

_____. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 15 jan. 2014.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região*. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/> Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 28 fev. 2014.

CATHARINO, José Martins. *Em defesa da estabilidade*. São Paulo: LTr, 1966.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DESCARTES. *Discurso do Método*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Dos princípios do direito do trabalho no mundo contemporâneo. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, 2006.
- FILHO, Clóvis de Barros. *Nietzsche e a Filosofia do Martelo*. Disponível em: <<https://www.espaçoetica.com.br>> Acesso em: 15 abr. 2014.
- FILHO, Ives Gandra Martins. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTr, 2004.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).
- HANNAH, Arendt. *La vida del espíritu*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Global, 2006.
- MARX, Karl. *Para a crítica da Economia Política e do Capital*. São Paulo: Abril Cultural, 2005 (Os Pensadores).
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal; prelúdio de uma filosofia do futuro*. São Paulo: Editora Escala, 2011.
- _____. *A gaia ciência*. São Paulo. Cia. das Letras, 2001.
- _____. *Crepúsculos dos ídolos, ou como se filosofa com o martelo*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.
- _____. *Ecce homo; como se chega a ser o que se é*. São Paulo: Escala, 2006.
- _____. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo. Cia. das Letras, 1998.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- PRADO & PINTO. *Dos limites do valor e do capital*. In: SILVA, Genildo Ferreira da; FELGEUIRAS, Luiz Antônio Mattos; MOURA, Mauro Castelo Branco de (Orgs). *Perspectivas em filosofia da economia*. Salvador: EDUFBA, 2012.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Princípios do Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Nacional Editora Gráfica e Formulários Contínuos, 1965-1994.
- ROCHA & GOMES. Importância dos princípios do Direito do Trabalho para concretização do trabalho como direito social fundamental. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, 2012.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção os Pensadores).
- _____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção os Pensadores).
- _____. *Emílio ou da Educação*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 46. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- SILVA, FILGUEIRAS & MOURA. *Perspectivas em filosofia da economia*. Salvador: EDUFBA, 2012.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- SOULADIÉ, Yannick. Em defesa de Nietzsche. *Revista Filosofia Ciência & Vida*, São Paulo, ano VII n. 91, p. 5-13, fev. 2004.
- SOUZA, Ronald Amorim. *Ementário Trabalhista*. (TRT5). Salvador: Ciência Jurídica, 1989.

Da (in)constitucionalidade da nova base de cálculo do adicional de periculosidade dos empregados eletricitários estabelecida pela Lei n. 12.740/2012: uma análise a partir da proibição do retrocesso

Neuber Teixeira dos Reis Júnior^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo tem por objeto a análise do possível vício de inconstitucionalidade da Lei Federal n. 12.740, de 8 de dezembro de 2012, na parte em que revogou a Lei Federal n. 7.369/85 e modificou a redação do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, ocasionando a redução da base de cálculo do adicional de periculosidade para os empregados do setor elétrico expostos a risco à sua saúde e segurança. A discussão tomará por base o denominado “princípio da proibição do retrocesso social” que, como se verá, trata-se de mandamento constitucional implícito, informador do ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, espera-se demonstrar que a inovação trazida pelo supracitado diploma normativo insere-se no limite de conformação do legislador, não atingindo o núcleo essencial do direito social em análise e, por isso, não padece de inconstitucionalidade.

Palavras-chave:

- ▶ Direito do Trabalho — Adicional de periculosidade — Eletricitários — Base de cálculo — Proibição do retrocesso.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da suposta inconstitucionalidade por violação ao princípio da proibição do retrocesso social
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

(*) Professor da Rede Doctum de Ensino – *Campus* Manhuaçu/MG. Analista Judiciário e Assistente de Magistrado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Vara do Trabalho de Caratinga/MG.

1. Introdução

A Lei Federal n. 7.369/1985 previa, em seu art. 1º, a incidência do adicional de periculosidade dos profissionais do setor de energia elétrica sobre o “salário a perceber”, ao passo que a norma geral, art. 193, § 1º, do Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho — CLT), determina a aplicação desse adicional sobre o salário “sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa”.

Esse fato resultou na edição da Súmula n. 191 pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e da Orientação Jurisprudencial n. 279, pela Subseção Especializada em Dissídios Individuais n. 1 (SDI-1) daquele Tribunal, ainda vigentes, nos termos seguintes:

Súmula n. 191 do TST – O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

OJ n. 279 da SDI-1 do TST – O adicional de periculosidade dos eletricitários deverá ser calculado sobre o conjunto de parcelas de natureza salarial.

Ocorre que tal disciplina foi sensivelmente modificada pela edição da Lei Federal n. 12.740, de 8 de dezembro de 2012, a qual, dentre outras providências, expressamente revogou a supracitada Lei n. 7.369/85 e alterou a redação do art. 193 da CLT, o qual passou a vigorar nos termos seguintes:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei n. 12.740, de 2012)

I – inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei n. 12.740, de 2012)

II – roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança

pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei n. 12.740, de 2012)

[...]

Em suma, a mudança trazida pelo dispositivo acima modificou a base de cálculo do adicional de periculosidade do empregado do setor elétrico exposto a perigos decorrentes do contato com a eletricidade o qual, outrora apurado a partir de todo o complexo salarial, agora passa a considerar apenas o salário básico do trabalhadores dessa categoria, inovação que, como adiante será sucintamente tratado, ressalvado o princípio da condição mais benéfica, se encontra dentro dos limites de conformação do legislador, não eivada de vício de inconstitucionalidade.

2. Da suposta inconstitucionalidade por violação ao princípio da proibição do retrocesso social

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem por fundamento maior a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e empenha-se na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Os valores sociais do trabalho são igualmente tratados como basilares da República (art. 1º, IV), sendo que, apesar de constituírem direitos prestacionais cujo destinatário (obrigado) primeiro não é o Estado, traduzem, ainda assim, inequívoca expressão de um Estado Social de Direito⁽¹⁾. Desse modo, é de se afirmar que os direitos sociais que vieram ou que vierem a ser conquistados na busca destes objetivos tão caros à nação brasileira não podem se esvaziar ou se perder em razão dos interesses outros, mesmo que representados por maioria numérica, o que importaria em retrocesso social.

No magistério de Sarlet:

a proibição do retrocesso social atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos

(1) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 223.

sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana.⁽²⁾

Nesta senda, J. J. Gomes Canotilho aduz que:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social [...].⁽³⁾

Streck, citado por Bonna, diz que:

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função

de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.⁽⁴⁾

Ainda, pela lição de Sarlet⁽⁵⁾ é possível concluir que a proibição do retrocesso trata-se de princípio constitucional implícito, que encontra fundamento a) na abertura constitucional brasileira ao sistema de protecção aos direitos humanos no campo internacional; b) no princípio da dignidade da pessoa humana; c) no princípio da segurança jurídica; e d) do direito ao mínimo existencial.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca do princípio em testilha em inúmeros precedentes, podendo ser indicados, exemplificativamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 1.946/DF, 2.065-0/DF (considerada a primeira manifestação daquela Corte sobre a matéria, datada de 17 de fevereiro de 2000), 3.104/DF, 3.105-8/DF, 3.128-7/DF e o Mandado de Segurança n. 24.875-1/DF⁽⁶⁾.

Vale, inclusive, trazer à baila trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337:

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam

-
- (2) SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.
- (3) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-339.

(4) BONNA, Aline Paula. A vedação ao retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.

(5) *Op. cit.*

(6) GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso em: 24 ago. 2014.

desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1. ed./2. tir., p. 127-128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320-322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, Sérgio Antonio Fabris Editor, INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “in” Revista Público, p. 99, n. 12, 2001).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.⁽⁷⁾

Trazendo para o âmbito juslaboral, vale lembrar que o próprio *caput* do art. 7º da Constituição Federal revela a intenção do constituinte em estabelecer que os direitos sociais ali elencados trata-se de direitos mínimos, sem prejuízo de outros que visem à melhoria das condições sociais dos empregados urbanos e rurais.

Inegável, pois, a aplicação do princípio que veda o retrocesso estatal em matéria de direitos sociais, ao que também se denominou de efeito *catraca* ou *effet cliquet*:

(7) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP*. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 23.8.2011.

A expressão ‘efeito *cliquet*’ é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, ou seja, subir. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de ‘*effet cliquet*’) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente.

(...)

Pensa-se, contudo, que apenas no caso de retrocesso social, em que o Estado brasileiro abriria mão de conquistas sociais já atingidas, é que a justificação da reserva do possível não prosperaria. As conquistas sociais têm efeito de *catraca* (efeito *Cliquet*), não podendo retroceder, conforme defendeu o português Canotilho na primeira edição de sua obra.⁽⁸⁾

A grande questão que se aborda neste trabalho é se a revogação da Lei n. 7.369/1985 promovida Lei n. 12.740/2012 e que gerou a redução da base de cálculo (e, conseqüentemente, do próprio direito) do adicional de periculosidade dos empregados do setor elétrico importaria em retrocesso social, vedado, como exposto, pelo ordenamento jurídico brasileiro. E a resposta há de ser negativa, ao menos a princípio. Vejamos.

Com efeito, o direito ao recebimento de um *plus* salarial em decorrência do trabalho em condições perigosas (ou periculosas, como preferem alguns) decorre de mandamento constitucional expresso, previsto no inciso XXIII do art. 7º da Constituição da República. Vale lembrar que o fato de o constituinte alocar os direitos sociais como capítulo do título que trata dos direitos e garantias fundamentais já demonstra a importância e a força conferida a tais garantias.

(8) LEITE *apud* GARCIA, *op. cit.*

Todavia, parece correto o entendimento adotado pelo Procurador-Geral na República em parecer proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5013/DF, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria questionando a constitucionalidade da Lei n. 12.740/2012 por, dentre outros fundamentos, suposta afronta ao princípio da proibição do retrocesso. Eis alguns excertos do parecer:

Ocorre que, assim como os demais princípios que orientam o regime constitucional pátrio, o princípio da proibição do retrocesso social não é absoluto e admite-se sua relativização, desde que o núcleo essencial do direito social envolvido não seja atingido pela alteração legislativa. Isto é, não pode o legislador suprimir norma concretizadora ou esvaziá-la totalmente, sem que haja a adoção de medidas compensatórias ou substitutivas.

[...]

Interpretação diversa, pela aplicabilidade absoluta do princípio da proibição do retrocesso social, implicaria a exclusão de uma das funções típicas do Poder Legislativo, qual seja, a de revisão de seus próprios atos. Além disso, ocorreria o engessamento do próprio direito em jogo, como explica Ingo Sarlet:

[...] não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra geral de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.

[...]

A Lei n. 12.740/2012, ao alterar a base de cálculo do adicional de periculosidade dos

eletricitários, não atingiu o núcleo essencial do direito à proteção da saúde e da segurança do trabalhador e do direito ao adicional. Isso porque houve mera alteração da forma de cálculo da parcela, sem a supressão desse direito, que, agora, está regulamentado de maneira uniforme para todas as categorias alcançadas.

Dessa forma, não há que se falar em violação ao princípio da vedação do retrocesso social e ao *caput* do art. 7º da Constituição da República, uma vez que a redução da base de cálculo não atinge o núcleo essencial dos direitos assegurados pelo art. 7º, XXII e XIII, da Carta Magna.⁽⁹⁾

Exatamente neste sentido o magistério de Canotilho acerca do tema:

A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um *status*

(9) BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Parecer n. 3227/2014 - ASJCONST/SAJ/PGR na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.013/DF do Supremo Tribunal Federal*. Relator: Rodrigo Janot Monteiro de Castro. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 ago. 2014.

quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.⁽¹⁰⁾

Interessante a análise de Jorge Miranda feita em relação ao Acórdão n. 509/92 do Tribunal Constitucional Português:

O acordo começa por analisar a problemática da proibição de retrocesso — a qual se coloca tanto perante direitos sociais como perante liberdades fundamentais — convergindo com a doutrina na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. E essa harmonização implicaria certas distinções. Aí, por exemplo, onde a Constituição contivesse urna ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que fosse possível “determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade” (...), a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de proteção atingido seria necessariamente mínima, já que só o poderia fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não viesse a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão (...). Noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas poderia funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática inculcaria a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas

assumam o caráter de opções legislativas fundamentais.⁽¹¹⁾

Em outro elucidativo trecho:

O legislador, de acordo com os seus critérios e as legítimas opções provenientes do eleitorado, pode adoptar tempos, modos e conteúdos de concretização; nem poderia deixar de assim ser por força da regra da alternância democrática. Nada obriga, por exemplo, a que o serviço nacional de saúde (art. 64º) ou o sistema de ensino (arts. 74º, 75º e 76º) tenham de obedecer sempre aos mesmos paradigmas. O que não pode é o legislador deixar de prever e organizar tal serviço, tal sistema ou tal rendimento.⁽¹²⁾

No caso em análise, pode-se afirmar que não obstante o inegável prejuízo havido pela categoria dos eletricitários trazida pela Lei Federal n. 12.740/2012, com a redução da base de cálculo do adicional de periculosidade, pode-se afirmar com segurança que o “núcleo essencial” do direito ao recebimento do incremento salarial pelo trabalho em condições perigosas restou preservado, tendo em vista que lhes restou assegurado o recebimento do adicional com a mesma base de cálculo utilizada para os demais empregados regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Vale dizer que se o legislador federal de 1985 houve por bem conferir tratamento diferenciado aos eletricitários, concedendo-lhes direito para além daquele conferido aos demais empregados celetistas, certamente por razões político-sociais, o privilégio especial pode ser revisto pelo mesmo legislador, por conveniência legislativa, encontrando-se dentro dos limites de sua liberdade de conformação, sob pena de indevida ingerência na função de legislar.

(11) MIRANDA, Jorge. *O Tribunal Constitucional Português em 2002*. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 7, 2003, p. 580/581. Disponível em: <http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/7/AIB_007_561.pdf> Acesso em: 20 ago. 2014. Sem grifos no original.

(12) *Ibidem*, p. 585.

(10) *Op. cit.*, p. 339.

3. Conclusão

O princípio da proibição do retrocesso atua como um limitador da liberdade legislativa, de modo a impedir que o Estado, no exercício dessa função, transpasse alguns limites que viciam o resultado desse processo, evitando-se a retrocessão no campo das conquistas sociais, as quais gozam de *status* de garantia constitucional fundamental.

É bem verdade que os detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica, o que justifica o desenvolvimento e a consolidação de institutos como o direito à proteção judiciária e o controle de constitucionalidade das leis⁽¹³⁾. Igualmente, tem-se como verdade ser imprescindível “o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (banho de imersão, se se quiser usar expressão cunhada por Liebman, ou filtragem constitucional, no dizer de Clève”⁽¹⁴⁾.

Todavia, no caso proposto à análise, não se vislumbrou afronta à Constituição da República, no que tange à proibição do retrocesso social, visto que a manutenção do direito ao recebimento de um incremento salarial em decorrência do trabalho em condições perigosas aos profissionais do setor elétrico, ainda que em patamar menor, não lhes retirou o núcleo essencial do direito, posto que até mesmo igualados aos demais empregados igualmente expostos a condições de perigo à vida.

A presente conclusão não impede, contudo, o questionamento da validade da modificação

promovida em relação àqueles empregados que já experimentaram o recebimento do adicional de periculosidade apurado sobre todo o complexo social e que possivelmente não podem ter a base de cálculo reduzida, à luz tanto dos direitos adquiridos (art. 5º, XXXI, da Constituição da República) quanto do princípio da condição mais benéfica. O Tribunal Constitucional de Portugal, inclusive, já abordou o princípio da proibição do retrocesso sob esse viés⁽¹⁵⁾. Objetivo do presente artigo, todavia, foi a análise da modificação do direito social visto sob a perspectiva de toda a categoria, sem considerar as questões que certamente se levantaram sob o ponto de vista individual. E, nesse contexto, conclui-se pela constitucionalidade da inovação legislativa analisada.

4. Referências bibliográficas

BONNA, Aline Paula. A vedação ao retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. *Lei n. 7.369, de 20 de setembro de 1985*. Institui salário adicional para os empregados no setor de energia elétrica, em condições de periculosidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7369.htm> Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. *Lei n. 12.740, de 8 de dezembro de 2012*. Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de redefinir os critérios para caracterização das atividades ou

(15) MIRANDA, *op. cit.*, p. 581.

(13) MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 32.

(14) STRECK *apud* CONCEIÇÃO JUNIOR, Hermes Siedler da. *A Jurisdição Constitucional — A liberdade de conformação do legislador e a questão da legitimidade*. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev01/06_dr_hermes.pdf> Acesso em: 27 ago. 2014.

operações perigosas, e revoga a Lei n. 7.369, de 20 de setembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12740.htm> Acesso em: 20. ago. 2014.

_____. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 3.227/2014 – ASJCONST/SAJ/PGR na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.013/DF do Supremo Tribunal Federal. Relator: Rodrigo Janot Monteiro de Castro. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 23.8.2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONCEIÇÃO JUNIOR, Hermes Siedler da. *A Jurisdição Constitucional — A liberdade de conformação do legislador e a questão da legitimidade*. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev01/06_dr_hermes.pdf> Acesso em: 27 ago. 2014.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria

- análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso em: 24 ago. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional Português em 2002. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 7, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/AIB/7/AIB_007_561.pdf> Acesso em: 20 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

Comparativo entre o projeto do Novo Código de Processo Civil como forma de garantia fundamental ao procedimento e o processo do trabalho

Paulo Fernando Santos Pacheco^(*)

Resumo:

- ▶ O estudo aqui apresentado tem como finalidade fazer um comparativo entre o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil e o atual regramento do Processo do Trabalho. Como forma de concretizar a pesquisa, fizemos uma análise das principais mudanças, que ocorrerão em alguns institutos caso haja a aprovação de um novo regramento processual comum, além de ser realizado um estudo sobre o princípio do acesso à justiça como corolário do direito ao procedimento, ao julgamento do mérito da lide pelo Poder Judiciário. Num segundo plano, fizemos uma análise da atual jurisprudência trabalhista sobre recursos, benefício da justiça gratuita e o pequeno atraso ao comparecimento às audiências, por um dos litigantes. E, em último plano, apresentamos algumas propostas para reflexão, acerca da necessidade de efetivação do acesso à Justiça no Judiciário Trabalhista.

Palavras-chave:

- ▶ Comparativo — Acesso à Justiça — Processo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da garantia do acesso à Justiça e do direito ao procedimento como forma de prestação da tutela jurisdicional
- ▶ 3. O novo Código de Processo Civil como garantia de aplicação da jurisdição
 - ▶ 3.1. Inovações presentes no projeto do CPC como forma de manifestação da garantia de atuação concreta da jurisdição
- ▶ 4. Do rigor excessivo no processo do trabalho
- ▶ 5. Das propostas para garantir a efetivação do acesso à jurisdição no processo do trabalho
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Professor do Curso de Direito da Universidade Tiradentes. Advogado OAB/SE 5003. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (2014/2015).

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo a realização de um comparativo entre a previsão de alguns institutos, defendida no Projeto do Novo Código de Processo Civil, e o atual regramento processual trabalhista, tendo como finalidade fazer uma defesa do princípio do acesso à justiça como corolário do direito ao procedimento, do direito à análise do mérito das demandas pelo Poder Judiciário.

Como é de todo saber, o Código de Processo Civil passou a partir do ano de 2005 por uma série de reformas, as quais foram objeto de estudos e causaram impactos sejam jurisprudenciais, sejam doutrinários na esfera do Processo do Trabalho. Todavia o Direito Processual Comum está em vias de ser reformado totalmente, caso entre em vigor um novo Código de Processo Civil que vem sendo debatido no Congresso Nacional.

Caso isso ocorra, as reformas serão grandes e, por tais razões, os operadores do Direito Processual do Trabalho precisam neste momento se debruçar sobre questões que poderão vir a ser enfrentadas no seio da Justiça do Trabalho.

Para viabilizar o presente estudo, dividimos o texto em 05 (cinco) capítulos: Da Garantia do Acesso à Justiça e do Direito ao Procedimento como forma de prestação da tutela jurisdicional; O novo Código de Processo Civil como garantia de aplicação da Jurisdição; Novos Institutos do Processo Civil; Do rigor excessivo no Processo do Trabalho; e Das propostas para garantir a efetivação do Acesso à Jurisdição no Processo do Trabalho.

Por fim, realizamos uma análise de alguns institutos previstos no projeto de lei do novo CPC tais como: benefício da justiça gratuita, processamento dos recursos, princípio da instrumentalidade das formas, além dos princípios informativos de criação do anteprojeto e da atual versão em debate no Congresso Nacional.

Afirmamos que a pesquisa realizada foi doutrinária — artigos e livros —, jurisprudencial

e documental, sendo que este estudo será de grande importância para os magistrados, advogados e todos aqueles que, de alguma forma, estudam o Processo do Trabalho e Civil.

2. Da garantia do acesso à Justiça e do direito ao procedimento como forma de prestação da tutela jurisdicional

Assim como os demais ramos do Direito, o processo também vem passando pela chamada “constitucionalização do Direito Processual”. Tal fato tem como reconhecimento a irradiação das normas constitucionais no aspecto processual, garantindo-se aos litigantes e, em especial ao próprio Poder Judiciário, a efetivação das garantias fundamentais dos cidadãos.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988, no inciso XXXV reconheceu ao jurisdicionado como garantia fundamental o chamado Princípio do Acesso à Justiça⁽¹⁾ nos seguintes termos:

Art. 5º (...).

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)

Este dispositivo acima citado, como já dissemos previsto na Constituição Federal de 1988, tem como corolário o art. 6º, da Convenção de Roma de 1950, citado por Alexandre Câmara⁽²⁾, nos seguintes termos:

Art. 6º

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o

(1) BRASIL. Constituição Federal de 1988. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 25 ago. 2014.

(2) CÂMARA, Alexandre F. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas. p. 55.

acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

A preocupação com o Acesso à Justiça é latente e, como sabemos, quando a Constituição traz esta garantia fundamental ao cidadão, obriga os Poderes do Estado a dar cada vez mais efetividade à norma. Sendo assim, tanto o Legislativo quanto o Judiciário devem privilegiar a análise das demandas judiciais. Neste sentido, continua Alexandre Câmara⁽³⁾:

Assim é que, além de se ter no legislador um destinatário da norma contida no art. 5º, XXXV, da CR, também o juiz deve ser entendido como destinatário daquele princípio. Tal afirmação significa o seguinte: se a Constituição garante a todos o Direito de acesso ao Judiciário, a tal direito deve corresponder — e efetivamente corresponder — um dever jurídico, o dever do Estado tutelar as posições.

Como temos defendido, o Poder Judiciário com uma roupagem mais moderna não pode fundamentar em questões processuais, ou do procedimento, com a finalidade de se esquivar de analisar a lide que está posta em juízo. A pacificação social promovida pelo Judiciário deve ser plena, atentando para análise das questões existentes no litígio, sempre lembrando que o processo tem uma finalidade maior, qual seja, a concessão efetiva da jurisdição.

Analisando as questões sob o rigor do processo e do procedimento, Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁽⁴⁾ defendem a necessidade de

(3) Ob. cit., p. 57.

(4) CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 94.

simplificação do processo com novos enfoques, como forma de garantia do acesso à Justiça:

O que é novo no esforço recente, no entanto, é a tentativa, em larga escala, de dar direitos efetivos ao despossuídos contra os economicamente poderosos: a pressão, sem precedentes, para confrontar e atacar as barreiras reais enfrentadas pelos indivíduos. Verificou-se ser necessário mais do que a criação de Cortes especializadas; é preciso também cogitar de novos enfoques do processo civil.

Neste sentido, o professor Leonardo Greco, citando também as lições de Mauro Cappelletti⁽⁵⁾:

O acesso à Justiça não pode ser dificultado por obstáculos impostos por interesses acessórios ou alheios ao exercício da jurisdição. Os pressupostos de exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação) somente são legítimos na medida em que asseguram a eficácia do exercício da jurisdição. São inadmissíveis, violando a garantia da tutela jurisdicional efetiva: a) limites internos que tornem excessivamente difícil em concreto o exercício da ação ou a marcha proveitosa do processo, sob pena de incompatibilidade com a garantia do amplo acesso à tutela jurisdicional, ou seja, a organizar um processo eficaz, garantístico e apto a alcançar um resultado justo. A sua imposição não pode criar obstáculos artificiais ao acesso à Justiça para satisfazer a outros interesses. Quanto aos pressupostos processuais, são eles compatíveis com a garantia constitucional do acesso à Justiça sempre que sirvam adequada e proporcionalmente à proteção de outros direitos fundamentais.

(5) GRECO, Leonardo. Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Gama Filho, citando: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 661-774; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo'*.

Por derradeiro, no presente capítulo, defendemos a necessidade do Estado garantir ao cidadão o direito ao procedimento, como corolário do Princípio do Acesso à Justiça, lembrando apenas que o aqui defendido está relacionado à aplicação pelo Estado da jurisdição, solucionando o conflito de interesses de forma completa, de modo a trazer a pacificação social.

O direito do cidadão inicialmente de participar do procedimento é uma garantia fundamental, e mais um direito subjetivo de acionar o Poder Judiciário, mas tal mister vai além: o jurisdicionado precisa ter instrumentos processuais para que tenha uma decisão de mérito em sua demanda, consoante se extrai das palavras de J. J. Gomes Canotilho⁽⁶⁾:

Com efeito, a participação no procedimento da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjectiva inerente ao direito fundamental. Por outras palavras: a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental. Noutros termos porventura mais explícitos: o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.

E, ainda, continua o constitucionalista português⁽⁷⁾ a afirmar o direito à decisão judicial:

Reconhecer direitos de defesa significa direito à existência de tribunais, direito à jurisdição, direito à decisão judicial, direito à execução de sentenças judiciais. Estes direitos não podem, porém, ser realizados eficazmente sem a intervenção do Estado (que cria tribunais, estabelece processos e

procedimentos, organiza as magistraturas, impõe o cumprimento de decisões). (grifos nossos)

Portanto, não podemos olvidar da necessidade do reconhecimento do Princípio do Acesso à Justiça apenas como meio de levar a demanda ao Poder Judiciário, até pelo fato da necessidade da criação de mecanismos alternativos de resolução dos conflitos, mas, quando a ação for proposta, que os juízes, tribunais e as partes possuam mecanismos de garantir a apreciação do mérito da lide, e não do levantamento de questões processuais para que se obste a aplicação da jurisdição.

3. O novo Código de Processo Civil como garantia de aplicação da jurisdição

1. Nos últimos anos, passou-se ao debate institucionalizado da necessidade de apresentação de um projeto de lei que tivesse como finalidade a revogação da Lei n. 5.689/1973, o Código de Processo Civil chamado “Alfredo Bouzaid”. Dizemos debate institucionalizado, pois pouco tempo depois das discussões acadêmicas, doutrinárias e jurídicas foram apresentados projetos de lei pelo Senado Federal, por intermédio de uma comissão instituída para tal finalidade.

Como dissemos, foram apresentados pelo Senado Federal os Projetos de Leis ns. 6.025/05 e 8.046/10, todos com finalidade de revogar a Lei n. 5.689/1973, o Código de Processo Civil, sendo que o anteprojeto elaborado pela Comissão nomeada pelo então Presidente do Senado Federal José Sarney fora presidida pelo Ministro do STJ, à época, Luiz Fux.

Desprende-se da exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC, a preocupação com a concessão da Prestação Jurisdicional mais “justa” o possível, Acesso à Justiça, bem como a necessidade de modificar o formalismo processual que impera no Poder Judiciário como um todo, em especial nos Tribunais⁽⁸⁾:

(6) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 37.

(7) Ob. cit., p. 39.

(8) BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Anteprojeto do Novo CPC, p. 7-8. Acesso em: 24 ago. 2014.

No afã de atingir este escopo deparamo-nos com o excesso de formalismo processual (...). Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes (...). Trata-se, portanto, de mais um passo decisivo para afastar os obstáculos para o acesso à Justiça, a que comumente se alude, isto é, a duração do processo, seu alto custo e a excessiva formalidade.

A exposição de motivos do anteprojeto continua afirmando que os Tribunais Superiores podem analisar recursos, mesmo que estes não preencham todos os requisitos de admissibilidade caso sejam importantes para a análise e uniformização da aplicação do Direito⁽⁹⁾:

Com objetivo semelhante, permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade das formas.

Em razão do não conhecimento de recursos, pela falta de preenchimento de pressupostos recursais, estamos diante dos “argumentos de política”, os quais têm como finalidade impedir a aplicação do Direito por uma decisão política do Estado, a fim de proteger um interesse coletivo nas lições de Ronald Dworkin⁽¹⁰⁾: “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.”

No entanto, ao contrário do que dito acima, pode-se extrair que o novo CPC buscará garantir a apreciação das questões jurídicas, mesmo que tenha que se dar maior amplitude

ao princípio da instrumentalidade das formas, além de adequar as garantias constitucionais dos litigantes, afastando-se obstáculos que impeçam o acesso à Justiça.

Ainda, na esfera da criação de um novo Código de Processo Civil, para garantir a justa solução de conflitos — inclusive trabalhistas —, além da aplicação da jurisdição, o doutrinador Fredie Didier Júnior⁽¹¹⁾ destacando a necessidade de modificação, apontando 4 espécies de revolução na seara processual, afirma o seguinte:

O projeto de novo Código de Processo Civil (CPC) é, possivelmente, o mais importante projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados. Ao menos no que diz respeito ao impacto na vida dos cidadãos brasileiros. Isso porque o Código de Processo serve para a tutela de todas as relações jurídicas não criminais — civis, consumeristas, trabalhistas, administrativas etc. Nestas quase quatro décadas, o país e o mundo passaram por tantas transformações, que não seria incorreto dizer que praticamente todos os paradigmas que inspiraram o CPC de 1973 foram revistos ou superados. As mudanças se deram nos planos normativo, científico, tecnológico e social.

Revolução jurídica. Entre 1973 e 2012, tivemos, apenas para exemplificar, uma nova Constituição Federal (1988), um novo Código Civil (2002) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC, 1990) — apenas para citar três exemplos de conjuntos de normas que alteraram profundamente o direito brasileiro. O Código de 1973, por óbvio, não foi elaborado para uma realidade jurídica tão diferente. É preciso construir um Código de Processo Civil adequado a essa nova estrutura jurídica.

(9) *Ibidem*, p. 22. Acesso em: 24 ago. 2014.

(10) DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 129.

(11) Brasil. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/noticias/razoes-para-um-novo-cpc-confiteor-fredie-didier/1523/JUNIOR>>. Fredie Didier. *Razões para um novo CPC*. Confiteor. Acesso em: 24 ago. 2014.

Revolução científica. (...) O Código de Processo Civil deve espelhar o atual estado da arte da ciência jurídica brasileira. É por isso que a Câmara dos Deputados está atenta para a necessidade de aprimorar as regras que impõem motivação adequada na aplicação dos princípios jurídicos. Além disso, a Câmara dos Deputados tem discutido a possibilidade de consagrar, em enunciados expressos, princípios processuais imprescindíveis para a construção de um modelo de processo civil adequado à Constituição Federal, como os princípios da boa-fé processual e da eficiência.

Revolução tecnológica. O processo em autos eletrônicos é uma realidade inevitável. Pode-se afirmar, inclusive, que o Brasil é um dos países mais avançados no mundo neste tipo de tecnologia.

Revolução social. (...) A massificação dos conflitos, fenômeno bastante conhecido e estudado, é um dado de fato que não pode ser ignorado na elaboração de um novo CPC. O Senado propôs a criação de instrumentos que visam dar mais racionalidade ao processamento das demandas de massa – dentre estes instrumentos, notabilizou-se o “incidente de resolução de demandas repetitivas”, que tem por objetivo a fixação de uma tese jurídica vinculante, que sirva para a solução de todas as causas homogêneas.

Por fim, a modificação do Direito Processual Civil, mediante aprovação de um novo CPC, irá permitir a obtenção de uma decisão que ponha solução ao conflito, mesmo que se tenha de atenuar o rigor excessivo das formalidades processuais, o que culminará na efetivação das garantias constitucionais e no dever do Estado de dar uma solução para a controvérsia apresentada. Todavia, necessitamos estudar quais os impactos na seara Processual Trabalhista destas questões, sob pena de o Processo do Trabalho não atender mais aos anseios dos litigantes perante a Especializada.

3.1. Inovações presentes no projeto do CPC como forma de manifestação da garantia de atuação concreta da jurisdição

Antes de falarmos das inovações trazidas pelo projeto do novo CPC, é importante salientarmos que o novel diploma legal está totalmente baseado no viés principiológico da garantia do acesso ao Poder Judiciário, e mais no dever de lealdade, cooperação e boa-fé objetiva das partes do processo — sendo aqui entendidas em sentido amplo (autor, juiz, réu e auxiliares do juízo) — além, da permissão de cooperação entre todos os Órgãos do Judiciário, trazendo a ideia de que a função jurisdicional é um todo e não um isolado de órgãos.

O primeiro dispositivo do projeto do novo CPC que citamos, trata do acesso à justiça⁽¹²⁾:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Como já dissemos, a nova legislação processual tem como finalidade permitir o julgamento da lide, a análise do mérito, mesmo que tenha que se passar em cima do rigor e do formalismo da lei, buscando um fim maior: a efetivação da Constituição.

Em segundo plano, o projeto do CPC, em conformidade com o que dissemos no primeiro parágrafo deste capítulo, tem como corolário a defesa do dever de boa-fé, cooperação e lealdade entre as partes do processo. Neste sentido, obriga os litigantes, além do Poder Judiciário, a agir com transparência, no desenvolver da relação jurídico-processual, pois o processo não pode ser manejado com intuito de surpreender o outro, de tirar proveito do outro⁽¹³⁾:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

(12) BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Projeto do Novo CPC. Acesso em: 25 ago. 2014.

(13) BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Projeto do Novo CPC. Acesso em: 25 ago. 2014.

Art. 6º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 7º É assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável.

Além dos artigos citados sobre a boa-fé, gostaríamos de destacar o disposto no art. 7º do projeto acima declinado, que afirma que o juiz deve velar pelo efetivo contraditório, ou seja, o magistrado tem o dever de permitir a produção das provas pleiteadas pelas partes, tem de agir em cooperação com as partes na busca pela decisão mais justa o possível.

Outro ponto importante da reforma, é que o reconhecimento de incompetência — relativa ou absoluta — seja em que grau de jurisdição ocorrer, não deve mais culminar com extinção do processo sem resolução de mérito, mas, sim, com o encaminhamento dos autos ao Órgão Jurisdicional competente, além de que os órgãos do Poder Judiciário devem cooperar entre si⁽¹⁴⁾:

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o órgão jurisdicional decidirá imediatamente a alegação de incompetência; se acolhida, serão os autos remetidos ao juízo competente.

§ 3º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-á os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

Seguindo-se a análise das inovações trazidas no projeto do novo CPC, mais uma questão de fundamental importância é a forma de processamento dos recursos, permitindo-se ao Relator e ao Tribunal a aplicação efetiva do princípio da instrumentalidade das formas, razão pela qual poderá ser praticado um ato de juntada de procuração, complementação do preparado quando insuficiente; além da produção de provas caso o Relator ou o Órgão Julgador entendam necessário; e ainda mesmo que seja discutida uma preliminar que seja compatível com o julgamento da matéria principal, esta deverá ser analisada⁽¹⁵⁾:

Art. 945. Incumbe ao relator:

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Art. 951. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

Art. 952. Rejeitada a preliminar ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar.

Por fim, até pelo fato de que não poderemos esgotar a análise do projeto do novo CPC neste artigo, tem-se um tema da maior importância

(14) BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Projeto do Novo CPC. Acesso em: 25 ago. 2014.

(15) BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Projeto do Novo CPC. Acesso em: 25 ago. 2014.

para o acesso ao Poder Judiciário, tanto Comum quanto Especializado, que é o benefício da Justiça Gratuita.

Em segundo plano, o projeto traz expressamente o dever de boa-fé, cooperação e lealdade entre as partes do processo, neste sentido obriga não só os litigantes, mas também Poder Judiciário agir com transparência, no desenvolver da relação jurídico-processual, pois o processo não pode ser manejado com intuito de surpreender, de tirar proveito do outro⁽¹⁶⁾:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I – as taxas ou custas judiciais;

(...)

VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

§ 6º Conforme o caso, o órgão jurisdicional poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

4. Do rigor excessivo no processo do trabalho

Inicialmente, faz-se necessário salientar que, no presente artigo não se busca fazer uma crítica aos posicionamentos jurisprudenciais, e aos precedentes adotados na esfera da Justiça Especializada, todavia, é de crucial importância analisarmos quais os entendimentos preponderantes, para que se possa chegar a uma conclusão acerca da rigidez excessiva que vem se impedindo a aplicação da jurisdição, ou se o caminho a percorrer é o que tem se praticado até o momento?

Faz-se necessário salientarmos que as regras jurídicas aplicáveis ao Processo do Trabalho

(16) BRASIL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Projeto do Novo CPC. Acesso em: 25 ago. 2014.

estão previstas no Decreto-lei n. 5.452/43 — Consolidação das Leis do Trabalho — publicada na chamada Era Vargas, mesmo com a denominação Justiça do Trabalho, era um órgão componente do Poder Executivo que somente passou a integrar o Poder Judiciário com a Constituição de 1946, pedimos permissão para citar o histórico acerca da Justiça do Trabalho do TRT da 3ª Região⁽¹⁷⁾:

(...). a Constituição de 1946, que a vinculou ao Poder Judiciário da União (arts. 122 e 123, da seção VI, capítulo III), dando-lhe competência para a execução de suas condenações, transformando os Conselhos Regionais em Tribunais Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional em Tribunal Superior do Trabalho. (...) A Justiça do Trabalho foi concebida como a instância própria para conciliar e julgar os conflitos entre patrões e empregados, oriundos das relações trabalhistas, quando solicitada por uma das partes.

Então, faz-se necessário levarmos em consideração que a CLT é de 1943, ou seja, as regras do Processo do Trabalho já têm mais de 70 (setenta) anos, além de que precisamos salientar que inicialmente a previsão da competência da Justiça do Trabalho era apenas para julgar os conflitos entre empregado e empregador — relativos às verbas típicas trabalhistas — todavia, com o passar dos anos e com a evolução dos conflitos na esfera da relação de trabalho, esta competência acertadamente fora ampliada, contudo, faz-se necessária também a evolução da legislação e da própria aplicação dos princípios constitucionais para que possamos ter um Judiciário Trabalhista mais justo, e que tenha como finalidade precípua a pacificação desta seara tão conflitante: capital e trabalho.

A primeira jurisprudência a analisarmos é a OJ n. 245⁽¹⁸⁾ da SDI/1, a qual afirma não ser possível o atraso das partes para audiência:

(17) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Disponível em: <www.trt3.jus.br> Acesso em: 26 ago. 2014.

(18) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). OJ n. 245 da SDI-1. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 26 ago. 2014.

245. REVELIA. ATRASO. AUDIÊNCIA (inserida em 20.06.2001). Inexiste previsão legal tolerando atraso no horário de comparecimento da parte na audiência.

Extrai-se da presente orientação jurisprudencial que as partes não podem atrasar nem poucos minutos, e ainda a CLT no art. 815, permite atraso de 15 minutos apenas para o Juiz. Ocorre que, como adequar esta interpretação com as grandes cidades, com o trânsito caótico que existe em nosso país?

Em nosso entendimento — sempre lembrando que a parte não pode deliberadamente se atrasar, ou agir com má-fé, pois a nova processualística preconiza tal dever — e seguindo a posição de Mauro Schiavi⁽¹⁹⁾, deveria o magistrado analisar caso a caso:

No nosso sentir, o atraso das partes tem de ser sopesado caso a caso, considerando os seguintes elementos: a) o local das audiências; b) o horário de designação; a dificuldade de se chegar ao local, máxime se considerando os problemas de congestionamento do trânsito, filas para pegar o elevador do fórum. Deve sempre o magistrado pautar-se pelo bom-senso e razoabilidade na hora de avaliar o atraso. No nosso sentir, um atraso de poucos minutos deve ser avaliado de forma diferente da parte que simplesmente não compareceu. (grifos nossos)

Em relação a interposição de recursos a atual jurisprudência adotou posicionamento rígido quanto ao seu processamento, nem se permite a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas quando interpostos os apelos perante o Judiciário Trabalhista, como se extrai da Súmula n. 383 e da Orientação Jurisprudencial n. 140 da SDI-1, do TST⁽²⁰⁾, inviabilizando a análise do mérito da causa pelo Tribunal por erros que poderiam ser perfeitamente sanáveis pelas partes:

(19) SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 484.

(20) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Súmula n. 383 e OJ n. 140 da ADI-1. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 26 mar. 2013.

SÚMULA N. 383. MANDATO. ARTS. 13 E 37 DO CPC. FASE RECURSAL. INAPLICABILIDADE (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 149 e 311 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

I – É inadmissível, em instância recursal, o oferecimento tardio de procuração, nos termos do art. 37 do CPC, ainda que mediante protesto por posterior juntada, já que a interposição de recurso não pode ser reputada ato urgente. (ex-OJ n. 311 da SBDI-1 – DJ 11.8.2003)

II – Inadmissível na fase recursal a regularização da representação processual, na forma do art. 13 do CPC, cuja aplicação se restringe ao Juízo de 1º grau. (ex-OJ n. 149 da SBDI-1 – inserida em 27.11.1998)

140. DEPÓSITO RECURSAL E CUSTAS. DIFERENÇA ÍNFIMA. DESERÇÃO. OCORRÊNCIA (nova redação) – DJ 20.4.2005.

Ocorre deserção do recurso pelo recolhimento insuficiente das custas e do depósito recursal, ainda que a diferença em relação ao “*quantum*” devido seja ínfima, referente a centavos.

Podemos perceber que o entendimento dominante no Processo do Trabalho, tanto quanto à juntada de procuração como quanto ao complemento do preparo recursal conflita com o CPC atual no art. 511, § 2º e 515 do CPC, mais ainda no que concerne ao projeto do novo CPC que permite a aplicação integral do princípio da instrumentalidade das formas no processamento recursal.

Pede-se “vênia” para citar precedente em sentido contrário da 8ª Turma do TST⁽²¹⁾, a qual pode ser o caminho para uma futura revisão do entendimento:

Para a relatora, Ministra Dora Maria da Costa, a tese da deserção não se sustenta em razão de o texto da Orientação Jurisprudencial n. 140, que afirma ser deserto o recurso quando o recolhimento das custas e do

(21) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Processo: AIRR-110700-31.2007.5.05.0132. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 27 ago. 2014.

depósito recursal for insuficiente, ainda que a diferença em relação à quantia devida for ínfima, “referente a centavos”.

Na decisão, que foi seguida pelos demais membros do colegiado, a relatora afirmou que a diferença de apenas um centavo não pode acarretar a deserção do recurso. “Se trata de quantia sem expressão monetária, sendo certo que, ainda, que a OJ n. 140 da SDI-1/TST se reporta a centavos, no plural, o que não abrange a situação vertente”, destacou.

Por último, a análise da atual jurisprudência trabalhista de um tema da maior importância para os operadores do Direito, quanto ao fato do benefício da justiça gratuita alcançar também o valor do depósito recursal.

Mais uma vez, o entendimento predominante do TST, desta feita, não sumulado, nem sequer sob a forma de orientação jurisprudencial, mas, por uma vasta série de precedentes recentes, afirmam que o benefício da justiça gratuita não abrange o depósito recursal, nem sequer quando o recorrente for pessoa física condenada⁽²²⁾:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA EM EXECUÇÃO. BENEFÍCIO A JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DESERÇÃO DO RECURSO DE REVISTA CARACTERIZADA. A Lei n. 1.060/50 assegura o benefício da assistência judiciária aos que afirmarem não ter condições de arcar com as despesas do processo. Entretanto, na Justiça do Trabalho, esse benefício abrange apenas as custas, os emolumentos e honorários periciais. Tratando-se dos sócios da empresa executada, o benefício não alcança o depósito recursal, que não ostenta natureza de taxa ou emolumento judicial, mas de garantia do juízo, visando à satisfação do débito. Configurada, portanto, a deserção do recurso de revista, não se divisa ofensa à literalidade do art. 5º, LV, da Constituição Federal, nos moldes da Súmula n. 266 do

(22) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Processo: AIRR-107600-56.2009.5.24.0007. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 27 ago. 2014.

TST, sendo corretamente denegado na origem. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Exigir-se das pessoas físicas a realização do depósito recursal inviabiliza o acesso ao judiciário, pois como um empregador doméstico irá disponibilizar mais de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais) para interpor recurso para o TST, como poderá dispender de quantias aviltantes para que se possa ter revisada uma decisão injusta contrária?

Neste sentido, a CF/88 no inciso LXXIV⁽²³⁾ dispõe:

O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos.

E esta atribuição é mais inerente ainda da Justiça do Trabalho, a chamada justiça social, que tem como fundamento a possibilidade de acesso à justiça aos que não têm condições de demandar judicialmente.

A lei que trata do tema, Lei n. 1.060/50⁽²⁴⁾, foi efetivamente alterada em 2009 para contemplar esta possibilidade, sendo acrescentado o inciso VII, no art. 3º. Vejamos:

Art. 3º A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho já havia editado a Instrução Normativa n. 3/99⁽²⁵⁾ dispensando a realização do depósito recursal:

(23) BRASIL. Constituição Federal de 1988. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível a partir de: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 27 ago. 2014.

(24) BRASIL. Lei n. 1.060/50. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 27 ago. 2014.

(25) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Instrução Normativa n. 3/99. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 27 ago. 2014.

X – Não é exigido depósito recursal, em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, dos entes de direito público externo e das pessoas de direito público contempladas no Decreto-lei n. 779, de 21.8.1969, bem assim da massa falida, da herança jacente e da parte que, comprovando insuficiência de recursos, receber assistência judiciária integral e gratuita do Estado (art. 5º, LXXIV, CF).

Todavia, faz-se necessário que se analise a nova ótica do Direito baseado na efetividade da Constituição. Alguns Tribunais Regionais do Trabalho, quando a parte é beneficiária da justiça gratuita, permitem o processamento do recurso sem o depósito⁽²⁶⁾:

Empregador doméstico. Justiça gratuita. Depósito recursal. O benefício da justiça gratuita hoje abrange o depósito recursal. Nova redação dada ao art. 3º da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1959, com inciso (VII) acrescentado pela Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009 (art. 17). Empregador pessoa física. Direito à justiça gratuita. Garantia constitucional. Inaplicabilidade da Súmula n. 6 do TRT da 2ª Região. Agravo de Instrumento a que se dá provimento.” (TRT – 2ª R. – 11ª T. – Proc. 00046200925202012 – Rel. Eduardo de Azevedo Silva – DOE 20.4.2010). (Retirado do *site* do TRT 2ª Região.)

Por tudo quanto exposto, faz-se necessária uma revisão da atual jurisprudência trabalhista, a fim de que se permita uma maior aplicação da jurisdição, garanta-se o acesso à justiça, permita-se que o Judiciário Trabalhista possa dar maior efetivação aos próprios direitos trabalhistas dos litigantes e atinja a sua finalidade precípua e que com maestria realiza, sob pena de não mais acompanhar os avanços preconizados na esfera comum do Judiciário.

5. Das propostas para garantir a efetivação do acesso à jurisdição no processo do trabalho

Neste último item, traçamos como objetivo a apresentação de propostas, para que o

(26) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo 00046200925202012. Disponível em: <www.trt2.jus.br> Acesso em: 27 ago. 2014.

Processo do Trabalho não fique estagnado — não acompanhe a modernização ideológica do Poder Judiciário — ou para que a Justiça Laboral não se torne uma “ilha” e fique isolada em seus posicionamentos.

Lógico que já houve avanços jurisprudenciais, a teor do que se extrai da Súmula n. 434, item II, do TST, que afirma a parte não ser prejudicada pela oposição de embargos da parte contrária, quando interpôs seu recurso tempestivamente em virtude da interrupção do prazo.

No entanto, isso não é ainda suficiente, razão pela qual algumas proposições merecem a consideração para os operadores atuais do processo do trabalho, e também para todos aqueles que atuam perante o Judiciário Trabalhista.

A primeira proposta a ser analisada seria a criação de um Código de Processo do Trabalho, como defendeu o atual presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Rodolfo Pamplona Filho, em entrevista concedida ao *site* ConJur⁽²⁷⁾:

Em entrevista à revista *Consultor Jurídico*, destaca que o Brasil tem leis demais, mas um Código de Processo do Trabalho seria muito bem-vindo, para garantir maior segurança, uniformização e celeridade. Ele assegura que a academia está disposta a elaborar um anteprojeto, se os legisladores brasileiros entenderem, que há uma necessidade de termos um CPT.

ConJur – Precisamos de um Código de Processo do Trabalho? Rodolfo Pamplona – Se você me pergunta se é imprescindível, eu respondo: Não, não é imprescindível, se todos nós pudéssemos interpretar a legislação processual de forma iluminada pela Constituição, garantindo os direitos fundamentais das partes. Todavia, o fato de termos uma legislação tão antiga faz com que cada juiz

(27) BRASIL. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-27/entrevista-rodolfo-pamplona-presidente-academia-direito-trabalho> Acesso em: 27 ago. 2014.

interprete de acordo com a sua compreensão do processo. Embora tenhamos muitas leis, um CPT seria muito bem-vindo, se for para garantir maior segurança, uniformização e celeridade. Todavia, é preciso que ele seja feito atendendo aos efetivos reclames de todos os envolvidos em sua aplicação, e não sendo mais uma lei para tumultuar o sistema. Se o legislador brasileiro quiser um anteprojeto de Código de Processo do Trabalho, a academia apresenta na hora.

Outra proposição a ser considerada seria a unificação do Processo Civil e do Processo do Trabalho, pois os dois são instrumentos de aplicação da atividade jurisdicional, têm a função precípua de permitir a solução dos conflitos, ou seja, as metas são comuns, permitindo-se assim o acesso mais facilitado à solução dos conflitos, sendo tal ponto já defendido por José Augusto Rodrigues Pinto⁽²⁸⁾

Ora, se há unidade de meta, nada mais sensato do que unificar o processo, lucidez que impregna as palavras do saudoso *Frederico Marques* que parecem estar sendo proferidas agora mesmo: *Mutatis mutandis*, é o que acontece com o Poder Judiciário, quando no exercício de sua função específica, que é a jurisdição; e como a prestação jurisdicional se realiza no processo, seria tão absurdo falar em dualismo processual, como esdrúxulo seria bipartir-se a função legislativa. (...). Unificação normativa, quando permitida pela convergência de objetivos, jamais levará ao sacrifício da autonomia de ramos que conservarão seus *princípios peculiares e doutrina própria*, procurando apenas harmonizar a aplicação prática através dos princípios comuns à teoria processual, e dos institutos fundamentais comuns a todos os ramos, conforme salienta a própria citação feita.

(28) PINTO, José Augusto Rodrigues. A hora e a vez da unificação dos Processos Civil e Trabalhista. *Rev. TST*, Brasília, vol. 73, n. 1, jan./mar. 2007.

Por derradeiro, a última proposta a ser objeto de reflexão seria dar uma interpretação mais ampliativa, mais constitucional ao art. 769 da CLT⁽²⁹⁾:

Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de que o referido dispositivo só permite a aplicação das regras do Processo Civil ao Processo do Trabalho em caso de omissão da CLT, além da inexistência de incompatibilidade, pois uma interpretação mais ampliativa do art. 769, da CLT com o regramento atual do processo trabalhista poderia gerar um vasto campo de incompatibilidades.

Todavia, faz-se necessário pelo menos colocar-se em debate novamente a aplicação deste dispositivo, pois diante das mudanças que vêm ocorrendo não só no campo processual, mas também no âmbito social reclamam uma mudança de paradigma da atuação do aplicador da legislação trabalhista.

Como forma de ampliar a aplicação do art. 769 da CLT ao Processo do Trabalho, Jorge Luiz Souto Maior⁽³⁰⁾ afirmou:

Dito em outras palavras, mais claras e diretas: quando alguém diz que foram formuladas mudanças no Código de Processo Civil, o processualista trabalhista deve indagar: — alguma das inovações traz benefícios à efetividade do processo do trabalho, para fins de melhor fazer valer os direitos trabalhistas? Se a resposta for negativa, ou até o contrário, que representa a criação de uma formalidade capaz de gerar algum óbice a este propósito, deve-se concluir sem medo

(29) BRASIL. Decreto-lei n. 5.452/43. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 ago. 2014.

(30) MAIOR, Jorge Luiz Souto. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 8, p. 921, ago. 2006.

de estar errado: — então, não é preciso nem dizer quais foram as tais alterações!

O que devemos analisar é a necessidade de se interpretar o art. 769 da CLT conforme o modelo constitucional de processo, com a necessidade de dar efetivação às normas constitucionais, aos direitos e garantias fundamentais, em especial do acesso à justiça, consoante Marcelo Freire Sampaio Costa⁽³¹⁾:

A leitura isolada e a interpretação literal dos pressupostos de (omissão e compatibilidade) da técnica da subsidiariedade não se impõem mais como corretas nesta quadra da evolução processualística. Isto significa, em última análise, a necessidade de integrar a previsão disposta no texto laboral ao aqui defendido modelo principiológico constitucional do processo.

Com vistas a se fazer um comparativo, acerca de alguns institutos, serão modificados caso entre em vigor um novo Código de Processo Civil. Este estudo busca trazer à tona a necessidade de rediscussão da jurisprudência hoje praticada na Justiça do Trabalho, além da nova forma de interpretação de alguns institutos da CLT, buscando-se um fim maior: permitir-se a efetiva e justa aplicação da jurisdição.

6. Conclusão

O presente estudo teve como objetivo a análise do projeto do novo Código de Processo Civil, as possíveis modificações que irão ocorrer e a atual jurisprudência da Justiça do Trabalho, além de terem sido indicadas propostas de reflexão para que se possa ter um Direito Processual do Trabalho mais adequado aos princípios constitucionais.

O nosso intuito é chamar os estudiosos do Processo do Trabalho para uma reflexão — mantém-se entendimento rígido atual — ou se é possível a Justiça do Trabalho, órgão que

(31) COSTA, Marcelo Freire Sampaio Costa. *Reflexos da reforma do CPC no processo do trabalho*: leitura constitucional do princípio da subsidiariedade. São Paulo: Método, 2007. p. 32.

exerce um dos mais importantes papéis no Judiciário brasileiro, possa ter uma interpretação de seus institutos de forma a dar maior amplitude aos principais constitucionais, não para aumento dos litígios, mas, como forma de realização efetiva da atividade jurisdicional atingindo um fim maior: a pacificação plena dos conflitos de interesse.

Parece-nos necessário o debate acerca do regramento processual trabalhista vigente, a fim de que se possa garantir ao jurisdicionado um maior acesso à justiça, que pelo menos sejam debatidas uma maior amplitude do benefício da justiça gratuita, do princípio da instrumentalidade, das formas no aspecto recursal, garantindo-se assim a justa aplicação da Justiça em cada litígio submetido ao Poder Judiciário Trabalhista, sob pena de ocorrer um isolamento da Justiça do Trabalho.

7. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 25 ago. 2014

_____. Anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> p. 7-8. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. Anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> p. 2. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. Razões para um novo CPC. *Confiteor*. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/noticias/razoes-para-um-novo-cpc-confiteor-fredie-didier/1523/JUNIOR>>. Fredie Didier. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. *Projeto do Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 25 ago. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em 26 ago. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *OJ n. 245 da SDI/1*. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 26 ago. 2014.

- _____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Súmula n. 383 e OJ n. 140 da SDI-1*. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 26 mar. 2013.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Processo: AIRR-110700-31.2007.5.05.0132*. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 27 ago. 2014.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Processo: AIRR-107600-56.2009.5.24.0007*. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 27 ago. 2014.
- _____. Constituição Federal de 1988. *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 ago. 2014.
- _____. *Lei n. 1.060/50*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 ago. 2014.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Instrução Normativa n. 3/99*. Disponível em: <www.tst.jus.br> Acesso em: 27 ago. 2014.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Processo 00046200925202012*. Disponível em: <www.trt2.jus.br> Acesso em: 27 ago. 2014.
- _____. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-27/entrevista-rodolfo-pamplona-presidente-academia-direito-trabalho>>. Acesso em: 27 ago. 2014.
- _____. Decreto-lei n. 5.452/43. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 27 ago. 2014.
- CÂMARA, Alexandre F. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, p. 55.
- _____. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, p. 57.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- COSTA, Marcelo Freire Sampaio Costa. *Reflexos da reforma do CPC no processo do trabalho: leitura constitucional do princípio da subsidiariedade*. São Paulo: Método, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- GRECO, Leonardo. Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Gama Filho, citando: Mauro Cappelletti e Denis Tallon, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973, págs.661/774; Luigi Paolo Comoglio, *Garanzie costituzionali e 'giusto processo'*.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. A hora e a vez da unificação dos Processos Civil e Trabalhista. *Revista do TST*, Brasília, vol. 73, n. 1, jan./mar. 2007.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 8, p. 921, ago. 2006.

Proteção: o princípio do Direito do Trabalho

Valdete Souto Severo^(*)

Resumo:

- ▶ Neste artigo, investigamos a noção de princípio, assente na doutrina, para desmistificá-la, a fim de identificar, no âmbito do Direito do Trabalho, a existência de um único princípio: o da proteção ao trabalho humano. Isso, porém, não retira a importância das noções de imperatividade ou irrenunciabilidade das normas trabalhistas. Antes, sublinha essa importância, na medida em que afasta a possibilidade de ponderação do princípio da proteção, que deve sempre justificar a aplicação da regra jurídica trabalhista, a partir da premissa de que essa norma é justamente o resultado da soma da regra com seu princípio inspirador.

Palavras-chave:

- ▶ Princípio — Proteção — Constituição — Efetividade — Direito do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Os princípios no âmbito dos Direitos Fundamentais: novo conteúdo
- ▶ 3. No princípio: uma definição de princípios
- ▶ 4. O princípio da proteção e o papel da linguagem no Direito
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A doutrina trabalhista, especialmente desde Plá Rodriguez, reconhece o princípio da proteção como vetor que orienta e justifica a existência do Direito do Trabalho. Poucos, porém, são os autores que se preocupam em investigar o conceito de princípio, a fim de compreender a

razão por que a noção de proteção figura como tal. Soma-se a isso o fato de que a doutrina insiste em arrolar um número de princípios do Direito do Trabalho, que variam de acordo com a vontade de quem escreve. Este artigo tem por objetivo investigar o que torna (ou não) a noção de proteção um princípio, no

(*) Juíza do Trabalho. Professora e Coordenadora da Especialização em Direito e Processo do Trabalho da FEMARGS – Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS. Professora de Pós-graduação no IMED. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISINOS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Tra-

balho pela UNISC. Master in Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale presso la Università Europea di Roma. Especialista em Direito do Trabalho pela UDELAR – Universidade do Uruguai. Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS. Doutoranda em Direito do Trabalho na USP/SP.

âmbito do Direito do Trabalho. A partir dessa primeira investigação, tentaremos demonstrar se deve a proteção figurar como único verdadeiro princípio no âmbito trabalhista.

A “inflação principiológica”, dando o nome de princípio ao que é regra ou valor, esvazia de conteúdo e função os verdadeiros princípios. Daí a importância do tema. É essa uma das razões pelas quais parece hoje tão fácil invocar princípios contrários à proteção ou simplesmente afastá-la, em nome dessa ou daquela necessidade imediata. Por isso, antes de definir o princípio da proteção ou de reconhecê-lo como razão de ser e norte do Direito do Trabalho (e como verdadeiro princípio), temos de estabelecer o que é um princípio, distinguindo-o (ou não) das regras jurídicas. Precisamos reconhecê-lo dentre as normas, compreendendo que a noção mesma de princípios é historicamente recente, razão da dificuldade em lidarmos com ela.

Compreender o que é um princípio tem consequências práticas de extrema relevância. Ao Direito do Trabalho, por exemplo, é cara a ideia de princípio da proteção, tão bem desenvolvida por Plá Rodriguez, cuja obra até hoje é referência para os estudiosos das relações jurídicas trabalhistas. Esse autor, de forma simples e direta, define princípios como “ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica”⁽¹⁾. A definição, embora diga tanto, parece insuficiente diante da função transformadora assumida pelo Direito a partir da segunda metade do século passado.

A construção da teoria dos direitos fundamentais determinou uma mudança radical na função do Direito e do Estado, que passou a deter a missão não apenas de diagnosticar, determinar e coibir condutas, mas especialmente de operar mudanças que implicassem melhoria nas condições sociais. Da preocupação com a estrutura do direito e de sua definição como

(1) RODRIGUEZ, Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 35.

“ciência jurídica”, passamos à consideração de sua função enquanto instrumento de transformação social.

Este estudo não se dedicará à definição ou mesmo à reconstrução da origem e do desenvolvimento da noção de direitos fundamentais. É preciso, porém, tangenciá-la para compreender de forma adequada a mudança no papel dos princípios a partir de então. E é por aí que iniciaremos.

2. Os princípios no âmbito dos Direitos Fundamentais: novo conteúdo

Quando falamos de direitos fundamentais, logo remetemos nosso pensar à ideia de dignidade da pessoa humana, exatamente porque no cerne da doutrina que reconhece e sistematiza alguns valores como “fundamentos do Estado”, está a noção de que o homem deve ser respeitado. E são justamente esses valores que irão inspirar e justificar a categoria de direitos fundamentais. O conceito de dignidade humana em Kant é o de dignidade como “autonomia ética do ser humano”, ou seja, “o ser humano (indivíduo) não pode ser tratado — nem por ele próprio nem pelos outros — como objeto”⁽²⁾. Parece tranquilo afirmar que essa noção de dignidade está presente na organização social desde muito tempo⁽³⁾. Ela é, porém, retirada do âmbito exclusivo da moral e trazida para dentro do sistema jurídico, justamente em um período histórico no qual foi necessária sua (re)afirmação.

É de registrar a crítica que podemos tecer ao conceito de dignidade em Kant, voltado que é à afirmação do indivíduo como sujeito de direitos, dando pouca ou nenhuma atenção ao caráter social da noção de dignidade:

(2) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32.

(3) Por isso, Sarlet, na mesma obra, refere que a dignidade da pessoa humana não pode ser “dada”, concedida pelo ordenamento jurídico. Trata-se de qualidade ínsita à condição humana (*op. cit.*, p. 69).

à necessidade de compreender a dignidade a partir do Outro.

Para além dessa crítica, que não compromete a importância da dignidade como parâmetro para a criação e aplicação das normas, notadamente daquelas trabalhistas, o importante é perceber que todos os doutrinadores se reportam à época em que importantes revoluções determinaram uma mudança radical na forma de organização social.

A Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Constituição Americana, de 1787, são textos em que já se verifica preocupação com a inserção de direitos inalienáveis e fundamentais⁽⁴⁾. Todos editados depois da ruptura com um modelo de organização da sociedade. Todos, em certa medida, comprometidos com valores como liberdade e igualdade.

É preciso novamente sublinhar o corte necessário pela dimensão desse estudo: não nos deteremos nas características das revoluções dessa época, das quais a Revolução Francesa destaca-se por sua expressiva importância para a construção do (novo) direito. Também não teremos espaço para dissecar a falácia contida nos ideais de liberdade e igualdade desses movimentos de libertação. Poucos fruíram verdadeiramente a liberdade ou puderam lançar mão da igualdade idealizada no movimento revolucionário francês. Já sabemos disso.

É importante, porém, refletir acerca da radical modificação de estrutura social que se opera nesse momento histórico. Ao estabelecer uma flagrante “abertura” em termos de acesso (a bens e à influência política), essas revoluções introduziram no imaginário jurídico a noção de que o homem, como destinatário da norma, deve ser protegido inclusive de si mesmo, porque esse é o único caminho capaz de garantir uma

(4) SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 51.

convivência minimamente saudável. Na gênese dos direitos fundamentais, portanto, está a noção do homem *entre seus pares*.

Olhando para trás, no momento de “dar nome” a essa categoria de direitos que deve figurar no “fundamento de um Estado”, a doutrina reconhece como direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração, aqueles típicos do ideário liberal-burguês do século XVIII, de cunho individualista⁽⁵⁾. Embora a aparente contradição possa surpreender, mantemos a convicção de que os direitos fundamentais são direitos reconhecidos para além da condição humana individual. Constituem-se uma categoria de direitos tornada especial em face da constatação de que apenas assim seria possível um convívio saudável entre os homens.

Estão, pois, umbilicalmente ligados ao chamado “princípio da comunidade”⁽⁶⁾. Assim, ainda que sua sistematização, ocorrida *a posteriori*, identifique os direitos tipicamente liberais como fundamentais, um exame crítico da matéria nos revela que essa fase inicial, de extrema importância por valorizar a liberdade como fundamento do Estado, era apenas um primeiro e tímido passo para a construção do que realmente identifica a ideia mesma de direitos fundamentais.

O que a doutrina denomina direitos fundamentais de segunda dimensão⁽⁷⁾, ou seja, os direitos sociais, são, em nosso sentir, o cerne do conceito de direitos fundamentais, porque é com eles que começamos a pensar o Estado como uma organização social e jurídica que tem que se preocupar *com* e garantir *o* bem-estar de todos.

(5) *Op. cit.*, p. 54.

(6) Essa é uma expressão utilizada por Boaventura de Souza Santos, e que ele identifica com o que denomina “segundo período do capitalismo”, caracterizado pela ideia de cidadania social, de desenvolvimento econômico socialmente comprometido (SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 243-4).

(7) Estamos utilizando, propositadamente, a nomenclatura adotada por Ingo Sarlet, em lugar de “geração”, por entendê-la mais adequada.

O desenvolvimento da noção de direitos fundamentais tem relação mais íntima do que a princípio pode parecer, com o Direito do Trabalho e com o princípio/dever de proteção. A sociedade se industrializa e o capitalismo se instala como forma de organização social, sob o manto do ideal liberal e é em nome de uma proposta de participação de parte mais expressiva da sociedade na economia (*lato sensu*), que o conceito de liberdade se modifica. À noção de propriedade agrega-se a noção de acúmulo de riqueza. E essa capacidade de acumular (vendida como essa qualidade individual em tempos de liberalismo clássico e reforçada com esse mesmo viés pelo chamado *neoliberalismo*) passa a constituir o principal elemento de divisão (ou reconhecimento) das classes sociais.

Em pouco tempo, a sociedade passa a ser identificada como uma composição formada por homens que *vivem-do-trabalho* (expressão utilizada por Ricardo Antunes e para a qual Marx utilizava a denominação proletariado) e homens que *vivem da exploração do trabalho alheio* (capitalistas). O trabalho humano subordinado à vontade e aos fatores de produção de outrem é a mola propulsora dessa nova forma de organização social.

O Direito do Trabalho, como ramo específico do Direito, nasce desse conflito entre os que trabalham (e dependem do trabalho para sobreviver) e aqueles que lucram com o trabalho, ambos em situação necessariamente contrária⁽⁸⁾.

(8) Como escrevemos em outra oportunidade: “Sobre essa égide fundamenta-se o Estado Moderno. O trabalho passa — de mera atividade opcional motivada pela liberdade — a constituir condição de sobrevivência do homem moderno. A Revolução Industrial solidifica a noção do homem como parte de uma organização destinada à produção de bens. As atividades se especializam e as fábricas passam a ver o homem trabalhador como mais uma peça necessária à consecução de um resultado final gerador de lucro. Já na época, a exclusão social era fator indispensável ao desenvolvimento do sistema capitalista, pois não eram todos os homens que deveriam ser ‘reificados’, trocando sua mão de obra pelo mínimo indispensável à sua sobrevivência. O conceito de classe social é, pois, insito à organização

É interessante perceber que até hoje povoa o senso comum a ideia de que o capitalismo é inerente à natureza humana, pensamento que nega qualquer possibilidade de sua superação enquanto sistema econômico e social. Trata-se de um equívoco de avaliação que, ao mesmo tempo, faz transparecer o que acabamos de afirmar: o modelo de exploração do trabalho e do acúmulo de riquezas foi “vendido” no período pós-revolução francesa como o perfeito encontro do homem *social* com sua natureza humana *individual*. É claro que uma reflexão breve sobre o assunto nos levaria a argumentar que o capitalismo não existiu por vários séculos. E nada mais é do que uma das tentativas do homem de organizar-se de forma satisfatória em comunidade. Desde o início, deu sinais de sua falibilidade e precisou, ele mesmo, criar mecanismos de autocontenção, dos quais o Direito do Trabalho é um exemplo.

Precisamos perceber, porém, que esse senso comum, evidentemente, não é gratuito. O capitalismo talvez seja mesmo a forma de organização que melhor se amolda à natureza humana primitiva, o que não significa compreendê-lo como a única ou mesmo como a melhor forma de viver entre outros. Ao contrário, toda a história humana é determinada pela vontade coletiva, consciente ou não, de viver bem entre os pares, de dominar a natureza humana primitiva, em prol de um bom convívio social.

Retornando ao nosso tema central, interessa perceber que o Direito do Trabalho, tal como

capitalista de produção, que parte do pressuposto de que muitos trabalham para que alguns acumulem riqueza. (...) o capitalismo torna o acúmulo de riqueza um objetivo de tal modo arraigado à condição humana de existência, que faz com que se admita, mesmo em uma sociedade centrada em valores humanos como a nossa, que homens, mulheres e crianças sejam explorados por várias horas do dia, fazendo-os crer serem “colaboradores” ou candidatos a uma riqueza da qual jamais poderão desfrutar.” (SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno*: Jornada. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.)

o concebemos hoje, é fruto do capitalismo, assim como os direitos fundamentais de certa forma o são. A necessidade de sistematizá-los, de reconhecer a sua importância jurídica, é sem dúvida resposta aos paradoxos e aos efeitos nefastos desse sistema econômico⁽⁹⁾.

Barbagelata refere que a questão social, ou seja, a necessidade de lidar com a realidade excludente e dispare potencializada pelo sistema capitalista, está na origem não apenas do Direito do Trabalho, mas dos direitos sociais em geral⁽¹⁰⁾. Podemos acrescentar que está na origem, também, da noção que hoje temos (ou tentamos desenvolver) de princípios. As primeiras regras de direitos sociais foram trabalhistas, podendo ser utilizada como exemplo a lei que limitava o horário de trabalho dos aprendizes, datada de 1802, e citada por Barbagelata na mesma obra⁽¹¹⁾.

A sistematização do conceito de princípios encontra-se e emerge dentro dessa realidade em que percebemos, como sociedade, a necessidade de garantir direitos. Definir princípios, porém, não tem sido tarefa fácil, embora constitua fator indispensável à compreensão e especialmente à melhor aplicação do direito. Tentaremos demonstrar no próximo tópico o caminho trilhado pela doutrina, para buscar uma definição satisfatória de princípios.

3. No princípio: uma definição de princípios

Humberto Ávila tem obra dedicada exclusivamente à definição e aplicação de princípios jurídicos, na qual inicia referindo definições

(9) A história do Direito do Trabalho revela, seja em nível nacional ou internacional, que a edição de normas protetivas aos trabalhadores surge antes de tudo como uma necessidade de reafirmação e desenvolvimento do sistema capitalista, notadamente no período que sucede as duas grandes guerras.

(10) BARBAGELATA, Hector-Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011. p. 76.

(11) *Ibidem*, p. 36.

de grandes autores, como Karl Larenz, para quem princípios são normas que estabelecem “fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento” e Canaris, que os define como normas com conteúdo axiológico, que carecem de regras para a sua aplicação⁽¹²⁾.

Refere, ainda, Dworkin que, para quem a diferença entre princípios e regras não é de grau, mas de estrutura lógica: enquanto as regras atuam no campo do tudo ou nada, os princípios contêm apenas fundamentos, que podem ser conjugados com os fundamentos de outros princípios. Por fim, cita Alexy, para quem princípios são normas que encerram “deveres de otimização”, e devem ser aplicados ou afastados mediante critério de ponderação (técnica da proporcionalidade)⁽¹³⁾.

Depois dessa breve exposição da evolução doutrinária acerca do tema, Ávila propõe alguns critérios de dissociação entre princípios e regras. Refere que os princípios remetem a valores e devem ser examinados de modo a identificar as condutas necessárias à realização dos valores neles contidos, para um uso “racionalmente controlado”⁽¹⁴⁾. Propõe uma distinção “heurística” (portanto, comprometida com descobertas empíricas), em que um dispositivo pode conter dimensão de comportamentos, e, portanto, ser uma regra, mas pode também conter dimensão finalística (princípio) ou metódica (postulado)⁽¹⁵⁾. Pontua o caráter finalístico dos princípios que, segundo o autor, “estabelecem um ideal de coisas a ser atingido”, sem prescrever um comportamento específico.

Menciona que as regras são “decisivas e abarcantes”, enquanto os princípios são “normas com pretensão de complementaridade e

(12) AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, p. 36.

(13) *Ibidem*, p. 37.

(14) *Op. cit.*, p. 65.

(15) *Ibidem*, p. 69.

de parcialidade”⁽¹⁶⁾ e culmina por conceituar princípios como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”, cuja aplicação demanda “uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos daí decorrentes”⁽¹⁷⁾.

Se formos direto à fonte, veremos que para Alexy tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que *deve ser*. Para ele, a distinção entre regras e princípios é “uma distinção entre duas espécies de normas”⁽¹⁸⁾. Na definição de Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”⁽¹⁹⁾.

Refere que a proporcionalidade constitui técnica a ser utilizada para a ponderação de princípios colidentes. Para ele, portanto, princípios entram em rota de colisão e precisam ser ponderados a partir de critérios que define como adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). E acrescenta que essa ponderação “decorre logicamente da natureza dos princípios”⁽²⁰⁾.

Mesmo Alexy, porém, reconhece em sua obra que “sempre que um princípio for, em última

análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto”⁽²¹⁾. A diferença, de extrema relevância, é que embora ele reconheça o princípio como fundamento de uma regra, também o reconhece como “mandado de otimização” a ser aplicado diretamente pelo intérprete, passível de ser afastado quando “colidente” com outro princípio.

Por sua vez, Dworkin diz que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, “distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”⁽²²⁾. Enquanto as regras são aplicáveis a partir da lógica do tudo ou nada, os princípios apenas apresentam uma “razão que conduz o argumento em uma certa direção”⁽²³⁾, e que, por isso mesmo, pode opor-se a outras razões que conduzem em sentido diverso (admite, pois, a colisão de princípios). Em seguida, acrescenta que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância”⁽²⁴⁾. Aqui, acaba por admitir, ainda que não se utilize dos mesmos termos de Alexy, a necessidade de fazer preponderar um princípio sobre o outro, em determinado caso concreto⁽²⁵⁾.

Dworkin admite que, em casos difíceis, o Juiz, a partir de princípios, construa uma nova regra, o que antes de configurar elemento de

(16) AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, p. 77.

(17) *Ibidem*, p. 78.

(18) ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

(19) *Ibidem*, p. 90. O autor segue referindo que “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas (...) Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fáctico e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de graus” (*Op. cit.*, p. 91). E conclui que “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios — visto que só princípios válidos podem colidir — ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (p. 94).

(20) *Op. cit.*, p. 116.

(21) *Ibidem*, p. 94.

(22) DWORKIN, RONALD. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 39.

(23) *Op. cit.*, p. 40.

(24) *Ibidem*, p. 42.

(25) Dworkin também admite que o mesmo enunciado possa funcionar, do ponto de vista prático, como uma regra e do ponto de vista substantivo como um princípio (*op. cit.*, p. 45), fragilizando a possibilidade de compreensão de suas diferenças. Isso, porém, apenas evidencia o que tentaremos demonstrar em nosso breve estudo: regras e princípios estão irremediavelmente unidos para a formação do que devemos hoje conceber como norma jurídica. A impressão de que sob certo ponto de vista um enunciado é regra, e sob outro ele se configura como princípio é evidência disso. Trata-se de detectar o princípio que “está por trás” ou se une à regra, justificando-a, para então com ela dar origem a uma norma juridicamente válida.

superação do positivismo acríptico ou de segurança jurídica, consubstancia um perigoso retorno à discricionariedade, permitindo que o Judiciário se distancie (como tantas vezes ocorre) do sistema jurídico que deve fazer prevalecer.

Os conceitos são instrumentos de linguagem, servem para favorecer a comunicação, para identificar o que, para determinada comunidade, em certo tempo histórico, tal coisa significa. A dificuldade em definir princípios transparece claramente do uso de palavras cujo conteúdo não é imediatamente identificado ou é múltiplo. Embora a construção de uma teoria jurídica possa pretender privilegiar conceitos mais rebuscados, ela terá pouca validade prática se não trouxer respostas que sirvam à aplicação desse conteúdo aos casos concretos.

O que estamos afirmando é que a dificuldade de conceituar talvez não seja um mero acaso, e muito provavelmente denuncie a necessidade de compreender normas jurídicas (princípios + regras) a partir de sua função para a vida em sociedade.

Como afirma Warat, o direito especializou-se em ser um “núcleo muito forte de inacessibilidades, quase blindado, a qualquer aproximação interpretativa ou reflexão filosófica”, criando um conjunto de crenças e sentidos comuns que garantem “a fuga dos juristas para um paraíso conceitual”⁽²⁶⁾. Compreender princípios é algo extremamente relevante à aplicação do direito contemporâneo. E aplicá-los de forma comprometida com o ideal de “viver bem entre os pares” é essencial para que o direito cumpra sua função. De outro modo, teríamos de concordar que o direito não passa de um conjunto de normas cujo conteúdo é inacessível à maioria da população e está à disposição dos intérpretes, para ser aplicado conforme conveniências de quem detém poder de comando (seja em que medida ou em que contexto for).

(26) WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos Humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 55.

Os conceitos de princípio até agora examinados esbarram nos exemplos que autores como Canaris⁽²⁷⁾, Dworkin⁽²⁸⁾, Alexy⁽²⁹⁾ e mesmo Ávila, nos apresentam. Ao indicarem normas que consideram princípios ou formas de aplicá-las a casos concretos, os conceitos se perdem, e persistimos com a sensação de caminhar por um terreno de areias que mudam de lugar ao sabor do vento. Como, então, obter uma noção de princípio que se comprometa com uma aplicação prática capaz de concretizar nossa ideia de Estado *Social* e conferir efetividade ao conjunto de regras que consideramos fundamentais para esse escopo?

O que nos inquieta, portanto, é a possibilidade, a partir de definições como aquelas dos autores antes mencionados, de múltiplas aplicações do direito, nem sempre comprometidas com o sistema que, especialmente no Brasil, inauguramos a partir de 1988, e que tem objetivos bem delineados nos primeiros artigos de nossa Constituição.

Parece-nos deva ser essa a principal preocupação de quem teoriza sobre as normas jurídicas e suas categorias. Toda teoria tem função prática. De nada serve uma teoria de princípios que sirva tanto à concretização quanto ao afastamento da ideia de vida em sociedade mediante busca de justiça, fraternidade e solidariedade. Tratar-se-ia de negar a própria razão pela qual criamos e teorizamos acerca de uma categoria a que chamamos de princípios.

Para auxiliar nessa investigação, que melhor se traduz como uma inquietude, uma insatisfação diante do que estamos fazendo, como intérpretes/aplicadores do direito, recorreremos à doutrina de Lenio Streck.

Lenio defende que princípios são normas, possuem força normativa, mas não são aplicáveis

(27) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

(28) DWORKIN, RONALD. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

(29) ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

diretamente. Não cabe ao intérprete “pular” a regra e ir direto ao princípio. Isso porque, para o autor, e com ele concordamos, “todo princípio encontra sua realização em uma regra”. Disso decorre não apenas que poucos são os verdadeiros princípios, mas também que os princípios não existem sem a historicidade do direito⁽³⁰⁾. O que o autor salienta é que os princípios “não cabem dentro de uma concepção instantaneísta de tempo”, não podem ser criados pelo intérprete/aplicador, ao seu bel-prazer.

E, para isso, parte de uma concepção do direito, comprometida com a filosofia da linguagem, pela qual a existência mesma é compreendida como um meio, não como uma dualidade. Refere que compreender a existência como um caminho, ditado pela tradição, e nesse contexto compreender o direito, é justamente o que permite a formação legítima de uma decisão judicial, calcada na tradição e no projeto que institui por meio de sua Constituição⁽³¹⁾.

Sob esse prisma, a Constituição deve ser compreendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade, edificado sob certos pressupostos derivados de nossa história institucional, que condicionam “toda tarefa concretizadora da norma”. É a partir da Constituição que “o direito que se produz concretamente” legitima-se, por estar de “acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária”⁽³²⁾.

(30) STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 581.

(31) “A faticidade de nossa existência mostra que sempre estamos situados no meio. Literalmente, poderíamos dizer que a existência é sempre travessia. Travessia é caminho e esse caminho se torna percorrível a partir das marcas que são nele impressas pela tradição. Os princípios são, portanto, estas marcas que balizam a formação da história institucional do direito. Esta história institucional possibilita a formação legítima de algo como uma decisão judicial. Eis, portanto, o sentido que se projeta como horizonte quando falamos em princípios.” (*Op. cit.*, p. 545)

(32) *Ibidem*, p. 546.

Ao Estado-Juiz cabe concretizar o projeto constitucional, mediante aplicação das regras e princípios que, ainda de acordo com o autor, valendo-se especialmente da doutrina de Dworkin (a quem tece críticas) e de Gadamer, não são espécies de norma jurídica, mas a condição de possibilidade da própria normatividade. Refere que norma é “produto da interpretação de um texto”. Portanto, “se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*”⁽³³⁾. Por conseguinte, a norma “só se realiza na concretude”⁽³⁴⁾. Nesse contexto, “princípios e regras são como que condições de possibilidade da normatividade”, e não duas espécies do gênero norma jurídica⁽³⁵⁾.

Trata-se de uma concepção nova do conceito de norma que vem sendo reproduzido e que rompe com a lógica da dualidade. Parece-nos, pois, bem mais alinhada à função contemporânea do Direito.

Para Streck, ao Estado-Juiz compete fundamentar a legitimidade de sua decisão, e o faz demonstrando que a regra ali concretizada “é instituída por um princípio”. Por isso, o autor afirma que “não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática”⁽³⁶⁾.

É nítida a preocupação com a fundamentação das decisões que, a partir dessa concepção de norma jurídica, assume um lugar especial dentro da teoria do Direito. Ao admitirmos

(33) *Op. cit.*, p. 549.

(34) *Ibidem*, p. 550.

(35) *Idem*. O autor refere que “as regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos. Elas regem o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da legitimidade. O problema da resposta adequada/correta, neste caso, só é resolvido na medida em que seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso. (p. 562)

(36) *Ibidem*, p. 546.

que norma jurídica é a regra aplicada em conformidade com o princípio que a inspira, outorgamos ao Estado-Juiz o dever de bem fundamentar sua decisão, demonstrando em que medida a regra aplicada cumpre essa função integrativa, resultando efetivamente uma norma jurídica.

Além disso, a função do princípio passa a ser a inspiração e justificação de um conjunto especial de regras, que existem e são válidas na exata medida em que lhe conferem efetividade.

Nesse contexto, para que reconheçamos a existência de um princípio próprio do Direito do Trabalho, devemos identificar a razão por que as regras trabalhistas são criadas e pela qual devem ser aplicadas, sua função dentro de um Estado que se pretende democrático e solidário, embora mantenha seu ideal liberal. O princípio, assim, qualifica-se como o que está “no princípio mesmo” da criação de um determinado conjunto de regras. E é, a partir da coerência (dos princípios e das regras que eles inspiram e justificam) e da integridade (especialmente na interpretação/aplicação dessas normas), que o intérprete/aplicador, identificando o princípio contido na regra, poderá proferir uma decisão *adequada*⁽³⁷⁾.

É preciso reconhecer que dentre os princípios criticados pelo autor como sendo criações *ad hoc*, destituídas de verdadeiro conteúdo

principiológico, está o princípio da proteção do Direito do Trabalho. Entretanto, o conceito e a função dos princípios, que o autor apresenta, nos permite discordar dessa conclusão. O Direito do Trabalho não reproduz o ideal de igualdade do Direito Civil. Parece-nos mesmo falaciosa a afirmação, recorrente na doutrina, de que o Direito do Trabalho, pela proteção, busca reestabelecer o equilíbrio material entre as partes.

Não que a igualdade não esteja também aqui presente. O valor igualdade, ao lado da liberdade, constituem as bases da existência do Direito e, nesse aspecto, estão em alguma medida presentes em todas as normas jurídicas. O princípio instituidor do Direito do Trabalho, porém, não é o da igualdade (formal ou material), mas o da proteção ao trabalhador em razão da possibilidade de “vender” tempo de vida.

Sob essa perspectiva, não se trata de considerar desigualmente os desiguais, mas de proteger o trabalhador enquanto tal. A igualdade, dita material, promove uma discriminação positiva para aproximar materialmente os sujeitos e suas posições na ordem jurídica. As normas trabalhistas não fazem nem objetivam isso. Reconhecem e estimulam a desigualdade material. Em uma linguagem usual, mantém “cada um em seu lugar”, e com isso facilitam a manutenção do próprio sistema. A proteção opera como medida de reconhecimento do trabalhador como sujeito de direitos, embora sirva também para continuar a concebê-lo como um sujeito de direitos com lugar de fala e campo de atuação radicalmente diversos daqueles outorgados aos “patrões”.

Por isso mesmo, Supiot refere que o Direito do Trabalho encontra-se no ponto de encontro entre pessoas e coisas e que reconhecemos a relação de trabalho como uma espécie *sui generis* de contrato justamente para devolver ao trabalhador a sua condição de sujeito, já que do contrário teríamos necessariamente de reconhecê-lo como mero objeto à disposição do

(37) STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 551. O autor prefere o termo “adequada” ao de decisão correta e deixa claro que a adequação se dá especialmente em relação ao ordenamento, cuja “estrela guia” é a Constituição, comprometida com valores históricos (passado) e com um projeto de sociedade (futuro). A integridade é representada inclusive por esse “respeito” à construção histórica do Direito, evidenciado pelas decisões já proferidas em casos semelhantes. A coerência também remete à história do Direito, mas reclama, ainda, uma preocupação com o projeto constitucional, com o *dever*, e, pois, muitas vezes implica ruptura com decisões pretéritas. A principal diferença, é que essa ruptura precisa ser justificada a partir do princípio que institui a regra a ser aplicada ou que fundamenta seu afastamento, em determinado caso concreto. O ônus argumentativo se eleva significativamente.

empregador⁽³⁸⁾. Note-se: reconhecê-lo como sujeito não significa igualá-lo, nem mesmo reduzir suas diferenças objetivas em relação ao empregador. Justamente porque a diferença é objetiva (troca de tempo de vida por remuneração) não há como minimizá-la. O Direito do Trabalho não ignora que o trabalhador em certa medida torna-se *coisa* no âmbito de um contrato, mas também o reconhece como sujeito de direitos. Lida com essa dicotomia estatutando um princípio de proteção à *condição humana* de quem *se vende* em um contrato. Surge, pois, para enfrentar esse paradoxo: lida com a realidade de um “contrato” em que o objeto não se separa do sujeito contratante.

Adotaremos, então, a noção de princípio contida na doutrina de Lenio Streck, com a ressalva de que a proteção amolda-se a essa definição, configurando-se como o princípio (para nós, em realidade, o único princípio) que orienta e justifica o Direito do Trabalho.

4. O princípio da proteção e o papel da linguagem no Direito

É possível afirmar que a proteção ao trabalho humano é o princípio, o verdadeiro princípio em razão do qual o Direito do Trabalho existe. Princípio que não se confunde com a busca da igualdade material, porque reconhece e sustenta posições desiguais. A proteção é a razão de existência de regras próprias e a função do Direito do Trabalho no contexto capitalista. Essas afirmações tentarão ser demonstradas no presente tópico.

A maioria absoluta da doutrina converge no sentido de que o princípio da proteção é o que justifica a existência do Direito do Trabalho como ramo especial do direito. Então, é possível afirmar que a proteção que faz surgir o Direito do Trabalho é a proteção contra a exploração econômica, mas é também, desde o início, o reconhecimento social de que essa relação implica uma troca desigual: tempo de

vida/força física em troca de remuneração/valor monetário.

Esse elemento se revela já na constituição da OIT, em 1919, em que se afirma “trabalho não é mercadoria”. Aqui, claro está o reconhecimento de que a troca desigual permitida nesse tipo de contrato deve ser controlada/restringida pelo Estado, para que a força de trabalho não seja, como foi no início do período de industrialização, tratada como mercadoria. Reconhecer a diferença objetiva entre trabalho humano e qualquer outra mercadoria é algo que, em realidade, tornou-se uma necessidade capitalista, diante da falta de mão de obra em algumas áreas e do expressivo aumento de casos de doenças e acidentes de trabalho, a exigir atuação do Estado⁽³⁹⁾. A história demonstra que muitas normas trabalhistas surgem como resposta a crises do sistema econômico, bastando citar como exemplo o conjunto de regras trabalhistas impostas pelo denominado *New Deal*, por Rosevelt, depois da quebra da bolsa de Nova York, em 1929, no país mais liberal e capitalista do mundo ocidental.

O fato, facilmente comprovável, de que o Direito do Trabalho sempre foi uma “pedra no sapato” do sistema capitalista, dentro do qual floresce e ao qual serve, a princípio pode causar certo espanto, e parecer mesmo paradoxal diante da afirmação de que o Direito do Trabalho serve ao sistema. O paradoxo, porém, é apenas aparente. O Direito do Trabalho constitui uma espécie de concessão do sistema, que certamente não o agrada em sua essência, um “mal necessário”⁽⁴⁰⁾.

(38) SUPLOT, Alain. *Critique du Droit du Travail*. 2. ed. Paris: Quadrige/PUF, 2007. p. 43.

(39) Nesse sentido, é imprescindível a leitura da obra reeditada, de MORAES, Evaristo de. *Os acidentes no trabalho e sua reparação*. Edição fac-similada. São Paulo: LTr, 2009. No primeiro capítulo, o autor refere a necessidade de compreender trabalho como algo dissociado do conceito de mercadoria, embora reconheça que o sistema capitalista procura identificar ao máximo as duas coisas. Também nesse sentido, é exemplar a obra de BARBAGELATA, Hector-Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011.

(40) E como qualquer mal necessário, é tolerado, mas constantemente combatido pelo sistema. Talvez daí

Esse “mal”, centrado no reconhecimento da necessidade de proteção a quem trabalha, tem como conteúdo resguardar o indivíduo, em sua condição de *objeto-sujeito* de uma relação jurídica desigual, a fim de, assim, proteger também a sociedade. Tudo o mais que a doutrina denomina princípios do Direito do Trabalho são em realidade decorrências, parâmetros impostos pela linha condutora da proteção.

Em outras palavras, no princípio, está a proteção e se a afastarmos, nós desconfiguraremos esse direito, não porque retiramos a sua essência, mas porque retiramos a razão pela qual ele foi criado e existe até hoje, sua função. Isso é linguagem. A linguagem social do Direito do Trabalho é a minimização dos efeitos nocivos que a troca desigual (dinheiro x vida), que o Estado permite e incentiva, provoca no homem-trabalhador e na sociedade em que ele está inserido⁽⁴¹⁾. Então, todas as regras trabalhistas devem ser orientadas, contaminadas, pelo princípio que as instituí, a “proteção ao trabalhador”. Por coerência, temos de negar a possibilidade de “ponderação” de princípios, na linha do pensamento de Alexy. O que realmente está no princípio e legitima a construção de um conjunto de regras não pode ser ponderado, sob pena de perda da razão mesma de ser desse microssistema.

A proteção não está, portanto, à disposição do intérprete, para ser afastada no caso concreto, a partir da ponderação com outra norma jurídica. A proteção é o que legitima a regra trabalhista, está nela necessariamente

possamos extrair um dos principais motivos pelos quais a história de construção e desenvolvimento do Direito do Trabalho, a exemplo da história em geral, caracterize-se como um pêndulo, que avança e se retrai em um constante e tenso movimento de vai e vem.

- (41) Esse caráter social é facilmente percebido. A dispensa de um empregado não é fato individual, mas algo que, ao mesmo tempo afeta — podendo mesmo destruir — a vida de quem perdeu o emprego, de seus familiares, e da comunidade em que ele está inserido. Em um mundo globalizado, o fenômeno da flexibilização bem nos mostrou o quanto o desrespeito aos direitos trabalhistas de um chinês ou indiano, pode afetar diretamente a vida de trabalhadores brasileiros.

“grudada”, sob pena de invalidade, em razão da quebra da função do ordenamento jurídico trabalhista. Essa afirmação, que sabemos contrária à maioria da doutrina constitucional, é vital para que o Direito do Trabalho (malgrado as investidas do discurso flexibilizante) continue a ser Direito do Trabalho: não perca a sua genética.

É por isso que não é possível sequer pensar em regra (juridicamente válida) que institua punição do empregador ao empregado. Apesar disso, sabemos que a maioria absoluta da doutrina admite o denominado poder disciplinador/punitivo do empregador, presente em praticamente todos os manuais, apesar do silêncio eloquente das normas trabalhistas. Isso, ao contrário de desestimular a investigação que estamos fazendo, revela a urgente necessidade de reconhecermos a importância da linguagem para a aplicação do direito, sobretudo quando o tema versa sobre princípios.

A primazia da realidade, apontada por Plá Rodriguez como princípio que decorre da proteção, é justamente o modo como a linguagem jurídica se apresenta no âmbito do Direito do Trabalho, como algo que deve servir para desvelar a questão social e minimizar suas consequências no contexto de um Estado liberal capitalista. A linguagem trabalhista é crítica em sua essência, e, portanto, jamais será neutra, porque constitui o modo de expressão desse conjunto especial de regras: seja para sublinhar as desigualdades no tratamento jurídico das partes dessa relação, seja para elevar o trabalhador ao patamar de verdadeiro sujeito de direitos. É justamente a linguagem que usamos para disfarçar o conteúdo das coisas. Aqui o primeiro indício das razões que levam os intérpretes/aplicadores do Direito do Trabalho a agirem muitas vezes de forma oposta à ideia de proteção. A linguagem é o *habitat* do Direito, por isso, definir princípio e aplicá-lo de acordo com essa definição é tão importante. Com a linguagem vamos justificar nossas decisões, transformar a realidade social e interferir na cultura das relações sociais.

Para isso, porém, temos inicialmente de reconhecer-la, desvelá-la. O senso comum de que os Juízes do Trabalho são “pró-empregados” ou “pró-empregadores” é exemplo eloquente da capacidade que temos de usar a linguagem *contra* o Direito do Trabalho. Os Juízes não podem ser “pró” a essa ou àquela parte, mas, havendo optado por atuarem como Juízes *do Trabalho*, têm dever de reconhecer e aplicar as regras a partir do princípio da proteção, com o qual assumem compromisso, ao jurarem aplicar a Constituição, que tanto no primeiro dos seus artigos, quanto em todo o seu texto, teima em insistir na necessidade de proteção à relação de trabalho⁽⁴²⁾.

O reconhecimento de outros princípios, ao contrário do que se pode imaginar, não potencializa a força da proteção no âmbito das relações de trabalho. Antes, a fragiliza. Por isso, no início desse estudo, insistimos em construir uma noção de princípio que fosse comprometida com a efetividade da norma. E adotamos a posição de Streck, para quem princípio + regra é igual à norma jurídica. Não estamos, pois, diante de espécies, mas de partes de uma mesma norma.

Sob essa perspectiva, o princípio da proteção (todo verdadeiro princípio) não será afastado nem entrará em colisão com nenhum outro. Afastar o princípio implicaria quebrar a ordem jurídica. Além dessa decorrência prática do reconhecimento do princípio da proteção como O princípio que se qualifica como razão de ser do Direito do Trabalho e o identifica como tal, está a ideia de que regras incompatíveis com a noção de proteção ao trabalho humano não se qualificam como normas trabalhistas. Falta-lhes o princípio que as justifique.

(42) O faz quando declara que os valores sociais do trabalho constituem fundamento da República (art. 1º), quando refere que o trabalho é um direito social fundamental (art. 6º), quando elenca direitos trabalhistas trazendo-os para o capítulo dos direitos fundamentais (arts. 7º a 11) e, especialmente, quando determina que a ordem econômica se subordina à função social (art. 170).

O prejuízo decorrente da “inflação” de princípios patrocinada pela bem-intencionada doutrina trabalhista é imenso e serve a um discurso de flagrante desmanche das conquistas históricas representadas pelo direito fundamental do trabalho. A criação de princípios *ad hoc* transforma princípio em regra, aplicando-o ou afastando-o de acordo com o caso concreto. A técnica da ponderação, portanto, viceja em um ambiente que desconhece a verdadeira função do princípio. É da regra a função de determinar o comportamento em âmbito social, e bem por isso uma regra poderá ser afastada ou deixar de ser aplicada em determinado caso concreto. Essa regra, porém, estará sempre contaminada por um princípio. O princípio é o que legitimou a construção da regra. Não há como separar o princípio da regra, nem como aplicá-lo diretamente.

Mais do que uma segurança para os cidadãos que devem atuar socialmente a partir de um determinado ordenamento jurídico, essa compreensão de norma como “princípio mais regra” constitui garantia de consolidação do projeto constitucional, impedindo desvirtuamentos tais como aquele que permite ao TST a edição de orientação jurisprudencial tratando de jornada de doze horas, absolutamente contrária ao art. 7º da Constituição.

A imbricação desses conceitos com a noção de Estado Constitucional de Direito é evidente. É para reafirmar a “força normativa” da Constituição, que os princípios mudaram de roupagem e se transformaram em condições de possibilidade da normatividade. No Direito do Trabalho, esse é um poder que apenas a proteção parece deter. Mas não é pouco. Reconhecida como tal, a proteção teria o verdadeiro condão de extirpar da ordem jurídica o expressivo número de legislações e entendimentos sumulados que, diuturnamente, desafiam a lógica constitucional.

Importante observar que o reconhecimento da proteção como único princípio do Direito do Trabalho (e do direito processual ou coletivo

do trabalho, que dele não se desconectam) não fragiliza preceitos como o da intangibilidade salarial, da irrenunciabilidade ou da primazia da realidade. Apenas os coloca em seu lugar: o de decorrências da noção de proteção.

A imperatividade da norma trabalhista, por exemplo, decorre diretamente da proteção que se opera inclusive contra a vontade do trabalhador. Trata-se de significativa restrição à autonomia da vontade, centrada no caráter social do trabalho humano e que se justifica num ambiente de Estado interventor, responsável pelo bom convívio social.

Do mesmo modo, o que a doutrina denomina princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, nada mais é do que mero corolário da noção de que é necessário proteger o trabalho humano, por sua qualidade de sujeito e objeto, nessa relação jurídica especial. A irrenunciabilidade caracteriza-se como “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”⁽⁴³⁾, e pressupõe a proteção ao trabalho como algo que interessa à sociedade, e não apenas ao titular do direito. É expressão disso, a impossibilidade de alteração contratual lesiva. Trata-se de norma explícita no direito constitucional brasileiro, seja na Constituição⁽⁴⁴⁾, seja no Código Civil⁽⁴⁵⁾, seja na CLT⁽⁴⁶⁾.

(43) PLÁ RODRIGUEZ. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 142.

(44) Art. 100, § 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado

(45) A natureza irrenunciável do direito alimentar está prevista no art. 1.707 do Código Civil. Pode o credor não exercer, porém, lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

(46) Art. 9º da CLT – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

A noção de primazia da realidade, também apresentada pela doutrina como princípio, é, igualmente, expressão direta da proteção. Determina que os elementos substanciais da relação trabalhista a identificarão, e não o manto jurídico ou formal que as partes pretenderem lhe emprestar. Traduz-se nas regras da CLT, que definem a relação de trabalho a partir dos sujeitos e referem a nulidade de qualquer ato tendente a dissimulá-la. Logo, o princípio que inspira e justifica essas regras, tornando-as norma jurídica, é exatamente o da proteção ao trabalhador.

O que a doutrina nomina princípio da continuidade, pelo qual a relação de trabalho é, por sua vez, decorrência lógica dessa noção de primazia da realidade. Na medida em que adotamos o modelo capitalista de produção e concebemos a realidade de que a produção passa pela exploração da mão de obra alheia, na mesma proporção em que o desenvolvimento econômico passa pela capacidade de consumo dos cidadãos, concebemos uma relação basilar que naturalmente se protraí no tempo. É feita para durar. A duração da relação de trabalho serve ao sistema capitalista, porque permite à empresa uma melhor organização e o maior aproveitamento da mão de obra (que se qualifica com o decurso do tempo) e ao trabalhador (necessariamente inserido nesse sistema), porque lhe dá condições de organizar

Art. 444 da CLT – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 da CLT – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

o futuro próximo e de consumir com certa segurança⁽⁴⁷⁾.

Além desses pseudoprincípios, que nada mais são do que explicitações da noção de proteção, precisamos ainda referir o que Plá Rodriguez denomina “vertentes” do princípio da proteção e que, examinados de forma um pouco mais acurada, revelam-se técnicas de aplicação do princípio. A expressão *in dubio pro operario* representa a necessidade de que o intérprete/aplicador do Direito do Trabalho, diante da possibilidade de mais de uma interpretação de texto legal, resolva a questão pela interpretação mais favorável ao empregado⁽⁴⁸⁾, enquanto a aplicação da norma mais favorável determina que, existindo norma de hierarquia diferente no campo formal tratando sobre idêntica matéria, preferir-se-á aquela que traga condições mais benéficas ao empregado. Trata-se do que a doutrina também denomina relativização das fontes formais (hierarquia dinâmica das fontes). Por fim, a condição mais benéfica é aquela, preexistente e que beneficia o empregado. Nesse caso, a norma que lhe sobrevier e for em seu prejuízo não deve ser aplicada, justamente por sua contrariedade ao princípio da proteção.

É fácil perceber que se trata de três técnicas para a aplicação das normas de forma a efetivar o princípio da proteção. O doutrinador uruguaio, em realidade, reconhece a fragilidade da linguagem jurídica e concebe mecanismos que não se confundem com o que está no princípio do Direito do Trabalho, mas dão ao intérprete/aplicador as “armas” necessárias para aplicá-lo em toda situação concreta.

5. Conclusão

O princípio da proteção é caro demais ao Direito do Trabalho. Não podemos, pois, deixar que caia na vala comum do que Lenio denomina “panprincipiologismo” e, com isso,

(47) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 242.

(48) *Ibidem*, p. 132.

submetê-lo a ponderações ou permitir seu afastamento no caso concreto. Princípios não são afastados nem ponderados, porque estão *no* princípio. Justificam a criação das regras e a elas aderem, tornando-as *conforme* à ordem constitucional vigente. Assumimos, nesse artigo, nosso compromisso com um referencial teórico pelo qual poucos são os verdadeiros princípios. E defendemos a ideia de que ao intérprete/aplicador cabe, justamente, reconhecê-los, para que possa aplicar as regras em consonância com sua função, sua razão de ser.

A espinha dorsal do Direito do Trabalho é determinada pela noção de proteção ao trabalho humano. Aí encontramos a justificativa para a existência de regras que limitam a vontade, visando a proteção ao homem trabalhador. Se afastamos o princípio da proteção já não estamos mais falando de Direito do Trabalho. É isso que precisa ser urgentemente reconhecido. E não se trata de uma constatação teórica. As decorrências práticas são inúmeras. Implica ao intérprete/aplicador a adoção de uma postura comprometida com a proteção ao trabalho humano, de sorte a afastar ou aplicar as normas jurídicas de forma *adequada*.

Ao fantasma da resposta correta como um retorno ao positivismo acrítico, Lenio Streck responde com maestria, decifrando o enigma da esfinge de forma clara: a resposta correta não é a vontade do legislador ou o conteúdo do texto de determinada regra jurídica; a resposta correta (ou adequada, expressão que nos parece mais pertinente) é aquela que torna vivo o projeto constitucional. E o nosso constituir de um novo Estado, no âmbito das relações de trabalho, é justamente o constituir da proteção que minimiza os efeitos nocivos da troca desigual aí operada.

Se é verdadeira a premissa de que os princípios não permitem uma maior margem de interpretação, mas, ao contrário, indicam o modo adequado de decidir, então é essa a “resposta correta”, para utilizar a expressão de Dworkin, que o Direito do Trabalho deve perseguir. Decisões comprometidas com a

proteção ao trabalhador, superando, de uma vez por todas, o temor que os intérpretes/aplicadores do Direito do Trabalho têm em assumir tal compromisso.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBAGELATA, Hector-Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

DWORKIN, RONALD. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MORAES, Evaristo de. *Os acidentes no trabalho e sua reparação*. Edição fac-similada. São Paulo: LTr, 2009.

RODRIGUES, Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: jornada*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPIOT, Alan. *Critique du Droit du Travail*. 2. ed. Paris: Quadrige, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos Humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Alguns problemas da execução. Pensão decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional. Constituição de capital

Luiz Alberto de Vargas e Vania Cunha Mattos^(*)

Resumo:

- ▶ Cresce a importância dos processos em que são postuladas pensões decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional. Esses processos têm chegado à fase de execução sem que haja consenso, tanto na doutrina como na jurisprudência, em relação a alguns temas de especial relevância. No caso, pretende-se analisar alguns dos problemas que surgem cotidianamente em tais processos de execução, como a atualização monetária do valor da pensão, a garantia de pagamento da pensão ao longo do tempo e a possibilidade do credor exigir a conversão da pensão mensal em pagamento único.

Palavras-chave:

- ▶ Execução — Pensão — Acidente do trabalho — Doença profissional — Processo do trabalho — Constituição de capital — Parcela única.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Primeiro problema: atualização monetária da pensão
- ▶ 3. Segundo problema: garantia do pagamento da pensão
- ▶ 4. Terceiro problema: a conversão da pensão em parcela única por requerimento do credor
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

1. Introdução

A partir da especialização da competência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos acidentes do trabalho e de todas as controvérsias derivadas da infortunística do trabalho pela Emenda Constitucional n. 45/2004, uma série de outras questões emergem, em especial as derivadas dos critérios a serem estabelecidos, desde a sentença de conhecimento, ou acórdão, relativamente ao pensionamento e à constituição de capital.

Entendemos que, quanto mais completo for o julgamento destas pretensões, desde o processo de conhecimento, haverá maior efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, para que não haja novos questionamentos no processo de execução.

A experiência da Seção Especializada em Execução (SEEx), criada pelo TRT da 4ª Região desde abril de 2012 e destinada exclusivamente aos agravos de petição — recurso específico do processo de execução trabalhista —, tem demonstrado que, a partir do trânsito em julgado dos processos relativos aos acidentes do trabalho, inúmeras são as discussões na execução sobre critérios de reajustes das pensões, valor da constituição de capital e, ainda, a quantificação do pensionamento em parcela única, na forma preconizada pelo art. 950, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A partir da especialização, aumenta, a cada ano, o número de processos em que postuladas indenizações por dano moral e material, possivelmente porque a Justiça do Trabalho implementou muito maior celeridade a estes processos, além de haver demanda reprimida indiscutível.

Uma significativa parte desses processos contém pretensões em que alegada a ocorrência de lesões que importaram em incapacidade laboral do trabalhador e, conseqüentemente, com pretensão de pagamento de pensão mensal até o restabelecimento da plena capacidade laboral (incapacidade parcial) ou mesmo vitalícia (incapacidade permanente).

No que diz respeito às pensões, estas podem ser destinadas ao próprio trabalhador em todos os casos de redução ou perda da capacidade laborativa, ou aos seus dependentes, no caso de morte do empregado derivada de acidente do trabalho típico.

O acidente do trabalho, quando resulta na morte do trabalhador, remete a outro tipo de consideração de cunho mais filosófico do que jurídico, em relação ao grau de compensação econômica equivalente ao dano.

Não há dúvida de que a morte causada por acidente do trabalho em termos amplos é incomensável, por ser difícil a reparação por culpa do empregador ou mesmo de terceiro.

No entanto, o núcleo familiar tem de sobreviver e, portanto, há necessidade de reparação, não só em termos de indenização por danos morais, como em estabelecimento de pensão, objetivando a recomposição da renda familiar alterada, ou eliminada, pelo acidente do trabalho.

A reparação por danos morais leva em consideração a capacidade econômica das partes, a graduação da culpabilidade do empregador, tendo caráter pedagógico, estando vedado de qualquer sorte o enriquecimento sem causa, dentro de critérios razoáveis, para que haja reparação integral.

A jurisprudência trabalhista tem pautado as suas decisões com observância de parâmetros equitativos de justiça, para que haja a reparação mais ampla possível, capaz de propiciar a recomposição da situação anterior ao dano ao empregado ou ao de sua família.

A pensão é uma das formas de indenização material e tem por objetivo ressarcir a vítima de acidente de trabalho ou doença profissional dos prejuízos decorrentes de sua incapacidade ou inabilitação para o trabalho. Tem a natureza, portanto, de indenização por lucros cessantes, no caso pela privação dos ganhos futuros do trabalhador (art. 402 do Código Civil⁽¹⁾).

(1) Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem,

O seu fundamento legal está no art. 950 do Código Civil, *caput*⁽²⁾ e pode ser acumulado com a indenização previdenciária (Súmula n. 229 do STF). E, ainda que tenha natureza alimentar, não se fundamenta na necessidade de garantir alimentos por parte do beneficiário, mas na reparação do prejuízo pela perda da renda auferida pelo trabalho decorrente de fato gerado por ato ilícito cometido pelo empregador (OLIVEIRA, 2005, p. 193-4).

Constitui a pensão, especialmente nos casos de incapacidade permanente, a principal reparação alcançada à vítima de acidente do trabalho, porque importa garantia do sustento em um futuro laboral incerto e sombrio, onde o desemprego é certamente o cenário mais provável, em um mercado de trabalho cada vez mais exigente, em que há pouco espaço para a reabilitação de acidentados ou portadores de doenças profissionais.

A pensão mensal, assim, acompanha literalmente o acidentado laboral por toda a vida e, por se constituir em prestação continuada, exige uma execução também prolongada, muitas vezes por dezenas de anos. Do ponto de vista da gestão judiciária, os processos de execução de pensão mensal são os mais trabalhosos por se prolongarem no tempo, não podendo ser definitivamente arquivados. Exatamente por isso, não são poucas as críticas de que esse tipo de execução não deveria ocorrer no Judiciário, que não tem estrutura adequada para a gestão de pagamentos de prestações continuadas de cunho previdenciário.

Não há como se concordar com tais críticas, pois compete ao Judiciário assegurar o estrito

além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (BRASIL, Código Civil, 2002).

- (2) Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu (BRASIL, Código Civil, 2002).

cumprimento de suas decisões, sendo que justamente as que deferem pensões em processos de acidente do trabalho e de doença profissional são as mais relevantes do ponto de vista social.

E mesmo que se reconheça as dificuldades para o cumprimento dessa missão social pelo Poder Judiciário Trabalhista, o prosseguimento da execução perante o Judiciário é uma garantia de que as pensões sejam efetiva e tempestivamente pagas, até mesmo porque qualquer eventual incidente pode ser resolvido de forma imediata pela autoridade judiciária, que tem inequívoca competência para decidir tais questões.

Pretende-se, aqui, indicar alguns desses problemas recorrentes nas execuções de pensões acidentárias e que, em nosso entender, devem ser resolvidos levando em consideração, precipuamente, o interesse do jurisdicionado acima de qualquer outra consideração de natureza institucional.

2. Primeiro problema: atualização monetária da pensão

A pensão deve ser atualizada ao longo do tempo, sob pena de esvaziamento do crédito do exequente, o que importa dizer que, necessariamente, o título executivo deve prever a correção periódica do valor da pensão mensal, como forma de preservar seu poder aquisitivo ao longo do tempo.

Neste ponto, não há como não se estabelecer algumas premissas econômicas que interferem no fato de se constituir o pensionamento em parcela a ser paga ao longo do tempo e que mantenha valor original concebido e destinado à reparação mais ampla possível.

Em outros termos, o valor reparatório que se estabelece no tempo presente tem de manter no futuro idêntica capacidade econômica e financeira, considerada a projeção de um largo período de tempo — vinte, trinta ou quarenta anos —, dependendo da idade do trabalhador vitimado e o tempo de vida média considerada

—, com base na expectativa de vida do brasileiro atual, num quadro sensivelmente alterado nas últimas décadas.

Ora, se na década de setenta a expectativa de vida do brasileiro não ultrapassava a sessenta, sessenta e cinco anos, na atualidade, se pode, com dados nas tabelas do IBGE, estabelecer que a expectativa de vida média do brasileiro se insere no patamar dos setenta e cinco anos, havendo, inclusive, algumas regiões do país com patamar mais alto.

Estas considerações são relevantes para se ter a dimensão aproximada da necessidade da importância da pensão com base em critérios mais completos possíveis, porquanto, no mínimo, se estará estabelecendo obrigação por muitas décadas, além de que se deve garantir que o valor deferido hoje, e tido como expressão do valor da reparação compatível com o dano, seja mantido no futuro, em um país em que a economia não mantém nível estável, como de resto ocorre em muitos outros países.

No Brasil, em mais de trinta e cinco anos, vivenciamos os mais diferentes planos econômicos que sempre se destinaram à salvação nacional e à estabilidade da moeda.

Nos vários planos econômicos, a maioria visando à salvação do País, muitos, com propostas de congelamento de preços e salários e desvalorização da moeda; outros, com confisco de valores depositados em bancos e cadernetas de poupança, previsão de gatilhos automáticos em face da inflação verificada, dentre outros, a maioria, no entanto, sem qualquer viabilidade financeira ou econômica de produzir efeitos compatíveis com as altas taxas de inflação existentes no País, nas mais diversas épocas, que corroíam o poder de compra da moeda.

Os vários planos econômicos, em seus diversos desdobramentos, apenas tiveram a virtualidade de desorganizar a economia do País, produzir ganhos excessivos de determinadas classes, reduzir salários e aumentar preços, além das visíveis consequências de desvalorização da moeda e a implementação da verdadeira

ciranda financeira, pelas altas taxas de juros capazes de atrair apenas os capitais voláteis e, como tal, improdutivos.

Os Planos Collor I e II, para ficar em apenas um exemplo, além do confisco realizado em aplicação tradicional como as cadernetas de poupança, o que acarretou a desmotivação da população nos anos posteriores dado o nível de incerteza, também pretenderam expurgar índices de inflação de mais de oitenta por cento, por meio dos decretos instituidores do Plano como forma de salvação nacional. Os resultados são de conhecimento de todos; resultado de sua despreparada equipe econômica.

Portanto, não há como prever que nos próximos mais de trinta e cinco anos — projeção média no tempo do cumprimento das obrigações de pagamento das pensões —, necessariamente haverá estabilidade econômica e financeira no País, até porque os fundamentos econômicos atuais apontam para uma projeção de alargamento da inflação, muito distante das metas estabelecidos pelo próprio governo federal.

Não há, portanto, como se estabelecer padrão monetário estanque para a pensão a ser paga ao trabalhador ou a sua família, sob pena de, em pequeno lapso temporal, estar totalmente corroída, seja pela inflação, seja pela desproporção entre o valor de compra da moeda.

Intensa polêmica existe a respeito da possibilidade de fixação do valor da pensão mensal em salários mínimos, o que assegura seu reajustamento automático em percentuais inclusive superiores aos da inflação anual. Há expressa previsão legal nesse sentido, no caso o § 4º do art. 475-Q do Código de Processo Civil⁽³⁾.

Ocorre que o STF editou a Súmula Vinculante n. 4, que, a princípio, parece vedar a utilização do salário mínimo como fator de correção

(3) Art. 475-Q, § 4º Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário mínimo (BRASIL, Código de Processo Civil, 1973).

monetária por afronta ao art. 7º, IV CF)⁽⁴⁾. Entretanto, julgamentos mais recentes do STF têm reafirmado o entendimento anterior⁽⁵⁾, em sentido contrário, que tem como principal referência, acórdão da lavra do Ministro Ilmar Galvão⁽⁶⁾:

ALIMENTAÇÃO DE ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA COM BASE EM SALÁRIO MÍNIMO. ALEGAÇÃO DE MALTRATO AO ART. 7º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A fixação de pensão alimentícia tem por finalidade garantir aos beneficiários as mesmas necessidades básicas asseguradas aos trabalhadores em geral pelo texto constitucional. De considerar-se afastada, por isso, relativamente a essa hipótese, a proibição da vinculação ao salário mínimo, prevista no inciso IV do art. 7º da Carta Federal. Recurso Extraordinário não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1991.)

Assim, não há impedimento a que os valores deferidos a título de pensão sejam indexados ao salário mínimo.

E também entendemos como bastante razoável que a decisão judicial determine a atualização do valor da pensão idêntica aos reajustamentos salariais da categoria profissional da vítima, mesmo porque essa seria a provável variação de seus ganhos salariais acaso não tivesse havido o evento danoso que a impossibilitou de perceber, total ou parcialmente, os salários do contrato de trabalho.

Essa nos parece ser a solução que mais se aproxima da reparação integral que se pretende com o deferimento da pensão.

(4) Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2008.)

(5) Súmula n. 490 do STF: "A pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1969.)

(6) Exemplificativamente, BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013.

No entanto, nem sempre as decisões de primeiro e segundo graus, que servirão de parâmetro para as execuções ao abrigo do trânsito em julgado, definem expressamente a fórmula da correção da pensão deferida, no que resulta que essa controvérsia seja enfrentada no processo de execução, quanto aos períodos de reajuste e os índices de correção aplicáveis.

Insustentável, como já referido, a tese de que os valores deferidos a título de pensão não sofram qualquer reajuste, ficando congelados ao longo do tempo.

A inviabilidade de tal conclusão está expressa não só nos fundamentos econômicos já aludidos, como jurídicos, conforme expressa menção ao conteúdo do art. 475-Q, § 3º, do Código de Processo Civil⁽⁷⁾ para refutar tal possibilidade. No entanto, não se pode perder de vista que são créditos trabalhistas, com caráter alimentar, deferidos judicialmente como pensão acidentária, sobre os quais incidem as regras legais que determinam sua atualização monetária, no caso o art. 459 da CLT c/c o art. 39 da Lei n. 8.177/91.

Assim, na ausência de determinação explícita na decisão a ser executada, o valor da pensão deve ser corrigido nos mesmos índices aplicáveis aos demais créditos trabalhistas.

3. Segundo problema: garantia do pagamento da pensão

A constituição de garantias para o pagamento da pensão, ainda que seja uma faculdade do juiz, é uma imposição lógica, já que nada justifica que se deixe o credor dependente da boa vontade do devedor de, mensalmente, cumprir a obrigação de pagamento da pensão.

Em conformidade com o art. 20, § 5º, do Código Processo Civil, nas ações de indenização por ato contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas

(7) § 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação. (BRASIL, Código de Processo Civil, 1973.)

com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas. No mesmo sentido, o *caput* do art. 475-Q do mesmo diploma legal, que faculta ao juiz ordenar ao devedor, independentemente de pedido do credor, a constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão⁽⁸⁾. Tal determinação independe da situação financeira do devedor, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 313)⁽⁹⁾.

Assim, deduz-se que o valor do capital deve corresponder matematicamente ao montante necessário para, considerada a correção monetária acrescida de uma taxa de juros razoável, propiciar de forma indefinida rendimentos mensais iguais ao valor da pensão deferida.

No caso de determinação de depósito em dinheiro⁽¹⁰⁾, as aplicações financeiras mais adequadas, do ponto de vista da segurança, liquidez e rendimentos assegurados, são a caderneta de poupança e os títulos do Tesouro Direto, garantidos pelo governo federal, propiciando rendimentos pelo menos equivalentes à taxa inflacionária⁽¹¹⁾. O mesmo vale para

aplicações financeiras em bancos oficiais, que têm também a mesma garantia, desde que tenham rentabilidade mínima assegurada igual ou superior à inflação.

Admitido que a constituição de capital seja determinada em caderneta de poupança (que tem uma taxa de juros de 0,5%), o cálculo do capital a ser constituído é relativamente simples e atende à conhecida fórmula dos juros compostos denominada “valor atual das rendas perpétuas antecipadas”⁽¹²⁾: será igual ao capital necessário para obter juros iguais ao valor da pensão, mantendo-se intacto o capital inicial. Se a taxa de juro mensal for o rendimento da poupança (0,5%) e, por hipótese, a pensão mensal é de R\$ 100,00, o capital necessário será R\$ 20.000,00⁽¹³⁾.

Por um simples raciocínio matemático, há de ser rejeitada a proposta simplista de mera multiplicação do valor da pensão pelo número de meses do período em que deverá ser paga, desconsiderando o benefício financeiro da antecipação do pagamento parcelado⁽¹⁴⁾.

Parece clara também a desproporção verificada com base em raciocínio inverso, qual seja, o de descontar os prováveis ganhos financeiros, mas desconsiderar os devidos reajustamentos da pensão ao longo do tempo. Em tal caso, os efeitos do tempo são levados em conta apenas em favor do devedor e o cálculo do valor devido é feito pela mera projeção do tempo em que deverá ser paga a pensão, tomado como base valor estanque. A adoção desta tese, indica benefício ao devedor por estabelecer garantia legal muito inferior ao valor efetivamente devido.

(8) Art. 475-Q do Código de Processo Civil: Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

(9) Súmula n. 313: Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento de pensão, independentemente da situação financeira do demandado. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2005.)

(10) Art. 475-Q, §1º: Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor. (BRASIL, Código de Processo Civil, 1973.)

(11) Os depósitos em caderneta de poupança até R\$ 250.000,00 são garantidos pelo governo federal pelo Fundo Garantidor de Créditos (Disponível em: <<http://www.fgc.org.br>> Acesso em: 5 jun. 2014). Já os títulos do Tesouro Direto ou as aplicações financeiras em banco oficial são 100% garantidos pelo Tesouro Nacional, mas apenas determinados tipos de investimento têm rentabilidade mínima equivalente à inflação.

(12) $P = R + R / i$, onde **P** = Valor do Capital; **R** = Renda ou pagamento e **i** = taxa de juros. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/>> Acesso em: 5 jun. 2014.

(13) Esse cálculo presume que, além do juro de 0,5% ao mês, o rendimento da poupança incorpore a inflação do período, pela correção monetária representada pela variação da TR.

(14) Tal cálculo, por embutir ganhos financeiros importaria em verdadeiro enriquecimento sem causa do credor. MALLETT, Estêvão, HIGA, Flávio da Costa. *Indenização arbitrada em parcela única do art. 950, parágrafo único do Código Civil* (MALLETT; HIGA, 2013).

Em ambos os casos, não considera a taxa de inflação, em uma ilusória convicção de economia estável e inflação zero.

Por outro lado, também não há falar em redução do montante da indenização fixada pela decisão exequenda, e que se constitui em coisa julgada material e formal, sendo o art. 944, parágrafo único, do Código de Processo Civil, inaplicável na fase de liquidação e processo de execução da parcela⁽¹⁵⁾.

Não parece haver dúvidas de que a propriedade de tal capital permanece com o devedor, já que, cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital (§ 5º).

A norma legal também admite que a pensão possa ser paga por meio de consignação na folha de pagamentos do devedor, possibilidade esta que deve ser interpretada em harmonia com o conteúdo do § 2º do art. 475-Q⁽¹⁶⁾. E, portanto, se restringe aos casos em que a solidez da empregadora fornece a convicção de que esta não virá a sofrer abalos financeiros no futuro, que comprometam o pagamento da obrigação.

Muito difícil avaliar o que pode ocorrer com uma empresa nos próximos cinco anos, o que dirão projeções de mais de vinte anos, exatamente em decorrência da persistente instabilidade econômica, que parece marcar a conjuntura internacional nesse início de século.

Por isso, conforme a norma legal, o pagamento por meio de consignação em folha somente pode ser deferido em caso de entidade

de direito público ou de empresa privada de notória capacidade econômica. Trata-se de hipóteses estritas que não permitem interpretação ampliada, mesmo que se considere que a execução por consignação em folha de pagamento seja a mais rápida e a menos trabalhosa para o juízo de execução.

A jurisprudência do STJ recomenda a constituição de capital como forma de dar ao lesado segurança, já que “a experiência comum previne ser temerário, em face da celeridade das variações e incertezas econômicas no mundo de hoje, asseverar que uma empresa particular, por sólida e confiável que seja a sua situação atual nela seguramente permanecerá, por longo prazo, com o mesmo *status* econômico em que presentemente ela possa se encontrar” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2004).

Há muito maior segurança na garantia por meio de imóveis, fiança bancária ou garantia real em valor a ser arbitrado pelo juiz para efeito de garantir a pensão.

A exegese do § 2º do art. 475-Q⁽¹⁷⁾ indica que a fiança bancária e a garantia real não podem ser determinadas de ofício, mas dependem de requerimento do credor. A fiança bancária, desde que de banco oficial, constitui modalidade segura, não havendo razão para que a escolha pelo juiz recaia sobre banco privado.

Não será preciso enfatizar que, em caso de imóveis, estes deverão ser livres e desembaraçados de quaisquer ônus e se submeter à avaliação por ordem do juiz.

Não se pode perder de vista, entretanto, a grande variabilidade na cotação imobiliária que temos assistido recentemente, não apenas no Brasil, mas em todos os países, decorrente do

(15) Art. 944, parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (BRASIL, Código de Processo Civil, 1973.)

(16) § 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz. (BRASIL, Código de Processo Civil, 1973.)

(17) § 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz. (BRASIL, Código de Processo Civil, 1973.)

grau de interdependência da economia global, as turbulências financeiras internacionais que podem contaminar sem qualquer aviso as economias nacionais: o preço dos imóveis pode despencar vertiginosamente, levando à miséria milhares de famílias. A crise financeira nos Estados Unidos em 2008 demonstrou exatamente isso, ou seja, nem as aparentemente mais sólidas instituições financeiras do mundo estão a salvo das crises internacionais. Assim, a aceitação de garantias bancárias ou reais deve ser feita com extrema cautela.

Ainda que não conste mais na lei⁽¹⁸⁾, em caso de imóveis, haverá de ser registrada a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade do bem.

Além disso, parece também claro que o “valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz” não pode ser inferior ao capital necessário para constituição de garantia para fins do art. 475-Q, *caput*.

4. Terceiro problema: a conversão da pensão em parcela única por requerimento do credor

Tradicionalmente, a doutrina sempre relutou em aceitar a conversão da pensão mensal em pagamento único, por diversas razões.

A primeira sempre foi o considerável risco de dilapidação de um patrimônio destinado a garantir a subsistência por toda a vida quando posto imediatamente à disposição do trabalhador.

Outra razão relevante é a excessiva onerosidade para o empregador que, subitamente, teria de arcar com a disponibilização de elevada importância, com o risco mesmo de sua inviabilização econômica. Por outro lado, a antecipação de pagamento de um benefício continuado, muitas vezes vitalício, também implica num julgamento implícito sobre o tempo de sobrevivência do beneficiário. Ainda que se aplique no caso tabelas de expectativa

(18) Antiga redação do art. 602 do CPC (BRASIL, Código de Processo Civil, 1973).

de vida sofisticadas (como no caso a Tabela de Expectativa de Sobrevida do IBGE)⁽¹⁹⁾, sem dúvida, estar-se-á especulando sobre fatores imprevisíveis e, assim, correndo-se o risco quase inevitável de cometer injustiças.

As pensões mensais acidentárias decorrentes de processo judicial constituem prestações decorrentes de obrigações continuativas que, por definição, são sempre provisórias⁽²⁰⁾, contendo implicitamente a regra *rebus sic stantibus*, ou seja, seus efeitos persistirão enquanto subsistirem as condições de fato e de direito ocorrentes ao tempo do decisório⁽²¹⁾.

Assim, o valor da pensão não pode ser considerado definitivo, já que, mesmo em casos de invalidez permanente, o valor da pensão sempre poderá ser modificado por ação revisional por alteração fática da capacidade laboral do pensionista⁽²²⁾.

A decisão judicial pela conversão do pagamento de pensão mensal em pagamento único comporta, ainda que implicitamente, um juízo de valor de que a incapacidade laboral

(19) Com base no contido no art. 948, II do Código Civil (a expressão “a duração provável da vida da vítima”), Sebastião Geraldo de Oliveira entende que não faz mais sentido utilizar a média de vida do brasileiro ou a expectativa de vida ao nascer e propõe a utilização da Tabela de Sobrevida do IBGE (OLIVEIRA, 2005, p. 215-9).

(20) No plano do direito material, as relações jurídicas continuativas se apresentam como “as regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualificativos” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. IV, p. 483 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Coisa julgada e sentença jurídica*: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias. Doc. eletr. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810150716.pdf> Acesso em: 25 maio 2014).

(21) THEODORO JÚNIOR, ob. cit.

(22) Art. 471 do CPC: Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença [...]. (BRASIL, Código de Processo Civil, 1973.)

que determinou o pagamento da pensão não sofra alterações ao longo do tempo e, seja assim, “definitiva”. Portanto, ao determinar-se o pagamento, em parcela única, de pensão mensal, corre-se sempre o risco de prejudicar ou beneficiar o credor em caso de alteração fática das condições que ensejaram o pagamento da pensão.

Apesar das objeções da doutrina, em 2005, houve importante modificação legislativa, no caso no parágrafo único do art. 950 do Código Civil⁽²³⁾, constando ser possível ao credor exigir o pagamento em parcela única.

Antes de tudo, é preciso alertar, como faz Sebastião Geraldo de Oliveira (2005, p. 258) que tal possibilidade se restrinja ao pedido da vítima, nas hipóteses de invalidez parcial ou permanente e não se estende aos dependentes em caso de morte da vítima, como se deduz da leitura atenta do *caput* do mencionado dispositivo legal⁽²⁴⁾.

Além disso, a jurisprudência majoritária do TST é no sentido de que tal disposição legal representa apenas uma faculdade do juiz, que pode, conforme as circunstâncias do caso, deferir ou não o pedido do credor⁽²⁵⁾.

(23) Art. 950, Parágrafo único: O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez. (BRASIL, Código Civil, 2002)

(24) Nesse mesmo sentido recente decisão do TST: “INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. FORMA DE PAGAMENTO. MORTE DE TRABALHADOR ACIDENTADO. INAPLICABILIDADE DO ART. 950, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CCB. A faculdade conferida ao ofendido de pleitear o pagamento da indenização por danos materiais em cota única (art. 950, parágrafo único, do CCB) não se estende aos casos em que ocorre a morte de trabalhador acidentado, já que, para esta situação, há regra específica no Código Civil sobre a forma de pagamento da indenização — art. 948 do CCB. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2013a.)

(25) “RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MATERIAL. PENSÃO VITALÍCIA. PAGAMENTO DE UMA SÓ VEZ. ART. 950, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. PRERROGATIVA DO JUIZ. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST assentou o entendimento segundo o qual constitui faculdade do juiz aplicar, ou não, o disposto no art. 950, parágrafo único, do Código Civil de 2002, no que prevê a possibilidade de determinar-se o pagamento, de uma

Também o Supremo Tribunal Federal acolhe tal entendimento, como se verifica em decisão da 3ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em cuja ementa se transcreve trecho doutrinário de Sebastião Geraldo de Oliveira:

RECURSO DE REVISTA. REDUÇÃO DA CAPACIDADE FÍSICA PARA O TRABALHO. INDENIZAÇÃO. PAGAMENTO DE UMA SÓ VEZ. ART. 950, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. 1. O pagamento em parcela única, previsto no parágrafo único do art. 950 do CC, não constitui um direito subjetivo absoluto para o lesado, mas uma faculdade para o juiz ou tribunal, que poderá determinar o pagamento do capital, a requerimento do lesado, quando se mostrar o modo mais adequado, no caso concreto, para reparação dos prejuízos. [...] 2. Não se deve perder de vista que a finalidade essencial do pensionamento é garantir para a vítima o mesmo nível dos rendimentos que até então percebia e não de lhe conceder um capital para produzir rendas futuras. Com efeito, se o acidentado em poucos anos consumir o valor recebido acumuladamente, passará o restante da sua vida em arrependimento tardio, porém ineficaz. Por tudo que foi exposto, diante da análise de cada caso, pode o juiz indeferir a pretensão deduzida com apoio no parágrafo único do art. 950 do Código Civil, sempre que tiver fundamentos ponderáveis para demonstrar a inconveniência do pagamento acumulado da pensão (OLIVEIRA, Sebastião geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 302).⁽²⁶⁾

Por outro lado, a determinação da pensão em parcela única, como afirmado anteriormente, exige uma ponderada avaliação por parte do juiz se tal exigência não importa em um ônus excessivo ao empregador. De todo conveniente que tal avaliação seja feita no momento da fixação do valor da indenização

só vez, da pensão mensal proporcional à redução da capacidade laboral em virtude de acidente de trabalho.” (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2013b.)

(26) ARE n. 680.594/DF, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22.6.2012.

reparatória do dano, ou seja, na prolação da sentença da fase de conhecimento, quando o porte e a situação financeira da empresa são elementos a serem levados em conta pelo julgador (GHISLENI FILHO *et al.*, 2011).

Por parte do devedor, a determinação para, de imediato, pagar de uma vez só parcelas que, pela sentença condenatória, poderiam ser pagas parceladamente, constitui em verdadeiro atentado ao direito processual a não ser surpreendido⁽²⁷⁾, já que não pôde defender-se adequadamente em relação a essa matéria na fase de conhecimento.

Este também é o magistério de Estêvão Mallet e Flávio Higa, para quem:

[...] a possibilidade de opção pelo credor em relação à forma de pagamento (capital ou renda) deve ser postulada na petição inicial (CPC, arts. 282, IV e 288, *caput*) e discutida na fase de conhecimento (CF, art. 5º, LV), para então ser inscrita no título executivo (CPC, arts. 2º, 128 e 460), ordená-la na fase de liquidação ou execução sem um comando judicial específico macularia a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI e CLT, art. 879, § 1º) e, assim, depende de expressa autorização na sentença exequenda (MALLET; HIGA, 2013).

E não é outra a posição da jurisprudência, no caso, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

INDENIZAÇÃO — EXECUÇÃO DE SENTENÇA — PAGAMENTO ANTECIPADO DAS PENSÕES VINCENDAS — IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO PELA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO — INAPLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 950 DO CÓDIGO CIVIL. A condenação ao pagamento de pensão mensal tem característica

(27) Texto a ser publicado na obra coordenada por: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Medina, Luiz Fux, Luiz Volpe e Pedro Miranda (Coords.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. vol. II. Salvador: Jus Podivm, 2014 (NO PRELO). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/170988541>> Acesso em: 4 jun. 2014.

alimentar, pois sua finalidade é de complementar a renda do trabalhador que, por força do acidente automobilístico, teve reduzida sua capacidade laborativa. Com o trânsito em julgado da decisão que determinou a indenização sob a forma de pensão, não há que se falar em pagamento de uma só vez, previsto no parágrafo único do art. 950 do Código Civil. Para tanto, seria indispensável análise e arbitramento de valor único pelo juízo na fase de conhecimento. Agravo improvido.⁽²⁸⁾

Por fim, a conversão da pensão em parcela única não justifica qualquer redução de seu valor a pretexto de beneficiar demasiadamente o credor. Como já foi dito anteriormente, o valor a ser fixado como pagamento único deve atender ao critério matemático, sem adoção de qualquer percentual redutor, sob pena de afronta à coisa julgada.

Da mesma forma, não há falar em honorários advocatícios adicionais sobre a parcela única, uma vez que estes já foram deferidos na fase de instrução e incidindo sobre a condenação, da qual as prestações deferidas como pensão mensal já fizeram parte.

Como uma sugestão prática, no momento da liberação da parcela única ao credor, não é conveniente fazê-lo por meio usual (alvará), mas, sim, pela transferência para o nome do credor de depósito em caderneta de poupança, como uma maneira a mais de conscientizá-lo de que tal patrimônio não se destina ao consumo imediato, mas se trata de um seguro contra as incertezas do futuro.

5. Conclusões

A pensão deve ser atualizada ao longo do tempo, ainda que não haja comando expresso na decisão exequenda, a fim de que não haja esvaziamento do crédito do exequente, sendo a melhor solução determinar, independentemente de pedido do credor, que a atualização do valor da pensão acompanhe os dos reajustamentos salariais da categoria profissional

(28) TJ-SP, Ag n. 900101395932, julg. em 21.7.2010.

da vítima, ainda que não haja qualquer impedimento legal para a fixação da pensão em salários mínimos.

A determinação judicial de constituição de capital em garantia do pagamento da pensão é uma imposição lógica que decorre da necessidade de assegurar ao credor o cumprimento da obrigação periódica pelo devedor e deve ser feita independentemente da situação financeira deste. Em caso de determinação de depósito em dinheiro, as melhores aplicações financeiras são a caderneta de poupança e o Tesouro Direto. O cálculo do capital deve atender ao contido no *caput*, art. 475-Q do Código de Processo Civil de forma a preservar sempre o capital inicial que, em caso de término da obrigação de pagar a pensão, deve ser devolvido ao devedor. As garantias reais e bancárias também podem ser utilizadas, porém, com extrema cautela. Já a consignação em pagamento somente se admite nas estritas hipóteses do § 2º do art. 475-Q do Código de Processo Civil.

Apesar da literalidade do parágrafo único do art. 950 do Código Civil, não existe um direito subjetivo absoluto para o lesado de exigir o pagamento em parcela única, cabendo ao juiz ou tribunal determinar o modo mais adequado para reparação dos prejuízos.

A determinação para pagamento em parcela única deve constar necessariamente, da decisão exequenda, sob pena de configurar violação ao direito processual do devedor de não ser surpreendido, já que não pôde defender-se adequadamente em relação a essa matéria no processo de conhecimento.

Por fim, a conversão em parcela única não justifica a adoção de qualquer redução, sob pena de afronta à coisa julgada. E, com base nos mesmos argumentos não há falar em honorários adicionais sobre o pagamento da parcela única, já que estes foram calculados sobre o total da condenação.

6. Referências bibliográficas

AMARAL SANTOS, Moacyr. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v.

IV, p. 483 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Coisa julgada e sentença jurídica*: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias. Doc. eletr. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810150716.pdf> Acesso em: 25 maio 2014.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 313, de 25 de maio de 2005*. Publicada no DJ de 6.6.2005, p. 397. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=201>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 627.649/SC*. Quarta Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, 27 de abril de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1191178&sReg=200400146506&sData=20041011&sTipo=5&formato=PDF>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 134.567/PR*. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 19 de novembro de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28134567%2EENUME%2E+OU+134567%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lwe6gmr>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 776.861/RS*. Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4477512>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 4*, de 30 de abril de 2008. Publicada no DJe n. 83 de 9.5.2008, p. 1; DOU de 9.5.2008, p. 1. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(4.NUME.\)%20E%20S.F.LSV.&base=baseSumulasVinculantes](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(4.NUME.)%20E%20S.F.LSV.&base=baseSumulasVinculantes)>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 490, de 3 de dezembro de 1969*. Publicada no DJ de 10.12.1969, p. 5931. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=490.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. TST-RR-513- 77.2012.5.08.0008*. Terceira Turma. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 6 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. TST-RR-135500-17.2006.5.15.0024*. Quarta Turma. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, 16 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>.

FREIRE, Alexandre *et al.* (Coords.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo CPC*. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 2. Doc. Eletr. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/170988541>> Acesso em: 4 jun. 2014.

GHISLENI FILHO, João *et al.* Valor adequado nas ações de indenização por dano moral. *Revista Eletrônica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 7, n. 113, 1ª quin. mar. 2011. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/RevistaEletronicaPortlet/servlet/113edicao.pdf>> Acesso em: 3 jun. 2014.

MALLET, Estêvão; HIGA, Flávio da Costa. Indenização arbitrada em parcela única do art. 950 parágrafo único do Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 303-339, 2013. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67987/pdf_12> Acesso em: 31 maio 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005.

Estabilidade decenal ainda vigente

Edilton Meireles^(*)

Resumo:

- ▶ Neste trabalho, o autor trata da estabilidade decenal regulamentada na CLT, sustentando a sua recepção pela CF de 1988. Trata, ainda, das indenizações devidas em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador estável quando desaconselhável a sua reintegração.

Palavras-chave:

- ▶ Estabilidade decenal — Indenização — Lei complementar.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Evolução legislativa da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa
- ▶ 3. Natureza de lei complementar dos arts. 492 a 500 da CLT
- ▶ 4. Da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa
- ▶ 5. Da indenização compensatória e dos 40% dos FGTS. Direitos distintos
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referência bibliográfica

1. Introdução

Tornou-se quase que um dogma, a partir do texto constitucional de 1988, afirmar que as regras que asseguram a estabilidade decenal estabelecida na CLT teriam sido revogadas ou não recepcionadas.

Transcorridas mais de duas décadas, esse entendimento continua a vigor.

(*) Desembargador do Trabalho na Bahia. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBa). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do IBDP. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

Procuraremos, todavia, neste trabalho, apresentar fundamentos em contrário.

2. Evolução legislativa da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa

Como é sabido, antes da Constituição de 5 de outubro de 1988, nossas cartas constitucionais não estabeleciam qualquer regra de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Ainda que não protegido constitucionalmente o emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, ainda impedia da legislação infraconstitucional ordinária assim dispusesse. E foi diante dessa possibilidade que o legislador

ordinário de 1943 estabeleceu, na CLT, em seus arts. 492 a 500, uma hipótese de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Assim é que, conforme o art. 492 da CLT, o empregado que conte com mais de dez anos de serviço na mesma empresa somente pode ser despedido por motivo de falta grave ou “circunstância de força maior”. Com tal dispositivo, procurou-se proteger o emprego, ainda que de forma parcial, criando a denominada estabilidade decenal.

Tal preceito ordinário, por sua vez, era plenamente constitucional à luz das Constituições de 1937, que, em seu art. 137, alínea *f*, estabelecia a possibilidade do legislador ordinário instituir a estabilidade no emprego. Da mesma forma, era compatível com a Constituição de 1946, pois ela também preceituava a possibilidade do legislador infraconstitucional estabelecer hipóteses de estabilidade “nos casos e nas condições que a lei estatuir” (inciso XII do art. 157).

Em 13 de setembro de 1966, ainda na vigência da CF de 1946, o legislador ordinário, porém, instituiu pela Lei n. 5.107 o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) estabelecendo a regra de que o trabalhador poderia optar por este regime de proteção ao tempo de serviço alternativamente à estabilidade decenal, ou seja, ou bem o trabalhador era protegido nos termos dispostos na CLT, inclusive com a aquisição da estabilidade depois de dez anos de serviço, ou ficava submetido ao regime do FGTS. A escolha cabia ao empregado.

A vigência desses dois regimes, de modo alternativo, por sua vez, era plenamente compatível com a Constituição então vigente, já que, como dito acima, cabia ao legislador estabelecer as hipóteses de estabilidade “nos casos e nas condições que a lei estatuir” (inciso XII do art. 157). A não opção pelo regime do FGTS, assim, era uma condição para aquisição da estabilidade decenal.

Esta compatibilidade, por sua vez, continuou a existir à luz das Constituições de 1967

e 1969, já que ambas asseguravam a “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente” (inciso XIII do art. 158 da CF/67 e inciso XIII do art. 165 da CF/69).

Vejam, então, que, nas vigências das Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, ou era assegurada a possibilidade do legislador infraconstitucional estabelecer as hipóteses de estabilidade ou previa a possibilidade de se criar um regime alternativo (estabilidade ou fundo de garantia).

Tal panorama jurídico constitucional, no entanto, foi alterado radicalmente com a Constituição de 1988. Isso porque a atual Carta Magna, em seu art. 7º, incisos I e III, tanto assegura a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, como o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Observem bem. Antes, as Constituições de 1967 e 1969, asseguravam a estabilidade ou o fundo de garantia. A CF de 1988, no entanto, assegura, como direitos fundamentais dos trabalhadores, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. E um não exclui o outro.

Como tais direitos, um sem excluir o outro, passaram a ser protegidos constitucionalmente de forma cumulada, tem-se que a CF de 1988 revogou o disposto na Lei n. 5.107/66 no ponto que estabelecia que cabia ao trabalhador optar ou pelo regime da estabilidade da CLT ou pelo regime do fundo de garantia.

Não à toa, cerca de um ano depois, a Lei n. 7.839/89, que passou a disciplinar o FGTS, revogando a Lei n. 5.107/66, nada dispôs sobre a opção a ser feita pelo trabalhador, salvo em relação ao tempo de serviço anterior à Constituição Federal de 1988.

É bem verdade que esta Lei (n. 5107/66), assim como sua sucedânea, a atual Lei n. 8.036/90, que atualmente regula o FGTS, aquela no art. 12, esta no art. 14, estabelecia e estabelece a regra de que “Fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à

data da promulgação da Constituição Federal de 1988, já tinham o direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do Título IV da CLT”.

Com tal regra se deu a entender que a estabilidade decenal somente estaria assegurada aos empregados que já estivessem completado dez anos de serviços na data da promulgação da atual Constituição.

Tais dispositivos, no entanto, devem ser interpretados apenas como reafirmadores da estabilidade já adquirida por esses antigos empregados, sem prejuízo da aquisição da estabilidade por outros empregados a partir de então. Isso porque, à luz da CF de 1988, como dito acima, o regime do FGTS não exclui o da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, ainda que seja mediante o estabelecimento da estabilidade decenal. Logo, os dois regimes passaram a conviver. Em outras palavras, o trabalhador tanto faz jus à estabilidade como ao FGTS.

A questão, porém, que se pode opor é que a atual Constituição Federal estabelece que essa proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa deve ser regulada por lei complementar e a CLT é uma simples lei ordinária.

Enfrentemos essa questão.

3. Natureza de lei complementar dos arts. 492 a 500 da CLT

Conforme foi ressaltado acima, à luz das Constituições anteriores à de 1988, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e as consequentes hipóteses de instituição de estabilidade no emprego podiam ser disciplinadas mediante simples lei ordinária.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, no inciso I do seu art. 7º, passou a exigir a edição de lei complementar para disciplinar essas hipóteses. Logo, a partir dessa novel regra, poder-se-ia argumentar que a CLT, em seus arts. 492 a 500, estariam prejudicados (revogados ou não recepcionados). Daí se teria que, atualmente, os empregados não adquiririam estabilidade depois de dez anos de serviço.

Tal entendimento, relacionado à revogação da lei anterior, todavia, não encontra agasalho na jurisprudência mansa, reiterada e pacífica do STF. Isso porque, a Corte Constitucional brasileira já decidiu, por mais de uma vez, em situação semelhante, que quando determina matéria podia ser regulamentada por lei ordinária passando, todavia, a se impor sua disciplina mediante lei complementar quando instaurada uma nova ordem constitucional, a norma anterior é recepcionada com a natureza jurídica que se tornou exigível. Ou seja, o que era lei ordinária, é recepcionada formalmente como lei complementar. Ao invés da revogação, tem-se a recepção com o novo *status* legislativo.

E foi o que ocorreu com o Código Tributário Nacional que, à época de sua edição, de forma compatível com a Constituição de 1946, cuidava-se de uma lei ordinária disciplinadora do sistema tributário nacional. A Constituição de 1969, todavia, passou a exigir a edição de lei complementar para que fossem estabelecidas as regras gerais do sistema tributário, tal como a atual Carta Magna impõe.

O STF, porém, desde muito, seja à luz da CF de 1969, seja na vigência da atual Constituição, sempre decidiu que o CTN fosse recepcionado como lei complementar (mais recentemente, *vide* RE n. 559.943, RE n. 265.598, ADI n. 1.917 e RE n. 149.922).

Ora, se assim foi e é em relação ao CTN, por coerência, podemos ter os arts. 492 a 500 da CLT como tendo sido recepcionados pela atual Constituição Federal como dispositivos de lei complementar a regular, ainda que parcialmente, o disposto no inciso I do seu art. 7º.

Tais dispositivos, pois, foram recebidos pela Constituição de 1988 com o *status* de lei complementar, embora sejam formalmente uma lei ordinária. Isso porque, repetimos, os arts. 492 a 500 da CLT regulamentam, ainda que parcialmente, a proteção contra a despedida arbitrária sem justa causa.

E vejam que esses dispositivos não só estabelecem regras de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, ao

permitir apenas a despedida por falta grave ou diante de força maior, como ainda cuidam de estabelecer a indenização compensatória, seja quando extinta a empresa (art. 497 da CLT), seja quando desaconselhável a reintegração (art. 496 da CLT).

Tais dispositivos, por sua vez, são plenamente constitucionais, pois ao legislador complementar foi assegurado o direito de estabelecer diversas formas de proteção, podendo, inclusive, como ensina José Afonso da Silva:

“... reconhecer estabilidade após certo tempo de emprego e indenização compensatória. Mas poderá também não conferir estabilidade, resolvendo-se a controvérsia sempre pela via de indenização, progressiva ou não. Além disso, poderá estabelecer outros direitos...”⁽¹⁾

Assim é que podemos afirmar que, enquanto lei complementar, os arts. 492 a 500 da CLT asseguram a estabilidade no emprego aos empregados com tempo de serviço igual ou superior a dez anos, desde que prestado à mesma empresa, ou seja, para os empregados com dez ou mais anos de serviço, protege-se com a estabilidade, prevendo-se a indenização compensatória somente quando desaconselhável a reintegração ou quando da extinção da empresa.

Aqui, porém, outro argumento deve ser enfrentado. É que o art. 10, I, do ADCT, estabelece que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da CF”, “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966”.

Duas questões devem ser encaradas: primeiro, ao estabelecer que “até que seja promulgada a lei complementar”, o art. 10 dos ADCT estaria dando a entender que as regras da CLT não foram recepcionadas como lei complementar;

(1) *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 194.

segundo, ao estabelecer a proteção ali mencionada até a promulgação desta lei complementar, estaria o art. 10 do ADCT revogando a CLT nos artigos que cuidam de disciplinar a indenização por tempo de serviço.

Pois bem. A primeira questão pode ser superada pelo argumento de que, de fato, a CLT, em seus arts. 478 e 492 a 500, não é a lei complementar a que se refere a CF. Contudo, tal não implica concluir que esses dispositivos da CLT não foram recepcionados como lei complementar.

Falta, em verdade, essa lei complementar, que deve regulamentar a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa de forma ampla e completa, estabelecendo as regras pertinentes, podendo, inclusive, prever exceções, novos direitos, procedimentos para despedida, regulamentar a despedida coletiva etc.

Tal, porém, não exclui a possibilidade de concluir que a CLT, em seus arts. 492 a 500, tenha natureza de lei complementar a regular uma específica hipótese de estabilidade.

Aliás, o STF, na ADI n. 639, diante do questionamento da constitucionalidade do art. 118 da Lei n. 8.213/91, já decidiu, em outras palavras, que, em situações especiais, o próprio legislador ordinário pode dispor sobre hipóteses de estabilidade ou garantia de emprego, como em relação ao empregado acidentado. Logo, se a lei ordinária pode ampliar o leque dos trabalhadores estáveis, ao menos em situações especiais, com muito mais razões, há de se concluir pela constitucionalidade dos arts. 492 a 500 da CLT, enquanto lei complementar a regular uma situação específica, qual seja, dos trabalhadores com dez ou mais anos de serviço, fato, aliás, ainda raro nas empresas privadas no Brasil.

Assim, a CLT, em seus arts. 492 a 500, apenas estaria a proteger os trabalhadores com dez ou mais anos de serviço contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Uma situação específica, sem prejuízo de novo regramento por uma nova lei complementar.

E, enquanto lei complementar, neste ponto, a CLT afastaria a incidência da proteção transitória prevista no art. 10 dos ADCT. Isso porque, no caso específico dos empregados com dez ou mais anos de serviço, já haveria a lei complementar protetora contra a despedida arbitrária ou sem justa causa de modo a se afastar a regra transitória.

Essa proteção prevista no art. 10 dos ADCT, todavia, tem o condão de revogar a regra geral estabelecida no art. 478 da CLT, bem como a regra do valor da indenização compensatória quando da impossibilidade da reintegração do empregado detentor da estabilidade decenal (arts. 496 e 497 da CLT).

Veja que o art. 478 da CLT, ao dispor que ao empregado despedido injustamente estaria assegurada uma indenização correspondente a uma remuneração mensal por ano de serviço, poderia ser considerado também uma lei complementar, já que estaria regulamentando o inciso I do art. 7º da CF ao prever o pagamento de uma “indenização compensatória” em face da despedida arbitrária ou sem justa causa. Teríamos, assim, que, para os empregados com menos de dez anos de serviço, a proteção se resumiria ao pagamento de uma indenização compensatória correspondente a uma remuneração mensal por ano de serviço. Para o caso específico dos empregados com dez ou mais anos de serviço, porém, seria aplicada a regra mais especial dos arts. 492 a 500 da CLT, que ainda preveem a indenização dobrada.

Contudo, quando a CF dispõe que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da CF”, “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei 5.107, de 13.9.1966”, ela estaria revogando a CLT apenas no ponto que cuida da indenização compensatória.

Assim, seja para o empregado com menos de dez anos de serviço, seja para aquele com tempo superior, quando da despedida arbitrária ou sem justa causa, a indenização compensatória a

ser paga deve corresponder “ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966” “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da CF”.

Desse modo, ao invés de ser devida uma remuneração mensal por ano de serviço, como queria o art. 478 da CLT, em verdade, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o inciso I do art. 7º da CF, a indenização compensatória, em favor de qualquer trabalhador despedido arbitrariamente ou sem justa causa, deve corresponder “ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966”.

Tal conclusão, porém, não exclui a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa dos empregados com dez ou mais anos de serviço, que gozam, na forma da CLT, de estabilidade no emprego.

4. Da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa

É sabido que nenhum direito é absoluto. Mesmo o mais elementar direito fundamental, em colisão com outros de igual natureza, em juízo de ponderação, pode ser sacrificado, ainda que sem atingir seu núcleo essencial.

Não fosse isso, a norma infraconstitucional, em diversas situações, pode relativizar o que, aparentemente, mostra-se ser absoluto.

E, diga-se, a natureza não absoluta do direito à proteção à relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, resta patente na própria Constituição, já que ela mesma, na parte final do inciso I do art. 7º da CF, dispõe que a lei complementar deve prever indenização compensatória, “dentre outros direitos”, quando diante da despedida arbitrária ou sem justa causa. Daí se tem, então, que o direito de proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa não é absoluto a ponto de tornar inválido o ato praticado em sentido contrário.

Daí se tem que mesmo esse direito tão caro aos trabalhadores subordinados contém seus limites. E o primeiro deles decorre da própria relatividade desse direito, ou seja, dele não decorre, sempre, o direito de reposição ao *status quo ante* quando diante de sua violação. Isto é, ele, nem sempre, é capaz de se recompor, tornando nulo o ato que desrespeita a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Veja-se que devemos raciocinar, tendo em vista que esse direito de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa corresponde a uma prestação de abstenção. Não é preciso que alguém faça algo para respeitá-lo. Exige-se um não agir (não fazer; não despedir arbitrariamente ou sem justa causa). Logo, há limite ao direito de não ser despedido na medida em que o trabalhador não pode exigir a recomposição ao *status quo ante*. Limite há ao exercício desse direito quando dele não decorre sua integral recomposição e respeito absoluto.

A lei complementar, porém, pode modular esses limites, para mais ou para menos. Isso porque a Constituição Federal, por óbvio, não quis estabelecer que sempre deve haver a previsão de se pagar a indenização compensatória quando diante da despedida arbitrária ou sem justa causa.

Assim, a lei pode estabelecer uma maior proteção desse direito de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, diminuindo seus limites, determinar pesadas indenizações compensatórias, de modo que desestimele a sua violação. Aqui, os limites ao direito de proteção diminuam. Quanto maior a indenização, maior a proteção, logo menor o limite do direito de proteção (quanto menor o limite do direito, maior este fica). Se menor a indenização, menor será a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, logo, maior o limite do direito de proteção (quanto maior o limite, menor fica o direito).

Uma hipótese de ampliação da proteção temos com a Lei n. 9.029/1995, quando ela

confere ao empregado a opção de pedir a reintegração ou exigir a indenização por danos materiais, além da indenização compensatória mencionada na Constituição.

Aqui, o legislador infraconstitucional ampliou o direito fundamental à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, já que, mais do que prever apenas o efeito indenizante compensatório do ato contrário, assegurou ao empregado discriminado a possibilidade de pedir a invalidade da despedida.

Tal preceito legal, ao ampliar a proteção do trabalhador, teve em vista a violação de outro direito fundamental (igualdade de tratamento). Assim, considerando que, quando a despedida ocorre por discriminação, o empregador viola duas garantias constitucionais (da igualdade e da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa), é razoável ampliar a proteção conferida à relação de emprego.

Essa regra jurídica, por sua vez, pode ser aplicada de forma analógica a toda e qualquer despedida arbitrária ou sem justa causa que também se revele como violadora de outro direito fundamental. Por exemplo, quando a despedida ocorre de forma arbitrária ou sem justa causa por ter o empregado exercido sua liberdade de expressão, manifestando opinião que contrariou o empregador, estaremos diante de uma situação na qual não se respeitam dois direitos fundamentais do trabalhador (liberdade de expressão e da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa). Veja-se que aqui estamos tratando de despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a pretexto de exercer a liberdade de expressão o empregado incorre em justa causa, a despedida não será desmotivada.

Assim, o legislador infraconstitucional também pode diminuir o limite do direito à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, dispondo que, em determinadas situações, deve ser recomposta a situação anterior, invalidando o ato de despedida. São, aliás, as hipóteses de estabilidade ou garantia

no emprego, bem como na situação da despedida arbitrária por discriminação, na qual se assegura ao trabalhador a opção de pedir a reintegração ao posto de trabalho. Aqui, diminuem os limites, aumentando-se o direito de proteção em si.

A lei, porém, também pode aumentar os limites do direito de proteção à relação de emprego, se estabelecer indenizações compensatórias leves (mas não a ponto de tornar ineficaz o direito fundamental que se comenta, esvaziando seu núcleo essencial). Seria razoável, por exemplo, que essas indenizações fossem mais leves para os empregados com até determinados anos de serviços, etc.

Nesse caso, então, os limites ao direito de proteção aumentam, já que diminuem as sanções para sua eficácia.

Do acima exposto, é inexorável, então, concluir que os arts. 492 a 500 da CLT, quando estabelecem a estabilidade decenal, prevendo o pagamento de indenização apenas quando desaconselhável a reintegração, são plenamente compatíveis com o texto do art. 7º, inciso I, da CF de 1988.

Óbvio, ainda, que plenamente aceitável a não reintegração em caso de fechamento da empresa (art. 498 da CLT).

5. Da indenização compensatória e dos 40% dos FGTS. Direitos distintos

Como lembrado acima, a CF/1988, em seu art. 7º, I, estabelece que lei complementar deve disciplinar o direito à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. A norma constitucional faz referência à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, proteção esta a ser disciplinada por lei complementar, que, entretanto, deve prever uma indenização compensatória em face da despedida arbitrária, “dentre outros direitos”, ou seja, o legislador complementar é livre para disciplinar a forma de proteção contra a despedida arbitrária, devendo regulamentar

a indenização compensatória (o que não quer dizer que ela seja indenizatória), “dentre outros direitos”.

Sabedor, no entanto, o constituinte, que o legislador infraconstitucional nem sempre age de forma célere, e nesse caso anda a passo de tartaruga, ficou desde logo estabelecida uma regra de transição, contida no art. 10, I, do ADCT.

Assim, ficou estabelecido que, “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da CF”, “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966”.

É preciso esclarecer: o inciso I do art. 7º da CF/1988 prevê que a lei complementar deve disciplinar a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, dispondo sobre uma “indenização compensatória, dentre outros direitos”. Observem: cabe ao legislador complementar disciplinar a proteção contra a despedida arbitrária. E, nessa proteção, deve prever uma “indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Já o inciso I do art. 10 do ADCT, transitoriamente, estabelece que “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966”. Aqui, transitoriamente, regulamentou-se a indenização compensatória. Estabeleceu-se regra transitória da proteção indenizatória a que se refere o inciso I do art. 7º da CF. E, ao estabelecer essa regra de proteção, limitou esta ao pagamento de uma parcela correspondente “ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966”.

Esse preceito constitucional, outrossim, hoje, faz referência à legislação já revogada. É regra de interpretação e de eficácia da lei que, em hipóteses como tais, supervenientemente, deve-se entender como referida a lei revogadora que cuida da mesma matéria. Assim, a princípio, a referência mencionada no inciso I

do art. 10 do ADCT passaria a ser o atual § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036/1990.

Ocorre, porém, que a lei revogada (Lei n. 5.107/1966, revogada pela Lei n. 7.839/1989, que foi substituída pela Lei n. 8.036/1990), estabelecia o percentual de 10% sobre o saldo da conta vinculada do trabalhador a ser pago ao despedido injustamente. A nova lei, no entanto, prevê o percentual de 40%. Logo, poder-se-ia afirmar que, desde outubro de 1989 (em face da Lei n. 7.839/1989), a proteção assegurada no inciso I do art. 10 do ADCT corresponderia a 160% do saldo da conta vinculada do trabalhador, ou seja, atualmente, quatro vezes a porcentagem prevista no § 2º do art. 18 da Lei n. 8.036/1990.

Assim, entretanto, não se tem entendido. E nós mesmos já defendemos que o que o inciso I do art. 10 do ADCT prevê é o aumento da porcentagem em quatro vezes daquela mencionada no “art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966”. Logo, a antiga Lei n. 7.839/1989 e a atual Lei n. 8.036/1990 apenas reproduziriam o que o inciso I do art. 10 do ADCT determinou, ou seja, o “aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966”.

Por essa interpretação, pois, o § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036/1990 seria mera reprodução do disposto no inciso I do art. 10 do ADCT.

Repensando essa questão, no entanto, passamos aqui a sustentar outra posição. Isso porque a Lei n. 8.036/1990, em verdade, apenas se limita a disciplinar outro direito fundamental, qual seja, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (inciso III do art. 7º da CF). Essa lei não regulamenta a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, que, aliás, deve ser disciplinada por lei complementar. Ela, em verdade, disciplina outro direito fundamental do trabalhador, qual seja, o FGTS (inciso III do art. 7º da CF).

Assim, entendemos que a proteção referida no inciso I do art. 10 do ADCT continua a ser o “aumento, para quatro vezes, da porcentagem

prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966”. Em outras palavras, seriam os 40% dos depósitos do FGTS.

Importante, contudo, deixar destacado — como já dito acima — é que a proteção prevista no inciso I do art. 10 do ADCT não tem natureza indenizatória, nem sequer é uma “multa”. É, na realidade, uma parcela devida constitucionalmente a título de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa quando violado esse direito (de proteção do trabalhador).

E essa parcela dos 40% dos depósitos do FGTS, devida a título de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, não se confunde com a parcela dos 40% previstos no § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036/1990. Isso porque essa lei apenas dispõe o que seria o direito ao FGTS. Assim, além da proteção mencionada no ADCT (“aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13.9.1966”), cumulativamente é devida ao trabalhador, quando da sua despedida injusta, o pagamento dos 40% previstos no § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036/1990. Isso porque, ao regulamentar o que seria devido a título de FGTS (que tem natureza de salário), a lei estabeleceu que, além da “importância correspondente a oito por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador”, deve ser depositada na conta vinculada do trabalhador, quando da despedida injusta, “importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros” (§ 1º do art. 18 da Lei n. 8.036/1990).

Em outras palavras, uma coisa é a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, provisoriamente estabelecida no inciso I do art. 10 do ADCT. Outra coisa é o direito fundamental ao FGTS, que, por lei regulamentadora, corresponde a 8% da remuneração mensal, acrescida de 40% do total dos depósitos, devidos na despedida sem justa causa.

Aliás, observe-se que o § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036/1990 menciona que esse crédito relativo aos 40% dos depósitos somente é devido na despedida sem justa causa. Logo, havendo despedida arbitrária sem justa causa ou despedida não arbitrária sem justa causa (por motivo econômico, sem justa causa), também seria devido esse crédito complementar de 40%.

E, como já dito acima, o direito ao FGTS, tal como disciplinado na Lei n. 8.036/1990, inclusive com direito aos 40% quando da despedida, não se confunde e não prejudica o outro direito fundamental à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Do exposto acima, então, chegamos, ainda, à conclusão de que, em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador detentor da estabilidade decenal quando for desaconselhável sua reintegração, somente seria devida a indenização correspondente a 40% do FGTS, o mesmo ocorrendo quando do fechamento da empresa (art. 498 da CLT).

Essa parcela, porém, somente indeniza o período laboral em que o FGTS era devido. Assim, para o período na qual o trabalhador não era optante do FGTS (antes de 5.10.1988), temos duas soluções viáveis: ou se quantifica o FGTS do período não optante de modo a se alcançar os 40% devidos ou se tem como recepcionada a regra do art. 478 da CLT, que garante o pagamento de uma indenização equivalente a uma remuneração mensal por ano de serviço (art. 478 da CLT), sendo que, em caso de estabilidade, em dobro (arts. 496 e 497 da CLT).

Parece-nos que, no caso, haveria de aceitar a regra anterior, dos arts. 478, 496 e 497 da CLT, pois continuam a reger a indenização do período de não opção pelo regime do FGTS. A regra transitória da CF, assim, apenas regeria o período de opção do regime do FGTS ou a partir de quando ele passou a ser devido a todos os trabalhadores (desde 5.10.1988).

6. Conclusão

Concluindo, podemos arrematar afirmando que:

- a) os arts. 492 a 500 da CLT foram recepcionados pela atual Constituição Federal como lei complementar;
- b) logo, o trabalhador que possui dez ou mais anos de serviço goza da estabilidade decenal, somente podendo ser despedido por justa causa, caso cometa falta grave;
- c) a lei complementar pode dispor de forma a tornar inválida a despedida arbitrária ou sem justa causa, ao menos em algumas situações, observando-se o princípio da razoabilidade e os valores a serem protegidos;
- d) a indenização devida em caso de despedida do empregado com estabilidade decenal, por enquanto, está limitada ao pagamento de quantia equivalente a 40% dos depósitos devidos a título de FGTS;
- e) a parcela dos 40% dos depósitos do FGTS assegurado no § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036/1990 não se confunde com o crédito protetivo devido ao empregado em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme definido no inciso I do art. 10 do ADCT;
- f) o trabalhador quando despedido imotivadamente faz jus aos 40% dos depósitos do FGTS a título do respectivo direito constitucional (ao FGTS), bem como faz jus a outra idêntica quantia (40% dos depósitos do FGTS) a título de indenização em face da despedida arbitrária ou sem justa causa; e
- g) para o período em que o trabalhador não era optante do FGTS, é devida a indenização correspondente a uma remuneração mensal por ano de serviço em dobro.

7. Referência bibliográfica

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Jurisprudência

**Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-122600-60.2009.5.04.0005

Recorrente: Leandro da Rosa

Recorrido: WMS Supermercados do Brasil Ltda.

Acórdão:

- ▶ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO. Ante a razoabilidade da tese de violação dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil, recomendável o processamento do recurso de revista, para exame da matéria veiculada em suas razões. Agravo provido.”

RECURSO DE REVISTA.

DANO MORAL. NORMA REGULAMENTAR QUE PROÍBE O RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE EMPREGADOS. ABUSO DO PODER DIRETIVO DA RECLAMADA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À LIBERDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 927 DO CÓDIGO CIVIL CARACTERIZADA.

A partir da segunda metade do século XX, consolidou-se a percepção de que também os denominados “poderes privados” podem vulnerar os direitos fundamentais das pessoas com as quais mantêm relações jurídicas, principalmente naquelas de natureza assimétrica, em que um dos polos está em estado de sujeição ou é hipossuficiente do ponto de vista jurídico, econômico ou social. Daí a consagração da denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* ou *a sua eficácia na esfera do Direito Privado* ou *entre particulares*, instrumento mediante o qual o Poder Judiciário atua para limitar o exercício arbitrário ou abusivo do poder por particulares que atinja os direitos fundamentais daqueles com os quais estes se relacionam. Também não cabe, hoje, nenhuma dúvida quanto à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais em geral no âmbito das relações trabalhistas. Afinal, a doutrina contemporânea reconhece e proclama que “os direitos fundamentais não são como os chapéus que se deixam na entrada do local de trabalho, eis que tais direitos, assim como as cabeças, não podem ser separados da pessoa humana em nenhum lugar, sob nenhuma circunstância”. Discute-se, no caso, a configuração do dano moral decorrente de demissão fundamentada em norma interna da reclamada que proíbe o relacionamento amoroso entre empregados dentro e fora da empresa. A situação fática explicitada na decisão regional é de que o reclamante trabalhava no supermercado e exercia o cargo de operador de supermercado, o qual passou a ter relacionamento amoroso com uma colega, que trabalhava no setor de segurança, de controle patrimonial. Foi aberto, então, um procedimento administrativo contra os dois empregados, com base em

norma interna da empresa, por meio da qual se proibia o relacionamento amoroso entre empregados do departamento de segurança e qualquer outro empregado da empresa, sob pena de desligamento imediato. A dispensa dos dois empregados, na mesma data, decorreu do simples fato de estarem morando juntos, tendo um relacionamento, e da companheira do reclamante exercer suas atividades exatamente no setor de Divisão de *Loss Prevention* ou de prevenção de perdas, presumindo-se que ela poderia não agir corretamente no exercício de suas funções na área de segurança do supermercado. Na hipótese dos autos, não houve nenhuma alegação ou registro de que eles agiram mal, de que entraram em choque ou de que houve algum incidente, envolvendo esse casal, no âmbito da empresa. Esses fatos configuram, sim, invasão injustificável ao patrimônio moral de cada empregado e da liberdade de cada pessoa que, por ser empregada, não deixa de ser pessoa e não pode ser proibida de se relacionar amorosamente com seus colegas de trabalho. Ao contrário: isso é inerente à natureza humana. Diante desse contexto fático, não cabe a menor dúvida de que preceitos constitucionais fundamentais estão sendo atingidos, como a dignidade da pessoa humana e a liberdade, tendo em vista que a vida pessoal desse empregado, sem nenhuma justificativa razoável e sem real necessidade, está sendo desproporcionalmente limitada pelo empregador fora do ambiente de trabalho. Com efeito, em razão da condição hierárquica da relação existente entre empregado — subordinado — e empregador, tem-se que esse último detém o poder diretivo, o qual, no entanto, deve observar os limites estabelecidos na Constituição Federal e nas leis, devendo os atos empresariais, sejam eles tácitos, sejam escritos (regulamentos internos e demais normas internas), ser razoáveis, sendo vedado seu uso abusivo e contrário à função social que deve presidir e, ao mesmo tempo, servir de limite daqueles próprios atos empresariais. Destaque-se, aqui, a necessidade de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, o qual se concretiza pelo reconhecimento e pela positivação dos direitos e das garantias fundamentais, sendo o valor unificador de todos os direitos fundamentais, e à liberdade, que constitui um dos pilares principais de efetivação da dignidade humana. Vale ressaltar, por oportuno, que uma das principais características dos direitos fundamentais é sua inalienabilidade ou indisponibilidade, que resulta da fundamentação do direito no valor da dignidade humana: da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, ele não pode ser livre para ter ou não dignidade — o Direito não pode permitir que o homem se prive de sua dignidade. Nesse contexto, serão indisponíveis exatamente os direitos fundamentais que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de viver com dignidade e de se autodeterminar, como o direito à proteção da personalidade e da vida privada do trabalhador, que se destina a salvaguardar a liberdade do trabalhador de tomar decisões sem coerções externas, mormente quando envolver questões inerentes à própria natureza humana, como é, sem dúvida, o direito de estabelecer relacionamentos amorosos com pessoas com quem um determinado empregado ou empregada houver convivido no ambiente de trabalho, situação ora em análise. Ademais, a norma regulamentar que proíbe aos empregados da reclamada que, de forma absoluta e até mesmo fora de seu local de trabalho, mantenham qualquer forma de relacionamento afetivo ou amoroso com alguns de seus colegas de trabalho também fere direta e frontalmente o art. 5º, II, da Constituição Federal, ao tentar tornar ilícito, no âmbito da empresa, um comportamento que a Constituição e as leis absolutamente não proíbem e até estimulam por meio do

art. 226 da mesma Norma Fundamental, que assegura a especial proteção do Estado à família e à união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar. Por fim, tal conduta empresarial também ignora por completo o disposto no art. 21 do Código Civil brasileiro, que estabelece incisivamente que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma” (destacou-se). Diante disso, é forçoso concluir que está configurado, no caso, o abuso do poder diretivo da empresa, a qual, fundamentando-se exclusivamente em norma interna que proíbe o relacionamento amoroso entre empregados, dispensou sem causa justificada o reclamante, violando direta e indiscutivelmente seu patrimônio moral, lesão que deve ser reparada, nos termos dos arts. 5º, inciso X, da Constituição Federal e 927, *caput*, do Código Civil.

Recurso de revista conhecido e provido.

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE — BASE DE CÁLCULO (alegação de violação aos arts. 7º, IV, da Constituição Federal e 192 da Consolidação das Leis do Trabalho). Não demonstrada a violação à literalidade de preceito constitucional ou de dispositivo de lei federal, não há que se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento na alínea “c” do art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO (alegação de violação à Lei n. 1.060/50 e divergência jurisprudencial). De acordo com a Súmula/TST n. 221, não se conhece do recurso de revista por violação de texto legal ou de preceito constitucional quando o recorrente não indica expressamente o dispositivo de lei ou preceito constitucional tido por violado. Por outro lado, não citada nas razões recursais a fonte oficial ou repositório jurisprudencial de que foram extraídas as decisões paradigmas, não há como se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento na letra “a” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Aplicação da Súmula/TST n. 337. Recurso de revista não conhecido”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-122600-60.2009.5.04.0005, em que é Recorrente LEANDRO DA ROSA e Recorrido WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.

O agravo de instrumento interposto pelo reclamante foi provido em sessão realizada em 27.11.2013, para determinar o processamento do recurso de revista na primeira sessão subsequente à data da certidão de julgamento do agravo, nos termos da Resolução n. 1.418/2010.

É o relatório.

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA

Adoto o voto proposto pelo eminente Ministro Relator originário do feito, ao examinar

o agravo de instrumento do reclamante, conforme aprovado em sessão de julgamento, nos seguintes termos:

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

Primeiramente, há de se afastar a alegação de que o despacho agravado ofende o art. 5º, *caput*, LV, da Carta Magna. É que o juízo de admissibilidade *a quo*, embora precário, tem por competência funcional o exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, extrínsecos e intrínsecos, como ocorreu no presente caso.

DANO MORAL – NÃO CARACTERIZAÇÃO

Insurge-se o agravante, em suas razões recursais, contra o despacho que denegou

seguimento ao seu recurso de revista, sustentando que logrou demonstrar violação de preceito constitucional e de lei federal. Em suas razões de recurso de revista, alegou que “se sentiu humilhado, ultrajado injustamente, e pior: sem emprego conquistado tão duramente no tão disputado mercado de trabalho” (seq. 1, p. 369). Nesse sentido, pediu “indenização por danos morais, com a condenação eficaz, visando ter o caráter educativo para o ofensor e satisfativo para o ofendido” (seq. 1, p. 371). Apontou violação aos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil e à Lei n. 9.092/95.

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

“O Juízo de origem condenou a reclamada ao pagamento de indenização fixada em R\$ 30.000,00 a título de danos morais decorrentes de ato ilícito que entendeu configurado pelas circunstâncias da despedida do reclamante.

Inconformada, a reclamada recorre. Alega que o fato de o reclamante estar namorando uma colega de trabalho não foi a causa da despedida, inexistindo qualquer irregularidade ou ilicitude no ato, tendo agido dentro dos limites do seu *jus variandi*. Afirma inexistir prova de qualquer prejuízo ao reclamante passível de indenização, tampouco de divulgação por parte da reclamada de circunstâncias relacionadas ao término do contrato de trabalho, não estando configurado ato ilícito por parte da recorrente, nexos de causalidade ou culpa. Busca afastar a condenação ou, caso mantida, seja reduzido o valor fixado na origem.

O Juízo de origem entendeu que o empregador ‘não pode se imiscuir na vida privada de seus empregados, proibindo ou exigindo condutas que extrapolem o âmbito do ambiente de trabalho’, tendo agido em abuso de direito passível de ser coibido, nos termos da Lei n. 9.029/1995. Praticou ato ilícito causador de dano extrapatrimonial nos termos do art. 927 do Código Civil ao privar o reclamante de sua fonte de subsistência, submetendo ele e sua companheira ao crivo e comentários de colegas de trabalho.

Na inicial, o reclamante afirmou que começou a namorar a colega de trabalho Priscila em fevereiro de 2009, passando a conviver em união estável no mês seguinte. Afirmou que não mantinham contato físico na empresa e que o relacionamento nunca atrapalhou suas atividades profissionais. Disse que a reclamada tomou conhecimento do relacionamento afetivo e o reclamante e Priscila foram chamados a responder processo administrativo, ao final do qual ambos foram despedidos. Afirmou que o fato casou sério abalo moral no reclamante e em sua companheira, pois os fatos chegaram ao conhecimento dos colegas que passaram a caçoar dos mesmos.

Instruiu o pedido com os documentos das fls. 07/13, que trata da ‘política sobre namoro’ da reclamada e cópia da CTPS do reclamante e de sua companheira Priscila, onde se verifica a mesma data de despedida de ambos, em 21.8.2009.

Incontroverso que o reclamante foi desligado da empresa na mesma oportunidade que sua companheira, resta apurar a existência de ato ilícito da reclamada capaz de ensejar direito à reparação.

O reclamante afirmou que teve conhecimento da norma interna proibitiva após iniciado o namoro. Na CTPS de Priscila (fls. 12/13), consta que ela foi admitida para o cargo de ‘Fiscal de *Loss Prevention*’ em 8.12.2008, enquanto o reclamante atuava como ‘Operador II’.

No documento das fls. 07/09, verifica-se que a política sobre namoro da reclamada visa promover ‘um ambiente de trabalho livre de comportamentos ou condutas impróprias que possam nos desviar do foco de servir nossos clientes e em manter um ambiente de trabalho seguro e produtivo’, além de ‘impedir que outros Associados venham a ser inadequadamente tratados em função de um envolvimento amoroso entre um Supervisor e um Associado’. Tal política não permite relacionamento amoroso entre empregados e seus subordinados, a qualquer título, esclarecendo, ainda:

(...)

A proibição específica se justifica por incumbir ‘à Divisão de *Loss Prevention* conduzir

processos de análise dos associados, identificando casos que caracterizem a violação dessa política; procedendo à devida abertura de processo de investigação e emitindo recomendações e parecer sobre os processos para as providências administrativas’.

Importa ressaltar, ainda, que o documento assegura a possibilidade de qualquer empregado requisitar transferência nos casos em que haja intenção de relacionamento afetivo com outro empregado.

Neste contexto, entende-se que a adoção, pela reclamada, de política interna coibindo o relacionamento afetivo entre seus empregados e outros colaboradores vinculados está fundamentada na prevenção de condutas impróprias ou que possam vir a causar constrangimentos ou favorecimentos, não evidenciando extrapolação aos limites de seu *jus variandi*. Ao assegurar a possibilidade de transferência a pedido, bem como designar a abertura de processo próprio para apurar circunstâncias particulares de cada caso e determinar que a decisão de despedimento ou transferência do empregado deva ser avaliada por diversas áreas dentro da empresa, determinando, ainda, a divulgação da política junto aos empregados, denota a preocupação da reclamada em evitar ato arbitrário.

Assim, ao contrário do entendimento expresso na sentença, entende-se não configurada afronta ao disposto na Lei n. 9.029/1995, a qual proíbe práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou manutenção da relação de emprego.

Entende este Relator que, embora a despedida implique prejuízo ao sustento do empregado e de seus familiares, podendo lhe causar alguma angústia, dor ou desconforto, não gera, por si, direito à indenização por dano moral.

Resta examinar a existência de dano moral decorrente da publicidade dos fatos que culminaram com a despedida do reclamante e de sua companheira. Na inicial o autor afirmou que os ‘fatos chegaram ao conhecimento público dos colegas e não muitos passaram a caçoar dos mesmos’ [sic] e que ‘o encarregado de nome Alex advertia os outros funcionários

para tomarem ‘cuidados’ redobrados em relação ao reclamante e sua namorada, pois eles poderiam ‘efetuar furtos em conjunto’.

Quanto aos efeitos da imputação de prática de ato faltoso ou ilegal, embora passíveis de indenização, neste caso, tampouco se entende cabível.

Na espécie, não restou evidenciada a intenção patronal de causar qualquer dano ao reclamante, tampouco se cogita de prática de ato ilícito da reclamada, mormente em se considerando o contexto apresentado.

Não há prova de que a imagem pessoal ou profissional do reclamante tenha ficado comprometida ou abalada perante a comunidade ou no ambiente de trabalho, por ato do empregador.

Os depoimentos colhidos das fls. 123/124 nada referem sobre a violação da intimidade e efeitos nocivos à vida privada e profissional, à honra ou à imagem do reclamante. Acerca da despedida do reclamante, a primeira testemunha apresentada por ele, Sérgio Furquim dos Santos, afirmou ‘que não sabe o motivo pelo qual o reclamante foi dispensado’, enquanto a segunda testemunha apresentada pelo reclamante, Jessica Roberta Machado, afirmou ‘que acredita que o autor foi dispensado em função da política da empresa de impedir relacionamentos; que ouviu isso de colegas da empresa’. De ressaltar, ainda, que as testemunhas afirmaram trabalhar na reclamada até maio/2009 e abril/2009, respectivamente, enquanto o reclamante foi despedido em agosto/2009.

Não tendo o reclamante se desincumbido a contento do ônus probatório que lhe competia, inviável o acolhimento das pretensões fundadas em existência denexo de causalidade e culpa do empregador para fins de responsabilização e pagamento de qualquer indenização a título de dano moral.

Dá-se provimento ao recurso para afastar a condenação de pagamento da indenização por danos morais.” (p. 353/357 do seq. 1)

Afigura-se razoável a tese de violação dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil. Recomendável, pois, o processamento do recurso de revista, para melhor exame das matérias veiculadas em suas razões.

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

RECURSO DE REVISTA

1. DANO MORAL. NORMA REGULAMENTAR QUE PROÍBE O RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE EMPREGADOS. ABUSO DO PODER DIRETIVO DA RECLAMADA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À LIBERDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 927 DO CÓDIGO CIVIL CARACTERIZADA.

I – CONHECIMENTO

A Corte regional deu provimento ao recurso ordinário da reclamada para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais, alicerçando-se nos seguintes fundamentos:

“O Juízo de origem condenou a reclamada ao pagamento de indenização fixada em R\$ 30.000,00 a título de danos morais decorrentes de ato ilícito que entendeu configurado pelas circunstâncias da despedida do reclamante.

Inconformada, a reclamada recorre. Alega que o fato de o reclamante estar namorando uma colega de trabalho não foi a causa da despedida, inexistindo qualquer irregularidade ou ilicitude no ato, tendo agido dentro dos limites do seu *jus variandi*. Afirmo inexistir prova de qualquer prejuízo ao reclamante passível de indenização, tampouco de divulgação por parte da reclamada de circunstâncias relacionadas ao término do contrato de trabalho, não estando configurado ato ilícito por parte da recorrente, nexa de causalidade ou culpa. Busca afastar a condenação ou, caso mantida, seja reduzido o valor fixado na origem.

O Juízo de origem entendeu que o empregador ‘não pode se imiscuir na vida privada de seus empregados, proibindo ou exigindo condutas que extrapolem o âmbito do ambiente de trabalho’, tendo agido em abuso de direito passível de ser coibido, nos termos da Lei n. 9.029/1995. Praticou ato ilícito causador de dano extrapatrimonial nos termos do art. 927 do Código Civil ao privar o reclamante de sua fonte de subsistência, submetendo ele e sua companheira ao crivo e comentários de colegas de trabalho.

Na inicial, o reclamante afirmou que começou a namorar a colega de trabalho Priscila em fevereiro de 2009, passando a conviver em união estável no mês seguinte. Afirmou que não mantinham contato físico na empresa e que o relacionamento nunca atrapalhou suas atividades profissionais. Disse que a reclamada tomou conhecimento do relacionamento afetivo e o reclamante e Priscila foram chamados a responder processo administrativo, ao final do qual ambos foram despedidos. Afirmou que o fato casou sério abalo moral no reclamante e em sua companheira, pois os fatos chegaram ao conhecimento dos colegas que passaram a caçoar dos mesmos.

Instruiu o pedido com os documentos das fls. 07/13, que trata da ‘política sobre namoro’ da reclamada e cópia da CTPS do reclamante e de sua companheira Priscila, onde se verifica a mesma data de despedida de ambos, em 21.8.2009.

Incontroverso que o reclamante foi desligado da empresa na mesma oportunidade que sua companheira, resta apurar a existência de ato ilícito da reclamada capaz de ensejar direito à reparação.

O reclamante afirmou que teve conhecimento da norma interna proibitiva após iniciado o namoro. Na CTPS de Priscila (fls. 12/13), consta que ela foi admitida para o cargo de ‘Fiscal de *Loss Prevention*’ em 8.12.2008, enquanto o reclamante atuava como ‘Operador II’.

No documento das fls. 07/09, verifica-se que a política sobre namoro da reclamada visa promover ‘um ambiente de trabalho livre de comportamentos ou condutas impróprias que possam nos desviar do foco de servir nossos clientes e em manter um ambiente de trabalho seguro e produtivo’, além de ‘impedir que outros Associados venham a ser inadequadamente tratados em função de um envolvimento amoroso entre um Supervisor e um Associado’. Tal política não permite relacionamento amoroso entre empregados e seus subordinados, a qualquer título, esclarecendo, ainda:

“Devido às atividades e atribuições pertinentes ao Departamento de *Asset Protection* e suas divisões, incluindo a *Divisão de Loss Prevention*, nenhum associado desse departamento poderá ter relacionamento amoroso com qualquer associado da empresa ou unidade sob a qual tenha responsabilidade.”

A proibição específica se justifica por incumbir ‘à Divisão de *Loss Prevention* conduzir processos de análise dos associados, identificando casos que caracterizem a violação dessa política; procedendo à devida abertura de processo de investigação e emitindo recomendações e parecer sobre os processos para as providências administrativas’.

Importa ressaltar, ainda, que o documento assegura a possibilidade de qualquer empregado requisitar transferência nos casos em que haja intenção de relacionamento afetivo com outro empregado.

Neste contexto, entende-se que a adoção, pela reclamada, de política interna coibindo o relacionamento afetivo entre seus empregados e outros colaboradores vinculados está fundamentada na prevenção de condutas impróprias ou que possam vir a causar constrangimentos ou favorecimentos, não evidenciando extrapolação aos limites de seu *jus variandi*. Ao assegurar a possibilidade de transferência a pedido, bem como

designar a abertura de processo próprio para apurar circunstâncias particulares de cada caso e determinar que a decisão de despedimento ou transferência do empregado deva ser avaliada por diversas áreas dentro da empresa, determinando, ainda, a divulgação da política junto aos empregados, denota a preocupação da reclamada em evitar ato arbitrário.

Assim, ao contrário do entendimento expresso na sentença, entende-se não configurada afronta ao disposto na Lei n. 9.029/1995, a qual proíbe práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou manutenção da relação de emprego.

Entende este Relator que, embora a despedida implique prejuízo ao sustento do empregado e de seus familiares, podendo lhe causar alguma angústia, dor ou desconforto, não gera, por si, direito à indenização por dano moral.

Resta examinar a existência de dano moral decorrente da publicidade dos fatos que culminaram com a despedida do reclamante e de sua companheira. Na inicial o autor afirmou que os ‘fatos chegaram ao conhecimento público dos colegas e não muitos passaram a caçar dos mesmos’ [sic] e que ‘o encarregado de nome Alex advertia os outros funcionários para tomarem ‘cuidados’ redobrados em relação ao reclamante e sua namorada, pois eles poderiam ‘efetuar furtos em conjunto’.

Quanto aos efeitos da imputação de prática de ato faltoso ou ilegal, embora passíveis de indenização, neste caso, tampouco se entende cabível.

Na espécie, não restou evidenciada a intenção patronal de causar qualquer dano ao reclamante, tampouco se cogita de prática de ato ilícito da reclamada, mormente em se considerando o contexto apresentado.

Não há prova de que a imagem pessoal ou profissional do reclamante tenha ficado

comprometida ou abalada perante a comunidade ou no ambiente de trabalho, por ato do empregador.

Os depoimentos colhidos das fls. 123/124 nada referem sobre a violação da intimidade e efeitos nocivos à vida privada e profissional, à honra ou à imagem do reclamante. Acerca da despedida do reclamante, a primeira testemunha apresentada por ele, Sérgio Furquim dos Santos, afirmou ‘que não sabe o motivo pelo qual o reclamante foi dispensado’, enquanto a segunda testemunha apresentada pelo reclamante, Jessica Roberta Machado, afirmou ‘que acredita que o autor foi dispensado em função da política da empresa de impedir relacionamentos; que ouviu isso de colegas da empresa’. De ressaltar, ainda, que as testemunhas afirmaram trabalhar na reclamada até maio/2009 e abril/2009, respectivamente, enquanto o reclamante foi despedido em agosto/2009.

Não tendo o reclamante se desincumbido a contento do ônus probatório que lhe competia, inviável o acolhimento das pretensões fundadas em existência de nexo de causalidade e culpa do empregador para fins de responsabilização e pagamento de qualquer indenização a título de dano moral.

Dá-se provimento ao recurso para afastar a condenação de pagamento da indenização por danos morais.” (p. 353/357 do seq. 1, destacou-se)

Alega o reclamante, em suas razões de revista, que teria ficado demonstrado o dano moral sofrido, pois teria se sentido humilhado, “ultrajado injustamente, e pior: sem emprego conquistado tão duramente no tão disputado mercado de trabalho”, acrescentando que a medida teria efeito punitivo/educativo. Indica ofensa aos arts. 5º, inciso X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil.

O ilustre Ministro relator originário do feito, no entanto, votou no sentido de não conhecer deste recurso de revista do reclamante também neste tópico, por considerar não ter se

configurado, no caso, afronta direta e literal dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil. Isso porque, fundamentalmente, entendeu que a questão de ter ou não ocorrido dano moral neste caso, com o consequente direito à indenização respectiva, teria exclusivamente contornos fático-probatórios, os quais haviam sido soberanamente apreciados pela Instância Regional que proferiu a decisão recorrida em sentido contrário à pretensão do reclamante (na medida em que considerou que os fatos delineados nessa decisão não seriam demonstração suficiente de que a dispensa sem justa causa do autor e de sua companheira e colega de trabalho — na mesma data e em decorrência do relacionamento amoroso por eles mantido — teria sido ilícita, a ponto de, por si só, gerar direito à pleiteada indenização por danos morais) e que, como tais, seriam insuscetíveis de reavaliação por esta instância de natureza extraordinária, nos termos da Súmula n. 126 deste Tribunal Superior.

No entanto e com todas as vênias, entendi em sentido contrário (no que fui honrosamente acompanhado pela i. Ministra terceira votante), para conhecer deste recurso de revista exatamente por violação direta e literal do art. 5º, X, da Constituição Federal e do art. 927, *caput*, do Código Civil e, no mérito, para dar-lhe provimento a fim de restabelecer a sentença que já havia julgado procedente o pedido inicial em questão. É que considere que os fatos detalhadamente descritos no trecho da decisão regional transcrita, sem necessidade de nenhuma reavaliação do conjunto fático-probatório constante dos autos (razão pela qual não tem nenhuma pertinência a invocação do óbice consagrado na Súmula n. 126 do TST, aqui inteiramente inaplicável), podem e devem ser juridicamente reenquadrados por esta Instância Superior para que se reconheça que, neste caso, a conduta empresarial da reclamada, baseada em norma regulamentar por ela editada e cujo conteúdo, em meu entendimento, manifestamente ofende os referidos preceitos

da Constituição Federal e da lei civil que asseguram o direito fundamental do reclamante à sua honra e intimidade, realmente causou dano moral *in re ipsa* ao reclamante que deve ser plenamente indenizado, como se passará a demonstrar a seguir.

Discute-se, no caso, a configuração do dano moral decorrente de despedida sem justa causa do reclamante e de sua colega de trabalho com a qual passou a conviver em união estável, mas na verdade e comprovadamente em decorrência do descumprimento, por ambos, de norma regulamentar interna da reclamada, por ela unilateralmente editada, que proíbe qualquer forma de relacionamento amoroso entre os seus empregados (especialmente os que atuam em alguns de seus setores), não só dentro mas também fora da empresa.

A situação fática explicitada na decisão regional (e que, cumpre repetir, nesta decisão absolutamente não se está a reavaliar nos seus contornos fáticos, soberanamente apurados e delineados pela instância ordinária) é de que o reclamante trabalhava no supermercado da reclamada e exercia o cargo de operador de supermercado, e que passou a ter relacionamento amoroso com uma colega do mesmo estabelecimento, mas que trabalhava no seu respectivo setor de segurança ou de controle patrimonial.

Somente por isso e sem que nada mais houvesse sido alegado a respeito da conduta pessoal e profissional daqueles dois empregados, foi então aberto pela empregadora um procedimento administrativo contra ambos, com base em norma interna da empresa, apresentada pela própria demandada em anexo à sua defesa, que previa o seguinte:

“Devido às atividades e atribuições pertinentes ao Departamento de *Asset Protection* e suas divisões, incluindo a *Divisão de Loss Prevention*, nenhum associado desse departamento poderá ter relacionamento amoroso com qualquer associado da empresa ou unidade sob a qual tenha responsabilidade.” (destacou-se)

Na hipótese dos autos, é preciso enfatizar que não houve nenhuma alegação ou registro de que o reclamante e sua colega de trabalho e companheira agiram mal, de que entraram em choque ou de que houve algum incidente envolvendo-os, no âmbito interno da própria empresa. A dispensa formalmente imotivada dos dois empregados, que não por acaso ocorreu na mesma data, incontrovertidamente decorreu exclusivamente do fato de estarem morando juntos e tendo um relacionamento afetivo, e de a companheira do reclamante exercer suas atividades exatamente no anteriormente citado setor de Divisão de *Loss Prevention* ou de prevenção de perdas, certamente com base na arbitrária e irrazoável presunção, apenas implicitamente sugerida e jamais verbalizada, de que ela, em relação ao reclamante, poderia não agir corretamente no exercício de suas funções na área de segurança do supermercado.

Esses fatos configuram, sim, invasão injustificável da intimidade e do patrimônio moral de cada um dos empregados envolvidos nesse lamentável episódio e intolerável ofensa à sua dignidade e à sua liberdade individual, os quais, ao se tornarem empregados, não deixaram de ser pessoas e não poderiam ter sido proibidos, do modo absoluto estabelecido pela norma regulamentar em referência, de se relacionar amorosamente, mesmo que fora de seu ambiente de trabalho, com seus colegas. Ao contrário: isso é inerente à natureza humana.

Diante desse contexto fático, é indiscutível que preceitos constitucionais fundamentais foram e ainda estão sendo gravemente atingidos de forma generalizada por essa conduta empresarial, como a dignidade da pessoa humana e a liberdade, tendo em vista que a vida pessoal de todos os seus empregados, inclusive a do reclamante, está sendo ilícita e abusivamente limitada pela empregadora, ora reclamada, fora do ambiente de trabalho.

Tal situação suscita, antes de mais nada, a questão inicial de se determinar se é ou não possível a aqui pleiteada intervenção do

Poder Judiciário no âmbito da organização interna da empresa reclamada para, controlando a conformidade ou não de suas normas regulamentares que disciplinam a conduta de seus próprios empregados tanto no interior do empreendimento quanto em sua vida privada com as normas constitucionais e legais em vigor (e igualmente aplicáveis a ambos os polos dessas relações de emprego), resguardar e tutelar o pleno e efetivo exercício dos direitos fundamentais desses empregados, sem nenhuma limitação abusivas e injustificadas por parte de seu empregador.

Trata-se, como é de fácil percepção, de estabelecer se se deve ou não dar aplicação prática, no campo trabalhista, à denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* ou à *eficácia dos direitos fundamentais entre particulares* ou *nas relações de direito privado* (como o são as relações trabalhistas).

Como se sabe, essa concepção, hoje já consagrada no âmbito do direito constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, nasceu da percepção de que, embora a própria ideia de atribuir a alguns direitos a condição de *direitos humanos ou fundamentais* tenha se originado da necessidade de, no momento histórico da vitória do liberalismo e mediante a sua consagração, como tais, nas Constituições, atribuir-lhes uma proteção qualificada contra os atos abusivos e autoritários do Estado Absolutista então combatido, também os poderes privados podem oprimir e vulnerar, de modo igualmente absoluto e prejudicial a seus titulares, esses mesmos direitos humanos ou fundamentais, especialmente nas denominadas relações jurídicas assimétricas, nas quais uma das partes esteja sujeita a uma situação de inferioridade jurídica, econômica ou social que a torne mais vulnerável em relação à outra parte.

Nesse sentido o i. doutrinador espanhol Juan Maria BILBAO UBILLOS observa com propriedade que o direito privado “também conhece o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar,

juridicamente ou de fato, as decisões dos particulares, influenciando no seu comportamento ou impondo a sua própria vontade”.

Nesses casos, ainda segundo esse constitucionalista espanhol, a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares é de extrema relevância, por se tratar de situações em que é patente a sujeição de uma das partes, a qual não dispõe da mínima liberdade de contratar ou de eleger as cláusulas do negócio jurídico e, muito menos, de exigir o seu cumprimento. Em seguida, esse autor acrescenta que “é evidente, por exemplo, que o estado de dependência econômica do assalariado lhe obriga muitas das vezes a aceitar condições impostas pelo empregador no contrato individual de trabalho” (BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, in “Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado”, SARLET, Ingo Wolfgang (organizador), 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 303).

Exatamente no mesmo diapasão se manifesta o consagrado constitucionalista Daniel SARMENTO, observando que em certos domínios normativos que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, tal como ocorre no Direito do Trabalho, “a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume um peso inferior” (SARMENTO, Daniel. “Direitos fundamentais e relações privadas”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 305).

Também, para a saudosa Professora e Desembargadora do TRT-3ª Região Alice Monteiro de Barros, a assimétrica situação de poder contratual inerente à relação laboral serviu não só para “desativar o fundamento teórico do dogma da autonomia da vontade, como também contribuiu para a reconstrução da tradicional dogmática dos direitos fundamentais”, estendendo sua vinculação aos particulares, pouco importando se pessoas físicas ou jurídicas. Foi assim, ante a evidente debilidade de

uma das partes, que a relação de emprego se tornou ambiente extremamente fértil para o “desenvolvimento da eficácia pluridimensional dos direitos fundamentais, segundo a teoria da *Drittwirkung*,” como forma de neutralizar ou compensar posições contratuais assimétricas (BARROS, Alice Monteiro de. “Curso de Direito do Trabalho”. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 593-594).

Ainda segundo a mesma magistrada do trabalho mineira, é essencial assegurar com vigor os direitos fundamentais dos trabalhadores — enquanto cidadãos inseridos na relação de trabalho — numa época em que os imperativos econômicos do mercado, consequência da hegemonia do pensamento liberal, questionam os dogmas tradicionais do Direito do Trabalho (*op. cit.*, p. 614).

A consequência lógica e prática dessas concepções, evidentemente, é exatamente limitar o exercício do poder de direção empresarial do empregador, de modo a compatibilizá-lo com o indispensável respeito aos direitos fundamentais de seus empregados, estabelecidos pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais, que devem, por princípio, prevalecer sobre normas regulamentares unilateralmente editadas pela própria empresa que eventualmente disponham em sentido contrário.

É nessa perspectiva que deve ser compreendida a expressiva e acertada observação do doutrinador espanhol MANTERO DE SAN VICENTE, citado pelo i. Professor e Desembargador aposentado do TRT-9ª Região Zeno SIMM (em seu lapidar artigo *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: *Revista LTr*, vol. 69, p. 1.294), para quem “os direitos fundamentais não são como os chapéus que se deixam na entrada do local de trabalho, eis que tais direitos, assim como as cabeças, não podem ser separados da pessoa humana em nenhum lugar, sob nenhuma circunstância”.

De forma precisa e inteiramente aplicável ao caso presente, esse mesmo doutrinador

paranaense ensina que, além dos direitos fundamentais tipicamente laborais, classificados dentre os denominados direitos de segunda dimensão (direitos prestacionais), os trabalhadores, como cidadãos, são também titulares de direitos e liberdades de primeira dimensão, das quais não se despem ao celebrar um contrato de emprego.

Por óbvio, são elas (liberdades) inseparáveis da figura do trabalhador, como pessoa humana, razão pela qual faz-se necessário lançar um olhar criterioso sobre a eficácia dos direitos fundamentais de proteção (primeira dimensão) na relação de emprego, tendo-se em conta que, muito além da relevância do trabalho, está a importância da pessoa que trabalha. Sendo assim, ao lado de direitos fundamentais trabalhistas específicos, existem também, na seara laboral, os chamados “direitos fundamentais inespecíficos (que se destinam à generalidade das pessoas) e que, embora de titularidade genérica, ganham uma feição laboral por sua utilização no âmbito do contrato de emprego”. (SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*, *op. cit.*, p. 1.296).

Também o Direito Comparado traz valiosos subsídios para o julgamento deste caso (conforme a tanto autoriza o art. 8º, *caput*, da CLT). Com efeito, o já citado Daniel SARMENTO noticia (em sua obra “Direitos fundamentais e relações privadas”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 246) que, já em 1957, na Alemanha, o Tribunal Federal do Trabalho, em caso que tem significativa similaridade com o que aqui se examina, decidiu sobre uma relação de trabalho na qual houve a dispensa de uma enfermeira de um hospital privado por ter violado a cláusula do contrato de trabalho por ela celebrado que vedava a possibilidade de matrimônio.

Diante disso, aquele Tribunal Superior, aplicando diretamente os preceitos da Constituição alemã, declarou nula essa cláusula contratual por vulnerar direitos fundamentais de proteção ao matrimônio e à família, de

dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, tudo isso “sem a invocação de nenhuma norma ordinária da legislação trabalhista”.

Já na Espanha, ensina o mesmo BILBAO UBILLOS que o Tribunal Constitucional daquele país vem reconhecendo, de maneira reiterada, a eficácia privada dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, como uma maneira de “limitar os poderes de organização e direção do empregador”. Assegura que, nesses casos, “não há nenhum erro em se falar em direitos fundamentais dos trabalhadores ou direitos fundamentais em sua proteção laboral”.

Cita ele a seguir a importante decisão da Corte Constitucional daquele país, no julgado STC n. 88 de 1995, na qual a sua Primeira Turma decidiu que “a celebração de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, na privação dos direitos fundamentais de uma das partes”, observando a seguir, com propriedade, que:

“nem as organizações empresariais formam mundos separados e estanques do resto da sociedade, nem a liberdade da empresa, estabelecida no art. 38 do texto constitucional, legitima aos que prestam serviços subordinados a ela a suportar ofensas transitórias ou limitações injustificadas nos seus direitos fundamentais e liberdades públicas, os quais têm um valor central e nuclear no sistema jurídico constitucional. **Ao Estado social e democrático de Direito repugna quaisquer manifestações de ‘feudalismo industrial’**” (BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In *op. cit.*, p. 330).

Esse mesmo constitucionalista espanhol cita ainda o julgado STC 99/1994 daquele Tribunal Constitucional para fundamentar seu lúcido ensinamento de que “o contrato de trabalho não legitima qualquer recorte no exercício dos direitos fundamentais que incumbem ao trabalhador como cidadão” (*op. cit.*, p. 332) e que sua inserção no âmago da organização empresarial

é apta apenas a modular seus direitos fundamentais na justa medida do imprescindível, possibilitando o correto desenvolvimento da atividade produtiva, não bastando, dada a posição prevalente dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional, apenas o interesse do empregador para que esses direitos sejam por ele validamente restringidos.

Também em Portugal se verificam, conforme noticia CANOTILHO (em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.285), vários casos em que seu Tribunal Constitucional também concretizou os direitos fundamentais do cidadão nas relações trabalhistas, em favor de empregados atingidos por atos abusivos de seus respectivos empregadores. Dentre eles se encontra o caso, muito semelhante ao objeto deste processo, de uma professora que celebrou contrato de trabalho com colégio particular, no qual constava a “cláusula de celibato”. Assim, quando a empregada contraiu matrimônio, a escola desencadeou um procedimento de dispensa, invocando violação àquela cláusula. Para proteger, com sucesso, o seu direito fundamental de constituição de família, a professora contestou a ação de dispensa, valendo-se diretamente do art. 36, inciso I, da Carta portuguesa, que estabelecia expressamente que “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

Por tudo o que até aqui se expôs, é de se concluir, portanto, que este caso em análise é expressivo exemplo de que os direitos fundamentais de quaisquer pessoas empregadas também estão sujeitos a graves violações no âmbito das relações de trabalho subordinado por parte dos particulares que, na condição de seus empregadores, exercem o poder de direção empresarial, justificando, em caso de comprovado abuso em seu exercício, a intervenção corretiva do Poder Judiciário, de modo a assegurar a prevalência da Constituição e das leis.

Resta, agora, determinar se, no caso em exame, teria ou não havido abuso do empregador no

exercício de seu poder de direção empresarial — o que, dadas as circunstâncias fáticas registradas na decisão regional recorrida, só se pode mesmo concluir em sentido afirmativo.

É bem verdade que, em razão da condição hierárquica da relação existente entre empregado — subordinado — e empregador, tem-se que esse último detém o poder diretivo, o qual, segundo Zeno Simm, “lhe confere uma série de faculdades, como a de organizar e dirigir serviços, estabelecer normas e modos de procedimento, definir objetos e méritos de trabalho, introduzir algumas variações nas condições de trabalho etc. Trata-se, por conseguinte, de um autêntico direito-poder, de um direito potestativo” (*O acoso psíquico no ambiente de trabalho*. São Paulo, Ed. LTr, 2008, p. 65).

No entanto, é preciso reiterar, com toda a ênfase possível, que o poder diretivo da empresa deve observar os limites estabelecidos na Constituição Federal e nas leis, devendo os atos empresariais, sejam eles tácitos, sejam escritos (regulamentos internos e demais normas internas), ser sempre razoáveis, sendo vedado seu uso abusivo e contrário à função social que deve presidir e, ao mesmo tempo, servir de limite daqueles próprios atos empresariais.

Destaca-se, aqui, a necessidade de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, o qual se concretiza pelo reconhecimento e pela positivação dos direitos e das garantias fundamentais, sendo o valor unificador de todos os direitos fundamentais, e à liberdade, que constitui um dos pilares principais de efetivação da dignidade humana.

Vale ressaltar, por oportuno, que uma das principais características dos direitos fundamentais é sua inalienabilidade ou indisponibilidade, a qual resulta da fundamentação do direito no valor da dignidade humana: da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, ele não pode ser livre para ter ou não dignidade — o Direito não pode permitir que o homem se prive de sua dignidade.

A respeito do tema, merecem consideração os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, *in verbis*:

“O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana. E esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 122.)

Nesse contexto, serão indisponíveis exatamente os direitos fundamentais que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de viver com dignidade e de se autodeterminar, como o direito à proteção da personalidade e da vida privada do trabalhador, que se destina a salvaguardar a liberdade do trabalhador de tomar decisões sem coerções externas, mormente quando envolver questões inerentes à própria natureza humana, como estabelecer relacionamentos amorosos no ambiente de trabalho, situação ora em análise.

Importa observar, ainda, que o direito à intimidade constitui um atributo da personalidade humana e está fundamentado na liberdade individual.

A saudosa magistrada e doutrinadora Alice Monteiro de Barros, em seu livro “Proteção à intimidade do empregado” (São Paulo: LTr, 1997, p. 29-30), diferenciou direito à intimidade, que seria aquele que “visa a resguardar a vida privada das pessoas da ingerência alheio, sendo o direito à privacidade uma de suas

manifestações” do “direito ao respeito à vida privada”, o qual, segundo conceito de Elimar Szaniawski, “consiste no poder determinante que todo indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através da oposição a uma investigação na vida privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e privada”. No entanto, para a análise da hipótese dos autos, não há grande relevância na diferença conceitual desses direitos, pois ambos estão intimamente ligados e devem ser respeitados na mesma medida.

Nessa obra, a referida doutrinadora também estabelece a relação entre o direito à intimidade e a sua aplicação no direito do trabalho, em que ressalta que a subordinação jurídica intrínseca ao contrato de trabalho não permite que o empregador possa, com fundamento em seu poder diretivo, limitar o direito à intimidade de modo a ferir a dignidade da pessoa humana.

É o que se extrai do seguinte trecho:

“Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. O contrato de trabalho não poderá constituir ‘um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais’ assegurados ao empregado como cidadão; essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva.”

Cumprido salientar, por oportuno, que, também na esfera do direito internacional, mais precisamente no âmbito das normas de tratados e convenções internacionais que dispõem sobre os direitos humanos, o direito à intimidade é objeto de proteção expressa,

conforme se extrai na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que, em seu art. 12, prevê o seguinte:

“ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio, ou em sua correspondência, nem a atentados à sua honra e à sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intromissões ou atentados.” (destacou-se)

Exatamente no mesmo sentido, destaca-se igualmente o art. 11 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), aprovada em 22 de novembro de 1969 e promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, *in verbis*:

“Toda pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida. Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” (destacou-se)

Não se pode também ignorar, por outro lado, que, a exemplo do caso similar julgado pelo Tribunal Constitucional português, a proibição absoluta, instituída pela norma regulamentar editada pela empresa reclamada, do estabelecimento e da manutenção de relacionamentos amorosos entre alguns de seus empregados vulnera, direta e flagrantemente, outro preceito da Constituição brasileira correspondente ao preceito da Constituição portuguesa tido como violado naquele primeiro caso, que é o art. 226, *caput* e seu § 3º, da Constituição de 1988, *in verbis*:

“Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”

E mais: mesmo para aqueles que não adotarem o entendimento, predominante na jurisprudência constitucional de nosso país, que admite a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais constitucionalmente instituídos nas relações entre particulares, preferindo considerar como mais adequada a concepção que preconiza a sua eficácia apenas mediata e indireta, sempre a depender, assim, da intermediação do legislador infraconstitucional, não poderá deixar de reconhecer que a conduta da reclamada, neste caso, também terá vulnerado o importantíssimo preceito da legislação civil brasileira em vigor constituído pelo art. 21 do Código Civil, que assim dispõe de forma expressa e incisiva:

“Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma.” (destacou-se)

Esse preceito legal, por sua vez, traz à baila uma última consideração de estatura constitucional que não pode aqui ser esquecida: na medida em que a proibição contida na norma regulamentar editada pela empresa reclamada não se limita a vedar ou a restringir as manifestações exteriores de relacionamentos amorosos eventualmente mantidos por seus empregados estritamente no seu ambiente de trabalho e no âmbito interno de seus estabelecimentos, chegando ao extremo de proibir, de forma absoluta, a própria existência de tais relacionamentos até mesmo no âmbito externo da empresa e, por consequência, na vida privada desses empregados, está editando norma proibitiva de uma conduta inteiramente lícita e até mesmo incentivada e protegida pelo ordenamento jurídico nacional, em manifesta violação do próprio princípio da legalidade, consagrado expressamente no art. 5º, II, da Constituição da República, que estatui:

“Art 5º (...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

Como, por derradeiro, não se identifica (e a reclamada não demonstrou suficientemente, como era seu exclusivo ônus processual), nenhuma necessidade na proibição objeto da norma empresarial ora em análise, nem a razoabilidade na presunção, gratuita e preconceituosa, de que a simples existência de relacionamento amoroso entre um empregado daquele citado setor de “prevenção de perdas” e os demais empregados da referida empresa automaticamente causaria prejuízos à atividade econômica deste empregador, é preciso proclamar expressamente que a limitação aos direitos fundamentais do reclamante e dos demais empregados afetados por essa proibição não passa pelo crivo do princípio da proporcionalidade, por mostrar-se desnecessária e excessiva, além de irrazoável.

Diante do arcabouço doutrinário e jurídico até aqui exposto, é forçoso concluir que realmente foi configurado, no caso, o abuso do poder diretivo da reclamada, o qual, fundamentando-se exclusivamente em norma interna por ele próprio unilateralmente editada que proíbe o relacionamento amoroso entre empregados, dispensou sem causa justificada o reclamante e sua companheira e colega de trabalho na mesma data e após a abertura de procedimentos administrativos após haver descoberto o relacionamento amoroso por eles mantido, violando diretamente e indiscutivelmente o patrimônio moral de ambos, lesão que, com relação ao autor, deve ser reparada neste processo nos termos dos arts. 5º, inciso X, da Constituição Federal e 927, *caput*, do Código Civil, que dispõem, respectivamente:

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

É importante ressaltar, por fim, que esta Corte superior já se pronunciou em algumas oportunidades exatamente sobre a matéria

posta, envolvendo a mesma reclamada e a mesma e abusiva norma regulamentar por ela editada.

O primeiro caso, julgado pela Terceira Turma do TST e que contou como sua relatora a Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, que nesta data honra esta Justiça do Trabalho com sua atuação no Supremo Tribunal Federal, teve como recorrida exatamente a companheira e colega de trabalho do ora reclamante, em que se decidiu pela manutenção da decisão regional, que, naquele caso, foi favorável à empregada.

Eis o trecho pertinente do acórdão da Turma, em que se transcreveu a lúcida e bem desenvolvida fundamentação do i. Desembargador do TRT-4ª Região, que, de forma lapidar, igualmente ressaltou a abusividade e o caráter inconstitucional e ilegal da norma regulamentar empresarial em tela:

“Contra a decisão do juízo primeiro de admissibilidade, que denegou seguimento ao recurso de revista, ao exame do(s) tema(s) “responsabilidade civil do empregador. indenização por dano moral”, maneja o(a) reclamada agravo de instrumento.”

Contudo, os argumentos do(a) agravante não logram infirmar os termos do despacho agravado, que se sustenta pelos seus próprios fundamentos, ora endossados e integrantes das presentes razões de decidir, *verbis*:

“Responsabilidade Civil do Empregador/ Indenização por Dano Moral.

Alegação(ões):

- violação do(s) art(s). 5º, V, da CF.
- violação do(s) art(s). 818 da CLT; 333, I, do CPC; 927 do CCB.
- divergência jurisprudencial.

A 2ª Turma confirmou a improcedência do pedido de indenização por danos morais. Assim fundamentou: *DISPENSA ARBITRÁRIA. ABALO MORAL. A reclamante recorre da sentença que indeferiu o pedido de condenação da reclamada ao pagamento de danos morais. Afirma que a empresa tem política de*

proibir relacionamentos amorosos entre colegas, promovendo o desligamento imediato daqueles que a violam. A autora sustenta que ela e o companheiro se conheceram na empresa e passaram a manter relacionamento que deu causa à dispensa pela reclamada de ambos, na mesma data. Assevera que a reclamada agiu mediante abuso de direito, devendo ser reconhecido como arbitrária a rescisão contratual. Sustenta que perdeu sua fonte de renda, sofrendo abalo moral frente aos colegas (fls. 136-139). Examina-se. Avaliando a questão a sentença conclui que a prova dos fatos alegados é precária ou inexistente, além do que a reclamante ora recorrente seria confessa quanto à matéria de fato. Contudo, não coincide a visão deste colegiado. O caso dos autos está totalmente vinculado ao vivenciado pelo trabalhador Leandro da Rosa, que seria o namorado da reclamante. Tanto que a própria reclamada, ao contestar o presente feito, junta aos autos na fl. 37 a comunicação de aviso-prévio indenizado de Leandro da Rosa, ao invés de juntar o documento referente à Priscila Nobre Soares, a reclamante, o que demonstra que o próprio departamento de pessoal e jurídico da reclamada fez a fusão entre os dois casos, ainda que por uma espécie de ato falho. A par disto, verifica-se que o casal foi demitido no mesmo dia, 21 de agosto de 2009. Por fim, a denunciada “política sobre namoro” efetivamente existe, como demonstrado na inicial através dos documentos de fls. 07-09. Portanto, as alegações da inicial estão cabal e suficientemente demonstradas, o que confere credibilidade à narrativa e afasta a ficta confissão. A contestação, habilmente, pois a procuradoria que defende a reclamada ora recorrida, por sua competência e qualidade tem pleno conhecimento da gravidade do procedimento, simplesmente nega o fato, alegando despedida imotivada. Porém, tal estratégia cai por terra em face das provas mencionadas. Além disto, a ré não nega a existência da política denunciada na inicial. Sabe-se que muitas empresas adotaram diversas políticas tentando disciplinar os relacionamentos entre as pessoas nos seus ambientes de trabalho e que isto advém de uma tentativa de prevenir ou evitar situações de assédio e consequentes indenizações. No entanto, o crescente aparecimento dessas políticas não as torna legais ou

sequer aceitáveis. Na verdade, tentam controlar o incontrolável que é o inevitável relacionamento entre as pessoas e o resultado é desastroso para todos. Com efeito, é impossível imaginar que num ambiente onde homens e mulheres passam o dia juntos, não surjam situações de atração mútua. É da natureza humana. A reclamada possui um “Código de Ética” que está disponível em: <<http://migre.em/3ShOw>> e já na página 3 do referido documento, há a seguinte orientação geral de interpretação e aplicação do Código: “Algumas leis, práticas ou até costumes locais podem ser mais flexíveis do que o nosso Código de Ética. Se você estiver diante de uma situação como essa, você sempre deve se basear no nosso Código de Ética.” Nada mais equivocado, como é evidente. Pelo menos em relação às leis. Ou seja, se alguma lei local for mais flexível do que o Código de Ética, ela deve ser desrespeitada. Um exemplo: a Constituição Federal no seu art. 226 estabelece que: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. O Código de Ética da reclamada e sua decorrente política sobre namoro estabelecem que: “A política da Companhia não permite que um supervisor se envolva em relacionamento amoroso com um associado que supervisione, ou com um associado cujos termos e condições empregatícias exerça qualquer influência. Proíbem-se, ainda, relacionamentos amorosos entre um membro da equipe de gerencial da unidade e um funcionário do fornecedor que trabalhe na mesma unidade. Os associados que violarem esta política serão passíveis de desligamento imediato.” Há um claro conflito entre a Constituição, que é mais “flexível” e o código de ética. Neste caso, “você deve se basear no nosso Código de Ética”. Esta é a orientação fornecida. Portanto, não deve causar perplexidade o procedimento adotado em relação ao casal e, em particular, à reclamante ora recorrente, causa de inequívoco dano moral, abstraindo-se o outro cônjuge, pois o processo movido pelo seu esposo teve resultado diverso. O referido “código de ética” é contraditório em si mesmo, pois, como se observa dos “princípios éticos” (página 5 do PDF), recomenda que não se discrimine ninguém. Também o “respeito ao indivíduo” é o princípio número 1. Mas os procedimentos verificados

marcham na direção oposta. Também recomenda que não haja conflito de interesses entre a vida particular e profissional, onde se enquadraria a “política” em questão. Porém, é uma concepção muito particular crer que o relacionamento entre pessoas pode gerar, a priori, conflito de interesses. Não se compreende, a não ser como originária de uma distorção, a eleição da reclamada pelos relacionamentos amorosos como o fator de desconfiança e traição do comprometimento que o empregado deve ter com o trabalho. Qualquer outro elemento de fidelidade entre os empregados que queiram lesar a companhia pode estar presente sem que haja relacionamento amoroso como, por exemplo, o religioso, ou mesmo nenhum elemento, a não ser o puro desejo de lesar. Também opta por descartar excelentes empregados que, felizes por encontrar um relacionamento, poderiam dedicar sua melhor força de trabalho. Inclusive, parece ser o caso dos autos, pois o esposo da reclamante, Leandro da Rosa, fora recontratado (trabalhou para a reclamada entre 20.12.2005 e 2.3.2006 (CTPS da fl. 13) e entre 8.9.2008 e 21.8.2009, na função de operador II junto ao setor de depósito - fl. 107). A situação não é nova. A Wal-Mart já esteve envolvida em casos similares por insistir em sua política, com se observa em: <<http://migre.me/3ShYK>>, como resultado do qual teve de responder por uma demanda indenizatória de 2 milhões de dólares. Outro caso foi o envio de um agente secreto à filial da Guatemala, em 2002, para investigar os gerentes, conforme: <<http://migre.me/2Si0b>>, o que também acabou em demissão. São casos ilustrativos do abuso da reclamada e da sua culpa nos danos morais que sem dúvida é vítima a reclamante ora recorrente e que clamam por reparação. (...) Como se observa, a “política” é inflexível e distribui demissões e punições por simples relacionamentos, até mesmo em casos eventuais, quando um empregado que, em princípio não ascenderia ao outro, assume função superior, ainda que transitória, conferindo até mesmo alguma indevida arbitrariedade por parte da empregadora. Outro aspecto, é que a “política” extravasa até mesmo para terceiros, fornecedores. Interessante observar, ainda, que o “associado” que incorre em tal pecado capital é banido para todo o sempre da organização,

compondo uma espécie de “lista negra”, conforme reza outra diretriz da “política”: “Recontratação “Um Associado cujo vínculo empregatício tenha sido encerrado em função da violação desta política, não será elegível para recontratação”. O esposo da reclamante, que já fora recontratado, certamente por sua competência, não mais poderia sê-lo, nem tampouco a reclamante, pois passaram a integrar o index privado da reclamada que, acredita-se, deva estender-se aos numerosos países onde essa empresa mantém estabelecimentos. Evidentemente, ressalta o caráter nefasto da “política”, inclusive sob o aspecto coletivo, Ademais, sobressai o fato de que o particular arvora-se o direito de regular, onde o próprio Estado não regula. O caso deve ser analisado sob o crivo do Ministério Público do Trabalho. Refletir longamente sobre a existência do dano é prescindível. É de simples entendimento perceber a iniquidade presente no fato de que a própria origem da família do trabalhador foi motivo de punição, perseguição e rejeição. É algo que não se pode esquecer, renasce a cada dia. Desta forma, a quantificação da indenização deve ser plena, em relação ao pedido da inicial, num certo aspecto até modesto, pois como se observa, responder uma demanda de US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares norte-americanos) não demoveu a reclamada de sua “política”. Sendo assim, dá-se provimento ao apelo da reclamante para condenar a reclamada a pagar indenização por danos morais de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).” (grifei) (Relator: Raul Zoratto Sanvicente, acórdão fls. 156 e ss.)

Não constato violação aos dispositivos de lei e da Constituição Federal invocados, circunstância que obsta a admissão do recurso pelo critério previsto na alínea “c” do art. 896 da CLT.

À luz da Súmula n. 296 do TST, arresto que não revela identidade fática com a situação descrita nos autos ou que não dissente do posicionamento adotado não serve para impulsionar recurso de revista.”

Irrepreensível, pois, o despacho agravado, consoante também se denota dos fundamentos do acórdão regional, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão

pela ausência de violação direta e literal de preceito de lei federal ou da Constituição da República, bem como de divergência jurisprudencial hábil e específica, nos moldes das alíneas “a” e “c” do art. 896 da CLT.

Nego provimento ao agravo de instrumento.” (AIRR – 121000-92.2009.5.04.0008, relatora Ministra: Rosa Maria Weber, data de julgamento: 28.9.2011, 3ª Turma, data de publicação: DEJT 7.10.2011.)

Já a Sétima Turma do TST, ao julgar, mediante acórdão que teve como relatora a i. Desembargadora Convocada do TRT-2ª Região Maria Doralice Novaes, o recurso de revista da reclamada contra decisão a ela desfavorável proferida em caso praticamente idêntico ao presente caso e ao precedente anteriormente transcrito, dele não conheceu, por meio de decisão assim fundamentada, no tema referente à configuração do dano moral:

“e) DANOS MORAIS — CONFIGURAÇÃO

Tese Regional: A prova oral colacionada consigna que a Reclamada reconheceu que a Reclamante foi despedida por redução de pessoal, e, logo depois, afirmou não ter havido motivo determinante para a referida despedida. Ressalte-se que o Reclamado também confirmou a subsequente substituição da Empregada. Constata-se da prova testemunhal a existência de um processo administrativo para apuração do relacionamento da Reclamante com um colega e a ocorrência de comentários por parte de colegas acerca do ocorrido, bem como a despedida de ambos. Assim, verifica-se que, embora a política da Empresa no sentido de proibir relacionamento entre colegas, por si só, não caracterize dano moral, bem como a instauração de processo administrativo, que apenas vise à averiguação de situações inadequadas em relação ao código de conduta da Empresa, não representando, portanto, ilegalidade ou arbitrariedade, a sequência de acontecimentos (relacionamento da Reclamante com um colega, instauração de processo administrativo para apuração de conduta, despedida praticamente concomitante da Reclamante e do empregado que foi seu namorado, mormente considerados os

comentários feitos na época pelos colegas, confirmados pelas testemunhas) revelam que o Reclamado agiu de forma abusiva e com dolo ao expor sua funcionária a uma situação vexatória e humilhante, decorrente da publicidade dada à situação. Constatado o dolo do Reclamado, o dano emocional sofrido pela Reclamante e a relação de causalidade entre a conduta e o dano defere-se o pedido de indenização por danos morais à Reclamante, no valor de R\$ 15.000,00, diante do abalo emocional sofrido (fls. 382v.-384).

Antítese Recursal: Não foi demonstrado pela Reclamante nenhum dano causado ou qualquer ato ilícito praticado pelo Reclamado, uma vez que a despedida sem justa causa calcada em descumprimento da política da empresa é um exercício regular de um direito potestativo, de modo que não se pode reparar dano que nunca existiu. Ademais, a Reclamante deixou de especificar os prejuízos sofridos, ficando impedido que se configure os requisitos caracterizadores da indenização por responsabilidade subjetiva. O apelo vem calcado em violação do art. 188, I, do CC e em divergência jurisprudencial (fls. 409-415).

Síntese Decisória: Para a existência do dever de reparar o dano causado, alguns pressupostos devem estar presentes, sem os quais o próprio instituto da responsabilidade não pode subsistir, quais sejam, o dano experimentado pelo ofendido, a ação ou a omissão do causador, o nexo de causalidade e a culpa ou o dolo. Assim sendo, a lesão sofrida pela empregada deve ser passível de imputação ao empregador. Trata-se do estabelecimento do nexo causal entre lesão e conduta omissiva ou comissiva do empregador, sabendo-se que o direito positivo brasileiro alberga tão somente a teoria da responsabilidade subjetiva, derivada de culpa ou dolo do agente da lesão (CF, art. 7º, XXVIII).

Nesse sentido, tem-se que o TRT registrou elementos que caracterizam o dolo do Reclamado, ao assentar, baseado na prova produzida, que “a sequência de acontecimentos — relacionamento da Reclamante com um colega, instauração de processo administrativo para apuração de conduta, despedida praticamente concomitante da Reclamante e do

empregado que foi seu namorado, mormente considerados os comentários feitos na época pelos colegas, confirmados pelas testemunhas, o que caracteriza a publicidade dada à situação — caracterizam o abalo moral alegadamente sofrido. Isso porque a reclamante foi submetida à situação vexatória e humilhante, na medida em que os elementos de prova revelam publicidade no fato de a despedida da reclamante ter sido ocasionada pelo namoro mantido com um colega. O fato do comportamento contrariar a “política da empresa” não é hábil para mudar o entendimento exposto” (fl. 383v.), bem como a configuração do nexo de causalidade entre o dano sofrido e a publicidade dada pela despedida da Reclamante, em decorrência do namoro mantido com o colega, de modo que somente se fosse possível a esta Corte Superior a revisão de fatos e provas é que se poderia concluir pelo acerto ou desacerto da decisão alvejada o que é vedado pela Súmula n. 126 do TST, não se divisando conflito de teses ou mesmo a violação do dispositivo legal invocado.

Isso porque, considerando antijurídica a conduta empresarial, de se considerar ileso o disposto no art. 188, I, do CC, mesmo que o comportamento da Empregada pudesse, em tese, “contrariar a política da empresa”, eis que evidenciado, no caso, inequívoco abuso de direito.

No que concerne aos arestos colacionados às fls. 413-414, estes revelam-se inespecíficos na medida em que não abordam as mesmas premissas fáticas delineadas pelo Regional, quais sejam, dano moral sofrido pela Reclamante, em virtude da publicidade conferida à sua despedida da Empresa, por manter relacionamento amoroso com um colega de trabalho. Incide, portanto, o óbice da Súmula 296, I, do TST.

Assim, NÃO CONHEÇO da revista, no aspecto.” (RR – 60700-44.2008.5.04.0221, relatora Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, data de julgamento: 12.5.2010, 7ª Turma, data de publicação: DEJT 21.5.2010 – grifou-se.)

Ante todo o exposto, estando mais que evidenciada, neste caso, a ofensa ao patrimônio

moral do empregado perpetrada pela reclamada sua empregadora, **conheço** do recurso de revista por violação dos arts. 5º, inciso X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil.

II – MÉRITO

A consequência do conhecimento por violação dos arts. 5º, inciso X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil é seu provimento para, reformando a r. decisão regional, restabelecer a decisão de primeiro grau em que havia julgado procedente o pedido inicial de condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais pela prática da sua conduta ilícita comprovada nos autos, fixando-o em valor razoável e proporcional à gravidade dessa conduta, a seu caráter generalizado, à sua incontroversa reiteração em todo o território nacional, ao porte econômico da ofensora e à necessidade de dissuadi-la de reiterar e de persistir em tal prática, manifestamente violadora dos direitos fundamentais do conjunto de seus empregados.

Assim, **dou provimento** ao recurso de revista para julgar procedente o pedido de pagamento de indenização por danos morais, restabelecendo-se a sentença que já o havia fixado no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Custas pela reclamada em R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Oficie-se ao Ministério Público do Trabalho, com cópia deste acórdão e, também, dos seguintes elementos dos autos: petição inicial (p. 3-9 do processo digitalizado no TRT); norma interna da reclamada – “política sobre namoro” (p. 13-17 do processo digitalizado no TRT); contestação (p. 89-113 do processo digitalizado no TRT); sentença (p. 253-260 do processo digitalizado no TRT); e acórdão regional (p. 351-362 do processo digitalizado no TRT), para que este órgão, se for o caso e se ainda não o tiver feito, tome as providências que entender cabíveis para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos atingidos pela conduta da reclamada apurada nestes autos.

Vencido o Ex^{mo}. Ministro Renato de Lacerda Paiva, Relator.

Em relação aos temas “Adicional de Insalubridade — Base de Cálculo” e “Honorários de Advogado” do recurso de revista do reclamante, adoto os fundamentos do nobre Ministro Relator:

“2) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE — BASE DE CÁLCULO CONHECIMENTO

Em suas razões de recurso de revista, alega que o art. 7º, IV, da Constituição Federal proíbe que o salário mínimo seja usado como base de cálculo do adicional de insalubridade. Aponta violação aos arts. 7º, IV, da Constituição Federal e 192 da Consolidação das Leis do Trabalho.

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

“(…) Durante o período contratual o reclamante percebeu adicional de insalubridade em grau médio, calculado sobre o salário mínimo.

Dispõe a Súmula n. 228 do TST, na sua mais recente redação: ‘ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.’

Registre-se que a aplicação da súmula acima referida está suspensa em razão do deferimento de medida liminar concedida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação n. 6.266, em 15 de julho de 2008, nos seguintes termos: ‘Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender aplicação da Súmula n. 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.’

Entendia este Relator que situação como a presente remeteria à orientação contida

na Súmula n. 17 do TST. Contudo, diante do cancelamento desta Súmula, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.6.2008, inviável sua aplicação.

Inexistindo qualquer disposição prevendo, expressamente, outra base de cálculo mais favorável ao empregado, o cálculo do adicional de insalubridade deve observar o salário mínimo.

(...)

Recurso provido para afastar a condenação de pagamento das diferenças do adicional de insalubridade, calculadas com base no salário básico do reclamante.” (p. 357/359, seq. 1)

Destarte, convém ressaltar que o Tribunal Regional determinou a aplicação do salário mínimo para este fim. Assim, não há que se falar em violação ao preceito constitucional invocado. Senão vejamos:

A Súmula n. 228 desta Corte, com a redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.6.2008, dispunha que “A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

Todavia, cabe o exame da questão sob a ótica da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

A Suprema Corte, em decisão de 15.7.2008, do seu Ministro Presidente, concedeu liminar nos autos da Reclamação n. 6.266/DF, para, aplicando a Súmula Vinculante n. 04, suspender a aplicação da Súmula n. 228, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade, sob os seguintes fundamentos:

“(…) Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n. 4 (RE n. 595.714/SP, rel^a Min^a Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008, Informativo n. 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE n. 565.714/SP e na Súmula Vinculante n. 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n. 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n. 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Assim, ante a necessidade de adequação jurisdicional ao teor da Súmula Vinculante n. 4, tenho que outra não pode ser a solução da controvérsia senão a permanência da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, até a superveniência de norma legal dispondo em outro sentido ou até que as categorias interessadas se componham em negociação coletiva.”

Assim, não é possível a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, sob pena de ferir a Súmula Vinculante n. 04 do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, de acordo com o precedente da Suprema Corte acima transcrito, enquanto não for editada lei prevendo a base de cálculo do adicional de insalubridade, não incumbe ao Judiciário Trabalhista definir outra base não prevista em lei, devendo permanecer o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Corroborando essa tese, a Ministra Cármen Lúcia indeferiu liminar em reclamação ajuizada contra decisão da 1^a Vara do Trabalho de

Cascavel, não vislumbrando contrariedade à Súmula Vinculante n. 4 do STF, nos seguintes termos:

“Nesse exame precário, próprio das medidas liminares, não vislumbro o descumprimento da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal.

A uma, porque na fundamentação do ato reclamado, dando cumprimento à decisão liminar proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos das Reclamações ns. 6.266/DF, 6.275/DF e 6.277/DF, o Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Cascavel/PR deixou de aplicar a Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho.

A duas, porque, como assentado pelo Ministro Gilmar Mendes na decisão liminar da Reclamação n. 6.266/DF, tem-se ‘(...) com base no que ficou decidido no RE n. 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n. 4, [que] este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade’ (DJ 5.8.2008, grifos nossos).

Inexiste até a presente data lei ou convenção coletiva que regule a matéria, razão pela qual, embora inconstitucional a utilização do salário mínimo como indexador ou base de cálculo para fins de fixação de adicional de insalubridade, não parece ter havido qualquer contrariedade à Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal.

5. Pelo exposto, sem prejuízo de reapreciação da matéria no julgamento do mérito, indefiro a medida liminar pleiteada.” (Rcl n. 6.830/PR-MC, Plenário, rel^a Min^a Cármen Lúcia, decisão monocrática publicada no DJe divulgado em 14.11.2008, p. 61-62.)

Também nessa linha, o Ministro Menezes Direito deferiu liminar para suspender os efeitos da decisão da Juíza do Trabalho da 2ª Vara de Campinas, sob o fundamento de que, ao fixar

o salário base como base de cálculo para o pagamento de adicional de insalubridade, não observou a parte final da Súmula Vinculante n.

4. Eis o teor da decisão concessiva da liminar:

“A reclamação trabalhista foi julgada parcialmente procedente, tendo o Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Campinas/SP, assim determinado:

‘O respectivo adicional será calculado sobre o salário base, tendo em vista a recente Súmula Vinculante n. 4 do STF e posição atual o TST, manifestada a Súmula n. 228. Independente dos entendimentos recentes percebe-se que esta forma de cálculo sempre se mostrou a melhor para fazer a integração da Constituição Federal e na intenção de minimizar os riscos inerentes ao trabalho. Mencionado adicional tem inegável natureza salarial e deve ser usado o mesmo critério do outro adicional similar, que o de periculosidade, havendo critério definido na lei, ou seja, no § 1º do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho.’ (fl. 470)

Considero, nesse exame preliminar, que a decisão reclamada, a princípio, não observou a parte final da Súmula Vinculante n. 4, que impede o Judiciário de alterar a base de cálculo do referido adicional.

Ademais, na Rcl n. 6266, o Ministro Gilmar Mendes, em 15.7.08, deferiu liminar para suspender a aplicação da Súmula n. 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. Também o Ministro Ricardo Lewandowski, apreciando questão semelhante, na Rcl n. 6.513/RS, deferiu, em 4.9.2008, medida liminar para suspender o processamento de reclamação trabalhista.

Do exposto, defiro o pedido de liminar para suspender os efeitos da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Campinas, nos autos da Reclamação Trabalhista n. 662.2004.032.15.00-4.” (Rcl n. 6.873/SP, rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática publicada no DJe divulgado em 5.11.2008, p. 111/112.)

Desse modo, nos termos da liminar supracitada, suspendendo a aplicação da Súmula/TST n. 228 em sua redação original, não há de se falar em mudança do critério adotado para a base de cálculo do adicional de insalubridade — do salário mínimo para o salário básico.

Portanto, até que se tenha base normativa regulamentando a situação, continua-se entendendo que a base de cálculo para o adicional de insalubridade é o salário mínimo, até que norma legal venha a dispor em outro sentido, ou até que as categorias interessadas se compoñham em negociação coletiva a esse respeito.

Nesse mesmo sentido, vem decidindo a SBDI-1 desta Corte, como se depreende dos seguintes julgados:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N. 4. ART.192 DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. REVIGORAMENTO TEMPORÁRIO. O STF editou a Súmula Vinculante n. 4, segundo a qual, — salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Diante da lacuna legislativa daí decorrente, acerca da definição da base de cálculo do adicional de insalubridade, o Supremo Tribunal houve por bem preservar o salário mínimo como base de cálculo, até que sobrevenha lei ou norma coletiva dispondo sobre a matéria, revigorando, assim, o art. 192 da CLT, em razão do qual deve prevalecer a jurisprudência tradicional desta Corte adotada antes da edição da Súmula Vinculante n. 4. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (E-RR-800-13.2006.5.04.0024 , relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 11.6.2010.)

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO STF. VIOLAÇÃO DA CF/88. NÃO CONFIGURAÇÃO. A jurisprudência desta Subseção é no sentido de que, considerando a edição da Súmula Vinculante n. 4 do STF, na ausência de lei dispondo sobre a base

de cálculo do adicional de insalubridade e inexistindo norma coletiva fixando critério mais vantajoso, o adicional de insalubridade deverá ser calculado sobre o salário mínimo. Recurso de embargos não conhecido.” (E-ED-RR – 724955-46.2001.5.17.5555, relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 4.6.2010.)

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. FIXAÇÃO. PREVALÊNCIA DOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO EMANADA DA SÚMULA VINCULANTE N. 4, DO STF. DESPROVIMENTO. Para a adoção de parâmetros que possam servir como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve prevalecer o entendimento da Súmula Vinculante n. 4 do STF, que declarou a impossibilidade de se utilizar o salário-mínimo como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade de empregado, estabelecendo que lei federal deverá dispor sobre novo parâmetro. Entende-se, portanto, que a melhor leitura que se faz da questão é de que a fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade a partir do salário mínimo, nos casos de empregado, não somente é possível como também é a única possibilidade a ser adotada, até que lei federal venha dispor sobre o assunto, conforme assentado no despacho proferido pelo Min. Gilmar Mendes, na Medida Cautelar em Reclamação Constitucional n. 6.266. Recurso de Embargos conhecido e desprovido.” (E-ED-RR – 205200-42.2005.5.04.0341, relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 4.6.2010.)

Por outro lado, não há que se cogitar de violação ao art. 7º, IV, da Constituição Federal, uma vez que tal dispositivo, ao tratar do salário mínimo, não disciplina a base de cálculo do adicional de insalubridade, não possuindo pertinência com a matéria em questão.

Ademais, não há notícia nos autos de que as categorias tenham se composto em negociação coletiva especificamente acerca do tema.

Não conheço.

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

CONHECIMENTO

Em suas razões de recurso de revista, alega que o “acórdão recorrido não tem como prosperar, pois viola o disposto na Lei 1.060/50, que é aplicável à Justiça do Trabalho” (seq. 1, pág. 369). Aponta violação à Lei n. 1.060/50. Transcreve jurisprudência.

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

“Na Justiça do Trabalho, são devidos honorários de AJ desde que preenchidos os requisitos dos arts. 14 a 16 da Lei n. 5.584/70. Nesse sentido, aliás, o entendimento consubstanciado nas Súmulas ns. 219 e 329 do TST.

Na hipótese em análise, os requisitos legais não estão atendidos. Embora declare, o reclamante, situação de miserabilidade jurídica, não está assistido por procurador credenciado junto ao sindicato da categoria.

Por decorrência, dá-se provimento ao recurso para excluir da condenação o pagamento de honorários de assistência judiciária.” (seq. 1, p. 359)

Destarte, convém ressaltar que não prospera a alegação de violação à Lei n. 1.060/50, por ausência de fundamentos. O recorrente não indicou, especificamente, quais dispositivos entende por violados.

Conforme entendimento reiterado deste Tribunal, não se conhece do recurso de revista por violação de lei federal ou de preceito constitucional quando o recorrente não indica expressamente o dispositivo de lei ou da Constituição Federal tido como violado.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula n. 221, a saber:

“RECURSO DE REVISTA. VIOLAÇÃO DE LEI. INDICAÇÃO DE PRECEITO

(cancelado o item II e conferida nova redação na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) Res. n. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012 — A admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado.”

Por outro lado, o aresto de p. 369 das razões de recurso de revista mostra-se inservível à demonstração do dissenso, porquanto não indica sua fonte oficial de publicação ou repositório jurisprudencial de que fora extraído. Aplicabilidade do item I da Súmula/TST n. 337.

Ademais, incide no presente caso, os termos da Súmula/TST n. 333.

Não conheço.”

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer o recurso de revista quanto ao tema dano moral, por violação aos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, restabelecendo-se a sentença, no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Custas pela reclamada em R\$ 600,00 (seiscentos reais). Oficie-se ao Ministério Público do Trabalho, com cópias do acórdão desta decisão, do acórdão regional, sentença e demais elementos dos autos, para que tome as providências cabíveis. Vencido o Ex^{mo}. Ministro Renato de Lacerda Paiva, Relator.

Brasília, 11 de junho de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA,

Redator Designado

Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-6500-36.2008.5.17.0121

Recorrente: VIX Logística S.A.

Recorrida: União (PGU)

Competência: 3ª Turma

Acórdão:

- RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2. JUNTADA DE DOCUMENTO. SÚMULA N. 8/TST. O recurso de revista não preenche os requisitos previstos no art. 896 da CLT, pelo que inviável o seu conhecimento. Recurso de revista não conhecido. 3. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. PENALIDADE ADMINISTRATIVA. ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. DESRESPEITO À COTA MÍNIMA DE APRENDIZES. CRITÉRIO DE CÁLCULO PARA O NÚMERO DE APRENDIZES A SEREM CONTRATADOS. EXERCÍCIO DE PROFISSÃO QUE EXIGE, CONCOMITANTEMENTE, IDADE MÍNIMA DE 21 ANOS E HABILITAÇÃO LEGAL. COMPATIBILIDADE. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, acolheu inteiramente os fundamentos da aclamada doutrina internacional da proteção integral e prioritária da criança, do adolescente e do jovem, inaugurando no ordenamento jurídico brasileiro um novo paradigma de tratamento a ser destinado ao ser humano que se encontra na peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Dentro desta nova cultura jurídica, o art. 7º, XXXIII, da CF/88 conferiu aos menores de 16 anos o direito fundamental ao não trabalho (com o fim de preservar o seu desenvolvimento biopsicossocial), salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos — em perfeita harmonização com o também direito fundamental à profissionalização (art. 227, *caput*). Constata-se, assim, que o contrato de aprendizagem foi ressalvado pela própria Constituição (art. 7º, XXXIII; art. 227, § 3º, I), sendo tradicionalmente regulado pela CLT (arts. 428 a 433). É, na verdade, contrato empregatício, com típicos direitos trabalhistas, embora regido com certas especificidades. Segundo a lei, é pacto ajustado por escrito pelo qual o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 anos e menor de 24 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, comprometendo-se o aprendiz a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação (art. 428, *caput*, CLT, segundo redação da Lei n. 11.180/2005). Registre-se que, embora se trate de um pacto empregatício, a atividade laboral, no contrato de aprendizagem, deve estar subordinada à dinâmica e aos fins pedagógicos, integrando-se a um processo educativo mais abrangente e, sem

dúvida, predominante. Na hipótese dos autos, a Autora, através desta ação anulatória, pretende desconstituir os autos de infração lavrados pelo Auditor Fiscal do Trabalho, que constatou que a empresa deixou de contratar aprendizes em percentual mínimo de 5% (cinco por cento) dos empregados existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação técnico-profissional metódica, conforme dispõe o art. 429 da CLT. Para tanto, a Autora sustenta, em síntese, que a profissão de motorista não demanda formação técnico-profissional metódica. Com efeito, percebe-se que o acolhimento da pretensão da Autora está condicionado ao aferimento da necessidade ou não de formação técnico-profissional metódica para o exercício da profissão de motorista de transporte de cargas em geral e pessoas, a ponto de legitimar a contratação de aprendizes. Pela descrição contida na CBO, pode-se constatar que a atividade de motorista se mostra sujeita a ensino metódico, uma vez que não se limita ao simples ato de conduzir o veículo, devendo integrar, portanto, a base de cálculo da cota da aprendizagem. Precedentes desta Corte. Ressalte-se, inclusive, que é fato público e notório que o Serviço Social do Transporte (SEST) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) — entidades civis de direito privado sem fins lucrativos, criadas pela Lei n. 8.706/93 e organizadas pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) — oferecem o Programa de Formação de Motoristas para o Mercado de Trabalho, o que corrobora a conclusão de que a atividade de motorista se mostra sujeita a ensino metódico. Desse modo, estando a profissão de motorista sujeita a formação técnico-profissional metódica, esta deverá integrar a base de cálculo da cota da aprendizagem. Como consequência, não procede a pretensão da Autora de anular os autos de infração lavrados pelo Auditor Fiscal do Trabalho, haja vista que estes se adaptam perfeitamente aos termos do regramento legal destinado à matéria, devendo subsistir, assim, a penalidade imposta à Autora, que não contratou o número mínimo de aprendizes que a lei exige, qual seja, quantidade equivalente a 5% (cinco por cento) dos empregados existentes em cada estabelecimento. Por cautela, cumpre esclarecer que, em função da peculiaridade normativa da categoria dos motoristas de transporte rodoviário de cargas e passageiros, que é também regulada pela lei especial imperativa (Código Nacional de Trânsito — Lei n. 9.503/97), esta dt. 3ª Turma, no julgamento do processo n. TST-RR-128000-96.2008.5.07.0008, firmou o entendimento de que a contratação de aprendizes motoristas que atuam no transporte rodoviário de carga ou de passageiros deve se restringir aos maiores de 21 anos, em observância à legislação pertinente. Com efeito, em razão de tal peculiaridade, cumpre ressaltar que a Reclamada deverá observar, na contratação de aprendizes, o percentual mínimo de 5% constante do art. 429 da CLT, estando correta, por isso, a decisão do TRT, que ratificou a sentença, pela qual os pedidos relacionados à desconstituição dos autos de infração foram julgados improcedentes. A propósito, em vista da possibilidade restrita de contratação de aprendizes (motoristas habilitados com, pelo menos, 21 anos, até antes de completarem 24 anos), torna-se evidente que o percentual de 5% de contratações (ao invés de 15%, por exemplo, conforme margem aberta pelo art. 429 da CLT) mostra-se mais adequado e proporcional — cota já criteriosamente respeitada pelo auto de infração. **Recurso de revista conhecido e não provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-6500-36.2008.5.17.0121, em que é Recorrente VIX LOGÍSTICA S.A. e Recorrida UNIÃO (PGU).

Em face da decisão do Tribunal Regional do Trabalho de origem, a Parte interpõe o presente recurso de revista, que foi admitido pelo TRT.

O Ministério Público do Trabalho oficiou pelo prosseguimento do feito, em razão da ausência de interesse primário a justificar a sua intervenção.

O dt. Ministério Público do Trabalho, através da ilustre Procuradora Regional do Trabalho, Dra. Eliane Araque dos Santos, manifestou-se, em parecer oral, na sessão.

PROCESSO ELETRÔNICO.

É o relatório.

V O T O

I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2. JUNTADA DE DOCUMENTO. SÚMULA N. 8/TST. 3. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. PENALIDADE ADMINISTRATIVA. ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. DESRESPEITO À COTA MÍNIMA DE APRENDIZES. CRITÉRIO DE CÁLCULO PARA O NÚMERO DE APRENDIZES A SEREM CONTRATADOS. EXERCÍCIO DE PROFISSÃO QUE EXIGE, CONCOMITANTEMENTE, IDADE MÍNIMA DE 21 ANOS E HABILITAÇÃO LEGAL. COMPATIBILIDADE.

O Tribunal Regional assim decidiu:

“2.2. MÉRITO

APRENDIZ - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DOS MOTORISTAS

Sustenta a reclamante que merece reforma a sentença de origem, que declarou improcedentes os pedidos formulados na inicial, uma vez que os motivos que levaram a Fiscalização do Trabalho a lavrar os autos de infração impugnados estariam dissociados da melhor aplicação do direito à espécie. Aduz ainda que não foi dada a devida publicidade aos referidos autos de infração.

Afirma que os Fiscais do Trabalho deixaram de cumprir as regras inerentes à sua atividade e decidiram, sem qualquer base legal, que a profissão de motorista, mesmo diante dos inúmeros óbices, integra a base de cálculo do número de aprendizes para todos os efeitos legais. Deste modo, alega que foi criada norma específica que incide exclusivamente sobre a requerente, violando, assim, os incisos XXXIX e XXXVII do art. 5º da Carta Magna.

Por fim, requer que, caso seja mantida a r. sentença quanto à insubsistência das infrações, deve ser a mesma reformada para que seja aplicada pena única e ainda que sejam restituídos à autora, juntamente com a atualização monetária e juros, os valores pagos a título de multa.

Sem razão.

A recorrente alega a insubsistência dos autos de infração, ao argumento de que a profissão de motorista não deve incidir na composição da base de cálculo para cumprimento do preceito legal que determina a contratação de aprendizes, uma vez que os motoristas da recorrente exercem atividades que se enquadram como perigosas para menores.

Nos termos do Decreto n. 5.598, de 1º.12.2005, que regulamenta a contratação de aprendizes, todas funções que demandam formação profissional, conforme determina a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, são consideradas no cálculo do

número de aprendizes devido por estabelecimento (art. 10), salvo as funções que demandem, para o seu exercício, habilitação profissional de nível técnico ou superior, ou, ainda, as funções que estejam caracterizadas como cargos de direção, de gerência ou de confiança. Isso de acordo com o inciso II e parágrafo único do art. 62 e do § 2º do art. 224 da CLT (§ 1º do art. 10).

Além das exclusões acima referidas, o Decreto n. 5.598/2005 faz apenas mais uma, no art. 12, quanto aos empregados que executem seus serviços sob o regime de trabalho temporário, o que não ocorre no caso dos autos.

A função de motorista de ônibus rodoviário encontra-se prevista na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, sob o n. 7.824-05. Tem-se ainda, sob o número 7.824-10, previsão para a função de motorista de ônibus urbano.

Logo, como a função de motorista demanda formação profissional não pode ser excluída da base de cálculo do número de aprendizes.

Ademais, nos termos do § 2º do art. 10 do Decreto n. 5.598/2005, “*deverão ser incluídas na base de cálculo todas as funções que demandem formação profissional, independentemente de serem proibidas para menores de dezoito anos*”.

No caso em exame, portanto, a empresa pode contratar, como aprendizes, pessoas maiores de idade, conforme dispõe o art. 2º do Decreto n. 5.598/2005, que estabelece:

“Art. 2º Aprendiz é o maior de quatorze anos e menor de vinte e quatro anos que celebra contrato de aprendizagem, nos termos do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.

Parágrafo único. A idade máxima prevista no *caput* deste artigo não se aplica a aprendizes portadores de deficiência.”

Apesar de a reclamante ter argumentado que o Código de Trânsito Brasileiro impõe severas exigências para se obter a Carteira

Nacional de Habilitação nas categorias “D” e “E” e, que por esta razão estaria praticamente eliminada a possibilidade de se obter a CNH nas referidas categorias antes dos 24 anos, frisa-se que as atividades da VIX Logística, ao contrário do afirmado pela reclamada, não se limitam aos motoristas pertencentes às supracitadas categorias, mas notoriamente realiza hoje transporte de passageiros por meio de vans e até automóveis de pequeno porte, para os quais é exigida idade mínima de 21 anos de idade.

Como muito bem ressaltado pelo Ministério Público do Trabalho, caso fossem acolhidos os argumentos trazidos à baila pelo recorrente, a sociedade teria sérios prejuízos, principalmente pelo menor número de aprendizes contratados e jovens adquirindo experiência profissional.

Assim, não há que se falar que os Fiscais do Trabalho, ao autuar a reclamante, tenham agido como legisladores, criando normas no caso concreto, ou agido em desconformidade com a Lei. Na mesma esteira, não houve, no caso *sub judice*, violação à Constituição Federal.

Quanto aos pedidos de que a sentença fosse reformada com aplicação de pena única e de que sejam restituídos à autora, juntamente com a atualização monetária e juros, os valores pagos a título de multa, razão também não assiste à reclamante, uma vez que os autos de infração estavam em conformidade com os princípios da publicidade e legalidade, pelo que não devem ser anulados.

Nego provimento.”

No julgamento dos embargos de declaração, ficou consignado o seguinte entendimento:

“2.2. MÉRITO

A reclamante diz que restou omissa o julgado no tocante à alegação de que os Fiscais do Trabalho interpretaram a norma contida no art. 429 da CLT sob entendimento próprio, o que violaria os parágrafos XXXIX e XXXVII

do art. 5º da Constituição da República, em especial no que concerne à ausência de tipificação da conduta punível e da correspondente sanção aplicável, haja vista que a lavratura do auto de infração constitui ato administrativo vinculado.

Sustenta que o julgado deixou de aventar a matéria no que toca à questão da ausência de previsão expressa da CBO, da exigência de formação profissional metódica para a profissão de motorista, inclusive com especificação mínima de duração dos cursos de formação, como ocorre para os demais casos, e ainda, quanto à questão de que se exige para o exercício de tal atividade, segundo previsão legal, tão somente a habilitação conforme a legislação de trânsito.

Quanto à duração e forma de controle da jornada laboral imposta ao motorista, vislumbra omissão no julgado ao argumento de que a jornada de trabalho externo tipicamente de motorista de caminhão de carga não se coaduna com as restrições impostas legalmente à jornada máxima prevista em lei para os aprendizes, e nem ao próprio sistema de aprendizagem, que exige frequência do aluno a aulas teóricas referentes ao objeto da aprendizagem.

Alega que o *decisum* restou contraditório no que tange à aplicação do art. 429 da CLT, que remete à aplicação do art. 430 da CLT, o qual, por sua vez, refere-se que a formação profissional deverá ser fornecida na forma prevista no referido artigo, não incluindo dentre aquelas entidades, o “Centro de Formação de Condutores”.

Afirma ainda que não foi observada a questão apontada pela embargante relacionada ao fato de que a profissão de motorista não está contida no Arco de Ocupações da Portaria n. 615, de 13.12.2007, mais especificamente no Arco de Transportes.

Finalmente, sustenta que o julgado consignou que a VIX Logística S.A. teria como objeto social o transporte de passageiros de

pequeno porte, informação esta que não teria sido trazida pela parte contrária, pelo que teria havido violação aos princípios dispositivo, do devido processo legal e da inércia de jurisdição.

Quanto ao argumento da embargante de que os Fiscais do Trabalho interpretaram a norma do art. 429 da CLT sob entendimento próprio, violando, assim os parágrafos XXXIX e XXXVII do art. 5º da CR, não há que se falar em omissão, ou em violação de preceitos constitucionais, uma vez que restou claro no julgado que, por demandar formação profissional, a função de motorista não pode ser excluída da “base de cálculo” do número de aprendizes (fl. 630). A conduta punível, por óbvio, é o desrespeito à norma do art. 429 da CLT e a sanção de lavratura do auto de infração seria corolário lógico do descumprimento desta norma, não havendo qualquer discricionariedade no ato administrativo de aplicação da multa.

No que concerne à alegação da autora de que o julgado deixou de aventar a matéria no que toca à questão da ausência de previsão expressa da CBO, da exigência de formação profissional metódica para a profissão de motorista, inclusive com especificação mínima de duração dos cursos de formação, como ocorre para os demais casos, e ainda, quanto à questão de que se exige para o exercício de tal atividade, segundo previsão legal, tão somente a habilitação conforme a legislação de trânsito, tem-se que é inerente à profissão de motorista a habilitação conforme a legislação de trânsito, que demanda um prazo para tanto, não havendo qualquer óbice de que, por este motivo, não haja a inclusão desta profissão na base de cálculo do número de aprendizes.

Com relação ao argumento de que a jornada de trabalho da profissão de motorista de caminhão não se coaduna com a jornada máxima prevista em lei para os aprendizes,

restou frisado no *decisum* embargado que a empresa VIX Logística também realiza transporte de passageiros por meio de vans e até automóveis de pequeno porte (fl. 631). De toda sorte, ainda que não haja controle de jornada, ou que esta seja externa, não há como se afastar a aprendizagem, cabendo à empresa criar mecanismos para viabilizar a formação do aprendiz. Este argumento não exclui a embargante da observância da Lei. Inclusive, como bem salientado pela sentença recorrida, os motoristas de veículos de carga em geral, devem passar de 1 (um) a 2 (dois) anos em período de experiência supervisionada, conforme previsão da CBO. Relativamente à contradição alegada pela reclamada de que o Centro de Formação de Condutores não está incluído no rol das entidades previstas no art. 430 da CLT, é sabido que as entidades previstas nos incisos do referido artigo somente suprirão a demanda, na hipótese de os Serviços Nacionais de Aprendizagem não oferecerem cursos ou vagas suficientes para atender à demanda dos estabelecimentos, o que não se enquadra no caso dos autos.

Quanto à alegação de a profissão de motorista não estar contida no Arco de Profissões da Portaria n. 615/07, da simples consulta do Anexo I do referido Arco, encontra-se a seguinte informação:

“Embora um Arco possa apresentar um número maior de ocupações, a presente proposta trabalha com no mínimo quatro e no máximo cinco ocupações por Arco, limitação determinada a partir da carga horária disponível. A maioria das ocupações contida neste documento possui código e descrição na CBO — Classificação Brasileira de Ocupações e, não necessariamente, estão contidas na mesma família ocupacional. A descrição das famílias em que cada uma das ocupações estão inseridas consta de capítulo específico desta proposta.”

Assim, não se trata de um rol taxativo, pelo que deve ser considerado como um elemento

orientador e facilitador do processo de qualificação dos jovens para a inserção no mercado de trabalho.

Por fim, quanto ao suposto ferimento dos princípios dispositivo, do devido processo legal e da inércia por ter o julgado trazido aos autos a informação de que a empresa reclamante “*teria como objeto social o transporte de passageiros de pequeno porte*”, necessário se faz o esclarecimento de dois aspectos:

Em nenhum momento foi afirmado que a supracitada empresa “*teria como objeto social o transporte de passageiros de pequeno porte*”, mas sim que “*as atividades da VIX Logística, ao contrário do afirmado pela reclamada, não se limitam aos motoristas pertencentes às supracitadas categorias, mas notoriamente realiza hoje transporte de passageiros por meio de vans e até automóveis de pequeno porte, para os quais é exigida idade mínima de 21 anos de idade.*” (fl. 631).

Quadra salientar ainda que a questão da notoriedade do fato foi trazida aos autos no Parecer do Ministério Público do Trabalho, fls. 615/618 e não há que se falar em ofensa a qualquer princípio, uma vez que a empresa veicula esta informação por meio de seu próprio sítio da *internet*, <<http://www.vix.com.br/>>, onde a publicidade foi feita nos seguintes termos, ilustrada inclusive, com fotos dos veículos:

“A Vix Logística dispõe de uma frota de equipamentos especificada em função das necessidades de seus clientes. (...) Na LOCAÇÃO E GESTÃO DE FROTAS, nossa frota é composta por automóveis e utilitários de todas as principais marcas e modelos da indústria nacional.”

Não há qualquer dos vícios alegados no julgado.

De fato, a embargante insurge-se contra o *decisum*, devendo valer-se de outro meio recursal para manifestar sua irrisignação,

ante os estreitos limites dos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC.

A decisão embargada encontra-se devidamente fundamentada, inclusive, para fins de prequestionamento, na forma do Enunciado n. 297/TST. Acresça-se que não está o julgador obrigado a rebater, um a um, os argumentos da parte, bastando que adote tese acerca da matéria posta em exame, o que foi observado. Também não tem o dever de apontar o preceito de lei que embasa o seu entendimento, na esteira da OJ n. 118 da SDI-I/TST.

Cabe acrescentar que eventual má apreciação da prova ou incorreta aplicação da lei são questões de reforma do decidido.

Diante do exposto, dou parcial provimento para prestar esclarecimentos, sem efeito modificativo no julgado.”

Opostos os segundos embargos de declaração, a decisão foi do seguinte teor:

“JUNTADA DE DOCUMENTOS

Fala a embargante em documentos novos, quando se trata de declarações emitidas pelos representantes legais das unidades SEST/SENAT no estado do Espírito Santo e outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica, alegando que as referidas declarações trazem a efetiva contraposição aos fatos produzidos, sendo capaz, por si só, de alterar o resultado do feito e que os documentos são indiscutivelmente novos, já que emitidos em data posterior à sentença, haja vista a atualidade das declarações.

No entanto, a atualidade das declarações e sua emissão em data posterior à sentença não justificam a sua juntada no presente momento, uma vez que a embargante não traz provas da impossibilidade de se adquirir a prova antes, não se enquadrando os documentos nos termos da Súmula n. 8 do C. TST.

Dessa forma, desconsidero os documentos juntados aos embargos por entender que

os mesmos foram colacionados a destempo e, tendo em vista não ter sido apontado qualquer vício nos embargos que não versassem sobre os documentos “novos” colacionados, nego provimento aos mesmos no particular.”

A Parte, em suas razões recursais, pugna pela reforma do acórdão recorrido.

Sem razão.

No tocante à “preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional”, esclareça-se, inicialmente, que, nos termos da OJ n. 115/SBDI-1/TST, o conhecimento do recurso de revista, quanto à preliminar arguida, está adstrito à análise de violação dos arts. 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da CF.

Pela leitura da decisão recorrida, constata-se que não houve qualquer ausência de fundamentação ou contradição no acórdão recorrido quanto ao exame da matéria, mas efetivamente irresignação da Recorrente contra o que foi decidido, já que o Tribunal Regional fundamentou claramente sua decisão.

Expostos os fundamentos que conduziram ao convencimento do órgão julgador, com análise integral da matéria trazida à sua apreciação, substanciada está a efetiva prestação jurisdicional. Ilesos os arts. 93, IX, da CF, 832 da CLT e 458 do CPC.

NÃO CONHEÇO.

Em relação ao tema “juntada de novo documento”, a decisão recorrida, nos termos em que foi proferida, encontra-se em consonância com o entendimento substanciado na Súmula n. 8 do TST, o que inviabiliza o conhecimento do recurso, no aspecto.

NÃO CONHEÇO.

Quanto ao tema “base de cálculo para a cota de aprendizes”, o recurso de revista merece conhecimento, pois logrou a Recorrente demonstrar divergência jurisprudencial, espelhada pelo aresto oriundo do TRT da 3ª Região, cuja ementa externa posicionamento dissonante daquele advindo do TRT de origem, no

sentido de que a profissão de motorista não se insere na base de cálculo da cota de aprendizes.

CONHEÇO, no aspecto, por divergência jurisprudencial.

II) MÉRITO

CRITÉRIO DE CÁLCULO PARA O NÚMERO DE APRENDIZES A SEREM CONTRATADOS

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, acolheu inteiramente os fundamentos da aclamada doutrina internacional da proteção integral e prioritária da criança, do adolescente e do jovem, inaugurando no ordenamento jurídico brasileiro um novo paradigma de tratamento a ser destinado ao ser humano que se encontra na peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Dentro desta nova cultura jurídica, o art. 7º, XXXIII, da CF/88 conferiu aos menores de 16 anos o direito fundamental ao não trabalho (com o fim de preservar o seu desenvolvimento biopsicossocial), salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos - em perfeita harmonização com o também direito fundamental à profissionalização (art. 227, *caput*).

Constata-se, assim, que o contrato de aprendizagem foi ressalvado pela própria Constituição (art. 7º, XXXIII; art. 227, § 3º, I), sendo tradicionalmente regulado pela CLT (arts. 428 a 433). É, na verdade, contrato empregatício, com típicos direitos trabalhistas, embora regido com certas especificidades. Segundo a lei, é pacto ajustado por escrito pelo qual o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 anos e menor de 24 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, comprometendo-se o aprendiz a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação (art. 428, *caput*, CLT, segundo redação da Lei n. 11.180/2005).

Registre-se que, embora se trate de um pacto empregatício, a atividade laboral, no contrato

de aprendizagem, deve estar subordinada à dinâmica e aos fins pedagógicos, integrando-se a um processo educativo mais abrangente e, sem dúvida, predominante.

A respeito do tema, a CLT assim dispõe, em seus arts. 428 e 429:

“Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação. (Redação dada pela Lei n. 11.180, de 2005)

§ 1º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

(...)

§ 4º A formação técnico-profissional a que se refere o caput deste artigo caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho.

Art. 429. Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.”

Por sua vez, no tocante ao conteúdo do termo “formação técnico-profissional metódica”, o Decreto n. 5.598/05, em seus arts. 6º e 7º, assim dispôs:

“Art. 6º Entendem-se por formação técnico-profissional metódica para os efeitos do contrato de aprendizagem as atividades teóricas

e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho.

Parágrafo único. A formação técnico-profissional metódica de que trata o *caput* deste artigo realiza-se por programas de aprendizagem organizados e desenvolvidos sob a orientação e responsabilidade de entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica definidas no art. 8º deste Decreto.

Art. 7º A formação técnico-profissional do aprendiz obedecerá aos seguintes princípios:

I – garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino fundamental;

II – horário especial para o exercício das atividades; e

III – capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Parágrafo único. Ao aprendiz com idade inferior a dezoito anos é assegurado o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

Já os arts. 10 e 11 do Decreto n. 5.598/05 preceituam:

“Art. 10. Para a definição das funções que demandem formação profissional, deverá ser considerada a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

§ 1º Ficam excluídas da definição do *caput* deste artigo as funções que demandem, para o seu exercício, habilitação profissional de nível técnico ou superior, ou, ainda, as funções que estejam caracterizadas como cargos de direção, de gerência ou de confiança, nos termos do inciso II e do parágrafo único do art. 62 e do § 2º do art. 224 da CLT.

§ 2º Deverão ser incluídas na base de cálculo todas as funções que demandem formação profissional, independentemente de serem proibidas para menores de dezoito anos.

Art. 11. A contratação de aprendizes deverá atender, prioritariamente, aos adolescentes entre quatorze e dezoito anos, exceto quando:

I – as atividades práticas da aprendizagem ocorrerem no interior do estabelecimento, sujeitando os aprendizes à insalubridade ou

à periculosidade, sem que se possa elidir o risco ou realizá-las integralmente em ambiente simulado;

II – a lei exigir, para o desempenho das atividades práticas, licença ou autorização vedada para pessoa com idade inferior a dezoito anos; e

III – a natureza das atividades práticas for incompatível com o desenvolvimento físico, psicológico e moral dos adolescentes aprendizes.

Parágrafo único. A aprendizagem para as atividades relacionadas nos incisos deste artigo deverá ser ministrada para jovens de dezoito a vinte e quatro anos.”

Nesse contexto, pode-se concluir, por meio de uma interpretação sistemática lógico-teleológica, que o processo de identificação das funções que demandem uma formação técnico-profissional metódica não deve se ater unicamente aos parâmetros fixados pelo Decreto regulamentador (CBO — Classificação Brasileira de Ocupações), devendo haver também uma conformação com os princípios e regras que condicionam a própria existência do contrato de aprendizagem (direitos fundamentais à proteção integral e à profissionalização), sob pena de esvaziamento do conteúdo social do instituto jurídico em análise, que consiste, primordialmente, na formação educacional dos aprendizes.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“(…) RECURSO DE REVISTA DA UNIÃO. AUTO DE INFRAÇÃO N. 016397541. CONTRATO DE APRENDIZAGEM. EMPRESA FRIGORÍFICA. O fato de a atividade da empresa implicar o trabalho em interior de câmara frigorífica não a exime de contratar jovens aprendizes, nos termos do Decreto n. 5.598/2005. O art. 429 da CLT é taxativo ao dispor que os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores

existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. A base de cálculo do percentual mínimo estipulado para contratação de aprendizes deve ser interpretada em conjunto com o direito fundamental à proteção integral e à profissionalização do adolescente e do jovem. Diante da previsão expressa, no art. 10, § 2º, do Decreto n. 5.598/05, de que mesmo as atividades proibidas para menores devem ser computadas na base de cálculo para contratação de aprendizes, uma solução correta fundamentada nos direitos individuais é a de que não há redução do número de aprendizes em função da atividade eventualmente exercida na empresa, mas tão somente a limitação de idade do aprendiz contratado. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-3993-30.2010.5.12.0038, relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 4.9.2013, 6ª Turma, Data de Publicação: 20.9.2013.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA — CONTRATO DE APRENDIZAGEM — COTA LEGAL DE CONTRATAÇÃO. O art. 429 da CLT estabelece como critério para fixação da base de cálculo da cota de admissão dos aprendizes, que as funções exercidas pelos trabalhadores do estabelecimento demandem formação profissional. A Corte Regional, por sua vez, consignou que, segundo a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, as funções exercidas pelos “auxiliares de produção farmacêutica” e “embalador à mão”, — não demandam formação profissional na forma a que alude o § 4º do art. 428 da CLT, e não atendem ao objetivo instrutivo e pedagógico da contratação para aprendizagem —. Diante desse contexto, em que a Corte *a quo* deixou claro que as funções desempenhadas pelos aprendizes não atendem aos requisitos exigidos pela lei para contratação de aprendizes, não há que se falar em violação do art. 429 da CLT. Agravo de instrumento não provido.” (AIRR-2112-24.2011.5.03.0138, relator Desembargador Convocado: Valdir Florindo, Data de Julgamento: 4.9.2013, 2ª Turma, Data de Publicação: 13.9.2013.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA — CONTRATO DE APRENDIZAGEM — CRITÉRIO DE CÁLCULO DO NÚMERO DE APRENDIZES A SEREM CONTRATADOS — PRINCÍPIOS DA PRIMAZIA DA REALIDADE E DA RAZOABILIDADE. O enquadramento de certas funções como de formação técnica profissional a serem consideradas para o cálculo do percentual mínimo dos trabalhadores aprendizes para contratação deve observar tanto os parâmetros fixados pelo Decreto regulamentador (CBO — Classificação Brasileira de Ocupações) quanto os princípios da primazia da realidade e da razoabilidade. Baseando-se nas premissas fáticas consignadas pela Corte de origem, no sentido de que a algumas das funções elencadas pela Fiscalização do Trabalho não podem ser consideradas de formação técnico-profissional — como coletor de lixo domiciliar, auxiliar de escritório e embalador à mão — e, portanto, devem ser excluídas da apuração do percentual mínimo dos trabalhadores aprendizes a serem contratados. Tendo a empresa demandada, ao manter sessenta e três aprendizes, cumprido a lei, adotar entendimento diverso, pautando-se nas razões esgrimidas na revista, requer o revolvimento do quadro fático-probatório, procedimento vedado a essa instância recursal pela Súmula n. 126 do TST. Incólumes os arts. 428, *caput* e §§ 1º ao 7º, e 429, *caput* e §§ 1º e 2º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR-10176-82.2010.5.04.0541, relatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira, Data de Julgamento: 13.11.2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 23.11.2012.)

Na hipótese dos autos, a Autora, através desta ação anulatória, pretende desconstituir os autos de infração lavrados pelo Auditor Fiscal do Trabalho, que constatou que a empresa deixou de contratar aprendizes no percentual mínimo de 5% (cinco por cento) dos empregados existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação técnico-profissional metódica, conforme dispõe o art. 429 da CLT.

Para tanto, a Autora sustenta, em síntese, que a profissão de motorista não demanda formação técnico-profissional metódica, pelas seguintes razões: a) não há previsão expressa da CBO quanto à necessidade de formação profissional metódica para a profissão; b) trata-se de atividade perigosa; c) segundo previsão legal, exige-se para o exercício de tal atividade tão somente a habilitação conforme a legislação de trânsito.

Com efeito, percebe-se que o acolhimento da pretensão da Autora está condicionado ao aferimento da necessidade ou não de formação técnico-profissional metódica para o exercício da profissão de motorista de transporte rodoviário de cargas e pessoas, a ponto de legitimar a contratação de aprendizes.

Nos termos da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, a profissão consiste na realização das seguintes tarefas:

“Conduzem e vistoriam ônibus e trólebus de transporte coletivo de passageiros urbanos, metropolitanos e ônibus rodoviários de longas distâncias; verificam itinerário de viagens; controlam o embarque e desembarque de passageiros e os orientam quanto a tarifas, itinerários, pontos de embarque e desembarque e procedimentos no interior do veículo. Executam procedimentos para garantir segurança e o conforto dos passageiros. Habilitam-se periodicamente para conduzir ônibus.”

Pela descrição acima, pode-se constatar que a atividade de motorista se mostra sujeita a ensino metódico, uma vez que não se limita ao simples ato de conduzir o veículo, devendo integrar, portanto, a base de cálculo da cota da aprendizagem.

Ressalte-se, inclusive, que é fato público e notório que o Serviço Social do Transporte (SEST) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) — entidades civis de direito privado sem fins lucrativos, criadas pela Lei n. 8.706/93 e organizadas pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) — oferecem o

Programa de Formação de Motoristas para o Mercado de Trabalho, o que corrobora a conclusão de que a atividade de motorista se mostra sujeita a ensino metódico.

Cito os seguintes precedentes sobre a matéria:

“BASE DE CÁLCULO PARA AFERIÇÃO DO NÚMERO DE APRENDIZES A SEREM CONTRATADOS. MOTORISTAS. CONTRATO DE APRENDIZAGEM. POSSIBILIDADE.

Trata-se de recurso de revista interposto contra decisão proferida em recurso ordinário, a qual denegou a segurança requerida pela empresa Comprebem Comércio e Transportes Ltda. em mandado de segurança preventivo, em face de ato de Superintendente Regional do Trabalho que considerou, para cálculo da porcentagem mínima de aprendizes, os empregados que exercem as funções de motorista, as quais alega serem incompatíveis com a formação de aprendiz. Cinge-se a controvérsia em saber se as funções de motoristas e cobradores podem ser consideradas para aferição do número de aprendizes que devem ser contratados pela empresa, ante o disposto no art. 429 da CLT. A empresa argumenta que as funções de motoristas e cobradores não poderiam integrar o quantitativo para definição do número de aprendizes a serem contratados pela empresa, uma vez que não poderiam ser exercidas pelos menores aprendizes. Aduz que essas funções exigem formação técnica profissional, incompatível com a condição de menor aprendiz. Todavia, o art. 10, § 2º, do Decreto n. 5.598/2005 é expresso ao estabelecer que a base de cálculo para definição do número de aprendizes é composta por todas as funções existentes na empresa, sendo irrelevante se só podem ser exercidas pelos maiores de 18 anos. Confirma-se: — Art. 10. Para a definição das funções que demandem formação profissional, deverá ser considerada a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego. (...) § 2º Deverão ser incluídas na base de cálculo todas as funções que demandem formação profissional, independentemente de serem proibidas para menores de 18 anos. Registra-se ainda que, nos

estritos termos dessa norma, apenas não se inserem na base de cálculo para contratação de aprendizes os cargos que exigem habilitação técnica de nível superior, assim como os cargos de direção, nos termos do § 1º do citado art. 10 do Decreto n. 5.598/2005, que assim dispõe, *in verbis*: — Ficam excluídas da definição do *caput* deste artigo as funções que demandem, para o seu exercício, habilitação profissional de nível técnico ou superior, ou, ainda, as funções que estejam caracterizadas como cargos de direção, de gerência ou de confiança, nos termos do inciso II e do parágrafo único do art. 62 e do § 2º do art. 224 da CLT. Com efeito, não prospera o argumento da recorrente quanto à incompatibilidade da função de motorista para definição da base de cálculo do número de aprendizes a serem contratados pela empresa, em cumprimento da lei, uma vez que, nos precisos termos das normas aplicáveis, essa circunstância é irrelevante. Precedentes. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial mas desprovido. Processo: RR-1176-65.2011.5.04.0010 Data de Julgamento: 26.3.2014, relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 4.4.2014.

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE APRENDIZAGEM. BASE DE CÁLCULO. MOTORISTA DE TRANSPORTE DE CARGA. A função de motorista de transporte de carga demanda formação profissional, nos termos do art. 429 da CLT, e não está inserida nas exceções do art. 10, § 1º, do Decreto n. 5.598/2005. Ademais, nos termos do art. 10, § 2º, do mesmo Decreto, – deverão ser incluídas na base de cálculo todas as funções que demandem formação profissional, independentemente de serem proibidas para menores de 18 anos –. Dessa forma, não há fundamento legal para excluir da base de cálculo do número de aprendizes a serem contratados, os empregados que exercem a função de motorista de transporte de carga. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. Processo: RR-1841-08.2011.5.03.0011, Data de Julgamento: 19.3.2014, relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 4.4.2014.

“RECURSO DE REVISTA. EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO. MOTORISTAS E COBRADORES. CÁLCULO DA COTA DE APRENDIZAGEM. O valor social do trabalho e da livre iniciativa encontram-se entre os princípios fundamentais da Constituição da República (art. 1º, IV), a qual também estabelece como dever da sociedade e do Estado assegurar ao adolescente e ao jovem o direito à profissionalização (art. 227). Frente a tais valores, qualquer medida que acarrete prejuízo quanto à formação de profissionais deve ser vista com cautela. O art. 429 da CLT não estabelece cota em razão das modalidades de funções existentes no estabelecimento, mas pelo número de trabalhadores, evidenciando que a discussão em apreço não se restringe à atuação de aprendizes nas funções de motorista e cobrador de transporte coletivo, conforme o enfoque dado pelo Autor. Decorre de tal entendimento, que as empresas do setor podem contratar aprendizes para frequentar curso de formação profissional relativas a outras atividades da firma. Ademais, não há amparo legal a justificar a exclusão das funções de motorista e cobrador para efeito do cálculo do percentual mínimo de contratação de aprendizes. Recurso de Revista conhecido e não provido.” (RR-281-73.2012.5.04.0009, relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, data de julgamento: 23.10.2013, 4ª Turma, data de publicação: 25.10.2013.)

“RECURSO DE REVISTA DA UNIÃO. CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES. INCLUSÃO DOS EMPREGADOS MOTORISTAS NA BASE DE CÁLCULO DA COTA DE APRENDIZAGEM. POSSIBILIDADE. DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE. O art. 429 da CLT dispõe que os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. Nesse contexto, a base de cálculo do percentual mínimo estipulado para contratação de aprendizes deve ser interpretada

em conjunto com o direito fundamental à proteção integral e à profissionalização do adolescente e do jovem. Diante da previsão expressa, no art. 10, § 2º, do Decreto n. 5.598/05, de que mesmo as atividades proibidas para menores devem ser computadas na base de cálculo para contratação de aprendizes, uma solução correta fundamentada nos direitos individuais é a de que não há redução do número de aprendizes em função da atividade (insalubre ou perigosa) eventualmente exercida na empresa, mas tão somente a limitação de idade do aprendiz contratado. Nesse contexto, a contratação de aprendizes para atividades insalubres ou perigosas está limitada aos jovens entre 18 e 24 anos, sendo que a contratação de jovens aprendizes na função de motorista, na qual se exige a idade mínima de 21 anos, está limitada aos aprendizes maiores de 21 anos e menores de 24 anos. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-1024-11.2011.5.04.0012, relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, data de julgamento: 23.10.2013, 6ª Turma, data de publicação: 25.10.2013.)

“[...] CONTRATO DE APRENDIZAGEM — EMPREGADOS MOTORISTAS — BASE DE CÁLCULO (violação aos arts. 9º e 10, § 1º, do Decreto Federal n. 5.598/05, 429, da Lei n. 10.097/00, 5º, II, da CF/88 e divergência jurisprudencial). A função de motorista demanda formação profissional, conforme previsto no art. 429, da CLT, estando incluída na CBA (Classificação Brasileira de Ocupações), em conformidade ao art. 10, § 2º, do Decreto n. 5.598/2005, não fazendo parte das exceções previstas no § 1º deste último dispositivo, para efeito de cálculo do número de aprendizes a serem contratados por força do dispositivo celetista. Desta forma, não há justificativa para que, para efeito de cálculo do número de aprendizes a serem contratados por força da lei, sejam desconsiderados os empregados motoristas do estabelecimento empregador. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (RR-99200-16.2007.5.03.0134, relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT 19.10.2012.)

RECURSO DE REVISTA. CRITÉRIO LEGAL PARA O CÁLCULO DA COTA DE

APRENDIZES. MOTORISTA DE ÔNIBUS. COBRADOR. 1. O art. 429 da CLT preceitua que os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a admitir aprendizes número em equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos empregados existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

2. Do teor do Decreto n. 5.598/05, que regulamenta a admissão de aprendizes, não se verifica restrição quanto às funções exercidas em condições insalubres ou perigosas para efeito de cálculo do número de aprendizes a serem admitidos em razão da lei. Ao contrário, a referida norma inclui expressamente na base de cálculo todas as funções que demandem formação profissional, independentemente de serem proibidas para menores de dezoito anos (art. 10, § 2º).

A restrição é apenas quanto àquelas que demandem habilitação de nível técnico ou superior e cargos de direção, confiança ou gerência (art. 10, § 1º).

Nesse contexto, não há fundamento para que as funções de motorista de ônibus e cobrador sejam excluídas do quantitativo de empregados a ser considerado para efeito de apuração do número de aprendizes a serem empregados. Recurso de Revista de que se conhece e a que se nega provimento. Processo: RR-1272-76.2010.5.09.0010 Data de Julgamento: 12.2.2014, relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 7.3.2014.

Desse modo, estando a profissão de motorista sujeita a formação técnico-profissional metódica, esta deverá integrar a base de cálculo da cota da aprendizagem. Como consequência, não procede a pretensão da Autora de anular os autos de infração lavrados pelo Auditor Fiscal do Trabalho, haja vista que estes se adaptam perfeitamente aos termos do regramento legal destinado à matéria, devendo subsistir, assim, a penalidade imposta à Autora, que não contratou o número mínimo de aprendizes que a lei exige, qual seja: quantidade equivalente a 5%

(cinco por cento) dos empregados existentes em cada estabelecimento.

Por cautela, cumpre esclarecer que, em função da peculiaridade normativa da categoria dos motoristas de transporte rodoviário de passageiros e carga, que é também regulada pela lei especial imperativa (Código Nacional de Trânsito — Lei n. 9.503/97), esta dt. 3ª Turma, no julgamento do processo n. TST-RR-128000-96.2008.5.07.0008, firmou o entendimento de que a contratação de aprendizes motoristas que atuam no transporte rodoviário de passageiros e carga deve se restringir aos maiores de 21 anos, em observância à legislação pertinente.

Com efeito, em razão de tal peculiaridade, cumpre ressaltar que a Reclamada deverá observar, na contratação de aprendizes, o percentual mínimo de 5% constante do art. 429 da CLT, observada a idade mínima dos aprendizes maiores de 21 anos.

A propósito, em vista da possibilidade restrita de contratação de aprendizes (motoristas habilitados com, pelo menos, 21 anos, até antes de completarem 24 anos), torna-se evidente que o percentual de 5% de contratações (ao invés de 15%, por exemplo, conforme margem aberta pelo art. 429 da CLT) mostra-se mais

adequado e proporcional — cota já criteriosamente respeitada pelo auto de infração.

Por fim, registre-se que, em relação ao oferecimento de curso de aprendizagem para a profissão de motorista pelo Serviço Social do Transporte (SEST) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) do Estado do Espírito Santo, não houve comprovação, em momento oportuno, a respeito da existência (ou não) do curso no Estado e da disponibilidade de vagas, de modo que a análise de tal aspecto extrapolaria os limites da lide, nos moldes como as questões foram colocadas para análise nas instâncias ordinárias.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, quanto ao tema “critério para a base de cálculo da cota de aprendiz”, por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 14 de maio de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

MAURICIO GODINHO DELGADO,
Ministro Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Processo: TRT/SP 0238900-96.2009.5.02.0317

Recurso Ordinário

Recorrente: Paramount Têxteis Indústria Comércio S/A.

Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Fiação e Tecelagem em Geral de Mogi das Cruzes e Região

Origem: 7ª Vara do Trabalho de Guarulhos – SP

Competência: 16ª Turma

Ementa:

RESTITUIÇÃO DOS DESCONTOS EFETUADOS PELO EMPREGADOR — CUSTEIO DE PLANO DE SAÚDE — NÃO EXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL —

Qualquer alteração contratual compulsória patronal eiva de nulidade o contrato de trabalho, não obrigando os trabalhadores prejudicados com a modificação imposta; afinal, o respeito à livre manifestação de vontade não pode deixar de ser observado. Exegese do art. 468, da CLT. Contudo, não há ofensa ao artigo celetizado retro referido, quando se refere à revisão e ajuste de critérios de plano médico, o chamado “Plano Empresarial Coletivo”, propiciado pelo empregador aos seus funcionários. Primeiro, porque se trata de mera liberalidade da entidade patronal, a contratação de programa de saúde, cujo intento é agilizar aos trabalhadores a assistência médica, evitando perda de tempo com as filas do serviço público, além de garantir segurança e tranquilidade ao empregado, especialmente em tempos de caos na saúde pública, e, por via reversa, melhorar os lucros da empresa, reduzindo a queda de produtividade. Segundo, porquanto se trata de programa que segue um sistema de monitoramento pela ANS — Agência Nacional de Saúde (art. 13, incisos I e II, da Resolução Normativa — RN n. 171, de 29.4.2008⁽¹⁾), praticado de acordo com o grupo em que se inserem: plano coletivo com Patrocinador; ou, sem Patrocinador. Terceiro, porque, especificamente ao custeio de plano de saúde, define o art. 458, parágrafo 2º, item “IV”, da CLT, que “... ***não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (...) IV - assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde (...)***” (g. n.).

Desse modo, inimaginável que os empregados usufruam de um programa de saúde de forma inteiramente calcada em valor fixo, sem contribuição alguma, principalmente para seus dependentes e/ou agregados. A hipótese equivale a espoliar o empregador que, na

(1) Estabelece critérios para aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde, médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, contratados por pessoas físicas ou jurídicas.

verdade, está à mercê de um terceiro (Operadora de Saúde), não podendo lhe exigir que se transforme em centro de filantropia, o que é totalmente distinto dos propósitos a que ela se dirige. Tendo os trabalhadores concordado com os descontos, certamente porque neles enxergaram uma regalia (a de poder contar com assistência médica), não há falar em devolução desses valores, a fim de que não se configure o seu enriquecimento sem causa. Logo, os descontos efetuados pelo empregador nos contracheques dos empregados, por se traduzirem em pagamentos, inclusive a terceiros, de serviços usufruídos por eles, são lícitos. Raciocínio contrário, incentivaria os empregadores a não instituir ou disponibilizar tais benefícios, o que seria um imenso retrocesso e dano coletivo aos trabalhadores. Recurso patronal a que se dá provimento.

Inconformada com a r. sentença de fls. 61/66, cujo relatório adoto, complementada pela r. decisão de embargos de declaração (fls. 73/74), que julgou parcialmente procedentes os pedidos da exordial, recorre ordinariamente a reclamada (fls. 79/94), pugnando, preliminarmente, pela nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional; e, no mérito, requer a reforma do r. julgado no tocante à devolução dos valores descontados a título de convênio médico. Pede provimento.

Procuração outorgada pela recorrente ao signatário nos exatos termos do art. 654 do Código Civil e do disposto na OJ-SDI1-373, do C. TST à fl. 26 (substabelecimento, fl. 50).

Custas e depósito recursal pela reclamada às fls. 95 e 97, respectivamente.

Contrarrazões às fls. 99/101. Procuração outorgada ao signatário pelo recorrido nos exatos termos do art. 654 do Código Civil à fl. 12.

É o relatório.

V O T O

CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais objetivos e subjetivos, conheço.

PRELIMINAR DE NULIDADE – NEGATIVA JURISDICIONAL

A ré suscita a nulidade da r. sentença, por negativa de prestação jurisdicional. Alega que, mesmo instada a enfrentar questões de relevo, por meio dos embargos de declaração, o MM. Juiz de 1º grau quedou-se inerte.

O art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, é expreso ao cominar a nulidade das decisões judiciais sem embasamento. E o conceito de fundamentação vem traduzido pelo art. 458, inciso II, do CPC⁽²⁾, que melhor explicita o pressuposto também exigido pelo art. 832, *caput*, da CLT.

Irrefragável ser a sentença um ato de vontade do juiz, mas não de imposição ao seu livre-arbítrio, pois necessariamente deverá vir assentada em raciocínio lógico. A fundamentação de que trata o artigo constitucional supramencionado impõe, claramente, exame dos fatos em dissenso, com o subsequente enquadramento nos preceitos legais adequados à espécie. Nesse aspecto, toda decisão judicial, sendo um ato a compor interesses em conflito, deve exarar conteúdo satisfatório, claro e preciso, que ponha a termo a demanda, na sua inteireza, convencendo as partes e, por consequência, a própria sociedade, e, além disso, propiciando aos litigantes a oportunidade de identificar e enfrentar todos os elementos de ordem fática e jurídica que fomenta a sensação de prejuízo, para poder devolver a matéria à revisão, quando indicará equívocos referentes aos fatos ou ao próprio direito.

(2) “Art. 458 - São requisitos essenciais da sentença: I - (...); II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito (...).”

“Art. 832. Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.”

In casu, examinando as alegações recursais (fls. 79/94), o teor das decisões de fls. 61/66 e 73/74, e os argumentos lançados nos embargos de declaração de fls. 68/72, verifico que o núcleo da tese da recorrente espelha mero inconformismo com a solução dada à lide, o que em nada contamina o valor da sentença.

Apesar de reconhecer que em alguns pontos o MM. Juízo de 1º grau foi econômico em sua fundamentação, de todo modo, esmiuçou os pontos ventilados pela reclamada, em face deles, empreendeu discernimento coerente aplicando o direito entendido como adequado à espécie, não havendo, assim, falar, em sonegação da jurisdição.

Contudo, entendendo a parte ser imprópria a solução dada à controvérsia, a questão passa ao largo da negativa de prestação jurisdicional, e para resolver o aspecto o ordenamento jurídico põe à disposição dos litigantes a ampla via do recurso ordinário.

Rejeito.

MÉRITO

RESTITUIÇÃO DOS DESCONTOS EFETUADOS PARA CUSTEIO DE PLANO DE SAÚDE — ALTERAÇÃO CONTRATUAL

O Sindicato-autor pediu, na inicial, a restituição dos descontos, a título de convênio médico, consignados nos recibos de pagamento de vários empregados, argumentando que houve violação do art. 468, da CLT. Sustentou que, atualmente, a reclamada desconta de seus empregados apenas R\$ 19,60 (dezenove reais e sessenta centavos), e que em última decisão patronal, conforme cópia de Comunicado Interno (fl. 14 – doc. n 03), noticiou que além desse desconto, relativo a cota de participação do empregado, passaria a deduzir do salário, o valor de R\$ 15,50 (quinze reais e cinquenta centavos), por cada dependente menor de 18 anos e cônjuge; e, R\$ 36,00 (trinta e seis reais), por cada dependente maior, e mais R\$ 10,00 (dez reais), por consulta médica. Afirma, ainda,

que a demandada impediu que os trabalhadores pudessem cancelar o convênio médico.

Em sua defesa, a reclamada salienta que ela própria foi surpreendida com carta expedida pela Operadora do plano de saúde (Maimell Saúde Empresarial Ltda.), cancelando o serviço, em razão dos valores que vinha recebendo encontrarem-se defasados, incluindo aí, o fato de não serem custeadas as despesas clínicas dos dependentes dos empregados. Diante de tal exposição, alega a ré, que os planos, antes familiares, passaram a categoria “individual”, para que os trabalhadores não sofressem prejuízo e pudessem continuar a pagar os mesmos R\$ 19,60. Porém, caso fosse de interesse de algum empregado, inserir dependentes, deveriam arcar com os valores estabelecidos pela Operadora de Saúde.

Argumenta, também, a reclamada, que antes de informar seus funcionários sobre os acontecimentos, procurou meios alternativos, dentro do plano em curso, para facilitar a situação dos laboristas, inclusive cotando valores com outros programas de saúde (docs. ns. 06/06-B – Vol. I, docs. em apenso), mas não obteve êxito em localizar um plano com custo menor.

E o MM. Juízo de origem não só deferiu o pedido de restituição, como também determinou a ré que se abstenha de descontar dos empregados admitidos até antes da distribuição desta ação, valores superiores a R\$ 19,60 (dezenove reais e sessenta centavos), fundamentando que, embora a assistência médica não tenha “...natureza salarial por força de lei (art. 458, § 2º, IV, da CLT) ...também é certo que tal benefício habitualmente concedido pela empregadora ao empregado insere-se no contrato de trabalho, impregnando-se a ele como uma cláusula contratual (princípio pacta sunt servanda). Sendo, portanto, uma das cláusulas do contrato, não pode, ante ao princípio da inalterabilidade lesiva das cláusulas contratuais, conforme preceituado no art. 468 da CLT, ser suprimida, ou alteradas as condições para prejudicar o empregado” (fl. 62).

A reforma se impõe.

Na hipótese vertente, o MM. Juízo de 1º grau expressamente consignou que os reclamantes, representados pelo Sindicato-autor, não concordaram com a alteração imposta pela reclamada.

Realmente, quando se menciona modificação compulsória patronal, a tanto, os empregados não estão obrigados. A ausência do requisito consensual-bilateral eiva de nulidade qualquer alteração imposta; afinal, o respeito à livre manifestação de vontade não pode deixar de ser observado. Contudo, essa não é a situação corrente. Contrariamente do que constou na inicial, observa-se claramente, que a empresa, por meio de vários comunicados internos, tornou transparente a todos os seus empregados, a situação pendente junto a Operadora Maimell Saúde Empresarial Ltda.

É claro que as empresas contratam o benefício médico, porque já perceberam a importância de oferecerem um plano de saúde aos seus funcionários. Por meio de pesquisas verificaram que além de trazer satisfação, o investimento com o Plano de Saúde Empresarial melhora os lucros da própria entidade patronal. Dentre as vantagens, pode-se destacar a agilidade na assistência da saúde aos seus funcionários, evitando perda de tempo com as filas do serviço público, e a redução da queda de produtividade, pois o trabalhador devidamente tratado se recupera mais rapidamente. Todavia, inexistente norma jurídica que imponha ao empregador obrigação de prestar assistência médica com valor único, ou mesmo de forma gratuita a seus empregados. De todo infundado o argumento. O custeio parcial de benefícios é lícito. Além disso, o judiciário trabalhista desvela-se em assegurar a aplicação das normas de proteção ao trabalhador.

Nesse aspecto, o entendimento autoral de que houve alteração ilegal e prejudicial do contrato de trabalho, em ofensa ao art. 468, da CLT, não se sustenta. De plano, tenho que o Sindicato-autor não demonstrou o fato

constitutivo de seu direito, uma vez que não comprovou que o direito ao plano de saúde era fornecido da maneira como informou na inicial, não dando margem para se concluir pela afronta ao artigo supramencionado, mas ao contrário, no sentido de que, na realidade, está sendo aplicado integralmente. Dispõe o art. 468, da CLT, *verbis*:

“Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

Não se pode olvidar que todos os contratos de planos de saúde firmados a partir de 1º de janeiro de 1999 estão sob a proteção da Lei n. 9.656, de 3.6.1998, assim como os contratos de planos de saúde que, embora assinados antes dessa data, foram adaptados às disposições dessa Lei. Porém, aludida legislação, não interfere no modelo contratual assinado entre a reclamada e a operadora do programa de saúde, configurado como “Plano Coletivo”, do qual é beneficiária a pessoa na condição de empregado, associado ou sindicalizado; apenas assegura alguns direitos aos beneficiários demitidos e aposentados que estiverem inseridos nesses planos coletivos.

O Ministério da Saúde, através de seu *site*⁽³⁾, define os critérios de reajuste de mensalidades dos planos coletivos. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/ans/Planos_de_saude_Reajuste_de_Mensalidade.pdf>:

“Reajuste de mensalidade é a variação do valor pago ao plano de saúde. A variação pode acontecer por três motivos: necessidade de atualização decorrente da alteração dos custos ocorrida a cada período de doze meses; passagem do beneficiário de uma faixa etária para outra e, excepcionalmente, reavaliação do plano (...).

(3) Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/index.cfm>>.

No contrato assinado por Pessoa Jurídica, o plano é contratado por uma pessoa jurídica (empresa, associação, sindicato) para assistência a um grupo de beneficiários (plano coletivo). Uma particularidade do contrato coletivo delimita a ação da ANS sobre o reajuste, que é a distinção entre plano com e sem patrocinador.

O plano coletivo com patrocinador tem o contrato **assinado pela pessoa jurídica que é responsável pelo pagamento da mensalidade à operadora, seja através de desembolso parcial ou total dos recursos**, seja por meio de transferência à operadora dos recursos do beneficiário (nesse último caso o patrocínio se restringe à garantia de pagamento).

O plano coletivo sem patrocinador tem o contrato assinado por uma pessoa jurídica, mas a mensalidade é integralmente paga pelo beneficiário diretamente à operadora.

Enquanto nos planos de pessoas físicas as operadoras são obrigadas a solicitar autorização prévia da ANS, os planos de pessoas jurídicas seguem um sistema de monitoramento praticado de acordo com o grupo em que se inserem: plano coletivo com patrocinador ou plano coletivo sem patrocinador.

No plano coletivo com patrocinador, a operadora deverá comunicar à ANS o reajuste adotado até 30 dias após sua aplicação.

Já no plano coletivo sem patrocinador, o monitoramento é mais intenso e a operadora de planos de saúde deverá comunicar o percentual de reajuste à ANS com antecedência mínima de 15 dias do vencimento da mensalidade”. (grifei)

Da leitura do contido no guia informativo expedido pela Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde⁽⁴⁾, os planos coletivos possuem duas formas: “*com patrocinador*” ou “*sem patrocinador*”. O Sindicato-autor não juntou qualquer Manual do Plano de Saúde, para que se possa estabelecer a qual das duas distintas espécies pertenciam o plano coletivo assinado pela ré com a operadora do plano de saúde.

De todo modo, os planos coletivos não precisam de autorização prévia da ANS para

(4) Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br>>.

aplicação de reajuste, salvo, como alhures dito, no caso de autogestão não patrocinada, mantida exclusivamente por recursos de seus beneficiários, apenas comunicar a ANS (Agência Nacional de Saúde) os percentuais de reajuste e revisão aplicados; e as alterações de coparticipação e franquia (art. 13, incisos I e II, da Resolução Normativa – RN n. 171, de 29.4.2008⁽⁵⁾). Assim, cai por terra, a determinação do MM. Juízo de 1º grau quanto a restituição dos valores superiores “... *ao cobrado à época do ajuizamento (...) acrescidos dos reajustes autorizados pela ANS sobre este valor (...)*” (fl. 64-verso).

E, como transcrito em outro guia relacionado ao tema, e publicado pela Agência Nacional de Saúde (Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_reajuste_mensalidade.pdf>):

Os percentuais de reajuste aplicados aos planos coletivos, independentemente da data da celebração do contrato, devem ser comunicados à ANS até trinta dias após a sua cobrança.

Assim, nos reajustes aplicados às mensalidades dos contratos coletivos, prevalecerá o disposto no contrato ou índice resultante de negociação entre as partes contratantes (operadora de plano de saúde e pessoa jurídica), ficando para a operadora apenas a obrigação de comunicar os reajustes à ANS.

Embora não haja a necessidade de prévia autorização da ANS, esta faz um monitoramento dos reajustes aplicados nos contratos coletivos.

No caso de contratos coletivos, a operadora pode aplicar mais de um aumento por ano de contratação.

Muitas vezes a justificativa do reajuste em planos coletivos é o aumento da “sinistralidade” do plano.

(5) Estabelece critérios para aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde, médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, contratados por pessoas físicas ou jurídicas.

Esse termo reflete a ideia de uma reposição de custos diante da intensa utilização do plano pelo grupo de beneficiários.

Nesta ordem, a restituição dos pagamentos de mensalidade do convênio médico pagos acima de R\$ 19,60 (dezenove reais e sessenta reais) e/ou a determinação de impedir a empresa em cobrar valor superior ao retrocitado, se mostram indevidas, porque os trabalhadores, senão todos, uma boa parte, utilizam-se dos serviços postos à disposição, portanto, houve adesão dos empregados aos planos (volume de documentos). Assim, considero que os descontos efetuados pelo recorrente nos contracheques dos empregados, por se traduzirem em pagamentos, inclusive a terceiros, de serviços usufruídos por eles, foram lícitos.

Diz o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que o juiz deve aplicar a lei buscando atender a seus fins sociais. O valor de um plano de saúde à segurança e tranquilidade do empregado, especialmente em tempos de caos na saúde pública, é incomensurável. Seria contrário a esse ideal a outorga de pedido de restituição quando ao longo do contrato o trabalhador se beneficiou de tal facilidade. Se mantida for a decisão que determina a restituição de valores relativos a planos de saúde, estará o judiciário incentivando os empregadores a não instituir ou disponibilizar tais benefícios, o que seria um imenso retrocesso e dano coletivo aos trabalhadores.

Ora, nem seria imaginável que os empregados usufríssem de um programa de saúde de forma inteiramente calcada em valor fixo, sem contribuição alguma, principalmente para seus dependentes e/ou agregados. A hipótese equivale a espoliar o empregador ou, então, a exigir que uma empresa se transforme em centro de filantropia, o que é totalmente distinto dos propósitos a que ela se dirige. Tendo os trabalhadores concordado com os descontos, certamente porque neles enxergaram uma vantagem (a de poder contar com assistência médica sem arcar com os custos integrais que ela acarreta), não há falar em devolução desses

valores, a fim de que não se configure o seu enriquecimento sem causa. Logo, os participantes devem contribuir para o custeio dos serviços (inclusive para seus dependentes), conforme contrato de adesão voluntário ao plano de saúde, segundo atualização atuarial de custeamento.

Vale observar que no Comunicado dirigido aos trabalhadores à fl. 14, a ré menciona que: “*Devido ao aumento dos custos com assistência médica em geral muito acima da inflação e no intuito de manter este benefício, faz-se imprescindível a realização de um ajuste (...)*” (grifei).

Finalmente, importa lembrar que, nos termos do art. 458, parágrafo 2º, item “IV”, da CLT, a redação consigna o seguinte:

“§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

(...) IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde (...)” (g. n.)

Por outro lado, o autor assevera, na exordial, que faz jus à restituição dos descontos efetuados pela ré para pagamento de plano de saúde dos funcionários, sob o fundamento de que os mesmos não poderiam ser obrigados a pagar (fls. 04/05). Improsperável. O autor não demonstrou a existência de coação ou de outro defeito que viciasse o ato jurídico levado a efeito pela demandada como exige a jurisprudência dominante trabalhista, cristalizada na Súmula n. 342 do C. TST. Inexistente qualquer comprovação de vício na manifestação de vontade por parte dos trabalhadores ao ajustarem os descontos referidos e considerando que realmente usufruíram das prerrogativas relativas aos abatimentos (docs. ns. 15/352, Vol. Docs. em apenso).

Além de não se vislumbrar ofensa ao art. 468 da CLT, igualmente, não se cogita de contrariedade à Súmula n. 51 do TST, que disciplina os efeitos da alteração ou revogação de normas regulamentares, por se tratar de

situações distintas do caso em exame, em que discutido o ajustamento das regras do plano de assistência médica suplementar mediante negociação coletiva.

Somente para arrematar, a teor da citada Lei n. 9.656/1998 (arts. 30 e 31), deve ser ressaltado que um empregado que contribuir para plano coletivo de assistência à saúde decorrente de vínculo empregatício, apenas em caso de rescisão da relação de emprego sem justa causa, lhe será assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma (ele beneficiário em tal condição, e não mais seu empregador) o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal. E, também em caso de aposentadoria, quando o empregado que contribuir para tal tipo de plano, decorrente de vínculo empregatício,

pelo prazo mínimo de 10 anos, terá assegurado o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, também desde que assuma o pagamento integral do mesmo. Não há nos autos, nenhuma das situações supra relatadas, que possa garantir em parte a solicitação inicial.

Reformo.

É o voto.

CONCLUSÃO

Isto posto, ACORDAM os Magistrados da 16ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: **conhecer, rejeitar** a preliminar arguida; e, no mérito, **dar provimento** ao Recurso Ordinário, para julgar a ação IMPROCEDENTE, nos termos da fundamentação.

NELSON BUENO DO PRADO,

Juiz Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região

Processo: 0000642-63.2013.5.19.0001 — Recurso Ordinário

Recorrentes: Makro Atacadista S.A.

Ministério Público do Trabalho — Procuradoria Regional do Trabalho da 19ª Região

Adv. Recorrente(s): Roberto Trigueiro Fontes

Procurado(a): Matheus Gama Correia

Recorrido(s): Os mesmos

Adv. Recorrido(s): Os mesmos

Ementa:

- ▶ **DANO MORAL COLETIVO — NATUREZA JURÍDICA.** O Dano Moral Coletivo tem natureza *ultra partes*, ou seja, além de prejudicar direitos fundamentais de trabalhadores, deve ser do tipo que gera efeitos para além da esfera dos trabalhadores envolvidos, constituindo danos nas suas esferas pessoais e familiares, com gravidade suficiente. Esse é o critério da relevância. O critério da universalidade se apreende pelo fato de que o dano é assim reconhecido por qualquer ser humano mediano. Assim, profissionais os mais diversos, como os empregados de supermercados, ou mesmo magistrados, membros do Ministério Público, servidores ou Advogados, assim como outros, todos se sentiriam constrangidos ao terem de abrir suas bolsas a vigilantes quando deixassem seu local de trabalho todos os dias, como que a dizer que nada estariam subtraindo. Reconhecer, honestamente, essa percepção humana geral é o sentimento que, em termos jurídicos, se traduz pela universalidade, a caracterizar o dano moral coletivo. No caso dos autos, a prática do reclamado se enquadra tanto na relevância do dano, como na universalidade do sentimento de ultraje que caracteriza as aparentemente “inofensivas” revistas nas nossas próprias bolsas.

RELATÓRIO:

O MAKRO ATACADISTA S/A. (MAKRO), reclamado, e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO, autor, interpuseram recursos ordinários contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Maceió/AL, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação civil pública ajuizada pelo autor recorrente em face do MAKRO ATACADISTA S/A. (MAKRO), reclamado.

O MAKRO, em suas razões (fls. 440/454), em suma, requer que sejam acolhidas as preliminares de nulidade da decisão por ausência de negativa da prestação jurisdicional e de ilegitimidade ativa do MPT, e que seja julgado improcedente o pedido, bem como a cumulação de obrigação de fazer com penalidade pecuniária e, em caso de ser mantida a referida condenação, pugna pela redução do valor arbitrado.

O Ministério Público do Trabalho, em suas razões (fls. 461/463), requer que seja majorada

a condenação por dano moral coletivo em valor não inferior a R\$ 2.000.000 (dois milhões de reais), reversível ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador). Desse modo, requer que a r. sentença seja reformada.

Contrarrrazões do reclamado (fls. 466/470), pelo improvinimento do apelo do autor.

É o relatório.

VOTO:

ADMISSIBILIDADE

Conheço dos recursos interpostos, porque atendidos os pressupostos subjetivos (intrínsecos): legitimidade (recurso do reclamado e do autor), capacidade (agentes capazes) e interesse/sucumbência (pedido julgado procedente, conforme a sentença de fls. 433/436); e os pressupostos objetivos (extrínsecos): recorribilidade (decisão definitiva), adequação (recurso previsto no inciso I do art. 895 da CLT), tempestividade (ciência ao réu em 28.2.2014 e recursos interpostos em 13.3.2014 (feriados Carnaval os dias 3, 4 e 5), e intimado o MPT em 13.3.2014, interpôs recurso em 31.3.2014), representação processual regular (substabelecimento à fl. 379; MPT — desnecessidade S. 436, do TST). Preparo regular (depósito judicial (fl. 456) e custas processuais (fl. verso 455).

Conheço das contrarrrazões do réu (fls. 466/470) porque tempestivas (notificação em 15.4.2014 e peticionamento em 29.4.2014 — feriados os dias 16, 17 e 18.4.2014).

MÉRITO

1. RECURSO EMPRESARIAL

1.1. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Recurso empresarial improvido, no particular, pelas razões seguintes.

Dogmaticamente, o Ministério Público do Trabalho tem a seguinte atribuição, conforme Art. 83 da LC n. 75/93:

“Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I – promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; [...]

III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;”.

A Lei da Ação Civil Pública dispôs a legitimidade do Ministério Público para quaisquer direitos ou interesses difusos ou coletivos:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei n. 8.884, de 11.6.1994)

[...]

V – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Renumerado do Inciso IV, pela Lei n. 10.257, de 10.7.2001) (*Vide* Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001)

O fato de até então “nem todos os empregados terem ajuizado reclamações pedindo indenização, por essas revistas de bolsas ou outras, mais antigas”, não afasta o dano moral que atingiu a todos, indistintamente, ainda que, por sua humildade, medo ou falta de oportunidade, tenham deixado ou venham a deixar de ajuizar a correspondente ação.

O que se objetiva com a indenização por danos morais coletivos é diminuir o dano que se alçou para além das figuras singulares de suas vítimas, atingindo a própria sociedade. É o caso do empregado que, humilhado na violação de sua intimidade, termina se adaptando a essa prática vexatória, até o ponto de considerá-la “normalizada” na sua dimensão psíquica. Aliás, o dano moral coletivo pode ser até tanto maior quanto menor for o número de empregados que não ajuíze a reclamatória. Tal paradoxo frequentemente o integra em sua ontologia. Essa “normalização” do ilícito transcende ainda suas pessoas, atingindo as respectivas famílias e sua própria percepção de realidade, da sua individualidade e de seu ser, e no limite do seu próprio conceito de dignidade de pessoa humana.

Vejam bem. Ao se acostumar a apresentar as bolsas a cada saída do trabalho, ele assume o papel social de um possível “delinquente” [a palavra é dura, mas é essa mesma], alguém com grande chance de “roubar” [*idem*] mercadorias comuns da reclamada, ou seja, o patrimônio alheio. É um rótulo sutilmente absorvido, mas cuja sutileza é apenas aparente, e se eterniza no tempo.

Vale destacar que o mesmo procedimento não é aplicado a outros seres humanos, igualmente dignos, que frequentam os supermercados. Referimo-nos aqui aos clientes. Imaginem o que aconteceria com os Juizados Especiais Cíveis se os consumidores da reclamada, ou de qualquer outro supermercado, recebessem pedidos para abrir suas bolsas e mostrarem o conteúdo, ao saírem. E nem adiantaria dizer que eles poderiam abrir “se quisessem”. Os Juizados ficariam abarrotados de processos. Qual a diferença entre clientes e os empregados?

Por outro lado, a reclamada não demonstrou que a revista era meramente “facultativa”, como se essa fosse de fato uma escolha possível, ou que direitos fundamentais ocupassem uma esfera meramente eletiva dos empregados. Tampouco se tratava de situações extremas, tais como a guarda de substâncias psicotrópicas ou armamentos, em que, aí sim, o interesse público primário ampararia um certo resguardo, dado o risco social envolvido. Não era o caso. A reclamada vende produtos comerciais genéricos, inofensivos.

Enfim, a farta documentação dos autos deixou clara a prática da revista invasiva de bolsas, o que evidenciou o efeito lesivo e seu nexos de causalidade.

Nega-se provimento ao recurso empresarial nos seus demais aspectos.

1.2. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL [CRITÉRIO DE QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – “ASTREINTE” DECORRENTE DE OBRIGAÇÃO DE

FAZER] – ANÁLISE CONJUNTA DO RECURSO ORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O inconformismo do réu com a obrigação de fazer diz respeito à suposta natureza da prática ilícita que se quer coibir para o futuro e que se pretende indenizar em relação ao passado.

Quanto à primeira, o Juízo fixou multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada dia de descumprimento da obrigação imposta, esta no sentido de a ré se abster de qualquer forma de revista sobre seus empregados. No que tange à segunda, a indenização por dano moral coletivo foi orçada em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Os valores são razoáveis.

O capital social da empresa é de R\$ 221.902.657,17 (duzentos e vinte e um milhões, novecentos e dois mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e dezessete centavos), como se verifica a fl. 66, sendo rede de supermercados atacadistas firme no ramo, em que se destaca com dezenas de estabelecimentos ao largo do território nacional.

Nega-se provimento no particular.

Por oportuno, há de se negar provimento igualmente ao apelo do Ministério Público do Trabalho, avaliado conjuntamente, porquanto a quantia a título de indenização compensatória parece razoável para reintegrar o rompimento da ordem jurídica trabalhista, pelo desrespeito aos direitos fundamentais à intimidade e à presunção de inocência, realizado reiteradamente pela parte ré.

Com efeito, a cada vez que os empregados “voluntariamente” abriam suas bolsas na saída do trabalho, havia uma presunção inversa, de que poderiam estar furtando mercadorias. Como na lição aristotélica, eram e são tratados como “ladrões” em potência, para usar a expressão mais afeta ao senso comum. Essa impressão é levada por eles a suas casas. Não é pouco dizer-se da relevância de tal caracterização e internalização de tal auto-imagem.

Para a compreensão desse sentimento, imagine-se uma hipótese extrema, em que magistrados de primeiro e segundo graus, ou mesmo ministros e ministras de instâncias superiores, Advogados, Servidores e membros do Ministério Público tivessem que abrir suas bolsas, para vigilantes realizarem uma simples “verificação visual inocente”, das suas bolsas, pastas, mochilas, a cada fim de expediente, na saída do Tribunal, do escritório ou da repartição pública.

Que tipo de sensação teríamos? Como [sendo bastante sinceros] nós reagiríamos? O que diríamos [de verdade], a respeito, quando confrontados com aquele intruso, o vigilante, o fiscal, “agentes de prevenção de perdas” ou qualquer outro nome bonito que se pudesse dar àquela pessoa, dotada de poderes quase policiais, autorizada a olhar o que estaríamos levando em nossa privacidade?

Com certeza, nossa sensação não seria diferente daquela dos mais humildes empregados de supermercados, pois essa justamente é uma característica dos direitos fundamentais, a universalidade: eles visam a amparar dimensões humanas, a que estamos todos interligados por um laço de identificação comum, nossa humanidade. Por isso, os identificamos facilmente, sobretudo quando nos pomos na posição do outro. Por isso, sua violação induz uma compreensão presumida. Precisamente a base da sentença de primeiro grau, no caso concreto.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo empresarial, no particular, e ao do Ministério Público do Trabalho, no que se refere

ao pleito de aumento da indenização por dano moral coletivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acrescento, por fim, que adotei, na presente decisão, tese explícita sobre toda a matéria trazida à baila, sendo desnecessária a referência expressa a todos os dispositivos legais suscitados para se terem como pré-questionados estes.

Essa é a inteligência da OJ n. 118 da SBDI-1 do Colendo TST, *in verbis*:

OJ-SDI1-118 PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 297 (inserida em 20.11.1997) - “Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como pré-questionado este”.

Tenho, portanto, por pré-questionados e devidamente analisados os dispositivos suscitados no recuso das apelantes.

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos e lhes nego provimento.

CONCLUSÃO:

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Nona Região, por maioria, conhecer de ambos os recursos e lhes negar provimento, contra o voto da Exma. Sra. Desembargadora Eliane Arôxa que dava parcial provimento ao recurso do MPT para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 800.000,00.

Maceió, 21 de agosto de 2014.

HENRIQUE COSTA CAVALCANTE,
Juiz Convocado Relator

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Seção de Dissídios Coletivos

Processo TRT 15ª Região: 0005864-89.2014.5.15.0000

DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE

Suscitante(S): Auto Ônibus Três Irmãos Ltda.

Viação Jundiaense Ltda.

Viação Leme Ltda.

Rápido Luxo Campinas Ltda.

Suscitado: Sindicato dos Trabalhadores em Transporte Rodoviário de Jundiaí

Terceiro Interessado: Município de Jundiaí

Origem: Secretaria do Tribunal Pleno

Ementa:

- ▶ GREVE. ATIVIDADE ESSENCIAL. PRECIPITAÇÃO DO MOVIMENTO PAREDISTA PROVOCADA POR OUTRAS PESSOAS ENQUANTO A DIREÇÃO DO RESPEITANTE SINDICATO ESTAVA DANDO REGULAR ANDAMENTO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. ABUSIVIDADE. RESPONSABILIDADE DO SINDICATO. QUANDO A CATEGORIA NÃO PODE SER RESPONSABILIZADA PELA PRECOCE EXPLOÇÃO DA GREVE. ESTABILIDADE. OFÍCIO AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR PRÁTICA DE ATOS ANTISSINDICAIS, COM AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS ENTÃO DECORRENTES. Conquanto inquestionável ser a greve um direito fundamental, sendo amplo o seu exercício, nem por isso pode explodir ignorando as disposições legais, constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam o seu exercício, pelas repercussões que provoca no meio social, máxime quando de atividade essencial se cuida. Inadmissível seja, de maneira abrupta e imprevista, interrompida a negociação coletiva, sem a observância das formalidades legais, não servindo para alforriar o sindicato de sua responsabilidade, atribuir a sua eclosão à atividade de pessoas estranhas a direção da entidade sindical, designadamente quando, ainda assim, esta assume, mesmo que em momento logo seguinte, a condução do movimento grevista. Embora possível o desencontro de posições, entre os trabalhadores, pretendendo a greve, e a direção do sindicato, não a desejando, por motivos vários, tanto de uns, como da outra, para que seja lícita a atuação direta dos trabalhadores, antes, de procurar e saber se as entidades sindicais de grau superior não assumem/conduzem o

movimento grevista. Situação que não pode redundar em prejuízo para os integrantes da categoria, de maneira que, não obstante reconhecida a abusividade da paralisação, de reconhecer o direito a estabilidade provisória, o que, contribuirá, com bastante intensidade, para pôr cobro, de maneira definitiva, ao movimento paredista, contribuindo, destarte, de forma mais incisiva para a pacificação social. De todo interesse a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho, para apuração de responsabilidade por prática de atos antissindiciais, com as possíveis consequências então decorrentes.

Vistos.

AUTO ÔNIBUS TRÊS IRMÃOS LTDA., VIAÇÃO JUNDIAIENSE LTDA., VIAÇÃO LEME LTDA. e RÁPIDO LUXO CAMPINAS LTDA., suscitantes, ajuizaram o presente DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE, em face de SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE JUNDIAÍ, suscitado, visando, sobretudo, assegurar a continuidade do serviço, essencial e inadiável, do transporte público coletivo à comunidade da cidade de Jundiaí/SP e região, ante o movimento paredista deflagrado pelos trabalhadores, id. 556369.

Ressaltam a condição de permissionárias do serviço público de transporte coletivo, nos municípios de Jundiaí, Campo Limpo Paulista, Várzea Paulista, Louveira e Itupeva, sendo, o sindicato suscitado, o representante de todos os seus empregados e 1º de maio, a data base. Indicam o recebimento, em 24.3.2014, da pauta de reivindicações, f. 55670, bem como, as várias tentativas de concerto, das quais, entretanto, não emergiu consenso algum e, não obstante nova reunião agendada para o dia 16.5.2014, perante o Órgão Regional do Ministério do Trabalho e Emprego de Jundiaí, as suscitantes acabaram surpreendidas pela notificação da greve, anunciada pelo suscitado, a partir da 00h00 do dia 20.5.2014, id. 556668. Advertem sobre a existência e atuação de um grupo de trabalhadores dissidentes, que, confrontando os dirigentes do suscitado, estão causando tumulto e embaraço ao desenvolvimento das negociações, inclusive, são protagonistas de condutas antissindiciais, sendo eles os protagonistas do movimento paredista, desde

15.5.2014, a despeito de a assembleia ter deliberado pela eclosão da paralisação, somente a partir de 20.5.2014. Destacam que, nos termos do inciso V do art. 10 da Lei de Greve — Lei n. 7.783/1989 —, o serviço de transporte coletivo é considerado essencial. Expõem, ademais, o fundado temor quanto à possibilidade de práticas abusivas, como depredação e destruição dos ônibus.

Liminarmente, postularam pela manutenção do funcionamento de 70% da frota de cada uma das suscitantes. Igualmente, requereram a instauração do dissídio coletivo de greve, pugnando pelo reconhecimento da abusividade, ilegalidade e ilegitimidade do movimento e autorização para desconto dos dias parados. Também, pelo reconhecimento da legitimidade exclusiva da entidade sindical da categoria profissional para representar os trabalhadores judicial e extrajudicialmente, “**abstendo-se de realizar greve antes de serem esgotadas todas as tratativas**”, além da imposição de multa.

Deram à causa o valor de R\$ 10.000,00 e juntaram procurações e documentos.

Na audiência, as próprias partes envolvidas, empresas, sindicato e trabalhadores, acabaram ajustando a manutenção da operação da frota em 70%, nos horários de pico e 50%, nos demais horários:

“Que por ser tratar de atividade essencial, de comum acordo entre o sindicato suscitado e as declarantes citadas, fixou-se o percentual de funcionários e da frota, que normalmente circula, por empresa, 50% no horário normal e 70% no horário de pico, bem como nos sábados e domingos, para atendimento da população.”

Defere-se, portanto, a Liminar requerida pelas partes para a fixação do percentual acima citado, devendo ser cumprida imediatamente, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por dia. As empresas deverão juntar relação da totalidade da frota e daqueles que estão em atividade.”

O sindicato suscitado apresentou contestação, id. 568775, além de procuração e documentos e, também, durante a audiência realizada, alegou que “**não está liderando o movimento grevista**”, conduzido, segundo apontou, por uma comissão composta pelos Srs. Givanilson, Mário e Kita. Entretanto, na mesma solenidade, o Sr. Givanilson declarou que “**quem está liderando tal movimentação é a própria categoria, que não existe líder**”, mas disse, a respeito da assembleia que deliberou pela greve, ter sido presidida pelo presidente do Sindicato. Quanto ao Sr. Mário, também, declarou que “**não lidera e não liderou tal movimento e só participa do mesmo**”; por fim o Sr. Kita declarou “**que estava no local somente tirando fotos**”, id. 563623 — Processo 0005852 CauInom.

Como terceiro interessado, o Município de Jundiá foi admitido na lide.

Não obstante os esforços da Vide-Presidência Judicial, o impasse não teve solução amigável.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer oral, opinou pela manutenção da ordem liminar e, no mérito, pela ilegalidade da greve.

É o relatório.

VOTO

Conheço do presente dissídio coletivo, porquanto regularmente processado, encontrando-se presentes os pressupostos processuais, além das condições da ação.

MÉRITO

DA ABUSIVIDADE E ILEGALIDADE DA GREVE

A greve constitui um direito fundamental, encontrando-se, o seu exercício e, de um modo

mais amplo, o da liberdade sindical, plenamente albergados pela CF/88, por inteligência, respectivamente, dos arts. 8º e 9º.

Trata-se de um instrumento legítimo de defesa dos interesses da categoria profissional.

O permissivo do art. 9º da CF/88 não exclui, ao reverso, dá fundamento para a categoria defender os seus interesses, cuja definição compete, apenas, aos próprios trabalhadores estipular.

A esse respeito Raimundo Simão de Melo, citando Luiz Alberto David. Araújo e Vidal Serano Nunes Júnior, assinala, *verbis*: “**O direito de greve consiste na proteção de interesses, de qualquer natureza, e na reivindicação de direitos por meio de uma ação coletiva, afina a uma mesma finalidade dos trabalhadores envolvidos, que, para tanto, utilizam-se de paralisação do trabalho como mecanismo básico de pressão contra o patronato. Vigé, nesse sentido, o princípio de que, na medida em que a Constituição assegurou o direito de greve, compete ao trabalhador ‘decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender’ (CF, art. 9º).**”

Dúvida não há que o legislador estabeleceu como postulado democrático o direito de greve, inclusive nas atividades essenciais, mesmo, no serviço público.

Todavia, impôs restrições especiais, sobretudo nos serviços e atividades essenciais, colimando garantir direitos mínimos ao cidadão.

O citado Raimundo Simão de Melo assinala, no aspecto:

“**.. como primado da liberdade e autonomia sindical, embora de relevante importância e contribuição à democratização das relações de trabalho, a greve é um importante direito, mas não absoluto, porque encontra restrições nos demais direitos assegurados à sociedade, devendo ser utilizado como ultima ratio, ou seja, como remédio extremo, depois de esgotada totalmente a via do diálogo, principalmente quando**

em atividade essencial ao asseguramento da sobrevivência, da saúde e segurança da comunidade.” (*in A Greve No Direito Brasileiro*, LTr, 3. ed., p. 73).

Nos moldes do art. 10, inciso V, da Lei n. 7.783/1989, o transporte público coletivo é reputado um serviço essencial:

“Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

...

V – transporte coletivo.”

E justamente por consistir em serviço essencial, ou seja, voltado para atendimento das necessidades inadiáveis da população, há que se garantir, sempre, a prestação de serviços, sem interrupção, ao menos, em seu mínimo, consoante vaticina a Lei de Greve no seu art. 11:

“Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.”

Dispõe, demais disso, o art. 9º da Lei n. 7.783/1989:

“Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento. Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.”

O confronto acirrado de interesses nas negociações coletivas trabalhistas é inerente à natureza deste fenômeno.

Além do mais, ao dispor acerca do exercício do direito de greve, a própria CF/88, no § 2º do art. 9º, estabelece que os “abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”, o que indica uma análise posterior dos fatos.

A priori, incabível medida com natureza inibitória ao exercício de direitos expressamente assegurados na Constituição; o que acaba se caracterizando quando da indevida interferência estatal nas relações e na vida sindical.

Como prevê o art. 513 da CLT, constitui prerrogativa dos sindicatos a representação, perante as autoridades administrativas e judiciárias, dos interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.

Essa legitimidade, porém, não é exclusiva da entidade sindical, excepcionalmente, podendo, os próprios representados exercer a prerrogativa de deflagrar o movimento, sem que haja conflito de normas, caso em que os trabalhadores deverão criar uma comissão que levará adiante a paralisação, nos moldes do art. 4º da Lei de Greve.

Dispõe, no mesmo sentido, o art. 5º da Lei n. 7.783/1989, a propósito, expressamente, a possibilidade de comissão especialmente eleita representar os interesses dos trabalhadores nas negociações ou na Justiça do Trabalho.

Razoável supor que a falta de entidade sindical, de que cogita o § 2º do art. 4º da Lei de Greve, analogicamente, se perfaz na hipótese de conflito e/ou divergência entre os interesses dos próprios trabalhadores e do sindicato profissional.

Contudo, destaca Fábio Túlio Barroso:

“Para que aconteça esta legitimidade extraordinária dos trabalhadores diretamente na greve, o correto é que sejam esgotadas todas as possibilidades de as entidades

sindicais de grau superior participarem do processo, salvaguardando, ao menos formalmente, os interesses coletivos que lhes cabem proteger, além de elidir qualquer tipo de arguição de nulidade, uma vez que é obrigatória a participação de sindicato, leia-se, de entidade sindical, na negociação coletiva. Desta forma, utiliza-se em combinação o teor dos arts. 611, § 2º, e 617 consolidados.

Resguarda-se desta maneira o teor do preceito constitucional no tocante aos procedimentos para a deflagração da greve, ao se utilizar a legitimidade negocial extraordinária e consequente dos próprios titulares do direito, seja porque a negociação até então foi fracassada, seja porque as entidades sindicais uma vez instadas não se pronunciaram para estabelecer, sempre, condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores, pois caso contrário, para formulação de condições *in pejus*, a negativa sindical é perfeitamente legítima, o que impossibilita a criação da comissão para fins de greve.” (in *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*, LTr, 2010, p. 253.)

Ao fim e ao cabo, a greve é direito dos próprios trabalhadores. A legislação — reitero — assegura o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, na dicção do art. 1º da Lei n. 7.783/1989.

Mas, *in casu*, não tem cabimento falar de comissão regularmente instituída pelos próprios trabalhadores, os quais se, porventura, se sentiram abandonados pelo ente sindical de primeiro grau, deveriam buscar a representação pelo ente sindical de segundo grau e, sucessivamente, de terceiro grau.

Seja como for, foi o Sindicato que conduziu a assembleia que decidiu pela deflagração da greve, id. 556668, de sorte que a despeito de a direção do movimento ter, em algum momento, se pulverizado, id. 556673 c/c 563623

— Processo 0005852 CauInom, tem-se que, posteriormente, a categoria tornou a se aglutinar, id. 563623 — Processo 0005852 Cauinom.

Entretanto, nos termos do art. 14 da mesma Lei de Greve, configura abuso a inobservância dos requisitos obrigatórios para exercício do direito, tal como: a prévia tentativa de negociação — Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho —; prévia assembleia geral para deliberação acerca da paralisação dos serviços e definição da pauta de reivindicações, observada a regularidade da sua convocação e o quórum estatutário — Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços —; também, comunicação prévia da paralisação ao empregador, no prazo mínimo de 48 h — Art. 3º, Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação —, sendo, no mínimo, de 72 h, nas atividades essenciais — Art. 13. Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação —.

Na hipótese vertente, incontroverso que a pauta de reivindicações foi escorreamente aprovada e apresentada às suscitantes. Também, conclui-se que, por assembleia regularmente convocada e realizada, aliás, conduzida pelo sindicato suscitado, a categoria deliberou pela paralisação a partir de 20.5.2014, comunicando os suscitantes, com antecedência, em 14.5.2014.

Ressalto, ademais, que, durante a audiência, tanto a entidade sindical, quanto os representantes dos trabalhadores, firmaram o

compromisso de discutir, de forma unificada, a proposta formulada em audiência pelas empresas. Todos, inclusive as suscitantes, concordaram com a jurisdição trabalhista, com o arbitramento para fins do art. 4º da Lei n. 10.101/2000, ainda, com a efetivação da medida liminar, restando superados, pois, os antagonismos internos da categoria profissional.

Igualmente, esgotadas as possibilidades de composição amigável, porquanto a negociação coletiva se arrasta desde, pelo menos, março/2014, tendo sido realizada, em juízo, duas audiências, sem que as partes firmassem um consenso.

Está claro, igualmente, que no curso do movimento deflagrado houve alguma melhoria da proposta patronal.

Tem-se por regular o movimento paredista, sob a ótica do atendimento dos requisitos do exaurimento da negociação coletiva, assembleia lícitamente convocada e realizada, inclusive, de acordo com o quórum estatutário, ainda, definição e apresentação da pauta de reivindicações.

Contudo, salta aos olhos que os trabalhadores desrespeitaram a necessidade de prévia comunicação da paralisação, na prática, deflagrada ao arrepio do prazo de 72 h definidos na legislação.

Na dicção do art. 13 da Lei n. 7.783/89:

“Art. 13. Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.”

Na hipótese, em 14.5/2014, os trabalhadores comunicaram as empresas de transporte coletivo de passageiros que iriam iniciar a greve no dia 20.5.2014. Porém, de modo abrupto, o movimento paredista eclodiu em 15.5.2014, atentando, pois, contra a Lei de Greve, colhendo de surpresa tanto as suscitantes, quanto os usuários do sistema e a população dos vários municípios, que, também, deveriam ter sido avisados.

Fique claro que o sindicato sempre foi o responsável pela categoria e pela paralisação.

Assinalo que o atendimento do requisito da prévia comunicação não compromete e/ou fragiliza o direito de greve.

Por aplicação do art. 13 da Lei de Greve não há outra conclusão possível a não ser que abusivo o movimento, o que não ocorreria acaso deflagrado no dia 20, conforme programado.

As consequências da abusividade do movimento se manifestam, na específica hipótese dos autos, na possibilidade do desconto do dias parados, a critério dos suscitantes.

Com efeito, o princípio da liberdade sindical não compreende excessos ou o abuso de direito.

O descumprimento da exigência da prévia notificação do movimento paredista às empresas e à comunidade acarreta a abusividade do movimento, ora reconhecida, por força do disposto nos arts. 13 c/c 14 da Lei de Greve. Assim, não há cogitar da ordem de pagamento dos dias parados.

Estabelece a OJ n. 10 da SDC do A. TST:

“OJ-SDC-10 GREVE ABUSIVA NÃO GERA EFEITOS (inserida em 27.3.1998) É incompatível com a declaração de abusividade de movimento grevista o estabelecimento de quaisquer vantagens ou garantias a seus partícipes, que assumiram os riscos inerentes à utilização do instrumento de pressão máximo.”

A propósito, o art. 14 da Lei n. 7.783/89 dispõe:

“Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.”

Não obstante, cumpre ressaltar a estabilidade de 60 dias aos trabalhadores grevistas, porquanto não é razoável admitir possam ser prejudicados pelos impasses causados para promoção e condução do movimento paredista, ainda como medida para, definitivamente,

pôr termo ao conflito e contribuir para a pacificação social.

Em relação às depredações noticiadas nos autos, ids. 567007, 567009 e 567016, embora lamentável, não há prova, minimamente, da sua autoria, particularmente, que tenha sido causada por membros do sindicato, representantes ou por qualquer dos grevistas.

Cito, ademais, o Auto de Constatação, que certificou que dos 206 ônibus da frota, apenas 54 deixaram a garagem, na hora da diligência, às 14 h, concluindo, a meirinha que a Viação Jundiense e a Auto Ônibus Três Irmãos rodam com 50% tanto, nos horários normais, quanto nos de pico. Em relação à Viação Leme a Oficiala constatou que respeitada a ordem judicial de circulação mínima de 70% em horário de pico e 50% nos demais horários.

Destarte, concluo que desrespeitada a ordem judicial de operação das linhas, o que, igualmente, induz à abusividade do movimento paredista.

Como decorrência da abusividade da paralisação, determina-se o pronto retorno ao serviço, dos trabalhadores grevistas, ordem da qual as partes saem cientes da decisão, para cumprimento imediato, sob pena de ser considerada, também, abusiva a continuidade do movimento paredista, com multa no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por dia de manutenção abusiva do movimento, a cargo do suscitado e, acaso aplicada esta, reversível ao CEREST, de maneira vinculada para realização de cursos de aperfeiçoamento dos motoristas.

Determina-se, por derradeiro, a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho, para apuração de responsabilidade por prática de atos antissindicais, com as possíveis consequências então decorrentes.

DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR

Embora faça parte do pedido, item “42” da petição inicial, a matéria é inerente ao objeto da cautelar inominada e no bojo dos respectivos autos será examinada.

DAS REIVINDICAÇÕES

O art. 8º da Lei n. 7.783/89 estabelece que “A Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, decidirá sobre a procedência, total ou parcial, ou improcedência das reivindicações, cumprindo ao Tribunal publicar, de imediato, o competente acórdão”.

Assim, abusiva ou não a paralisação, incumbe ao Judiciário Trabalhista apreciar cada uma das reivindicações que constituem a causa do dissenso, para dar solução ao conflito coletivo de trabalho, restabelecendo, com isso, a paz social.

Mais relevante que os requisitos para reconhecimento da legalidade da greve é a resolução da razão do seu surgimento.

In casu, a despeito do descumprimento de importante formalidade, tem-se, ainda assim, por justificado o exercício do direito de greve, sem prejuízo do que aqui já decidido.

Assinalo que, no transcurso da audiência, independente do reconhecimento da legalidade ou ilegalidade da greve, as suscitantes propuseram reajuste salarial na razão de 8%, a partir de 1º.5.2014, além da fixação do valor da PLR em R\$ 540,00 e do *ticket* alimentação no valor unitário de R\$ 13,00, id. 563623 — Processo 0005852 CauInom.

A pauta de reivindicações é aquela apresentada pelo sindicato às empresas do ramo, id. 556570, adiante:

“PAUTA DE REIVINDICAÇÕES

TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE JUNDIAÍ

2014/2015

01 – MANUTENÇÃO DE TODAS AS CLÁUSULAS DO ACORDO ANTERIOR

Tendo por meta tornar as negociações mais objetivas, o Sindicato reivindica inicialmente a manutenção de todas as cláusulas do Acordo Anterior cuja vigência 2013/2014 (com base na Súmula n. 277 do TST); exceto as cláusulas abaixo transcritas que contemplam novas

reivindicações, alteração de percentuais ou ainda mudança de redação.

02 – REAJUSTE SALARIAL

As empresas que integram a categoria econômica do Transporte Coletivo Urbano abrangidas por esse Acordo Coletivo, fixarão os salários dos trabalhadores para 1º de Maio de 2014, tendo como base os salários vigentes em 30 de Abril de 2014 e sobre esse aplicarão os seguintes reajustes: 100% da variação acumulada do INPC-IBGE de Maio de 2013 a Abril de 2014.

03 – AUMENTO REAL

Sobre os salários reajustados na forma da Cláusula 2ª será aplicado um aumento real de 10% (dez por cento) incidente sobre os salários praticados em 30.4.2014.

04 – SEGURO DE VIDA

Aos profissionais motoristas empregados referidos na Lei n. 12.619/12, art. 2º, parágrafo único, é assegurado o benefício de seguro obrigatório, custeado integralmente pelo empregador, destinado à cobertura dos riscos pessoais inerentes à sua atividade, cobertura de morte e acidental, invalidez permanente e seguro funeral, tanto no Exercício da profissão como nos períodos de repouso e descanso, no valor de 20 (vinte) vezes o piso salarial da categoria.

05 – PRÊMIO POR TEMPO DE SERVIÇO (PTS)

O empregado que completar dois (2) e três (3) anos de efetivo trabalho na empresa fará jus ao recebimento de um Prêmio por tempo de serviço (PTS), nos seguintes percentuais:

- a) Ao completar dois (2) anos de casa = 5,0%
- b) Ao completar três (3) anos de casa = 8,0%

06 - CAFÉ DA MANHÃ

As empresas forneceram diariamente e gratuitamente a todos os seus funcionários café da manhã, esse benefício poderá ser fornecido através de refeitório próprio ou terceirizado ou disponibilizado o valor de R\$ 6,00 (seis reais) por dia efetivamente trabalhado.

07 – DUPLA FUNÇÃO

Fica proibido a empresa utilizar dupla função dos profissionais inclusive quanto à cobrança de passagens pelo motorista.

08 – TICKET REFEIÇÃO

As empresas continuarão concedendo *ticket* refeição, correspondendo um *ticket* para cada dia efetivamente trabalhado no valor unitário de R\$ 16,00 (dezesesseis reais). Os *tickets* serão entregues até o dia 20 de cada mês.

Parágrafo Único: Os trabalhadores também terão direito ao *ticket* no mês em que gozar as férias.

09 – CESTA BÁSICA

Melhorias na qualidade dos produtos que compõem a cesta básica de alimentos.

10 – ESTABILIDADE APÓS RETORNO DE FÉRIAS

As empresas ficam obrigadas a conceder estabilidade provisória de 03 meses a partir do retorno do funcionário de férias.

11 – ESTABILIDADE AUXÍLIO-DOENÇA

As empresas ficam obrigadas a conceder estabilidade provisória de 12 meses a partir da alta do auxílio-doença a todos os seus funcionários.

12 – CONVÊNIO MÉDICO/ODONTO-LÓGICO

1. Adaptação e Regulamentação do Convênio Médico as novas regras da ANSS;
 2. Aumento das Coberturas Médicas, sem aumento de custos;
 3. Maior cobertura de Abrangência Geográfica do Convênio Médico;
 4. Cobertura de Acidente de Trabalho incluso ao Plano de Saúde;
 5. Melhoria e agilidade aos atendimentos hoje oferecidos (Consultas, Exames, Internações etc.);
 6. Implantação do Serviço de Odontologia aos Colaboradores e seus Dependentes;
- Parágrafo Único: As empresas manterão em vigor o convênio médico no período

integral de afastamento nos mesmos moldes estabelecidos na convenção coletiva de trabalho sem a interrupção a partir do 6º mês.

13 – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS (PLR)

As empresas pagarão a todos os seus empregados, a título de Participação de Lucros ou Resultados (PLR), o valor correspondente a 01 (um) Salário Nominal do motorista já corrigido em 1º.5.2014.

14 – CONFERENTE NOS TERMINAIS

As empresas manterão conferente à disposição dos cobradores em todos os terminais para entrega das férias do dia.

15 – JORNADA DE TRABALHO 6 X 2

As empresas adotarão sistema diferenciado de jornada de trabalho sendo 6 (seis) dias trabalhados e 2 (dois) dias de folgas consecutivas.

16 – Igualdade salarial para os motoristas da Rápido Luxo e as demais empresas de Transporte urbano de abrangência

17 – Igualdade do salário dos fiscais e apontadores de Jundiá e demais cidades, com a fiscalização da Rápido Luxo (Campo Limpo)

18 – Folga sábado, domingo, e feriado, pagamento de 100%

19 – Valorização salarial dos cobradores

20 – GARANTIA DA DATA-BASE

Seja garantida a Data-Base da Categoria Profissional, ou seja, 1º de Maio de 2014.

21 – VIGÊNCIA

O presente acordo tem período certo de vigência de 12 (doze) meses, iniciando-se em 1º de Maio de 2014 e terminando em 30 de Abril de 2015. ”

Passo, assim, à análise individualizada das cláusulas da referida pauta de reivindicações, id. 556570, atentando para o enquadramento das pretensões à legislação e aos precedentes do A. TST e deste E. Regional, ainda, às disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. Observo, ainda, que as

partes concordaram com a jurisdição trabalhista e com o arbitramento para fins do art. 4º da Lei n. 10.101/2000.

Pauta de reivindicações, id. 556570:

01 – MANUTENÇÃO DE TODAS AS CLÁUSULAS DO ACORDO ANTERIOR

Justificativa/Ressalva: Cláusula deferida, por se tratar de condições de trabalho que vigorava anteriormente, ainda, por não contrariar a legislação do trabalho e precedentes do A. TST e deste E. Regional; sentença normativa do Processo n. 0005784-62.2013.5.15.000 (DCG).

Redação final: MANUTENÇÃO DE TODAS AS CLÁUSULAS DO ACORDO ANTERIOR. Mantidas todas as cláusulas da norma coletiva anterior.

02 – REAJUSTE SALARIAL

03 – AUMENTO REAL

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende a variação acumulada no INPC, além de aumento real na razão de 10%. Conforme certidão de indicador econômico juntado no Processo 0005852-75.2014.5.15.0000, o acumulado atingiu 5,62%, id. 564753. Na audiência as suscitantes propuseram reajuste na razão de 8% a partir de 1º.5.2014, id. 563623 — Processo 0005852 CauInom. Inicialmente, as empresas haviam oferecido, extrajudicialmente, 5,81%, com ganho real de 1,19%, atingindo 7% id. 556369. A aplicação de índice superior depende de consenso, inexistente. Cláusulas deferidas em parte, na razão de 8%, compreendendo o reajuste e o aumento real.

Redação final: REAJUSTE SALARIAL/AUMENTO REAL: Sobre os salários devidos em 30.4.2014 incidirá majoração na razão de 8%, a partir de 1º.5.2014.

04 – SEGURO DE VIDA

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende seguro com cobertura de morte natural e acidental, indistintamente, além de invalidez permanente e seguro funeral, na razão de 20 vezes o piso salarial. A Lei n. 12.619/2012, em

seu art. 2º, parágrafo único, estabelece: “Art. 2º, Parágrafo único: Aos profissionais motoristas empregados referidos nesta Lei é assegurado o benefício de seguro obrigatório, custeado pelo empregador, destinado à cobertura dos riscos pessoais inerentes às suas atividades, no valor mínimo correspondente a 10 (dez) vezes o piso salarial de sua categoria ou em valor superior fixado em convenção ou acordo coletivo de trabalho.” A ampliação do benefício dependia de consenso, inexistente. Despiciendo estipular cláusula com situação prévia e expressamente disciplinada na lei. Cláusula indeferida.

05 – PRÊMIO POR TEMPO DE SERVIÇO — PTS

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende adicional por tempo de serviço na razão de 5%, para os empregados com 02 anos de serviço e 8% para os empregados com 3 anos de serviço. A pretensão dependia de consenso, inexistente. Cláusula indeferida.

06 – CAFÉ DA MANHÃ

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende a concessão, gratuitamente, de café da manhã, com custo unitário na razão de R\$ 6,00. A pretensão dependia de consenso, inexistente. Cláusula indeferida.

07 – DUPLA FUNÇÃO

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende impedir as empresas de exigir dos seus motoristas, a cobrança de passagens dos usuários, entendendo caracterizada a situação de dupla função. Mas, *a priori*, tal exigência não viola qualquer norma legal de ordem pública, lembrando que o empregado sujeita-se a exercer qualquer atribuição compatível com a sua condição pessoal. Cláusula indeferida.

08 – TÍQUETE-REFEIÇÃO

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende o pagamento do tíquete-refeição na razão de R\$ 16,00 por dia efetivamente laborado, com pagamento no dia 20 de cada mês, abrangendo, todavia, as férias. As suscitantes ofereceram o

benefício no valor unitário de R\$ 13,00. Importância mais elevada e extensão do benefício ao período das férias, dependia de consenso, inexistente. Cláusula deferida em parte.

Redação final: TÍQUETE-REFEIÇÃO: A empregadora fornecerá tíquete-refeição no valor unitário de R\$13,00, por cada dia efetivamente laborado.

09 – CESTA BÁSICA

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende *verbis*: “melhorias na qualidade dos produtos que compõem a cesta básica de alimentos.” A pretensão dependia de consenso, inexistente. Cláusula indeferida.

10 – ESTABILIDADE APÓS RETORNO DE FÉRIAS

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende a garantia de emprego, pelo período de 03 meses, subsequente ao retorno das férias, aos empregados. A pretensão dependia de consenso, inexistente. Cláusula indeferida.

11 – ESTABILIDADE/ AUXÍLIO-DOENÇA

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende a garantia de emprego, pelo período de 12 meses, subsequente à alta médica e cessação do benefício do auxílio-doença, aos empregados. Quanto à situação que dá ensejo ao auxílio-doença acidentário, despiciendo estipular cláusula com situação prévia e expressamente disciplinada na lei e, no que tange à situação que dá ensejo ao auxílio-doença comum, a pretensão dependia de consenso, inexistente. Cláusula indeferida.

12 – CONVÊNIOS MÉDICO E ODONTOLÓGICO

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende adaptação do convênio médico à regulamentação oficial, além do aumento nas coberturas, inclusive geográficas, sem custo para os empregados, melhoria e agilidade dos atendimentos, implantação de serviços odontológicos extensíveis aos dependentes dos empregados. Despiciendo determinar a adequação dos convênios médicos à regulamentação oficial e, no mais, a

pretensão dependia de consenso, inexistente. Cláusula indeferida.

13 – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS — PLR

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende o pagamento de 01 salário nominal a título de PLR. As suscitantes que pagavam R\$ 500,00, extrajudicialmente, ofereceram R\$ 535,00, id. 556369, id, sendo que, na audiência, elevaram a proposta para R\$ 540,00, id. 563623 — Processo 0005852 CauInom. Firmo convicção da razoabilidade da proposta patronal e, ademais, valor mais elevado dependia de consenso, inexistente. Cláusula deferida em parte.

Redação final: PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS — PLR: A empregadora pagará a título de participação nos lucros e resultados — PLR o valor de R\$ 540,00.

14 – CONFERENTE NOS TERMINAIS

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende que as suscitantes mantenham conferente à disposição dos cobradores em todos os terminais para entrega das férias do dia. A pretensão dependia de consenso, inexistente, observado se tratar de medida inerente ao poder diretivo da empregadora e/ou gerencial da empresa. Cláusula indeferida.

15 – JORNADA DE TRABALHO 6 X 2

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende a implantação da jornada 6 x 2. A pretensão dependia de consenso, inexistente, observado se tratar de medida inerente ao poder diretivo da empregadora e/ou gerencial da empresa. Cláusula indeferida.

16 – IGUALDADE SALARIAL PARA OS MOTORISTAS DA RÁPIDO LUXO CAMPINAS E DEMAIS EMPRESAS

17 – IGUALDADE SALARIAL PARA OS FISCAIS E APONTADORES DA RÁPIDO LUXO CAMPINAS E DEMAIS EMPRESAS

O suscitado pretende a implantação de igualdade salarial para todos os motoristas, fiscais e apontadores de todas as empresas

relacionadas com o dissídio. A pretensão dependia de consenso, inexistente, observado se tratar de medida inerente à administração dos recursos humanos e política salarial própria de cada uma das empregadoras e/ou empresas envolvidas. Cláusulas indeferidas.

18 – FOLGAS AOS SÁBADOS, DOMINGOS E FERIADOS/REMUNERAÇÃO COM ADICIONAL DE 100%

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende o reconhecimento do direito à folga dos empregados aos sábados, domingos e feriados, com pagamento do adicional de 100%, no caso de labor nos indigitados dias, indistintamente. A pretensão dependia de consenso, inexistente. Cláusula indeferida.

19 – VALORIZAÇÃO SALARIAL DOS COBRADORES

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende *verbis*: “valorização salarial dos cobradores”. Os cobradores já terão majorados os seus salários na razão de 8% conforme cláusulas 2 e 3 supra. No mais, a pretensão, vaga, dependia de consenso, inexistente. Cláusula indeferida.

20 – DATA-BASE

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende o reconhecimento de que garantida a data-base em 1º de maio. Não se estabeleceu qualquer dissenso no aspecto. Cláusula deferida.

Redação final: DATA-BASE: A data-base é 1º de maio.

21 - VIGÊNCIA

Justificativa/Ressalva: O suscitado pretende que as presentes condições de trabalho vigorem pelo prazo de 12 meses, no período de 1º.5.2014 a 30.4.2015. Não se estabeleceu qualquer dissenso no aspecto. Cláusula deferida.

Redação final: VIGÊNCIA: As condições de trabalho estabelecidas na presente sentença normativa terão vigência pelo prazo de 12 meses, ou seja, no período de 1º.5.2014 a 30.4.2015.

Assim, feitas as remunerações, adaptações e supressões, relativamente à pauta de

reivindicações, as cláusulas que regerão as condições de trabalho no âmbito das empresas suscitantes, no período de vigência da presente sentença normativa, serão as seguintes:

01 – MANUTENÇÃO DE TODAS AS CLÁUSULAS DO ACORDO ANTERIOR. Mantidas todas as cláusulas da norma coletiva anterior.

02 – REAJUSTE SALARIAL/AUMENTO REAL: Sobre os salários devidos em 30.4.2014 incidirá majoração na razão de 8%, a partir de 1º.5.2014.

03 – TÍQUETE-REFEIÇÃO: A empregadora fornecerá tiquete-refeição no valor unitário de R\$ 13,00, por cada dia efetivamente laborado.

04 – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS — PLR: A empregadora pagará a título de participação nos lucros e resultados — PLR o valor de R\$ 540,00.

05 – DATA-BASE: A data-base é 1º de maio.

06 – VIGÊNCIA: As condições de trabalho estabelecidas na presente sentença normativa terão vigência pelo prazo de 12 meses, ou seja, no período de 1º.5.2014 a 30.4.2015.

Todavia, igualmente há considerar, por força da cláusula 01 *supra*, como condições preexistentes, consubstanciadas nas cláusulas estabelecidas pela decisão no Processo n. 0005784-62.2013.5.15.0000 (DCG), e que envolveu todas as partes do presente dissídio, indistintamente.

As suscitantes alegam, por certo, que encontra-se *sub judice*, tal decisão, cuja sentença normativa, ainda, não passou em julgado. Porém, não se tem notícia de que o respectivo recurso ordinário tenha sido atribuído efeito suspensivo pelo Presidente de C. TST, como seria de rigor, para assim acolher como condições preexistentes aquelas cláusulas definidas nas normas coletivas invocadas pelas suscitantes, ou seja, o acordo coletivo 2012/2013, id. 556580 firmado pela AUTO ÔNIBUS TRÊS

IRMÃOS LTDA., VIAÇÃO JUNDIAIENSE LTDA. e VIAÇÃO LEME LTDA., o acordo coletivo 2013/2014, id. 556581, firmado pela RÁPIDO LUXO CAMPINAS (CAMPO LIMPO PAULISTA) e o acordo coletivo 2013/2014, id. 556658, firmado pela RÁPIDO LUXO CAMPINAS (VÁRZEA PAULISTA).

Prevalece, pois, como norma coletiva anterior e/ou como condições preexistentes as cláusulas estipuladas por esta E. SDC, nos autos do Processo n. 0005784-62.2013.5.15.0000 (DCG), cuja aplicação é imediata, na dicção do art. 867 da Consolidação, ainda por força do disposto no caput do art. 6º da Lei n. 4.725/65:

“CLÁUSULA PRIMEIRA — VIGÊNCIA E DATA-BASE. As partes fixam a vigência do presente Acordo em Dissídio Coletivo no período de 1º de maio de 2013 a 30 de abril de 2014 e a data-base da categoria em 1º de maio. CLÁUSULA SEGUNDA — ABRANGÊNCIA. O presente Acordo em Dissídio Coletivo, aplicável no âmbito das empresas suscitantes, abrangerá a categoria dos trabalhadores representados pelo suscitado, SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE JUNDIAÍ E REGIÃO, em sua respectiva base territorial. CLÁUSULA TERCEIRA - SALÁRIO NORMATIVO. Respeitando-se o mês de maio como sendo o da data-base da categoria, bem como a lei salarial vigente, o salário normativo dos motoristas e cobradores passa a ser o seguinte: 1º de Maio de 2013. Motorista de Veículos Pesados...R\$ 1.940,99; Motorista de Veículos Leves...R\$ 1.502,60; Cobrador... R\$ 1.150,95. Parágrafo Único: Para as demais funções, será aplicado o índice de 10% (dez por cento), sobre os salários praticados em 30.4.2013. CLÁUSULA QUARTA — PAGAMENTO PELA VIA BANCÁRIA. Sempre que os salários forem pagos por intermédio de bancos, será assegurado ao empregado o direito

de se dirigir-se à agência bancária durante o expediente, em horário a ser conveniado com a empresa, a fim de evitar prejuízos mútuos. CLÁUSULA QUINTA — ADIANTAMENTO. As empresas fornecerão adiantamento de 40% (quarenta por cento) do salário-base mensal até o dia 20 (vinte) de cada mês. Parágrafo Único: Quando o dia acima recair no sábado, o adiantamento deverá ser pago na sexta-feira e quando recair no domingo ou feriado, o adiantamento será feito no primeiro dia útil imediatamente posterior. CLÁUSULA SEXTA — DESCONTO DECORRENTE DE MULTA. As empresas devem comunicar a ocorrência de multas, apresentando cópias do Auto de Infração ao empregado infrator, desde que decorrentes do exercício de suas atividades, inclusive as derivadas do Decreto Municipal n. 19.153 de 2003 e suas leis acessórias e complementares, aplicadas diretamente pela Secretaria Municipal de Transportes, por meio de sua fiscalização ou de seu sistema de controle automático por geoprocessamento (GPS) ou outros meios eletrônicos que vier a empregar. Parágrafo Primeiro: As empresas se obrigam a fornecer os elementos necessários para a elaboração da defesa se o empregado quiser recorrer contra a imposição da multa, o que se dará a critério e à custa do empregado. Parágrafo Segundo: O montante da multa será descontado do salário do empregado somente após o não provimento do recurso administrativo (caso este tenha sido interposto). Os pontos derivados de cada infração serão imediatamente indicados ao condutor responsável. Para o caso específico da indicação de condutor em infrações de trânsito para efeitos de pontuação, quando este não fizer mais parte do quadro de funcionários da empresa, porém tenha sido o responsável pela

infração à época de desempenho de suas atividades, fica a empresa autorizada a empregar o disposto da Resolução n. 149/03 do CONTRAN — Conselho Nacional de Trânsito. Parágrafo Terceiro: Será considerada falta grave do empregado, enquadrável no rol estipulado pelo art. 482 da CLT, suficiente para provocar o rompimento do vínculo empregatício sem ônus para a empregadora, a cassação da sua habilitação, por exceder o limite de pontos negativos, se o exercício das funções de motorista for essencial para a atividade profissional que executa. CLÁUSULA SÉTIMA — COMPROVANTE DE PAGAMENTO. O pagamento do salário será feito mediante recibo, fornecendo-se cópia ao empregado, com a identificação da empresa, e do qual constarão a remuneração, com a discriminação das parcelas, a quantia líquida paga, os dias trabalhados ou o total da produção, as horas extras e os descontos efetuados, inclusive para a Previdência Social, e o valor correspondente ao FGTS, sendo certo que os lançamentos não poderão ser escritos à mão. CLÁUSULA OITAVA — ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. As horas laboradas nos dias destinados a descanso semanal, serão remuneradas com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal, além da dobra prevista em lei. Parágrafo único: As empresas estarão desobrigadas de pagar o referido adicional quando conceder folga compensatória. CLÁUSULA NONA — INSALUBRIDADE. O empregado que executar funções insalubres, ou trabalhar em locais nocivos à saúde, receberá o adicional de insalubridade de 10% (dez por cento), 20% (vinte por cento) ou 40% (quarenta por cento), conforme o grau, calculado sobre o valor do menor salário praticado na empresa, desde que seja igual ou superior ao previsto pelo art. 192 da CLT. CLÁUSULA

DÉCIMA — ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. No caso de transferência de município por qualquer motivo, o empregado fará jus ao adicional de transferência equivalente a 30% (trinta por cento) do valor do salário nominal. Parágrafo Único: Para os transferidos definitivamente, além do adicional, serão cobertas todas as despesas de moradia por um período mínimo de 01 (um) ano. CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA — PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS — PLR. As empresas pagarão a todos os seus empregados a título de Participação nos Lucros ou Resultados — PLR o valor correspondente a R\$ 500,00 (quinhentos reais). O pagamento será efetuado em parcela única no primeiro dia útil de trabalho, após o retorno das férias programadas de cada trabalhador, caso o trabalhador não tenha suas férias programadas até o dia 20.3.2014 a empresa deverá efetuar o pagamento da parcela única até a data de 6.4.2014. Parágrafo Primeiro: O pagamento que trata a cláusula limita sua aplicação a um salário-teto de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), dele excluídos os valores pagos a título de horas extras, prêmios, comissões e demais parcelas variáveis. Para apuração do direito dos empregados ao recebimento do PLR, serão observadas as regras de proporcionalidade, tomando-se como termo inicial a data de 1^o.5.2013. Parágrafo Segundo: Referida obrigação é criada nas prerrogativas e isenções fixadas pela lei, não tendo, portanto, qualquer conotação salarial, não integrando a remuneração do empregado, para quaisquer finalidades. CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA — CONCESSÃO DE “TICKET-REFEIÇÃO”. As empresas concederão aos empregados “ticket-refeição”, sendo um para cada dia efetivamente trabalhado no valor unitário de R\$ 12,00 (doze reais). Parágrafo Primeiro: Essa obrigação poderá

ser cumprida através de cartão refeição magnético com os valores correspondentes. Parágrafo Segundo: Mensalmente será descontada do salário dos empregados a quantia de R\$ 0,20 (vinte centavos) a título de pagamento parcial do “ticket” recebido no mês. Parágrafo Terceiro: O “ticket” será entregue a partir do dia 20 de cada mês, perdendo o direito ao recebimento o trabalhador que não retirar o benefício até o terceiro dia útil posterior ao início da entrega. Parágrafo Quarto: Quando a data de entrega do referido benefício recair em dia de sábado, a entrega será iniciada imediatamente na sexta-feira anterior, e se recair em domingo ou feriado, a entrega será a partir do primeiro dia útil subsequente. CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA — CONCESSÃO DA CESTA BÁSICA. As empresas fornecerão cesta básica de alimentos a todos os seus funcionários, permanecendo com a responsabilidade do gerenciamento do benefício, inclusive para aqueles afastados do trabalho e que estejam recebendo auxílio-doença ou auxílio-doença acidentário, mediante o pagamento de R\$ 0,50 (cinquenta centavos), que será descontado do salário do mês pertinente. Parágrafo Primeiro: Perderá o direito de receber a mencionada cesta básica, o funcionário que: 1 – Registrar mais de 01 (uma) falta injustificada dentro do mês; 2 – Registrar mais de 02 (duas) entradas atrasadas no serviço dentro do mês; 3 – Que for dispensado por justa causa; 4 – Que não retirar a cesta básica no prazo de 03 (três) dias da data estipulada para entrega no local previamente estabelecido; 5 – Após o sexto mês em que estiver aposentado provisoriamente por invalidez. Parágrafo Segundo: A referida cesta básica será composta dos seguintes produtos: 03 pacotes de 5 kg de arroz tipo 01 (Camil — Hata — Tio João — Prato Fino); 02 pacotes de 2 kg

de feijão cariquinho tipo 1 (Camil — Nenê); 02 pacotes de 500 g de café (Caiçara); 02 pacotes de 500 g de macarrão tipo espaguete (Premiata); 03 kg de açúcar refinado (União/Neve/Barra); 04 latas de 900 ml de óleo de soja (Perdigão/Sadia/Soya); 01 pacote de 1 kg de sal refinado (Cisne); 01 pacote de 500 g de farinha de mandioca (Hikari); 01 pacote de 1 kg de farinha de trigo especial (D. Benta); 02 latas de 340 g de molho de tomate (Cica/Etti/Arisco); 01 pacote de 200 g de biscoitos Cream Craker (Parmalat); 02 pacotes de 200 g de biscoitos recheados (Parmalat); 03 pacotes de leite integral longa vida de 1 litro; 02 tubos de creme dental de 90 g (Sorriso Flúor); 02 pacotes de esponjas de aço com 8 unidades (Bombril); 02 frascos de detergentes de 500 ml (Ypê neutro); 01 caixa de 1 kg de sabão em pó (Campeiro). Parágrafo Terceiro: Poderá ocorrer a substituição dos produtos por outros similares, de mesma qualidade e quantidade, se houver problemas para aquisição no mercado. CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA — CONDUÇÃO GRATUITA. Fica assegurada a todos os trabalhadores da categoria, a utilização do Transporte Coletivo Urbano sem o pagamento da respectiva tarifa, mediante apresentação do crachá funcional. CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA — CONVÊNIO MÉDICO-HOSPITALAR. As empresas continuarão proporcionando a seus empregados e dependentes Assistência Médico-Hospitalar no Padrão “Standard”, firmando o convênio com entidades de sua livre escolha. Parágrafo Primeiro: O custo será rateado, cabendo 60% (sessenta por cento) para a empresa e 40% (quarenta por cento) para o empregado, que autoriza a dedução do importe em folhas mensais de pagamento. Parágrafo Segundo: Terão direito ao benefício contido nesta cláusula, de maneira facultativa, os filhos dos

empregados que contarem com a idade de até 16 (dezesseis) anos, exceto os filhos reconhecidamente inválidos ou excepcionais que permanecerão vinculados independentemente da idade, enquanto perdurar o direito do empregado. Parágrafo Terceiro: Arcará com o valor integral do benefício contido nesta cláusula, mediante o desconto respectivo em seu salário, o empregado que: a) Registrar mais de 01 (uma) falta injustificada dentro do mês; b) Registrar mais de 02 (duas) entradas atrasadas no serviço dentro do mês; c) For dispensado por Justa Causa. CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA — DOCUMENTOS. As empresas quando da admissão, fornecerão aos seus empregados a cópia do contrato de trabalho, bem como de outros documentos pertinentes à relação de emprego, especialmente o regulamento interno, cujas normas deverão ser respeitadas. CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA — CARTA DE REFERÊNCIA. Aos empregados que pedirem demissão, ou forem dispensados sem justa causa, e que não tiverem praticado nenhum ato desabonador de natureza grave, a empresa fornecerá carta de referência. CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA — QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. Ressalvado o caso de substituição eventual, nos demais casos é assegurado ao empregado remuneração compatível com aquela percebida pelo laborista substituído. CLÁUSULA DÉCIMA NONA — LIMITAÇÃO DO VALOR DESTINADO PARA TROCO. O empregado manterá em seu poder, fora do cofre do coletivo, numerário destinado a troco, equivalente a no máximo 25 (vinte e cinco) passagens, no horário das 6:00 às 18:00 h, e no máximo 15 (quinze) passagens, no horário das 18:01 às 5:59 h, responsabilizando-se pela falta da quantia qualquer que seja o motivo, caso não utilize o referido cofre. O numerário tem

como referência a tarifa praticada em 1º.5.2012 sendo R\$ 2,90 (dois reais e noventa centavos). Parágrafo Primeiro: Se o veículo não dispuser de cofre, a empresa assumirá total responsabilidade por eventuais faltas, no caso de assalto devidamente caracterizado e comprovado. Parágrafo Segundo: Tratando-se de empresa voltada ao transporte intermunicipal, o numerário confiado ao empregado terá como parâmetro o valor da passagem praticada pelo setor de transporte urbano. CLÁUSULA VIGÉSIMA — GARANTIA À EMPREGADA GESTANTE. Será garantido emprego à empregada gestante até 90 (noventa) dias após o término da licença legal. Parágrafo Primeiro: Não terá direito à mencionada garantia a empregada gestante que: 1) Cometer falta grave; 2) Tenha iniciativa de rescisão do contrato de trabalho, inclusive por aposentadoria; 3) Tenha rescindido o contrato por acordo mútuo e com a assistência do sindicato da classe. Parágrafo Segundo: Às mães adotantes serão estendidos os mesmos direitos das mães biológicas. Parágrafo Terceiro: para assegurar a garantia prevista nesta cláusula, em sendo a empregada dispensada sem justa causa e estando grávida, deverá comprovar a gravidez por documento, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data em que recebeu a comunicação da dispensa. CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMEIRA — GARANTIA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MILITAR. Será garantido o emprego ao obreiro em idade de prestação de serviço militar, desde o alistamento (se efetuado em época normal e não antes da idade legal) até 30 (trinta) dias da dispensa do engajamento ou desligamento da unidade em que serviu, salvo nos casos de contrato por prazo determinado, contrato de aprendizagem obrigatória se mantidos com entidades legalmente autorizadas,

resilição unilateral de contrato de trabalho por iniciativa do empregado, resilição bilateral do contrato com assistência sindical e nos demais casos permitidos por lei. CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA — GARANTIA AO EMPREGADO ACIDENTADO. Será garantido emprego a partir da alta previdenciária, ao empregado afastado por mais de 15 (quinze) dias, por acidente de trabalho, a contar da data em que cessar o recebimento do auxílio-doença acidentário até o limite de 12 (doze) meses. Parágrafo Primeiro: Ficam excluídos os casos de: Aposentadoria; Rescisão por justa causa; Acordo entre as partes ou pedido de demissão, com assistência sindical; Cumprimento de aviso-prévio na data do acidente. Parágrafo Segundo: Ao empregado vitimado por acidente do trabalho de que resulte redução de sua capacidade laborativa, e impossibilidade de continuar a exercer as funções que vinha exercendo, será assegurada readaptação nos termos da lei. Parágrafo Terceiro: As empresas enviarão ao sindicato cópia de todo boletim informativo de acidente de trabalho. CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCEIRA — GARANTIA AO EMPREGADO EM VIAS DE APOSENTADORIA. Ao empregado atingido por dispensa sem justa causa, que possui mais de 05 (cinco) anos de serviço na empresa e a quem, concomitantemente comprovado por meio de atestado fornecido pela previdência social, falte no máximo 12 (doze) meses para a aquisição do direito à aposentadoria em seus limites mínimos, serão reembolsadas as contribuições dele ao INSS, com base no último salário, devidamente reajustado, enquanto não conseguir outro emprego e até o prazo máximo correspondente àqueles 12 (doze) meses, sem que essa liberalidade implique em vínculo empregatício, ou gere qualquer outro direito. Parágrafo

Único: Para fazer jus a esse ressarcimento, o empregado fica obrigado a comprovar o efetivo pagamento à previdência social das contribuições a serem reembolsadas, ou a entregar o carnê do INSS para que a empresa efetue, mensalmente, os aludidos pagamentos. CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA — REGISTRO DA FREQUÊNCIA E GARANTIA DE INTERVALO PARA ALIMENTAÇÃO E REPOUSO. Tendo em vista as peculiaridades existentes no ramo da atividade dos acordantes, os motoristas, cobradores e fiscais, assim como todos os demais empregados que exercem atividades externas, anotarão o horário de trabalho em papeletas específicas e adequadas, que serão vistas pela chefia imediata dos laboristas. Parágrafo único: Os trabalhadores abrangidos pelo sistema acima estabelecido, gozarão de intervalos intrajornada para repouso, ao término de cada viagem, sendo que um deles será de no mínimo 20 (vinte) minutos. CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA — FALTA ABONADA. As empresas concederão ao empregado motorista 01 (um) dia de folga para que providencie a renovação de sua carteira de habilitação, sem qualquer prejuízo salarial, desde que faça a devida comprovação dessa providência. CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA — EMPREGADO ESTUDANTE. Ao empregado estudante, cursando estabelecimento de ensino oficial autorizado ou reconhecido pelo governo, serão concedidas 02 (duas) horas anteriores ao término da jornada de trabalho nos dias em que tiver que prestar exames escolares, sem qualquer desconto no salário, desde que avise seu empregador no mínimo 72 (setenta e duas) horas antes, sujeitando-se à comprovação posterior. CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉTIMA — FÉRIAS. Em razão das escalas de trabalho e desde que o empregado tenha trabalhado mais que 05

(cinco) dias após haver desfrutado da última folga, se estiver com aviso de férias que possa resultar em prejuízo para gozo da nova folga já adquirida, esta será gozada no 1º (primeiro) dia de trabalho imediatamente posterior ao término das férias. CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA — LICENÇA REMUNERADA PARA CASAMENTO. Quando do casamento do(a) empregado(a), as empresas concederão 02 (dois) dias de licença remunerada, além dos 03 (três) dias consecutivos concedidos por lei. O(A) empregado(a) obriga-se a apresentar à empresa, quando do retorno ao trabalho, cópia autenticada da certidão de casamento. CLÁUSULA VIGÉSIMA NONA — LICENÇA EM CASO DE FALECIMENTO. As empresas concederão 01 (um) dia de licença remunerada, além dos 02 (dois) dias consecutivos estabelecidos por lei, em caso de morte de cônjuge ou companheiro (a), pais, filhos e irmãos. Parágrafo único: Será concedida licença de 01 (um) dia, em caso de morte de sogro e sogra do empregado, devidamente comprovado mediante apresentação da cópia autenticada do atestado de óbito. CLÁUSULA TRIGÉSIMA - SANITÁRIO. As empresas se obrigam a manter os sanitários masculinos e femininos em condições de higiene. CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMEIRA — ARMÁRIOS. As empresas manterão armários para a guarda de roupas e pertences dos empregados, desde que a necessidade da troca de roupa decorra da atividade desenvolvida pelo obreiro. CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA — UNIFORMES. Serão fornecidos gratuitamente aos empregados uniformes, ferramentas e demais instrumentos de trabalho de uso coletivo, quando exigidos pelo empregador. CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCEIRA — ELEIÇÃO DA CIPA. As empresas comunicarão ao sindicato, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, o

período de inscrições para eleições da CIPA, permitindo-se que o sindicato acompanhe o pleito. CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUARTA — TREINAMENTO/ CURSOS. As empresas, além de ministrarem treinamentos a seus empregados para fins de prevenção contra acidentes e utilização de equipamentos de proteção, também darão cursos de qualidade e segurança gratuitamente com frequência obrigatória, ainda que fora da jornada de trabalho. CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA — RECONHECIMENTO DE ATESTADOS. As empresas reconhecem os atestados odontológicos fornecidos por dentista do sindicato, além de atestados médicos fornecidos por entidades médico-hospitalares conveniadas, abonando as horas ou o dia de ausência. CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA — TRANSPORTES DE ACIDENTADOS E ENFERMOS GRAVES. As empresas disponibilizarão aos empregados que se acidentarem ou adoecerem gravemente durante a jornada de trabalho, um veículo para transportá-los ao pronto-socorro ou aos hospitais. CLÁUSULA TRIGÉSIMA SÉTIMA — SINDICALIZAÇÃO. As empresas cederão ao sindicato local para promover a sindicalização dos trabalhadores, 02 (dois) dias por ano, podendo ser consecutivos. Os dias, horários e a forma da liberação dos obreiros serão estabelecidos por mútuo consenso e antecipadamente. CLÁUSULA TRIGÉSIMA OITAVA — QUADRO DE AVISOS. O sindicato poderá afixar, nas dependências das empresas, quadro de avisos, para comunicados de interesse dos empregados, vedados os de conteúdo político-partidário ou ofensivo. CLÁUSULA TRIGÉSIMA NONA — LIBERAÇÃO DOS DIRETORES SINDICAIS. Os diretores sindicais, não afastados de suas funções na empresa, poderão ausentar-se do serviço mediante simples aviso sem prejuízo do salário, até

20 (vinte) dias do ano, para cada dirigente, desde que haja posterior comprovação por escrito, assinada pelo presidente do sindicato, da utilização efetiva dos serviços do dirigente, dentro do prazo de 01 (uma) semana, a contar da ausência. CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA — RELAÇÃO DE EMPREGADOS. As empresas enviarão aos sindicatos trimestralmente a relação de seus empregados, indicando as funções por eles exercidas. CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA PRIMEIRA — MENSALIDADES SINDICAIS. Desde que observados os termos do art. 545 da CLT combinado com o Precedente Normativo n. 119 do Colendo TST e com a OJ n. 17 da SDC do Colendo TST, as empresas descontarão em folha de pagamento as mensalidades associativas em favor do sindicato, procedendo ao recolhimento na tesouraria da entidade, até 10 (dez) dias após a efetivação do aludido desconto. Parágrafo único: As empresas descontarão em folha de pagamento somente dos empregados sindicalizados os valores aprovados pela assembleia geral dos trabalhadores a título de contribuição assistencial, e procederá ao recolhimento no prazo e na forma acima descrita, garantido o direito à oposição. CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA SEGUNDA — COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. Os conflitos individuais decorrentes da relação laboral poderão ser submetidos, nos termos da Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000 (Art. 625-D da CLT), à apreciação da Comissão de Conciliação Prévia, que foi instituída em fevereiro de 2001. CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA TERCEIRA — MULTA. Fica estipulada multa no valor de 01 (um) salário mínimo por infração e por empregado prejudicado, em caso de descumprimento de quaisquer das cláusulas do presente acordo, revertendo o

seu valor ao empregado. Custas no importe de R\$ 5.000,00 pelo suscitado, calculadas sobre o valor de R\$ 100,00 ora arbitrado à condenação nos termos da lei (art. 789, § 4º da CLT).”

Aglutinadas, destarte, as cláusulas deferidas, da pauta de reivindicações e, ainda, as cláusulas preexistentes da sentença normativa anterior, fica estabelecido o seguinte conjunto de cláusulas da presente sentença normativa, em sua redação final:

CLÁUSULA PRIMEIRA — VIGÊNCIA E DATA-BASE. As partes fixam a vigência do presente Acordo em Dissídio Coletivo no período de 1º de maio de 2014 a 30 de abril de 2015 e a data-base da categoria em 1º de maio.

CLÁUSULA SEGUNDA — ABRANGÊNCIA. O presente Acordo em Dissídio Coletivo, aplicável no âmbito das empresas suscitantes, abrangerá a categoria dos trabalhadores representados pelo suscitado, SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE JUNDIAÍ E REGIÃO, em sua respectiva base territorial.

CLÁUSULA TERCEIRA — SALÁRIO NORMATIVO. Respeitando-se o mês de maio como sendo o da data-base da categoria, bem como a lei salarial vigente, o salário normativo dos motoristas e cobradores passa a ser o seguinte: 1º de Maio de 2014. Motorista de Veículos Pesados...R\$ 2.096,26; Motorista de Veículos Leves...R\$ 1.622,81; Cobrador... R\$ 1.243,03. Parágrafo Único: Para as demais funções, será aplicado o índice de 8% (oito por cento), sobre os salários praticados em 30.4.2014.

CLÁUSULA QUARTA — PAGAMENTO PELA VIA BANCÁRIA. Sempre que os salários forem pagos por intermédio de bancos, será assegurado ao empregado o direito de se dirigir-se à agência bancária durante o expediente, em horário a ser convencionado com a empresa, a fim de evitar prejuízos mútuos.

CLÁUSULA QUINTA — ADIANTAMENTO. As empresas fornecerão adiantamento de 40% (quarenta por cento) do salário-base mensal até o dia 20 (vinte) de cada mês. Parágrafo Único: Quando o dia acima recair no sábado, o adiantamento deverá ser pago na sexta-feira e quando recair no domingo ou feriado, o adiantamento será feito no primeiro dia útil imediatamente posterior.

CLÁUSULA SEXTA — DESCONTO DECORRENTE DE MULTA. As empresas devem comunicar a ocorrência de multas, apresentando cópias do Auto de Infração ao empregado infrator, desde que decorrentes do exercício de suas atividades, inclusive as derivadas do Decreto Municipal n. 19.153 de 2003 e suas leis acessórias e complementares, aplicadas diretamente pela Secretaria Municipal de Transportes, por meio de sua fiscalização ou de seu sistema de controle automático por geoprocessamento (GPS) ou outros meios eletrônicos que vier a empregar.

Parágrafo Primeiro: As empresas se obrigam a fornecer os elementos necessários para a elaboração da defesa se o empregado quiser recorrer contra a imposição da multa, o que se dará a critério e à custa do empregado.

Parágrafo Segundo: O montante da multa será descontado do salário do empregado somente após o não provimento do recurso administrativo (caso este tenha sido interposto). Os pontos derivados de cada infração serão imediatamente indicados ao condutor responsável. Para o caso específico da indicação de condutor em infrações de trânsito para efeitos de pontuação, quando este não fizer mais parte do quadro de funcionários da empresa, porém, tenha sido o responsável pela infração à época de desempenho de suas atividades, fica a empresa autorizada a empregar o disposto da Resolução n. 149/03 do CONTRAN

Conselho Nacional de Trânsito. Parágrafo Terceiro: Será considerada falta grave do empregado, enquadrável no rol estipulado pelo art. 482 da CLT, suficiente para provocar o rompimento do vínculo empregatício sem ônus para a empregadora, a cassação da sua habilitação, por exceder o limite de pontos negativos, se o exercício das funções de motorista for essencial para a atividade profissional que executa.

CLÁUSULA SÉTIMA — COMPROVANTE DE PAGAMENTO. O pagamento do salário será feito mediante recibo, fornecendo-se cópia ao empregado, com a identificação da empresa, e do qual constarão a remuneração, com a discriminação das parcelas, a quantia líquida paga, os dias trabalhados ou o total da produção, as horas extras e os descontos efetuados, inclusive para a Previdência Social, e o valor correspondente ao FGTS, sendo certo que os lançamentos não poderão ser escritos à mão.

CLÁUSULA OITAVA — ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. As horas laboradas nos dias destinados a descanso semanal, serão remuneradas com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal, além da dobra prevista em lei. Parágrafo único: As empresas estarão desobrigadas de pagar o referido adicional quando conceder folga compensatória.

CLÁUSULA NONA — INSALUBRIDADE. O empregado que executar funções insalubres, ou trabalhar em locais nocivos à saúde, receberá o adicional de insalubridade de 10% (dez por cento), 20% (vinte por cento) ou 40% (quarenta por cento), conforme o grau, calculado sobre o valor do menor salário praticado na empresa, desde que seja igual ou superior ao previsto pelo art. 192 da CLT.

CLÁUSULA DÉCIMA — ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. No caso de transferência de município por qualquer motivo, o empregado fará jus ao adicional de transferência

equivalente a 30% (trinta por cento) do valor do salário nominal. Parágrafo Único: Para os transferidos definitivamente, além do adicional, serão cobertas todas as despesas de moradia por um período mínimo de 01 (um) ano.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA — PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS — PLR. As empresas pagarão a todos os seus empregados a título de Participação nos Lucros ou Resultados — PLR o valor correspondente a R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais). O pagamento será efetuado em parcela única no primeiro dia útil de trabalho, após o retorno das férias programadas de cada trabalhador, caso o trabalhador não tenha suas férias programadas até o dia 20.3.2015 a empresa devera efetuar o pagamento da parcela única até a data de 6.4.2015. Parágrafo Primeiro: O pagamento que trata a cláusula limita sua aplicação a um salário-teto de R\$ 2.160,00 (dois mil cento e sessenta reais), dele excluídos os valores pagos a título de horas extras, prêmios, comissões e demais parcelas variáveis. Para apuração do direito dos empregados ao recebimento do PLR, serão observadas as regras de proporcionalidade, tomando-se como termo inicial a data de 1º.5.2014. Parágrafo Segundo: Referida obrigação é criada nas prerrogativas e isenções fixadas pela lei, não tendo, portanto, qualquer conotação salarial, não integrando a remuneração do empregado, para quaisquer finalidades.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA — CONCESSÃO DE “TICKET-REFEIÇÃO”. As empresas concederão aos empregados “*ticket-refeição*”, sendo um para cada dia efetivamente trabalhado no valor unitário de R\$ 13,00 (doze reais). Parágrafo Primeiro: Essa obrigação poderá ser cumprida através de cartão refeição magnético com os valores correspondentes. Parágrafo Segundo: Mensalmente será descontada do salário

dos empregados a quantia de R\$ 0,20 (vinte centavos) a título de pagamento parcial do “ticket” recebido no mês. Parágrafo Terceiro: O “ticket” será entregue a partir do dia 20 de cada mês, perdendo o direito ao recebimento o trabalhador que não retirar o benefício até o terceiro dia útil posterior ao início da entrega. Parágrafo Quarto: Quando a data de entrega do referido benefício recair em dia de sábado, a entrega será iniciada imediatamente na sexta-feira anterior, e se recair em domingo ou feriado, a entrega será a partir do primeiro dia útil subsequente.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA — CONCESSÃO DA CESTA BÁSICA. As empresas fornecerão cesta básica de alimentos a todos os seus funcionários, permanecendo com a responsabilidade do gerenciamento do benefício, inclusive para aqueles afastados do trabalho e que estejam recebendo auxílio-doença ou auxílio-doença acidentário, mediante o pagamento de R\$ 0,50 (cinquenta centavos), que será descontado do salário do mês pertinente. Parágrafo Primeiro: Perderá o direito de receber a mencionada cesta básica, o funcionário que: 1 – Registrar mais de 01 (uma) falta injustificada dentro do mês; 2 – Registrar mais de 02 (duas) entradas atrasadas no serviço dentro do mês; 3 – Que for dispensado por justa causa; 4 – Que não retirar a cesta básica no prazo de 03 (três) dias da data estipulada para entrega no local previamente estabelecido; 5 – Após o sexto mês em que estiver aposentado provisoriamente por invalidez. Parágrafo Segundo: A referida cesta básica será composta dos seguintes produtos: 03 pacotes de 5 kg de arroz tipo 01 (Camil — Hata — Tio João — Prato Fino); 02 pacotes de 2 kg de feijão cariquinho tipo 1 (Camil — Nenê); 02 pacotes de 500 g de café (Caiçara); 02 pacotes de 500 g de macarrão tipo espaguete (Premiata); 03 kg de açúcar refinado (União/Neve/Barra); 04 latas de 900

ml de óleo de soja (Perdigão/Sadia/Soya); 01 pacote de 1 kg de sal refinado (Cisne); 01 pacote de 500 g de farinha de mandioca (Hikari); 01 pacote de 1 kg de farinha de trigo especial (D. Benta); 02 latas de 340 g de molho de tomate (Cica/Etti/Arisco); 01 pacote de 200 g de biscoitos Cream Craker (Parmalat); 02 pacotes de 200 g de biscoitos recheados (Parmalat); 03 pacotes de leite integral longa vida de 1 litro; 02 tubos de creme dental de 90 g (Sorriso Flúor); 02 pacotes de esponjas de aço com 8 unidades (Bombril); 02 frascos de detergentes de 500 ml (Ypê neutro); 01 caixa de 1 kg de sabão em pó (Campeiro). Parágrafo Terceiro: Poderá ocorrer a substituição dos produtos por outros similares, de mesma qualidade e quantidade, se houver problemas para aquisição no mercado.

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA — CONDUÇÃO GRATUITA. Fica assegurada a todos os trabalhadores da categoria, a utilização do Transporte Coletivo Urbano sem o pagamento da respectiva tarifa, mediante apresentação do crachá funcional.

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA — CONVÊNIO MÉDICO-HOSPITALAR. As empresas continuarão proporcionando a seus empregados e dependentes Assistência Médico-Hospitalar no Padrão “Standard”, firmando o convênio com entidades de sua livre escolha. Parágrafo Primeiro: O custo será rateado, cabendo 60% (sessenta por cento) para a empresa e 40% (quarenta por cento) para o empregado, que autoriza a dedução do importe em folhas mensais de pagamento. Parágrafo Segundo: Terão direito ao benefício contido nesta cláusula, de maneira facultativa, os filhos dos empregados que contarem com a idade de até 16 (dezesesseis) anos, exceto os filhos reconhecidamente inválidos ou excepcionais que permanecerão vinculados independentemente da idade, enquanto perdurar o direito do empregado. Parágrafo Terceiro: Arcará com o valor integral do benefício

contido nesta cláusula, mediante o desconto respectivo em seu salário, o empregado que: a) Registrar mais de 01 (uma) falta injustificada dentro do mês; b) Registrar mais de 02 (duas) entradas atrasadas no serviço dentro do mês; c) For dispensado por Justa Causa.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA — DOCUMENTOS. As empresas quando da admissão, fornecerão aos seus empregados a cópia do contrato de trabalho, bem como de outros documentos pertinentes à relação de emprego, especialmente o regulamento interno, cujas normas deverão ser respeitadas.

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA — CARTA DE REFERÊNCIA. Aos empregados que pedirem demissão, ou forem dispensados sem justa causa, e que não tiverem praticado nenhum ato desabonador de natureza grave, a empresa fornecerá carta de referência.

CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA — QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. Ressalvado o caso de substituição eventual, nos demais casos é assegurado ao empregado remuneração compatível com aquela percebida pelo laborista substituído.

CLÁUSULA DÉCIMA NONA — LIMITAÇÃO DO VALOR DESTINADO PARA TROCO. O empregado manterá em seu poder, fora do cofre do coletivo, numerário destinado a troco, equivalente a no máximo 25 (vinte e cinco) passagens, no horário das 6:00 às 18:00 h, e no máximo 15 (quinze) passagens, no horário das 18:01 às 5:59 h, responsabilizando-se pela falta da quantia qualquer que seja o motivo, caso não utilize o referido cofre. O numerário tem como referência a tarifa praticada em 1º.5.2012 sendo R\$ 2,90 (dois reais e noventa centavos). Parágrafo Primeiro: Se o veículo não dispuser de cofre, a empresa assumirá total responsabilidade por eventuais faltas, no caso de assalto devidamente

caracterizado e comprovado. Parágrafo Segundo: Tratando-se de empresa voltada ao transporte intermunicipal, o numerário confiado ao empregado terá como parâmetro o valor da passagem praticada pelo setor de transporte urbano.

CLÁUSULA VIGÉSIMA — GARANTIA À EMPREGADA GESTANTE. Será garantido emprego à empregada gestante até 90 (noventa) dias após o término da licença legal. Parágrafo Primeiro: Não terá direito à mencionada garantia a empregada gestante que: 1) Cometer falta grave; 2) Tenha iniciativa de rescisão do contrato de trabalho, inclusive por aposentadoria; 3) Tenha rescindido o contrato por acordo mútuo e com a assistência do sindicato da classe. Parágrafo Segundo: Às mães adotantes serão estendidos os mesmos direitos das mães biológicas. Parágrafo Terceiro: para assegurar a garantia prevista nesta cláusula, em sendo a empregada dispensada sem justa causa e estando grávida, deverá comprovar a gravidez por documento, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data em que recebeu a comunicação da dispensa.

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMEIRA — GARANTIA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MILITAR. Será garantido o emprego ao obreiro em idade de prestação de serviço militar, desde o alistamento (se efetuado em época normal e não antes da idade legal) até 30 (trinta) dias da dispensa do engajamento ou desligamento da unidade em que serviu, salvo nos casos de contrato por prazo determinado, contrato de aprendizagem obrigatória se mantidos com entidades legalmente autorizadas, rescisão unilateral de contrato de trabalho por iniciativa do empregado, rescisão bilateral do contrato com assistência sindical e nos demais casos permitidos por lei.

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA — GARANTIA AO EMPREGADO ACIDENTADO. Será garantido emprego a partir da

alta previdenciária, ao empregado afastado por mais de 15 (quinze) dias, por acidente de trabalho, a contar da data em que cessar o recebimento do auxílio-doença acidentário até o limite de 12 (doze) meses. Parágrafo Primeiro: Ficam excluídos os casos de: Aposentadoria; Rescisão por justa causa; Acordo entre as partes ou pedido de demissão, com assistência sindical; Cumprimento de aviso-prévio na data do acidente. Parágrafo Segundo: Ao empregado vitimado por acidente do trabalho de que resulte redução de sua capacidade laborativa, e impossibilidade de continuar a exercer as funções que vinha exercendo, será assegurada readaptação nos termos da lei. Parágrafo Terceiro: As empresas enviarão ao sindicato cópia de todo boletim informativo de acidente de trabalho.

CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCEIRA — GARANTIA AO EMPREGADO EM VIAS DE APOSENTADORIA. Ao empregado atingido por dispensa sem justa causa, que possui mais de 05 (cinco) anos de serviço na empresa e a quem, concomitantemente comprovado por meio de atestado fornecido pela previdência social, falte no máximo 12 (doze) meses para a aquisição do direito à aposentadoria em seus limites mínimos, serão reembolsadas as contribuições dele ao INSS, com base no último salário, devidamente reajustado, enquanto não conseguir outro emprego e até o prazo máximo correspondente àqueles 12 (doze) meses, sem que essa liberalidade implique em vínculo empregatício, ou gere qualquer outro direito. Parágrafo Único: Para fazer jus a esse ressarcimento, o empregado fica obrigado a comprovar o efetivo pagamento à previdência social das contribuições a serem reembolsadas, ou a entregar o carnê do INSS para que a empresa efetue, mensalmente, os aludidos pagamentos.

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA — REGISTRO DA FREQUÊNCIA E GARANTIA DE INTERVALO PARA ALIMENTAÇÃO

E REPOUSO. Tendo em vista as peculiaridades existentes no ramo da atividade dos acordantes, os motoristas, cobradores e fiscais, assim como todos os demais empregados que exercem atividades externas, anotarão o horário de trabalho em papeletas específicas e adequadas, que serão vistas pela chefia imediata dos laboristas. Parágrafo único: Os trabalhadores abrangidos pelo sistema acima estabelecido, gozarão de intervalos intrajornada para repouso, ao término de cada viagem, sendo que um deles será de no mínimo 20 (vinte) minutos.

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA — FALTA ABONADA. As empresas concederão ao empregado motorista 01 (um) dia de folga para que providencie a renovação de sua carteira de habilitação, sem qualquer prejuízo salarial, desde que faça a devida comprovação dessa providência.

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA — EMPREGADO ESTUDANTE. Ao empregado estudante, cursando estabelecimento de ensino oficial autorizado ou reconhecido pelo governo, serão concedidas 02 (duas) horas anteriores ao término da jornada de trabalho nos dias em que tiver que prestar exames escolares, sem qualquer desconto no salário, desde que avise seu empregador no mínimo 72 (setenta e duas) horas antes, sujeitando-se à comprovação posterior.

CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉTIMA — FÉRIAS. Em razão das escalas de trabalho e desde que o empregado tenha trabalhado mais que 05 (cinco) dias após haver desfrutado da última folga, se estiver com aviso de férias que possa resultar em prejuízo para gozo da nova folga já adquirida, esta será gozada no 1º (primeiro) dia de trabalho imediatamente posterior ao término das férias.

CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA — LICENÇA REMUNERADA PARA CASAMENTO. Quando do casamento do(a)

empregado(a), as empresas concederão 02 (dois) dias de licença remunerada, além dos 03 (três) dias consecutivos concedidos por lei. O(A) empregado(a) obriga-se a apresentar à empresa, quando do retorno ao trabalho, cópia autenticada da certidão de casamento.

CLÁUSULA VIGÉSIMA NONA — LICENÇA EM CASO DE FALECIMENTO. As empresas concederão 01 (um) dia de licença remunerada, além dos 02 (dois) dias consecutivos estabelecidos por lei, em caso de morte de cônjuge ou companheiro(a), pais, filhos e irmãos. Parágrafo único: Será concedida licença de 01 (um) dia, em caso de morte de sogro e sogra do empregado, devidamente comprovado mediante apresentação da cópia autenticada do atestado de óbito.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA — SANITÁRIO. As empresas se obrigam a manter os sanitários masculinos e femininos em condições de higiene.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMEIRA — ARMÁRIOS. As empresas manterão armários para a guarda de roupas e pertences dos empregados, desde que a necessidade da troca de roupa decorra da atividade desenvolvida pelo obreiro.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA — UNIFORMES. Serão fornecidos gratuitamente aos empregados uniformes, ferramentas e demais instrumentos de trabalho de uso coletivo, quando exigidos pelo empregador.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCEIRA — ELEIÇÃO DA CIPA. As empresas comunicarão ao sindicato, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, o período de inscrições para eleições da CIPA, permitindo-se que o sindicato acompanhe o pleito.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUARTA — TREINAMENTO/CURSOS. As empresas, além de ministrarem treinamentos a seus empregados para fins de prevenção contra

acidentes e utilização de equipamentos de proteção, também darão cursos de qualidade e segurança gratuitamente com frequência obrigatória, ainda que fora da jornada de trabalho.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA — RECONHECIMENTO DE ATESTADOS. As empresas reconhecem os atestados odontológicos fornecidos por dentista do sindicato, além de atestados médicos fornecidos por entidades médico-hospitalares conveniadas, abonando as horas ou o dia de ausência.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA — TRANSPORTES DE ACIDENTADOS E ENFERMOS GRAVES. As empresas disponibilizarão aos empregados que se acidentarem ou adoecerem gravemente durante a jornada de trabalho, um veículo para transportá-los ao pronto-socorro ou aos hospitais.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA SÉTIMA — SINDICALIZAÇÃO. As empresas cederão ao sindicato local para promover a sindicalização dos trabalhadores, 02 (dois) dias por ano, podendo ser consecutivos. Os dias, horários e a forma da liberação dos obreiros serão estabelecidos por mútuo consenso e antecipadamente.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA OITAVA — QUADRO DE AVISOS. O sindicato poderá afixar, nas dependências das empresas, quadro de avisos, para comunicados de interesse dos empregados, vedados os de conteúdo político-partidário ou ofensivo.

CLÁUSULA TRIGÉSIMA NONA — LIBERAÇÃO DOS DIRETORES SINDICAIS. Os diretores sindicais, não afastados de suas funções na empresa, poderão ausentar-se do serviço mediante simples aviso sem prejuízo do salário, até 20 (vinte) dias do ano, para cada dirigente, desde que haja posterior comprovação por escrito, assinada pelo presidente do sindicato, da utilização efetiva dos serviços do dirigente,

dentro do prazo de 01 (uma) semana, a contar da ausência.

CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA — RELAÇÃO DE EMPREGADOS. As empresas enviarão aos sindicatos trimestralmente a relação de seus empregados, indicando as funções por eles exercidas.

CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA PRIMEIRA — MENSALIDADES SINDICAIS. Desde que observados os termos do art. 545 da CLT combinado com o Precedente Normativo n. 119 do Colendo TST e com a OJ n. 17 da SDC do Colendo TST, as empresas descontarão em folha de pagamento as mensalidades associativas em favor do sindicato, procedendo ao recolhimento na tesouraria da entidade, até 10 (dez) dias após a efetivação do aludido desconto. **Parágrafo único:** As empresas descontarão em folha de pagamento somente dos empregados sindicalizados os valores aprovados pela assembleia geral dos trabalhadores a título de contribuição assistencial, e procederá ao recolhimento no prazo e na forma acima descritas, garantido o direito à oposição.

CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA SEGUNDA — COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. Os conflitos individuais decorrentes da relação laboral poderão ser submetidos, nos termos da Lei n. 9.958 de 12 de janeiro de 2000 (Art. 625-D da CLT), à apreciação da Comissão de Conciliação Prévia, que foi instituída em fevereiro de 2001.

CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA TERCEIRA — MULTA. Fica estipulada multa no valor de 01 (um) salário mínimo por

infração e por empregado prejudicado, em caso de descumprimento de quaisquer das cláusulas do presente acordo, revertendo o seu valor ao empregado.

CONCLUSÃO

DIANTE DO EXPOSTO, decido **CONHECER** e, no mérito, **ACOLHER EM PARTE** o presente **DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE**, com fundamento no art. 269, inciso I, do CPC, nos termos da fundamentação.

Deferida estabilidade de 60 dias aos trabalhadores grevistas.

Determina-se o pronto retorno ao serviço, dos trabalhadores grevistas, ordem da qual as partes saem cientes da decisão, para cumprimento imediato, sob pena de ser considerada abusiva a continuidade do movimento paradedista, com multa no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por dia de manutenção abusiva do movimento, a cargo do suscitado e, acaso aplicada esta, reversível ao CEREST, de maneira vinculada para realização de cursos de aperfeiçoamento dos motoristas.

Determina-se, ainda, a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho, para apuração de responsabilidade por prática de atos antissindicais, com as possíveis consequências então decorrentes.

Custas pelas partes em proporção, calculadas sobre o valor dado à causa na inicial, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), na importância total de R\$ 200,00, sendo R\$1 00,00 (cem reais) para cada parte.

FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI,

Desembargador relator

Sentenças

2ª Vara do Trabalho de Goiânia – GO

Processo: 000960-07.2012.5.18.0002

Autor: Rubens de Lima

Réu: Novo Mundo Móveis e Utilidades Ltda.

ATA DE AUDIÊNCIA

Aos 29 (vinte e nove) dias do mês de novembro de 2012, por determinação do Exm^o. Sr. RANÚLIO MENDES MOREIRA, Juiz do Trabalho Substituto, realizou-se sessão exclusivamente para publicação de decisão relativa à ação que tramita perante a 2ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO sob n. 000960-07.2012.5.18.0002 entre partes:

AUTOR: RUBENS DE LIMA.

RÉU: NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA.

Aberta a audiência às 17:00 horas, foram apregoadas as partes, ausentes, sendo então proferida a seguinte:

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

RUBENS DE LIMA ajuizou ação em face de NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA., narrando vínculo jurídico entre as partes, postulando a gratuidade judiciária e a satisfação, em síntese, dos seguintes pedidos:

vínculo de emprego no período de 27.9.1996 a 14.1.2011 com anotação da CTPS, piso salarial, diferenças de comissões, DSR sobre comissões, horas extras, inclusive pela concessão irregular do intervalo intrajornada, feriados, sábados e domingos laborados, férias + 1/3, salários trezenos, FGTS + 40%, indenização por danos morais, multa do art. 467 da CLT e honorários advocatícios.

Deu à causa o valor de R\$ 120.000,00 juntando procuração e documentos.

Em audiência, frustrada a conciliação, a ré apresentou contestação escrita com documentos, refutando os pedidos da inicial, em resumo, argumentando:

prescrição e fatos impeditivos e extintivos das pretensões do autor.

Impugnação à defesa às fls. 981/1002.

Em audiência em prosseguimento, encerrou-se a instrução, seguindo-se razões finais orais e remissivas, permanecendo inconciliados.

É o que, de relevante, havia a relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1 – DA PRESCRIÇÃO

Face à arguição defensiva e com fulcro no art. 7º, inciso XXIX da CRFB, pronuncio a prescrição das pretensões *exigíveis* anteriormente a 15.5.2007 e do respectivo FGTS sobre elas acessoriamente incidente (Súmula n. 206 do TST e CC/02, art. 92 c/c CLT, art. 8º, parágrafo único), extinguindo-se o processo, quanto a elas, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, rejeitando-se tais pretensões.

A pronúncia não alcança as pretensões autônomas de depósitos de FGTS, prestigiadas pelo prazo trintenário (Lei n. 8.036/90, art. 23, § 5º). Mais, observar-se-á quanto às pretensões relativas a férias o cômputo do prazo extintivo conforme art. 149 da CLT e, em relação às anotações de CTPS não há prescrição, nos termos do art. 11, § 1º, da CLT.

2 – DO VÍNCULO, REMUNERAÇÃO E DSR

O reclamante alega ter trabalhado para a reclamada, na função de montador, no período

de 27.9.1996 a 14.1.2011. Informa que de 1997 a 1998 teve sua CTPS assinada e, que de 14.1.2011 até janeiro de 2007 continuou trabalhando para a ré sem a CTPS anotada, sendo que sua CTPS foi novamente assinada em 14.1.2011. Postula o reconhecimento do vínculo empregatício no período sem anotação na CTPS bem como as parcelas elencadas na peça vestibular.

A reclamada nega o vínculo empregatício no período anterior a 14.1.2011, asseverando que, neste período, o reclamante lhe teria prestado serviços como montador autônomo. Aduz ser lícita a terceirização pois a montagem de móveis não se insere na atividade-fim da empresa reclamada.

Analiso.

Das provas destes autos e de vários outros que tramitaram nesta Especializada, julgados por este e outros magistrados em casos semelhantes, ficou indubitavelmente verificado que a reclamada, mediante fraude, perpetrou a “pejotização” do trabalhador, com intuito de mascarar verdadeira relação de emprego, em flagrante desrespeito à legislação trabalhista, que abomina a precarização das condições de trabalho humano.

Ao Direito do Trabalho, segundo Lima Teixeira, importa que a empresa desenvolva com empregados próprios as atividades que explicam a sua existência e lhe dão perenidade. A fraude não está em ser este contingente de pessoal enxuto em relação ao número de empregados que um dia a empresa já ostentou. A fraude à legislação do trabalho consiste em:

I) seccionar atividades realmente essenciais da empresa como se fossem acessórias, terceirizando-as;

II) independentemente da atividade desmembrada, sobrepor a um contrato civil os traços fáticos definidores das partes no contrato de trabalho.

Neste contexto, cabe citar a mui esclarecedora manifestação de Ricardo Antunes:

“particularmente, nas últimas décadas a sociedade contemporânea vem presenciando profundas transformações, tanto nas formas de materialidade quanto na esfera da subjetividade, dadas as complexas relações entre essas formas de ser e de existir da sociabilidade humana. A crise experimentada pelo capital, bem como suas respostas, das quais o neoliberalismo e a reestruturação produtiva da era da acumulação flexível são expressão, têm acarretado, entre tantas consequências, profundas mutações no interior do mundo do trabalho. Dentre elas podemos inicialmente mencionar o enorme desemprego estrutural, um crescente contingente de trabalhadores em condições precarizadas, além da degradação que se amplia, na relação metabólica entre o homem e a natureza, conduzida pela lógica societal voltada prioritariamente para produção de mercadorias e para a valorização do capital. (ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 5. ed. São Paulo, Boitempo, 2001. p. 15).”

Deste modo, verifico que a reclamada aproveitando-se da hipossuficiência do reclamante, contratou-o ao arrepio da lei, e, ainda por cima, exigiu que o mesmo abrisse uma empresa para encobrir a real relação de emprego que existia entre as partes.

No caso vertente, a reclamada seccionou atividades realmente essenciais da empresa como se fossem acessórias, terceirizando-as e também tentou sobrepor a um contrato civil os traços fáticos definidores do contrato de trabalho.

Houve, sem dúvida, a subordinação estrutural.

O reclamante se submetia às diretrizes da reclamada, recebendo e cumprindo ordens de serviços de montagens de móveis, mediante remuneração. A pessoalidade também é manifesta, uma vez que o preposto reconhece ter combinado o início do vínculo com o

reclamante, indicado por colegas e não a contratação de empresa que anunciou seus serviços em lista telefônica ou na imprensa falada ou escrita.

Neste sentido a jurisprudência do TRT da 3ª Região:

EMENTA: SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, INTEGRATIVA OU RETICULAR — OU SIMPLEMENTE SUBORDINAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. A subordinação como um dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na **informação** e na **informática**, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo — corpo a corpo ou boca/ouvido — típica do taylorismo/fordismo, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespassa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras; pelas suas sobras — em células de produção. A subordinação objetiva aproxima-se muito da não eventualidade: não importa a expressão temporal nem a exteriorização dos comandos. No fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. Nesse aspecto, diria até que para a identificação da subordinação se agregou uma novidade: núcleo produtivo, isto é, atividade matricial da empresa, que Godinho denominou de subordinação estrutural. A empresa moderna, por assim dizer, se subdivide em atividades centrais e periféricas. Nisso ela copia a própria sociedade pós-moderna, de quem é, simultaneamente,

mãe e filha. Nesta virada de século, tudo tem um núcleo e uma periferia: cidadãos que estão no núcleo e que estão na periferia. Cidadãos incluídos e excluídos. Trabalhadores contratados diretamente e terceirizados. Sob essa ótica de inserção objetiva, que se me afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico da subordinação, o alimpamento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo **justralista**. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, os trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados. Na zona grise, em meio ao fogo jurídico, que cerca os casos limítrofes, esse critério permite uma interpretação teleológica desaguardadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, *data venia*, permite que a empresa deixe de atender a sua função social, passando, em algumas situações, a ser uma empresa fantasma — atinge seus objetivos sem empregados. Da mesma forma que o tempo não apaga as características da não eventualidade; a ausência de comandos não esconde a dependência, ou, se se quiser, a subordinação, que, modernamente, face à empresa flexível, adquire, paralelamente, cada dia mais, os contornos mistos da clássica dependência econômica. (Processo 00942-2008-109-03-00-2 RO. 4ª T. Rel. Des Luiz Otávio Linhares Renault. Pu. 13.12.2008.)

Neste passo, também no que se refere ao vínculo empregatício, adoto integralmente a luminar decisão do ilustre Des. Paulo Canagê de Freitas, prolatada em caso análogo no RO 0000383-17.2012.5.18.0006, que inclusive tem as mesmas testemunhas destes autos, que ora passo a transcrever:

“A reclamada ao reconhecer a prestação de serviço, assumiu o ônus de provar que a prestação de serviço ocorreu sob forma diversa da relação de emprego.

A reclamada, no entanto, não se desincumbiu do seu ônus. Saliento, inclusive, que a prova testemunhal demonstrou a prestação de trabalho subordinado, não eventual e com pessoalidade.

A 1ª testemunha indicada pelo reclamante, Gilvan Batista, ouvida no Processo RO-02203-2010-012-18-00-2, afirmou:

“Que o depoente trabalhou para o reclamado como montador de móveis, sem registro da carteira de novembro de 2004 a abril de 2009; que combinou o serviço com o gerente da reclamada de nome Valdeci; que estava **obrigado a comparecer diariamente às 8 horas**, mas se o depoente tivesse pego muitas ordens de serviço e não concluísse no dia, poderia no dia seguinte executar as ordens de serviço pendente, sem comparecer à empresa no início do dia; que o depoente parava o serviço entre 18 e 19 horas; que **havia proibição e por isso o depoente não trabalhou para outras empresas; que no período em que esteve prestado serviços para a reclamada; que havia obrigatoriedade do uso de uniforme com a advertência no sentido de que a empresa não passaria ordens de serviço, caso o montador se apresentasse sem uniforme; que eram os encarregados da montagem que passava as ordens de serviço, lembrando apenas o nome de Sirlei; que não poderiam recusar ordens de serviço, mas podiam passar o serviço para outros colegas; que não podia combinar serviços à parte da ordem passada dos serviços pelo cliente; que em caso de falta era preciso avisar à empresa antes; que o depoente já foi punido, ficando sem ordem de serviço pelo fato de não ter ido trabalhar, estando de ordens de serviços pendente para serem cumpridas; que a empresa em nome do depoente tinha um contador de nome Paulo, profissional que foi indicado pela empresa; que até onde o depoente sabe não tinha nenhum montador com ajudante na empresa; que em algumas situações a empresa se recusar a passar novas ordens de serviço, enquanto o depoente não cumprisse as repassadas.”** (negritei)

O 2º depoente, Willian Ribeiro, indicado pelo reclamante, ouvido no Processo RO-

02193-2010-006-18-00-3, trabalha para a reclamada há aproximadamente seis anos e assim se manifestou:

“que já trabalhou para a reclamada durante cerca de 06 anos; que via o reclamante na loja; que o reclamante também montava móveis dentro da loja; que **eram obrigados a usar uniforme da reclamada; que a reclamada dava o uniforme; que a empresa fornecia celular aos montadores; que havia controle do serviço pelo celular; que abriu uma empresa; que foi a reclamada que indicou o contador para o depoente; que o contador se chama Paulo; que o reclamante ia à empresa todos os dias; que o depoente também tinha que ir à empresa todos os dias; que o depoente trabalhava em feriados; que trabalhavam em feriados, mas nem todos; que não podiam fazer serviços para outras empresas; que ficou afastado da empresa durante três dias, quando o pai do depoente faleceu; que não ficou afastado por outro motivo no período em que trabalhou na empresa; que tinha que avisar quando ia faltar; que havia punição se faltasse sem avisar; que a punição seria ficar sem serviço; que a reclamada era quem pagava as comissões pelas montagens; que a reclamada era quem passava as ordens; que não passava serviço para outro montador; que podia recusar serviço só se estivesse fora da rota; que a punição por trabalhar sem uniforme era ficar sem serviço; que o reclamante nunca pegou OS para o depoente; que ninguém poderia pegar OS para o depoente; que não podia combinar serviço ‘por fora’ com o cliente da loja para o qual estava montando; que não podia ter ajudante.”** (negritei)

A 1ª testemunha indicada pela reclamada, Francisco Serafim, afirmou no Processo RO-2336-2010-011-18-00-2:

“que não havia nenhum montador registrado; que a empresa atualmente tem cerca de 80 montadores registrados; que é o depoente

quem estabelece as rotas para os montadores; que atualmente há montadores terceirizados, sendo que é o depósito quem estipula as rotas dos mesmos; que rota é toda a programação de montagem; que a ordem da montagem é definida pelo montador, a não ser nos casos de urgência; que caso o montador não faça a montagem, deve ligar para o depoente para que este arranje outro montador; que o depoente é quem imprimia as rotas (...); que o montador tem o prazo de 3 dias para realizar a montagem; que deve haver comunicação com o depoente acerca da não realização da montagem; que o Reclamante trabalhava cerca de 6 dias na semana; que o Reclamante usava uniforme, mas não sabe se é obrigatório; que havia orientação da Reclamada na utilização do uniforme, a fim de identificar o serviço feito pela empresa.” (negritei)

A 2ª testemunha indicada pela reclamada, Roberto Dias Braudes, juntado como prova emprestada do Processo RO-02336-2010-011-18-00-2, relatou:

“que a condição para prestar serviços para a Reclamada foi a abertura da empresa; que presta serviços exclusivamente para a Reclamada; que a Reclamada tem serviços suficientes para o depoente; que o depoente pode se recusar a fazer os serviços caso o cliente seja grosseiro ou tenha outro compromisso; que deveria comunicar à Reclamada caso não montasse o móvel; que na hipótese de reclamação o próprio montador retorna para corrigir o serviço; que o depoente recebe 4% do preço da nota fiscal; que é a própria Reclamada quem estabelece o preço; que a rota é repassada pelo depósito, mas a ordem de montagem é definida pelo depoente. (...) que o depoente tinha um ajudante e pagava um salário mínimo; que o depoente pode se afastar quando quiser mas deve comunicar a empresa com antecedência; que não sabe informar acerca da prestação do serviço específica do Reclamante. (...) que alguns clientes têm horário

pré-agendado, conforme definido no ato da compra; que o depoente, por preferência pessoal, preferia ligar para os clientes a fim de marcar aproximadamente um horário; que não tem contato com outros montadores registrados, mas acha que o serviço é tudo igual.” (negritei)

Pela análise de toda a prova testemunhal, constato que a reclamada exigia do montador a constituição de uma empresa que lhe forneceria notas fiscais em troca da devida remuneração pelos serviços prestados.

Verifico, também, que a reclamada comandava o labor dos montadores de móveis, ao estabelecer as rotas a serem cumpridas no dia, exigia o uso do uniforme e controlava horário para o término do expediente.

Constato, ainda, que a prova testemunhal confirmou que o labor ocorria de forma não eventual, com pessoalidade e subordinação, ressaltando que o empregado estava sujeito ao cumprimento de horários e ao controle sobre a realização das montagens determinadas pela empresa, portando, para isso, um aparelho celular fornecido pela Reclamada. Apesar de a reclamada insistir na tese de que a montagem de móveis não corresponde à atividade-fim da empresa e que essa tarefa pode ser desempenhada pelo próprio cliente, o depoimento da preposta no Processo RO-2229-2010-008-18-00-1, desmente essa tese, ao declarar:

“que foi combinado com o reclamante 4% de comissões, 48 horas de prazo para montagem, mediante serviço terceirizado; quem o reclamante tinha serviço todos os dias para montagem; que a reclamada começou a anotar a CTPS dos montadores no início deste ano; que atualmente a reclamada tem 80 montadores com CTPS anotadas; que 60 montadores não têm CTPS anotadas; que o reclamante recebia de 6 a 10 serviços por dia; que a comissão de 4% já consta do contrato, quando o montador era admitido.” (negritei)

Portanto, resta patente que o serviço de montagem de móveis está inserido na atividade-fim da reclamada, e se assim não fosse, não haveria a necessidade de a empresa contar com a prestação de serviço de 140 montadores de móveis, dos quais 80 com a CTPS anotada, conforme declarou a preposta em audiência.

Saliento que a montagem dos móveis é atividade indispensável para a reclamada, pois o consumidor compra o móvel montado e não as partes separadas do móvel.

Assim, a montagem dos móveis é procedimento ordinário dentro da atividade comercial da reclamada, não podendo dela prescindir, sob pena de não vender os seus produtos.

Portanto, presentes os requisitos de que trata o art. 3º da CLT e evidenciada a tentativa de fraude aos direitos trabalhistas, mantenho a sentença que reconheceu o vínculo empregatício entre os litigantes no período declinado na inicial, com a dispensa imotivada do reclamante pela reclamada.”

Assim, reconheço que a reclamada tentou mascarar vínculo empregatício, através de um arremedo de contrato civil não escrito, terceirizando parte da sua atividade-fim, o que atrai a ira do art. 9º da CLT.

Destarte, reconheço o vínculo empregatício no período de 1º.1.1999 a 14.1.2011 (data em que o reclamante teve sua CTPS anotada novamente), bem como a remuneração média de R\$ 1.755,17 (um mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e dezessete centavos) alegada pela ré em sua contestação e reconhecida pelo autor em audiência, à qual determino o acréscimo do Repouso Semanal Remunerado, sonogado das comissões pagas ao longo do vínculo empregatício mascarado, no importe de R\$ 292,52, correspondente a 1/6 do valor mensal das comissões recebidas, totalizando uma remuneração mensal de R\$ 2.047,70 (dois mil e quarenta e sete reais e setenta centavos), nos termos da Lei n. 605/49 e Súmula n. 27 do C. TST.

Assim, condeno a reclamada a pagar a importância mensal de R\$ 292,52 ao reclamante a título de repouso semanal remunerado sobre as comissões durante todo o período imprescrito, ou seja, de 15.5.2007 a 14.1.2011.

CTPS ANOTAÇÃO

Logo, determino à ré que proceda à retificação em CTPS obreira (admissão em 1º.1.1999, função de montador de móveis, e salário de R\$ 2.047,70 aí incluído o RSR sonogado, no prazo de até 05 dias a contar da intimação, após o trânsito em julgado, sob pena de anotação substitutiva pela Secretaria, que, transitando em julgado esta decisão, deverá expedir ofício à DRT com cópia desta para penalidade administrativa pertinente (CLT, art. 39, § 2º).

Fica o reclamado advertido de que não poderá fazer nenhuma anotação desabonadora na CTPS do obreiro, fazer observações ou anotações com caneta vermelha ou fazer qualquer referência de que as anotações lançadas decorreram de determinação judicial, sob pena de multa no valor de R\$ 5.000,00, sem prejuízo de eventual reparação de danos materiais e/ou morais.

3 – MULTAS DOS ARTS. 47 E 53 DA CLT

Indefiro as multas tendo em vista que a DRT já autuou a reclamada pelo mesmo fato e a aplicação da multa neste processo poderia configurar *bis in idem*.

4 – DAS VERBAS DO PERÍODO SEM ANOTAÇÃO

Reconhecido o vínculo empregatício no período acima, defiro as férias acrescidas do terço constitucional, em dobro, dos períodos aquisitivos 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011, os 13^{os} salários dos anos de 2007, 2008, 2009 e 2010.

Indefiro o saldo de salário de 14 dias de janeiro de 2011 vez que o autor recebia apenas comissões e não houve sequer alegação de que tenha deixado de receber comissões no referido período.

Anote-se que, tanto para o cálculo das férias quanto para o do 13º, as frações de mês iguais ou superiores a 15 dias dão ensejo a cômputo de doziavo integral (CLT, art. 146, parágrafo único e Lei n. 4.090/62, art. 1º, § 2º).

Registro que, para o cômputo destas parcelas, deverá ser observada a remuneração reconhecida no item 2, de R\$ 2.047,70.

5 – DAS DIFERENÇAS DE COMISSÕES

O reclamante postulou o pagamento de diferenças de comissões ao argumento de que foi combinado o pagamento de 3,5 a 4% de comissões sobre o valor dos móveis montados e que, porém, a ré emitia duas notas fiscais, uma com o valor real para o cliente e outra, com valor menor, para apresentação aos montadores, com intuito de pagar comissões em valores inferiores aos devidos.

Na audiência de instrução, o reclamante reconheceu como verdadeiros os valores constantes nos relatórios de montagem invocados pela reclamada e também discriminados na contestação.

Destarte, indefiro o pagamento de diferenças de comissões.

6 – DO PISO SALARIAL

O autor postula o pagamento de “uma remuneração arbitrada no valor de um salário mínimo em face da não percepção de salário ou piso mínimo” (f. 19), alegando que a Constituição em seu art. 7º, IV prevê o pagamento de salário mínimo a todos os trabalhadores além das comissões pelos serviços prestados”.

Sem razão.

O que a Constituição garante no art. 7º, IV é que nenhum trabalhador receba salário inferior ao salário mínimo estipulado e não o pagamento de salário mínimo e comissões.

Assim, não há qualquer óbice que o trabalhador receba apenas comissões desde que essas comissões não sejam inferiores ao salário mínimo.

Como a média salarial do auto reconhecida por ele mesmo em audiência é superior ao salário mínimo, indefiro.

7 – DAS HORAS EXTRAS E REFLEXOS

Indefiro o pleito de horas extras e reflexos, uma vez que restou incontroverso nos autos que o reclamante exercia trabalhos externos, incompatíveis com controle rígido de horários. Além do mais, por se tratar de jornada externa o encargo probatório era do reclamante e, deste, o obreiro não se desvencilhou.

Pelo mesmo motivo não há falar também em intervalo intrajornada ou em remuneração por trabalhos em domingos e feriados e seus reflexos.

8 – DOS DANOS MORAIS e MATERIAIS

O autor postula indenização por danos morais, alegando que a reclamada não assinou sua CTPS nem lhe pagou nenhuma verba salarial do período sem registro.

A ausência de anotação da CTPS do reclamante é, sem dúvida, ato ilícito cometido pela reclamada. Marginalizar o trabalhador, lhe retirando todas as benesses advindas do reconhecimento do vínculo empregatício, traduz lesão a honra e a dignidade do trabalhador.

Não se alegue que esse é um mero aborrecimento. A não anotação de CTPS e sonegação de pagamento de parcelas previstas na legislação trabalhista, previdenciária e fundiária caracterizam delinquência patronal e provoca a frustração do projeto do Estado Social de Direito previsto na Constituição Federal e na legislação pátria, ocasionando danos de grande repercussão tanto na esfera material, quanto extrapatrimonial do trabalhador.

Quanto ao dano material, já restou parcialmente reparado, por meio das condenações nos itens acima, não obstante o enriquecimento ilícito obtido pela empresa em virtude de ter se locupletado com o benefício dos efeitos deletérios da prescrição. No mais, não provou o reclamante a existência de outros danos de cunho material, motivo pelo qual, indefiro.

No que tange ao dano extrapatrimonial (moral), verifico que no caso vertente, sofreu, o reclamante, verdadeiro DANO EXISTENCIAL.

Com relação aos danos extrapatrimoniais, cabe fazer a distinção entre as várias espécies, sendo pertinente a citação de lapidar análise do culto Juiz do Trabalho Júlio César Bebber⁽¹⁾:

Danos extrapatrimoniais

Revela-se excessivamente tímida a análise dos danos (e, por conseguinte, da reparação) extrapatrimoniais unicamente sob a vertente do dano moral. O direito à existência digna das pessoas, garantida pela CF (art. 1º, III), exige proteção ampla contra qualquer dano injusto causado a qualquer bem (material ou imaterial). Grifei.

A opção pela possibilidade de reparação (compensação) do dano exclusivamente moral (CF, 5º, X) tem de ser interpretada como o desejo de se reconhecer a existência de danos extrapatrimoniais e, com isso, de estabelecer o princípio segundo o qual todo dano imaterial deve ser indenizado. Grifei.

É isso, aliás, o que parecem dizer os artigos:

- a) 12 do CC, que estabelece a possibilidade de exigir-se a cessação da ameaça ou lesão a *direito da personalidade*;
- b) 186 do CC que estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, *violar direito e causar dano a outrem*, ainda que exclusivamente moral, *comete ato ilícito*;
- c) 944 do CC, que menciona que a indenização mede-se pela extensão *do dano*;
- d) 948 do CC, ao fazer referência a *outras reparações*;
- e) 949 do CC que menciona: *além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*.

Note-se que todas as regras acima citadas não especificam os bens jurídicos tutelados.

(1) BEBBER, Júlio Cesar. Danos Extrapatrimoniais (Estéticos, Biológicos e Existencial) — Breves Considerações, *Revista LTr*, v. 73, n. 1, jan. 2009.

São por isso, normas abertas (normas em branco) que autorizam caracterizar como ilícito (e reparável) todo ato doloso ou culposo que injustamente obstar as atividades realizadoras da pessoa humana.

Daí a possibilidade de reparação de alguns danos como o *dano estético*, o *dano biológico*, o *dano existencial (dano ao projeto de vida)*.

(...)

Dano existencial

Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* — perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano.⁽²⁾ Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. Grifei.

Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa; o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.

O dano existencial independe de repercussão financeira ou econômica,⁽³⁾ e não diz respeito à esfera íntima (dor e sofrimento, características do dano moral). Dele decorre a frustração de uma projeção que impede a

(2) Essa modalidade de dano foi aceita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, que reconheceu tratar-se de uma lesão à pessoa, “considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.

(3) Sentença n. 184/1986 da Corte Constitucional da Itália.

realização pessoal (com perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação *in pejus* da personalidade), impõe a reprogramação e obriga um relacionar-se de modo diferente no contexto social.⁽⁴⁾ É, portanto, passível de constatação objetiva.⁽⁵⁾

Analisa-se, para aferição do dano existencial:⁽⁶⁾

- a) a injustiça do dano. Somente dano injusto poderá ser considerado ilícito;
- b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo à consecução do projeto de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se a pessoa;
- c) a razoabilidade do projeto de vida. Somente a frustração injusta de projetos razoáveis (dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro) caracteriza dano existencial. Em outras palavras: é necessário haver possibilidade ou probabilidade de realização do projeto de vida;
- d) o alcance do dano. É indispensável que o dano injusto tenha frustrado (comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs.

(4) “A privação da capacidade de desempenho de uma actividade relacionada com a habilitação profissional superior específica de que o autor é titular, com restrições no âmbito da sua prestação intelectual, traduz-se num dano biológico limitativo da capacidade de gozar a vida, num prejuízo concreto de afirmação pessoal — *prejudice d’agrément*, ou de fruição dos prazeres da vida.” (Tribunal da Relação de Coimbra, Apelação do Proc. n. 560/2000.).

(5) Segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, “il danno esistenziale consiste in ‘ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all’espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno” (Sentença n. 6572/2006).

(6) Segundo a Seção Única Suprema Corte de Cassação da Itália, a reparabilidade do dano existencial exige, unicamente, a presença dos seguintes elementos: a) injustiça do dano; b) lesão a uma posição constitucionalmente garantida (Sentença n. 500/1999).

Acrescento ao entendimento do douto colega Júlio César Bebber, que o dano existencial também ocorre quando o ato ilícito, pela sua gravidade e extensão, frustra a possibilidade, inclusive de o trabalhador construir um projeto de vida, eis que, ao não obter o pagamento de determinadas parcelas salariais e ser alijado da proteção jurídica do Estado, mediante a fraude perpetrada pela ré que se utiliza da “pejotização” fraudulenta para sonegar parcelas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, o reclamante/trabalhador viu-se impedido, inclusive de criar seus projetos de vida, pois, ficando tanto tempo sem a percepção dos seus direitos, certamente não mais acreditou na eficácia das previsões constitucionais e deixou de acreditar no Estado Social de Direito.

Assim, considerando que são as condições materiais que determinam a consciência e não a consciência que determina as condições materiais, conforme ensinado por Marx, podemos com certeza afirmar que aquele que foi fortemente violado em seus direitos, não apenas teve frustrados os seus projetos de vida, mas também teve arrancado violentamente de si a possibilidade de construir sonhos e projetos e isso, sem dúvida também provocou dano existencial, devendo essa hipótese ser somada àquelas muito bem descritas por Bebber.

No caso vertente, podemos verificar que o reclamante trabalhou em benefício da reclamada por mais de 12 anos sem anotação da CTPS, sem gozo ou recebimento de férias com acréscimo de 1/3, sem o recebimento de salários trezenos e repouso semanal remunerado, bem como sem a percepção de depósitos de FGTS em conta vinculada.

A delinquência patronal⁽⁷⁾, consubstanciada na fraude perpetrada pelo empregador, que

(7) Expressão utilizada pelo Professor Wilson Ramos Filho, no artigo “Delinquência Patronal, Repressão e Reparação”, que foi alvo de estudos no Curso Master em Teoria Crítica de Direitos Humanos: Globalização e Direitos, que fizemos na Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha.

frustrou, por mais de 12 anos, direito assegurado pela legislação do trabalho, causou ao reclamante, não apenas danos materiais, mas também danos existenciais, na medida em que frustrou os projetos de vida do trabalhador e a possibilidade de construir projetos.

Poderíamos ficar o dia todo fazendo digressões acerca dos prejuízos experimentados pelo trabalhador, mas no caso, podemos citar que, sem sombra de dúvidas, o reclamante ao não perceber o RSR (que no caso vertente reconheci no valor mensal de R\$ 292,52, perdeu parcela salarial mensal que poderia ter sido utilizada para o pagamento de educação do trabalhador, pagamento de escola particular ou de melhor qualidade para os seus filhos, aquisição de veículo que desse conforto para o trabalhador e sua família, pagamento de plano de saúde para o trabalhador e seus dependentes, aquisição de bens móveis ou imóveis que melhorassem a qualidade de vida do trabalhador e sua família e até aquisição de alimentos, que, sem dúvida melhorariam as condições de vida e existência do reclamante e seus dependentes.

O não pagamento do 13º salário por parte da reclamada, também frustrou ao reclamante a aquisição de bens para si ou presentes para os seus entes queridos, colocando-o em inferioridade de condições com os demais trabalhadores que tiveram os seus direitos respeitados, o que degenerou a qualidade de vida do trabalhador e seus familiares.

A não concessão ou pagamento das férias, por mais de 12 anos, frustrou o lazer do reclamante e sua família, provocando degeneração da qualidade de vida do trabalhador, o que igualmente se traduz em dano existencial.

O não depósito de FGTS em conta vinculada do trabalhador também violou direito previsto em lei e frustrou a possibilidade de o reclamante utilizar os valores que ali deveriam estar depositados para a aquisição de imóvel e também o colocou em situação de maior insegurança em relação aos outros trabalhadores

formalmente registrados, frustrando-lhe projetos, o que evidentemente também provoca dano existencial.

Os Direitos Humanos, na concepção irremediável do saudoso Professor Joaquín Herrera Flores, são processos que garantem às pessoas os meios de aceder aos bens da vida necessários para uma existência digna, e, nesse contexto, a reclamada furto do reclamante, mediante fraude, durante mais de 12 anos, várias parcelas salariais (danos materiais) que poderiam ter sido utilizadas pelo reclamante para garantir a ele e sua família uma existência mais digna, e, por isso, houve malferimento dos direitos humanos do trabalhador e, por via de consequência, danos extrapatrimoniais, (existencial), devendo a reclamada indenizar o trabalhador, na forma dos arts. 5º, V e X da CF/88, bem como dos arts. 12, 186, 944, 948 e 949 do Código Civil Brasileiro, bem como do art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos, que prevê:

“Todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Não é demais acrescentar, conforme registrou Julio César Bebbber, em nota de rodapé no texto citado, que o direito a reparação pela violação de dano existencial já foi reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, que reconheceu tratar-se de uma lesão à pessoa, “*considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas*”.

Cabe aqui ainda registrar, para eventual apreciação de cortes superiores, que a CTPS do obreiro foi registrada em 2011, em consequência ação fiscal promovida pela DRT que constatou a existência de dezenas de trabalhadores sem registro de CTPS na reclamada, o que redundou no registro do contrato do reclamante e de vários outros trabalhadores, ficando também verificada a extensão do dano

perpetrado pela ré e a ausência de arrependimento, pois somente deu dignidade aos seus empregados, mediante a força coercitiva do Estado.

Destarte, reconheço, que no caso vertente o reclamante sofreu dano moral (existencial), consubstanciado na degradação da sua qualidade de vida, frustração da realização dos projetos de vida ou da construção destes, em virtude de delinquência patronal que, mediante fraude, “pejotizou” o reclamante (que trabalhou como se pessoa jurídica fosse, quando na verdade não era), frustrando-lhe a percepção de parcelas e direitos previstos em legislação trabalhista. Estes atos da ré provocaram danos à existência do trabalhador, motivo pelo qual a reclamada deve reparar.

Assim, diante da gravidade da ofensa, da repercussão do dano, da ausência de arrependimento, da capacidade financeira da reclamada, da duração do ato ilícito, condeno a ré a reparar os danos morais (extrapatrimoniais/existenciais) experimentados pelo autor, no importe de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), valores estes que deverão ser corrigidos com juros e correção monetária, na forma da lei, a partir da data da publicação da presente sentença, uma vez que já os arbitrei em valores atuais.

9 – FGTS

Determino à parte ré que comprove nos autos os depósitos de FGTS (Lei 8.036/90, art. 15 e art. 18, § 1º) de todo o período laborado e os incidentes sobre as parcelas deferidas nesta sentença, independentemente de nova intimação, sob pena de execução pelo equivalente apurado em liquidação (CPC, art. 461 e §§ c/c CLT, art. 769), devendo os valores permanecerem depositados em conta vinculada, até que o reclamante implemente os requisitos necessários ao levantamento.

10 – MULTA DO ART. 467 DA CLT

Tratando-se de penalidades a interpretação é necessariamente restritiva (exegese da CRFB, art. 5º, II e XXXIX, parte final).

Controvertidas que foram as pretensões relativas a pagamentos rescisórios estrito senso, únicos passíveis de incidência do acréscimo legal de 50%, não cabe a penalidade do art. 467 da CLT segundo exegese do próprio dispositivo.

11 – JUSTIÇA GRATUITA E HONORÁRIOS

Declarando-se a parte autora hipossuficiente e não havendo elementos que desmereçam tal condição, prestigiada por presunção legal (Lei n. 7.115/83, art. 1º), defiro-lhe a gratuidade judiciária (art. 790, § 3º, da CLT).

Não se tratando da hipótese do art. 16 da Lei n. 5.584/70 e persistindo o *ius postulandi* no Processo do Trabalho (CLT, arts. 791 e 839), não cabem honorários advocatícios (Súmulas ns. 219 e 329 do TST e OJ n. 305 da SDI-I do TST).

12 – RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Comprove a parte ré o recolhimento das contribuições sociais, cota do empregado — a ser deduzida de seu crédito — e do empregador, incidentes sobre as verbas salariais decorrentes da condenação (não há tributação sobre os valores de FGTS — Lei n. 8.036/90, art. 28 — títulos indenizatórios e demais parcelas excluídas pelo art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91 e Decreto n. 3.048/99, art. 214, § 9º), sob pena de execução pelos valores respectivos (CF, art. 114, VIII), ressalvada a hipótese, quanto à cota patronal, de comprovação de opção pelo SIMPLES (Lei n. 9.317/96, art. 3º).

Os recolhimentos previdenciários jungidos à competência desta especializada são restritos aos definidos no parágrafo anterior não abarcando outros ainda que haja reconhecimento de vínculo não anotado em juízo (exegese do art. 114, VIII, da CRFB — redação da EC n. 45/2004 e do art. 832, § 3º, da CLT)⁽⁸⁾.

Observem-se, outrossim, as incidências fiscais cabíveis sobre títulos de natureza salarial,

(8) *Data venia* ao entendimento da Súmula n. 368 do TST.

nos termos do art. 46 da Lei n. 8.541/92 e dos Provimentos ns. 01/96 e 03/2005 da CGJT.

13 – AMPLITUDE DA COGNIÇÃO – MODERAÇÃO

Expostos os fundamentos pelos quais decididos os pleitos submetidos a julgamento restam atendidas as exigências da CLT, art. 832, *caput*, e da CF, art. 93, IX, não sendo exigível pronunciamento explícito acerca de todas as argumentações das partes⁽⁹⁾, até porque o recurso ordinário não exige prequestionamento viabilizando ampla devolutividade ao Tribunal (CLT art. 769 c.c art. 515, § 1º do CPC e Súmula n. 393 do TST).

III – DISPOSITIVO

Face ao exposto, na ação n. 000960-07.2012.5.18.0002, em que figura como parte autora RUBENS DE LIMA sendo ré **NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA.**, concedendo a gratuidade judiciária àquela, **DEFIRO PARCIALMENTE** os pedidos formulados em face desta para o fim de:

- a) declarar prescritas as verbas anteriores à 15.5.2007, extinguindo-as com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV do CPC;
- b) condenar a parte ré ao pagamento de:
 - 1) repouso semanal remunerado, nos termos do item 2 da fundamentação;
 - 2) férias, em dobro, acrescidas do terço constitucional e salários trezenos, nos termos do item 4 da fundamentação;
 - 3) indenização por danos morais (existenciais), no importe de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), nos termos do item 8 da fundamentação.
- b) determinar à parte ré que:
 - 1) proceda a anotação em CTPS obreira, nos moldes, prazo e sob as penas do item 2 da fundamentação;

(9) STJ – AGA 470095 – PR – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 28.6.2004 – p. 00190 e STJ – REsp 331797 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto – DJU 26.4.2004 – p. 00158.

2) comprove os depósitos, em conta vinculada, de FGTS, supra deferidos, no prazo e sob as penas da fundamentação — item 6;

3) comprove os recolhimentos previdenciários (cota do empregado — deduzida do crédito deste — e do empregador) e fiscais cabíveis, sob pena de execução quanto àqueles, observando-se os Provimentos ns. 01/96 e 02/93 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e a Súmula n. 368, do C. TST.

Tudo mais, na forma da fundamentação, que integra o presente dispositivo no que pertinente às soluções dos pedidos⁽¹⁰⁾.

Cumpra-se no prazo de oito dias quando outro não houver sido estipulado.

Liquidação, por cálculos, com correção monetária (com índices do mês seguinte ao da prestação de serviços — Súmula n. 381 do TST, conversão da OJ n. 124 SDI-I) e juros, na forma da Lei (Lei n. 8.177/91, art. 39, *caput* e § 1º), observado quanto a estes o disposto no art. 883 da CLT e na Súmula 200 do TST.

Para efeitos do art. 832, § 3º, da CLT, são salariais e incide contribuição previdenciária sobre os DSRs e salários trezenos.

Custas, pela parte ré, sobre R\$ 100.000,00 (valor provisoriamente fixado para a condenação), no montante de R\$ 2.000,00 (CLT, art. 789).

Registro que não será concedida isenção de indenização por eventuais embargos protelatórios ou multas por litigância de má-fé ou atos atentatórios ao exercício da jurisdição, a nenhuma das partes, uma vez que a União não pode subsidiar a má-fé ou a protelação da entrega da tutela jurisdicional, por imposição necessária dos princípios da moralidade e duração razoável do processo (arts. 5º, LXXVIII e 37 da CF/88).

(10) O dispositivo não é apenas a parte topográfica final da decisão, mas sim todo e qualquer pronunciamento judicial, independentemente de localização, no qual acolhido ou rejeitado o pedido do autor, com ou sem julgamento de mérito.

Partes cientes (CLT, art. 834 e Súmula n. 197 do TST).

Intime-se a Procuradoria-Geral Federal (União), nos termos do art. 832, § 4º, da CLT, com redação dada pela Lei n. 11.457/2007.

Encerrou-se às 17:02 horas.

Nada mais.

RANÚLIO MENDES MOREIRA,

Juiz do Trabalho Substituto

8ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR

Processo: 0010268-17.2014.5.15.0120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Réu: GBA CALDEIRARIA E MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA.

RELATÓRIO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ajuizou, em 13.6.2014, Ação Civil Pública contra GBA CALDEIRARIA E MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA., alegando que, em razão de denúncias recebidas, instaurou o procedimento preparatório sob n. 000375.2014.15.006/9-82 no qual restou constatada a demissão simultânea de 103 (cento e três) trabalhadores da ré no mês de maio de 2014. Diante desse quadro, designou audiência para oitiva de representantes do sindicato e da ré. Após transcrever trechos dos depoimentos, o autor concluiu que houve dispensa em massa de trabalhadores sem a prévia e efetiva negociação coletiva. Aduziu que não houve esforços, por parte da ré, no sentido de adotar medidas que pudessem evitar a dispensa dos 103 trabalhadores ou mesmo minimizar o impacto dos seus efeitos lesivos, o que, segundo o autor, caracteriza a abusividade de sua conduta.

O autor destacou que, além dos trabalhadores serem hipossuficientes, a ré, para os parâmetros da cidade de Guariba — local onde ocorreu as dispensas —, possui porte considerável, o que impõe a esta o ônus de manter os empregos destes trabalhadores até que se chegue a uma negociação adequada, que, conforme o autor, deve ser implementada nestes autos.

Narrou, ainda, que a conduta da ré violou normas constitucionais e de convenções e recomendações da OIT, de forma coletiva, o que não só constitui injusta lesão a toda uma coletividade de trabalhadores, como implica

desrespeito para com as empresas que cumprem a legislação, às vezes até com muito esforço, e que têm consciência social.

Por fim, o autor pleiteou a declaração de nulidade das dispensas de trabalhadores no mês de maio de 2014; a condenação da ré na obrigação de fazer, consistente em reintegrar os empregados demitidos no mês de maio de 2014, com o pagamento de todos os salários e benefícios respectivos, sob pena de multa diária; a condenação da ré na obrigação de não fazer, consistente em abster-se de promover a dispensa dos empregados reintegrados até que se realizem negociações a serem entabuladas nestes autos em audiência judicial; a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de dano moral coletivo no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); a suspensão dos atos processuais nas reclamações trabalhistas individuais (relacionadas em documento anexo) ajuizadas nos Juízos da 1ª e 2ª Varas do Trabalho de Jaboticabal até o deslinde da presente demanda; a apresentação pela ré de relatório detalhado das demissões efetuadas no mês de maio de 2014, com informação do nome do trabalhador demitido, o cargo ocupado, a remuneração percebida e a data da admissão. Pugnou, ainda, pela antecipação dos efeitos da tutela. Deu à causa o valor de R\$ 200.000,00.

A antecipação dos efeitos da tutela foi deferida, conforme id. 52a99b6, nos seguintes termos:

“A despedida em massa sem prévia negociação, questão de fato incontroversa, não apenas

mostra-se abusiva (foram mais de 100 trabalhadores dispensados), mas também constitui prova inequívoca de que a empresa requerida deixou de zelar por aqueles que, através de sua força de trabalho, lhe permitem existir.

Não há notícias, ainda, de que a empresa tenha paralisado ou encerrado as suas atividades, pelo contrário. É de conhecimento deste Juízo a existência de obras sendo por ela realizadas. De qualquer forma, nada justifica a atitude da requerida no presente caso.

O perigo da demora, por seu turno, também se revela patente, em razão do lapso já transcorrido desde malsinadas dispensas.

Por todo o exposto, e com fulcro ainda no que prelecionam os arts. 12, 19 e 21 da Lei n. 7.347/85, defiro a antecipação da tutela pretendida, inaudita altera pars, declarando nulas as dispensas levadas a cabo pela empresa requerida no mês de maio de 2014 e determinando:

1) a IMEDIATA reintegração de todos os trabalhadores demitidos nesse interregno (maio de 2014), sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 por empregado não reintegrado, A SER COMPUTADA, em caso de descumprimento, DO DIA IMEDIATAMENTE SEGUINTE À CITAÇÃO DA REQUERIDA;

2) que a empresa se abstenha, ainda, de dispensar os reintegrados, até a realização de negociações a serem entabuladas nestes autos, em audiência desde logo designada para o dia 26.6.2014, às 14h45;

3) a suspensão de todos os feitos já ajuizados, conforme relação anexa, nos moldes do art. 265 do CPC, IV, alíneas 'a' e 'b' do CPC."

Em 16.6.2014, foi encaminhado ofício de número 140/2014 à MM. 1ª Vara do Trabalho de Jaboticabal dando ciência do ajuizamento da presente demanda e dos termos da antecipação dos efeitos da tutela deferida.

Em 17.6.2014, a ré requereu a reconsideração da decisão (id. db5d29a), alegando que a dispensa foi precedida de negociação coletiva

na medida em que restou assegurado aos trabalhadores demitidos o pagamento das verbas rescisórias parceladas em 10 vezes. Aduziu que o setor no qual atua enfrenta sérios problemas econômicos e que, não apenas ela, mas várias outras empresas do ramo vêm realizando demissões em massa com o pagamento parcelado de verbas rescisórias. Asseverou que a empresa GBA METALURGICA S/A., pertencente ao mesmo grupo econômico, contratou, no mesmo mês das dispensas, 169 (cento e sessenta e nove) trabalhadores na cidade de Santa Vitória – MG. Esclareceu que o ajuizamento de ações individuais com o imediato pedido de homologação de acordo cujo conteúdo é o parcelamento em 10 vezes das verbas rescisórias se deu por exigência dos próprios trabalhadores. Informou que realizou o pagamento da 1ª parcela das verbas rescisórias.

O pedido de reconsideração foi indeferido nos termos do id. 8fcf263.

Em 18.6.2014, a MM. 1ª Vara do Trabalho de Jaboticabal encaminhou ofício a este Juízo comunicando a homologação de acordos no bojo das reclamações trabalhistas individuais que ali tramitavam.

Da decisão que antecipou os efeitos da tutela, a ré impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar, medida que foi indeferida pelo Desembargador Relator Manoel Carlos Toledo Filho, em 23.6.2014.

Foi realizada audiência judicial, em 26.6.2014, na qual o autor propôs à ré o pagamento do saldo remanescente das verbas rescisórias dos trabalhadores em 05 parcelas, sendo a primeira no dia 10/07/2014, destacando que o acordo abrangeria todos os empregados dispensados, inclusive aqueles que possuem reclamação tramitando na 1ª Vara do Trabalho local. A ré apresentou contraproposta requerendo o pagamento das verbas rescisórias em 06 parcelas.

Não foi possível obter acordo entre as partes.

O autor aditou a petição inicial para elevar o valor do pedido de indenização a título de

dano moral coletivo para R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

A ré apresentou defesa, conforme as razões do id. 19e5698, arguindo preliminar de coisa julgada. No mérito, negou as alegações da petição inicial, afirmando que as dispensas ocorreram em razão da grave crise financeira pela qual vem enfrentado. Salientou que a reintegração dos trabalhadores comprometeria a sua própria existência e, mesmo assim, juntou declarações de empregados afirmando que não têm interesse em ser reintegrados e que estão de acordo com os respectivos parcelamentos das verbas rescisórias. Aduziu, ainda, que tanto a multa pelo descumprimento da ordem judicial quanto a indenização pelo dano moral coletivo são excessivas.

Diante do descumprimento da ordem de reintegração, o autor requereu, em audiência, a execução da multa.

Foi deferido prazo de 48 horas para a ré se manifestar acerca da proposta de acordo ofertada pelo autor, sob pena de execução da multa pelo descumprimento da decisão judicial. Também foi deferido prazo de 10 dias para o autor se manifestar sobre a defesa e documentos, a partir de 1º.7.2014, inclusive.

A ré requereu a produção de prova testemunhal, o que foi indeferido por este Juízo que entendeu que os fatos os quais a ré pretendia provar eram incontroversos e irrelevantes para o deslinde da demanda.

Em 30.6.2013, a ré informou a inviabilidade de se entabular o acordo proposto pelo autor (id. ab2f256).

Decorridos os prazos, restou encerrada a instrução processual.

Em 7.7.2014, a ré apresentou petição comprovando o pagamento da 2ª parcela das verbas rescisórias e narrou que se viu forçada, por exigência dos trabalhadores e do próprio patrono do sindicato, a pactuar o pagamento de honorários advocatícios ao advogado do Sindicato para que este ajuizasse demandas individuais pleiteando o pagamento de verbas

rescisórias e imediatamente fosse protocolado acordo de parcelamento destas parcelas.

As propostas de conciliação, oportunamente apresentadas, foram rejeitadas.

DECIDO.

FUNDAMENTAÇÃO

DA COISA JULGADA

A ré arguiu a preliminar de coisa julgada sob o fundamento de que, dos 103 empregados demitidos, 87 empregados ingressaram na Justiça do Trabalho, sendo que 40 ações tramitam na 1ª Vara do Trabalho de Jaboticabal, e em todas estas ações foram homologados acordos cujo conteúdo foi o pagamento parcelado em 10 vezes das verbas rescisórias. Segundo a ré, a homologação de tais avenças produz os efeitos da coisa julgada o que impede a reintegração pretendida pelo autor destes 40 empregados.

Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso, e há repetições de ações quando os elementos da segunda ação (partes, causa de pedir e pedido) coincidem com os elementos da primeira ação, nos termos do art. 301, §§ 1º, 2º e 3º do CPC.

Não verifico, no caso dos autos, a tríplice identidade de ações capaz de caracterizar a coisa julgada. Primeiro porque não há identidade de partes na medida em que o Ministério Público do Trabalho é o autor da presente demanda. Segundo porque os pedidos formulados nas mencionadas ações individuais restringem-se ao pagamento de verbas rescisórias, enquanto que no caso dos autos o que se persegue é o reconhecimento da nulidade das despedidas com a consequente reintegração dos trabalhadores.

Contrariamente ao alegado pela ré, o Juízo da 1ª Vara do Trabalho local, ao homologar os acordos individuais, não analisou a abusividade ou não das dispensas realizadas, pois tal matéria sequer foi objeto daquelas demandas.

Rejeito.

DO ADITAMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

A ré se opôs ao aditamento da petição inicial realizada pelo autor em audiência sob o fundamento de que já havia sido citada e a defesa se encontrava nos autos.

No Processo do Trabalho, a defesa é apresentada em audiência, razão pela qual o aditamento da petição inicial é viável se realizado até este momento, tal como ocorreu no caso dos autos.

Além do mais, o autor aditou a petição inicial apenas para requerer a majoração da indenização por danos morais coletivos, o que não ensejou qualquer prejuízo à defesa. Mesmo porque, compete ao magistrado a fixação do valor das indenizações, não estando atrelado ao montante pleiteado pelas partes.

DO REQUERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS

Em que pese a ré pretender a oitiva de testemunhas para demonstrar a existência de negociação coletiva anterior às dispensas, o encerramento da instrução processual, em audiência, não configurou cerceamento de defesa.

A prova requerida se revelou absolutamente desnecessária já que os fatos são incontroversos. Não se discute que a ré procurou o Sindicato da categoria para informar acerca da necessidade de realizar despedidas, dias antes de estas serem realizadas. Também não pairam dúvidas acerca da “negociação” entabulada entre o sindicato e a ré cujo conteúdo se restringiu ao pagamento em 10 parcelas das verbas rescisórias dos empregados demitidos

Cabe a este Juízo, portanto, o enquadramento jurídico dos fatos que, repito, são incontroversos. Em outras palavras, nesta decisão será analisada a abusividade ou não da conduta da ré.

DA DESPEDIDA COLETIVA

Conforme já salientado, restou incontroverso: que a ré dispensou simultaneamente 103 empregados que prestavam serviços na cidade de Guariba (sede da empresa); que, dias

antes de realizar as despedidas, a ré procurou o Sindicato da categoria para informá-lo que não poderia arcar com o pagamento das verbas rescisórias, avisando-o que pretendia parcelá-las em 30 vezes; que, simultaneamente às dispensas, mediante reivindicação dos trabalhadores e do sindicato, a ré aceitou parcelar as verbas rescisórias em 10 vezes; que por exigência dos trabalhadores e do sindicato acordou-se que seriam ajuizadas demandas individuais e, imediatamente, seria protocolada petição de acordo cujo conteúdo seria o parcelamento em 10 vezes das verbas rescisórias com o pagamento de honorários ao patrono do sindicato no percentual de 10% do valor dos acordos; que não foram reduzidas a termo as atas relativas às “negociações” entre trabalhadores, sindicato e empresa ré.

A despedida coletiva consiste na rescisão simultânea, por motivo único — econômico, tecnológico, estrutural ou análogo —, de uma pluralidade de contratos de trabalho, em uma empresa, sem a substituição dos empregados dispensados. Têm-se, portanto, duas premissas para se caracterizar a dispensa como coletiva: rompimento contratual, de forma plural, e uma causa real vinculadora.

Tal como sustentado pelo autor, considerando os parâmetros da cidade de Guariba, a dispensa implementada pela ré de 103 empregados configura despedida coletiva. Embora a ré comprove (id. 7226adc) que outra empresa do mesmo grupo econômico realizou a contratação de 169 empregados no mesmo mês das mencionadas dispensas, este fato não é o bastante para afastar a caracterização da despedida coletiva. As contratações se deram na cidade de Santa Vitória, no Estado de Minas Gerais, localidade distante e sem qualquer relação com a comunidade da cidade de Guariba.

É importante destacar que rompimento contratual coletivo atinge não apenas os trabalhadores, mas todo o grupo social que vive a sua volta e depende, direta ou indiretamente, dos frutos de seu trabalho. Assim, a contratação

de trabalhadores em outra localidade em nada interfere nos efeitos deletérios sofridos pela comunidade da cidade de Guariba.

A despedida coletiva de trabalhadores redundada em malefícios muito superiores àqueles acarretados pelas dispensas individuais. Por esta razão, o rompimento coletivo não pode obedecer à mesma lógica do individual e, tampouco, merece o mesmo tratamento jurídico.

Em que pese não haver proteção específica contra a despedida coletiva no direito positivo pátrio, o caráter abusivo desta medida é perfeitamente extraído a partir de uma interpretação sistemática da Constituição da República, do Direito Internacional do Trabalho, assim como de precedentes jurisprudenciais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza, em seu artigo XXIII, que toda pessoa tem direito à proteção contra o desemprego. Em consonância com tais ditames, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou diversas Convenções que ressaltam a atuação sindical tratando-se de relações de trabalho massivas, tais como, Convenções ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, destacando o direito à informação previsto na C. 163 da OIT.

No âmbito da Constituição da República de 1988, existem artigos relevantes que formam um conjunto integrado de defesa contra a demissão coletiva arbitrária em observância à função social da propriedade: art. 1º, IV, art. 3º, I, II e III, art. 5º, XXIII e §§ 1º e 2º, art. 6º, caput, art. 7º, I, II e XXVI, art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII, art. 186, III e IV e art. 193, *caput*. O respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), a valorização do trabalho e, especialmente, do emprego (arts. 1º, IV, 6º, e 170, VIII, CRFB/88), impõem que se reconheça distinção normativa entre as dispensas coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes, e as dispensas individuais.

No plano infraconstitucional não é diferente. O Código Civil estabelece que os contratantes são obrigados a guardar entre si os princípios

de probidade e boa-fé (art. 422). Em consonância com os preceitos constitucionais, também determina que a propriedade deve atender sua função social (art. 1.228, § 1º).

De acordo com todo o conjunto normativo exposto, resta claro que a empresa possui um compromisso social, nos termos do art. 170, III, CRFB/88, o que implica a obrigação da dispensa coletiva ser socialmente justificada, ou seja, deve ser pautada numa real e justa necessidade empresarial, e precedida de uma negociação coletiva efetiva, sob pena de ser considerada abusiva, ensejando a sua nulidade e, por conseguinte, a reintegração dos empregados.

Oportuno mencionar os elementos da Convenção n. 158 da OIT, que trata das diretrizes regulatórias das dispensas coletivas, das quais se destaca a necessidade de a dispensa ser precedida de consulta aos representantes dos trabalhadores interessados, bem como de notificação às autoridades competentes. Muito embora tal Convenção tenha sido ratificada pelo Brasil e, pouco tempo depois, denunciada, o art. 8º da CLT permite que, em casos de falta de disposição legal, o juiz decidirá pela jurisprudência, analogia, equidade, princípios e regras gerais de direito, inclusive do direito comparado.

Portanto, sem adentrar na discussão acerca da aplicabilidade imediata ou não da Convenção n. 158 da OIT, é evidente que a normatização emanada pelo órgão internacional, do qual o Brasil é membro, deve servir de norte para a ponderação de valores tutelados pela Constituição da República, não havendo razão para não ser considerada quando da proteção coletiva do trabalhador.

No âmbito jurisprudencial pátrio, o tema ganhou destaque, em 2009, momento em que o TRT 15ª Região, ao apreciar dissídio coletivo de natureza jurídica, invalidou a dispensa em massa efetuada pela EMBRAER em face da inobservância do procedimento de negociação coletiva prévia. O C. TST, ao analisar o Recurso

Ordinário interposto contra tal decisão, se pronunciou nos seguintes termos:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. *A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea — sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada — é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por*

*consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontrastável 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, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. *A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. (ED-RODC – 30900-12.2009.5.15.0000. Data**

de Julgamento: 10.8.2009, relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 4.9.2009).

Recentemente, o E. TRT da 1ª Região confirmou a decisão proferida pela 23ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro que, no bojo de uma Ação Civil Pública, declarou a nulidade da despedida de 850 empregados da “Webjet” em virtude do não cumprimento dos requisitos mencionados:

VRG E WEBJET. DISPENSA COLETIVA. SUCESSÃO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS NORMATIVOS PARA A REDUÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO. REINTEGRAÇÃO. A interpretação e eficácia da garantia constitucional inserta no art. 7º, I da CF se descortina, no âmbito das dispensas coletivas, à luz das regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF). Nesta ordem, a reintegração determinada pelo Juiz de 1º grau se revela adequada à lesão coletiva e às circunstância dos autos. A uma, porque não se cuida de extinção da empresa, mas de sua incorporação por outra integrante do grupo econômico, com notória superioridade financeira, caracterizando típica sucessão trabalhista; a duas, porque a estratégia empresarial desconsiderou a repercussão da decisão de extinção da empresa incorporada na esfera jurídica de seus empregados, optando, depois, por desqualificá-los e pela dispensa coletiva, sem a interveniência sindical e evidências de observância dos critérios fixados no instrumento normativo da categoria para a redução da força de trabalho; a três, porque, como decorrência da anterior, incidiram as recorrentes em evidente conduta discriminatória, privilegiando os empregados da primeira ré, adquirente, em detrimento dos pertencentes aos quadros da segunda, não

obstante a identidade da categoria profissional e sua submissão aos mesmos normativos; e a quatro, porque flagrante o descumprimento da ordem judicial reintegratória, em capciosa conduta destinada a atender integralmente os interesses da empresa concentrante. (RO 0001618-39.2012.5.01.0023 – DOERJ 9.9.2013. Relatora/redatora designada: Maria Aparecida Coutinho Magalhães.)

Em que pese a ré afirmar que passa por grave crise financeira e por tal motivo foi obrigada a despedir os 103 trabalhadores, esta situação não restou devidamente comprovada. Primeiro porque as declarações juntadas (id. b315847 e id. 300a3a3), atestando que o grupo econômico teve títulos protestados em cartório e possui débitos perante a Receita Federal, por si só, não configuram a suposta crise. Segundo porque a contratação de 169 empregados em outra localidade é um indício de que a saúde financeira da ré não é tão grave como pretende fazer crer.

Do mesmo modo, as notícias trazidas aos autos pela ré no sentido de que o setor sucroalcooleiro passa por grave crise não são suficientes para justificar as despedidas. O fato de outras empresas realizarem o despedimento coletivo de trabalhadores com o conseqüente parcelamento de verbas rescisórias não legitima esta conduta. Pelo contrário, demonstra a necessidade de se tomar medidas capazes de coibir tal prática empresarial completamente contrária aos princípios basilares do Direito do Trabalho.

E, ainda que se restasse demonstrado o motivo financeiro ensejador das despedidas, certo é que estas deveriam ter sido **precedidas** de uma **efetiva** negociação coletiva com a finalidade de fixar condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva. Como exemplo de medidas possíveis, cito: a suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou em programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-A da CLT); a criação de plano de demissão voluntária (PDVs); a instituição de critérios

para as dispensas, tais como, despedida, em primeiro lugar, dos mais jovens e das pessoas que não possuem dependentes, não dispensa de mulheres grávidas e de pessoas próximas a aposentadoria; a manutenção por um determinado prazo de benefícios concedidos pela empresa como os planos de assistência médica.

A “negociação” implementada entre a ré e o sindicato da categoria encontra-se longe de assegurar a finalidade do instituto. A negociação coletiva busca conferir direitos para além daqueles já assegurados no rompimento individual dos contratos de trabalho. O parcelamento de verbas rescisórias em 10 vezes — tal como restou negociado — não pode ser considerado, em hipótese alguma, um benefício aos trabalhadores. As verbas rescisórias possuem caráter alimentar e o seu pagamento deve ser realizado na forma e nos prazos preconizados no art. 477, § 6º, da CLT. Esta é uma garantia mínima dos trabalhadores que não comporta flexibilização, muito menos renúncia.

Destaco ser irrelevante o fato da “negociação” ter ocorrido antes ou depois das despedidas já que seu conteúdo se revelou totalmente prejudicial aos trabalhadores. Vale dizer que esta negociação equivale a uma não negociação. E, mesmo que assim não fosse, a própria ré admite que “após a efetiva dispensa os trabalhadores paralisaram suas atividades por dois dias, sendo que nesta ocasião foi que foram realizadas as reuniões visando a resolver a questão da dispensa dos trabalhadores”.

Além do mais, as alegações da ré de que convidou os empregados demitidos para trabalhar na cidade de Santa Vitória – MG não altera as conclusões deste Juízo. A modificação do local da prestação de serviços é considerada alteração lesiva do contrato de trabalho vedada pelo ordenamento jurídico, nos exatos termos do art. 468 da CLT. Logo, estes convites não constituem vantagem aos trabalhadores demitidos e tampouco supre a necessidade de negociação coletiva.

Diante da ausência de **efetiva negociação**, a conduta da ré violou a boa-fé objetiva (art. 5º

da LINDB e art. 422 do CC), os princípios da confiança e da informação, caracterizando verdadeiro abuso do direito (art. 187 do CC), haja vista que, agindo assim, a ré ultrapassou os limites determinados pelo seu fim social e econômico.

À vista do exposto, reconheço a abusividade da dispensa coletiva e confirmo a antecipação dos efeitos da tutela que declarou a nulidade das despedidas e determinou a reintegração no emprego dos trabalhadores dispensados.

DO DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL DE REINTEGRAÇÃO

A ré sustentou, por diversas vezes (pedido de reconsideração, mandado de segurança impetrado, contestação), ser inviável a determinação judicial de reintegração dos trabalhadores demitidos sob o fundamento de que “os empregados foram demitidos porque não há dinheiro em caixa para pagamentos do salário dos mesmos, e também porque não há serviço disponível, e a empresa reclamada não tem como arcar com mais de 100 empregados em sua folha de pagamento sem a devida contraprestação do trabalho”.

Aduziu, ainda, que os próprios trabalhadores se recusaram a cumprir a ordem judicial e juntou declarações padronizadas destes informando o não interesse na reintegração e a concordância com o acordo entabulado de parcelamento em 10 vezes das verbas rescisórias.

A ré não observa princípios basilares do Direito do Trabalho, principalmente o princípio da irrenunciabilidade que consiste na impossibilidade jurídica do trabalhador de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio. Este princípio decorre da natureza publicista das normas que tutelam a relação de emprego e formam um contrato mínimo legal. Afinal, a premência do empregado, a necessidade de prover a subsistência, a disputa de mercado, a desinformação, a vulnerabilidade decorrente da inferioridade

hierárquica, tornam o trabalhador alvo fácil de atos de renúncias lesivas, tal como se observa no caso dos autos.

Destaco que não foram trazidas aos autos provas reais de que a reintegração não seria interessante aos trabalhadores. Se estes já estivessem empregados em outras empresas, caberia a ré colacionar cópias das CTPS, demonstrando a nova contratação, o que contudo não o fez.

A ré tampouco demonstrou a suposta dificuldade de localização dos empregados. Não há nos autos qualquer comprovação de que se tenha dado ciência aos empregados demitidos da determinação judicial.

As alegações apresentadas pela ré não são suficientes para justificar o descumprimento da ordem judicial. Pelo contrário, ficou cabalmente evidenciado o descumprimento premeditado da decisão judicial e a intenção da empresa em não se submeter a uma efetiva negociação. Para além da violação dos direitos aqui tutelados, a ré demonstrou completo descaso pelo Poder Judiciário.

DAS TENTATIVAS INFRUTÍFERAS DE NEGOCIAÇÃO

Na audiência presidida por esta Magistrada, em 26.6.2014, as partes debateram exaustivamente as possibilidades de negociação.

A ré informou que o débito total das ações individuais nas quais se persegue o pagamento das verbas rescisórias importa, aproximadamente, em R\$ 2.090.000,00 (dois milhões e noventa mil reais), sendo que a 1ª parcela das verbas rescisórias, no valor total de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), foi paga a todos os empregados demitidos, no dia 10.6.2014.

O autor, mesmo tendo ciência de que a negociação, em tese, deveria conferir aos trabalhadores dispensados vantagens superiores ao mero pagamento das verbas rescisórias, diante da recusa deliberada da ré em oferecer melhores condições aos empregados demitidos, propôs o parcelamento das verbas rescisórias **em no máximo 5 vezes**.

A ré ofertou contraposta de parcelar as mencionadas verbas em 6 parcelas, o que foi rechaçado pelo autor que requereu, assim, a execução da multa fixada por este Juízo já que a determinação judicial de reintegrar os trabalhadores não foi cumprida.

Foi concedido, então, à ré o prazo de 48 horas para aceitação da proposta de acordo formulada pelo MTP, sob pena de execução da multa pelo descumprimento da decisão judicial.

Em 30.6.2014, a ré informou a este Juízo a sua recusa em aceitar a proposta de conciliação formulada pelo MPT.

Oportuno mencionar que tal recusa causou grande estranheza a esta Magistrada. De acordo com os valores informados pela própria ré, o valor do saldo remanescente para a quitação das verbas rescisórias perfaz o montante de R\$ 1.890.000,00 (um milhão oitocentos e noventa mil reais), o que significaria o pagamento mensal de R\$ 378.000,00 (trezentos e setenta e oito mil reais) nos moldes da proposta do autor. Já o parcelamento em 6 vezes, conforme a contraposta da ré, ensejaria o pagamento mensal de R\$ 315.000,00 (trezentos e quinze mil reais). Assim, em razão da diferença mensal de R\$ 63.000,00 (sessenta e três mil reais) a ré se recusou a celebrar o acordo.

Em contrapartida, sem adentrar na análise da licitude da conduta, a própria ré deixou claro, nos autos, que se comprometeu a pagar honorários ao advogado do sindicato para que este ajuizasse demandas individuais com o imediato pedido de homologação do acordo de parcelamento das verbas rescisórias. Os honorários foram pactuados no percentual de 10% dos acordos individuais, o que enseja o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a mais que deveria ser desembolsado pela ré. Esta quantia se revela muito superior à diferença encontrada entre a proposta do autor e a contraproposta da ré.

A conduta da ré, intransigente e contrária à boa-fé, inviabilizou a negociação pretendida

pelo autor. Neste contexto, importante observar que o pedido formulado pelo MPT, em sua petição inicial, visa à reintegração dos trabalhadores até que seja entabulado acordo **nestes autos**:

4.2 – a condenação da requerida na obrigação de fazer, consistente em REINTEGRAR os empregados demitidos no mês de maio de 2014, com o pagamento de todos os salários e benefícios respectivos, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por empregado não reintegrado e por dia;

4.3 – a condenação da empresa ré na obrigação de não fazer, consistente em abster-se de promover a dispensa dos empregados reintegrados **até que se realizem negociações a serem entabuladas nestes autos em audiência judicial** a ser designada oportunamente, sob pena de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por empregado demitido e por dia.

De nada adianta prolongar a determinação de reintegração dos trabalhadores (que sequer foi cumprida pela ré) se esta não for acompanhada da consequente negociação. Considerando a necessidade de se conferir efetividade à decisão judicial e a luz do princípio da instrumentalidade do processo, não resta outra alternativa a este Juízo que converter o direito à reintegração no pagamento de indenização substitutiva a cada trabalhador lesado.

Destaco que o art. 496 da CLT permite o pagamento de indenização substitutiva ao emprego estável quando a reintegração se revelar desaconselhável. Esta norma vem sendo aplicada analogicamente em diversas outras demandas trabalhistas para conferir o direito à indenização diante da impossibilidade de reintegração. Cito como exemplo o reconhecimento da estabilidade da gestante após o período estável — situação na qual jurisprudência fixou entendimento no sentido de ser possível o deferimento da indenização substitutiva pelo magistrado sem que se configure julgamento extrapetita (Súmula n. 244, item II, do C. TST).

Eduardo Henrique Raymundo (*Sistema da Ação Civil Pública no Processo do Trabalho* São Paulo: LTr, 2005, p. 316) nos lembra outras hipóteses em que se admite a ultrapetição ou extrapetição:

“Remarque-se, ademais, que além da hipótese genérica do art. 462 do CPC, aplicável subsidiariamente, há casos de extra ou ultrapetição que são, legal e judicialmente, admitidos mesmo no processo individual do trabalho em nome da realização do princípio da proteção que o especializa e ao direito material, como no da conciliação, que poderá alcançar matéria que não compunha o pedido e foi depois expressamente aditada em cláusula específica ou impor àquele restrições de que não cogitava a defesa; na incompatibilidade que impossibilite a reintegração do empregado estável ilegalmente despedido (CLT, art. 496) ou ainda no caso de prestações rescisórias não honradas que atrai, independentemente de pedido, a condenação das iras do art. 467 também da Consolidação.”

Se é permitido ao magistrado, a luz do caso concreto, converter, em demanda individual, o pedido de reintegração em pagamento de indenização substitutiva, não pairam dúvidas de que esta medida também é possível no caso dos autos que envolve demanda de natureza coletiva.

Neste sentido, Eduardo Henrique Raymundo, citando Amauri Mascaro Nascimento (*Sistema da Ação Civil Pública no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 317), nos ensina que “na mesma medida em que vão preponderando as características de natureza pública dos direitos e interesses, o princípio dispositivo vai perdendo espaço até desaparecer. Tal progressão não produz consequências somente quanto as partes e a sua legitimação, mas, também quanto a causa de pedir e quanto ao pedido propriamente dito”.

As indenizações, aqui deferidas, buscam compensar os trabalhadores dos prejuízos sofridos com conduta abusiva da ré que não só

realizou a despedida coletiva como se recusa a negociar condições dignas para o rompimento dos contratos de trabalho.

À vista do exposto, defiro o pagamento de indenização substitutiva a cada trabalhador lesado que deve corresponder ao valor de 5 salários devidos aos trabalhadores respectivamente. Saliento que as indenizações deferidas não se confundem com o pagamento das verbas rescisórias, devendo os trabalhadores receberem ambas as parcelas.

DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL

Reconheço que houve descumprimento da ordem judicial desde o dia 17.6.2014 — data em que a ré foi notificada do deferimento da antecipação dos efeitos da tutela — até o dia 30.6.2014, momento no qual restou patente a impossibilidade de se alcançar uma negociação nos próprios autos. Deste modo, o valor da multa pelo descumprimento da ordem judicial totaliza R\$ 26.780.000,00 (vinte e seis milhões setecentos e oitenta mil reais).

Pondero que este valor se tornou elevado, razão pela qual, nos moldes do art. 461, § 6º, do CPC, reduzo-o para R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), devendo este valor ter destinação idônea e próxima da comunidade imediatamente atingida, o que será indicado pelo Ministério Público do Trabalho.

DO DANO MORAL COLETIVO

O dano moral coletivo consiste na lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade os quais possuem natureza extrapatrimonial referindo-se a valores e bens fundamentais. O dano moral coletivo caracteriza-se *in re ipsa*, sendo, portanto, prescindível sua prova, eis que decorre da simples conduta.

O patrimônio axiológico comum é afetado toda vez que há negação à dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho, princípios vetores do Estado Democrático de Direito. A conduta da ré — demissão coletiva

sem a prévia e efetiva negociação somada ao parcelamento abusivo de verbas rescisórias —, não só violou o senso ético da sociedade como também acarretou o desequilíbrio da livre-concorrência uma vez que a ré se desonerou ilicitamente de obrigação imposta a todas as empresas. Como bem ponderou o autor, a conduta da ré consubstancia-se em profundo “desrespeito com as empresas que cumprem a legislação, às vezes até com muito esforço, e que têm consciência social”.

Não pode o Poder Judiciário quedar-se inerte diante desta prática empresarial lesiva e desrespeitosa, que conforme trazido aos autos pela própria ré tem se tornado costumeira.

A reparação por danos morais coletivos encontra-se amparada pela Constituição da República. O art. 5º, incisos V e X, da CRFB prevê a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais e, em vários outros dispositivos, se extrai a preocupação com a tutela da coletividade (arts. 7º, VI, XIII, XIV, XXVI, LXXIII, 9º e 129, III).

Atentando-me à dupla finalidade da indenização, compensatória e pedagógica, e visando desestimular a prática de tais irregularidades por outras empresas, defiro o pagamento de indenização compensatória a título de dano moral coletivo no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a ter destinação idônea e próxima da comunidade imediatamente atingida, o que será indicado pelo Ministério Público do Trabalho.

DOS OFÍCIOS

Conforme já debatido nesta decisão, a ré e o Sindicato da categoria pactuaram o pagamento de honorários advocatícios ao patrono do sindicato para que este ingressasse com demandas individuais pleiteando o pagamento de verbas rescisórias e imediatamente requeresse a homologação de acordos. O próprio representante do sindicato afirmou que “quando as reclamações trabalhistas foram ajuizadas, tanto a empresa quanto o Sindicato e também trabalhadores, já sabiam que imediatamente seria

proposto acordo judicial para o parcelamento das verbas rescisórias”. Esta conduta se revela contrária à própria finalidade do Sindicato e caracteriza lide simulada, razão pela qual determino a expedição de ofícios ao MPT e à OAB para que sejam tomadas as providências cabíveis, independentemente do trânsito em julgado desta decisão.

Diante da recusa deliberada da ré em cumprir a ordem judicial, determino, também, a expedição de ofício ao MPF para apuração do crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, independentemente do trânsito em julgado desta decisão.

DISPOSITIVO

ISTO POSTO, decido, na forma da fundamentação, rejeitar a preliminar de coisa julgada e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados por **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** contra **GBA CALDEIRARIA E MONTAGENS INDUSTRIAIS LTDA.**, para reconhecer a nulidade da despedida dos 103 trabalhadores e condenar a ré ao pagamento das seguintes parcelas:

1. de indenização compensatória a cada empregado demitido no valor de 5 salários devidos a estes respectivamente;
2. de multa pelo descumprimento da ordem judicial no valor de R\$ 1.000.000,00 a ter

destinação idônea e próxima da comunidade imediatamente atingida, o que será indicado pelo Ministério Público do Trabalho;

3. de indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 1.000.000,00 a ter destinação idônea e próxima da comunidade imediatamente atingida, o que será indicado pelo Ministério Público do Trabalho.

As verbas deferidas têm natureza indenizatória e sobre elas não incidem contribuições fiscais ou previdenciárias.

Os juros e a correção monetária devem observar os critérios da Súmula n. 439 do TST.

Custas, a cargo da ré, no importe de R\$ 80.000,00 calculadas sobre o valor da condenação que arbitro em R\$ 4.000.000,00, sujeitas a adequação.

Providencie a Secretaria a expedição de ofícios para o MPT, MPF e OAB.

Intimem-se as partes.

Cumpra-se após o trânsito em julgado, exceto no que tange à expedição de ofícios ao MPT, MPF e OAB.

Nada mais.

Jaboticabal, 22 de julho de 2014.

MARINA DOS SANTOS RIBEIRO,

Juíza do Trabalho

Vara do Trabalho de Rancharia – SP

Processo: 0000186-13.2010.5.15.0072

Requerente(s): TERCÍLIA OTÍLIA CONCEIÇÃO DA SILVA
ANGELA MARIA NUNES DA CRUZ

Requerida: IBÉRIA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.

SENTENÇA

I. RELATÓRIO

TERCÍLIA OTÍLIA CONCEIÇÃO DA SILVA (espólio) e ANGELA MARIA NUNES DA CRUZ, qualificadas na inicial, propõem ação de indenização por danos morais decorrente de acidente de trabalho em face da empresa IBÉRIA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA., alegando, em síntese, que: seu neto/filho foi admitido em abril/2008, na função última de auxiliar de irrigação, com registro do vínculo empregatício em sua CTPS; em 10.6.2008 sofreu acidente de trabalho na empresa requerida, vindo a falecer em 29.10.2009. Postulam os pedidos declinados na inicial, requerendo a condenação da ré aos respectivos pagamentos. Requerem, ainda, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e condenação em honorários advocatícios. Juntaram procurações e documentos. Dão à causa o valor de R\$ 102.000,00 e 21.000,00 (respectivamente nestes autos principais e nos apensados, estes sob número 359-37.2010).

Em resposta, a primeira requerida apresentou defesa escrita (fls. 103/133). No mérito aduz, em síntese, que: houve imprudência do trabalhador e culpa exclusiva da vítima, bem como lhe deu toda a assistência necessária. Impugna o pedido de justiça gratuita e condenação em honorários advocatícios. Contesta, por cautela, todos os demais pedidos. Requer, ainda, caso seja deferida alguma verba, observem-se os critérios que indica, além da

compensação dos valores pagos. Pede pela improcedência da reclamação. Juntou procuração e documentos (fls. 82/102 e 134/166).

Réplica às fls. 168/180, seguida de cópias de expedição de ofícios às entidades médicas da região (fls. 181/189).

Às fls. 190/199, foram anexadas algumas respostas dos ofícios enviados, acompanhadas de documentos.

Às fls. 202/203, a primeira requerente junta novos documentos (fls. 205/206), e na sequência foram anexadas novas respostas e documentos das entidades médicas/INSS (fls. 208/320).

Na audiência de fls. 328/331, foi anexado documento comprovando a impossibilidade de comparecimento da primeira requerente e registrados os esclarecimentos das partes e do juízo, inclusive o deferimento do apensamento do feito 359/2010, onde já havia sido determinado o comparecimento da segunda requerente na audiência em questão (*vide* despacho de fl. 182 nos autos apensados – volume III).

Registrou-se, ainda, na ata de fl. 328 o não comparecimento de uma testemunha da ré e uma da primeira requerente, com reiteração da intimação, sob pena de condução coercitiva, bem como foram colhidos os depoimentos pessoais da segunda requerente (fls. 328/329) e da preposta da ré.

Reiteração dos ofícios às entidades médicas (fls. 333/341), seguidos de mandados de condução coercitiva (fls. 342/343).

Respostas aos ofícios foram anexadas, com documentos, às fls. 349/405.

Petição da primeira requerente, com atestado médico comprovando a impossibilidade de seu comparecimento, foi anexada às fls. 407/409, com despacho indagando à parte contrária sobre a possibilidade de dispensa do depoimento.

Novas respostas de ofícios das entidades médicas foram anexadas, com documentos às fls. 410/505.

Expedidos os mandados de condução coercitiva (fls. 507/508 e 510), seguiu-se a juntada de certidões da oficiala de justiça, informando o temor de uma das testemunhas em comparecer, por receio de perder o emprego (fls. 511), e certificando no verso da fl. 510 que a testemunha Valter Evangelista dos Santos tomou ciência da data da instrução.

À fl. 512, foi anexada resposta ao ofício expedido à Secretaria Municipal da Saúde, informando não haver nenhuma passagem ou documento do falecido em seus arquivos.

Às fls. 513/516, a requerida se manifesta sobre os documentos anexados pelas entidades médicas e requer a nomeação de médico perito, clínico geral e neurologista, sem abrir mão do depoimento pessoal da primeira requerida.

À fl. 517, foi determinada a oitiva da primeira requerente em sua residência em razão de seu estado de saúde, restando prejudicada a audiência de instrução, antes designada para o dia 14.9.2010.

Às fls. 519/521, foi registrado o depoimento pessoal da primeira requerente, deferindo-se prazo para juntada de novos documentos por parte da mesma, sob protestos da ré, bem como postergada a prova da (i) legitimidade da segunda requerente.

Petição de fls. 523/524, da primeira requerente, solicitando a juntada de novos documentos médicos (fls. 525/540).

À fl. 541, foi dada vista à ré dos documentos anexados, cuja manifestação se resumiu em reiterar o pedido de uma perícia médica com especialista/neurologista.

À fl. 545, foi determinada a realização de perícia para apuração denexo causal entre a morte do trabalhador e o acidente de trabalho. Seguiu-se a apresentação de quesitos das partes (fls. 547/548).

Por conta da inusitada convocação do falecido (fl. 557) por parte da perita médica, à fl. 558 foi esclarecido que a perícia seria feita com base no exame da documentação médica anexada.

O laudo médico veio aos autos às fls. 564/585, seguido de manifestação da primeira requerente (fls. 588/589) e da ré (fls. 590/592).

À fl. 596, o patrono da segunda requerente (autos apensos) protestou pela sua não intimação por mais de um ano, embora tenha ratificado os atos praticados até aquele momento, chamando a atenção do juízo para eventual nulidade futura, a partir daí.

Às fls. 597/604, a perita médica fez anexar o laudo complementar, na perícia médica indireta, seguido de manifestação da primeira requerente (fls. 605/607) e da requerida às fls. 608/615.

Nos despachos de fls. 616 e 619, foi determinado que a perita apresentasse novos esclarecimentos, que vieram aos autos às fls. 621/632.

Às fls. 634/640, a primeira requerente manifestou-se sobre o laudo complementar, anexando notícia da internet sobre o tema (fls. 641/642), seguida de manifestação da requerida (fls. 644/653).

O patrono da segunda requerente, que até então não havia sido intimado, tomou ciência dos atos ocorridos posteriormente, a partir do despacho de fl. 654, conforme intimação de fl. 656, onde o juízo instigou as partes a manifestarem-se sobre eventual produção de outras provas, sob pena de encerramento da instrução (ainda que a partir de sugestão da primeira requerente à fl. 658 e seguintes).

Às fls. 659/660, a requerida informa o falecimento da primeira requerente, solicitando ao juízo a determinação da regularização do polo ativo, que foi deferido à fl. 661.

Com a petição de fls. 664/666, o patrono da primeira requerente informou quais seriam os seus herdeiros sucessores. À fl. 667, o juízo suspendeu o feito para comprovação da qualificação pertinente, que veio aos autos a partir de fl. 669 e seguintes.

Às fls. 684/685, a requerida reiterou seu pedido de extinção do feito pelas razões que indica, bem como requer a juntada de documentos pessoais dos herdeiros.

O juízo, à fl. 686, deferiu o requerimento da ré, determinando a regularização do polo ativo, cujos documentos foram anexados pela petição de fls. 690/691 e seguem até a fl. 725.

Manifestação da ré às fls. 726/728, onde reitera o pedido de extinção do feito diante da morte da primeira requerente e a intransmissibilidade do direito.

Encerrada a instrução processual (fl. 729).

Razões finais pelas partes (fls. 731/733 e 734/740).

Inconciliados.

II. FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARES

A. ILEGITIMIDADE ATIVA DA 2ª REQUERENTE – (P. 359/2010 – apenso)

Com a concordância das partes, foi realizado o apensamento do feito citado em epígrafe, onde originalmente demandava isoladamente apenas a segunda requerente, cerca de dois meses depois do ajuizamento deste feito, sendo ela, fato incontroverso, a mãe biológica do trabalhador falecido e que teve sua legitimidade contestada pelas partes.

Nele a requerida, à fl. 45, arguiu a ilegitimidade ativa da mãe do falecido, Angela Maria Nunes da Cruz, ao argumento de que o filho, desde os 03 anos de idade, morou com a avó, primeira requerente neste feito (p. 186/2010), que inclusive deteve sua guarda, até alcançar sua maioridade.

Ratifica-se a rejeição da preliminar de ilegitimidade de parte, conforme registrado na

ata de fl. 329, a qual, aliás, confunde-se com o mérito.

Prova disso é que foi dada oportunidade às partes de produzirem provas sobre suas alegações.

Registre-se o equívoco material na ata de fl. 329 e onde foi digitado “dores objetivas” (3º parágrafo) leia-se “dores subjetivas”.

B. REGULARIZAÇÃO - POLO ATIVO - HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS

Ratificam-se, também, as decisões interlocutórias de fls. 686 e 729, que admitiram a habilitação dos herdeiros, já considerada regular a partir da juntada de todos os documentos pertinentes, incluindo os dos herdeiros netos às fls. 722/725, ao contrário do que insinuou a requerida à fl. 728-verso.

C. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PATRONO DA 2ª REQUERENTE – PRINCÍPIO DA CONVALIDAÇÃO E DA TRANSCENDÊNCIA

Não obstante o patrono da 2ª requerente ter ficado quase um ano sem ser intimado, como bem foi observado na petição de fl. 596, ele próprio tratou de ratificar todos os atos anteriores, como registrou na petição citada.

Não bastasse, embora a secretaria tenha continuado no mesmo equívoco, acolhendo a observação da 1ª requerente à fl. 658, tratou de corrigir a falha ao anexar aquela petição, como se percebe na primeira intimação dirigida ao seu patrono, anexada à fl. 656.

O fato é que, mesmo tendo sido o patrono da segunda requerente intimado dos atos posteriores, inclusive em relação à eventual produção de outras provas, ficou-se em silêncio, atraindo os princípios da convalidação e da transcendência que resulta na máxima da teoria das nulidades: sem prejuízo não há nulidade!

Convalidam-se, pois, todos os atos processuais praticados.

D. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DE LAUDO MÉDICO NEUROLÓGICO SUPOSTAMENTE NÃO REALIZADO

Em várias manifestações a requerida impugnou a não designação de perícia médica específica (neurológica), segundo sua ótica, para refutar as conclusões da perita do juízo.

Ocorre que a medicina interdisciplinar, mormente no caso de perícias especializadas em medicina do trabalho, supriu quaisquer dúvidas a respeito do caso concreto, como será pontuado no mérito propriamente dito.

O avanço da medicina, da tecnologia, inclusive da informação, desmistifica o apego empresarial de que somente um especialista em neurologia seria capaz de realizar a perícia médica indireta analisando a documentação acostada, já que o trabalhador em questão é falecido.

E. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO PERSONALÍSSIMO – INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

A requerida insurge-se também contra a habilitação dos herdeiros de Tercília Otília Conceição da Silva, primeira requerente, não apenas no aspecto formal, desta feita em razão da ausência de interesse de agir ou amparo legal para a pretensão de virem a ser beneficiados pela dor sofrida, personalíssima e intransmissível da primeira requerente, que faleceu no curso do processo, ao argumento de que o dano moral é direito personalíssimo e, portanto, intransmissível.

A tese esposada pela reclamada encontra-se claramente ultrapassada.

A doutrina e jurisprudência atual sinalizam pela legalidade da transmissão dos direitos das vítimas do dano moral suportado em vida, por parte dos seus herdeiros ou mesmo pelo espólio, e tal corrente é ilustrada pela ementa abaixo, extraída de julgamento no mesmo sentido há muitos anos na Justiça Comum:

“APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS — SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL — PROCESSO EXTINTO COM FULCRO NO ART. 267, INC. IX, DO CPC — TRANSMISSIBILIDADE DA AÇÃO AO ESPÓLIO RECURSO PROVIDO. ‘Embora sendo subjetivo o direito à indenização por dano moral e inerente à pessoa do ofendido, tendo este acionado seu direito com o ajuizamento da ação e vindo a falecer no curso da demanda, a substituição processual se impõe, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil, pois sendo a natureza da ação patrimonial, transmite-se aos herdeiros’ (Agravo de instrumento n. 70002704377, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, julgado em 9.8.2001).” (Apelação Cível n. 2000.018729-1, de Blumenau, Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 29.10.2002. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>)

“APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANO MORAIS — PRELIMINAR — ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM — FALECIMENTO DO AUTOR NO CURSO DA DEMANDA — SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL — HERDEIROS — LEGITIMIDADE — EXEGESE DO ART. 43 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — PREFACIAL AFASTADA. Em conformidade com o art. 43 do Código de Processo Civil, falecendo o autor no curso da demanda, este será substituído pelo seu espólio ou pelos seus sucessores. (...)” (Apelação Cível n. 2003.014939-2, de São Francisco do Sul, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 6.10.2003. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. O que se transmite aos sucessores da vítima não é o dano material ou moral por ela sofrido, mas, sim, o direito de obter a indenização por este dano. Nos casos em que já houver ação de indenização em andamento, os herdeiros substituirão a vítima no polo ativo. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; FILHO, Sérgio Cavalieri. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII, p. 317.318). E Daiane da Silva Bernardo comprovou os requisitos necessários à sua

habilitação, previstos no art. 1.060, inciso I, do CPC: óbito do falecido e qualidade de herdeira (certidão de fl. 37). Anoto, ainda, que a questão da alegada impossibilidade de comprovação de doença profissional é matéria de mérito, a ser discutida nos autos originais, e não em sede de agravo de instrumento. Em outra oportunidade, em caso análogo a este, decidiu-se pela possibilidade de o relator — monocraticamente — negar seguimento ao recurso: AGRAVO INTERNO. Agravo de instrumento. Decisão agravada em harmonia com a jurisprudência sedimentada na Corte local. Improcedência manifesta. Negativa de seguimento. Ato monocrático do relator. Autorização legal para tanto. O relator do recurso está autorizado, pela lei processual civil, a obstar a tramitação de recurso de agravo de instrumento, quando as respectivas razões insurgências antagonizarem-se com a jurisprudência pacificada no âmbito da Corte local.” (Agravo em agravo de instrumento n. 2004.010028-0/0001.00, da Capital, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 12.8.2004. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. A matéria debatida no agravo é unicamente de direito e o resultado, viu-se, é contrário à pretensão do recorrente. Diante do exposto, com base no art. 557 do Código de Processo Civil, nega-se seguimento ao agravo. Publique-se. Intime-se. Comunique-se o juízo. Arquive-se. Florianópolis, 17 de maio de 2005. Jânio Machado relator.

e:

RECURSO ESPECIAL N. 1.040.529-PR (2008/0058392-8) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. RECORRENTE: ELIZA ANDRETTA CUNICO — SUCESSÃO. REPR. POR: EDHMAR CUNICO E OUTRO. ADVOGADO: FLORIANO GALEB E OUTRO(S). RECORRIDO: ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE CULTURA — APC. ADVOGADO: MAURO JUNIOR SERAPHIM. EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VÍTIMA. FALECIMENTO. SUCESSORES. LEGITIMIDADE. RESIDÊNCIA. DESOCUPAÇÃO POR CULPA DE TERCEIRO. MORADIA HÁ VÁRIOS ANOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA.

1. Embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus. Precedentes. 2. Se o espólio, em ação própria, pode pleitear a reparação dos danos psicológicos suportados pelo falecido, com mais razão deve se admitir o direito dos sucessores de receberem a indenização moral requerida pelo de cujus em ação por ele próprio iniciada. 3. Aquele que é compelido a deixar imóvel no qual residia há anos, por culpa de terceiro, sofre dano moral indenizável. Na espécie, a conduta da ré comprometeu estruturalmente a casa da autora, idosa com quase 100 anos de idade, obrigando-a a desocupar o imóvel onde residiu por vários anos. 4. Recurso especial provido.

Ademais, a reclamada confunde o direito patrimonial que está em discussão com o direito subjetivo. O que aqui se transmite é o direito à reparação que será traduzido em pecúnia quando do julgamento do mérito, se for o caso.

Ainda que se discutisse a transmissão dos direitos aos danos morais sofridos pela falecida, a jurisprudência encontra-se dividida entre a possibilidade da transmissão incondicionada ou condicionada, caminhando para o entendimento de que os direitos personalíssimos sempre serão transmissíveis.

Em interessante pesquisa sobre o tema este juízo encontrou artigo que se encaixa como uma luva para o caso concreto, onde o autor, Juiz de Direito, registra a existência das três correntes na doutrina com reflexos na jurisprudência, que pela sua didática e riqueza vale a pena transcrever, ainda que parcialmente:

No tocante à possibilidade de transmissão por morte do direito indenizatório do dano moral, três correntes se formaram a respeito na doutrina: a) intransmissibilidade; b) transmissibilidade condicionada ao ajuizamento da ação indenizatória pelo lesado ou

à sua manifestação da vontade de exercer a pretensão; c) transmissibilidade.

[...]

Representante da primeira corrente, Wilson Mello da Silva sustentava que o dano moral, “dado seu caráter eminentemente subjetivo, jamais se transferiria ativamente a terceiros, seja pela cessão comum, seja pelo *jus haereditatis*”. Argumentava que os bens morais são inerentes à pessoa e com ela desaparecem, pois dizem respeito a seu foro íntimo. Embora os terceiros possam compartilhar da dor da vítima, sentindo, eles próprios, *por eles mesmos*, as mesmas angústias, não se concebe que a vítima possa transferir as suas dores e angústias para terceiros.

[...]

A segunda corrente também parte do princípio de que o dano moral, porque reside na “dor” ou lesão de sentimentos íntimos, é inerente à pessoa do lesado e somente por ele pode ser invocada. Isso significa que a ação (*rectius*, a pretensão) de indenização do dano moral carrega consigo as características particulares do direito violado, razão pela qual a ação de indenização por dano moral, de acordo com a classificação doutrinária das ações baseada no direito que protegem, deve ser incluída na categoria das ações personalíssimas. Assim, antes de exercida, a pretensão indenizatória é de natureza personalíssima e, portanto, intransmissível. Assume o caráter patrimonial, contudo, depois da propositura da ação. Pressupõe-se que a falta de ajuizamento da demanda indenizatória pode significar, *v. g.*, que a vítima não se sentiu injuriada ou agravada em sua honra; ou que, simplesmente, não tivesse a intenção de pleitear indenização; pode, ainda, significar que ela renunciou à pretensão ou perdoou o ofensor. Em contrapartida, o ajuizamento da ação indenizatória pela própria vítima revelaria não apenas a existência do dano moral, mas a disposição daquela de obter

a reparação, que poderia, a partir de então, ser transmitida aos herdeiros. (grifamos)

Em relação à última e terceira corrente, ainda mais avançada, assim se manifesta o juiz abaixo identificado, que destaca que as teses não são novas e sim já estudadas até pelos clássicos, como Pontes de Miranda:

[...]

Para essa corrente, o direito de indenização do dano moral é sempre transmissível, como o é o direito de indenização do dano material. Distingue-se, acertadamente, o direito da personalidade do direito de indenização. O primeiro, sim, é por natureza intransmissível, enquanto o último tem caráter patrimonial e é transmissível aos herdeiros do falecido. Em última análise, o direito indenizatório constitui um crédito que integra o conjunto de bens patrimoniais da vítima e pode, como os créditos em geral, ser cedido por ato entre vivos ou transmitido por morte do titular.

[...]

Na doutrina brasileira Mário Moacyr Porto bem situou a questão, afastando, com propriedade, as objeções à corrente da intransmissibilidade do direito à indenização do dano moral: “Na verdade, a dor, o sofrimento, quer físico ou moral é algo entranhadamente pessoal, pelo que não se pode, razoavelmente, admitir, a sua transmissão aos herdeiros. Mas convém não tomar a nuvem por junco. O que é perfeitamente transmissível por direito hereditário é o direito de acionar o responsável pela morte, é a faculdade de perseguir em juízo o autor do dano, quer material ou moral (...) Tal direito de ação é de natureza patrimonial e não extrapatrimonial. O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima, mas no direito de ação que a vítima tinha ao tempo do seu falecimento, direito que, incorporado ao seu patrimônio, transmite-se aos seus herdeiros. O sofrimento é personalíssimo, mas o direito de ação, de natureza patrimonial, é de outra natureza e, por isso, compõe a herança

transmitida com a abertura da sucessão (art. 1.572, do CC).”

Pontes de Miranda já aludira às três correntes formadas acerca da questão, indicando que o art. 1.526 do Código Civil seguiu a solução da transmissibilidade: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos em que este Código excluir.” Nos termos do referido dispositivo legal, a transmissão somente não ocorrerá “nos casos que a regra jurídica especial torne incólume a herança ao *princípio da transmissibilidade da pretensão à indenização pelo dano moral*”. No mesmo sentido, o magistério de Aguiar Dias: “A ação de reparação é transmissível? Não há princípio nenhum que a isso se oponha. A ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial.”

Rui Stocco assinala que: “Não há princípio algum que se oponha à transmissibilidade da ação de indenização visando à reparação de danos, ou do direito à indenização. A ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima, por força do princípio da substituição processual contido no art. 43 do CPC. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial.”

Sérgio Cavalieri Filho enfatiza a necessidade de distinguir entre o dano moral e o direito de indenização daquele resultante: o primeiro é profundamente pessoal e intransmissível, cessando com a morte da vítima; o último ingressa no patrimônio da vítima no momento da lesão e é transmitido aos sucessores por ocasião da morte do titular: “O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque

a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue — repita-se — é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou imaterial, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte.”

[...]

Por diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a decidir sobre a questão da transmissibilidade *mortis causa* da indenização do dano moral. Em vários casos nos quais o *de cujus* propusera em vida a ação de indenização por dano moral, decidiu-se que os herdeiros poderiam prosseguir com a demanda.

Posteriormente, aquela Corte se viu diante da questão da transmissibilidade incondicionada, ou seja, de casos nos quais a pretensão indenizatória havia sido formulada originalmente por herdeiros da vítima, que não chegara a ajuizar a ação.

Em um primeiro julgamento, o STJ se manifestou no sentido da intransmissibilidade desse direito. No julgamento do Recurso Especial n. 302029/RJ, da 3ª Turma, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, entendeu-se que as filhas de pessoa que fora ofendida em vida não tinham legitimidade para a propositura de ação de indenização por danos morais. A decisão foi tomada por maioria, com voto divergente do Min. Pádua Ribeiro, que se manifestou favorável à transmissibilidade, observando que, em caso de dano moral, não se transmite a dor ou o aborrecimento, mas o direito à indenização, de cunho patrimonial. Invocou o art. 1.526 do antigo Código Civil (correspondente ao art. 943 do Código Civil vigente), para sustentar que “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. Já o Min. Ari Pargendler acompanhou o voto da relatora, mas por entender

não estar demonstrado que o *de cujus* tenha sentido o dano moral, pois nunca manifestara em vida, nem mesmo aos parentes, ter sido atingido em sua honra ou reputação. O Min. Carlos Alberto Direito também acompanhou o voto da Relatora diante das circunstâncias especiais do caso, deixando ressalvada a possibilidade de reexame da tese jurídica em outro caso.

Depois desse julgamento, em que as opiniões ficaram tão divididas, o Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer, explicitamente, a transmissibilidade sem restrições do direito à indenização por dano moral, ainda quando a ação indenizatória não tivesse sido ajuizada pela própria vítima. Primeiro, no julgamento do Recurso Especial n. 324.886/PR. O caso tratou de dano moral sofrido por indivíduo do sexo masculino atingido em sua intimidade, vida privada e imagem, com a publicação abusiva de edital que divulgara a sua condição de portador do vírus HIV, fato que lhe causou constrangimentos. Após o falecimento do lesado, seus pais ajuizaram ação, postulando, na condição de herdeiros, indenização pelo dano moral sofrido pelo filho.

Considerou-se que o direito de indenização por dano moral tem natureza patrimonial e, por conseguinte, se transmite aos sucessores da vítima.

Esse entendimento foi reafirmado pouco depois, no julgamento do Recurso Especial n. 343.654, que cuidou de dano moral decorrente de lesões corporais sofridas por vítima de acidente de trânsito. Quatro anos após o acidente, tendo falecido a vítima, o espólio ajuizou ação para pleitear indenização pelo dano moral sofrido pelo *de cujus*. Entendeu-se que o direito de exigir reparação, tanto do dano moral quanto do material, transmite-se com a herança, nos termos do art. 1.526 do Código Civil de 1916, então vigente, e que tal pretensão pode ser deduzida pelo espólio do *de cujus*.

(A transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral, André Gustavo Corrêa de Andrade, Juiz de Direito, Mestre em Direito pela UNESAQ e professor da EMERRJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>)

Em resumo, a tendência atual é não só permitir a transmissibilidade do direito da indenização dos que faleceram no curso da ação como também aos herdeiros que eventualmente não tenham ajuizado o feito na época em que a vítima sofreu a dor pela perda.

Em conclusão, este juízo, com base na segunda corrente, que se afina com o caso concreto — ajuizamento do feito quando ainda em vida a avó paterna que pleiteava a indenização pela morte do neto que criou —, afasta a preliminar da requerida, arguida após o falecimento da primeira requerente.

MÉRITO

1. MORTE NO TRABALHO – QUEDA – TRAUMATISMO CRANIANO – SUSPEITA DE EPILEPSIA – PROVA PERICIAL INDIRECTA

Restou incontroverso que o trabalhador caiu de uma altura aproximada de quatro metros no local e horário de trabalho (foto de fl. 40).

A perita, após exaustivas análises das documentações referentes aos prontuários médicos do *de cujus*, apresenta, numa sequência lógica, a conclusão de que as crises de epilepsia surgiram após o acidente ocorrido na requerida.

Embora a requerida avenge a hipótese de doença preexistente, numa tentativa de afastar onexo causal entre o óbito do empregado e o acidente de trabalho ocorrido, não logrou provar nos autos essa condição.

Contrariamente à pretensão empresarial, foi inarredável a conclusão pericial, após a análise dos prontuários médicos, de a epilepsia surgir em decorrência de traumatismo craniano ocorrido no acidente.

Comprovado onexo causal entre o acidente de trabalho e o óbito, passa-se à análise da culpa da reclamada.

A farta documentação anexada comprova que o trabalhador nunca ingressou na rede de assistência médica pública para qualquer exame que revelasse doença preexistente.

Destaque-se que, por determinação do juízo, que expediu ofícios para diversas entidades médicas da região, as respostas demoraram um tempo significativo e também ocasionaram um retardamento no julgamento do feito, tramitando nesta primeira instância por mais de 4 (quatro) anos.

Mas valeu a pena, pois foi produtiva a intenção de averiguar a tese da requerida, no sentido de que o trabalhador era portador de epilepsia anterior, doença que teria sido causadora do infortúnio.

E o resultado foi negativo, ou seja, não há prova de que o trabalhador fosse epilético antes da queda. E mais: ainda que fosse epilético (o que se tornou duvidoso pelo depoimento da falecida, segunda requerente), é sabido que nenhum epilético morre por ser portador dessa doença e sim por algum outro fato, eventualmente. A doença é controlável.

A análise dos autos é favorável ao convencimento de que a queda desencadeou a doença.

Não convence a alegação da requerida no sentido de que em um dos prontuários médicos e anexados estaria a prova de que o trabalhador já era portador da doença há cerca de três meses, que retroagiria um mês antes do acidente.

O documento de fl. 389 realmente indica essa informação, datado de 14.8.2008. Retroagindo três meses, chega-se à data de 14.5.2008, aproximadamente, data anterior ao acidente, que ocorreu em 10.6.2008.

Contudo, é sabido que as solicitações de internação são preenchidas por funcionários nem sempre preparados, e evidentemente o trabalhador, já portador das sequelas que o levariam a óbito cerca de dois meses depois,

passando inclusive pela Unidade de Terapia Intensiva — UTI, não estava em condições de dar uma data exata das primeiras convulsões, quiçá seus parentes em estado de aflição habitual nessas ocorrências.

Por outro lado, anotações lançadas por especialistas no laudo de eletroencefalografia digital anexado à fl. 535 evidenciaram a conclusão de vigília anormal para a idade, como observou a conclusão de fl. 526, demonstrando “ritmo de base irregular” e “sinais de atividade irritativa”.

Também não convence a tese da requerida de que o encaminhamento do trabalhador para perícia médica realizado praticamente às vésperas de sua morte (doc. de fl. 525) denuncia outras sequelas da queda e não as crises convulsivas pós-trauma cranioencefálico.

Segunda ela, a CAT (fl. 41) demonstraria outra realidade na ocasião da queda (contusão de ombro e do braço). Mas, de nenhuma valia o documento unilateral, emitido pela empregadora (*vide* campo 1 à esquerda).

Ainda que o relatório da empresa, em sua investigação interna (doc. de fl. 39/40), denuncie que no pronto-socorro de Paraguaçu Paulista o colaborador estava consciente e que se queixava de dores no ombro, o que importa é o que realmente ficou comprovado posteriormente. Quando se cai de uma altura dessa, nem sempre os diagnósticos imediatos são precisos.

Some-se que é sabido que o atendimento público na área médica tem deixado a desejar e os lançamentos unilaterais que realizam, inclusive para se esquivar de eventuais responsabilidades, não têm o condão de transmutar a realidade.

Não bastasse isso, não foi comprovada a alegação da requerida no sentido de que houve culpa exclusiva da vítima e que teria sido imprudente ao descer de costas a escada.

Como bem destacou a demandante original, primeira requerente, ao anexar cópia

da NR-31 de fl. 69, as escadas no meio rural devem ser revestidas com material ou produtos antiderrapantes e não há prova disso.

Apesar de a escada dispor de corrimão, é o que mostra a foto anexada com a inicial, não se descarta a necessidade de uso do cinto de segurança e com dispositivo trava-queda.

Também não provou a ré qualquer treinamento para o trabalhador, que, para sua infelicidade, ingressara na empresa há tão pouco tempo antes do infortúnio. O fato de já ter trabalhado em empresa que eventualmente demandasse experiências correlatas não comprova habilidade nas funções específicas na sede da requerida.

Enfim, todo o conjunto probatório converge para a mesma conclusão a que chegou a perita em seu minucioso laudo (fl. 581):

[...] Com base nos achados o autor evoluiu com sequelas típicas de traumatismo de crânio, apresentando sinais de complicações tardias ao traumatismo e evolução para óbito. Nesta perícia identificou elemento pericial de situação laboral capaz em dar causa a acidente típico de trabalho, quedas com trauma direto, doença profissional equiparada ao acidente de trabalho. Apresentando nexos causais positivos.

Como salientou em seus esclarecimentos (fl. 584 — resposta ao quesito 8 da requerida), arrebatando a tese empresarial, a epilepsia é uma doença das complicações mais comuns desencadeadoras do TCE (traumatismo cranioencefálico) e não precisaria ser uma neurologista para a conclusão a que está habilitada como, repete-se, médica e com conhecimentos multidisciplinares, pós-graduada que é em perícias médicas e medicina do trabalho.

Esclareceu também, na sequência, que é comum a reação tardia dessas crises pós-traumáticas e destacou em resposta aos quesitos complementares (fl. 598) que entre agosto e setembro de 2008 o trabalhador era portador de crises convulsivas pós-trauma cranioencefálico.

Afasta-se a alegação de culpa exclusiva da vítima e confirma-se o nexos causal que levou o trabalhador a óbito, conforme deixou claro a perita em resposta ao quesito 3 complementar (fl. 602 — último parágrafo), que confirma hemorragia superficial laminar do córtex cerebral, pós-queda e que o traumatismo surgiu em decorrência do acidente de trabalho sofrido na requerida.

Por amor ao argumento, como bem esclareceu a perita (fl. 604 — resposta ao quesito 8), a tomografia computadorizada pode maquiagem o resultado final, apresentando uma aparente normalidade que, no caso concreto, foi refutada.

2. INDENIZAÇÃO ACIDENTÁRIA – ÓBITO DE FILHO – NÃO COMPROVAÇÃO DO ALEGADO ABANDONO DA MÃE BIOLÓGICA

De plano, vale esclarecer que a doutrina e a jurisprudência fixaram entendimento de que em caso de morte os beneficiários poderão ser aqueles que compõem o chamado núcleo familiar (pessoas que mantinham vínculos de afeição, amizade e amor com a vítima), uma vez que falta previsão específica na legislação civil sobre rol de legitimados.

Por se tratar de direito personalíssimo, tanto a mãe como a avó poderiam, pelo menos em tese, pleitear em nome próprio indenização por danos morais em decorrência do acidente ocorrido, que levou a óbito o trabalhador com apenas 19 anos.

Porém, o caso concreto tornou-se um pouco mais complexo diante da alegação por parte da primeira requerente (avó paterna) de que a outra (mãe do trabalhador falecido) não teria com o mesmo vínculo afetivo algum, denunciado suposto abandono do menor em um banco de praça quando ainda criança.

Mas nada provaram as partes, em oposição, sobre o fato.

Às fls. 328/329, foi colhido o depoimento da genitora, e a falta de convivência estreita e cotidiana com o filho, a partir da idade

alegada, foi justificada, segundo declarou, por falta de condições materiais na época em que o companheiro, filho da primeira requerente, estava preso.

Sem condições de criar o filho, ressaltou que pediu ajuda à sogra, avó paterna e primeira requerente, que acolheu o pedido e seu filho e posteriormente a impediu de ver o filho.

A história relatada não é incomum no cotidiano e só não seria convincente se produzida prova em contrário. Portanto crível.

E oportunidade para produzi-la não faltou. Várias vezes o juízo instigou as partes quanto à necessidade ou não de prova, inclusive oral, e todos permaneceram silentes.

Não bastasse, como já registrado, a preposta (fl. 329) nada soube dizer sobre a tese levantada pela ré, na esteira do que adiantara a primeira requerente, embora a princípio tenha sugerido que iria comprovar tal alegação (?), atraindo a pena de confissão sobre esse triste fato.

Caracterizado nos autos, portanto, está o chamado dano em ricochete, que abraça todos os parentes que, comprovadamente, sofram com a perda do ente querido.

Transcreve-se abaixo trecho do acórdão TRT-01646-2010-068-03-00-2-RO, que se harmoniza com o caso concreto, pois permite a ação/indenização até de irmãos em face da perda de um deles:

[...] Nesse contexto, o dano moral que se pleiteia na presente reclamatória trabalhista é aquele denominado dano moral *reflexo* ou *em ricochete*, assim definido o prejuízo sofrido por pessoa próxima ligada à vítima direta do ato ilícito, *in casu*, provavelmente o irmão (ou irmãos) do falecido, uma vez que o *de cuius* não era casado e não tinha filhos (certidão de óbito, fls. 17, 1^ª v), ao passo que os pais do falecido demandam pelos próprios danos *em ricochete* em ação autônoma, perante a Vara do Trabalho de Itaperuna. [...]

Não há óbice, portanto, que a mãe e a avó do falecido pleiteiem, individualmente e em nome próprio, ainda que inicialmente em oposição, as indenizações por danos morais sofridos pela morte de filho/neto.

3. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACIDENTE DE TRABALHO – FALECIMENTO – FIXAÇÃO DOS VALORES DAS INDENIZAÇÕES

Analisado o ganho do trabalhador à época, a estimativa de sobrevivência do homem médio comum, a proximidade maior com a avó que o criou, o binômio necessidade/capacidade, fixa-se a indenização como segue:

Para a primeira requerente (avó) = R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Para a segunda requerente (mãe) = R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

4. JUSTIÇA GRATUITA

Deferem-se os benefícios da justiça gratuita, na forma da lei (CLT, art. 790, § 3^º).

5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Indevidos os honorários advocatícios. Adesão às Súmulas ns. 219 e 329 do TST.

6. HONORÁRIOS PERICIAIS

Honorários periciais ora fixados em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), de acordo com a complexidade dos trabalhos, pela ré, sucumbente, a serem corrigidos na data do efetivo pagamento.

III. DISPOSITIVO

POSTO ISSO, o juízo da VARA DO TRABALHO DE RANCHARIA/SP rejeita as preliminares de ilegitimidade de parte e extinção sem resolução do mérito e julga PROCEDENTE EM PARTE a ação proposta por TERCÍLIA OTÍLIA CONCEIÇÃO DA SILVA (espólio) e ANGELA MARIA NUNES DA CRUZ em face da empresa IBÉRIA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA, acolhendo, parcialmente, a pretensão deduzida, nos termos da fundamentação supra, para condenar a ré ao cumprimento das seguintes obrigações:

A) Pagamento das indenizações por danos morais, já atualizados para esta data, como segue:

Para a primeira requerente (avó) = R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Para a segunda requerente (mãe) = R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

CRITÉRIOS DE CÁLCULOS INTEGRANTES DO DISPOSITIVO:

- a) Não há recolhimentos previdenciários e fiscais diante da natureza indenizatória das verbas deferidas; e
- b) Juros de mora, a partir do ajuizamento da ação; e

c) Correção monetária, na forma da Súmula 362 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a partir do arbitramento para o dano moral (prolação da sentença, quando o julgador afere o poder aquisitivo do “quantum” na ocasião).

Custas pela reclamada, calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação, equivalente a R\$ 263.500,00, no importe de R\$ 5.270,00.

Intimem-se, inclusive a perita.

Rancharia, 26 de junho de 2014.

MÁRI ÂNGELA PELEGRÍNI,

Juíza Titular de Vara do Trabalho

Índice Geral

Doutrina

A função revisora dos tribunais — a questão da valorização das decisões de primeiro grau — uma proposta *de lege ferenda*: a sentença como primeiro voto no colegiado.

1. Introdução. 2. A eliminação de recurso da sentença na história. 3. A eliminação de recurso da sentença no direito trabalhista brasileiro. 4. A execução definitiva da sentença na pendência de recurso. 5. A execução provisória da sentença na pendência de recurso. 6. A sentença como primeiro voto no colegiado. 7. O fenômeno do prévio eclipse da sentença pelo acórdão. 8. As virtudes da proposta da sentença como primeiro voto. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas

17

Igualdade e não discriminação no ambiente de trabalho: uma questão constitucional de inclusão (e de proteção) do trabalhador portador de VIH/SIDA.

1. Introdução. 2. Elementos dos direitos à igualdade e à não discriminação: questões a debater. 2.1. Ponderações a respeito do preceito isonômico. 2.2. Considerações a respeito da não discriminação. 2.2.1. Algumas notas sobre *liberty, privacy e intimacy* do trabalhador. 3. A baliza protetora da igualdade e o enfrentamento à discriminação: análise dos *briefing cases* dos trabalhadores portadores de VIH/SIDA. 3.1. *Briefing case I*: análise do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português. 3.2. *Briefing case II*: análise do acórdão *John Doe vs. District Columbia Court*. 3.3. *Briefing case III*: análise do acórdão *I. B. c. Grèce* da Corte Europeia de Direitos Humanos. 3.4. *Briefing case IV*: análise do acórdão *Fontaine vs. Canadian Pacific Ltd.* do Tribunal Canadense de Direitos Humanos. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.....

29

A negociação coletiva como pressuposto da dispensa em massa de trabalhadores:

uma perspectiva luhmanniana do procedimento como mecanismo de legitimidade e controle. 1. Introdução. 2. O conceito de sindicatos. 3. A negociação coletiva de trabalho. 4. A dispensa em massa de trabalhadores e a obrigatoriedade de negociação coletiva prévia: uma visão luhmanniana do procedimento. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas

49

A conciliação judicial nos dissídios individuais trabalhistas e sua compatibilização com o princípio da indisponibilidade.

1. Introdução. 2. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. 3. Da conciliação judicial. 3.1. Do conflito. 3.2. Das formas de solução dos conflitos. 3.3. A conciliação judicial. 3.3.1. A conciliação judicial — Exame da legislação. 4. A compatibilização entre a conciliação judicial e o princípio da indisponibilidade. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas

61

Um espectro ronda o princípio da continuidade...

1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Garantia do emprego. 2.1.1. Sentido estrito. 2.2. Estabilidade: conceito, natureza jurídica, definição e classificação. 2.2.1 Estabilidade definitiva ou própria: despedida, resolução e efeitos. 2.2.2. Estabilidade provisória ou imprópria: despedida e efeitos. 2.3. O princípio da continuidade. 2.4. O espectro do niilismo. 2.4.1. O niilismo judicial sob a perspectiva tradicional. 2.4.1.1. A resilição agitada pelo empregador e a declaração judicial de nulidade. 2.4.1.2. A nulidade da despedida e o fenômeno da suspensão do direito potestativo resilitório do empregador. 2.4.1.3. *Détournement de pouvoir*. 2.4.1.4. Objeção econômica: um equívoco exegético. 2.4.2. O niilismo judicial sob a perspectiva nietzschiana. 2.5. Jus pós-positivismo jurídico x positivismo jurídico e neoliberalismo. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.....

75

| | | | |
|---|-----|---|-----|
| Da (in)constitucionalidade da nova base de cálculo do adicional de periculosidade dos empregados eletricitários estabelecida pela Lei n. 12.740/2012: uma análise a partir da proibição do retrocesso. 1. Introdução. 2. Da suposta inconstitucionalidade por violação ao princípio da proibição do retrocesso social. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas..... | 111 | Alguns problemas da execução. Pensão decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional. Constituição de capital. 1. Introdução. 2. Primeiro problema: atualização monetária da pensão. 3. Segundo problema: garantia do pagamento da pensão. 4. Terceiro problema: a conversão da pensão em parcela única por requerimento do credor. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas..... | 149 |
| Comparativo entre o projeto do Novo Código de Processo Civil como forma de garantia fundamental ao procedimento e o processo do trabalho. 1. Introdução. 2. Da garantia do acesso à Justiça e do direito ao procedimento como forma de prestação da tutela jurisdicional. 3. O novo Código de Processo Civil como garantia de aplicação da jurisdição. 3.1. Inovações presentes no projeto do CPC como forma de manifestação da garantia de atuação concreta da jurisdição. 4. Do rigor excessivo no processo do trabalho. 5. Das propostas para garantir a efetivação do acesso à jurisdição no processo do trabalho. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas | 119 | Estabilidade decenal ainda vigente. 1. Introdução. 2. Evolução legislativa da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. 3. Natureza de lei complementar dos arts. 492 a 500 da CLT. 4. Da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. 5. Da indenização compensatória e dos 40% dos FGTS. Direitos distintos. 6. Conclusão. 7. Referência bibliográfica..... | 161 |
| Proteção: o princípio do Direito do Trabalho. 1. Introdução. 2. Os princípios no âmbito dos Direitos Fundamentais: novo conteúdo. 3. No princípio: uma definição de princípios. 4. O princípio da proteção e o papel da linguagem no Direito. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas | 133 | Jurisprudência | |
| | | Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho | |
| | | Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho | |
| | | Tribunal Superior do Trabalho..... | 173 |
| | | Tribunal Superior do Trabalho..... | 197 |
| | | Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. | 211 |
| | | Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região | 219 |
| | | Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Seção de Dissídios Coletivos | 223 |
| | | Sentenças | |
| | | 2ª Vara do Trabalho de Goiânia – GO | 251 |
| | | 8ª Vara do Trabalho de Curitiba – PR..... | 265 |
| | | Vara do Trabalho de Rancharia – SP..... | 277 |

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

Capa: **FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA**

Finalização: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **PAYM GRÁFICA E EDITORA**

