

Amatra 13
ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO DA PARAÍBA

esmat₁₃

Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba

Revista da

ESMAT 13

Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba

R. da ESMAT 13. João Pessoa, ano 4, n. 4, Out.2011.

REVISTA DA ESMAT 13

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA

Criada e publicada pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região – AMATRA 13

CONSELHO EDITORIAL

JUIZ FRANCISCO DE ASSIS BARBOSA JÚNIOR

JUIZ MARCELO RODRIGO CARNIATO

JUÍZA MIRELLA D'ARC DE MELO CAHU ARCOVERDE DE SOUSA

FOTO DA CAPA - [Rio Sanhauá, Centro Histórico de João Pessoa]:

JOSÉ MARQUES

PROJETO GRÁFICO, EDITORAÇÃO ELETRÔNICA E CRIAÇÃO DE CAPA:

RICARDO ARAÚJO - FORMA COMUNICAÇÃO

IMPRESSÃO

MOURA RAMOS - GRÁFICA EDITORA

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA

Rua Dep. Odon Bezerra, 184, Centro

Shopping Tambiá - Piso E3

Salas 349, 350 e 351

CEP 58020-500 - João Pessoa - PB

Telefones (PABX-FAX) - (83) 3241.7799 - 3241.7640

e-mails: amatra13@amatra13.org.br

presidencia@amatra13.org.br /diretoria@esmat13.com.br

Direitos reservados à Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região e à Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores. É proibida a reprodução parcial ou total por qualquer meio de impressão, em forma idêntica, resumida ou modificada, em língua portuguesa ou qualquer outro idioma, sem a devida autorização do Conselho Editorial da R. da ESMAT 13.

Revista da ESMAT 13 – Escola Superior da Magistratura
Trabalhista da Paraíba

Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região/Escola
Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. João Pessoa: ano 4,
n.4, (outubro.2011)

Anual

302 p.

1.DIREITO – periódicos I.Escola Superior da Magistratura Traba-
lhista da Paraíba. II. Direito do Trabalho. III. Processo do Trabalho.

CDU 34(05)

ISSN 1983-3830

REVISTA DA ESMAT 13
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA
Criada e publicada pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região

DIRETORIA DA AMATRA 13

Juiz Adriano Mesquita Dantas
Presidente

Juiz Marcelo Wanderley Maia Paiva
Vice-Presidente

Juiz Alexandre Roque Pinto
Diretor Financeiro

Juiz Antônio Eudes Vieira Júnior
Diretor Secretário

Juiz Paulo Nunes de Oliveira
Diretor de Prerrogativas e Assuntos Legislativos

DIRETORIA NOMEADA

Juiz Clóvis Rodrigues Barbosa
Diretor de Esportes

Juiz Lindinaldo Silva Marinho
Diretor de Informática

Juíza Ana Paula Cabral Campos
Diretora Social

Juiz Ruy Eloy
Diretor de Aposentados

CONSELHO FISCAL

Titulares

Juíza Nayara Queiroz Mota de Sousa
Juíza Solange Machado Cavalcanti
Juiz Rômulo Tinoco dos Santos

Suplente

Juiz José Artur da Silva Torres

DIRETORIA DA ESMAT 13

Juiz Marcelo Rodrigo Carniato
Diretor

Juiz Sérgio Cabral dos Reis
Vice-diretor

AOS COLABORADORES

A Revista da ESMAT 13 aceita propostas de artigos, mas todas as colaborações são submetidas ao Conselho Editorial, a quem cabe a decisão final sobre sua publicação. O Conselho Editorial reserva-se o direito de sugerir ao autor-colaborador modificações de forma, com o objetivo de adequar os artigos às dimensões da revista ou ao seu padrão editorial e gráfico. As notas de rodapé e referências bibliográficas devem seguir as normas técnicas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). A publicação de um artigo não exprime endosso do Conselho de todas as afirmações feitas pelo autor.

Tiragem desta edição: 500 exemplares

ASSOCIADOS

Juíza ADRIANA LEMES FERNANDES	Juiz JOSÉ ARTUR DA SILVA TORRES
Juíza ADRIANA SETTE DA ROCHA RAPOSO	Juiz JOSÉ DE OLIVEIRA COSTA FILHO
Juiz ADRIANO MESQUITA DANTAS	Juiz JOSÉ FÁBIO GALVÃO
Juiz AÉRCIO PEREIRA DE LIMA FILHO	Juiz JOSÉ GUILHERME MARQUES JÚNIOR
Juiz AFRÂNIO NEVES DE MELO	Juiz JOSÉ MARCOS DA SILVEIRA FARIAS
Juiz ALBÉRICO VIANA BEZERRA	Juiz LINDINALDO SILVA MARINHO
Juiz ALEXANDRE AMARO PEREIRA	Juiz MARCELO RODRIGO CARNIATO
Juiz ALEXANDRE ROQUE PINTO	Juiz MARCELLO WANDERLEY MAIA PAIVA
Juiz ALUÍSIO RODRIGUES	Juíza MARGARIDA ALVES DE A. SILVA
Juíza ANA BEATRIZ DIAS FERNANDES	Juíza MARIA DAS DORES ALVES
Juíza ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA	Juíza MARIA ÍRIS DIÓGENES BEZERRA
Juíza ANA CLÁUDIA MAGALHÃES JACOB	Juíza MARIA JOSÉ DE ANDRADE MAIA
Juíza ANA MARIA FERREIRA MADRUGA	Juíza MARIA LÍLIAN LEAL DE SOUZA
Juíza ANA PAULA CABRAL CAMPOS	Juíza MIRELLA D'ARC DE M. A. DE SOUZA
Juíza ANA PAULA DE A. SÁ CAMPOS PORTO	Juíza MIRTES TAKEKO SHIMANOE
Juiz ANDRÉ MACHADO CAVALCANTI	Juíza NAYARA QUEIROZ MOTA DE SOUSA
Juiz ANDRÉ WILSON AVELLAR DE AQUINO	Juiz NORMANDO SALOMÃO LEITÃO
Juiz ANTÔNIO CAVALCANTE DA C. NETO	Juiz PAULO AMÉRICO MAIA DE V. FILHO
Juiz ANTÔNIO EUDES VIEIRA JÚNIOR	Juiz PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
Juiz ANTÔNIO PEIXOTO DE ARAÚJO	Juiz PAULO NUNES DE OLIVEIRA
Juiz ARNALDO JOSÉ DUARTE DO AMARAL	Juiz PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA
Juiz ARNÓBIO TEIXEIRA DE LIMA	Juíza RITA LEITE BRITO ROLIM
Juiz CARLOS ANTÔNIO S. CRUZ MONTENEGRO	Juíza ROBERTA DE PAIVA SALDANHA
Juiz CARLOS HINDEMBURG DE FIGUEIREDO	Juiz RÔMULO TINOCO DOS SANTOS
Juiz CLÁUDIO PEDROSA NUNES	Juiz RUY ELOY
Juiz CLÓVIS RODRIGUES BARBOSA	Juiz SÉRGIO CABRAL DOS REIS
Juiz DAVID SÉRVIO COQUEIRO DOS SANTOS	Juíza SÍLVIA CERVEIRA WANDERLEY
Juiz EDUARDO SÉRGIO DE ALMEIDA	Juíza SOLANGE MACHADO CAVALCANTI
Juiz EDUARDO SOUTO MAIOR B. CAVALCANTI	Juiz UBIRATAN MOREIRA DELGADO
Juiz FLÁVIO LONDRES DA NÓBREGA	Juíza VERUSKA SANTANA SOUSA DE SÁ
Juíza FRANCISCA POLIANA A. ROCHA DE SÁ	Juiz WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO
Juiz FRANCISCO DE ASSIS BARBOSA JÚNIOR	
Juiz FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA	
Juiz GERALDO TEIXEIRA DE CARVALHO	
Juíza HERMINEGILDA LEITE MACHADO	
Juiz HUMBERTO HALISON B. DE C. E SILVA	
Juiz JOÃO AGRA TAVARES DE SALES	
Juíza JOLIETE MELO RODRIGUES HONORATO	
Juiz JOSÉ AIRTON PEREIRA	

ASSOCIADOS PENSIONISTAS

ARTHUR BARBOSA FREIRE FERREIRA
FLORA MARIA RESENDE LIBÂNIO
JACIRA DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS MONTE
VÂNIA CAPISTRANO DE MIRANDA MONTE

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Adriano Mesquita Dantas

INDEPENDÊNCIA JUDICIAL *VERSUS* PODER DISCIPLINAR

Adriano Mesquita Dantas

Guilherme Guimarães Feliciano 7

A NECESSÁRIA REPRESSÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO AOS CASOS DE DUMPING SOCIAL

Aline de Farias Araújo 18

A CONTROVERTIDA QUESTÃO DA HARMONIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COM O SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto

José Mário Porto Júnior

José Mário Porto Neto 37

O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS NO CONTEXTO DA FLEXIBILIZAÇÃO

Bruno Carneiro da Cunha Almeida 58

REFLEXÕES SOBRE SISTEMAS DE PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: ESTUDO COMPARADO QUALI-QUANTITATIVO ENTRE A JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA COMUM DO ESTADO DA PARAÍBA

Cláudio Simão de Lucena Neto

Adriana Secundo Gonçalves de Oliveira

Viviany Christine Rodrigues da Silva 75

OS NOVOS RUMOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O PROJETO DO NOVO CPC

Elpídio Donizetti Nunes 93

A NATUREZA JURÍDICA DOS DANOS MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO: ANÁLISE À LUZ DO ART. 5º, V E X E DO ART. 7º, CAPUT, DA CF/88

Francisco José Garcia Figueiredo 110

SUMÁRIO

O DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR DE ROMPER O VÍNCULO TRABALHISTA – UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

Larissa Coutinho Brito de Gois Soares 124

A TEORIA GERAL DOS CONFLITOS E A SUA COMPREENSÃO COMO UM FENÔMENO SÓCIO-JURÍDICO: OS PLANOS OBJETIVO, COMPORTAMENTAL E ANÍMICO DOS CONFLITOS

Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira 143

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO FRANQUEADOR EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DE TRABALHO FIRMADOS PELO FRANQUEADO

Miracir Coelho 165

UMA GUINADA PRINCIPIOLÓGICA: A FORÇA CONTEMPORÂNEA DOS PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO

Murilo C. S. Oliveira 187

ATLETA PROFISSIONAL – MULTA RESCISÓRIA E A CONSAGRAÇÃO, PELOS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO, DAS REGRAS DE ESCRAVIDÃO DE TRABALHO CONTIDA NO INCISO I DO ART. 114 DA CF

Rafael da Silva Marques 210

ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO

Sarah Margarete Bezerra Pinto 220

DO AGRAVO DE ADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO TRABALHISTA

Sérgio Cabral dos Reis 242

FLEXISSEGURANÇA E SUA INFLUÊNCIA NO BRASIL

Taysa Queiroz Mota de Sousa 250

SENTENÇAS

ATA DE AUDIÊNCIA – PROCESSO Nº 0065300-63.2011.5.13.0024

Juiz David Sérgio Coqueiro dos Santos 268

PROCESSO 0048500-11.2011.5.13.0007

Juiz Francisco de Assis Barbosa Júnior 283

PROCESSO 0056700-98.2011.5.13.0009

Juiz Paulo Nunes de Oliveira 293

APRESENTAÇÃO

Com o propósito de estimular o debate plural e democrático de temas caros à Justiça do Trabalho, a AMATRA 13 - Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região e a ESMAT 13 - Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba idealizaram a Revista da Esmat 13, que chega à sua 4ª edição.

Idealizado despretensiosamente, este periódico conquistou seu espaço e é prestigiado por juristas renomados, contribuindo para o enriquecimento dos debates e para a formação dos estudiosos do Direito.

Temas como direitos fundamentais, efetividade, celeridade, flexibilização, desregulamentação, metas, produtividade, controle externo, planejamento estratégico, revolução tecnológica, desenvolvimento dos meios de comunicação, rompimento de barreiras econômicas, internacionalização dos mercados e crise financeira internacional, estão na ordem do dia e merecem especial atenção dos operadores do Direito e da sociedade.

Nesse contexto de evolução e intensas transformações, a AMATRA 13 completa 25 anos, comemorando o momento com o lançamento desta Revista e a realização do II Congresso Internacional de Direito Constitucional do Trabalho.

Aos articulistas, bem como a todos os demais envolvidos nos trabalhos de edição da Revista, creditamos o sucesso.

Boa leitura!

João Pessoa, 05 de outubro de 2011.

Adriano Mesquita Dantas

Presidente da AMATRA 13

INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

VERSUS

PODER DISCIPLINAR

Adriano Mesquita Dantas¹
Guilherme Guimarães Feliciano²

A independência do Poder Judiciário e, por consequência, da Magistratura Nacional, é inequivocamente um dos pilares do Estado Democrático de Direito (artigos 2º, 5º, LIV, e 95, I a III, da CRFB). Ao exercer a jurisdição, o Magistrado deve estar seguro e isento de qualquer interferência externa. Não devem sofrer pressões, nem tampouco retaliação ou sanção “*si et quando*” decidem e atuam com base no respectivo entendimento jurídico, *ainda que não seja o majoritário*. Não podem, jamais, sofrer influências impertinentes no processo de formação do convencimento.

O exercício da judicatura pressupõe independência, liberdade e tranquilidade para a análise justa e isenta dos casos que lhes são submetidos, em todas as suas peculiaridades e com todas as suas idiossincrasias.

Nessa linha, o ordenamento jurídico garante aos Juízes a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (artigo 95 da CRFB), bem como assegura a ampla liberdade aos Magistrados na condução dos processos (artigos 765 da CLT e artigos 130 e 652 do CPC), só tolerando a punição destes nos casos da LOMAN. Por outro lado, o ordenamento jurídico garante o direito de a sociedade saber os motivos e fundamentos dos atos processuais praticados (art. 93 da CRFB).

É, nesse contexto, fundamental a valorização, o respeito e a afirmação do Poder Judiciário como típico Poder do Estado, independente e autônomo, livre de qualquer interferência que possa eventualmente comprometer ou

¹ Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região/PB, Professor Universitário e Presidente da Amatra13 - Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-Graduado em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UnP). Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA).

² Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP e Presidente da Amatra15 - Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª Região. Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e de Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor-Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté (UNITAU).

interferir no mérito das decisões judiciais.

Não obstante, verificamos, com certa frequência, a instauração e processamento Procedimento Administrativo Disciplinar – PAD contra Magistrados onde se discute e questiona, pura e simplesmente, o mérito de decisões judiciais. Isso se dá tanto nas Corregedorias, quanto nos Tribunais, Conselhos Superiores e Conselho Nacional de Justiça, tanto por representação quanto de ofício.

Tais representações decorrem, ordinariamente, da insatisfação com a diligência do Magistrado no exercício de suas funções jurisdicionais, o qual, utilizando-se de meios previstos pela legislação para dar efetividade ao provimento judicial, contraria os interesses daqueles dados ao costume da recalcitrância indevida e aos artificios processuais procrastinatórios e ardis.

É, pois, inadmissível e inaceitável que decisão judicial devidamente fundamentada e baseada no livre convencimento motivado do Magistrado seja alvo de representação disciplinar, apenas por divergir do entendimento da parte ou por contrariar seus interesses.

Nesse enalço, resulta indiscutível ser *atentatório* à independência dos Magistrados a instauração de qualquer modalidade de procedimento administrativo — em especial os de natureza disciplinar (PAD) e as sindicâncias que os precedem — ou mesmo a atuação das Corregedorias naqueles casos ou situações em que a atuação do Magistrado se pauta em entendimento jurídico devidamente exposto e fundamentado.

Com efeito, a garantia da segurança jurídica, nos Estados Democráticos de Direito, é dada pela *fundamentação* da decisão judicial (artigo 93, IX, da CRFB); não pelo engessamento da atividade judicante segundo parâmetros de constitucionalidade, legalidade e justiça ditados por órgãos judiciários de cúpula (à exceção dos casos constitucionalmente previstos: a jurisdição constitucional de tipo concentrado — que surte efeitos vinculantes “*erga omnes*” — e, após o advento da EC n. 45/2004, as súmulas vinculantes do Excelso Pretório).

Não há, então, como relativizar a garantia de independência de entendimento dos Magistrados, ainda que desagrade a parte e seja contrária ao entendimento majoritário da doutrina, jurisprudência ou, ainda, dos órgãos imbuídos do poder disciplinar.

Para rever e questionar decisões judiciais fundamentadas há meios e recursos processuais próprios, não sendo aceitável o uso transversal da via disciplinar. Também não é aceitável o uso da via correicional ou disciplinar com o propósito de atingir a honra, a dignidade e o decoro do Magistrado

simplesmente por discordar do mérito de seus atos judiciais.

Como sabemos, a função tipicamente correicional é inerente às matérias eminentemente *administrativas*, sem interferência na convicção jurídica dos magistrados (eis que, nos termos do artigo 40 da LOMAN, “[a] atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado”).

Urge, pois, que a instauração de PAD ou mesmo de sindicância seja precedida de um rigoroso exame de admissibilidade, processando-se apenas aqueles casos em que se denote desvio de conduta ou efetiva falta funcional cometida por dolo ou fraude, rechaçando-se, de plano e liminarmente, questionamentos contra o mérito de decisões judiciais devidamente fundamentadas.

Urge, ainda, a aplicação de sanções aqueles que abusam do direito de denúncia³, trazendo sérios prejuízos à democracia e à atividade jurisdicional, na medida em que angustia e abala emocionalmente o Magistrado, desvia o foco de sua atuação e instaura um escabroso quadro de insegurança jurídica e vulneração das prerrogativas constitucionais da Magistratura.

Acusar de maneira leviana o Magistrado que, dentro da legalidade e do razoável, age de maneira independente, diligente e destemida, sempre em busca da efetividade do provimento jurisdicional, é uma clara e evidente tentativa de inibir sua conduta, caracterizando, na verdade, típico abuso do direito de denúncia, que não deve ser tolerado, mas sancionado severamente.

Lamentavelmente, corregedores, partes e advogados vêm usando esse expediente como forma de pressionar o Magistrado a seguir esse ou aquele entendimento jurídico ou, pior, a se averbar suspeito. Outros, de forma até leviana, pretendem atingir a honra e a boa reputação do Magistrado.

Entretanto, o Magistrado que não se coloca em rota de colisão literal e propositada com a Constituição da República ou com as leis do país (artigo 2º do Código de Ética da Magistratura Nacional) não pode ver suas decisões objeto de revisão correicional ou reprimenda disciplinar; dizer o contrário não é nada menos que tisonar a **independência judicial** (insculpida no artigo 35, I, e 40 da LOMAN, e justamente um dos *valores democráticos* a que se reporta aquele preceito do Código de Ética).

Portanto, não cabe às Corregedorias perseguir «**infração de**

³ “Abusa do direito de reclamar e de denunciar no âmbito administrativo-disciplinar a pessoa que não apresenta com a petição inicial os elementos necessários à apuração e, ao longo do procedimento, demonstra completo desinteresse em comprovar os fatos alegados” (CNJ – REVDIS 42 – Rel. Cons. Rui Stoco – 49ª Sessão – j. 09.10.2007 – DJU 25.10.2007).”

hermenêutica», sob pena de atentarem contra os próprios fundamentos da República (artigos 1º, III e V, 2º e 3º, I, da CRFB) e do Poder Judiciário nacional (artigo 93, *caput*, da CRFB, c.c. artigo 40, *in fine*, da LOMAN). E isso vem infelizmente ocorrendo, em vários tribunais regionais, mercê do teor das normas ora impugnadas.

Os magistrados devem gozar de plena **liberdade de convicção e autonomia pessoal** no exercício do mister jurisdicional. Sua liberdade de convicção não pode ser arrostada sequer pela instância superior (tanto que lhe é dado, sempre, *ressalvar* o próprio entendimento, no 1º grau ou nos órgãos colegiados). E, por conseguinte, *não pode ser punido administrativamente pelas teses jurídicas que perfilhar ou externar*, ainda que incomuns ou minoritárias. Não fosse assim, teríamos «não-juízes»: servidores autômatos que, em 1º grau de jurisdição, limitar-se-iam necessariamente a repetir as teses do 2º grau e a reproduzir as emendas das súmulas dos tribunais superiores. Essa certamente não seria uma Magistratura democrática.

Tampouco é constitucional ou jurígeno impor aos magistrados de 1º e 2º grau, com força administrativa, soluções jurídicas engendradas nas instâncias superiores, ainda quando ali sejam pacíficas (exceto, por evidente, nas hipóteses constitucionalmente autorizadas: decisões em ações de controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes do C.STF). Entre as várias instâncias processuais, por imanência ao “*procedural due process of law*”, há tão-só um *dever de respeito* às decisões judiciais concretas de grau superior, no plano jurídico-decisório (não, porém, no plano jurídico-argumentativo); e, ainda assim, *nos limites do processo* (ou toda súmula de jurisprudência seria necessariamente vinculativa).

Nada mais que isso!

O magistrado de 1º grau *pode* discordar das subsunções e razões de fato e de direito do 2º grau ou até mesmo das instâncias superiores; pode, por isso mesmo, *ressalvar* seus entendimentos e decidir segundo a sua própria interpretação do sistema jurídico, mesmo quando o faça em desacordo com decisões de tribunais superiores; e não poderá ser punido por isso, nem ver sua decisão revista em sede correicional, porque não são os corregedores seus juízes naturais de revisão. O mesmo vale para os desembargadores, em relação aos corregedores nacionais. Magistrados “*a quo*” apenas não pode *rever intraprocessualmente* o que foi decidido nas instâncias superiores, ante as regras de competência hierárquica. Quanto ao mais, porém, *não há hierarquias*. Leia-se, por todos, nas palavras felizes do Desembargador NERY DE OLIVEIRA:

A tal modo, se resulta lógico que a administração centralizada nos Tribunais pressupõe uma obediência aos comandos de gestão e administração por tais Cortes enunciadas, logicamente tais atos administrativos não ensejam qualquer perda dos atributos de independência do juiz, notadamente na sua atividade-fim, mas também indiretamente qualquer ingerência que possa pretender vir a perturbar aquela, ainda que emanada de órgãos internos do Judiciário. Para que assim fosse, o artigo 95 haveria de comportar exceções, e tais não existem para permitir que juízes de Cortes superiores sejam maiores que outros.

Na verdade, todos os juízes são iguais, mesmo aquele magistrado da comarca mais humilde e longínqua do País em relação ao ministro do Supremo Tribunal Federal — o que os distingue, basicamente, são as competências jurisdicionais distintas, que confere a uns e outros, em dados momentos, maior *status* social (e não pouco é lembrar que muitas vezes o juiz da comarca do interior, quase esquecida por todos, é muito mais prestigiado na sua localidade que qualquer ministro do STF, pois são as suas decisões que influem diretamente no cotidiano daquela comunidade).

Ainda que possa parecer absurdo, a inexistência de qualquer hierarquia entre os Juízes vem capitulada no artigo 6º da Lei 8.906/94, exatamente o Estatuto da Advocacia, quando assevera que «não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos», havendo que se ponderar que tal dispositivo não se dirige apenas à inexistência de subordinação e hierarquia dos advogados em relação a juízes e membros do Ministério Público, mas também entre estes, sob pena também da regra primeira acabar desvirtuada⁴.

Ainda, no abalizado escólio de GOMES DA CRUZ⁵:

⁴ OLIVEIRA, Alexandre Nery de. “Hierarquia e subordinação judiciárias. Inconstitucionalidade”. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=246> (acesso em 14.06.2011 — g.n.).

⁵ CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional interpretada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.44 (g.n.).

Temos feito várias referências à independência do magistrado, salientando que as garantias constitucionais se voltam para preservar tão fundamental atributo da magistratura. Logo, todo juiz deve agir com independência, até em relação à instância superior, sabido que esta só possui, em relação ao órgão de grau inferior, competência de derrogação. Claro, não se exclui o poder disciplinar, mas não interferindo diretamente na atuação do juiz em matéria processual.

Mais além, em plagas europeias — e há décadas —, GOMES CANOTILHO⁶ identificou, no **princípio constitucional da independência dos órgãos judiciais** (consagrado na Constituição portuguesa de 1976 e inerente a todos os Estados Democráticos de Direito), três corolários: o da **independência pessoal** (donde a impraticabilidade das nomeações interinas e das transferências, suspensões, aposentações e demissões à margem da lei ou *em razão das decisões emanadas*), o da **independência coletiva** (autonomia da judicatura — inclusive orçamentária — em relação aos demais poderes da República) e o da **independência funcional**. Quanto a essa última, assevera que

A **independência funcional** é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o núcleo duro do princípio da independência. Significa ela que o juiz está apenas submetido à lei — ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas — no exercício da sua função jurisdicional.

Consequentemente, o juiz de 1º grau não está obrigado a acatar teses ou entendimentos de instância superiores, se pessoalmente não os crê conformes às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas (a não ser, no caso brasileiro, em hipóteses cobertas por *súmulas vinculantes* exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, mercê da norma ínsita ao artigo 103-A da CRFB). Está, sim, obrigado a acatar o *resultado* dos arestos que lhe reformam as decisões, **nos limites de seus comandos dispositivos concretos** (neste caso, “*pronunciar-se sobre a contradição apontada na sentença*”). Não mais do que isso. Não se obriga, p.ex., a *reproduzir*, em nova sentença, os conceitos,

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. pp.617-618 (g.n.).

as teses e as convicções perfilhadas pelo relator na fundamentação do voto.

No mesmo sentido, mais recentemente, tem se pronunciado iterativamente o E. Conselho Nacional de Justiça, *excluindo* a possibilidade de se recorrer à instância administrativa disciplinar e/ou revisional para «corrigir» ou «punir» “*errores in iudicando*”. Veja-se:

Recurso Administrativo em Revisão Disciplinar. Insurgência contra decisão monocrática que indeferiu pedido de apuração da responsabilidade dos magistrados que atuam em processos judiciais de interesse da requerente e contra o indeferimento de afastamento destes e do desembargador que é parte nos processos na defesa da guarda de seu neto. Recurso não provido. A Revisão Disciplinar não se presta à indagação de *quaestionis juris*, nem ao ataque do *error in iudicando* do magistrado. A pretensão de incursão em atos judiciais proferidos em juízo constitui matéria que se posta fora do âmbito de competência do CNJ. Essa atuação no plano judicial só se revê através dos meios postos na legislação processual, pela via do recurso judicial cabível, sendo inadequada e incabível a Revisão Disciplinar para essa finalidade” (CNJ, REVDIS n. 200810000005120 e REP n. 200810000005118, Rel. Cons. RUI STOCO, 65ª Sessão, j. 24.06.2008, in DJU 05.08.2008 — *g.n.*).

Recurso Administrativo em Reclamação Disciplinar. Arquivamento. Atos judiciais passíveis de recurso. Inexistência de infração funcional. 1) O CNJ não é instância de revisão de decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário no exercício da típica atividade jurisdicional. 2) Os fatos trazidos aos autos pelo reclamante não apresentam cometimento de infração funcional. Recurso a que se nega provimento” (CNJ – RD 391 – Rel. Cons. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ, 69ª Sessão, j. 09.09.2008, in DJU 26.09.2008 — *g.n.*).

Magistrado. Descumprimento de dever funcional. Art. 35, I, da LOMAN. Inexistência. Regular exercício da atividade jurisdicional. Princípio do livre convencimento motivado. *Error in iudicando.* O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com

independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício' (LOMAN, art. 35, I). É-lhe assegurado, todavia, o exercício da função com liberdade de convencimento (CPC, art. 131) e independência, de modo a garantir, em última análise, a autonomia e independência do próprio Poder Judiciário (CF, art. 95). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, o ato em questão foi praticado no regular exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado. Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente” (CNJ, RD n. 200830000000760, rel. Cons. ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 80ª Sessão, j. 17.03.2009, in DJU 06.04.2009 — *g.n.*)

Aliás, a própria LOMAN, em seu artigo 41, prevê que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, salvo no caso de impropriedade ou excesso de linguagem. “*In verbis*”:

Artigo 41. Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir (*g.n.*).

E na mesma alínea, como já dito, a LC n. 35/79 dispõe, no seu artigo 40, que a atividade censória dos tribunais *não pode cercear a independência ou malferir a dignidade* do magistrado. “*In verbis*”:

Artigo 40. A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado (*g.n.*).

Extrai-se desse quadro legal, por interpretação lógico-sistemática e teleológica, que a atividade censória não pode interferir com a prudente condução do ofício jurisdicional e dos serviços judiciais pela autoridade judiciária investida das funções correspondentes. Em outras palavras, **não**

podem os tribunais ou seus corregedores, à margem da lei, obrigarem magistrados a renunciarem publicamente aos seus próprios entendimentos.

Ainda nessa ordem de ideias, em recente decisão do E. Conselho Nacional de Justiça (Processo n.º 0002474-56.2009.2.00.0000), o Ministro CÉZAR PELUSO reiterou as balizas da atuação disciplinar, sendo enfático ao defender que o juiz só deve ser responsabilizado por dolo ou fraude (artigo 133, I, do CPC), entendimento que já foi manifestado em outros casos; e, se é assim, evidentemente a atividade correicional dos tribunais — o que inclui a produção regulamentar da E. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho — não pode instar o magistrado a decidir *contra* o seu entendimento (artigo 131 do CPC), se este é minimamente razoável nos horizontes hermenêuticos do ordenamento em vigor. “*In verbis*”:

Magistrado. Descumprimento de dever funcional. Art. 35, I, da LOMAN. Inexistência. Regular exercício da atividade jurisdicional. Princípio do livre convencimento motivado. Error in iudicando. —
7“O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício’ (LOMAN, art. 35, I). É-lhe assegurado, todavia, o exercício da função com liberdade de convencimento (CPC, art. 131) e independência, de modo a garantir, em última análise, a autonomia e independência do próprio Poder Judiciário (CF, art. 95). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, o ato em questão foi praticado no regular exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado. Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente” (CNJ – RD 200830000000760 – Rel. Cons. Altino Pedrozo dos Santos – 80ª Sessão – j. 17.03.2009 – DJU 06.04.2009 [g.n.]).

⁷ Para uma ampla referência, cf., por todos, FELICIANO, Guilherme Guimarães. “*O novíssimo processo civil e o processo do trabalho: uma outra visão*”. In: *Revista LTr. Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. v. 71. pp. 01-19. Estão ali referenciados (com estes entendimentos ou semelhantes, sempre tendentes à adoção de um paradigma pós-liberal de processo e/ou à aplicação das inovações das Leis ns. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006, entre outras, ao processo do trabalho), entre vários, autores da envergadura de LUIZ GUILHERME MARINONI, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, ALICE MONTEIRO DE BARROS, CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES, LUCIANO ATHAYDE CHAVES, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR, etc.

Fica claro, nesse contexto, que a existência de um Estado Democrático de Direito pressupõe um Poder Judiciário realmente autônomo, independente e valorizado em todos os sentidos, o que inclui, por óbvio, Magistrados independentes, isentos, vitalícios, capacitados, eticamente comprometidos, bem remunerados e inamovíveis.

Em razão do princípio da independência judicial e do livre convencimento motivado, concluímos que é inadmissível e inconstitucional a instauração de qualquer procedimento disciplinar contra ato judicial devidamente fundamentado.

Ao mais, a instauração de qualquer procedimento de natureza disciplinar, ainda que preparatório, deve ser precedida de um rigoroso exame de admissibilidade, processando-se apenas aqueles casos em que se denote desvio de conduta ou efetiva falta funcional cometida por dolo ou fraude, rechaçando-se, de plano e liminarmente, questionamentos contra o mérito de decisões judiciais devidamente fundamentadas, sob pena de se amesquinhar a grandeza da atividade jurisdicional.

A NECESSÁRIA REPRESSÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO AOS CASOS DE *DUMPING* SOCIAL

Aline de Farias Araújo ¹

RESUMO

O direito do trabalho, em virtude do seu papel civilizatório e com o escopo de eliminar as formas mais perversas de utilização da força humana de trabalho, é um dos meios mais eficazes para a concretização da dignidade do trabalhador. Apesar da extensa teia de proteção albergada pela legislação trabalhista vigente, há empregadores que resistem ao cumprimento dos seus deveres mínimos, frustrando direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados, entregando-os à própria sorte, após explorá-los diuturnamente. Essas formas abusivas de utilização da mão-de-obra são empregadas com o fito de aumentar os lucros, muitas vezes com a redução dos preços dos produtos e dos serviços, caracterizando o *dumping* social. Nesse cenário, o presente artigo abordará a dinâmica que orienta essa prática tão nefasta para a classe trabalhadora e as medidas a serem adotadas pela Justiça do Trabalho a fim de inibir a reiteração desses comportamentos pelas empresas, para que sejam efetivados os direitos sociais trabalhistas, assegurando a proteção aos trabalhadores individual e coletivamente considerados.

1. Globalização, neoliberalismo e *dumping* social

A sociedade e o mundo do trabalho hodiernos passam por uma série de transformações significativas, que acabam por afetar a dinâmica das relações de emprego, atingindo, pontualmente, o contrato de trabalho.

Um dos maiores fatores para o crescente questionamento acerca dos padrões sociais e de trabalho até então existentes é a globalização, fenômeno do capitalismo que tem provocado transformações importantes e estruturais na sociedade atual.

Com a globalização, percebe-se que em lugar das velhas necessidades

¹ Aluna da Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da Paraíba.

atendidas pelos produtos do próprio país, surgem necessidades novas que exigem, para a sua satisfação, produtos dos países mais longínquos e de climas diversos. Alteram-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, todas as relações que as substituem se envelhecem antes de se consolidarem.

Para Rodolfo Pamplona Filho², globalização, globalismo ou globalidade é “um processo provocado pelo alto desenvolvimento tecnológico, determinante da crescente interinfluência das economias e integração dos mercados mundiais de produção e consumo”. A globalização, em verdade, configura-se como fato econômico gerado pela Revolução Tecnológica, originando profundas modificações sociológicas, culturais e políticas.

O referido processo globalizante acarreta diversas transformações na estrutura social e econômica vigentes, ocasionando efeitos, principalmente, quanto ao nível e perfis do emprego nas mais variadas localidades do mundo, observando-se, principalmente, alterações no ambiente macroeconômico e modificações na estrutura de produção.

Tais modificações consistem no aumento do desemprego, no crescimento do emprego informal, na redução de benefícios sociais ao trabalhador, na redução salarial e no surgimento de novas formas de relações de emprego, ensejando o chamado desemprego estrutural, no qual as vagas de trabalho são definitivamente eliminadas do mercado, em virtude dos avanços tecnológicos e das modificações na estrutura produtiva.

Assim, tem-se assistido, desde as últimas décadas do século passado, iniludível processo de desconstrução cultural do primado do trabalho e do emprego no sistema capitalista, posto que as suas permanências inviabilizariam, drasticamente, a aplicação do receituário do mercado econômico, estruturado pelo pensamento neoliberal³.

Para Livia Mendes Morerira Miraglia⁴, aliada à globalização, urge mencionar a significativa alteração de paradigmas progugnada pelo neoliberalismo, atual fase do modelo capitalista de produção. Nesse modelo, o Estado adota uma postura garantista mínima, regulando apenas o que é essencial para o desenvolvimento do capital.

O Direito, também passa a ser visto sob uma perspectiva restringida,

² PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova face do direito do trabalho e a globalização. In: **Revista Nacional de Direito do Trabalho**, v.58, Ribeirão Preto: Nacional de Direito, ano 6, p.57-62, fev.2003.

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. p.31.

⁴ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O direito do trabalho como instrumento de efetividade da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**. Belo Horizonte, v.49, n.79, p. 149-162, jan-jun.2009.

haja vista a criação de formas de exploração da mão-de obra que não se enquadram na clássica visão de relação de emprego, com o intuito precípua de impossibilitar aos trabalhadores o acesso à esfera protetiva do ramo juslaboralista. Os postos de trabalho são precários e há cada vez mais trabalhadores laborando em subempregos, que não oferecem qualquer proteção jurídica e que, muitas vezes, representam clara ofensa aos princípios constitucionais do trabalho.

O neoliberalismo prega que a contratação e os salários dos trabalhadores devem ser regulados pelo mercado, pela lei da oferta e da procura. O Estado deve deixar de intervir nas relações trabalhistas, que seriam reguladas pelas condições econômicas.

Na leitura de Ari Beltran⁵, um fator importante a ser observado, quando se discute o problema do impacto da integração econômica sobre as relações de trabalho, é o chamado *dumping* social. Segundo o autor, essa expressão relaciona-se com a grave violação de direitos sociais, em especial, pelo pagamento de baixíssimos salários por parte de algumas empresas como arma de redução de custos, e, conseqüentemente, aumento da competitividade no mercado integrado. Assim, o propósito passa a ser o de criar mecanismos para reduzir os custos empresariais, maximizando os lucros dos empregadores.

Trata-se, também, de uma política de traslado de empresas de um Estado para o outro, à procura de menores custos da mão-de-obra ou de vantagens tributárias, ao usar como estratégia a fixação de salários baixos para atingir empresas de outros Estados. Por outro lado, há o recurso de traslado de trabalhadores para o Estado que oferecer maior proteção e melhores salários, agravando, assim, a situação econômica e social em razão do desequilíbrio daí advindo.

O fenômeno ora investigado interfere continuamente no mundo das relações de trabalho, principalmente porque a globalização e o neoliberalismo privilegiam a lógica exclusiva do mercado em detrimento do homem, desviando o avanço tecnológico para o fator lucro, em vez de ter como destinatário a valorização da vida humana.

2. Abordagem conceitual do *dumping* social

Sob o ponto de vista econômico, *dumping* é o termo utilizado para denominar a concorrência imperfeita, desleal, baseada em práticas abusivas, assim reconhecidas pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (1947), que

⁵ BELTRAN, Ari Posidônio. *Os impactos da integração econômica no direito dos trabalhadores, globalização e direitos sociais*. São Paulo: Ltr, 1998. p. 83.

visam destruir os concorrentes através de práticas indignas.

Através dessa espécie de prática comercial, uma ou mais empresas de um determinado país exportam seus produtos a preços muito inferiores – ao custo de produção do bem ou mesmo inferiores aos praticados no país exportador - àqueles praticados por empresas de outros países. A principal finalidade é prejudicar e eliminar os fabricantes de produtos similares concorrentes no local e, conseqüentemente, dominar o mercado para, posteriormente, elevar os preços, estabelecendo um monopólio.

A intensificação do ritmo das trocas e a complexidade das práticas comerciais no mercado externo acabaram por ampliar o tradicional conceito de *dumping*, acima referido.

Assim, o fenômeno ora em análise, atualmente, manifesta-se de diversas maneiras. A mais comum delas e a que merece maior atenção, por envolver diretamente a violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores é o *dumping* social, prática atrelada à exploração do trabalhador pelas empresas que, estabelecendo condições precárias de trabalho, oportunizam a redução do custo do produto, praticando preços extremamente inferiores aos preços de mercado. Em termos práticos, o que ocorre nessas situações são condutas atentatórias aos direitos sociais, com o desrespeito à legislação trabalhista mínima aceita mundialmente.

Adilson Rodrigues Pires⁶, tratando sobre o tema, caracteriza o *dumping* social conforme transcrito a seguir:

O *dumping* social tem como característica a venda incentivada pelo baixo nível salarial vigente, bem como pela escassa assistência social colocada à disposição do trabalhador no país de exportação. Referidos fatores impulsionam o comércio internacional, na medida em que contribuem para diminuir os custos de produção.

O *dumping* social pode ser entendido como um fenômeno sócio-trabalhista que emerge na conjuntura global atual, na qual as empresas e os empregadores, tendo por finalidade precípua a maximização dos lucros e a minimização dos custos da produção, passam, de maneira inescusável e recorrente, a descumprir as obrigações legais trabalhistas e preceitos fundamentais garantidores das relações de emprego. Normas de proteção ao

⁶ PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 188.

trabalho como direito à equiparação salarial, à isonomia de salários ao trabalho de igual valor, à concessão de intervalo e ao pagamento de horas laboradas em jornada extraordinária deixam de ser respeitados.

Um das características mais importante desse fenômeno, como se pôde depreender das linhas anteriores, é a venda de produtos incentivada pelo baixo nível salarial vigente, bem como a escassa assistência social colocada à disposição do trabalhador. Referidas condutas impulsionam o desenvolvimento econômico e comercial, pois, acabam por reduzir os custos da produção, tornando o preço final mais acessível e competitivo, possibilitando às empresas privilégios no tocante à concorrência.

O *dumping* social não está previsto na legislação trabalhista brasileira e jamais foi objeto do Direito do Trabalho. Desde o Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1947, o fenômeno tem sido tratado somente pelo Direito Econômico. Atualmente, as diretrizes e sanções em matéria de combate a esse tipo de concorrência desleal se encontram tipificadas pelo Código Antidumping da Organização Mundial de Comércio.

Ocorre que, com o aumento das práticas abusivas pelas empresas objetivando vantagens concorrenciais e, principalmente, pelas consequências nefastas trazidas pelo *dumping* social às relações de emprego e à coletividade de forma geral, os operadores do direito tem-se mostrado preocupados com o crescimento dessa espécie de prática empresarial abusiva.

Diante desse contexto e visando corroborar para a efetivação dos direitos sociais, a ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – aprovou, durante a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 2007, enunciado que incentiva os juízes a impor de ofício condenações às empresas que praticam o *dumping* social. O Enunciado número 4 da ANAMATRA assim dispõe:

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘*dumping* social’, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos

dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás já previam os artigos 652, 'd', e 832, § 1º, da CLT.

Para a ANAMATRA, além de ser uma afronta ao Estado, o *dumping* social provoca danos à sociedade, na medida em que propicia vantagens comerciais indevidas aos empregadores. Essas agressões reincidentes aos direitos trabalhistas colidem com a estrutura do estado social e do próprio modelo capitalista, motivando a necessária reação do Poder Judiciário.

3. O *dumping* social na perspectiva da jurisprudência trabalhista

Conforme exposto nas linhas do tópico pregresso, o *dumping* social consiste na obtenção de vantagens comerciais indevidas por algumas empresas, através da adoção de condições precárias de trabalho, desenvolvendo relações de emprego marcadas pelo descumprimento de obrigações legais e contratuais.

Com as imposições do mundo globalizado e todas as novas exigências impostas, as empresas utilizam-se, de forma cada vez mais freqüente, de jornadas de labor intermitentes, trabalho informal, trabalho infantil ou, até mesmo, escravo, para que sejam obtidas vantagens comerciais através de condições desumanas de trabalho, prejudicando os trabalhadores de forma individual e, em última análise, a sociedade.

O *dumping* social faz com que os salários e demais encargos sociais baixem para que o produto seja competitivo no mercado nacional ou internacional. Trata-se de uma prática prejudicial, pois além de proporcionar o desenvolvimento desleal do comércio, agride a dignidade da pessoa humana, submetendo os trabalhadores a condições de trabalho degradantes. Segundo Arion Sayão Romita⁷:

Os salários e os chamados encargos sociais constituem componentes dos preços dos produtos e, sendo eles mais baixos nos países em desenvolvimento do que nos países desenvolvidos, colocam os primeiros em vantagem sobre os últimos. A prática do *dumping* social representa, portanto, forma de concorrência

⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 204.

desleal, além de redundar frequentemente em violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Além de prejudicar diretamente os trabalhadores, o *dumping* social acarreta o crescimento da miséria e da pobreza, numa lógica de exclusão social, de marginalização e desrespeito aos direitos trabalhistas. A falta de garantia dos direitos sociais, em última análise, também provoca a exclusão das classes menos favorecidas da sociedade.

Em decorrência dos perigosos efeitos para a classe trabalhadora e para a efetivação dos direitos sociais, a prática do *dumping* social tem motivado o Judiciário Trabalhista, ao reconhecimento do cometimento de ato ilícito pelas empresas, sob alegação de ocorrência de dano social, em razão do exercício abusivo de direitos pelos empregadores, extrapolando os parâmetros do mercado e os limites econômicos e sociais impostos⁸.

A ampliação e a aplicação do conceito de *dumping* social no Direito Laboral, não apenas para reparar direitos lesados dos empregados, mas também para responsabilizar empresas que, porventura, obtenham vantagem indevida no seu mercado de atuação por conta de danos causados aos trabalhadores, é uma importante reação da Justiça do Trabalho a essa perigosa prática empresarial. Muito embora possam ser identificadas algumas decisões de primeira instância nesse sentido, é importante salientar que o tema ainda não foi alvo de discussão pelo Tribunal Superior do Trabalho, mas já apresenta tímida tendência de adoção por algumas instâncias recursais.

Essa é uma importante convergência da Justiça do Trabalho, sobretudo, porque o desenvolvimento econômico de algumas empresas não pode ser sucedâneo para a reiterada afronta aos direitos trabalhistas constitucionalmente e legalmente previstos, sob pena de incentivar a busca insana de lucro, em desrespeito aos direitos sociais dos trabalhadores.

4. A configuração do Dano Social

O dano social costuma ser formado pelo somatório de danos individuais que atingem resultados que extrapolam as esferas jurídicas e realidades dos

⁸ Entendimento que consubstancia a aplicação dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

indivíduos lesionados.

O contrato de emprego ultrapassa bastante os simples limites das relações privadas, tanto no seu conteúdo, como no tocante aos seus efeitos. A relação de emprego é bem mais que singela compra e venda de trabalho humano, constituindo-se sempre numa relação jurídica complexa, dinâmica, social e solidária, intrinsecamente relacionada a princípios como solidariedade constitucional, dignidade humana e responsabilidade social, o que acaba resultando em interpretações diferenciadas sobre institutos como o contrato, a empresa e a responsabilidade civil.

Assim, as agressões ao direito do trabalho, pela complexidade das relações de emprego, acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, de modo que o empregador muitas vezes se vale dessa prática para obter vantagem na concorrência com outros empregadores. Isto implica dano a outros empresários não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma delincente. O resultado verificado é a precarização completa das relações sociais, sob a forma de *dumping social*.

Mantendo-se o foco nos macrosignificados da relação de emprego, há maior clareza de vinculação à sociedade com a delinquência patronal quando a agressão envolve direitos fundamentais. Nessas situações, os prejuízos são direcionados à coletividade em sentido amplo, sobretudo porque os direitos fundamentais não são pertencentes apenas ao trabalhador, ou grupo de trabalhadores diretamente lesados.

Nessas hipóteses, as multas previstas na CLT são quase irrisórias, a fiscalização dessas práticas insuficiente e as condenações individuais para restituição pecuniária aos trabalhadores atingidos, jamais poderiam oferecer resposta estatal adequada a tais condutas, já que pouco repercutem no patrimônio das empresas, constituindo mais um privilégio para as infratoras, do que mesmo penalidades.

Ante a inefetividade dos instrumentos institucionalizados pela dogmática, exsurge a importante atuação da jurisprudência, identificando repercussão social em razão do descumprimento reiterado da legislação trabalhista e arbitrando condenação complementar a cargo do empregador, conforme orientação do Enunciado nº. 4 aprovado pela ANAMATRA⁹, produzido com objetivo de servir de referência para futuros julgamentos de

⁹ SOUZA, Rodrigo Trindade. *Dumping social: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas. Disponível em: http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod_materia=2809. Acesso em: 21 jul. 2011

demandas trabalhistas sobre o tema.

Encontra-se no artigo 404, parágrafo único, do Código Civil¹⁰, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os arts. 652, ‘d’¹¹ e 32, parágrafo único¹², da CLT.

A questão da reincidência é um ponto bastante importante para a identificação do dano social ou *dumping* social. Para Jorge Luis Souto Maior¹³, magistrado e doutrinador que se debruçou com maestria sobre o tema, a repetição constante da prática predatória empresarial é o critério objetivo para apuração da repercussão social das agressões ao direito do trabalho.

Outro critério apontado é o caráter deliberado do transgressor em desrespeitar a ordem jurídica, pois o ato voluntário é inescusável.

Vê-se que lesões produzidas no âmbito das relações de emprego, e, em especial quando direcionadas a direitos fundamentais dos trabalhadores, não são circunscritas na singeleza do prejuízo meramente individual. O provimento jurisdicional que se segue à agressão não é apenas pretendido pelo indivíduo circunstancialmente lesionado, pois não há na situação um único indivíduo prejudicado. A pretensão de resposta estatal passa a ser de toda a comunidade secundariamente atingida¹⁴.

A compreensão da ocorrência do dano social, nessas situações, pode servir para outorgar uma nova interpretação ao parágrafo único do artigo 404 do Código Civil. A percepção da insuficiência da condenação de restituição permite que o juiz possa fixar o que se denomina de “indenização suplementar”. Esse acréscimo condenatório não necessariamente precisa ser dirigido para o indivíduo ofendido; percebendo o julgador a extensão dos prejudicados, poderá decidir pela condenação na forma de indenização por dano social.

¹⁰ Art. 404, CC/2002: “As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

¹¹ Art. 652, CLT: “Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: [...] d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência;”

¹² Art. 32, CLT: “As anotações relativas a alterações no estado civil dos portadores de Carteira de Trabalho e Previdência Social serão feitas mediante prova documental. As declarações referentes aos dependentes serão registradas nas fichas respectivas, pelo funcionário encarregado da identificação profissional, a pedido do próprio declarante, que as assinará. Parágrafo único. As Delegacias Regionais e os órgãos autorizados deverão comunicar ao Departamento Nacional de Mão-de-Obra todas as alterações que anotarem nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social”.

¹³ SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **O dano social e sua reparação**. Revista LTr, vol. 71, n.º 11, novembro. São Paulo: LTr, 2007. p. 32.

¹⁴ SOUZA, Rodrigo Trindade. *Dumping social: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas. Disponível em: http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/default2.asp?cod_materia=2809. Acesso em: 21 jul. 2011.

Há que se esclarecer, no entanto, que o estabelecimento dessa espécie de condenação punitiva deve ser manejado em situações de significativa reprovação social, como forma de impedir a repetição das posturas delinquentes. São nessas hipóteses que os prejuízos são espalhados, diluídos em torno de uma coletividade de difícil ou impossível determinação e, portanto, a resposta jurisdicional deve contemplar a generalidade do universo de ofendidos.

Assim, cumpre ao intérprete identificar as situações em que a delinqüência patronal é de extrema reprovação e representa grandes danos à coletividade. Deve ser analisada, ainda, se a condenação individual é realmente incapaz de gerar efeitos de desestímulo para a conduta patronal, isso porque, o objetivo de tal condenação é utilizar o peso da perda econômica para desencorajar a reincidência.

O intérprete também deve verificar se os objetivos das condenações punitivas já não foram alcançados com outros tipos de medidas mais amplas, como termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho, multas administrativas, condenações em ações coletivas ou acordos expressos com sindicatos.

Outro tema interessante, ainda na seara do reconhecimento e da punição do dano social, reside na destinação do montante em dinheiro objeto da condenação. Trabalhando com a hipótese de um estabelecimento empresarial delinquente que suprime diversas verbas trabalhistas de seus empregados, tendo por efeito a diminuição dos preços de seus produtos, pode-se concluir que a situação acarreta efeito colateral, na medida em que empresas concorrentes perdem o mercado, retraem suas atividades e vêm-se obrigadas a despedir, ou também precarizar direitos de seus funcionários.

O caso exemplificativo serve para ilustrar que a fixação da condenação, nem sempre, precisa ser dirigida ao sujeito lesionado, pois em alguns casos pode ensejar enriquecimento ilícito do trabalhador, havendo posicionamento doutrinário favorável ao encaminhamento do montante arbitrado a fundo ou programa social que vise impedir ou obstaculizar a continuidade das práticas em discussão.

5. Importância da aplicação do art. 404 do CC aos casos de *dumping* social

Ainda que alguns posicionamentos defendam haver inconstitucionalidade na fixação da indenização suplementar, analisada no tópico pregresso, em razão do ordenamento já consagrar a indenização

reparatória, é forçoso resgatar e registrar o art. 5º, V, da CF de 1988, segundo o qual é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, tudo no afã de recompor a igualdade entre as partes, assegurando e preservando os direitos constitucionais a todos os indivíduos, principalmente no tocante ao resgate da dignidade da pessoa humana.

Nas sábias lições do mestre Paulo Bonavides¹⁵, aliás, a dignidade da pessoa humana possui densidade jurídica máxima, sendo, pois, princípio supremo na hierarquia normativa, servindo de arcabouço jurídico para as demais normas do ordenamento, inclusive, para as normas trabalhistas.

A prática do *dumping* social, ao vilipendiar os direitos sociais e dos trabalhadores, além de configurar obstáculo para a concretização da dignidade da pessoa que trabalha, atinge os fundamentos do Estado Democrático de Direito, posto que suprime direitos em razão de interesses pautados num capitalismo desleal, fazendo com que as normas que regem as relações de emprego sejam meramente ilustrativas.

Por todo o exposto, a reação do Poder Judiciário no combate as práticas de *dumping* social, aplicando o art. 404 do Código Civil, reconhecendo a ocorrência de dano social e fixando indenizações suplementares, a fim de inibir e desestimular a reiteração dessas condutas, é medida louvável e importante para a efetivação dos direitos sociais¹⁶.

Ora, se a dignidade da pessoa humana irradia seu conteúdo por todo o ordenamento jurídico, sendo considerado princípio supralegal, com efetividade máxima, não é incongruente pensar que os direitos fundamentais, inspirados por esse princípio, devem ser observados quando da aplicação da

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233.

¹⁶ Nessa vertente, colacionou-se o seguinte julgado da Justiça laboral pátria: REPARAÇÃO EM PECÚNIA - CARÁTER PEDAGÓGICO - DUMPING SOCIAL - CARACTERIZAÇÃO - Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificativas do denominado *dumping* social, favorecendo em última análise o lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à queda dos custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. “As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘*dumping* social’” (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado nº 4). Nessa ordem de idéias, não deixam as empresas de praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem comezinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. “Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem derivada da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza” (LAFER, Celso - “*Dumping* Social”, in *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas*, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, LTR, São Paulo, 1994, p. 162). Impossível afastar, nesse viés, a incidência do regramento vertido nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, a coibir - ainda que pedagogicamente - a utilização, pelo empreendimento econômico, de quaisquer métodos para produção de bens, a coibir - evitando práticas nefastas futuras - o emprego de quaisquer meios necessários para sobrepujar concorrentes em detrimento da dignidade humana. (RO NUM: 00866; 3ª Região - Quarta Turma; relator: Júlio Bernardo do Carmo; DEJT DATA: 31-08-2009. PG: 75).

norma jurídica. Nesse sentido, o art. 8º, parágrafo único da CLT, autoriza a utilização do direito comum como fonte subsidiária do direito laboral, desde que não sejam incompatibilizados princípios juslaboralistas.

Corroborando com esse posicionamento, Jorge Luiz Souto Maior assevera que:

Em se tratando de práticas ilícitas que tenham importante repercussão social, a indenização, visualizando esta extensão, fixa-se como forma de desestimular a continuação do ato ilícito, especialmente quando o fundamento da indenização for a extrapolação de limites econômicos e sociais do ato praticado, pois sob o ponto de vista social o que importa não é reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas, vítimas em potencial do agente, possam vir a sofrer dano análogo. A pertinência desses dispositivos no direito do trabalho é gritante, pois, normalmente, as agressões ao direito do trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência com outros empregadores. [...] Portanto, as reclamações trabalhistas em face de uma mesma empresa que apresenta agressões reincidentes, tais como: salários, em atraso, pagamento de salários por fora, trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento do FGTS; não pagamento de verbas rescisórias (...) devem resultar em condenação de uma indenização, por dano social, arbitrado *ex officio* pelo juiz, pois a perspectiva não é da proteção do patrimônio individual.

Aliada à tese, existem os poderes conferidos ao Juiz do Trabalho, através do art. 765 CLT, de modo que ele pode determinar qualquer diligência capaz de assegurar a eficácia do direito material a que faz jus a parte. Assim, pode-se concluir que, se no caso concreto a indenização suplementar for capaz de impedir uma violação à dignidade da pessoa, deve ser aplicada pelo juiz, ainda que não haja provocação, como medida do Estado em função da preservação dos direitos fundamentais, na condição de garantidor destes.

A tendência de aplicação da indenização suplementar configura herança do direito norte americano, onde também ocorre fixação judicial de

montantes condenatórios que não tem como objetivo imediato a compensação do dano, mas de efetiva repressão da conduta do ofensor, o que se denomina *punitive damages*.

Desta feita, e de acordo com todos os argumentos acima elencados, o parágrafo único, do artigo 404 do Código Civil pode e deve ser aplicado *ex officio* frente a agressões reincidentes à legislação trabalhista, tais como: não recolhimento de FGTS, salários pagos “por fora”, não concessão de intervalo para refeição e descanso, trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc.

Portanto, e mais uma vez utilizando os ensinamentos de Jorge Luiz Souto Maior¹⁷, a aplicação do dispositivo supracitado pode justificar tanto a fixação de uma indenização ao trabalhador, de caráter individual, diante da ineficácia dos juros de mora trabalhista, quanto à imposição ao agressor contumaz de direitos trabalhistas de uma indenização suplementar, por dano social, que será revertida a um fundo público, destinado à satisfação dos interesses da classe trabalhadora.

Como alerta Luis Roberto Barroso¹⁸, o Poder Judiciário está autorizado a aplicar diretamente a Constituição, sem qualquer preocupação com o princípio democrático da maioria, quando estão em jogo direitos fundamentais ou regras do processo democrático, diante da inexistência de lei ordinária razoável regendo a matéria.

A condenação por *dumping* social exsurge, desse modo, legítima, do ponto de vista do direito interno e das obrigações internacionais do Estado brasileiro, porquanto decorrente de interpretação conforme o método concretizante da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Além disso, configura uma forma de eliminar o lucro advindo de atos danosos aos direitos trabalhistas e consubstancia meio eficaz de controle social para a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹.

6. *Dumping* social e ativismo judicial

O enunciado da ANAMATRA e as sentenças prolatadas em sede de

¹⁷ MAIOR, Souto. **Indenização por dano social pela agressão voluntária e recorrente aos direitos trabalhistas**. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses_aprovadas.cfm. Acesso em: 21 jul. 2011.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2011.

¹⁹ FUERBACK, Leonardo. **As consequências jurídico-sociais da aplicação da teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico pátrio**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18359>. Acesso em: 6 jul. 2011.

dumping social configuram casos do que os juristas chamam de ativismo judicial, estratégia através da qual os magistrados, valendo-se de princípios constitucionais e interpretação extensiva da legislação, ampliam o alcance de suas competências. Através dessa prática, os juízes trabalhistas passaram a incorporar institutos do direito econômico para a aplicação de sanções mais severas às empresas.

Nessa linha de argumentação, o que se observa é que se por um lado o ativismo pode conceder tutela mais eficaz aos direitos trabalhistas, por outro, gera inegavelmente, insegurança generalizada nos meios empresariais. É por essa razão que a aplicação da tese do *dumping* social tem sido vista com ressalvas e ponderações por grande parte dos operadores do direito.

A partir da divulgação da posição adotada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, os juízes sentiram-se mais confortáveis para condenar as empresas quando constatada a prática do *dumping* social²⁰.

No entanto, cumpre evidenciar que não são poucas as críticas manejadas pela doutrina e jurisprudência para utilização do *punitive damages* na realidade jurídica brasileira. Tais posicionamentos baseiam-se no receio da utilização indiscriminada de institutos de direito estrangeiro, especialmente oriundos de países que não compartilham do mesmo tronco do sistema jurídico nacional.

De maneira bastante genérica, as objeções baseiam-se em quatro argumentos: necessidade de se evitar os excessos indenizatórios comuns no sistema norte americano, desestimulando aventuras judiciais, demandas inconsequentes que buscam lucro fácil; a representação que tem o instituto na figura decadente e superada da pena privada; a impossibilidade de estabelecimento de pena sem prévia cominação legal; e a vedação no sistema

²⁰ Atuando no Posto Avançado de Iturama, o juiz substituto Alexandre Chibante Martins, auxiliar na Vara do Trabalho de Ituiutaba, condenou uma grande empresa a pagar ao empregado uma indenização pela prática de *dumping* social (produção de mercadorias mais baratas com a exploração da mão-de-obra adquirida a baixos custos, através da utilização de formas precárias de trabalho, em desrespeito às normas trabalhistas, gerando concorrência desleal e danos à sociedade). Na visão do juiz sentenciante, as repetidas tentativas da reclamada de burlar a legislação trabalhista caracterizam a prática do *dumping* social. Ao consultar o banco de dados do TRT mineiro, o magistrado constatou que, nos últimos cinco anos, foram movidas mais de 600 ações trabalhistas contra o reclamado, versando sobre pagamento de horas extras, intervalo para refeições e adicional de insalubridade. No processo analisado pelo juiz, ficou demonstrado ainda o descumprimento da obrigação de pagar o adicional de insalubridade para trabalho em local frio, sendo que a empresa apresenta alto risco de acidentes e condições ergonômicas inadequadas para os trabalhadores. Reprovando as repetidas condutas patronais caracterizadas como *dumping* social, o juiz enfatizou que essa prática precisa ser combatida pelo Judiciário trabalhista, porque constitui ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais. Nesse contexto, diante da constatação do ato ilícito da reclamada, o juiz de 1º grau fixou uma indenização no valor de R\$2.000,00, a ser paga pela empresa em parcela única, em favor do reclamante, como forma de punição pela prática do *dumping* social. Os recursos interpostos pelas partes aguardam julgamento no TRT de Minas. (RO nº 00631-2010-157-03-00-1). **Empresa é condenada pela prática de *dumping* social.** Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=4721&p_cod_area_noticia=ACS. Acesso em: 22 jul. 2011.

nacional do enriquecimento sem causa.

Em que pese a consistência argumentativa daqueles que defendem a impossibilidade da aplicação do *punitive damages* para os casos de *dumping* social, é importante mencionar que, embora possam haver distorções na aplicação do instituto, tais características não podem ser verificadas apenas nos casos de dano social. Todas as experiências trazidas do direito comparado podem ser bem ou mal manejadas, conhecidas e aplicadas, dependendo do conhecimento e intenções dos que atuam nos processos judiciais.

A idéia trazida com a verificação de dano social e a fixação de indenização complementar, com caráter repressivo, não tem como escopo a premiação exorbitante dos trabalhadores ofendidos. Trata-se de alternativa para reprimir condutas patronais que extrapolam a esfera jurídica individual e que por essa razão, demandam atenção especial.

Da mesma forma, não se pode concluir que a condenação em discussão assemelha-se com a vingança pessoal, até porque a repressão pretendida com a tese do *dumping* social alcança a coletividade em geral, na tentativa de desestimular a continuidade de práticas lesivas aos direitos trabalhistas.

Apesar de todas as ponderações feitas ao instituto do *punitive damages*, o importante argumento contrário é mesmo a temeridade de se proporcionar com a aplicação das condenações punitivas, enriquecimentos súbitos e desmesurados de particulares, como resultado do recebimento de expressivos montantes condenatórios.

Entretanto, como observado em linhas anteriores, a condenação pecuniária, fixada a título de repressão a condutas lesivas aos empregados, pode e deve ser revertida a fundos especiais, não sendo necessariamente dirigida aos empregados lesionados, demonstrando que o objetivo do instituto não é ressarcir o obreiro dos prejuízos eventualmente sofridos, mas, principalmente, desestimular a reiteração de condutas prejudiciais aos trabalhadores, numa perspectiva educacional e penalizadora.

Por fim, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre *punitive damages* por ocasião do julgamento, em 2004, do Agravo de Instrumento 455846/RJ²¹ e, com naturalidade, viu presente uma “função punitiva” nessa espécie de dano. Na oportunidade, um paciente de um hospital público recebeu tratamento médico inadequado ministrado por funcionário, resultando danos físicos permanentes. No julgamento da ação de indenização de danos morais, dirigida em face da

²¹ Decisão da Presidência nº 455846 do Supremo Tribunal Federal, de 11 de Outubro de 2004. Magistrado Responsável: Min. Celso de Mello.

Administração, observou a Corte que o juízo *a quo* bem observou a orientação de que a condenação deve ter dupla função: uma compensatória e uma de caráter punitivo, denominando essa última como *punitive damages*.

Em que pese não se tratar de uma decisão da Corte Superior em matéria trabalhista, especificamente, a decisão é importante para a compreensão de que o estabelecimento de condenação punitiva no âmbito de demanda de responsabilidade civil individual é medida que parte da suposição da necessidade de penalização do ofensor para desestímulo de práticas futuras, fixada de modo relativamente independentemente do ressarcimento dos prejuízos pessoais sofridos.

7. Considerações finais

Diante de todas as considerações realizadas no presente artigo, conclui-se, primeiramente que, o direito do trabalho não pode ser conduzido por um contexto marcado pela indeterminação, não pode deixar de ser um instrumento de consolidação da proteção aos hipossuficientes, para se tornar um instrumento de adaptação das normas trabalhistas às conveniências do capital competitivo, marcado pela globalização e pelo neoliberalismo²². Ao contrário, deve recuperar os seus fundamentos, resgatar o seu papel, com o desiderato de desmontar a idéia de que o mercado é a solução de todos os males e de que os direitos sociais são obstáculos à conquista da liberdade e do desenvolvimento²³.

Assim, ante a indiscutível nocividade da prática do *dumping* social, o direito do trabalho deve cuidar para que essa seja uma conduta impraticável, daí a necessidade de reafirmar a importância da identificação e da aplicação de indenizações suplementares àqueles empregadores que se utilizam indiscriminada e repetitivamente do descumprimento de suas obrigações contratuais, angariando com tais práticas vantagens negociais e de mercado, através da prática contumaz de atos ilícitos. Tudo isso para proteger não apenas o indivíduo que trabalha, mas a coletividade em geral.

Necessita-se, portanto, de ferramentas que proporcionem um efetivo combate ao instituto ora em comento, e, nesse sentido, a aplicação do art. 404 do CC é um importante passo, reconhecendo que as práticas reiteradas

²² HILÁRIO, Janaina Vargas. **A tutela do Direito ao trabalho digno frente à globalização econômica**. Revista de Direito Público. Londrina, v. 5. n. 2. p. 28-42, ago. 2010. Disponível em: www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/.../6504. Acesso em: 21 jul. 2011.

²³ BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930- 1942: a construção do sujeito de direito trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2007. p. 51.

de desrespeito à legislação trabalhista configuram dano social, que deve ser reprimido, para desestimular os empregadores à continuidade de condutas desse tipo.

É inegável que, atualmente, existem empresas que habitam, verdadeiramente, o cotidiano das varas trabalhistas, valendo-se da prática inescrupulosa de agressões aos direitos dos trabalhadores, para ampliarem seus lucros. Para tais casos, a mera aplicação do direito do trabalho, recompondo-se a ordem jurídica, com pagamento de juros de 1% ao mês, não capitalizados e correção monetária, por óbvio, não compensa de forma integral, nem o dano sofrido pelo trabalhador, individualmente considerado, tão pouco o dano experimentado pela sociedade. Logo, a postura do juiz pode e deve ser mais enfática e ativa, reprimindo essas condutas, ainda que de ofício, sempre que se reconheça o enquadramento dos empregadores na prática de *dumping* social.

A adoção do posicionamento ora em análise demonstra a tendência de defesa do crescimento econômico conjugado com o desenvolvimento social, com a observância dos direitos trabalhistas e a preocupação com a responsabilidade social, que deve sempre ser perseguida pelas sociedades democráticas, fundadas nos preceitos de solidariedade e responsabilidade social.

Diante de todo o exposto, verifica-se que não basta enunciar direitos; é preciso, sobretudo, protegê-los e concretizá-los. É preciso que se tenha em mente a necessidade que urge de ousar para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais, é preciso cumprir os preceitos estabelecidos nos direitos sociais com o intuito de obter a realização prática do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sobretudo, da pessoa humana que trabalha.

8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017421818190_1.pdf. Acesso em: 21 jul. 2011.

BELTRAN, Ari Posidônio. *Os impactos da integração econômica no direito dos trabalhadores, globalização e direitos sociais*. São Paulo: Ltr, 1998.

BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil 1930-1942: a construção do sujeito de direito trabalhistas*. São Paulo: Ltr, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.html. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Legislação, Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 21 jul. 2011.

_____. Legislação, Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/eis/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 jul. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

Empresa é condenada pela prática de dumping social. Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.exibe_noticia?p_cod_noticia=4721&p_cod_area_noticia=ACS. Acesso em: 22 jul. 2011.

FUERBACK, Leonardo. *As consequências jurídico-sociais da aplicação da teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico pátrio*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18359>. Acesso em: 6 jul. 2011.

HILÁRIO, Janaína Vargas. *A tutela do Direito ao trabalho digno frente á globalização econômica*. Revista de Direito Público. Londrina, v. 5. n. 2. p. 28-42, ago. 2010. Disponível em: www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/.../6504. Acesso em: 21 jul. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Recurso Ordinário nº. 00866, Relator Desembargador Júlio Bernardo do Campo. DEJT 31/08/2009. p.75. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/boletim/bol309.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2011.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O direito do trabalho como instrumento de efetividade da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*. Belo Horizonte, v.49, n.79, p. 149-162, jan-jun.2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova face do direito do trabalho e a globalização. *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, v.58, Ribeirão Preto: Nacional de Direito, ano 6, p.57-62, fev.2003.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. *O dano social e sua reparação*. Revista LTr, vol. 71, n° 11, novembro. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Indenização por dano social pela agressão voluntária e reincidente aos direitos trabalhistas*. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses_aprovadas.cfm. Acesso em: 21 jul. 2011.

SOUZA, Rodrigo Trindade. *Dumping social: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal*. Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas. Disponível em: http://www.fazer.com.br/layouts/abrat/efault2.asp?cod_materia=2809. Acesso em: 21 jul. 2011.

A CONTROVERTIDA QUESTÃO DA HARMONIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS COM O SISTEMA NORMATIVO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto
José Mário Porto Júnior
José Mário Porto Neto

RESUMO

O artigo pretende instigar o debate acerca da compatibilização dos instrumentos globais, notadamente os que tratam dos direitos humanos, com o ordenamento jurídico nacional, discutindo as nuances constitucionais para dar guarida ao Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, as vertentes doutrinárias e ainda o novel posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

1. Introdução

O mundo contemporâneo assume características distintas de outras épocas, onde seu traço marcante consiste na globalização dos problemas, das crises, das soluções... É uma época marcada pela velocidade da informação, o que, inelutavelmente, nos conduz para a percepção do homem, em seus desdobramentos, de uma maneira peculiar:

A sociedade passa a perceber a necessidade de aglutinação dos indivíduos como forma mais eficiente ao enfrentamento contra o poder estatal e a força do interesse econômico e, como é natural, trazendo a seu reboque maior desenvolvimento da conceituação dos direitos do homem.

O alinhamento de organizações internacionais de diversos gêneros,

ANA PAULA AZEVEDO SÁ CAMPOS PORTO é Juíza do Trabalho da 13ª Região Titular da 5ª Vara de Campina Grande/PB. Email: anapaulaasporto@hotmail.com

JOSÉ MÁRIO PORTO JÚNIOR é Advogado Trabalhista Militante. Professor do UNIPE. Ex-Presidente, Vice-Presidente, Secretário-Geral e Conselheiro da OAB/PB. Ex-Juiz do TRE da Paraíba. Email: josemario@portoemaia.adv.br

JOSÉ MÁRIO PORTO NETO é Pós-Graduando em Direito pela ESMAT. Email: marionetop@gmail.com

a evolução do modelo de organização estatal, o desenho da sociedade atual, dentre outros elementos, foram suficientes para a transposição do homem como paradigma da atuação do Estado e das sociedades, culminando na promoção dos direitos humanos em um plano coletivo e universal.

São muitas as normas estabelecidas, no decorrer do tempo, as quais juntas formam um sistema internacional de proteção aos direitos da pessoa humana. Os Estados, em consonância com seus ordenamentos jurídicos, por vezes, garantem a supremacia de normas internacionais que visam à proteção do homem nos desdobramentos de sua dignidade, por outras, criam mecanismos de ratificação legislativa para que possam adquirir eficácia interna.

É, dentro desse contexto, que iremos abordar o tema posto, que se traduz, em última análise, na hierarquia normativa dos tratados internacionais à luz do sistema constitucional brasileiro.

2. A harmonização normativa dos Tratados Internacionais

2.1 - O Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, Tratados Internacionais e breves considerações sobre sua incidência no ordenamento jurídico pátrio.

A novel acepção de proteção ao ser humano enquanto partícipe global, expressada no surgimento de um Sistema Internacional protetivo, está umbilicalmente ligada à materialização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora, é a tão decantada dignidade do homem enquanto ser humano quem desdobra, em todas as ordens jurídicas legítimas, as declarações de direitos fundamentais. A dignidade não oscila, não diverge de continente para continente, pois é valor supremo, fim em si mesmo. O que porventura discrepa é a quantidade dos direitos declarados ou a modalidade e as ressalvas como são declarados, mas nunca o axioma da dignidade da pessoa humana, porque o homem jamais perde sua condição digna.

Nesse sentido, é de se trazer as brilhantes lições da Prof^a. Ana Paula de Barcellos¹ que assim aborda tal caráter essencial à figura humana:

“a dignidade é uma característica inerente ao homem, que a

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana* – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.126

norma não concede mas apenas reconhece; daí por que muitos autores registram que não há um ‘direito’ à dignidade, mas sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. A importância dessa observação está em que o indivíduo continua sendo digno nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade”

A despeito da essencialidade do princípio, não se pode perder de vista que a condição de fundamento dos ordenamentos e o norte da aplicação e da interpretação das normas e das atividades estatais e supra-estatais que hoje se confere à dignidade humana foi alcançado com imensa inquietação, especialmente no pós-2ª Guerra, e às custas de milhões de vidas ceifadas. As barbáries e as atrocidades nazistas serviram, ao menos, para constituir ponto teórico de consenso², no ocidente, bem assim, para sujeitar a comunidade internacional a repensar os paradigmas, notadamente no que pertine à consagração da dignidade da pessoa humana como espinha dorsal de todo sistema jurídico legítimo.

Sem embargos, foi reformulada a idéia de Estado, de soberania e, principalmente, de respeito estatal àquele eixo central do ordenamento que orbitou como incremento à dignidade que se impunha país a país, ordenamento a ordenamento.

Passou-se a disseminar a idéia de que o aparelho público tem o dever jurídico de proteger e de tutelar os direitos inseridos na Norma Maior e de nunca ultrajá-los.

Todavia, com a concepção por demais firmada, estando “o princípio da dignidade da pessoa humana na base de todos os direitos constitucionalmente assegurados”³, surgiram novas celeumas acerca dos ditos direitos fundamentais. Estão eles restritos àqueles positivados na *Lex Mater*? E mais, os direitos previstos em tratados internacionais harmonizam-se em igual nível com a Constituição? E antes da Emenda Constitucional nº. 45/2004? E depois?

São essas as questões sobre as quais se busca tecer breves considerações, no intuito de aprofundar o debate, que já desperta tanta cizânia doutrinária e até jurisprudencial.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102

2.2. Dos Tratados Internacionais frente ao sistema jurídico brasileiro.

Hodiernamente não é mais dada ao intérprete jurídico a faculdade de proceder análise de um ordenamento jurídico, deixando à margem o papel cada vez mais preponderante que os instrumentos internacionais celebrados exercem, especialmente no campo dos direitos humanos. A globalização trouxe consigo novos referenciais para a salvaguarda de direitos, uma pujante internacionalização humanista no pós-Guerra, o Sistema Internacional de Proteção ladeado da contemporânea concepção de sujeitos de direitos, tudo com vistas a trazer consequência para a perspectiva interna.

Portanto, evidencia-se a importância das convenções internacionais para a formação do núcleo de um Sistema Internacional.

Ainda quanto aos tratados, é de suma importância esclarecer ou mesmo oferecer uma conceituação do que são tais documentos, Saulo José Casali Bahia ⁴, compendida brilhantemente:

“de todas as definições expostas recolhe-se, todavia, um núcleo comum, o que permite definir o tratado como um acordo de vontades entre pessoas de direito internacional, regido pelo direito das gentes. Desta definição resultam patentes os elementos do tratado internacional: (a) o consentimento, sem o qual o ato internacional envolvendo duas ou mais pessoas de direito internacional deveria ser considerado como ato unilateral de uma delas relativamente a outra (ou outras); (b) personalidade internacional dos acordantes, pois não é possível a existência de um tratado internacional sem que as partes possuam a qualidade de pessoa de direito internacional; (c) a regência pelo direito internacional, pois o controle de consentimento (aí incluído a forma e o objeto) e dos efeitos jurídicos do acordo não fica a cargo do direito interno das partes do tratado”.

Neste diapasão, constata-se que, apesar da assinatura do documento pelo Estado-Nacional, em sua maioria, irradiam-se consequências no

⁴ BAHIA, Saulo José Casali. *A Constituição Federal e os tratados internacionais*. Tese de doutorado. São Paulo: PUC/SP, 1999. p. 11-12

plano internacional, agregando conceito e aceitação perante a Comunidade global, todavia, são ainda produzidos efeitos na esfera doméstica, dentre eles, a obrigação estatal de adotar meios de harmonizá-lo com a ordem nacional, constituindo exteriorização do princípio da boa fé. Aliás, tamanha é a responsabilidade do ente acordante, ao qual é vedado, inclusive, à luz da Convenção de Viena, “invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Por óbvio, não se pode concluir que a incorporação de citados documentos seja matéria simples, notadamente por ser ato manifestamente complexo, dependente de um emaranhado de exigências positivadas em cada Constituição.

Com efeito, a Carta Brasileira elenca em seu art. 84, inciso VIII, que compete privativamente ao Presidente da República, “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Ou seja, diz expressamente que os atos de negociação e as tratativas são da competência exclusiva do Poder Executivo, que, em um juízo de oportunidade e de conveniência, concede um aceite provisório ao instrumento, ficando, contudo, sujeito ao referendo do Congresso, consoante disposição normativa taxativa.

Aliás, o art. 49, inciso I, da Carta Republicana, complementa a disposição supracitada, ao entabular como competência peculiar do Congresso “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, o que se dará por meio de um decreto.

Não obstante tamanha complexidade, mesmo após aprovação do poder legiferante, fazem-se necessários a ratificação, pela chefia do Executivo, e o conseqüente depósito do instrumento.

Somente após o efetivo cumprimento de todas essas etapas, é que o tratado está apto a produzir efeitos jurídicos, o que ainda mais demonstra o imbricado sistema brasileiro que ordena a prática de atos que dependem da aquiescência dos Poderes Executivos e Legislativos.

A despeito das complexas atitudes de diferentes atores do cenário político brasileiro, vale reprimir a sempre lúcida advertência da Prof^a. Flávia Piovesan⁵ sobre a temática:

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11^a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 50

“Contudo, cabe observar que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I, e 84, VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional, por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso. Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivos e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional. A respeito, cabe mencionar o emblemático caso da Convenção de Viena sobre os Tratados, assinada pelo Estado brasileiro em 1969 e encaminhada a apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992, estando ainda pendente de apreciação parlamentar.”

Dito isto, observa-se que a segurança jurídica pensada pelo legislador constituinte originário terminou por, de certa forma, engessar a irradiação dos efeitos jurídicos dos tratados, por conta da burocracia reinante nas Casas Parlamentares, especialmente, quando somado o ingrediente da imprescindível atuação do Executivo na temática.

2.3 - Da compatibilidade normativa dos tratados internacionais de Direitos Humanos à luz do ordenamento constitucional brasileiro.

O cerne primordial do debate gravita em torno da delimitação da hierarquia positivo-normativa dos tratados internacionais versantes sobre Direitos Humanos incorporados ao sistema jurídico brasileiro. Em linhas gerais, a discussão subleva, em sua essência, sobre o impacto do §2º do art. 5º da Constituição Federal sobre os supramencionados instrumentos, ainda registra-se a contenda acerca de sua incidência, no regime após a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que inseriu o debatido §3º também do referido art. 5º. E, finalmente, completando o núcleo denso da matéria, a recente posição jurisprudencial, notadamente do Pretório Excelso, guardião que é da Carta Republicana nacional.

Com efeito, a Constituição de 1988 positivou incomparável rol de Declaração de Direitos Fundamentais, procurando concretizar, em sua

plenitude, a proteção à dignidade da pessoa humana, valor supremo do Estado Democrático de Direito.

Esses direitos da pessoa adquirem o status de fundamentais, por, no dizer de Jorge Miranda⁶, serem “prima facie... direitos inerentes à própria noção de pessoa,... direitos básicos... que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade”.

Não diverge a visão de Ingo Sarlet⁷, que, baseado nos ensinamentos do jurista hispânico Pérez Luño, conceitua os direitos fundamentais a partir de sua essência, notadamente, pois “constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”. Já para o ilustre doutrinador José Afonso da Silva⁸, os direitos fundamentais são aquelas prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em nome da garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Com efeito, constata-se que para a configuração de determinados direitos como fundamentais, é mister sua positivação, como assevera José Afonso da Silva.

Ademais, acerca da identificação dos direitos e garantias fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹, baseado na teoria de Robert Alexy, expõe:

“O primeiro dentre eles é ser um direito universal. Isto significa *ab initio* que o direito deve concernir a todo e qualquer ser humano, mas daqui não decorre que coletividades não possam ter direitos fundamentais, na medida que sejam ‘meio para a realização de direitos do homem’. O segundo é ser um direito moral. Ou seja, que à sua base esteja uma norma que ‘valha moralmente’. Outro consiste em fazer jus à sua ‘proteção pelo direito positivo estatal’ – ser, na sua terminologia, um direito preferencial. Lembra que este aspecto está previsto no art. 28 da Declaração Universal de 1948, quando ela afirma: ‘Toda pessoa

⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Ruy. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 138

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.32.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 178.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro. *Revista Jurídica*, Brasília, volume 8, nº 82, dezembro 2006/ janeiro 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_82/artigos/PDF/ManoelGoncalves_rev82.pdf>. Acesso em: 19 julho 2008.

tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem tal que os direitos e liberdades enunciados na presente Declaração aí possam ter pleno efeito’.

Igualmente, o direito deve ser fundamental. Quer dizer, preencha duas condições: 1) ‘deve tratar-se de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito’; e a segunda: ‘é que o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito’, vale dizer, ‘quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia’”

Como consequência inarredável dos postulados demonstrados, emerge a questão dos direitos fundamentais implícitos, que, em parte, encontrariam sustentáculo normativo em tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos e que já houvessem sido incorporados ao sistema jurídico brasileiro.

De fato, toda a celeuma revolve, essencialmente, a análise do §§ 2º e 3º do art. 5º da CF, porquanto se extrai a tendência do constituinte a aceitar a coexistência harmônica de direitos fundamentais implícitos ao ordenamento jurídico maior, notadamente, pois a própria Constituição faz menção à sua não exclusão.

Interpretando a *Lex Mater*, Flavia Piovesan¹⁰, em apertada síntese, aduz que a fundamentalidade dos direitos estariam classificados em três grupos distintos:

- Direitos expressos tacitamente na Constituição (incisos do art. 5º);
- Direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte;
- Direitos implícitos (direitos subentendidos nas regras de garantias, ou decorrentes do regime ou dos princípios adotados pela Carta Constitucional).

Desta arte, pode-se sintetizar as inúmeras correntes interpretativas em três grandes posições doutrinárias.

A primeira delas defende a hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais também que versem sobre direitos humanos. Tal corrente fundamenta sua posição com base, principalmente, nas regras de competência

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonard, 1998.

judiciária prevista na Carta Política, isto porque o art. 102, inciso III, alínea “b”, trataria da competência recursal para apreciar Recurso Extraordinário de decisão que declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, outrossim o art. 105, inciso III, “a”, confirmaria a competência recursal do Superior Tribunal de Justiça para julgar decisões que contrariassem tratados ou leis federais. Logo, para seus adeptos, a Lei Maior concedeu compatibilidade de lei federal às convenções. Soma-se a isso o fundamento amealhado de que, durante a votação da aprovação ou não do instrumento, seria necessária apenas uma maioria simples, quorum equivalente ao de norma infraconstitucional. E, ao cabo, ainda a argumentativa segundo a qual o famigerado §2º do art. 5º da Constituição da República não faz qualquer referência expressa ou literal ao caráter constitucional dos tratados internacionais atinentes aos direitos humanos, mas tão somente ao recebimento dos citados direitos, que do instrumento decorreriam, ou seja, sucintamente, por outorga da lei máxima, os direitos reconhecidos no tratados seriam recebidos no sistema jurídico, mas sem incidência constitucional.

A segunda posição sustenta, com tenacidade, a hierarquia constitucional das convenções internacionais sobre direitos humanos, ainda aquelas anteriores à Emenda Constitucional nº. 45/2004, visto que a disposição contida no §2º do art. 5º da Carta Magna brasileira já conferia tal status, mormente no estágio atual do direito, em que ganha pujança um Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, sendo obrigação do intérprete constitucional rever os institutos formalistas para dar vazão à máxima efetividade das normas supremas.

Defendido por juristas de reconhecido quilate, o entendimento tem expoente na Prof^a. Flávia Piovesan¹¹, para quem os instrumentos internacionais reconhecidos no direito doméstico detêm materialidade constitucional, *verbis*:

“Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, §2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos..... op. cit.*, p. 54-55.

parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional”

Na mesma linha e digna de nota é a posição do eminente doutrinador Celso Lafer¹², para quem inclusive os tratados incorporados anteriormente a própria Carta Política possuem essência constitucional:

“Com efeito, entendo que os tratados de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo §2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva ‘ex parte civium’ dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao ‘iter’ previsto no novo §3º do art. 5º”

A terceira via doutrinária situa-se em campo mediano. Em princípio, recusa conceituar os direitos constantes em tratados internacionais anteriores à Emenda Constitucional nº. 45/2004 e, portanto, não “aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, como bloco de constitucionalidade. Por outro lado, não aceita a natureza meramente infraconstitucional dos indigitados instrumentos. Essa corrente confere aos direitos reconhecidos em convenções internacionais um caráter supralegal, pois suas normas

¹² LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005. p 15-17

tem aplicação direta, inclusive contra lei ordinária, sem, contudo, ultrajar a Constituição, mas sim complementando sua essência e ampliando os direitos decorrentes.

Tal posição jurídica conta com o beneplácito da maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, conforme julgamento conjunto dos RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566, cujo posicionamento pode ser sintetizado na opinião ilustrada do Ministro Gilmar Mendes:

“Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhe lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional – a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados até o advento da Constituição de 1988 ... Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de ‘supralegalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese propugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de ‘supralegalidade’. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los a legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção aos direitos da pessoa humana.”

2.4 - Da contemporânea posição do Supremo Tribunal Federal sobre a temática.

O Pretório Excelso, atuando na Guarda da Constituição, decidiu por dar vazão ao neo-constitucionalismo que se avizinha, re-paginando conceitos à luz da novel disciplina da máxima efetividade das normas constitucionais, pautando sua Jurisprudência a partir de uma nova postura que, na lição de Luis Roberto Barroso¹³, “(...) não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação dos seus institutos sob uma ótica constitucional.”

Imbuído deste propósito, o Supremo superou sua aturada posição, consolidada desde 1977, para, em um julgamento paradigmático, outorgar caráter “supralegal” aos tratados internacionais sobre direitos humanos, consoante ementa a seguir transcrita:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, **pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 174-180

como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.”

(RE 349703, Rel p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 03/12/2008. Publ. DJ 05/06/2009)

grifou-se

Nesta linha, vale transcrever trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes que detalham com precisão os fundamentos jurídicos da tese aplicada pelo Tribunal:

Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para

si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganham relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.

Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos de soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para o enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o interno....

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional...

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante ‘pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado’. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos

internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana...

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internacionalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

(Voto do Min. GILMAR MENDES, RE 349703, j. 03/12/2008. Publ. DJ 05/06/2009)

Advirta-se, nada obstante, que houve quem defendesse a estatura constitucional dos tratados sobre direitos humanos, os quais formariam um chamado “bloco de constitucionalidade” que, a despeito de estarem situados propriamente fora da Carta Política teriam materialidade própria desta, partindo-se da premissa que a Constituição deve ser interpretada com especial foco à máxima efetividade da Carta Republicana.

Pode-se citar o entendimento esboçado no percuciente voto do Ministro Celso de Mello, decano da corte, que se posicionou no sentido de que as convenções internacionais sobre tal tema caracterizam-se em uma atuação integrativa e de re-afirmação aos direitos humanos já positivados no ordenamento.

Com efeito, para alcançar tal interpretação parte-se da premissa que contemporaneamente os instrumentos normativos internacionais assumem acentuado relevo na construção no ideal de afirmação, sedimentação e alargamento dos direitos humanos, vejamos:

“**Não se pode desconhecer**, Senhora Presidente, **que se delineia**, hoje, **uma nova** perspectiva no plano do direito internacional.

É **que**, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, **os tratados e convenções**, presentemente, **não mais consideram a pessoa humana** como um sujeito **estranho** ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O **eixo** de atuação do direito internacional público contemporâneo **passou** a concentrar-se, **também**, na dimensão subjetiva da pessoa humana, **cuja essencial dignidade** veio a ser reconhecida, em **sucessivas** declarações e pactos internacionais, **como valor fundante** do ordenamento jurídico **sobre o qual repousa** o edifício institucional dos Estados nacionais...

Cumpra não desconhecer, nesse contexto, o alcance e o significado de **diversas** proclamações constantes da **Declaração de Viena**, especialmente daquelas **que enfatizam** o compromisso solene de **todos** os Estados de promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas, **assegurando-lhes**, para esse efeito, **meios destinados** a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.

Resulta claro de todas as observações que venho de fazer **que os tratados e convenções internacionais** desempenham papel de significativo relevo **no plano** da afirmação, da consolidação e da expansão dos direitos básicos da pessoa humana, **dentre** os quais **avulta**, por sua extraordinária importância, o direito **de não sofrer** prisão por dívida, **ainda mais se se considerar** que o instituto da prisão civil por dívida – **ressalvada** a hipótese excepcional do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar – **vem sendo progressivamente abolido** no âmbito do direito comparado.”

De posse da conceituação já esposada acerca dos tratados, o ministro Celso de Mello parte, então, para pontuar sua convicção no que pertine a proibição constitucional taxativa à prisão por dívidas e as inevitáveis exceções à regra que, diga-se, também estão previstas na Lei Maior.

Neste diapasão, conclui que, a despeito, da previsão normativa, o constituinte apenas “tornou juridicamente viável” a regulamentação da matéria, sem, contudo compelir o legislador ordinário a regulamentar os casos,

com margem discricionária para, inclusive, sequer instituí-la em nenhum dos casos, mesmo no caso da coerção processual pelo inadimplemento da prestação alimentar, espaço este que pode, plenamente ser ocupado pelos tratados internacionais, mormente se considerados de estatura supralegal, *verbis*:

“Esse modelo constitucional vigente no Brasil, portanto, **não impõe**, ao legislador comum, **a regulação** do instituto da prisão civil, com necessária projeção e abrangência **das duas** hipóteses excepcionais **a que se refere** a Constituição.

Torna-se evidente, assim, que esse espaço de autonomia decisória, **proporcionado**, ainda que de maneira limitada, ao legislador comum, **pela própria** Constituição da República, **poderá** ser ocupado, de modo **plenamente** legítimo, **pela normatividade** emergente **dos tratados internacionais** em matéria de direitos humanos, **ainda mais se se lhes conferir**, como preconiza, em seu douto voto, o eminente Ministro GILMAR MENDES, **caráter de “supralegalidade”**, ou, então, com muito maior razão, **se se lhes atribuir**, como **pretendem** alguns autores, hierarquia constitucional.

É que, em tal situação, cláusulas convencionais **inscritas** em tratados internacionais sobre direitos humanos – **como aquelas** previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 7º, § 7º) -, **ao limitarem** a possibilidade da prisão civil, reduzindo-a **a uma única e só hipótese** (inexecução voluntária e inescusável de obrigação alimentar), **nada mais refletirão** senão **aquele grau de preeminência hierárquica** dos tratados internacionais de direitos humanos **em face** da legislação comum, **de caráter** infraconstitucional, **editada** pelo Estado brasileiro.”

Daí por diante é que o douto ministro passa a fundamentar seu ponto de vista atinente a estatura constitucional dos tratados sobre direitos humanos, cujos efeitos irradiam-se no ordenamento jurídico pátrio. Como exposto anteriormente, as regras transnacionais por sua consagrada atuação integrativa e de re-afirmação aos direitos humanos tendentes a formar um juízo de valor internacionalizante formam o chamado “bloco de constitucionalidade”:

“**As razões** invocadas **neste** julgamento, **no entanto**, Senhora Presidente, **convencem-me da necessidade** de se distinguir, **para efeito** de definição de sua posição hierárquica **em face** do ordenamento positivo interno, **entre** convenções internacionais sobre direitos humanos (**revestidas** de “*supralegalidade*”, **como sustenta** o eminente Ministro GILMAR MENDES, **ou impregnadas** de natureza constitucional, **como me inclino** a reconhecer), e tratados internacionais **sobre as demais** matérias (**compreendidos estes** numa estrita perspectiva **de paridade normativa** com as leis ordinárias)...

Essa **mesma** percepção do tema em causa, **que extrai a qualificação constitucional** dos tratados internacionais de direitos humanos dos textos normativos inscritos **nos §§ 2º e 3º** do art. 5º da Constituição, **é também revelada** por FRANCISCO REZEK (“**Direito Internacional Público – Curso Elementar**”, p. 101/103, item n. 50, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva)...

Tenho para mim, desse modo, Senhora Presidente, **que uma abordagem hermenêutica fundada** em premissas axiológicas **que dão** significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da “*prevalência dos direitos humanos*” **permitirá**, a esta Suprema Corte, **rever** a sua posição jurisprudencial **quanto** ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos **no plano doméstico e infraconstitucional** do ordenamento positivo do Estado brasileiro.

Com essa **nova** percepção **do caráter subordinante** dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **dar-se-á** consequência e **atribuir-se-á** efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, **reconhecendo-se**, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, **o indiscutível primado** que devem ostentar, **sobre** o direito interno brasileiro, as convenções internacionais de direitos humanos, **ajustando-se**, desse modo, **a visão** deste Tribunal **às concepções** que hoje prevalecem, no cenário internacional - **consideradas** as realidades deste emergentes -, **em torno** da necessidade de amparo e defesa da integridade dos

direitos da pessoa humana...

É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, **as convenções internacionais de direitos humanos** celebradas **antes** do advento da EC nº 45/2004, **pois**, quanto a elas, **incide o § 2º** do art. 5º da Constituição, **que lhes confere** natureza **materialmente** constitucional, **promovendo** sua integração **e fazendo** com que se subsumam **à noção mesma** de *bloco de constitucionalidade*.”

(Voto do Min. CELSO DE MELLO, RE 349703, j. 03/12/2008. Publ. DJ 05/06/2009)

Logo, das posições emanadas nos votos dos eminentes Ministros da Suprema Corte se observa que o Pretório Excelso tangenciou sobre o reconhecimento da estatura constitucional dos instrumentos internacionais, no denominado “bloco de constitucionalidade”, conforme defendiam alguns julgadores integrantes do Supremo Tribunal preferindo edificar um posicionamento conferindo caráter suprallegal derogando a legislação infraconstitucional conflitante com os valores propostos na convenção transnacional.

3. Conclusão

A partir do debate instigado com este artigo, foi possível estabelecer-se, de modo claro, a importância cada vez mais sensível do reconhecimento dos direitos da pessoa humana sustentados em tratados internacionais. O consolidar-se do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos traz consigo alterações nos paradigmas normativos internos de cada Estado, participe que é das transformações da globalização.

Buscou-se, ainda, aprofundar a discussão teórica e prática acerca dos direitos existentes em tratados internacionais e sua harmonização com o sistema doméstico, tratando-se das perspectivas para a formalização do instrumento, a aceitação e a aprovação, culminando com a irradiação de seus efeitos na esfera nacional.

Daí partiu-se para fundamentação jurídica tendente a discernir qual a real e efetiva hierarquia desses direitos. Foram evidenciadas as mais primorosas correntes doutrinárias acerca da questão, tentando pontuar suas semelhanças e divergências. De tudo, foi sempre objetivo aliar fundamentação jurídica

renomada com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, essencial neste contexto atual de abstratização das decisões do Pretório. Ao fim, tentou-se possibilitar, sobretudo, uma visão mais crítica acerca da problemática.

Melhor não poderia concluir, senão com uma brilhante lição de Norberto Bobbio¹⁴:

“O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”

É, portanto, primordial que, continuamente, sejam discutidos os direitos fundamentais e as diferentes formas de reconhecê-los, mas também que seja ainda mais capital a busca incessante por sua efetiva proteção.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era do Direitos*, 11ª Ed., Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Saulo José Casali. *A Constituição Federal e os tratados internacionais*. Tese de doutorado. São Paulo: PUC/SP, 1999

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana* – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A Era do Direitos*, 11ª Ed., Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro. *Revista Jurídica*, Brasília, volume 8, nº. 82, dezembro 2006/ janeiro 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_82/artigos/PDF/ManoelGoncalves_rev82.pdf>. Acesso em: 19 julho 2008.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Ruy. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonard, 1998.

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

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

O FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS NO CONTEXTO DA FLEXIBILIZAÇÃO

Bruno Carneiro da Cunha Almeida ¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a contratação de trabalhadores através da constituição de pessoa jurídica, fenômeno denominado de “pejotização” pela doutrina e jurisprudência. A partir do contexto da flexibilização do Direito do Trabalho, busca-se delinear as características marcantes da forma de contratação estudada, explicitando como a prática se difundiu na realidade do mercado de trabalho brasileiro. Em seguida, observando a perspectiva flexibilizadora, examina-se a aplicabilidade dos princípios trabalhistas ao fenômeno estudado, a fim de avaliar a viabilidade e licitude da prática, bem como apresentar os seus efeitos jurídicos. Investiga-se, outrossim, como o fenômeno da pejotização tem sido enfrentado pelos Tribunais pátrios, concluindo-se, pois, com a exposição jurisprudencial acerca do tema.

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo investigar a licitude da contratação de trabalhadores por meio de pessoas jurídicas, prática bastante difundida no mercado de trabalho atual.

Para tanto, cumpre inicialmente delinear breves considerações acerca da evolução do Direito do Trabalho, com a apresentação do conceito e características da flexibilização, contexto em que se insere a modalidade de contratação em estudo.

Em seguida, revela-se oportuno caracterizar e expor os efeitos desta

¹ Pós-graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba – ESMAT13. E-mail: brunoccalmeida@gmail.com.

contratação, explicitando como a realidade brasileira tem concretizado a contratação de trabalhadores por pessoa jurídica, a partir de um estudo casuístico.

Ademais, mediante a análise principiológica em face do contexto flexibilizatório, busca-se analisar a compatibilidade desta forma de contratação com os princípios do Direito do Trabalho. Diante disso, conclui-se com a abordagem jurisprudencial sobre a matéria, expondo como os Tribunais pátrios têm enfrentado a questão.

2. A evolução do Direito do Trabalho e a flexibilização

O Direito do Trabalho se originou da conflituosa relação entre o capital e o trabalho. Surgiu como instrumento regulador da exploração da força humana, estabelecendo um controle do sistema capitalista de exploração de mão-de-obra para obtenção de riqueza.

Neste sentido, precisa a lição de Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 78):

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa.

Com efeito, o ramo jurídico-laboral assumiu, pois, a relevante incumbência de equilibrar relações jurídicas naturalmente desequilibradas e, assim, promover condições dignas de trabalho.

Contudo, “o direito não é um fenômeno estático. É dinâmico” (NASCIMENTO, 2009, p. 3). Desse modo, cabe ao direito escoltar a transformação da sociedade, a fim de regular adequadamente as relações jurídicas nos diferentes contextos sociais e econômicos. O Direito do Trabalho, por sua vez, não está imune às transformações sócio-econômicas. Ao contrário, deve acompanhar tais mudanças e se adequar à nova realidade.

Com isso, observa-se que a premissa na qual foi construída a base normativa do Direito do Trabalho não mais subsiste, pois aquele contexto apresentava uma relação de emprego tipicamente industrial, em que o empregado era absolutamente submisso ao poder econômico do empregador. Porém, esta conjuntura não corresponde à realidade atual.

Por este motivo, cumpre ao jurista repensar o Direito do Trabalho com

os olhos voltados à hodierna realidade do mercado de trabalho, observando as características marcantes das diversas relações de trabalho travadas na sociedade contemporânea. Neste aspecto, atento ao amadurecimento do ramo justralhista, Claudio Pedrosa Nunes (2009, p. 37) pondera:

[...] o Direito do Trabalho há de ser concebido, agora, não mais como um espaço normativo e dogmático de superproteção do trabalhador presumidamente incapaz, mas um direito humanístico que permite, além de uma proteção madura, também o pleno desenvolvimento da personalidade do trabalhador através da livre manifestação de sua liberdade de contratar.

Por isso, ganha relevância a corrente da flexibilização do Direito do Trabalho, que sustenta a postergação dos direitos dos trabalhadores em razão das necessidades de natureza econômica (NASCIMENTO, 2009). Neste particular, Fernando Basto Ferraz (2006, p. 18) entende a flexibilização do trabalho como “a adequação das normas trabalhistas às exigências econômicas do mundo globalizado”.

Neste sentido, pode-se assinalar que “a flexibilização preconiza a redução de vantagens e direitos, permitindo que o empregador, diminuindo custos, obtenha sucesso no cenário competitivo” (OLIVEIRA, 2009, p. 45).

A proposta flexibilizatória, portanto, objetiva beneficiar a sociedade ao propor a preservação dos empregos nos cenários de crise econômica, da intensa competitividade e dos avanços tecnológicos, embora esta manutenção dos postos de trabalho acarrete modificações retrógradas nos contratos individuais de trabalho. Busca-se, assim, a diminuição dos direitos dos trabalhadores a fim de assegurar a sobrevivência da empresa no mercado global (OLIVEIRA, 2009).

Intensificou-se, pois, a disseminação de novas formas de prestação de trabalho visando à redução dos custos da produção, como resultado da necessidade de garantir a competitividade no cenário econômico de intensa disputa e acirrada concorrência. Nessa perspectiva, “*flexibilizar os tipos de contrato individual de trabalho* é uma decorrência da transformação do cenário do trabalho na sociedade contemporânea, ampliando-se as formas de contratação” (NASCIMENTO, 2009, p. 175).

As formas de manifestação do trabalho, desse modo, não mais se resumem ao trabalho subordinado, como ocorria até a segunda metade do século XX. Vislumbra-se, atualmente, verdadeira heterogeneização das

formas de trabalho, que “implica a conformação de um mundo do trabalho plural, diferenciado, multifacetado e difuso” (OLIVEIRA, 2009, p. 53).

Não se pode olvidar que o mercado de trabalho hodierno revela novas formas de contratação: contrato de trabalho a tempo parcial, *job sharing*, terceirização, trabalho temporário, teletrabalho ou trabalho a distância, cooperados, horistas etc.

Surge, nesse contexto, uma forma de contratação pela qual o tomador de serviços determina que o trabalhador constitua pessoa jurídica, descaracterizando a relação de emprego. Trata-se do fenômeno da pejotização, assim denominado em alusão à conhecida abreviação “PJ”, utilizada para designar “pessoa jurídica”.

A prática traduz uma forma de flexibilização que intenta relativizar as rígidas normas trabalhistas para permitir que trabalhadores e tomadores tenham a liberdade de delinear os contornos jurídicos da contratação e, assim, estabelecer o regime jurídico disciplinador desta relação.

Diante dessa nova relação de trabalho, imprescindível analisar sua licitude, estudando o fenômeno numa perspectiva contemporânea, mediante a adequação dos princípios tradicionais trabalhistas frente à concepção flexibilizadora do Direito do Trabalho.

3. Caracterização e efeitos da pejotização

Tomado o atual cenário de flexibilização das normas trabalhistas, o fenômeno da pejotização desponta como nova modalidade de contratação pela qual o empregador exige a constituição de pessoa jurídica pelo empregado a fim de descaracterizar a relação de emprego e, por conseguinte, afastar a aplicação da legislação trabalhista.

Neste sentido, Maria Amélia Lira de Carvalho (2010, p. 62), em sua dissertação de mestrado, conceitua a pejotização como “uma das novas modalidades de flexibilização, que resulta na descaracterização do vínculo de emprego e que se constitui na contratação de sociedades (PJ) para substituir o contrato de emprego”.

Assim, a inexistência de trabalho por pessoa física implica na descaracterização da relação de emprego por ausência de um de seus elementos fático-jurídicos², afastando a proteção conferida pela legislação trabalhista.

² Os artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) conceituam as figuras do empregador e do empregado, sujeitos da relação de emprego. A partir desta conceituação legal, a doutrina extrai os seguintes requisitos (elementos fático-jurídicos) para configuração do vínculo empregatício: trabalho por pessoa física, personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

É o que explica o magistrado Sergio Pinto Martins (2008, p. 128), ao afirmar que “o primeiro requisito para ser empregado é ser pessoa física. Não é possível o empregado ser pessoa jurídica ou animal. A legislação trabalhista tutela a pessoa física do trabalhador. Os serviços prestados pela pessoa jurídica são regulados pelo Direito Civil”.

O fenômeno ora tratado se intensifica em relação aos trabalhadores intelectuais, notadamente em face do disposto no art. 129 da Lei 11.196/2005, *in verbis*:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto (2006, p. 582) apontam pressupostos para aplicação do mencionado artigo: a) existência de um contrato de prestação de serviço regido pelo Código Civil; b) natureza intelectual do serviço, abrangendo-se o trabalho científico, o artístico e o cultural; c) constituição de uma pessoa jurídica pelo prestador do serviço; d) prestação dos serviços intelectuais realizada pessoalmente pelo sócio da pessoa jurídica criada ou por terceiros por ele designados.

Dessa maneira, diversas empresas passaram a contratar trabalhadores intelectuais através de pessoas jurídicas, defendendo a licitude dessa relação com fundamento no dispositivo legal acima transcrito.

Expõe Emanuela Evangelista Araújo (2009, p. 48) que, com a nova previsão legal, buscou-se simplificar a legislação trabalhista para, com isso, diminuir o número de trabalhadores na informalidade, e, além disso, pretendeu-se flexibilizar para que os empregadores possuíssem a liberdade de contratar sob outras formas que não as regidas por normas trabalhistas. A mencionada autora observa, inclusive, as vantagens desta contratação, registrando que:

Entre as conseqüências de se admitir a contratação de mão-de-obra mediante pessoa jurídica estão: a permissão para a

formalização das prestações de serviço de natureza intelectual – científico, artístico e cultural – anteriormente encontrados na informalidade; conversão de muitas relações de emprego para a nova modalidade; e o estabelecimento de novas contratações sob essa modalidade. Se bem utilizada, é uma ótima ferramenta tranquilizadora do meio econômico, pois enquadra essas relações de trabalho, antes praticadas sob o risco do tomador de serviço, na forma legal.

Eduardo Couto Filho e Luiz Otávio Renault (2008, p. 6) apresentam, ainda, outros fundamentos que sustentam a legalidade desta forma de contratação, relatando que, segundo tal corrente, “o serviço intelectual elimina a hipossuficiência do trabalhador, cabendo-lhe a escolha da lei de regência relativa ao trabalho prestado, defendendo, ainda, que os incentivos fiscais e previdenciários compensariam os benefícios trabalhistas”.

Assim, inicialmente revestida de legalidade, a prática da pejotização tem se difundido no mercado de trabalho atual. Todavia, a realidade brasileira evidencia que empregadores de má-fé aproveitam essa nova possibilidade para fugir dos encargos decorrentes da relação de emprego, obrigando verdadeiros empregados a criarem pessoas jurídicas e estabelecerem contratos de prestação de serviços (ARAÚJO, 2009, p. 49).

Esta forma de contratação é usual no serviço bancário: o banco impõe que o funcionário crie uma pessoa jurídica e com esta celebra contrato de prestação de serviços, com cláusula de exclusividade. Desse modo, o trabalhador presta serviços na própria agência bancária e cumpre jornada de trabalho que, caso excedida, não enseja o pagamento de horas extras, sendo-lhe negados também os demais direitos trabalhistas.

A situação foi, inclusive, noticiada na Edição nº 12505 do Diário de Cuiabá, de 30/08/2009, sob o título: “Fraude da ‘pejotização’ é mais praticada. Instituições bancárias são denunciadas na Justiça por forçar profissionais a abrir empresas, desconfigurando relação empregatícia entre ambos”³.

Porém, a pejotização não se restringe ao setor bancário. Igualmente, os profissionais de Tecnologia da Informação são freqüentemente alvo da prática⁴, firmando contratos de prestação de serviços por meio da pessoa

³ Notícia disponível em: <http://www.diariodecuiaba.com.br/detalhe.php?cod=355203>. Reportagem de Renê Dióz.

⁴ Neste sentido, recomenda-se a leitura de acórdão da 2ª Turma do TRT da 10ª Região (Processo: 00618-2010-009-10-00-2 RO, Rel. Des. Mário Macedo Fernandes Caron, Julgado em: 23/03/2011, Publicado em: 29/04/2011) que ressalta a freqüente ocorrência da pejotização em relação aos profissionais de Tecnologia da Informação.

jurídica constituída por imposição patronal.

Na verdade, o fenômeno atinge as mais diversas categorias profissionais, ocorrendo casos concretos em que até mesmo advogados são compelidos a se tornar sócios de uma sociedade de advogados e emitir nota fiscal de prestação de serviços⁵.

A partir da análise casuística, observa-se que a pejotização pode ocorrer de duas formas: a) impõe-se, no ato da contratação, a constituição de pessoa jurídica como condição *sine qua non* para admissão do trabalhador; b) exige-se do empregado antigo a criação de uma empresa, sob ameaça de demissão, e, após a constituição da pessoa jurídica, dá-se baixa na CTPS e celebra-se um contrato de prestação de serviços.

A segunda hipótese é ainda mais imponderada, pois o empregado continua exercendo o seu labor em idênticas condições àquelas quando do vínculo de emprego registrado na CTPS: executa as mesmas tarefas, no mesmo lugar, com os mesmos colegas de trabalho e sob direção do mesmo empregador.

Percebe-se ainda que uma das características marcantes da pejotização consiste no fato de o empregado trabalhar na sede da própria empresa tomadora, ou em estabelecimento suportado por aquela.

A prática da pejotização, portanto, tem como efeito primordial a camuflagem do vínculo empregatício e o conseqüente afastamento dos direitos trabalhistas na relação jurídica estabelecida entre os contratantes.

4. Flexibilização do Direito do Trabalho frente aos princípios trabalhistas

A flexibilização do Direito do Trabalho propicia maior autonomia de negociação direta entre capital e trabalho, colocando em segundo plano a lógica de proteção jurídico-social do trabalhador que consagrou este ramo jurídico (DORNELES, 2002, p. 136). Nesse prisma flexibilizatório, defende-se a pejotização sob argumento de que o trabalhador tem o direito de escolher o sistema normativo que rege sua relação de trabalho.

A flexibilização, porém, não tem o condão de desconstituir toda a construção científica do Direito do Trabalho, retirando o elemento protetor que lhe é inerente. Na verdade, o que deve haver é uma maior abertura à livre

⁵ Constata-se exemplo de pejotização na atividade da advocacia no acórdão da 1ª Turma do TRT da 17ª Região (Processo: 01154.2008.005.17.00.3 RO, Rel. Des. Gerson Fernando da Sylveira Novais, Julgado em: 26/10/2010, Publicado em: 01/12/2010).

negociação entre prestadores e tomadores.

Por isso, imprescindível adequar a perspectiva flexibilizatória aos princípios trabalhistas basilares. Segundo clássica lição de Miguel Reale (2001, p. 305), “princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional”.

A concepção tradicional dos princípios negava sua normatividade, reconhecendo o seu caráter normativo apenas nos casos de lacuna na lei. Esta visão não mais se concebe, tendo em vista que, no atual estágio do Estado Constitucional de Direito, resultante das teorias pós-positivistas, reconhece-se definitivamente a força normativa dos princípios, embora possuam um grau maior de abstração do que as regras.

Marcelo Novelino (2011, p. 207) expõe que “característica marcante da doutrina pós-positivista é o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios e de sua importância como critério de decisão, sobretudo na solução de casos difíceis”.

Por esta razão, pode-se aduzir que:

Os princípios jurídicos ganham uma proeminência jurídica especial no contexto deste sistema jurídico aberto. Representam as estruturas normativas que propiciam este diálogo do direito com a realidade social e que permitem o desenvolvimento de métodos jurídicos de aplicação do direito mais sensíveis às circunstâncias e variáveis do caso concreto. Em razão disto, hodiernamente, é difundida a aceitação quanto à normatividade destas estruturas jurídicas. (COSTA, 2009, p. 65)

A partir do reconhecimento da força normativa dos princípios trabalhistas, é inconcebível deturpar o discurso flexibilizatório a ponto de extinguir garantias trabalhistas básicas, assecuratórias de condições de trabalho minimamente dignas. Neste sentido é a observação de Claudio Pedrosa Nunes (2009, p. 88):

Não pode a flexibilização, mais ainda, convergir para uma lógica de precarização das relações de trabalho, desprestigiando tudo o que se entenda por direitos tradicionais e históricos dos trabalhadores, ou seja, visando à redução de direitos trabalhistas como se tal lógica fosse a única a que se destina o processo flexibilizatório.

Inadmissível, pois, que a flexibilização das normas trabalhistas invalide os princípios trabalhistas fundamentais, sobretudo em razão da sua inequívoca força normativa reconhecida no direito contemporâneo.

Por esta razão, não se pode deixar de examinar a pejotização sob o enfoque dos princípios que regem o Direito do Trabalho, por se tratarem de normas fundamentais de observância obrigatória mesmo no cenário de flexibilização.

5. Análise da pejotização sob o enfoque dos princípios do Direito do Trabalho

5.1 - Princípio da imperatividade das normas trabalhistas

O princípio da imperatividade das normas trabalhistas informa que “prevalece no segmento juslaborativo o domínio das regras jurídicas obrigatórias, em detrimento das regras apenas dispositivas” (DELGADO, 2010, p. 186). Diante disso, as normas trabalhistas são cogentes, não sendo possível seu afastamento pela mera vontade das partes.

À luz deste princípio, portanto, o trabalhador não pode excluir a proteção que lhe é conferida pelo arcabouço normativo do Direito do Trabalho, razão pela qual há a incidência das suas normas ainda que o obreiro se manifeste em contrário.

No caso da pejotização, esta imperatividade invalida eventual opção do trabalhador pela inaplicabilidade da legislação trabalhista. Assim, a pactuação de um contrato de natureza civil não pode inibir a aplicação dos diplomas trabalhistas àquela relação, desde que presentes os requisitos para sua aplicabilidade.

5.2 - Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, em sua tradicional concepção apresentada por Américo Plá Rodríguez (1997, p. 66), significa “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.

Neste sentido, Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 186) assevera que tal princípio “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato”.

Assim, a vontade do trabalhador não é capaz de afastar os direitos trabalhistas que lhe são assegurados. A aplicação do princípio à prática da pejotização enseja a nulidade desta forma de contratação, uma vez que não pode o obreiro dispor dos seus direitos, negociando-os com o tomador dos serviços.

Ademais, a realidade brasileira revela que, na pejotização, o trabalhador não manifesta livremente sua vontade, pois é compelido a constituir a pessoa jurídica por determinação do tomador dos serviços, sob a ameaça de demissão. Portanto, não bastasse a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, o vício de consentimento já invalida a prática.

A conseqüência da aplicação deste princípio é a garantia de todos os direitos trabalhistas assegurados para o empregado, caso verificados os requisitos da relação de emprego. Dessa forma, os direitos a limitação de jornada de trabalho, férias, 13º salário, vale transporte e demais garantias trabalhistas não podem ser renunciados pelo trabalhador, sendo-lhe devidas todas estas parcelas ainda que haja disposição em contrário.

5.3 - Princípio da primazia da realidade

O Código Civil estabelece, em seu art. 112, que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Este dispositivo realça a prevalência da intenção das partes sobre a estrutura formal de sua enunciação. Portanto, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 41), “parte-se da declaração, que é a forma de exteriorização da vontade, para se apurar a real intenção das partes”.

O princípio da primazia da realidade se originou desta noção civilista, tendo o seu alcance bastante ampliado no Direito do Trabalho, no qual a busca pela verdade real se mostra muito mais efetiva e intensa, em detrimento dos aspectos meramente formais. Por isso, o princípio da primazia da realidade é tido por específico do Direito do Trabalho, dado o seu peculiar significado neste ramo jurídico.

Trilhando este raciocínio, Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1999, p. 206) salienta que “a primazia da realidade não é observada exclusivamente nesta disciplina jurídica mas comum a quase todas, justificando-se a sua consideração como um princípio fundamental do Direito do Trabalho pela intensidade da sua aplicação neste”.

O princípio em estudo pode ser vislumbrado no art. 9º da CLT, ao dispor que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de

desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

A visão clássica deste princípio é concebida pelo notável jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez (1997, p. 217), que leciona: “o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”.

Alice Monteiro de Barros (2008, p. 185) acrescenta:

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberta por meio de contratos de Direito Civil ou Comercial. Compete ao intérprete, quando chamado a se pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado, nos moldes traçados pelos art. 2º e 3º da CLT.

A lição da eminente doutrinadora revela que o operador do direito deve desconsiderar as formalidades que ocultam a verdadeira relação jurídica vivenciada, a fim de aplicar a norma jurídica às circunstâncias verificadas no plano fático do caso apresentado.

Portanto, o princípio da primazia da realidade, aplicado na pejotização, implica na desconsideração do contrato de natureza civil firmado, com o conseqüente acolhimento da situação de fato. Isto significa que, se presentes os elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, impõe-se o reconhecimento jurídico do vínculo empregatício, com a garantia dos direitos trabalhistas daí decorrentes.

6. Pejotização como fraude às normas trabalhistas

A aplicação dos princípios do Direito do Trabalho à pejotização deixa patente que a prática consiste em verdadeira fraude à legislação trabalhista, pela qual se busca ocultar o vínculo de emprego a fim de negar os direitos trabalhistas do obreiro.

O caráter fraudulento da contratação é reforçado pela realidade

vislumbrada no mercado de trabalho brasileiro, em que se verifica a imposição do empregador, não havendo livre vontade na constituição da pessoa jurídica pelo trabalhador.

Porém, tal forma de contratação é desmascarada pelo aplicador do direito, que, amparado nos princípios trabalhistas examinados, tem o poder de desqualificar a ficção criada. É o que vem sendo realizado no âmbito do Judiciário, como bem observa o ilustre Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais quando afirma que “a ‘pejotização’ é modalidade de fraude que já não mais passa despercebida aos olhos da Justiça do Trabalho”⁶.

Com efeito, a jurisprudência pátria se mostra habilidosa no manejo da principiologia trabalhista como instrumento de combate à fraude à relação de emprego, como se exemplifica pelo trecho do aresto a seguir:

Infelizmente, o Direito do Trabalho é alvo de constantes subterfúgios para mascarar a relação de emprego sob o rótulo de figuras civilistas, como prestações de serviços autônomos, por exemplo. Atualmente, o fenômeno supra citado tem recebido alcunha pitoresca e se espalha como incêndio em mato seco : **a pejotização.**

A pejotização consiste em transformar pessoas físicas em pessoas jurídicas e ao invés de serem trabalhadores de uma empresa, passariam a ser uma empresa prestando serviços para outra empresa, em palavras não tão belas, trabalhadores que passam a usar esta roupagem contratual para não perder o posto de trabalho, mascarando o suposto vínculo de empregatício. Trata-se da busca pelo fim da relação entre capital e trabalho, objetivando a relação, apenas, entre empresas.

(...)

Ademais, vale lembrar que o contrato de trabalho é um contrato-realidade e se configura independentemente da vontade das partes. Por força do princípio da primazia da realidade, a idéia que as partes fazem das circunstâncias e até a intenção que as animou não se revestem de força vinculativa para a determinação da natureza jurídica da relação estabelecida. Ainda que recusem as posições de empregado e empregador, estarão ligadas por

⁶ TRT 17ª Região, RO 01154.2008.005.17.00.3, Relator: Des. Gerson Fernando da Sylveira Novais, Julgado em: 26/10/2010, Publicado em: 01/12/2010.

contrato de trabalho, uma vez verificados os requisitos de sua conceituação legal.

A lição de Américo Plá Rodriguez, ao apontar como princípio fundamental do ordenamento jurídico do trabalho o da primazia da realidade, que, no caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge dos documentos e acordos, se deve dar preferência ao que ocorre no mundo dos fatos. É o primado da realidade sobre a forma, determinando o reconhecimento do vínculo empregatício, uma vez configurados todos os seus elementos, constantes do art. 3º da CLT. (TRT 17ª Região, RO 01391.2007.006.17.00.0, Relator: Juiz Claudio Armando Couce de Menezes, Julgado em: 23/04/2009, Publicado em: 04/06/2009)

Os demais Tribunais pátrios têm trilhado o mesmo entendimento, conforme se exemplifica pelas ementas seguintes:

PEJOTIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO EMPREGADOR PARA QUE O TRABALHADOR CONSTITUA PESSOA JURÍDICA COMO CONDIÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INVALIDADE. ARTIGO 9º, DA CLT. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O sistema jurídico pátrio considera nulo o fenômeno hodiernamente denominado de “pejotização”, neologismo, pelo qual, se define a hipótese em que o empregador, para se furtar ao cumprimento da legislação trabalhista, obriga o trabalhador a constituir pessoa jurídica, dando roupagem de relação inter-empresarial a um típico contrato de trabalho o que exige o reconhecimento do vínculo de emprego. (TRT da 2ª Região, Proc. nº 02300.2009.090.02.00, 4ª Turma, Relatora: Ivani Contini Bramant, Publicação: 15/04/2011)

RELAÇÃO DE EMPREGO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. EMPREGADO. PEDIDO DE DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRATATAÇÃO COMO PESSOA JURÍDICA. INVALIDADE. ARTIGO 9º DA CLT. OFENSA. Os fatos que exsurge dos autos vem espelhar o que alguns doutrinadores, hodiernamente, têm denominado da “pejotização”

do empregado, prática nefasta, com a clara finalidade de descumprir os direitos trabalhistas mínimos do hipossuficiente. Algumas empresas, infelizmente, têm por extinguir certos departamentos do estabelecimento comercial, normalmente ligados à área de vendas, mascarando supostos pedidos de demissão dos ocupantes dos cargos ali alocados e, ato contínuo, contratam os mesmos ex-empregados, desta feita, como pessoas jurídicas, por vezes, irregularmente constituídas. O caderno processual, assim, acaba por transparecer que a condenável prática empresarial mencionada, e aplicando-se o princípio da primazia da realidade, na relação jurídica havida entre as partes litigantes, ensejou exemplo típico de verdadeira fraude aos preceitos trabalhistas, sendo hipótese de incidência do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, a preconizar que: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. (TRT da 6ª Região, RO 00949-2007-021-06-00-2, 1ª Turma, Relatora: Dione Nunes Furtado da Silva, Julgado em 06/05/2008)

Os julgados acima caracterizam a pejotização como meio fraudulento utilizado pelos empregadores para se esquivar das obrigações trabalhistas. Nota-se, ainda, a aplicação dos princípios trabalhistas pelos julgadores, notadamente o princípio da primazia da realidade como norma que implica no reconhecimento do vínculo de emprego quando presentes os seus elementos configuradores.

7. Considerações finais

A partir da análise a atual tendência flexibilizadora do Direito do Trabalho, constatou-se a freqüente contratação de trabalhadores através de pessoa jurídica. Assim, com base na premissa de que a flexibilização não pode desconstituir os princípios fundantes do Direito do Trabalho, mostrou-se essencial analisar a pejotização sob a ótica dos princípios trabalhistas pertinentes.

Com efeito, observou-se que esta modalidade de contratação tem sido utilizada, no Brasil, como meio de admissão de verdadeiros empregados, cujo trabalho se desenvolve nos moldes celetistas, de modo que constituição da

pessoa jurídica tem o notório propósito de afastar os encargos decorrentes da relação de emprego.

Diante disso, o exame do fenômeno à luz da principiologia trabalhista conduziu ao entendimento de que a contratação se revela fraudulenta, impondo-se o reconhecimento do vínculo empregatício se presentes os requisitos legais correspondentes, como tem decidido a jurisprudência pátria.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Emanuela Evangelista. *A flexibilização do Direito do Trabalho e o fenômeno da pejotização*. 2009. 74f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, UFC, Fortaleza, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

CARVALHO, Maria Amélia Lira de. *Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos em Salvador – Bahia*. 2010. 153f. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) – Universidade Católica do Salvador, UCSAL, Salvador, 2010.

CAVALCANTE; Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. “Aspectos do art. 129 da Lei 11.196, da Terceirização e do Direito do Trabalho”. *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*, ano XIII, n. 149, julho/2006.

COSTA, Luiza Oliveira Nicolau da. *Neoconstitucionalismo: o modelo jurídico do Estado Constitucional de Direito*. João Pessoa: Ideia, 2009.

COUTO FILHO, Eduardo Soares do; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *A “Pejotização” e a Precarização das Relações de Trabalho no Brasil*. Out. 2008. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br>. Acesso em: 05/04/2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *A transformação do direito do trabalho: da lógica da preservação à lógica da flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. III: Contratos e atos unilaterais. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Método, 2011.

NUNES, Claudio Pedrosa. *Modificações do Contrato de Trabalho e sua Reestruturação Dogmática*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr: 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva: 2001.

RODRIGUEZ, Amércio Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 5^a tiragem. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

REFLEXÕES SOBRE SISTEMAS DE PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: ESTUDO COMPARADO QUALI-QUANTITATIVO ENTRE A JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA COMUM DO ESTADO DA PARAÍBA

**Cláudio Simão de Lucena Neto¹
Adriana Secundo Gonçalves de Oliveira²
Viviany Christine Rodrigues da Silva³**

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico vem acarretando profundas mudanças no campo jurídico. No Brasil, o uso de novas tecnologias por diversos órgãos judiciais é um processo marcante e em constante aperfeiçoamento.

Sistemas de Informação e Tramitação Processual Judicial passaram a ser regulamentados no Brasil com o advento da Lei 11.419/2006, que faculta aos órgãos do Poder Judiciário a automação total ou parcial de seus processos, possibilitando a prática de atos através da Internet.

Todavia, o referido texto legal é alvo de críticas por alguns doutrinadores, pois se argumenta que o mesmo já nasceu com alguns pontos falhos, não mais sendo capaz de acompanhar as mudanças ocorridas no campo das novas tecnologias.

Apesar de ainda não estar implementada em todos os órgãos, instâncias e seções judiciárias, a tramitação processual eletrônica já é adotada em diversas esferas de atuação da justiça, destacando-se, no cenário nacional, a experiência em curso na Justiça Trabalhista, uma das cortes pioneiras na

¹ Professor do Departamento de Direito Privado. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Investigador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Tecnologias de Informação e Comunicação. Graduado em Ciências da Computação, Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico. Advogado. E-mail: claudio.lucena@uepb.edu.br

² Estudante do curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Estagiária da 2ª Vara do Trabalho da Comarca de Campina Grande-PB – 13ª Região. Investigadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Tecnologias de Informação e Comunicação (UEPB). E-mail: adrianasecundo2@hotmail.com

³ Estudante do curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça da Paraíba. Graduada em Jornalismo pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Investigadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Tecnologias de Informação e Comunicação (UEPB). E-mail: vivianycredrigues@gmail.com

implantação do processo eletrônico em todas as suas Varas e na criação de uma Vara-piloto, totalmente eletrônica.

O uso do processo digital, além de objetivar como finalidade imediata a prestação jurisdicional mais célere, reflete, também, diretamente na própria organização interna dos órgãos judiciários e nas práticas dos advogados e partes, a exemplo do peticionamento e consulta processual a partir da rede mundial de computadores.

Em contrapartida, tal adoção carrega também falhas e lacunas, como problemas de suporte técnico de difícil resolução, os quais configuram-se óbices a ser superados no caminho de uma prestação jurisdicional cada vez mais adequada e eficiente.

1. INTRODUÇÃO

A influência de tecnologias de informação e comunicação no campo jurídico vem acarretando profundas mudanças no Poder Judiciário Brasileiro. O fluxo de informações e atos processuais em meios eletrônicos é um dos marcos nesta nova fase da justiça no Brasil.

As experiências com o manejo de meios eletrônicos no que se refere ao trâmite das ações judiciais no Brasil são anteriores à disciplina legal da informatização judicial, que se deu com o advento da Lei 11.419/2006. Este texto legal faculta aos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro a informatização total ou parcial de seus processos, possibilitando a prática de atos através da rede mundial de computadores.

Apesar de existir regulamentação legal, a implantação de sistemas de informação e tramitação processual judicial ainda não é realidade na rotina de todos os órgãos, instâncias e seções judiciárias do país. O sistema judiciário brasileiro convive com órgãos em que o processo ainda é inteiramente convencional, ou seja, não-eletrônico, sistemas híbridos, em que o suporte eletrônico é utilizado, mas sem o abandono completo do papel como suporte material, e outros em que a tecnologia é utilizada de forma irrestrita a favor, entre outros objetivos, de uma prestação jurisdicional mais célere.

O presente estudo tem o escopo de demonstrar as implicações e o impacto do processo digital no jurisdicionado, no que toca à Justiça do Trabalho da Paraíba, utilizando como paradigma a Justiça Comum Estadual.

2. HISTÓRICO

O desenvolvimento tecnológico impacta profundamente em todas as áreas de conhecimento e relacionamento humano, e não é diferente no panorama jurídico. No Brasil, a adoção de tecnologias que permitem a tramitação processual nos diversos órgãos judiciais, é um processo marcante e ainda em aperfeiçoamento.

A tramitação processual judicial eletrônica no Brasil passou a ser disciplinada com o advento da Lei 11.419/2006, texto legal que faculta aos órgãos do Poder Judiciário a informatização total ou parcial de seus processos, possibilitando a prática de atos através da rede mundial de computadores, como o envio de petições eletrônicas e a comunicação de atos processuais.

A Lei do Processo Eletrônico surgiu do Projeto de Lei (PL) nº 5.828/2001, com emenda substitutiva do Senado através de Projeto de Lei nº 71/2002, oriundo desta Casa, e possuindo como origem o PL de iniciativa popular dirigido pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE – ao Congresso Nacional.

No entanto, apesar da lei que regula o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais ter sido publicada apenas no ano de 2006, já havia no Brasil, anteriormente à edição da referida lei, experiências com o manejo dos meios eletrônicos no que toca à tramitação de ações judiciais.

Muito embora computadores se comuniquem entre si desde a década de 50 do século passado, o movimento que culminaria com a utilização maciça desta tecnologia no Brasil tem semente apenas nos anos 90. Redes de conexão e complexidade mais simples, como as BBS (acrônimo inglês de *bulletin board system*), admitiam ligação entre máquinas, mas ainda não se tratava de sombra, sequer, do que hoje conhecemos como Internet.

O Tribunal de Justiça do estado de Rio de Janeiro foi o pioneiro a adotar este tipo de consulta processual. Assim, pode-se dizer que já havia indícios de uma informatização judicial no início da década de 90, contudo, sequer se cogitava a aplicação de meios eletrônicos nos feitos judiciais, propriamente ditos.

A partir da Lei nº 8.245/91, a chamada Lei do Inquilinato, surge a primeira previsão legal de utilização de meio eletrônico para a prática de ato processual, qual seja, a citação mediante fac-símile. No entanto, por disposição expressa do dispositivo legal, esta forma de citação estaria condicionada à

previsão contratual.

Em 1999, temos a edição da Lei n° 9.800, conhecida como a Lei do Fax, quase nada acrescentando para a aceleração do judiciário, uma vez que era utilizada como instrumento protelatório, visto que a lei obriga que os originais sejam apresentados em até cinco dias.

A previsão legal de um processo totalmente eletrônico surgiu com o advento da Lei n° 10.259/2001, instituindo os Juizados Especiais Federais. A primeira experiência com processo eletrônico no Brasil, todavia, só viria a ocorrer no ano de 2002, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que compreende os estados do Sul do país. Neste ano, o Juizado Especial do município de Rio Grande/RS, recebeu a primeira petição eletrônica, e, um ano após, em julho de 2003, todo o trâmite processual era realizado por meios eletrônicos.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo território nacional, voltado ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça, sentiu a necessidade de vencer a resistência que havia em relação à adoção do processo eletrônico no Brasil. Assim, antes da aprovação da Lei 11.419/2006, teve início um processo de automação processual.

Nesse contexto, em virtude da adoção de distintos sistemas de processo eletrônico por parte dos diversos tribunais brasileiros, tornou-se imperioso criar um sistema padrão de tramitação processual eletrônica que fosse utilizado em todo o país, com o intuito de facilitar o acesso de partes, advogados e Ministério Público ao que viria a ser um sistema uno de tramitação processual por meios eletrônicos.

Com o fito de eleger um sistema único, o CNJ promoveu um encontro em que foram expostas as experiências adotadas nos diversos tribunais do país. Na oportunidade, foi escolhido o sistema PROJUDI, o qual foi implantado em 24 tribunais do Poder Judiciário brasileiro.

Todavia, houve resistência de alguns órgãos da Justiça Brasileira, a exemplo da Justiça Federal e Trabalhista, as quais alegaram que já possuíam um sistema eficiente no que toca ao processamento eletrônico de dados processuais.

Hodiernamente, apesar da intenção de unificação dos sistemas de informação e tramitação processual judicial por parte do CNJ, os órgãos, instâncias e seções judiciárias do país empregam meios distintos para

a condução das ações judiciais através de canais e meios eletrônicos de comunicação e armazenamento.

3. MARCO LEGAL – ANÁLISE DE ALGUNS DISPOSITIVOS DA LEI 11.419/2006

A Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 dispõe sobre a utilização de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais. O referido texto legal é alvo de críticas por alguns doutrinadores, pois se argumenta que o mesmo já nasceu com alguns pontos falhos. A questão é que o projeto de lei tramitou no Congresso Nacional por mais de cinco anos e, quando o texto finalmente foi aprovado, ele já não estava mais em consonância com a realidade, ou seja, a edição da Lei 11.419/2006 não acompanhou as mudanças ocorridas no campo das novas tecnologias. É preciso perceber que, no cenário do desenvolvimento tecnológico, o que pode parecer um período razoável de maturação de um texto legal, no caso, aproximadamente 5 anos, pode ser fonte de anacronismo profundo, dada a velocidade com que as mudanças ocorrem neste campo e a tendência do direito nacional em utilizar leis com alto grau de especificidade e descrição, realidade que não se harmoniza com a discussão em torno de tecnologias, que pede disciplina jurídica à base de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e neutralidade técnica.

Dito isto, alguns dispositivos merecem uma abordagem mais aprofundada.

Nos termos do art. 1º da Lei do Processo Eletrônico⁴, “o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitida nos termos da presente lei”. O § 2º deste artigo define o que é, nos termos da lei, meio eletrônico, transmissão eletrônica e assinatura eletrônica.

Meio eletrônico seria “qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais”. Por transmissão eletrônica entende-se “toda forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores”. E assinatura eletrônica é uma forma de identificação do signatário, realizada através da assinatura digital e mediante cadastro do usuário no Poder Judiciário.

Para Filho (2010), a Lei 11.419/2006 é infeliz ao definir tais termos, pois os mesmos, definidos rigidamente no texto legal, de modo que, para serem

⁴ BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

alteradas demandarão tempo, acabarão não acompanhando o desenvolvimento tecnológico. A falha aqui apontada é a ausência da neutralidade técnica que permitiria uma longevidade maior à norma.

O que se percebe é uma tentativa do legislador no sentido de esclarecer, o que são meios, transmissão e assinatura eletrônica em termos de sistemas de processo judicial eletrônico.

No que toca à assinatura eletrônica, temos uma importante discussão sobre a questão da segurança na utilização das novas tecnologias na tramitação do processo judicial. De acordo com o texto legal, assinatura eletrônica é compreendida na assinatura digital – que é baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada – e mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário. A segurança da assinatura dos documentos que compõem o processo judicial eletrônico é garantida através da ICP – Brasil (Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira).

A presença da assinatura digital é de suma importância, pois ela garante a autenticidade e a integridade do documento eletrônico, de modo que há, desta forma, uma maior segurança nas transações processuais.

3.1 - Dos atos e prazos processuais

A realização de atos processuais se dá de forma diversa no âmbito do sistema de tramitação eletrônica do processo judicial. De acordo com o art. 3º da lei que regula a tramitação processual eletrônica, “consideram-se realizados os atos processuais por meio eletrônico no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico”.⁵ O parágrafo único deste artigo dispõe que, em termos de prazo processual, serão tempestivas as petições transmitidas eletronicamente até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia de prazo.

Da leitura deste artigo, percebe-se que a lei proporciona uma dilação de prazo para o jurisdicionado que se utiliza do processo eletrônico. A prática do ato processual, ao contrário do que ocorre no processo convencional – o não eletrônico – não está mais condicionada ao horário de funcionamento das serventias judiciais e, além disso, é estendida até o último minuto do dia do vencimento do prazo processual. Sem dúvida, há um ganho para o jurisdicionado e para o usuário dos sistemas, em geral, em termos de comodidade, pois facilita o impulsionamento do processo, uma vez que não

⁵ BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

é necessária a presença física nos órgãos judiciais e o envio da petição pode ocorrer de qualquer lugar, através da rede mundial de computadores. Nesse mesmo sentido é a redação do § 1º do art. 10.

3.2 - Da comunicação eletrônica dos atos processuais

O Capítulo II da Lei 11.419/2006 trata da comunicação eletrônica dos atos processuais. No art. 4º, está disciplinado que os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, o qual será disponibilizado em sítio na rede mundial de computadores. O Diário da Justiça é o meio utilizado pelos órgãos jurisdicionais para a publicação de atos judiciais e administrativos, bem como comunicações em geral.

Uma questão importante no art. 4º, diz respeito aos §§ 3º e 4º, pois eles disciplinam o dia da publicação dos atos e comunicações, bem como a contagem dos prazos processuais.

O § 3º do referido artigo estabelece como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico. Logo, se a informação é veiculada no Diário da Justiça eletrônico em uma segunda-feira, por exemplo, será considerada como data da publicação o dia seguinte, a terça-feira.

O decurso dos prazos processuais é disciplinado pelo § 4º do art. 4º e reza que “os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação”. Desta forma, tomando o exemplo anterior, se a data da publicação é a terça-feira, o prazo processual terá início na quarta-feira.

Percebe-se de imediato, que a publicação no Diário da Justiça eletrônico acarreta um aumento do prazo processual, pois quando a informação é disponibilizada através do Diário da Justiça não-eletrônico, considera-se como data da publicação o dia em que o Diário da Justiça foi veiculado e o prazo processual começa a correr a partir do dia seguinte. Ou seja, um ato divulgado no Diário da Justiça convencional em 12.04.2011 (terça-feira) é considerado publicado nesta mesma data e o prazo processual referente a tal ato, começa a ser contado a partir do dia 13.04.2011 (quarta-feira).

No Diário da Justiça eletrônico não é assim. Há um hiato entre o dia da disponibilização do ato ou comunicação e o início da contagem do prazo processual. O jurisdicionado pode “ganhar” até um dia a mais de prazo, se a disponibilização se der no início do dia. Logo, se a parte é intimada

para impugnar a contestação, ato que deve ser realizado em dez dias, e a intimação é disponibilizada em 12.04.2011, considera-se como publicada no dia 13.04.2011 e o prazo processual de dez dias só começará a correr no dia 14.04.2011, encerrando-se dia 23.04.2011.

Além da dilação do prazo processual, o Diário da Justiça na modalidade eletrônica reduz os custos com o processamento dos feitos, uma vez que não serão mais necessários gastos com impressão e distribuição. Além disso, com a certificação digital nos autos, através da ICP-Brasil, as informações veiculadas nos sítios dos tribunais serão revestidas de credibilidade. A grande maioria dos órgãos judiciários do país já conta com Diários de Justiça eletrônicos e aproveita as evidentes vantagens desta previsão, sendo que, em alguns deles, o Diário impresso já não existe mais. A transição do formato convencional para o eletrônico deve ser precedida sempre de ampla divulgação, conforme o art. 4º, §5º da norma de regência.

3.3 - Problemas técnicos e acesso aos meios eletrônicos

A lei prevê o caso de indisponibilidade do sistema, decorrida de problemas técnicos, de modo que partes e advogados fiquem impossibilitados de realizar o peticionamento eletrônico, prejudicando assim, o cumprimento do prazo processual. O § 2º do art. 10 prevê que “se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema”⁶. Deste modo, procura-se não causar prejuízo em decorrência de falhas técnicas, uma vez que, detectado qualquer problema que impeça o efetivo cumprimento do prazo processual, este será devolvido.

O § 3º do mesmo artigo determina que os órgãos do Poder Judiciário deverão manter à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais, equipamentos de digitalização e acesso à rede mundial de computadores. Há, neste ponto, uma preocupação, ainda que tímida com a viabilização do acesso aos meios eletrônicos, pois o Brasil ainda é um país que engatinha na inclusão digital, e não raro encontramos brasileiros sem acesso algum aos meios eletrônicos. Nos órgãos onde a tramitação processual eletrônica já é adotada, existem salas especialmente equipadas para atender partes e advogados, possibilitando o acesso à rede mundial de computadores.

⁶ BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

Além disso, ainda há a alternativa de levar até o cartório judicial a petição ou documentos em sua forma física, de modo que eles sejam digitalizados pelos servidores da secretaria judicial. O cuidado com estas alternativas é particularmente importante e necessita de atenção especial, principalmente nesta fase de transição, até que se possa dizer que o acesso à tecnologia está definitivamente disseminado e democratizado no país, para evitar cerceamento, seja de acesso ao judiciário, pelas partes, seja ao próprio desempenho da atividade profissional, pelos advogados.

3.4 - A Lei 11.419/2006 e a publicidade dos atos

Uma das questões mais controversas contidas no texto da Lei 11.419/2006 diz respeito à publicidade dos atos. O § 6º do art. 11 disciplina que “os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça”.

A polêmica se dá justamente em relação ao disposto no texto constitucional que assegura a publicidade dos atos processuais. A garantia da publicidade é característica dos Estados democráticos. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, LX, reza que a publicidade dos atos processuais só será restringida quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim exigirem. No mesmo sentido, o art. 93, IX da Carta Magna dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A publicidade dos atos judiciais referentes aos processos físicos, não-digitais, não foi alvo de grande polêmica, contudo, uma vez que a provável exposição do processo através da rede mundial de computadores começou a tomar forma, a preocupação com a ampla publicidade dos atos processuais passou a ter espaço, surgindo o dilema entre as garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da proteção à intimidade e vida privada do cidadão.

Em uma leitura atenta ao § 6º do art. 11 da Lei 11.419/2006, percebe-se que a lei restringe a publicidade no que diz respeito à documentação juntada ao processo eletrônico, quando a consulta é efetivada por rede externa, ou

seja, a rede mundial de computadores. Deste modo, uma vez ultrapassado o limite da rede interna dos tribunais, os documentos digitalizados junto ao processo eletrônico só estarão acessíveis para as partes processuais e o Ministério Público. Em relação aos terceiros estranhos à relação processual, o acesso será restrito à movimentação efetuada no processo, de modo a permitir o acompanhamento da tramitação da demanda judicial, mas sem a necessidade de uma disponibilização ampla e irrestrita do seu conteúdo.

Apesar de muito se questionar acerca da constitucionalidade deste dispositivo legal, entendemos que não há afronta à Constituição, pois inexistente limitação à publicidade dos atos processuais, havendo apenas uma restrição no que toca a transposição das peças de um processo à rede mundial de computadores.

A preocupação com a publicidade, no que toca a tramitação eletrônica processual, se dá justamente pelo fato da Internet possuir o poder de potencializar os efeitos da divulgação de informações processuais. Uma disponibilização irrestrita dos dados de uma ação judicial através da rede mundial de computadores acabaria por ferir a intimidade e a privacidade do indivíduo.

Importante ressaltar que a intimidade e a vida privada são direitos conexos à vida, enquanto que a publicidade é um dos deveres do Poder Judiciário, funcionando como um mecanismo de fiscalização da atividade estatal.

Nesse prisma, com o intuito de promover um tratamento uniforme da divulgação dos atos processuais judiciais, foi publicada a Resolução nº 121 do Conselho Nacional de Justiça, que expõe, em seu texto, providências relativas à divulgação dos dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, adotando, no que diz respeito à tramitação processual eletrônica, a publicidade restrita.

De acordo com o art. 1º desta Resolução, a consulta aos dados básicos do processo é assegurada a toda e qualquer pessoa, independente de prévio cadastramento ou demonstração de interesse, ressalvados os casos em que o processo tramite em segredo de justiça.

O art. 2º desta mesma Resolução elenca o que são os dados básicos do processo, ou seja, aqueles dados em que há livre acesso, porém, tal texto legal promove a adoção de critérios relativos à localização e identificação dos dados básicos do processo judicial, ficando restritas ao número processual as consultas referentes aos processos criminais, após o trânsito em julgado da decisão absolutória, da extinção da punibilidade ou do cumprimento da pena;

e nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho.

A promoção destes critérios de localização e identificação busca justamente, preservar as partes. Tomemos como exemplo uma pessoa que tenha ajuizado uma ação trabalhista em face de seu antigo patrão e esteja à procura de emprego, tendo submetido seu currículo à avaliação de uma empresa, que, através da Internet, realiza uma pesquisa referente aos dados pessoais de todos os candidatos. Atestando, por meio da rede, que o candidato à vaga de emprego possui uma ação na Justiça do Trabalho, a empresa, mesmo estando frente a um indivíduo com um currículo satisfatório, o rejeita em seu quadro funcional em virtude deste já ter ajuizado uma ação trabalhista. Ora, a empresa pode não querer correr o risco de ter como funcionário alguém que já procurou seus direitos através do Judiciário. Tal postura pode trazer prejuízos morais e materiais para aquele que está em busca de emprego e, pode-se dizer, neste caso, que a identificação da parte processual através de uma busca realizada na Internet foi a maior causa para a reprovação na seleção de trabalho.

Percebe-se, deste modo, que ocorreu uma afronta à intimidade do cidadão, ferindo também sua imagem e lhe trazendo sérios prejuízos.

A adoção da publicidade restrita, no que toca a divulgação dos dados processuais eletrônicos, procura justamente impedir que situações como esta ocorram. Uma ponderação de princípios é a melhor alternativa no que se refere à publicidade e direitos da personalidade, devendo o Judiciário promover a transparência em seus atos, porém, não se pode olvidar que às partes processuais é garantida, constitucionalmente, a preservação à intimidade, vida privada, honra e imagem.

Nesse contexto, como dito alhures, foi editada a Resolução nº 121 do Conselho Nacional de Justiça, podendo-se observar que, hodiernamente, os sistemas de tramitação processual eletrônicos em funcionamento no Poder Judiciário Brasileiro caminham neste sentido, procurando tornar seus atos cristalinos e, concomitantemente, conservar a intimidade, imagem e vida privada dos jurisdicionados, optando pelo princípio da publicidade restrita.

4. IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO EM UMA VARA TRABALHISTA

Transformando aquilo que parecia utopia em realidade através da prática do processo digital, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região,

com jurisdição no Estado da Paraíba – Brasil, conseguiu esvaziar as estantes recheadas de autos, as bancadas tumultuadas por advogados a procura de informação e alcançar, enfim, um judiciário mais célere e apto a atender as pressões da crescente demanda da sociedade a que serve.

A justiça do trabalho, *ab initio*, buscava a integração de toda sua estrutura, valendo-se da padronização de equipamentos, sistemas e programas de informática. Posteriormente o foco mudou, o intuito precípua passou a ser a criação de uma estrutura maior que viabilizasse a adoção do processo eletrônico em todos os procedimentos, o qual passou a existir na esfera legal com o advento da Lei nº 11.419/2006.

O Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba optou pelo princípio da eficiência, isto é, o investimento na evolução tecnológico-procedimental e a busca determinada pela adoção do processo eletrônico.

Assim, para que a adoção do processo digital lograsse êxito, foram tomadas diversas medidas, como a instalação nas salas de audiências de todas as Varas de conjuntos de monitores de cristal líquido, para que partes e advogados pudessem acompanhar simultaneamente a audiência; a implantação da rede corporativa da Justiça do Trabalho na Paraíba, a partir da interligação de todos os Fóruns e unidades administrativas, promovendo a integração das informações; o lançamento de novo portal do Tribunal na internet e novo sistema de *webmail*, com o objetivo de ampliar a comunicação eletrônica; a aquisição de modernos equipamentos para as varas, como leitores óticos e impressoras a laser, com o intuito de agilizar procedimentos operacionais no envio e na recepção de processos; a criação do Sistema de Ouvidoria, colhendo reivindicações e sugestões e levando-as ao Tribunal; implantação do serviço *push*, o qual disponibiliza aos usuários cadastrados a remessa automática de informações a partir de correio eletrônico, entre outras.

Antes da edição da lei que regulamenta o processo eletrônico, foram desenvolvidos, em 2004, sistemas que permitiam as práticas processuais no meio eletrônico, gerando a interligação e informatização das diversas varas trabalhistas.

Nesse prisma, buscando a integração das unidades judiciárias e administrativas, implantou-se o Suap, Sistema Único de Administração de Processos, programa que passou a interligar os 25 tribunais e as 1.235 Varas do Trabalho do país com os jurisdicionados que necessitavam utilizar o processo eletrônico, permitindo que ações, petições, intimações e documentos fossem enviados eletronicamente e oferecendo vista permanente dos autos a qualquer

interessado legítimo.

Antes da implantação do SUAP, as unidades judiciárias e administrativas do TRT trabalhavam com 4 (quatro) sistemas de informação distintos, sem comunicação entre si, para fazer o acompanhamento processual das Varas do Trabalho do Interior; Capital e da Sede do Tribunal (área judicial e área administrativa).

Este programa estabeleceu um padrão de trabalho nos procedimentos operacionais das Varas, levando aos jurisdicionados o acesso a um ambiente integrado e padronizado, permitindo sua utilização em qualquer local que se encontrarem. Magistrados, partes e advogados passaram a dispor do andamento das ações em tempo real em qualquer lugar onde estivessem, tendo acesso ao conteúdo de sentenças, despachos e termos de acordos via internet.

No ano de 2008, o Tribunal, em medida inédita, instalou, na cidade de Santa Rita/PB, região metropolitana da Capital do Estado, as duas primeiras Varas integralmente Eletrônicas da Justiça do Trabalho no País.

Nestas varas eletrônicas, a petição inicial pode ser enviada eletronicamente, através do portal de serviços do TRT13 como também fisicamente. Neste último caso, a digitalização da peça é feita na Vara, formalizando o processo eletrônico e devolvendo a petição impressa ao advogado após digitalizá-la. Já nas petições enviadas pelo meio eletrônico, o sistema envia por e-mail, no ato do peticionamento, um recibo provisório, e, quando autuado o processo, é encaminhado automaticamente o número do processo e a data da audiência.

No momento da audiência, a defesa pode ser recebida pelo juiz eletronicamente ou fisicamente, a qual é apresentada à parte contrária para se manifestar. A audiência ocorre normalmente. Havendo peças físicas, depois de digitalizadas e inseridas no SUAP, são devolvidas às partes respectivas.

As notificações, despachos, ofícios e demais comunicados dirigidos às partes são enviados eletronicamente, a partir do Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Tais documentos são assinados eletronicamente pelos juízes ou servidores.

4.1 - Problemas de suporte

A implementação do sistema de processo judicial digital no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, como qualquer implementação, enfrenta alguns obstáculos, sobretudo, no que toca ao acesso às ferramentas de alteração

do SUAP, o sistema de *backup* e à automação do sistema.

Nas varas não há equipe para a manutenção do Suap. O servidor principal encontra-se na sede do Tribunal, em João Pessoa, e apenas a equipe de informática lá existente é capaz de intervir no suporte de forma a tomar decisões e de promover qualquer mudança ou ajuste que eventualmente seja necessário.

Assim, na hipótese de ocorrer falhas com o sistema, os servidores lançam mão do expediente intitulado “chamado eletrônico” - notificação eletrônica enviada à central de informática localizada em João Pessoa a fim de promover consertos, ajustes ou intervenções no sistema -, sendo toda a comunicação realizada de forma *on line*.

Ademais, por se tratar de sistema complexo, poucos dos servidores responsáveis pela manutenção do Suap possuem acesso às ferramentas que alteram sua estrutura, dificultando a resolução de problemas.

Outra vulnerabilidade encontrada na justiça laboral é o sistema de *backup*, o qual funciona em uma unidade de fita, em que são gravados os dados trabalhados na Vara, no próprio local onde a mesma funciona, sendo este procedimento realizado uma vez ao dia, à noite, pois caso feito durante o dia ocupará o *link* de comunicação e prejudicará o desempenho do sistema, havendo, na sede do tribunal, em João Pessoa, capital do Estado, uma sala cofre que armazena as informações de todas as Varas da 13ª Região.

Trata-se de um sistema que lida com informações de natureza crítica. Nesse contexto, pode-se dizer que o sistema de *backup* seria mais adequado se reduzisse o intervalo de possibilidade de perda dos dados, realizando as cópias de segurança ao menos a cada duas horas, visando à segurança das informações.

Quanto ao Suap, seus principais problemas são de Estrutura (plataforma de desenvolvimento superada, a qual gera dificuldades em termos de agregar recursos) e de automação (o sistema não realiza ações de modo automático, não conseguindo, por si só, gerir o processo, cabendo ao servidor promover os atos que o procedimento pedir de forma ainda manual).

5 - ANÁLISE DE DADOS – COMPARAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL ENTRE PROCESSOS DA JUSTIÇA COMUM E DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA PARAÍBA

Com o escopo de investigar as implicações e o impacto do processo

digital no jurisdicionado, no que toca à Justiça do Trabalho da Paraíba, utilizando como paradigma a Justiça Comum Estadual, foi realizada coleta de dados em visitas à Justiça Comum e à Justiça do Trabalho do Estado da Paraíba, Brasil.

Para efeito de comparação, em virtude da natureza essencialmente distinta das duas esferas judiciárias em análise, foram selecionadas ações com características assemelhadas, o que foi possível fazer recorrendo aos autos referentes às Ações de Indenização, examinando as providências processuais adotadas e o respectivo tempo para realizá-las. Com o conhecimento do lapso temporal decorrido entre cada ato praticado nas duas esferas judiciais, foi possível examinar objetivamente, ainda que com as peculiaridades da avaliação de um sistema complexo como o trâmite de um feito judicial, as diferenças quantitativas de decurso de prazo entre um processo digital e um convencional, não-digital.

O exame das Ações de Indenização foi efetuado em uma Vara do Trabalho e uma Vara Cível da Comarca de Campina Grande, Paraíba, Brasil. Para uma comparação mais equitativa, optou-se por pesquisar dentro de um universo de um por cento dos feitos judiciais da cada Vara.

Para a realização da análise de dados foram criadas quatro categorias:

1. Petição Inicial – Sentença
2. Petição Inicial – Audiência
3. Contestação – Sentença
4. Audiência – Sentença

O resultado final demonstrou que os sistemas de processo judicial eletrônico são mais ágeis, uma vez que os números obtidos revelam que em Ações de Indenização com trâmite na Justiça Comum Estadual, ou seja, de forma convencional, não- eletrônica, a média de decurso de tempo entre os instantes processuais categorizados é bastante superior à média de tramitação processual na Justiça do Trabalho do Estado da Paraíba, onde o modelo de tramitação processual é eletrônico.

Na Justiça do Trabalho, a média de tempo entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença é de dois meses e três dias, enquanto que na Justiça Comum Estadual o mesmo trâmite leva dois anos e um mês para ser concluído. Infere-se daí, que uma Ação de Indenização na Justiça Comum Estadual leva quase doze vezes mais tempo para ser sentenciada, em comparação com o

decorso de tempo na Justiça do Trabalho.

No que toca à realização de audiência, nas Varas do Trabalho, onde é adotada a tramitação processual eletrônica, o jurisdicionado aguarda em média um mês e sete dias, enquanto que na justiça não-automatizada, a audiência preliminar só ocorre, em média, dentro do prazo de dez meses e catorze dias após a propositura da demanda judicial.

Na Justiça Laboral, o primeiro passo para a formação do contraditório, com a apresentação da contestação, geralmente é realizado em audiência, diferentemente da Justiça Comum, onde tal ato processual, na maioria dos casos, deve ser realizado antes da audiência preliminar. Mesmo com tal peculiaridade, foi examinado o decurso temporal entre a contestação e a prolação da sentença, que na Justiça do Trabalho se dá, em média, dentro de um mês e seis dias e na Justiça Comum Estadual ocorre em um ano, nove meses e vinte e oito dias.

Partindo para a quarta categoria analisada, temos que, em vinte e sete dias após a realização da audiência, o processo na Justiça do Trabalho já é sentenciado, enquanto que a mesma providência dura em média um ano, sete meses e catorze dias para ocorrer na Justiça Comum Estadual.

Percebe-se, daí, que processos que tramitam de forma eletrônica tem o tempo entre os atos processuais significativamente reduzidos em relação aos processos que tramitam em meio convencional, não-eletrônico. A adoção de sistemas de informação e tramitação processual traz consigo significativas mudanças, pois descentralizam a providência, transferindo esta responsabilidade ao advogado da parte autora, interessada. Os intervalos de tempo para a realização de audiências, aperfeiçoamento da relação processual, apresentação de defesa, prolação de sentença, e mesmo de realização de diligências técnicas, como perícias, são substancialmente menores em demandas judiciais que tramitam de forma eletrônica. Até mesmo em processos convencionais em que são prolatadas sentenças homologatórias (quando há acordo entre as partes) sem necessidade de realização de audiência ou em que é decretada a revelia – quando a parte adversa sequer apresenta resistência técnica - a relação processual que tramita eletronicamente se mostra mais célere.

6. CONCLUSÃO

A pesquisa e o levantamento de dados através de consultas a processos na Justiça do Trabalho e na Justiça Comum Estadual da Paraíba permitem

perceber que o realinhamento tecnológico do Poder Judiciário é importante, uma vez que os efeitos positivos da adoção do processo eletrônico se estendem desde o momento do ajuizamento da ação até o cumprimento da decisão, impactando, ainda, neste caminho, em questões como economia material, otimização de recursos humanos e organização do espaço físico, dentre outras.

É preciso ressaltar que ferramentas de processo judicial eletrônico, apesar de demonstrarem que a tramitação processual ocorre em um lapso temporal menor, não sustentam como única característica a prestação jurisdicional mais célere. Refletem, também, diretamente na própria organização interna dos órgãos judiciários e nas práticas dos advogados e partes, a exemplo do peticionamento e consulta processual a partir da rede mundial de computadores.

O processamento eletrônico nas demandas judiciais traz como resultado significativo a redução do tempo no que toca o percurso que vai desde o ajuizamento até a decisão, uma vez que atos ocorridos durante todo o trâmite processual tem seu lapso temporal diminuído. Além disso, alguns atos como o protocolo da petição inicial e a distribuição ocorrem de forma simultânea no processo eletrônico. Outros atos, como a juntada de documentos, simplesmente se dão no momento em que o advogado realiza o protocolo dos mesmos – o que, no processo convencional, é efetivado em dois momentos: protocolo e posterior juntada aos autos físicos.

O trabalho permitiu detectar, ainda, que a experiência enfrenta dificuldades e precisa superar vulnerabilidades, como problemas de suporte técnico de difícil resolução, que muitas vezes prejudicam o curso da tramitação eletrônica do processo, e que ainda se põem como obstáculos a serem superados no caminho de uma prestação jurisdicional que ofereça melhor acesso à justiça.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, JOSÉ CARLOS DE ARAÚJO. *Processo Eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2011.

Brasil. Lei 8.245/91. Dispõe sobre a locação dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8245.htm (17/04/2011).

Brasil. Lei 11.419/06. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm (11/03/2011).

Conselho Nacional de Justiça. Sobre o CNJ, <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região. v. 16, n.1 (2009) – João Pessoa: TRT 13ª Região, 2009.

TRT 13. Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região – Paraíba Processo Eletrônico, http://www.trt13.jus.br/arquivos/processo_eletronico/processo_eletronico_historico.pdf

OS NOVOS RUMOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O PROJETO DO NOVO CPC

Elpídio Donizetti Nunes

RESUMO

A partir da evolução do processualismo, do “modelo constitucional do processo”, do papel dos direitos fundamentais processuais e das principais novidades trazidas pelo projeto do novo Código de Processo Civil (CPC), este artigo pretende dar alguns elementos para reflexão sobre a necessidade e o alcance prático da publicação de um novo diploma processual civil.

1. Neoprocessualismo: a influência da nova visão da Constituição sobre o Direito Processual

1.1 - Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo¹

O processo civil que conhecemos atualmente resulta de paciente evolução que se desenvolveu a partir de um demorado e estático período em que **o sistema processual era visto como simples fração do direito privado**, desprovido de qualquer autonomia. Mencionado período ficou conhecido como **sincretismo** processual.

Nessa fase não havia uma verdadeira ciência do processo civil, pois os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, conceitos próprios ou método. O processo era visto apenas

¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 253-256.

Elpídio Donizetti Nunes é desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mestre em Direito Processual Civil pela PUC/MG, doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa, membro da Comissão de juristas incumbida de elaboração do anteprojeto do CPC, conferencista e autor de diversas obras jurídicas, entre as quais, Curso Didático de Direito Processual Civil. Professor-coordenador do Instituto Universitário Brasileiro . E-mail: elpidiodonizetti@gmail.com.

em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos, chegando a ser confundido com o mero procedimento ao ser definido como “sucessão de atos” ou “modo de exercício de direitos”. Não havia sequer percepção da relação jurídica existente entre os sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a necessidade de se permitir a participação dos litigantes (contraditório).

Posteriormente, o sistema processual passou por uma fase de formulação de conceitos e estruturas bem ordenadas, chegando ao ponto de se imaginar um fim em si mesmo – período conhecido como **autonomia** do processo.

Essa segunda fase teve origem com Oskar Von Bülow (1868), que demonstrou a existência de uma relação jurídica especial entre os sujeitos principais do processo (juiz, autor e réu), a qual não se confunde com a relação material litigiosa – por seus sujeitos (inclusão do juiz), seu objeto (provimentos jurisdicionais) e seus pressupostos (pressupostos processuais). A sistematização dessas idéias conduziu às primeiras colocações do direito processual como ciência, tendo em vista seus próprios métodos (distintos do direito privado) e objetos materiais (categorias jurídico-processuais: jurisdição, ação, defesa e processo). Alemães, austríacos e italianos construíram teorias ricas e variadas sobre o tema, lançando idéias fundamentais que geraram valiosas reflexões e obras científicas processuais – todas convergindo para a afirmação da **autonomia da ciência processual em relação ao direito subjetivo substancial**.

Durante esse período os processualistas perceberam que o processo não é um modo de exercício dos direitos (colocado no mesmo plano dos demais modos previstos pelo direito privado), mas o caminho para se obter uma proteção especial por meio do juiz, qual seja, a tutela jurisdicional. As normas do direito processual não têm por objeto os bens da vida (próprios do direito privado), e sim os fenômenos que ocorrem na vida do processo (jurisdição, ação, defesa e processo).

Compreendida a autonomia processual, os processualistas – ao mesmo tempo em que os constitucionalistas se movimentavam para buscar a eficácia da Constituição (neoconstitucionalismo) – conscientizaram-se da **necessidade de direcionar o processo para resultados substancialmente justos, superando o exagerado tecnicismo** reinante até então, o que deu origem ao período de **instrumentalismo** (ou teleologia) do processo.

Depois de quase um século, os processualistas perceberam que o processo, embora autônomo, consiste em técnica de pacificação social, razão

pela qual não pode se desvincular da ética nem de seus objetivos a serem cumpridos nos planos social, econômico e político (escopos metajurídicos). O direito processual, portanto, deve privilegiar a importância dos resultados da experiência dos jurisdicionados com o processo, valorizando a instrumentalidade deste.

A evolução desse entendimento, principalmente em face da atual e saudável constitucionalização dos ramos do direito, defende o **estudo do direito processual a partir de uma nova premissa metodológica, qual seja, a metodologia do neoconstitucionalismo** (destacando-se a força normativa da Constituição e a concretização material dos Direitos fundamentais). Embora seja apenas uma visão evoluída do período instrumentalista do processo, alguns processualistas acreditam se tratar de uma nova fase processual, denominando-a **neoprocessualismo** (“estudo do Direito Processual à luz do neoconstitucionalismo”).

Esse fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (descodificação), ressalta o caráter publicístico do processo; isto é, **o processo distancia-se de uma conotação eminentemente privada, deixa de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para realizar justiça** (valor eminentemente social).

Hoje, o processo tutela uma ordem superior de princípios e valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes, voltados à realização do bem comum (ordem pública). **A preponderância do interesse público sobre os interesses privados conflitantes manifesta-se em diversos pontos da nova dogmática processual, resultando no grande número de princípios fundamentais do processo que hoje permeia o ordenamento jurídico brasileiro** – muitos deles positivados no primeiro capítulo do projeto do CPC (arts. 2º a 12).

1.2 - O “modelo constitucional do processo”

A doutrina atual costuma dizer que o processo civil “constitucionalizou-se”; ou seja, o processo deve ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição. É muito comum utilizar-se da expressão “modelo constitucional do processo”, inspirada na obra *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli: 1990), de Italo Andolina e Giuseppe Vignera.

De fato, tendo em vista que o neoconstitucionalismo fez com que o

Direito Constitucional se tornasse onipresente em todos os ramos do direito (seja por meio da interpretação conforme a Constituição ou da inclusão de regras infraconstitucionais no texto da Constituição e de regras Constitucionais em leis infraconstitucionais), tornaram-se comuns as expressões “direito processual constitucional” ou “direito constitucional processual”.

Há inclusive quem diferencie as expressões: o direito processual constitucional teria como objeto o estudo da jurisdição constitucional (normas relativas ao controle de constitucionalidade de lei e atos normativos, e a tutela dos direitos fundamentais), enquanto o direito constitucional processual estudaria os princípios e regras contidos na Constituição que disciplinam o processo. No entanto, inexistente razão para essa dicotomia, uma vez que as matérias atribuídas a uma expressão estão geralmente inseridas na outra, nem existe qualquer interesse prático em desmembrá-las². Aliás, esse entendimento consiste em uma visão antiga, superada pelo neoconstitucionalismo, pois atualmente nenhum ramo do Direito pode ser compreendido fora da ótica constitucional – essa nova face do processo trata-se apenas de um capítulo da constitucionalização de todo o Direito.

O certo é que o direito processual constitucional (ou direito constitucional processual) consiste na ênfase ao estudo do processo a partir dos princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que a Constituição projeta sobre ele (“tutela constitucional do processo”); incluindo também as medidas integrantes da “jurisdição constitucional das liberdades” (mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública etc.). Assim, são recíprocas as influências que a Constituição e a ordem processual exercem uma sobre a outra.

O “modelo constitucional do processo” nada mais é, portanto, do que o resultado da interpretação das leis processuais a partir da necessidade de que o direito fundamental a um processo justo (tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada) seja respeitado, consoante os princípios e garantias constitucionais processuais.

2. Princípios processuais como “Direitos Fundamentais”

2.1 - Introdução

Antes de adentrarmos nos princípios processuais, faz-se conveniente

² Cf. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Editora Altas, 2009, pp. 12-13.

recapitular: o que seriam princípios?

A doutrina tradicional distinguia normas (preceitos que devem ser seguidos) de princípios (meros conselhos ou “cânones de interpretação). O neoconstitucionalismo, ao conferir *status* de norma aos princípios, abandonou essa distinção tradicional, de modo que atualmente regras e princípios são, na verdade, duas espécies de normas.

Embora as duas espécies normativas sejam cogentes, as **regras esgotam em si mesmas (descrevem o que se deve e o que não se deve, o que se pode e o que não se pode)**, enquanto os **princípios são mandamentos de otimização (normas que ordenam o cumprimento de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso concreto)**³.

Demonstrada (ainda que superficialmente) a diferença entre princípios e regras, passamos a analisar em que consistem os “direitos fundamentais” (que podem princípios ou regras).

Sob o ponto de vista formal, direito fundamental é aquilo que o direito positivo assim qualifica, razão pela qual varia conforme a ideologia, a forma de Estado e de Governo e os valores consagrados no texto constitucional de cada país. Revela seu papel tradicional ao garantir a liberdade individual contra o arbítrio estatal, de forma a limitar a atuação do poder público.

Já **sob o ponto de vista material, os direitos fundamentais destinam-se a criar e manter pressupostos básicos da liberdade e dignidade humana**, de modo que seu conteúdo histórico e filosófico revela um traço universalizante, consubstanciado na expressão “direitos do homem”, prerrogativas destinadas não a determinado grupo de pessoas, mas ao próprio gênero humano.

Além dessa dicotomia, podemos dividir os direitos fundamentais (sob o aspecto formal ou material) em dois grupos distintos:

- a) direitos substanciais (subjetivos): atribuem posições jurídicas de vantagens aos seus titulares (liberdade, propriedade, saúde, entre outros);
- b) direitos processuais (objetivos): informam a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico (contraditório, publicidade, celeridade, entre outros).

Esse segundo grupo é que, por direcionar os novos rumos do processo civil, nos interessa neste trabalho.

³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pp. 166-168.

2.2 - Princípios constitucionais sobre o processo direitos fundamentais processuais)

Como já afirmado, o “modelo constitucional do processo” traz como principal característica o **direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada** – princípio que atua sobre o legislador e o juiz⁴.

Atua sobre ao legislador ao obrigá-lo a instituir procedimentos e técnicas processuais que permitam a efetivação dos direitos materiais (inclusive os fundamentais), que podem ser prejudicados pela grande número de procedimentos ofertados pela estrutura jurisdicional (ex.: tutelas de urgência e evidência, restrição de determinadas provas, meios de proteção de direitos trasindividuais, valorização das decisões das instâncias ordinárias, juizados especiais etc.). O mesmo pode-se dizer da facilitação do acesso ao Poder Judiciário da população carente (assistência judiciária, dispensa de advogado nos juizados especiais etc.).

Atua também sobre o juiz ao determinar a subordinação e a compreensão da lei à Constituição, mesmo no tocante ao direito material, para que o processo seja conduzido de modo a se obter uma tutela jurisdicional efetiva, impedindo que, no caso concreto, as normas processuais possam se afastar dos princípios e das garantias constitucionais fundamentais.

A interpretação do princípio do acesso à justiça (CR/88, art. 5º, XXXV) não pode se limitar, portanto, à mera possibilidade de ingresso em juízo; mas, ao contrário, esse princípio deve ser interpretado compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, para a qual converge todo o conjunto de princípios e garantias constitucionais fundamentais ao direito processual. E, para que se obtenha essa “garantia-síntese”, o constituinte positivou na lei maior uma série de princípios e garantias, impondo várias exigências ao sistema processual por meio de um conjunto de disposições que convergem para esse fim.

Assim, podemos verificar no texto constitucional princípios que expressamente devem prevalecer em processos de toda espécie (civil, penal ou trabalhista; jurisdicional ou não) – como devido processo legal, inafastabilidade do controle jurisdicional, igualdade, liberdade, contraditório, ampla defesa, juiz natural, legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, motivação, celeridade. Ao longo da Constituição podemos ainda inferir outros princípios, como o do duplo grau de jurisdição (quando é estruturado o Poder Judiciário e indicada a competência dos tribunais).

⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 113-114.

Em razão do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, grande parte dos princípios processuais foram elevados à categoria de direitos fundamentais (a fim de se obter a mencionada “garantia-síntese”) e, em consequência, positivados no texto constitucional, tornando-se “direitos fundamentais processuais”.

2.3 - Positivção infraconstitucional dos direitos fundamentais processuais

Tendo em vista a importância dos direitos fundamentais processuais para todo o sistema do processo (centralidade da constituição), o projeto do CPC positivou, nos seus primeiros dispositivos e de forma detalhada, os princípios processuais (arts. 2º a 12). Isso porque, consoante a nova ordem constitucional, **um Código de Processo Civil deve ser prestar à concretização dos direitos fundamentais processuais**; deve ser um esforço do legislador infraconstitucional para transformar o acesso à justiça em um direito a um processo justo (tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada).

Pode-se entender que a explicitação infraconstitucional dos direitos fundamentais processuais seja mera repetição inútil (tautologia). No entanto, **essa reafirmação tem um importante significado (ainda que simbólico) ao disseminar para o ordenamento jurídico em geral o tratamento da legislação infraconstitucional como decorrente direta da Constituição.** A positivação principiológica no novo CPC demonstra que todo e qualquer processo deve transitar pelos direitos fundamentais processuais previstos na Constituição, tornando-o um instrumento de participação democrática e promovendo decisões efetivamente apaziguadoras (processo justo).

Os princípios que constam do projeto do CPC foram escolhidos pela Comissão autora do Anteprojeto consoante os mais recentes movimentos de homogeneização do sistema processual, os chamados “**princípios transnacionais de Direito Processual**” (rol de princípios gerais elaborado por inúmeros processualistas de renome, que buscam adequá-los tanto ao sistema anglo-saxônico quanto ao romano-germânico, com o escopo de servir como modelo para uma possível harmonização e aproximação dos sistemas processuais)⁵.

2.4 - Princípios fundamentais processuais como instrumentos de efetivação de direitos fundamentais substanciais

⁵ FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13.

Tendo em vista que os direitos fundamentais (sob o aspecto formal ou material) podem ser divididos em direitos fundamentais substanciais (subjetivos – atribuem posições jurídicas de vantagens aos seus titulares) e direitos fundamentais processuais (objetivos – informam a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico) e que a atual dogmática processual vive o período de instrumentalismo do processo combinado com o neoprocessualismo (distancia o processo da conotação eminentemente privada, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para realizar justiça), podemos silogisticamente perceber que **os direitos fundamentais processuais têm a função exclusiva de efetivar os direitos fundamentais.**

Nesse contexto, embora contemple direitos do jurisdicionado (cidadão enquanto sujeito processual), **a nova sistemática principiológica do CPC projetado deve ser vista como indispensável garantia de concretização dos direitos substanciais do indivíduo** (cidadão enquanto parte da sociedade), de forma isolada (direitos individuais) ou coletiva (direitos transindividuais), sendo esse o único modo de se obter convivência social harmônica.

Destaque-se a citada “teoria circular dos planos material e processual” de Carnelutti: a efetivação dos direitos substanciais depende da existência direito processual, ao mesmo tempo em que o direito processual existe apenas para efetivar os direitos substanciais.

3. Principais novidades do projeto do CPC

3.1 - Introdução

A principal preocupação da Comissão autora do anteprojeto foi dar funcionalidade ao novo Código de Processo Civil: além de conservar institutos que geraram bons resultados, foram incluídos ou modificados muitos outros que buscam aumentar o grau de eficiência do sistema processual. A natureza fundamental de “método de resolução de conflitos” do processo foi exaltada pela Comissão, em detrimento da “obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita”.

A partir dessa visão funcional do processo, cinco grandes objetivos orientaram os trabalhos da comissão: *a*) estabelecer sintonia com a CR/88 (neoprocessualismo); *b*) propiciar decisões mais próximas da realidade fática (cooperação triangular e ativismo judicial); *c*) simplificar, reduzindo a complexidade dos institutos processuais e seus respectivos subsistemas

(caráter instrumental do processo); *d*) possibilitar o maior rendimento possível a cada processo (princípio da eficiência); *e*) dar maior grau de coesão ao sistema (harmonia da legislação processual civil).

Passemos a analisá-los.

3.2 - Sintonia com a Constituição

A detalhada exposição já realizada até o momento, principalmente os tópicos relativos ao “modelo constitucional de processo” (neoprocessualismo) e à positivação infraconstitucional dos direitos fundamentais processuais não deixam dúvidas de que o projeto do CPC que estabelecer sintonia com a CR/88.

Por outro lado, art. 1º do projeto é bastante explícito nesse sentido, bem com a positivação infraconstitucional pelo projeto do CPC de vários princípios processuais (arts. 2º a 12).

3.3 - Decisões mais próximas da realidade fática

Em consonância com princípio da verdade real, o projeto do CPC considerou, acima de tudo, os resultados práticos que seus efeitos podem gerar no contexto social, visando sempre seu escopo fundamental de pacificação.

Um dos aspectos dessa preocupação é a ênfase dada à possibilidade de as partes colocarem fim ao conflito pela via da conciliação e da mediação (arts. 144 a 153) – o projeto do CPC prevê, inclusive, a criação de um setor específico para promover conciliações e mediações (art. 144).⁶

Ademais, o projeto torna regra a realização de audiência para tentativa de acordo (via conciliação ou mediação) entre as partes antes mesmo de o réu apresentar contestação (art. 323)⁷. Ora, não há dúvida de que as partes ficam muito mais satisfeitas quando a solução decorre diretamente delas, e não imposta um juiz.

Levando também em conta esse raciocínio, o projeto prevê a participação de *amicus curiae* (espontânea, solicitada pelas partes ou

⁶ O projeto do CPC, em seu art. 145, diferencia conciliação (§ 1º: o terceiro sugere soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação das partes) de mediação (§ 2º: o terceiro auxilia as partes a entenderem as questões e os interesses em litígio sem opinar, de modo que elas identifiquem alternativas benéficas a todos).

⁷ Art. 323 do projeto do CPC: além do autor (§ 4º) e do conciliador ou mediador (§ 1º), o réu deve comparecer a essa audiência, sob pena de sua ausência injustificada configurar ato atentatório à dignidade da justiça (§ 6º); caso uma das partes comunique, com antecedência de dez dias, desinteresse em celebrar acordo, a audiência será cancelada (§ 5º); realizada a audiência, se as partes transacionarem, o acordo será reduzido a termo e homologado por sentença; caso contrário, iniciará o prazo para contestação (art. 324).

convocada de ofício), cuja manifestação certamente auxiliará ao juiz decidir de forma mais próxima à realidade das partes (art. 320). Essa possibilidade pode-se dar em qualquer fase do processo (inclusive na audiência de acordo) e grau de jurisdição, pois todas as decisões jurisdicionais devem proporcionar a presença do “amigo da corte” (não só a última).

3.4 - Simplificação dos institutos e de seus subsistemas

A fim de simplificar o sistema processual, muitas alterações foram feitas pelo projeto do CPC, das quais passo a listar as que mais se destacam:

- I) extinção de incidentes:
 - a) reconvenção: o réu pode formular pedido independentemente do expediente formal da reconvenção (art. 326) – o que era excepcional (pedido contraposto no procedimento sumário e ações possessórias) se torna regra;
 - b) impugnação ao valor da causa (art. 267: preliminar de contestação);
 - c) impugnação à concessão de assistência judiciária (art. 327, XIII: preliminar de contestação);
 - d) exceção de incompetência (arts. 64 e 327, II: as duas espécies de incompetência – absoluta e relativa – se tornaram preliminares de contestação);
 - e) ação declaratória incidental (inclusive a de falsidade de documento);
 - f) incidente de exibição de documentos;
 - g) exceção de suspeição (art. 126: alegação de impedimento ou suspeição se dá por meio de simples petição);
- II) alteração nas formas de intervenção de terceiros: assistência, denúncia em garantia, chamamento ao processo e *amicus curiae* (arts. 314 a 321);
- III) extinção de muitos procedimentos especiais: foram mantidos a ação de consignação em pagamento (arts. 524 a 534), a ação de exigir contas (arts. 535 a 539), as ações possessórias (arts. 540 a 553), a ação de divisão e demarcação de terras particulares (arts. 554 a 584), a ação de dissolução parcial de sociedade (arts. 585 a 595), inventário e partilha (arts. 596 a 659), embargos de terceiro (arts. 660 a 667), habilitação (arts. 668 a 673), restauração de autos (arts. 674 a 680), homologação de penhor legal (arts. 681 a 684); e foram excluídos o depósito, a anulação e substituição de títulos ao portador, o oferecer contas, a nunciação de obra nova, a usucapião, a venda a crédito com reserva de domínio e a ação monitória;
- IV) extinção das cautelares nominadas (art. 276: basta demonstrar

o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para a concessão da providência cautelar pleiteada);

V) previsão de tutela à evidência (art. 278: concessão liminar da tutela independentemente do *periculum in mora*, nos casos em que inexistente razão para esperar);

VI) possibilidade de pedir tutela de urgência e à evidência antes mesmo do procedimento em que se pleiteia a providência principal (art. 269) e, não havendo resistência à liminar concedida, o juiz, depois de efetivá-la, extinguirá o processo, mantendo os efeitos da medida sem fazer coisa julgada (art. 281, § 2º); caso haja impugnação, o pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que foi formulado o de urgência (art. 282, § 1º);

VII) o advogado pode promover, pelo correio (com aviso de recebimento), intimação do advogado da outra parte (art. 241, § 1º);

VIII) recebimento de todos recursos no efeito devolutivo, podendo o relator, a requerimento das partes, atribuir efeito suspensivo, se demonstrados os requisitos legais (art. 949);

IX) aumento do valor da condenação da Fazenda Pública para fins de reexame necessário (NCPC, art. 483, § 2º);

X) unificação de prazos de recurso para quinze dias (exceto embargos de declaração) – art. 948, § 1º;

XI) o juízo de admissibilidade de apelação, que continuará sendo interposta no 1º grau de jurisdição, será feito somente no 2º grau (suprime um agravo de instrumento) – art. 966;

XII) não há mais distinção entre praça e leilão (art. 835, § 2º), nem são mais necessárias duas hastas públicas (o bem pode ser alienado na primeira por valor inferior ao da avaliação, desde que o preço não seja vil – art. 841);

XIII) extinção dos embargos à arrematação (a ação anulatória tornou-se o único meio para o interessado impugná-la);

XIV) extinção do agravo retido e limitação do agravo de instrumento a hipóteses legalmente previstas (art. 969) – incidirá preclusão somente sobre essas hipóteses (as demais poderão ser impugnadas na apelação: o momento de julgamento será o mesmo, alterando-se o da impugnação);

XV) supressão dos embargos infringentes;

XVI) aproveitamento pleno do processo, devendo ser decididas todas as razões que podem levar ao provimento ou ao improvimento do recurso: o STF e o STJ, se acolher uma causa de pedir, deve (art. 988, *caput* e § 2º):

a) examinar todas as outras;

b) remeter os autos para o Tribunal de 2º grau para que decida as demais;

c) remeter os autos para o 1º grau, caso haja necessidade de produzir provas para decidir as demais questões;

XVII) caso o tribunal destinatário entenda que a competência seja de outro, cabe-lhe remeter os autos ao tribunal competente, inclusive no plano de STJ e STF (art. 988, § 1º);

XVIII) caso os embargos de declaração prequestionadores não sejam admitidos, considera-se o prequestionamento como havido (art. 979);

XIX) unificação dos critérios relativos ao fenômeno que gera a prevenção: a distribuição da inicial (art. 59), independentemente da coincidência de comarcas, considerando-se desde então a ação proposta (art. 43);

XX) explicitação das hipóteses de cabimento de ação rescisória e de ação anulatória, eliminando dúvidas como as sentenças homologatórias de mérito (art. 929);

XXI) diferenciação de litisconsórcio necessário de unitário (arts. 113 e 115);

XXII) inversão dos termos sucessão e substituição (arts. 107 a 111);

XXIII) criou-se o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (arts. 77 a 79);

XXIV) possibilidade de se exigir comprovação da necessidade de assistência judiciária (art. 99, § 1º);

XXV) contagem de prazos apenas em dias úteis (art. 186, *caput*);

XXVI) distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 358);

XXVII) mecanismos de tratamento de demandas repetitivas (arts. 930 a 941);

XXVIII) valorização das decisões das instâncias ordinárias (arts. 506 a 508: executoriedade imediata – “cumprimento provisório da sentença condenatória em quantia certa”);

entre outros.

3.5 - Mais eficiência para o processo

O novo sistema processual quer permitir a cada processo, individualmente considerado, o maior rendimento possível. Nesse sentido foram feitas as seguintes mudanças:

I) estendeu-se a coisa julgada às questões prejudiciais (art. 490);

II) a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser condição da ação (a sentença que no CPC vigente seria de carência de ação, no projeto do novo CPC será de improcedência, resolvendo definitivamente a controvérsia);

III) extinção do processo cautelar e manutenção da eficácia da medida de urgência (inclusive antecipatória de tutela) até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária;

IV) concessão de poder para o juiz adaptar o procedimento às peculiaridades da causa (“poder de gestão de processos” – *case management powers*) – art. 118, V.

3.6 - Coesão legislativa

A elaboração do projeto levou em consideração a todo instante a necessidade de organizar as regras do processo civil brasileiro, a fim de dar mais coesão ao sistema.

A inclusão de uma Parte Geral é consequência dessa visão sistemática. O CPC vigente não tem Parte Geral porque em 1973 não havia uma desenvolvida teoria geral do processo. No projeto, o Livro I contém os princípios processuais e as regras gerais a respeito do funcionamento do sistema: princípios e garantias fundamentais do processo civil, aplicabilidade das normas processuais, limites da jurisdição brasileira, competência interna, normas de cooperação internacional, partes, litisconsórcio, procuradores, juiz e auxiliares da justiça, Ministério Público, atos processuais, provas, tutela de urgência e tutela à evidência e formação, suspensão e extinção do processo.

O Livro II refere-se ao processo de conhecimento, incluindo cumprimento de sentença e procedimentos especiais (contenciosos ou não), o Livro III cuida exclusivamente do processo de execução, o Livro IV disciplina processos nos Tribunais e os meios de impugnação de decisões judiciais e o Livro V trata das disposições finais e transitórias. Eliminou-se, como se vê, o Livro do Processo Cautelar, substituindo-o pelas disposições gerais da Parte Geral acerca da tutela de urgência.

Na medida do possível, aproveitaram-se todas as experiências válidas (avanços incorporados ao sistema processual) que deveriam ser conservadas, organizando-as e adequando-as ao novo paradigma constitucional.

5. Há necessidade de um novo CPC?

Depois de toda essa exposição, fica a dúvida: há necessidade de um

novo CPC? Não existe resposta correta a essa pergunta. Nada do que se diga ou se deixe de dizer conseguirá convencer, de forma absoluta, alguém com consciência crítica sobre a necessidade de uma nova legislação processual. Contudo, a fim de dar elementos para reflexão, passo a expor mais alguns pontos de extrema importância para a formação de opinião sobre o tema.

5.1 - Reformas pontuais e esgotamento desse modelo

O Código de Processo Civil atual (Lei nº 5.869/73) sofreu, ao longo desses quase 30 anos em vigência, importantes alterações para, sem perder as diretrizes fundamentais, adequá-lo às grandes mudanças que ocorreram em todos os planos durante esse período.

De fato, com o passar do tempo a experiência processual demonstrou que a disposição de determinado artigo se mostrava anacrônica, exigindo uma emenda renovadora – tendo em vista a morosa tramitação do Código Civil de 2002, o caminho mais fácil era editar leis sobre temas específicos, alterando pontos que exigiam urgente atualização. Essas alterações eram feitas com bastante estudo, rigor e cautela, introduzindo reformas extremamente necessárias, de modo a se dar mais funcionalidade ao processo civil, tornando mais efetivo o acesso à justiça *lato sensu* (concessão de tutela efetiva, célere e adequada). Chegou-se até mesmo em falar em “ondas renovatórias” para algumas alterações – como as realizadas em 1994 (generalização da tutela antecipada) e em 2005/2006 (implantação da fase de cumprimento de sentença).

Contudo, o que era feito “em bloco”, tornou-se muito esparso. Antes, as necessidades de reforma eram identificadas e depois pacientemente estudadas, demandando tempo capaz de reunir relevantes e moderadas alterações que, em conjunto, eram feitas no CPC. Na contramão desse procedimento assistimos, nos últimos anos, um alto número de inovações legislativas (somente em 2008 e 2009 foram 12 leis nesse sentido!) que, além de ganhar caráter banal e gerar insegurança jurídica, deu ao código vigente uma imagem de legislação defasada.

Não há dúvida de que a manutenção da frequência de alterações que ocorreram nos últimos anos iria dificultar ainda mais a manutenção da harmonia da “colcha de retalhos” em que o processo civil se transformou.

Ganhou força, então, a vontade de um novo CPC, sendo criada uma Comissão para elaborar o anteprojeto (da qual tive o orgulho de participar). Posso afirmar que consideramos todas as experiências sofridas pelo processo

civil ao longo dessas reformas pontuais, isto é, todos os desafios que os operadores do Direito superaram nos últimos anos não foram descartados (sem dúvida tivemos recentemente uma das maiores sagas interpretativas da história do direito processual!). As normas contidas no anteprojeto, portanto, não vieram de “lucubrações teóricas”: a ideia é trazer novas dinâmicas, mas, acima de tudo, evitar problemas. No entanto, tivemos apenas seis meses para prepará-lo, dando margens a imperfeições que o curto período de tempo não possibilitou sanar.

De qualquer modo, registre-se que a Comissão se preocupou constantemente em inserir no anteprojeto do CPC as mudanças substanciais que grande parte da comunidade jurídica (especialistas e operadores do Direito Processual) conclamava, as quais certamente serão muito bem vindas.

5.2 - O novo CPC alcançará seu fim?

Tendo em vista todo o exposto, podemos perceber que o projeto de CPC certamente contém excelentes benefícios para a nova ordem processual. Todavia, cabe-nos fazer uma advertência. A simples melhoria das normas processuais, por si só, não tem condições de tornar as tutelas jurisdicionais efetivas, céleres e adequadas. É um importante passo, sem dúvida, mas a solução da crise de resolução de demandas requer medidas mais contundentes. Esse problema, na realidade, decorre de inúmeros fatores existentes nos Poderes Públicos, principalmente em relação a (falta de) métodos e recursos de gestão pública.

Ora, atualmente é cada vez mais próximo o diálogo entre direito e administração – principalmente o direito processual, tendo em vista seu caráter instrumental. Deve haver, portanto, uma conscientização de que meras disposições normativas não são capazes de suprimir, por si só, as deficiências crônicas que permeiam o gerenciamento (administrativo e jurisdicional) do Poder Judiciário.

O novo Código de Processo Civil somente gerará os resultados pretendidos se houver, em conjunto à sua publicação, consideráveis alterações nos serviços judiciários. Essas mudanças devem ocorrer tanto em relação à gestão de pessoas (melhor seleção, preparação e distribuição de seus agentes), quanto no que se refere à adoção de técnicas de gestão pública (planejamento estratégico; metas factíveis/desafiadoras, e não irreais/desanimadoras; padronização de boas práticas; excelência na alocação de recursos; utilização de recursos tecnológicos disponíveis; transparência institucional;

sustentabilidade; entre outros). Como se vê, o princípio da eficiência – em termos de gerenciamento administrativo e jurisdicional – trata-se de um ponto crucial para o tão desejado acesso à justiça *lato sensu*.

O anteprojeto do CPC, na verdade, consiste em mero incentivo, uma simples contribuição técnica que nós juristas pudemos dar ao alcance do processo justo. A concessão de tutela efetiva, célere e adequada depende de esforço organizacional em todos os sentidos, de modo a concretizar a renovação que inspirou o CPC projetado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo de conhecimento*. Disponível em: www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/oliveir2.htm.
CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: www.panoptica.org.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2009.

DELGADO, José Augusto. “Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil”, in *Revista Jurídica*. São Paulo, ano 49, nº 285, p. 31-60, jun. 2001

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

FINGER, Júlio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livr. Advogado Ed., 2000.

FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora RT, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional: nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008.

A NATUREZA JURÍDICA DOS DANOS MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO: ANÁLISE À LUZ DO ART. 5º, V E X E DO ART. 7º, CAPUT, DA CF/88

Francisco José Garcia Figueiredo

RESUMO

A natureza jurídica de determinado instituto é o norte definidor de todas as regras que lhe dão juridicidade. Assim, estudar a natureza jurídica dos danos materiais decorrentes do acidente de trabalho, mormente quando tal análise é feita à luz da Constituição, é, tão-só, delimitar o feixe de regras que irão incidir por sobre aquele instituto, localizando-o e perfilando-o dentro do ordenamento jurídico. Portanto, os traços jurídicos que permeiam os danos decorrentes de um acidente de trabalho, diferem-se ao se visualizar a origem dos mesmos: ora têm a natureza de dano em sentido restrito; ora têm a natureza de dano pessoal. Conseqüentemente, tem, também, regras diferentes para, por exemplo, a prescrição. Esse o quadro que se desenrola o artigo relativo ao presente resumo.

1. INTRODUÇÃO

A pretensão do presente artigo é a de tentar demonstrar, por intermédio de um raciocínio lógico-sistemático, a dupla natureza jurídica dos danos materiais e a conseqüente implicação para o mundo jurídico.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em tópicos os quais, objetivamente, tratam das premissas embasadoras das conclusões envolvendo a dúplici natureza jurídica dos danos materiais e o conseqüente reflexo no mundo fático-jurídico.

2. Princípios gerenciadores do Direito do Trabalho

Antes de se discorrer acerca dos princípios norteadores da matéria trabalhista, mister se faz, em primeiro lugar, perscrutar-se sobre princípios

Francisco José Garcia Figueiredo é Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Professor do Curso de Direito da UFPB e da pós-graduação das FIP (Faculdades Integradas de Patos). E-mail fj-ufpb@hotmail.com

fora e dentro da seara jurídica. Em segundo lugar, incumbe verificar, também, se os princípios têm ou não força normativa, vale dizer, se eles têm – ou não – o condão de impor, assim, como as regras de direito, alguma conduta no mundo fático.

2.1 - Acepção do vocábulo princípios

Na acepção comum, princípio é: “1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo [...] 2. Causa primária”. Na acepção filosófica, tem a significação de “Proposições diretoras de uma ciência às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado¹”.

Trazendo o vocábulo para o mundo do Direito, tem-se que princípios são aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formas assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico².

Vê-se, a partir da simples leitura de tal conceito, que nenhum traço normativo marca sua significação e seu alcance. Esse o entendimento predominante até bem pouco tempo, uma vez que, ultimamente, vêm surgindo cientistas do Direito que vislumbram, nos princípios, citadas marcas, qualificando-os, inclusive, como normas jurídicas³.

Aliás, a moderna doutrina classifica os princípios como uma das espécies de normas, sendo, a outra modalidade desse gênero, as regras jurídicas. Veja-se, a seguir, importantes colocações de autores que se debruçaram sobre o estudo dessa temática:

A concepção de que um princípio jurídico é norma de Direito talhou-se através de evolução analítica interessante. Primeiro a metodologia jurídica tradicional distinguiu os princípios

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Nova Fronteira, 1986, p. 1.393.

² Conceito idealizado pela Corte Constitucional italiana, em 1956, e citado na obra de BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 256-7.

³ Embora ainda hoje se discuta a natureza jurídica dos princípios – se marco orientador e genérico, apenas; se norma jurídica e conseqüente possibilidade de os mesmos imporem condutas, embora de modo mais genérico –, é certo que seu aspecto normativo tem ganhado força na melhor doutrina, na jurisprudência e nas próprias leis. Veja-se, por exemplo, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.033 e ss.; BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 156-60 (ao discutir sobre os princípios gerais de direito, Bobbio expõe seu entendimento relativo aos princípios, quadrando-os como normas); ver, também, o art. 4º da LICC, demonstrando a força normativa dos princípios, em especial, dos princípios gerais.

de normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos. Ou seja, norma tinha um significado e princípio, outro. [...] Depois, devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito⁴. [...] a teoria geral do direito consolidou o entendimento, hoje generalizadamente aceito, de que as normas jurídicas [...] podem ser classificadas, *quanto à sua estrutura*, em duas categorias: princípios e regras. Essa a opinião, *e.g.*, de Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau, Luís Roberto Barroso [...] Robert Alexy [...] J. J. Canotilho (grifo do autor)⁵.

2.2 - Princípios e a possibilidade de imposição de condutas no mundo fático: estudo de sua normatividade

Conceituado princípios, a tarefa que se apresenta agora é a de se verificar a normatividade dos mesmos e sua efetividade. Contudo, não se estenderá muito nas premissas demonstradoras de sua normatividade, dado ao objetivo primeiro do presente trabalho, a saber: evidenciar a dupla natureza jurídica dos danos materiais decorrentes de acidente de trabalho. Breves, então, serão os comentários acerca desse aspecto dos princípios, muito embora de modo que não comprometa o rigor científico de apreciação das premissas embasadoras do raciocínio que aqui se deseja construir.

Investigar a normatividade dos princípios é o mesmo que se saber se eles “apresentam ou não *caráter verdadeiramente coercitivo, como regra sucedânea da Lei, aplicável diretamente ao caso concreto* [...]” (grifo do autor)⁶.

Como já se adiantou antes, o pensamento jurídico seguiu o caminho do acatamento dos princípios como espécie de norma e, por conseguinte, de eficácia coercitiva.

Ana Paula de Barcellos, expondo os princípios como espécie de normas e algo diferente das regras jurídicas, conclui que os princípios produzem imposição de condutas, observadas, entretanto, as nuances ali delineadas. Veja-se, *in verbis*:

⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002, p. 43-4.

⁶ FRANÇA, Limongi R. **Princípios gerais de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 135.

[...] os princípios são normas jurídicas e, portanto, pretendem produzir determinados *efeitos concretos* que haverão de ser garantidos coativamente pela ordem jurídica. Se uma das particularidades dos princípios pode ser a indeterminação de seus efeitos, a partir de um núcleo básico, antes de saber como “garantir coativamente”, é preciso saber “o que” será garantido. Ou seja: é preciso saber que efeitos o princípio pretende produzir para, na seqüência, apurar o que se pode exigir do Poder Judiciário de modo a garantir a realização desses efeitos (grifo da autora)⁷.

Ressalta, ainda, mencionada autora, que a “normatividade dos princípios, e especialmente dos princípios constitucionais, é fenômeno recente, como assinala Paulo Bonavides, contra uma tradição milenar das regras”⁸.

Bonavides também aborda acerca da inserção dos princípios nos textos constitucionais (fase pós-positivista do Direito), ressaltando-os, assim, como normas de **índole máxima**, enaltecendo, dessarte, sua “hegemonia axiológica, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁹.

Esclarecido o caráter normativo dos princípios como sendo espécie de normas¹⁰, forçoso é aceitar o seu aspecto coercitivo. Desse modo, os princípios existem hoje não como mero caminho facilitador da interpretação/compreensão dos textos legais. Seu mister vai bem além disso. É dizer: são verdadeiras normas jurídicas, com força impositivo-regulatória de condutas, irradiando, portanto, efeitos sobre a coletividade destinatária dos mesmos, reclamando, dessarte, meios hábeis à sua forçosa observação, quando for o caso.

2.3 - Princípios que informam o Direito do Trabalho

Uma muito breve passagem pelos princípios que norteiam todo o Direito do Trabalho impõe-se, neste momento, dada à finalidade do presente artigo. Antes, porém, cumpre esclarecer as funções desses mesmo princípios.

⁷ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002, p. 56.

⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁹ *Curso de direito constitucional*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 264.

¹⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo, *Ibidem*, p. 271-95.

2.3.1 - Funções dos princípios

Mauricio Godinho Delgado¹¹ esclarece as funções dos princípios em duas fases: a pré-jurídica ou política e a jurídica. Naquela, a função primordial dos princípios é apenas a de apontar a direção da construção do direito. Nesta, contudo, os princípios apresentam três funções distintas: a) descritiva (ou informativa); b) normativa subsidiária e c) normativa concorrente.

Na primeira função – descritiva –, os princípios apresentam-se como condutores de uma adequada interpretação jurídica, auxiliando, assim, na compreensão de regras e institutos jurídicos existentes no ordenamento.

Já na função normativa subsidiária, como a própria denominação sugere, os princípios cumprem um papel de fontes formais supletivas do Direito. “Atuam como fontes normativas subsidiárias”, colmatando o sistema na falta de regras aplicáveis ao caso concreto. Desse modo, a “proposição ideal consubstanciada no princípio incide sobre o caso concreto, como se fosse regra jurídica específica¹²”.

A moderna natureza jurídica dos princípios, contudo, apresenta-se em sua função normativa concorrente – nascida e concretizada ao longo do século XX, conforme a nova visão que orientou os cientistas do Direito¹³ –, “resultante de sua *dimensão fundamentadora* de toda a ordem jurídica” (grifo do autor)¹⁴. Estas as palavras do autor:

[...] *norma jurídica efetiva* e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios gerais de Direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma *natureza normativa*. Esta nova compreensão doutrinária passou a se valer da expressão *norma* como *referência geral* aos dispositivos gerais, abstratos, impessoais e obrigatórios que regulam a vida social. Assim, na idéia de norma (em sentido amplo) estariam abrangidas, pois, as noções de *regras* (ou norma, em sentido restrito) e de *princípios jurídicos* (e também a noção de *institutos jurídicos*,

¹¹ *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 174-75.

¹² *Idem*, *Ibidem*, p. 175.

¹³ V. os pontos 2.1 e 2.2 do presente artigo.

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 176.

acrescentamos nós). A ‘distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas’, diz *Robert Alexy*, sintetizando esta compreensão teórica sobre o problema (grifo do autor)¹⁵.

Identificadas as funções dos princípios com destaque à função **normativa concorrente**, ou seja, àquela que enaltece sobremodo sua natureza normativa, outorgando-lhes a possibilidade regulatória de condutas humanas, passa-se ao estudo dos princípios embaixadores ou informadores do Direito do Trabalho.

2.3.2 - Princípios do Direito do Trabalho

Alice Monteiro de Barros¹⁶, adotando lição de Plá Rodriguez, enumera os princípios peculiares à matéria trabalhista: princípios da primazia da realidade, da irrenunciabilidade, da continuidade, da boa-fé¹⁷, da razoabilidade e da proteção,

Por uma questão metodológico-finalística, haja vista o objetivo primordial do presente trabalho, abordar-se-á, mais amiúde, apenas o princípio da proteção.

De acordo com o **princípio da primazia da realidade**, para o Direito do Trabalho vale o que de fato aconteceu na relação fática envolvendo o empregado e o empregador, pouco importando os nomes que foram dados aos atos praticados durante o desenvolvimento de tal relação.

O **princípio da irrenunciabilidade de direitos**, por sua vez, dita a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, podendo, contudo, relativamente a alguns desses direitos, haver mitigação de sua aplicabilidade pela via da norma coletiva.

¹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 176. A citação feita pelo autor relativa a Robert Alexy foi retirada de sua obra *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

¹⁶ *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011, p. 180-196. Lição também adotada (com as devidas ressalvas) por MARTINS, Sergio Pinto, *Direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 58-63. De certa forma é, também, a mesma posição adotada por Mauricio Godinho Delgado, muito embora sua exposição acerca dos princípios aqui tratados tenha uma elaboração mais aprofundada, com as divisões e subdivisões apresentadas, envolvendo os princípios gerais aplicáveis ao Direito do Trabalho, os princípios específicos e sua subdivisão em princípios aplicáveis aos Direitos Coletivo e Individual do Trabalho. Entretanto, a idéia da significação e do alcance dos princípios é, praticamente, a mesma apresentada pelos demais autores (cf. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 171-203).

¹⁷ Como se nota, os verbos utilizados na definição dos princípios estão sendo utilizados no imperativo. Tal circunstância deve-se ao fato de referidos princípios quadrarem-se na função normativa concorrente, como dantes esclarecida. Assim, não fica ao alvedrio do aplicador acolhê-lo. Ele deve, sim, ser observado independentemente da vontade dos destinatários e do aplicador do direito.

Já o **princípio da continuidade** enaltece o caráter de segurança econômica a ser dada ao trabalhador, impondo¹⁸ a contratação por tempo indeterminado e, somente excepcionalmente, a contratação aprezada e nos casos permitidos legalmente.

O **princípio da proteção**, na abalizada voz de Alice M. de Barros¹⁹, “é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho”. E continua: “Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente”.

A aplicação da dimensão da **norma mais favorável** pressupõe a “existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é objeto de polêmica”, autorizando, por conseguinte, o acolhimento da norma mais favorável, “independentemente de sua hierarquia”²⁰. Por óbvio que a utilização desse princípio (ou dimensão do princípio da proteção) requer algumas técnicas para uma aplicabilidade coerente. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a teoria do conglobamento orgânico ou por instituto²¹.

A **condição mais benéfica**, por sua vez, visa

a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporam ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato, de forma expressa ou tácita consistente esta última em fornecimentos habituais de vantagens que não poderão ser retiradas, sob pena de violação do art. 468 da CLT²²”.

2.3.3 - O princípio da proteção e o art. 7º, *caput*, da CF/88

O art. 7º constitucional é bem claro ao estabelecer o princípio da proteção sob a dimensão de **norma mais favorável**: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social** [...]” (grifo nosso).

¹⁸ *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011, p. 181-86

¹⁹ *Ibidem*, p. 181.

²⁰ Ver o art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82. Tal teoria, adotada como técnica solucionadora, apresenta como solução viável uma comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias, de uma e de outra norm.

²¹ *Ibidem*, p. 182.

²² Informa que “todo o Direito Constitucional deve [imperativo] ser interpretado de forma a evitar contradições entre suas normas [regras e princípios], ou seja, impõe a não-existência de uma dualidade de textos constitucionais” (cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 277).

Dito princípio é de ordem cogente, isto é, vale independentemente da vontade dos destinatários (empregados, empregadores, legisladores), uma vez que encerra garantia constitucional de índole fundamental. Tal conclusão advém da interpretação lógico-sistemática do art. 60, § 4º, IV c/c 7º, *caput*, c/c os princípios que informam a interpretação da Constituição, a saber, princípio da unidade da Constituição²³, princípio da máxima efetividade²⁴ e princípio da força normativa da Constituição²⁵, dentre outros.

3. NATUREZA JURÍDICA

Natureza jurídica é expressão que se vê em, praticamente, todos os livros que tratam dos mais variados ramos do Direito. Tal expressão antecede, de regra, o estudo da maioria dos institutos dissertados pela doutrina.

Embora assim ocorra, poucos (quase nenhum) doutrinadores explanam acerca do que vem a ser natureza jurídica. São expostas, aos leitores, as naturezas jurídicas das figuras a ser estudadas sem, contudo, mencionarem sequer o conceito de natureza jurídica, bem como sua importância e implicação de sua definição no mundo jurídico. Para o fim deste trabalho, todavia, necessário se faz a clareza da expressão em debate.

Pois bem! Imagine-se o início do aparecimento da ciência do direito. A criação dos institutos clássicos (contrato ou acordo, multa, juros, tributos etc.) tomou formas e nomes à medida que os estudiosos e a própria prática cotidiana deles necessitavam. Ocorre que o direito, como é cediço, evolui no tempo e no espaço, em consonância com as pessoas que dele se utilizam e o fazem progredir.

Desse modo, com o passar dos tempos, novos institutos foram aparecendo ao lado daqueles já classicamente acolhidos. Quando assim ocorria – e ocorre ainda hoje –, os estudiosos, à frente desse fenômeno novo, tentavam, de início, enquadrá-lo, de algum modo, à ordem vigente. Noutra dizer, antes de dar um perfil próprio à figura nascida, investigavam as suas

²³ Também denominado de princípio da eficiência, “preconiza que a Constituição, e, conseqüentemente, as normas constitucionais, devem gozar da máxima efetividade possível”, impondo ao intérprete, sempre que possível, uma aplicação das normas que dê “preferência à interpretação e significado do dispositivo constitucional, num sentido que lhe atribua maior eficácia” (Idem, *ibidem*, p. 280).

²⁴ “A força normativa da Constituição impõe àquele a quem incumbe a tarefa de interpretar as normas constitucionais o dever de considerar que esta tarefa implica mais do que simplesmente cumprir os mandamentos inscritos no texto constitucional. Mais importante do que meramente cumprir a Constituição é extrair dela a máxima eficácia possível em cada problema concreto a solucionar, é ter presente o seu significado na experiência de vida da comunidade para a qual se projeta a norma concretizada, é viver mesmo a Constituição” (Idem, *ibidem*, p. 284).

²⁵ *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 308.

características, comparando-a com institutos já consagrados. Mas, qual a importância de se observar a natureza jurídica de determinado instituto? Qual a implicação de sua identificação? Qual a sua serventia? E, por fim, o que significa natureza jurídica?

A identificação da natureza jurídica é de tamanha importância que, no momento exato de sua pontuação, consegue-se ver, como um raio, o deslocamento de um feixe de regras jurídicas a incidirem por sobre aquele instituto ora estudado. Explique-se melhor: ao se ter conclusiva a natureza jurídica de certo instituto dado, tem-se, a um só tempo, a delimitação das regras jurídicas que darão juridicidade àquele mesmo instituto. Tanto assim se dá que nesse instante se tem, inclusive e precipuamente, o prazo legal prescricional relativamente ao instituto em apreço.

Imagine-se um Diagrama de Venn representando todo o ordenamento jurídico vigente. Imagine-se, ainda, dentro dele, subconjuntos representando, v.g., contratos, tributos e multas. Ao identificar o nascedouro de uma nova figura jurídica, o estudioso pesquisa, na ordem então vigente, onde melhor ela se quadra. Ilustrativamente, ao surgir um acordo entre um tomador de serviço e o respectivo executor, o cientista do direito verifica, no ordenamento jurídico, que figura já existe que espelha o perfil desse novo acontecimento. Identificado que é um contrato, por exemplo, naquele instante exato, nota-se um feixe de regras jurídicas relativamente à figura do contrato incidir sobre o acordo aqui ilustrado, dando-lhe juridicidade. Nesse momento, portanto, identifica-se a natureza jurídica daquele acordo (de contrato, portanto) e, com isso, dentre outras, as regras que norteiam o interessado para ir a juízo quando seu direito for violado. De outro modo, identificam-se, também, as regras concernentes à prescrição.

É assim exposta a importância da identificação da natureza jurídica de certo instituto jurídico, uma vez que é reveladora, inclusive, do prazo prescricional que terá a parte interessada para ir a juízo pleitear suposto direito violado.

Mas, e quando o instituto analisado não se identificar com nenhum outro já consagrado no ordenamento jurídico, qual será a solução? Como se identificará as regras a incidirem sobre tal figura? E a prescrição a ser adotada?

Bom! Nesse caso, ou a lei instituidora expressamente ditará as suas características, criando figura nova, portanto; ou a jurisprudência dos mais variados tribunais criará, por analogia ou outra modalidade de integração de lacunas, uma nova natureza jurídica com características próprios.

Nesse passo, a prescrição será aquela emergente da identificação da

natureza jurídica do instituto em questão. Noutra falar, a prescrição será aquela ditada pela própria lei que criou a figura jurídica ou aquela que, por analogia, recebeu uma roupagem jurídica pré-existente. Não sendo possível concluir sobre a prescrição utilizando-se dessas duas metodologias, dever-se-á recorrer ao art. 205 do CC que, não obstante esteja, como visto, no Código Civil, regulamenta a prescrição referentemente a qualquer instituto nos moldes ali estabelecidos: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Dentro desse contexto, portanto, fica fácil de se conceituar o que vem a ser natureza jurídica de determinada figura também jurídica. Natureza jurídica de certo instituto diz respeito à busca na ordenança vigente de instituto pré-existente e que tenha características semelhantes ao ora estudado, com o fim exclusivo de se identificar as regras que irão dar-lhe o toque de juridicidade (e conseqüente coercibilidade).

Como bem define Mauricio Godinho Delgado²⁶,

encontrar a natureza jurídica de uma figura do Direito [...] consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito (grifo do autor).

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRESCRIÇÃO

Deixando-se de lado a discussão acerca do que vem a ser bloco de constitucionalidade, bem como qual é o seu alcance, tem-se que direitos fundamentais são aqueles insertos numa Constituição os quais asseguram uma existência digna a todos os cidadãos destinatários desse mesmo Diploma Máximo.

Tais direitos, porque possuidores de tão nobres destino e serventia, valendo, por tais razões, independentemente da vontade de seus destinatários, têm como uma de suas características a imprescritibilidade. É o que preleciona José Afonso da Silva²⁷ ao tratar das características dos direitos fundamentais, citando, dentre outras, a imprescritibilidade:

²⁶ *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 308.

²⁷ *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 185.

prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualista, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

5. DANOS MATERIAIS E SUA NATUREZA JURÍDICA

Os danos materiais decorem de intrusão, por terceiro, na esfera individual de alguém, ocasionando-lhe prejuízo de ordem econômico-material.

Nascido o dano, portanto, nasce, juntamente e no mesmo momento, o direito subjetivo público de o interessado ingressar junto ao Poder Judiciário com a ação respectiva, objetivando a restauração/reparação daquele direito violado. Tal faculdade deve ser exercida dentro de determinado prazo legal, denominado de prazo prescricional.

5.1 - Da natureza jurídica dos danos materiais no caso de acidente do trabalho

Ao se falar, assim, em danos materiais, há de se perquirir, em razão do até agora exposto, qual é a sua natureza jurídica. Assim, se se verificar que os danos materiais têm natureza jurídica de dano puramente econômico (dano material em sentido restrito), chegar-se-á a determinada conclusão e, conseqüentemente, a certo prazo para se ingressar com a ação adequada.

Ao contrário, se a investigação tomar rumos tendentes à conclusão de que os danos materiais têm natureza jurídica de danos pessoais, isto é, afronta a direitos fundamentais, outro prazo prescricional será encontrado.

Para melhor esclarecer a natureza jurídica dos danos materiais, tome-se o seguinte exemplo: imagine-se que alguém (Fulano de Tal, trabalhador com vínculo celetista) vai saindo em seu carro para o trabalho e ao dar ré para sair da garagem de sua casa, um outro veículo, dirigido em alta velocidade, bate no seu, destruindo a traseira do carro, bem como provocando avarias físicas nele próprio.

Com o conserto de seu carro, Fulano de Tal despense a quantia de R\$ 15.000,00. Com os tratamentos médico-hospitalar e psicológico (o acidente deixou-lhe traumatizado, inclusive ocasionando-lhe a perda da mão esquerda), o valor gasto foi equivalente a R\$ 17.000,00 (hospital, médicos, enfermeiros, remédios, fisioterapeutas, psicólogo etc.), tudo comprovado

por notas fiscais.

Ante o exemplo apresentado, há a possibilidade de se afirmar que os danos materiais experimentados pelo acidentado têm a mesma natureza jurídica?

Por óbvio que a resposta imperiosamente deve ser negativa. Em ambos os casos, os danos materiais advieram da diminuição de seu patrimônio (gastos despendidos). Todavia, esses mesmos danos são de origens totalmente diversas: os R\$ 15.000,00 originaram-se de prejuízo ocorrido exclusivamente com o seu carro; já os R\$ 17.000,00, dos danos ocorridos em seu físico, isto é, pelo fato da perda da mão e demais malefícios de ordem, inclusive, psicológica. De uma vez, portanto, que a resposta é negativa, como devem, então, ser classificados tais danos?

É possível assegurar que o dano ocorrido no carro (R\$ 15.000,00) é de índole **estrita material**. Assim sendo, tem como amparo legal para sua restauração o Código Civil (art. 927, *caput*). Em relação, entretanto, aos R\$ 17.000,00, tal valor decorre de dano sofrido na própria pessoa, portanto de **índole pessoal (natureza jurídica de dano pessoal)**, uma vez que houve afronta a direito fundamental insculpido na própria Constituição da República, qual seja, a preservabilidade e respeitabilidade, oponível a todos, da vida em todas as suas dimensões: física, psíquica e social, desencadeando a possibilidade jurídico-constitucional de sua reparação.

Assim, em atenção ao princípio da proteção (norma jurídica, como acima explicitado), bem como em respeito aos princípios (também normas jurídicas) que orientam o intérprete da Constituição, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que os valores gastos para o tratamento de saúde originaram-se da ofensa à integridade física, **incidindo**, nesse momento, as regras não do Código Civil, mas, sim, da **Constituição da República** (art. 1º, III e IV; art. 5º, V e X; art. 7º, *caput*, XXII).

Dessa ilustração evidencia-se a **dupla natureza jurídica** dos danos materiais: ora eles podem se apresentar sob a forma de danos materiais estrito senso, ora eles podem se apresentar sob a forma de danos pessoais. Como conseqüência, tem-se, ainda, a identificação de regras distintas a incidirem sobre ditos danos materiais. E uma das regras mais importantes, como se vem aludindo no transcorrer deste trabalho, diz respeito àquelas que determinam a prescrição. Assim, concernentemente aos R\$ 15.000,00, como se trata de dano material em sentido estrito, incidirá, no pertinente às regras prescricionais, o art. 206, § 3º, V do CC; já em relação aos R\$ 17.000,00, as regras incidentes também são do CC, porém as inseridas no art. 205, respeitados todos os demais

posicionamentos dissonantes deste²⁷.

É que outro entendimento, *data venia*, não poderia aqui ser esposado. Tendo em vista o **princípio da proteção**, sob sua faceta **princípio da norma mais favorável**, de ordem constitucional (art. 7º, *caput*, *in fine*).

6. CONCLUSÕES

1 – Os princípios, espécie de normas jurídicas que são, têm força normativa, podendo impor condutas no mundo fático, tal como as regras jurídicas.

2 – Dentre os princípios que norteiam o Direito do trabalho, o da proteção encontra guarida no próprio texto constitucional (art. 7º, *caput*), impondo o acolhimento da norma mais favorável ao trabalhador, no caso de mais de uma norma juridicizando uma mesma situação fático-trabalhista, tudo em atenção aos princípios que norteiam, também, a hermenêutica constitucional.

3 – Ao se analisar os danos materiais sofridos por determinada pessoa, há de se investigar, antes de tudo, a natureza jurídica desses mesmos danos. E é perquirindo acerca da origem dos danos experimentados pela vítima que se chega à sua natureza jurídica. Assim, se exclusivamente patrimoniais, decorrentes, portanto, de exclusiva perda do patrimônio material, a natureza jurídica desses danos será classificada como sendo estritamente econômico-patrimonial. Ao revés, se a evidência de tais danos apontar para perda patrimonial decorrente de danos sofridos pela própria vítima em seu corpo (danos pessoais), a natureza jurídica será de danos pessoais, de índole constitucional. E como conseqüência dessa duplicidade de natureza jurídica envolvendo os danos materiais, regras distintas incidirão para regular a relação jurídica instaurada entre as partes envolvidas, inclusive (e principalmente) as pertinentes à prescrição.

²⁷ É o posicionamento, também, de Raimundo Simão de Melo, dentre outros (Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador, p. 398-410). Aqui poder-se-ia abordar interessante questão acerca da prescrição das ações acidentárias para reaver danos materiais experimentados pelas respectivas vítimas. Por fugir do objetivo deste trabalho, ilustrou-se com apenas dois exemplos e alguns artigos de lei e da Constituição as possibilidades relativas à dupla natureza jurídica dos danos materiais.

7. BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANÇA, Limongi R. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Nova Fronteira, 1986, p. 1.393.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Raimundo Simão. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992.

O DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR DE ROMPER O VÍNCULO TRABALHISTA – UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

Larissa Coutinho Brito de Gois Soares¹

1. Considerações iniciais

No artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o trabalho foi alçado a direito social, sendo de suma importância para a dignidade do ser humano. E a valorização do trabalho humano, erigida a fundamento da própria ordem econômica, a qual tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, os da função social da propriedade e da busca do pleno emprego (CF/88, art. 170, caput, III e VIII).

O novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) dispõe em seu artigo 421 que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Este dispositivo de lei, perfeitamente aplicável ao Direito do Trabalho por força da norma prevista no parágrafo único do artigo 8º da CLT, traz à baila nova discussão acerca dos limites a serem impostos ao direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho. O princípio do fim social do contrato, juntamente com os da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, da busca do pleno emprego e do fim social da propriedade, constitui precioso limite imposto a esta discricionariedade de rescisão contratual associada à figura do empregador, pois, para o empregador a relação laboral representa, preponderantemente, um interesse econômico. Já para o empregado, um interesse social. O interesse dos empregados está na manutenção do emprego e o do empregador na dispensa de toda força-trabalho que se tornou desnecessária, não produtiva ou indisciplinada.

Como se constata, devem ser sopesados os interesses dos empregadores e dos empregados, não podendo o Direito deixar de conhecer toda essa realidade econômica e social. Será essa a análise deste trabalho.

¹ Advogada e pós-graduanda em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho - ESMAT 13. E-mail: larissa_gois@hotmail.com

2. Proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no Direito do Trabalho contemporâneo

Levando-se em consideração a desigualdade fática existente entre as figuras do empregador e do empregado, existem no Direito do Trabalho princípios que tem por finalidade amenizar essa desigualdade, garantindo a segurança social e econômica no âmbito trabalhista.

2.1 - Princípio da Proteção

Exsurge, nessa senda, o princípio constitucional da proteção que, na avaliação de Plá Rodriguez², se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Luiz de Pinho Pedreira da Silva, nesse mesmo sentido, define o princípio da proteção como aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores³.

O Direito do Trabalho surgiu como consequência da não existência de uma isonomia no contrato de trabalho, pois um dos polos dessa relação detém mais poder e capacidade econômica do que o outro, ocasionando a exploração de uma das partes.

O princípio constitucional da proteção orienta o legislador e o julgador na elaboração e aplicação das normas relacionadas ao direito do trabalho, buscando atenuar a desigualdade fática entre empregador e empregado, alcançando o fim da igualdade substancial.

Com efeito, enquanto o direito se preocupa com uma igualdade jurídica entre os contratantes, o direito do trabalho se preocupa em proteger uma das partes, buscando uma verdadeira igualdade material.

2.2 - Princípio da continuidade da relação de emprego

Com relação ao princípio da continuidade da relação de emprego, a

² RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996. p. 28.

³ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1999, p.29.

regra no ordenamento jurídico pátrio é que os contratos de trabalho sejam celebrados por tempo indeterminando, admitindo a legislação, apenas em casos excepcionais, as contratações temporárias e por tempo determinado.

Conforme Alice Monteiro de Barros⁴, para se entender o princípio, cumpre ressaltar que uma característica do contrato de trabalho é o trato sucessivo, ou seja, ele não se esgota mediante a realização instantânea de ato, mas perdura-se no tempo.

O Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 212, in verbis:

O ônus de provar o término do contrato do trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

O fundamento do princípio da continuidade da relação de emprego é a natureza alimentar do salário, já que o trabalhador é subordinado jurídica e economicamente ao empregador e do seu trabalho retira o seu sustento.

Como consequência deste princípio, temos o princípio da proibição da despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme dispõe art. 7º, inc. I, da CF/ 88.

2.3 - Princípio da proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa

É importante considerar que a dispensa imotivada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, visto que esta conferiu, no inciso I, do seu artigo 7º, aos empregados a garantia da proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. No entanto, não é este o entendimento majoritário do TST, como será visto mais adiante.

Da previsão constitucional, não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa se trata de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena e sua aplicação não pode e não deve ser evitada.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008. P. 186.

Argumenta-se se, diante deste preceito fundamental, ainda há a possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro da denúncia vazia ou da natureza potestativa no ato unilateral do empregador de extinguir o contrato de trabalho, isto é, de despedir o empregado sem justa causa, sem qualquer limite ou condição, a não ser o pagamento de uma indenização correspondente a 40% do valor depositado na conta vinculada do FGTS.

3. Direito potestativo

Segundo o dicionário da língua portuguesa⁵, potestativo diz-se da condição que depende apenas da vontade ou arbítrio de quem a impõe.

O direito potestativo é um direito de sujeição, ou seja, ao exercer o seu direito, o titular, simplesmente, interfere na esfera jurídica alheia sem que essa pessoa nada possa fazer. O direito potestativo não tem conteúdo contraprestacional, não espera que seja realizada contraprestação alguma. Por consequência, não pode ser violado, pois da outra parte não corresponde um dever e sim uma sujeição.

Tratando sobre o tema, Chiovenda⁶ divide os direitos subjetivos em duas grandes categorias: direitos de prestação e direitos potestativos.

A primeira compreende aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles a denominação de direitos de prestação, e, como exemplo, cita-se todos aqueles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais. Nessas duas classes há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade.

A segunda grande categoria é a dos denominados direitos potestativos e compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas.

Desenvolvendo a conceituação dos direitos potestativos, afirma Chiovenda:

⁵ Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=potestativo>. Acesso em: 05 de abril de 2011.

⁶ Disponível em: http://www.rochaefraga.com.br/publicacoes/os_principios_da_legalidade_da_verdade_material.pdf. Acesso em: 07 de abril de 2011.

Esses poderes (que não se devem confundir com as simples manifestações de capacidade jurídica, como a faculdade de testar, de contratar e semelhantes, a que não corresponde nenhuma sujeição alheia), se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz. Têm todas em comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se aquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção. A sujeição é um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele. São poderes puramente ideais, criados e concebidos pela lei...; e, pois, que se apresentam como um bem, não há excluí-los de entre os direitos, como realmente não os exclui o senso comum e o uso jurídico. É mera petição de princípio afirmar que não se pode imaginar um direito a que não corresponda uma obrigação.

Como observa Francisco Amaral⁷, o direito potestativo atua na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir. É a prerrogativa jurídica de impor a outrem, unilateralmente, a sujeição ao seu exercício. Segundo, ainda, o mesmo autor, não implica, por outro lado, num determinado comportamento de outrem, nem é suscetível de violação.

Nesse entendimento, tem-se como exemplo na seara trabalhista, o direito potestativo do empregador de despedir, ou mesmo, sancionar quem está sob sua dependência, lhe prestando serviço como empregado, desde que motivadamente. Assim, restaria ao empregado apenas aceitar tal condição (sujeitar-se), não cabendo contestação.

4. Espécies de dispensa por iniciativa do empregador

Levando em consideração a dispensa por iniciativa do empregador, distinguem-se as seguintes causas de extinção do contrato de trabalho: dispensa por justa causa e dispensa sem justa causa.

Em uma leve abordagem, pois foge ao tema principal deste estudo, a dispensa por justa causa é aquela que tem por base uma das condutas ilícitas praticadas pelo empregado arroladas no artigo 482, da CLT, e em outros

⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro - Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 201-2

artigos esparsos. A dispensa por justa causa é sempre não arbitrária, mas o contrário não é verdade, como bem explica Leonardo Vieira Wandelli:

A não arbitrariedade é mais ampla que a justa causa. ‘Justa causa’, em sentido estrito, recebe o sentido de motivo disciplinar ou outra ‘causa’ legalmente prevista para a terminação do contrato. Toda despedida arbitrária, entendida aquela que não se funda em motivo econômico, financeiro, técnico, disciplinar ou qualquer outro justo motivo legal, é sem justa causa, assim como toda despedida por justa causa é não arbitrária. Entretanto, aceita essa distinção, nem toda despedida sem justa causa é arbitrária e também nem toda despedida não arbitrária é por justa causa. Isto porque uma parte das despedidas não arbitrárias, por serem fundadas em motivo financeiro, técnico ou econômico se refere a despedidas sem justa causa. Assim, uma despedida fundada em motivo econômico não é arbitrária, mas é sem justa causa.⁸

Já a dispensa sem justa causa é aquela em que não há conduta ilícita praticada pelo empregado. A despedida sem justa causa é aquela que leva em consideração a capacidade ou o comportamento do empregado, todavia não passível de censura juridicamente relevante a constituir uma justa causa, nos termos do art. 482 da CLT. Pode ser dividida em dispensa motivada sem justa causa e dispensa arbitrária. São subespécies de dispensa arbitrária, as dispensas discriminatória, abusiva, obstativa e retaliativa.

4.1 - Dispensa motivada sem justa causa

A dispensa motivada sem justa causa é aquela que possui uma motivação relevante, mas que não se enquadra nas hipóteses de justa causa. Ou seja, havendo dispensa, e essa não estando fundada na justa causa, deverá ter motivo relevante, caso contrário poderá ser considerada com sendo de ordem arbitrária. Portanto, nota-se a necessidade de haver uma motivação, em face da despedida sem justa causa.

Esta diz respeito àquele modo extintivo do contrato, por ato de vontade do empregador, porém calcado em alguma motivação relevante,

⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004. p. 321.

juridicamente aceitável, ainda que não se trate de cometimento de infrações trabalhistas pelo empregado. Em ordens jurídicas mais avançadas do que a brasileira (Alemanha e França, por exemplo), essa modalidade de dispensa substitui o mero exercício da prerrogativa potestativa pelo empregador, a denúncia vazia do contrato de emprego. Isso ocorre porque se entende que a dispensa sem motivo razoavelmente consistente, que não seja razoavelmente justificada, frustra a determinação do Direito para que a propriedade e o poder sejam sempre exercidos em harmonia com os interesses sociais⁹.

A dispensa motivada sem justa causa dá ensejo ao recebimento pelo empregado de uma indenização equivalente a 40% sobre o FGTS depositado na conta vinculada do empregado.

4.2 - Dispensa arbitrária

A dispensa arbitrária é uma espécie da dispensa sem justa causa. Em outras palavras, a dispensa sem justa causa corresponde ao gênero – a um tipo mais amplo, caracterizada pela inexistência de um ou mais requisitos configuradores da dispensa por justa causa – do qual a dispensa arbitrária é espécie.

O Texto Máximo repele a dispensa arbitrária (art. 7º, I), que seria aquela, conforme ensinamento de Maurício Godinho¹⁰, efetivada sem o suporte em uma fundamentação minimamente relevante.

Entende-se como arbitrária a dispensa que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme previsto no art. 165, da CLT.

Art. 165. Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro

Parágrafo único. Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.

Segundo Sérgio Pinto Martins:

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2011. p. 1071

¹⁰ *Ibidem*. p. 1064

Motivo técnico diz respeito à organização da atividade da empresa, como o fechamento de uma filial ou de uma seção, com a despedida dos empregados. Motivo financeiro decorre das receitas e despesas da empresa, de acordo com seu balanço. O motivo econômico é o proveniente do custo da produção das atividades da empresa, da conjuntura, da inflação, da recessão. Motivo disciplinar é o pertinente à dispensa por justa causa (art. 482 da CLT). A dispensa sem justa causa é a feita pelo empregador sem motivo dado pelo empregado.¹¹

4.3 - Dispensa discriminatória

A dispensa discriminatória está disciplinada na Lei n. 9029/95:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da Constituição Federal) e preconiza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, da Constituição Federal), além de estabelecer que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da Constituição Federal).

Ficam vedadas, portanto, quaisquer formas de discriminação, ou seja, por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade, religião, opinião pública ou qualquer outra forma de discriminação. Diante disso, a dispensa de empregado por motivo discriminatório se apresenta como um ato que transcende a relação empregatícia entre empregador e empregado, atingindo frontalmente um complexo de interesses maiores, pertencentes ao Estado e à sociedade,

¹¹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 371.

em total afronta aos ditames da Constituição Federal, devendo ser, portanto, repelida.

4.4 - Dispensa abusiva

A despedida abusiva é aquela que é praticada a partir de um verdadeiro abuso do direito, está classificada como subespécie de despedida arbitrária, incluída no rol da dispensa sem justa causa. O mestre Sérgio Torres Teixeira¹² classifica a dispensa abusiva como

A concretizada por motivo ilegítimo, cuja relevância transcende a relação individual de emprego, constituindo violação expressa a princípios de fundamental interesse público e/ou social, ao ponto de ser considerado um abuso do direito desfrutado pelo empregador. Tal dispensa, em decorrência da causa ensejadora da vontade patronal, ultrapassa a seara do Direito do Trabalho e atinge postulados maiores, levando o exercício do direito de despedir a ser considerado como abusivo.

Desta forma, exercido o direito de despedir de forma antissocial, de modo contrário à sua finalidade, configura-se o abuso do direito pelo empregador, e, conseqüentemente, surge a chamada dispensa abusiva, ou seja, ocorre quando a dispensa deixa como vítima não apenas o empregado despedido, mas o Estado e toda a coletividade, por implicar na violação de regras de ordem pública e de interesse geral que ultrapassam as fronteiras da relação individual de emprego.

Nesse tipo de dispensa, não há apenas a ausência de um dos requisitos caracterizadores da justa causa ou a ausência de motivo econômico, financeiro, disciplinar e técnico (requisitos caracterizadores da despedida arbitrária), mas há algo mais: há violação da própria função social do respectivo direito subjetivo do empregador, transgredindo interesses estatais e sociais. A despedida abusiva ocorre quando concretizada por motivos ilegítimos, alheios ao contrato de trabalho, constituindo desvio da finalidade social do direito.

4.5 - Dispensa obstativa

¹² TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*, 1 ed. São Paulo, LTr, 1998. p. 60

As dispensas obstativas têm por finalidade impedir que o empregado adquira algum direito.

4.6 - Dispensa retaliativa

As dispensas retaliativas caracterizam-se pela represália a uma atitude legítima do empregado, como por exemplo, ingressar com reclamação na Justiça do Trabalho para cobrar direitos.

No caso de um movimento grevista, é inquestionável a conduta retaliativa e antissindical do empregador que se utiliza de forma abusiva e maliciosa de seu poder de direção, a fim de desvirtuar o seu verdadeiro intuito, de se valer do poder potestativo de dispensa como instrumento de pressão e ameaça aos trabalhadores.

A Constituição Federal prevê a liberdade sindical e o direito de greve a todo trabalhador. Além disso, a Convenção 98 da OIT estabelece que os trabalhadores têm proteção contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical, inclusive no que toca aos atos destinados a dispensar o trabalhador em virtude de participação em atividades sindicais.

Agindo dessa forma, o empregador atenta contra o princípio da liberdade sindical e do direito de greve, previstos e assegurados pela Constituição na qualidade de direitos sociais fundamentais, os quais representam conteúdo de preservação da dignidade da pessoa.

5. A Convenção 158 da OIT

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem como tema a garantia do emprego contra a dispensa imotivada. Em síntese, a Convenção proíbe a demissão de um trabalhador, a menos que exista para isso uma causa justificada, relacionada com sua capacidade ou seu comportamento, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 4º). Mesmo assim, a relação de emprego não deverá ser finalizada antes que tenha sido dada ao trabalhador a possibilidade de se defender das acusações formuladas contra ele.

Pela Convenção 158 da OIT, portanto, existem três situações distintas, relacionadas à possibilidade de término da relação de emprego. A primeira é o término por motivo relacionado ao comportamento do empregado (o que, no nosso caso, equivaleria à justa causa). A segunda é o término por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, a serem previstos na

regulamentação da Convenção. E, a terceira é o término injustificado, que não atende aos requisitos anteriores e que, portanto, deveria levar à readmissão do empregado ou ao pagamento de indenização adequada ou outra reparação que se considerar apropriada.

Deve-se salientar que a Convenção 158 da OIT, ao estabelecer a proteção contra a despedida arbitrária, não visa à estabilidade no emprego propriamente dita, mas à salvaguarda de um mínimo de segurança neste último, o que constitui um direito inerente ao empregado. A vedação a dispensas arbitrárias é um grande passo rumo ao reconhecimento e aplicação dos direitos sociais, tendo sido esta a intenção do legislador ao elaborar o inciso I do artigo 7º da CF.

Vê-se, portanto, a tendência internacional de justa motivação para a despedida sem justa causa do empregado.

No entanto, o Poder Executivo, mediante o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em 23 de dezembro de 1996, acatando a interpretação que se tornou predominante à época no sentido da inaplicabilidade da Convenção no ordenamento nacional, tornou pública a denúncia da Convenção, realizada pelo Governo, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicitando que a Convenção 158 deixaria de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997.

6. Teoria do abuso do direito

Para fundamentar a repressão de condutas abusivas e evitar a chancela jurídica de atos maliciosos perpetrados no exercício de um direito, a doutrina francesa elaborou a chamada teoria do abuso do direito, com o objetivo de conceder subsídios para combater atos abusivos.

A palavra abuso, segundo o dicionário Aurélio, significa mau uso, ou uso errado, excessivo ou injusto; excesso, descomedimento; exorbitância de atribuição ou poderes¹³.

Já o vocábulo direito tem muitas acepções, mas, quando combinado com o vocábulo abuso, prende-se à noção do exercício dos direitos que, na verdade, só se constituem para proporcionar benefícios, vantagens ou utilidades ao respectivo sujeito. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira¹⁴, os doutrinadores modernos, encontrando várias hipóteses de desvirtuamento do

¹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 17.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 429.

conceito de justo na atitude do indivíduo que leva a fruição do seu direito a causar malefícios a outro indivíduo, criam a figura do abuso do direito, com fundamento na regra da relatividade dos direitos, bem como na dosagem do conteúdo do exercício.

Em que pesem as diversas discussões para explicar a teoria do abuso do direito, à unanimidade, os autores sustentam que o abuso do direito há de ser coibido. Não se pode admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em prejuízo de alguém. Por conseguinte, o indivíduo, que tem o poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste abarcar todo exercício que tenha por finalidade exclusiva causar mal a outrem, sujeitando, portanto, à reparação civil aquele que procede dessa maneira.

O Código Civil brasileiro de 2002 contém, expressamente, em seu corpo normativo, a previsão do abuso do direito, ao preceituar, em seu art. 187, que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Como destaca Edilton Meireles¹⁵, ao contrário da definição de ato ilícito, o legislador não fez qualquer referência expressa ao dano para configuração do abuso do direito. Já ao conceituar o ato ilícito propriamente dito, faz referência expressa ao dano como elemento integrante, como se infere do art. 186 do Código Civil: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Daí conclui que o dano não é requisito para configuração do abuso do direito, mas apenas uma de suas possíveis conseqüências. Na definição do abuso do direito, não há qualquer referência à culpa, ao contrário do que ocorre no ato ilícito, pelo que, independentemente de culpa do agente pode o direito ser exercido abusivamente. A partir dessas considerações, o autor define abuso do direito como o exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos na lei, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, decorrente de ato comissivo ou omissivo.

A nova concepção do abuso do direito não se dá de acordo com a concepção da teoria subjetiva, mas cede espaço para uma concepção objetiva, que prescinde de dolo ou culpa para a sua caracterização.

Para a teoria subjetiva, o abuso do direito caracteriza-se quando presente o elemento intencional, ou seja, impõe-se que o agente tenha

¹⁵ MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2004. p. 21.

consciência de que o seu direito, inicialmente legítimo e em consonância a lei, ao ser exercitado, desbordou para o excesso ou o abuso, de modo a lesionar ou ferir o direito de outrem. O elemento subjetivo é a reprovabilidade ou a consciência que poderá causar algum mal a outrem, assumindo esse risco ou deixando de prevê-lo quando deveria. Ao contrário da subjetiva, a teoria objetiva dispensa o elemento volitivo, de modo que basta que o comportamento seja exorbitante, independentemente da vontade do agente¹⁶.

O legislador nacional, por meio do art. 187 do Código Civil de 2002, adotou claramente a teoria objetiva, que afasta a motivação da conduta – culpa ou dolo – ao mesmo tempo em que não exige a presença do dano que, se existir, dará causa à indenização em face do art. 927 do Código Civil de 2002.

Levando-se em consideração a teoria do abuso do direito, pode-se concluir que o ato de dispensar o empregado sem um motivo minimamente justificável exorbita os limites do poder do empregador, adentrando na seara de direito do trabalhador de exercitar o seu trabalho.

7. Visão contemporânea do direito potestativo do empregador de romper o vínculo trabalhista. Teoria da nulidade do despedimento arbitrário

O princípio da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa é um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da República da proteção da dignidade humana (inciso III, do artigo 1º), especialmente quando a dispensa de empregados se configure como abuso do direito, o que, facilmente, se vislumbra quando a dispensa é utilizada para permitir a contratação de outro trabalhador, para exercer a mesma função com menor salário, ou por motivos políticos, ideológicos, étnicos, raciais, religiosos ou em razão do sexo. Ou seja, o princípio deve ser efetivado quando o pretense direito potestativo de rescisão contratual é utilizado para simplesmente diminuir a condição social do trabalhador, ao contrário do que promete todo o aparato constitucional.

O direito ao trabalho ressaí do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho (art. 1º, IV, 170 e 193 da CF), que reconhece o direito social ao trabalho como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, a dignidade da pessoa humana, fundamento, também da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CF). E aqui se entroncam o direito

¹⁶ STOCO, RUI. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com o direito social ao trabalho, que envolve o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissional, à livre escolha do trabalho, assim como à relação de emprego (art. 7º, I), que visam, entre outros, à melhoria das condições sociais dos trabalhadores¹⁷.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista.

A garantia da proteção contra a despedida imotivada é o direito do empregado de quedar-se protegido no emprego.

Ignorando esse preceito constitucional, o que se percebe é uma nova forma de dispensa qualificada, na qual por meio do ADCT, em seu artigo 10, inciso I, se estabeleceu uma indenização de 40% sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Dessa forma o que fica patente é a simples proteção e não proibição à referida dispensa. O entendimento de que, para toda forma de despedida sem justa causa, seja paga a indenização de 40% (quarenta por cento) do FGTS acarreta na dispensa mediante uma simples indenização tarifada, igual para todos os motivos, implícitos ou explícitos, do empregador, ainda que abusivos, arbitrários ou discriminatórios.

De forma totalmente oposta, a nova hermenêutica constitucional deve se embasar não na autorização da dispensa indenizada, mas na proibição da dispensa imotivada, como decorre da teoria da nulidade da despedida arbitrária. A despedida por motivos econômicos e a denúncia vazia do contrato de trabalho, por exemplo, não podem ter a mesma consequência jurídica.

A dispensa que não for por justa causa ou não se embasar em motivo suficiente, como dito, deve ser considerada arbitrária e, portanto, não está autorizada ao empregador. Quanto aos efeitos não se pode entender que a dispensa arbitrária aplique-se a indenização de 40% do FGTS, pois que isto equivaleria a dizer que a dispensa sem justa causa e a dispensa arbitrária são a mesma coisa, e, evidentemente, não são. A dispensa sem justa causa não tem base em uma causa considerada justa pela lei (art. 482, CLT), mas deve possuir uma causa (um motivo), sob pena de ser considerada arbitrária.

O direito potestativo do empregador, como qualquer outro direito, não é absoluto, pois encontra os seus limites nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana.

O abuso de direito não pode ser tolerado, como no caso do empregador

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1993. P. 261.

que tenta legitimar o ato de dispensar o trabalhador, sendo que, na verdade, utilizou-se deste meio, de forma desleal e abusiva, como instrumento de represália àqueles que participam das atividades sindicais e ameaça aos demais trabalhadores que pudessem aderir ao movimento paredista.

O empregador não é livre para despedir, encontrando o seu direito potestativo uma limitação nos motivos expressamente consignados na Constituição Federal e na legislação trabalhista ordinária. E esse deve ser o entendimento contemporâneo dos legisladores e dos operadores do direito em geral.

Quando desrespeitado o princípio da proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa, deve ser o empregado reintegrado ao emprego ou indenizado, não com a multa dos 40% do FGTS, mas com uma indenização arbitrada para o caso concreto.

A multa dos 40% deve se restringir apenas para os casos de dispensa motivada sem justa causa, essa sim a estabelecida na lei. Diante de um motivo consistente para a rescisão contratual, pode o empregador se utilizar do direito potestativo para dispensar seu empregado.

Atualmente, conforme informa Nascimento¹⁸, as leis estrangeiras sobre a ruptura do contrato de trabalho, como a legislação da Alemanha, a Constituição do México de 1927 e a atual Lei Federal do Trabalho, o Direito legislado da Inglaterra, as normas vigentes na Espanha, as Leis n. 604, de 1966, e 300, de 1970, da Itália, as Leis da França de 1973 e 1975 e as Leis sobre Despedimento de Portugal, de 1975, 1976 e 1977, demonstram essa nova tendência, qual seja: as dispensas individuais deverem ser motivadas, causadas, dependentes de uma justificação.

8. Entendimento do TST

Apesar da evolução internacional sobre o tema, o entendimento majoritário do TST é o de que o critério da motivação jurídica tipificada do ato empresarial de ruptura de contrato não seja adotado e seja utilizada a indenização dos 40% do saldo do FGTS para todas as despedidas sem justa causa, motivadas ou não. Pois, desde o estabelecimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço através da Lei n. 5.107 de 1966 e hoje regulado pela Lei n. 8.036, de 1990, a regra geral nas últimas décadas tem sido a chamada denúncia vazia do contrato empregatício pelo empregador e

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.p. 669.

o critério da motivação da dispensa somente comparecia em situações fático-jurídicas pouco comuns como nos contratos dos antigos estáveis celetistas ou nos contratos de empregados conjunturalmente favorecidos por alguma das garantias provisórias de emprego existentes no Direito Brasileiro, como, por exemplo, o caso do dirigente sindical e do dirigente eleito de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Sendo que, neste último caso de garantia provisória de emprego, o do dirigente eleito de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, o legislador, através do artigo 165, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, criou o conceito de despedida arbitrária, que é a dispensa não fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Quando o empregado é dispensado imotivadamente, o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência é de que os direitos assegurados aos empregados por lei incluem: o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o acréscimo sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço previsto no art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que tem natureza constitucional indenizatória, o aviso prévio, a remuneração das férias vencidas e proporcionais, o 13º salário proporcional, indenização pelo tempo anterior à inclusão do empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, se existente, nos termos do art. 477, da Consolidação das Leis do Trabalho e o saldo de salário.

9. Limites ao direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho

Haja vista o entendimento mais pacificado do tema, as garantias provisórias de emprego também se enquadram na limitação do direito potestativo do empregador.

Há previsões legais que abarcam o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto existir uma causa relevante e expressa em lei que não permita sua dispensa.

Essas garantias provisórias de emprego são uma mitigação ao direito potestativo do empregador de demitir o empregado sem justa causa.

Possuem essa prerrogativa, dentre outros, os dirigentes sindicais e suplentes, desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato (art. 8º, VIII, da CF e o parágrafo 3º do art. 543 da CLT); os titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social, até um ano após o término do mandato (art. 3º, parágrafo 7º da Lei 8.213/91); os titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no

Conselho Curado do FGTS, até um ano após o término do mandato (art. 3º, parágrafo 9º da Lei 8.036/90); os titulares e suplentes de representação da CIPA, até um ano após o término do mandato (art. 10, II, a, do ADCT e 165 da CLT); a empregada, desde a confirmação da sua gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b” do ADCT); o empregado que sofreu acidente do trabalho pelo prazo de doze meses, após a cessação do auxílio-doença acidentária da Previdência Social, independentemente da percepção de auxílio-acidente (art. 118 da Lei 8.213/91).

Ainda, se enquadram nesse limite a antiga estabilidade celetista e a suspensão do contrato de trabalho.

10. Considerações finais

Diante dos fatos e das explicações retro, conclui-se que a tendência mundial é no sentido de não admitir a dispensa sem justa causa, exigindo uma motivação mínima para não ferir os princípios constitucionais de proteção do trabalho e do trabalhador. Logo, a dispensa motivada sem justa causa é constitucional, mas a dispensa sem justa causa e arbitrária deve ser repelida.

Não obstante todos esses fundamentos e princípios previstos na nova ordem constitucional, ainda resta assegurado o direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho por parte do empregador. Em suma, salvo a existência de estabilidade e/ou garantia provisória de emprego, ou ainda nos casos de suspensão e contratual, é perfeitamente lícito ao empregador dispensar imotivadamente o empregado, assistindo a este apenas o regular pagamento das verbas resilitórias previstas em instrumentos normativos. Diz-se ser um direito potestativo, posto que o seu exercício não enseja um dever jurídico à outra parte contratante, que se encontra em verdadeiro estado de sujeição em face da iniciativa da parte contrária.

Nesse prisma, não se pode admitir que não sejam estabelecidos limites para o direito de despedir do empregador, pois nenhum sistema jurídico contemporâneo pode prescindir de um grau mínimo de proteção no emprego, na medida em que é essencial que o empregado tenha a garantia no emprego.

1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro - Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

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

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas. 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.v. 1.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1999.

STOCO, RUI. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*, 1 ed, São Paulo, LTr, 1998.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

_____ Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=potestativo>. Acesso em: 05 de abril de 2011.

_____ Disponível em: http://www.rochaefragacom.br/publicacoes/os_principios_da_legalidade_da_verdade_material.pdf. Acesso em: 07 de abril de 2011.

A TEORIA GERAL DOS CONFLITOS E A SUA COMPREENSÃO COMO UM FENÔMENO SÓCIO-JURÍDICO: OS PLANOS OBJETIVO, COMPORTAMENTAL E ANÍMICO DOS CONFLITOS

Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira¹.

RESUMO

Este artigo escrutina a teoria geral dos conflitos desde a sua origem histórica até a sua hodierna concepção social. Seu objetivo geral consiste em explanar os principais elementos do conflito em sua acepção prática. Os objetivos específicos do artigo correspondem à análise dos três planos constitutivos do conflito: o plano objetivo, o plano comportamental e o plano anímico. Ademais, outro objetivo específico seu é enquadrar as questões conflitivas (dentro de uma abordagem que mescla elementos jurídicos, sociais e psicológicos) como um fenômeno sócio-jurídico, um problema alocativo em sua acepção pragmática. A metodologia do artigo se foca em analisar comportamentos, expressões volitivas e determinações objetivas dos sujeitos envolvidos em situações de conflito, traçando, de então, as colocações sócio-jurídicas desenvolvidas e aplicáveis à teoria geral dos conflitos. Os resultados encontrados apontam para a necessidade de se implementar o estudo dos três planos de análise. Conclui que para esses resultados sejam implementados e melhorados é necessário que tanto a resolução quanto a compreensão dos conflitos seja feita de maneira mais satisfatória em consentâneo com as premissas estatuídas.

¹ ERICKSEN, Lauro. É analista judiciário especialidade execução de mandados do TRT-3, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ), mestrando em Filosofia (PPGFIL-UFRN). E-mail: lauroericksen@yahoo.com.br

1. Introdução

Alguns autores e pensadores do direito colocam, até de maneira um pouco utópica e abstrata, que o seu escopo fundamental é a justiça. Essa assertiva não é de todo equivocada, muito embora possua a característica de ser um pouco desvinculada da própria realidade que o direito deve cuidar. Assim sendo, é mais simples e até mais palpável enunciar que o escopo do direito, através de um processo, seja ele formalizado na figura estatal ou não, é prover a pacificação social, isto é, consiste em trazer a paz social aos conflitos existentes em seu seio comunitário. Com base nesse breve esclarecimento, e tomando como premissa que o direito deve nulificar de maneira satisfatória os conflitos que lhe sejam postos, que se impõe analisar sob a ótica do direito e da psicologia como que a teoria do conflito é importante para dirimir essas contendas sociais. Faz-se mister delinear quais os elementos teóricos mais importantes para a referida teoria, e trazer exemplos de dentro dos meandros jurídicos para exemplificar a forma de como essa teoria se dissolve nas práticas jurídicas hodiernas.

A teoria do conflito, apesar de ser um tópico bastante estudado no século XX, ainda não agrega uma sistematização adequada para ser enquadrada em um ramo específico do conhecimento humano. Existem os mais diversos estudos sobre o tema, os quais podem ser enquadrados nos mais diversos ramos das ciências humanas, sendo que alguns deles até pendem para a análise estatística de tal tópico. Ou seja, existem análises sociais, psicológicas, etnográficas, historiográficas, lógicas e até matemáticas da teoria do conflito.

Ainda que exista essa miríade de possibilidades para se analisar a teoria do conflito, o presente artigo tem o escopo de fazer uma breve retomada de suas premissas mais comezinhas a partir de uma perspectiva histórica, situando os momentos de conflito como algo intrínseco à própria conduta humana, sendo algo atrelado a todo agrupamento social estabelecido. Desta feita, há de se ter clarificado que o objetivo geral do presente escrito se foca em analisar as repercussões da teoria do conflito no campo jurídico, desde suas mais sutis implicações históricas até mesmo às suas inclinações psicológicas na resolução das contendas, numa perspectiva essencialmente mais prática. O objetivo específico do artigo em testilha se atém a observar as nuances contidas no conflito sob uma perspectiva de um conflito intersubjetivo de justiça, ou seja, como que existem elementos pessoais, objetivos e psicológicos que influenciam no melhor desenvolvimento e resolução dos conflitos que

interessam à seara jurídica.

O artigo em tela contém, além da introdução, mais três seções. A próxima seção é um breve levantamento histórico da teoria do conflito, situando-o na evolução da sociedade hodierna. A terceira seção é dividida em três subseções. Ela trata o conflito como um fenômeno sócio-jurídico, para o qual devem ser desenvolvidos mecanismos de análise e resolução segundo critérios de justiça. A primeira subseção trata do conflito como um elemento subjetivo e traz à tona a questão alocativa a ele referente. A subseção subsequente foca-se em delinear o plano comportamental dos conflitos e seus vetores da contraposição. Já a última subseção lida com o plano motivacional (ou anímico) dos conflitos e fundamenta a necessidade de diversas acepções de justiça para a formação e resolução dos conflitos. A última seção consiste em apenas breves disposições e considerações finais sobre o tema tratado.

2. Breve Análise Histórica da Teoria do Conflito: A Sua Evolução como um Conceito Prático de Implicações Jurídicas.

Inicialmente, antes do aparecimento da teoria do conflito, os embates ocorridos entre os seres humanos dentro de sua progressão histórico-social eram vistos, basicamente, como uma patologia social, ou, em todo o caso, como sendo um dos sintomas de uma patologia social que afligia populações ao redor do globo (ou seja, de alguma ou outra forma o conflito sempre era tido como algo patológico, quando não era a própria patologia em si, era tido, ao menos, como uma de suas manifestações mais aparentes). A sociedade perfeita, portanto, era vista como uma sociedade sem conflitos e todas as utopias sociais sustentavam a necessidade de construir um modelo de sociedade sem conflitos, de pura cooperação.

Nesse sentido, Kalevi Jaakko Holsti (1991, p. 12) destaca que, segundo a concepção moderna comum, a guerra é considerada como uma aberração, uma catástrofe ou crime; em síntese, ela significava o abandono de políticas racionais por alguma outra coisa que conduziria a sociedade à destruição e ao caos. Por exemplo: a Primeira Guerra Mundial é tida como a catástrofe original do século XX. O autor finlandês quer demonstrar com isso que o conflito não era observado em sua totalidade, apenas havia um julgamento parcial da sociedade sobre o conflito, sem que suas causas e suas consequências fossem analisadas de forma detida e acurada.

A Teoria do Conflito visa, portanto, re-avaliar a conotação negativa

tradicional atribuída ao conflito e postula o conflito social como um mecanismo – ao menos potencialmente positivo – de inovação e mudança social. Em sintonia com essa corrente, o filósofo e educador norte-americano John Dewey (1988, p. 207) expressava que “o conflito é o tábano do pensamento”. Esse aforismo parte da premissa que o conflito perturba a observação e a memória do indivíduo, instigando-o para novas invenções. O conflito, portanto, deixa de ser colocado como um simples motor de problemas e disseminação de contendas para se desenvolver como um móvel da implementação da sociedade e do próprio pensamento humano. O conflito, segundo Dewey provoca o choque, retirando o indivíduo do estado de “passividade ovina”, e coloca-o entre a noção e a controversão de algo. Não que sempre se encontrem esses efeitos como resultados de conflitos, todavia, o conflito é a condição *sine qua non* da reflexão. De forma a contribuir com a noção de conflito social, Lewis A. Coser (1986, p. 91) pontua que o conflito é uma luta pelos valores, por status, pelo poder e pelos recursos escassos, no curso do qual os oponentes desejam neutralizar, infligir danos ou eliminar seus rivais. Um conflito será tido como social quando transcender o individual e se proceda na própria estrutura da sociedade.

A evolução epistemológica da teoria do conflito desenvolveu dois expoentes maiores, duas escolas por assim dizer. Uma delas, denominada de escola conducista, trabalha de forma específica o conflito social, a partir dos desenvolvidos a partir da década de 1950. A outra escola da teoria do conflito está intimamente vinculada à teoria dos jogos e aos estudos e escolas sobre negociação. Cumpre-se ressaltar que ela também é usualmente denominada de escola clássica. Os conducistas se enfocam no nível micro (tanto que essa corrente também é denominada de teoria micro), e sua preocupação central é a análise do indivíduo antes da análise do conflito no grupo. Os conducistas prestam grande atenção aos fatores inconscientes na geração dos conflitos. Dentre os pressupostos fundamentais da escola conducista, o mais relevante deles se encontra na afirmação de que as raízes do conflito se encontram na natureza do comportamento humano.

De outra banda, existe a corrente da teoria do conflito que defende a abordagem clássica do tema, conectando-o principalmente com a teoria dos jogos. O enfoque clássico se enfoca no nível macro (por isso que essa corrente também é nominada de teoria macro, em oposição à teoria conducista) e está centralmente focado na análise de relacionamento entre os indivíduos conscientes e seus entremeios com os grupos sociais em que se inserem, seja de

maneira voluntária ou não. Afinal, do ponto de vista macro, o desenvolvimento do conflito não depende unicamente da vontade de um indivíduo específico dentro do seu grupo de atuação, é possível que o conflito exsurja simplesmente da orquestração de fatores externos à sua vontade que findam por conduzir ao inevitável embate.

Por isso que a escola clássica tende a analisar o grande número de variáveis (ou elementos de variação, sejam eles sociais, ambientais, estruturais, dentre outros) para compreender um conflito. Esse modelo é bastante diverso do método utilizado pela escola conductista, o qual se foca em isolar poucas variantes (usualmente elementos de variação apenas social) e aplicá-las a um grande número de conflitos para compreender o papel que desempenha cada variante dentro do processo de impasse-solução dos conflitos.

Os estudiosos clássicos do conflito, desde Tucídides e Sun Tzu, até Maquiavel, Marx e Von Clausewitz enfocaram em um aspecto específico do conflito: o poder. Esse era o elemento primordial para o desencadeamento, e também para uma possível solução dos conflitos. Todavia, posteriormente, verificou-se que esse único elemento não era suficiente para responder a todas as questões relativas a esse tópico, a simples estratificação do poder como elemento basilar do conflito era insatisfatória.

Com base nessas constatações, meados da década de 50, a teoria da dissuasão abriu o caminho para teorias mais complexas no que diz respeito ao acompanhamento dos conflitos, como a teoria sobre “tomada de decisões” e a “teoria dos jogos”. Ambas se originaram na ideia da escola clássica do século XX sobre o “ator racional”. O modelo do ator racional foi desenvolvido por economistas para explicar o comportamento econômico humano (destaca-se nessa área específica as pesquisas de John Nash, que findou por ganhar um prêmio Nobel por tais contribuições). Pressupõe-se que os indivíduos fazem eleições informadas e tomam decisões sobre bases racionais, sopesando oportunidades (ganhar, perder).

Não obstante, há uma recente corrente defendida por Thomas Schelling, Prêmio Nobel em 2005, que tomou este modelo da teoria dos jogos para desenvolver uma nova e sofisticada teoria, a qual inclui, além das bases de racionalidade e oportunidades, a comunicação, a negociação, a informação, e introduz a importância da irracionalidade do pensamento estratégico nas resoluções de conflito. Essa corrente, também encabeçada por Stephen Littlejohn e Kathy Domenici (2001, p. 79), para quem a irracionalidade pode ser um dos elementos válidos dentro da apreciação das possibilidades

resolutivas do conflito, desde que as partes do embate estejam predispostas a, ao menos, encetarem uma discussão sobre o tema controvertido entre elas.

Ainda que tais contribuições de caráter eminentemente lógico-matemático sejam fundamentais para os mais novos desenvolvimentos da teoria do conflito, sob esse enfoque específico, os elementos por ora citados servirão apenas de ilustração para tal ramo. Afinal, para os fins psicológicos e jurídicos propostos no trabalho em tela, não há necessidade de se tecer aprofundamentos que tangenciem a teoria dos jogos propriamente dita, afinal, por não se tratar de uma matéria humanística propriamente dita, não há a exigência de seu domínio para os atos sociais da resolução dos conflitos (extra) judicialmente postos.

3. O Conceito Operativo para o Fenômeno Sócio-Jurídico do Conflito: Teoria do Conflito Intersubjetivo de Justiça.

É de grande valia apresentar nesse momento o que se convencionou na doutrina especializada de conceito operativo para o fenômeno sócio-jurídico do conflito. Essa é uma teoria que busca analisar a o conflito como um desdobramento intersubjetivo de justiça. Partindo-se da fundamentação de Bernard Mayer (2000, p. 5), tem-se que os conflitos surgem em virtude da circunstância de que alguém se sinta em atrito com outro, muito embora não haja a necessidade de esse sentimento ser recíproco (na prática, pois tal sentimento pode ser apenas um processo mental de uma das partes sem que haja efetiva resistência conflitiva entre ambos) nem reconhecido pelo outro. Isto é, segundo o mencionado autor, esse fenômeno do conflito deve ser concebido como algo “não reciprocamente perceptível”.

A não reciprocidade na percepção, todavia, não significa que o conflito é apenas uma contraposição ou uma resistência intrapsíquica, fundada única e exclusivamente nos processos mentais do indivíduo (se assim o fosse, o quadro de doenças mentais, como, por exemplo, a esquizofrenia, seria o campo de estudo mais complexo da teoria do conflito). Assim, para que o conflito seja tido como um processo intersubjetivo é necessário que não se olvide a análise da todas as suas dimensões.

Antônio Rodrigues de Freitas Júnior (2009, p. 184) pontua que o conflito se projeta ao menos em três dimensões: cognitiva, emocional e comportamental. Desta feita, para que o conflito seja perfeito em sua constituição intersubjetiva, é necessário que ele se desenvolva precipuamente

na dimensão objetivamente dada (comportamental). As definições até agora apresentadas são o gérmen de uma teoria do conflito, a qual, em sua completude, é capaz de traçar delineamentos distintivos importantes, como, por exemplo, a diferença de conflito e controvérsia, ou conflito e desajuste no relacionamento intersubjetivo. O que se urge denotar é uma predicação clara para o conflito, para assim se poder compreendê-lo de maneira mais adequada e robusta.

Um dos autores clássicos nessa seara, Morton Deutsch (1973, p. 10), de maneira bastante concisa (e até apontada por alguns como insipiente), coloca que “existe conflito quando quer que ocorram atividades incompatíveis”. Uma ação que é incompatível com outra é aquela que previne, obstrui, interfere, macula ou de algum outro modo faz com que a atividade do outro seja menos aplicável ou menos efetiva. Ele ainda acrescenta que há uma distinção fundamental entre competição e conflito, de modo que esses dois conceitos não são equivalentes, sinônimos ou intercambiáveis, como alguns outros autores insistem em afirmar. Tal como leciona o teórico americano, ainda que a competição produza focos de conflito, nem todas as instâncias de conflito refletem alguma espécie de competição².

Outra pesquisadora teórica que busca depurar a conceituação de conflito é Marinés Suares (1996, p. 78). Ela parte da distinção de disputa e conflito para dar um tratamento epistemológico mais específico a essa questão. A definição de conflito exposta pela autora argentina se foca na sua conceituação como um processo interativo (o qual possui múltiplas possibilidades de desdobramento, pode ser progressivo, nascendo, crescendo-se e desenvolvendo-se com o tempo; pode haver seu decaimento, através da sua dissolução ou do seu desaparecimento; ou ainda pode ser estacionário, quando o seu progresso estanca em alguma de suas etapas) que se dá entre duas ou mais partes. Nesse processo de conflito o que predomina são as interações de natureza antagônica e não as interações de ordem atrativa.

Os indivíduos que promovem a sua intervenção nesse processo conflitivo o fazem como “seres totais”. Embora a autora em comento não defina bem o que é exatamente um “ser total”, pode-se tentar compreender esse termo na acepção de que cada integrante do conflito se manifesta apenas com o escopo de manter uma posição a ser defendida, independentemente do

² A distinção entre competição e conflito operada por Morton Deutsch desbanca parte da teorização de que o conflito surge apenas da presença e da busca pelo poder. Afinal, as disputas pelo poder em seu cerne congregam uma competição entre os sujeitos envolvidos.

posicionamento do outro (daí a totalidade da vontade do sujeito na relação). Essa totalidade antagonista, todavia, não conduz à compreensão que todas as manifestações dos indivíduos em conflito são agressivas. Isso porque o processo do conflito é algo co-construído pelas partes. Algo complexo, que a cada nova contribuição feita por um dos partícipes pode variar antagônica ou atrativamente (algo que poderá se alternar intraprocessualmente, quanto em função da percepção de cada um dos outros sujeitos). Por outro lado, segundo Soares, a disputa é um embate de interesses que busca apenas trazer contraposições antagônicas entre os sujeitos, de modo que é algo bem menos complexo e intrincado que o conflito, haja vista que não há a possibilidade de que o outro sujeito da relação venha a aceitar nenhuma das intervenções feitas pelos demais sujeitos.

Outra definição de grande importância a ser destacada no presente trabalho é trazida à baila por Lia Regina Castaldo Sampaio e Adolfo Braga Neto (2007, p. 31). Os mencionados autores fazem especial destaque para o caráter didático-teleológico da definição de conflito. Assim, conflito pode ser definido como “um conjunto de propósitos, métodos ou condutas *divergentes*, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em momentos de divergências entre as pessoas, sejam físicas³ ou jurídicas”. Destarte, diferentemente no modo de abordagem de Marinés Soares, os referidos autores brasileiros não colocam a importância do conflito apenas nas proposições antagônicas (afinal, elas são sim importantes na constituição do conflito), mas salientam que é necessário haver choque, haver divergência nessas proposições para que se possa didaticamente delinear os limites conceituais do conflito. Com efeito, tomando-se por base que o conflito é um fator que entrecorta várias facetas da existência humana, é fácil perceber porque existem tantas definições diferentes e porque nenhuma consegue ser completa ao ponto de ser tida como única.

Assumindo essa impossibilidade de se delinear uma teoria do conflito que seja definitiva e adequada para todas as situações em que o fenômeno do embate social esteja presente, Antônio Rodrigues Freitas Júnior (2009, p. 186) se propõe a analisar apenas os conflitos que tenham uma repercussão jurídica definida e estrita. Para tanto, ele postula, dentro do limite objetivo de

³ Pontue-se apenas que, do ponto de vista técnico-jurídico, o mais adequado seria se valer do termo “pessoa natural” e não “pessoa física” que, apesar de utilizado em alguns diplomas normativos, como o Código Tributário Nacional, é um termo ultrapassado, uma vez que o atual Código Civil de 2002 optou por se valer dessa nova nomenclatura que valoriza os aspectos intrínsecos da pessoa humana e a sua dignidade.

sua teoria, que apenas os conflitos que “se projetam nas relações subjetivas entre os atores sociais – individuais ou institucionais – que sejam portadores de valores distintos de justiça” devam ser considerados. Por essa razão que ele denomina tais conflitos de “conflitos de justiça”, de maneira que a sua análise fica adstrita apenas às pessoas e aos entes despersonalizados que o direito confere a natureza subjetiva própria. Esse corte epistemológico é essencial para que se possa perscrutar adequadamente as causas e os efeitos do conflito no âmbito jurídico, haja vista que sem essa restrição conceitual não haveria possibilidade de se determinar com tamanha propriedade a extensão os próprios conflitos.

Tomando por base que as feições de um problema dos conflitos é, em último caso, um problema estrito de conceitos de justiça a ser aplicado aos casos concretos, a teoria do conflito na perspectiva por ora abordada tem como escopo fundamental investigar a eficácia e a possibilidade aplicativa do emprego desse critério como divisor de águas daquilo que pode ser de fato considerado um conflito. Existem situações hipotéticas em que não é aplicável a definição de conflito, ainda que não haja a pacificação plena entre os agentes sociais. Como exemplo de um caso que não se afigura susceptível da aplicação da teoria do conflito de justiça, o autor em comento coloca a situação em dois sujeitos não se reconhecem em uma atmosfera de disputa, não se colocam de modo colidente e também não se identificam como portadores de diferentes concepções de justiça (a justiça nesse caso deve ser compreendida na sua acepção mais abrangente e subjetiva possível). Nessa situação hipotética, de plano, não se pode afastar a existência de um conflito (afinal, pode ser que existam pretensões contrapostas numa sucessão temporal que não sejam necessariamente colidentes, elas podem ser *apenas divergentes*⁴), conquanto isso seja plausível, mas deve-se asseverar que não é possível que haja uma intervenção externa para a sua resolução. Por esse motivo de não ser cabível uma intervenção externa com o fito de resolver o dissenso que o conceito de conflito não é aplicável ao caso hipotético anteriormente descrito. A definição de conflito de justiça será aplicável a outras hipóteses, especificamente se atendo àquelas em que seja possível a intervenção prática dos envolvidos ou, aditivamente, terceiros. Ademais, é imprescindível que esses sujeitos adquiram visibilidade e relevância, no que diz respeito ao “problema alocativo,

⁴ Nesse ponto, a definição de conflitos de justiça de Antônio Rodrigues Freitas Júnior se afasta da concepção da teoria do conflito tal como enunciada por Sampaio e Braga Neto.

comportamental e motivacional”, algo que o autor em comento sintetiza como sendo um problema de justiça e de paz.

Na verdade, aquilo que é posto como um problema – nas três diferentes ordens aludidas –, condensam-se nos elementos indispensáveis para a configuração de situações de conflito, esses elementos se conglobam para formar o próprio conflito. Tais conceituações basilares devem, portanto, ser dispostas em três planos: plano objetivo, plano comportamental e plano anímico ou motivacional. No plano objetivo do conflito se encontra o problema alocativo. *Problema alocativo* é um vocábulo bastante técnico (e pouco usual) válido para designar que o conflito se desenrola de forma incidente sobre os bens tidos como escassos ou sobre os encargos compreendidos como necessários. Devendo-se salientar que os bens ou encargos podem tanto ser de natureza material ou intelectual, não há restrição nesse sentido no que diz respeito a uma “alocação materialmente destinada”.

Já no plano comportamental, para que se constitua o conflito é necessário que de alguma forma, seja ela consciente ou inconsciente⁵, intencional ou não, haja uma contraposição no “vetor de conduta” dos dois sujeitos (FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 187). Ou seja, a conduta dos sujeitos conflitantes deve ser peremptoriamente tida como algo colidente, que aja um choque nas suas disposições de direcionamento e de sentido (por isso o uso de “vetor” de conduta, um termo técnico da física que exige um sentido e uma direção determinada para que a vetorização de um objeto seja observada).

No plano anímico, ou motivacional, por seu turno, é indispensável que os sujeitos envolvidos tenham percepções diferentes dos valores de justiça. Outrossim, ao tratar do problema alocativo (objetivo), os sujeitos devem ter, em sua disposição mais própria, configurações axiológicas diversas no tocante a justiça. Isso é exigido, porque, se de outra forma fosse admissível o conflito, ter-se-ia apenas um problema alocativo sem uma reflexão dos sujeitos que fosse diferente em si mesma. Desta maneira, eles poderiam até perceber que tinham um problema objetivamente posto que devesse ser resolvido, mas também notariam que a fundamentação para o dissenso não era idônea, uma vez que eles não estariam a discordar acerca do valor de justiça a ser empregado. Em síntese, o problema alocativo seria meramente aparente, pois, ao aquiescerem reciprocamente no que tange ao valor de justiça a ser aplicado

⁵ Haverá, no tópico referente a esse assunto (3.2) uma breve crítica à tendência psicanalítica de considerar válido o plano da inconsciência como um critério válido de análise no desenrolar e na formação dos conflitos.

seria de plano perceptível que o conflito não chegou efetivamente a se formar.

3.1 - O Plano Objetivo e o Problema Alocativo: Problemas Alocativos Absolutos e Relativos, Alocação Positiva e Negativa.

Mesmo que já se tenha mencionado bastante a questão do problema alocativo, é necessário que mais alguns comentários ao seu respeito sejam tecidos para que essa problemática seja tratada a contento dentro da teoria dos conflitos de justiça. Como já destacado, o problema alocativo é composto de duas circunstâncias basicamente: a escassez de bens e a inevitabilidade da atuação em um encargo (perda, exclusão, ônus, dentre outras possibilidades que tragam algum gravame a um dos sujeitos do processo conflitivo). A ausência ou escassez de bens é uma das facetas do problema alocativo que possui um aspecto dicotômico de análise, de modo que pode ser avaliada em seu aspecto absoluto e em seu aspecto relativo.

A denominada escassez de bens absoluta é um dos casos mais raros de elemento substantivo causador de conflitos. Isso porque ela só se dá em situações absurdas ou extremas. Ela se caracteriza pela ausência total de bens necessários a todos os integrantes de um dado grupo social. Isto é, não basta que falte apenas um dos bens ou que o abastecimento ou fornecimento de um determinado bem em específico seja insuficiente, é necessário que no caso concreto concorram hipóteses deveras extremas para que todos os bens faltem em sua totalidade (seu caráter absoluto) para todos os indivíduos (muito embora se deva ponderar que é possível que haja escassez absoluta *per capita* também, em hipóteses de extrema miséria de um determinado indivíduo). Um dos exemplos mais comuns a ser dado para a escassez absoluta é quando ocorre algum fenômeno natural (usualmente inesperado) incontornável e de proporções colossais numa determinada localidade. O resultado natural de uma catástrofe dessa magnitude é a falta de alimentos generalizada, ou seja, uma situação inevitável de fome deve ser alocada entre os membros da comunidade que sofreu esse revés (daí a explicação para o uso do termo “problema alocativo”, pois os sujeitos devem alocar uma situação desagradável para si dentro do processo de conflito). O problema alocativo, portanto, atém-se à dificuldade de se estabelecerem critérios que sejam válidos de modo universal para o deslinde satisfatório da situação desfavorável. No caso dado, levando-se em conta que ninguém preferirá passar fome a se alimentar (por um instinto de sobrevivência inato), haverá que ser promovida uma escolha objetiva para

determinar quem serão aqueles que receberão e aqueles que não receberão os alimentos (isso sem falar na discussão no tocante a quantidade dos alimentos a serem destinados para cada um, algo que pode, e provavelmente será, o foco para mais um conflito).

A outra espécie de problemas alocativos diz respeito à ausência relativa de bens. Esses são os casos mais comuns e rotineiros desse tipo de problema, uma vez que tratam da “ausência de bens suficientes à satisfação do que os *sujeitos consideram* ‘necessidade’” (FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 187). Aliás, nesse caso, talvez nem se esteja a tratar de uma “necessidade” propriamente dita, uma vez que a consideração subjetiva daquilo que é necessário, na verdade, traduz-se apenas em uma expectativa, em um desejo ou até mesmo em uma ambição de cada indivíduo. Por isso que esse tipo de problema alocativo é mais frequente, as definições subjetivas se sobrepõem àquilo que objetivamente poderia (numa definição ideal) ser tido como indispensável, de modo que há uma banalização do termo “necessidade” (havendo até mesmo uma inversão terminológica entre os termos “necessidade” e “supérfluo”), a partir da qual os próprios indivíduos aumentam o seu grau de exigência com “novas necessidades” e diminuem o rol de bens “dispensáveis”.

O simples fato de que os bens existentes são insuficientes em quantidade e qualidade para a satisfação das “necessidades” (anseios) de todos os indivíduos já é algo que fomenta o surgimento do problema alocativo. Deste modo, deve-se salientar que mesmo quando os sujeitos são conscientes de que os bens que eles julgam “necessários” é apenas uma falácia construída por eles próprios para justificar a sua busca por tais bens a atmosfera de relacionamento entre os sujeitos não se torna mais fácil de ser conduzida ou administrada.

Não obstante, há de se observar que a resolução do conflito se torna mais próxima porque os sujeitos são cientes de que suas supostas necessidades não passam de ilusões criadas por eles próprios (ou que foi algo incutido em suas mentes por força de outros entes, individuais ou coletivos, que sobre eles exercem grande influência, tais como a mídia, o Estado, as instituições, etc.). A questão da definição da “necessidade” é algo que finda por enfraquecer a própria distinção entre escassez absoluta e relativa de bens. Ainda que ela seja bastante útil do ponto de vista didático, principalmente no que concerne às exemplificações que podem ser extraídas dessa dicotomia, do ponto de vista pragmático não há muito que se desenvolver dessa diferenciação. Esse ponto ainda é ressaltado pela própria possibilidade de uma ausência absoluta ser algo meramente presumido pelos agentes contendores. Isto só serve para

ilustrar que, seja qual for a intensidade de ausência dos bens, os sujeitos sempre tentam se ancorar em cálculos, projeções, cenários e prospecções para fundamentar a sua “necessidade”. De modo que não há um método definitivo a se indicar se as dificuldades de alocação do problema são substancialmente diversas em uma ausência de bens absoluta e existente ou em uma ausência de bens meramente presumida.

A colocação do problema da alocação também pode ser colocada em termos lógicos. Assim sendo, partindo desse ponto de vista, há de se pontuar que a alocação positiva de um bem corresponde, matematicamente, na alocação negativa de um encargo. De maneira que o problema alocativo, em última instância, consiste na identificação de critérios de justiça mediante os quais se faz a seleção da própria alocação. Por exemplo, existe uma equivalência de critérios na seleção de um receptor de um órgão ou na concessão de uma bolsa de estudos (alocação positiva) tanto quanto são aplicados critérios de alocação (negativa) no estabelecimento de encargos de pagamento de tributos ou de uma dispensa no emprego. Ainda assim, deve-se destacar que Freitas Júnior (2009, p. 188) pontua que no tocante às dispensas de emprego, há a forte impressão de que, nos problemas de alocação positiva, em comparação com a atmosfera presente naqueles de alocação negativa, “é mais facilmente concertável a fixação dos critérios de justiça alocativa”, desde que nada venha a indicar que os conflitos decorrentes dos problemas elencados produzam ambientes de administração simetricamente diversos. Dito de maneira mais clara, no que diz respeito à intensidade das experiências e à assimilação das frustrações, parece ser mais fácil emular o despojamento em uma situação de não aquisição que numa perda, observada, naturalmente, algum outro fator de correspondência no caso concreto (alguma variação patrimonial ou emocional) reservada aos bens objetivados nessa decisão alocativa.

Ou seja, nas relações de dispensa e não aquisição de emprego, não há a mesma conformação da lógica da alocação positiva de um bem em contraposição a uma alocação negativa do encargo, e vice-versa. Nesse nicho, especificamente, denota-se que a alocação negativa do bem, em decorrência de um “não-alcance” é mais facilmente aceitável que simples alocação negativa de um encargo. De modo que os sujeitos nessas relações são capazes de formalizar de maneira mais fácil essa não-aquisição que a própria perda⁶.

⁶ Muito embora o próprio autor em comentário já faça a ressalva de algumas variantes econômicas ou afetivas que podem mudar os rumos dessa análise. Pode ser que a alocação negativa de um empregado que não consegue um novo emprego que ele tanto almejava ser mais devastadora e geradora de conflitos que a simples dispensa dele do seu atual emprego.

3.2 - O Plano Comportamental e os Vetores da Contraposição: O Antagonismo nas Relações de Conflito

O segundo plano a ser estudado dentro da teoria dos conflitos de justiça, tal como proposta por Freitas Júnior, diz respeito ao elemento comportamental dos sujeitos envolvidos nas situações conflituosas. O referido autor coloca como parâmetro básico e indispensável: “a circunstância de que os sujeitos se comportem por vetores contrapostos, num dado problema alocativo”. Como já enunciado, quando ele fala de contraposição vetorial se quer representar por isso que as condutas dos sujeitos em conflito devem estar em oposição, de maneira ordenada, segundo um direcionamento e um sentido definidos e que essa vetorização orbite, de modo imprescindível, em torno de um problema alocativo qualquer. Essa vetorização se expressa, precipuamente, através da colisão antagônica das vontades subjetivas. Ao se partir dessa premissa, tem-se que um problema alocativo só demonstra a pujança conflituosa caso haja o antagonismo entre os seus agentes. Caso contrário, apenas estar-se-ia diante de uma situação de “contradição abstrata”⁷ e não propriamente de uma relação de conflito.

Outro ponto a ser perscrutado na análise do plano comportamental dos indivíduos em conflito diz respeito ao maior ou menor grau de intencionalidade (consciência) contido na sua contraposição vetorial de seus comportamentos. É importante denotar que a gradação da consciência dos indivíduos, em sua objetividade contrapositiva, não é o elemento de definição essencial para a configuração (ou não) do conflito, embora tal escala de intencionalidade seja de grande importância como fator a ser levado em conta na intervenção resolutiva (seja ela operada por um terceiro ou até mesmo pelas partes, através da autocomposição).

A questão da consciência, e mais especificamente da intencionalidade nas ações humanas, é um dos pontos de fulcro do estudo da psicologia, existindo uma miríade de teorias psicológicas que tratam desse tema. No

⁷ Há de se pontuar que a utilização do termo “contradição abstrata” por parte de Freitas Júnior não é a mais adequada para se referir ao item específico que ele quis colocar no seu discurso. Na verdade, nem mesmo o termo “contraposição abstrata” (que é mais abrangente que o seu antecessor) seria adequado. Isso porque, indubitavelmente, há de se recorrer aos ensinamentos de Georg Friedrich Hegel (1951, p. 41) para se definir o que é contradição e contraposição dentro da dinâmica dos conflitos. A contraposição seria a simples colocação polar dos elementos subjetivos, a contradição por sua vez, seria o elemento interno dessa contraposição, que, de forma circular, se coloca contra o outro elemento da análise (LYCURGO; ERICKSEN, 2010, p. 179). Assim sendo, há de se crer que para o que Freitas Júnior queria denominar, ao invés de se usar o termo “contradição abstrata” seria mais correto se valer do termo “divergência abstrata”, haja vista que a divergência não é uma definição necessariamente vetorizada, como a contraposição e a contradição o são.

entanto, para o presente estudo comportamental da questão para a observação e concatenação dos elementos imprescindíveis na formação do conflito, há de se ter como esboço a teoria cognitivo-comportamental dos indivíduos (outrora conhecida como *behaviourismo*), sendo imperioso, nesse estudo, rejeitar qualquer inflexão psicológica ou psicanalítica que faça referência ao inconsciente e formas inconscientes de percepção. Isso porque o conflito a ser analisado na presente análise diz respeito unicamente à exteriorização dos conflitos, e conseqüentemente, das atuações individuais expressas conscientemente, algo a ser facilmente tratado e compreendido segundo os preceitos comportamentais do *behaviourismo*⁸, sem ter que se calcar em definições psicanalíticas de institutos inexistentes em termos práticos e concretos, tal como se recorre à teoria do inconsciente de Freud (1997, p. 24), por exemplo, a qual deposita desejos e ações dos indivíduos em algo que a neurobiologia atual não admite como existente ou factível (a região da mente já referida e “descoberta” pelo médico austríaco, que a denominou de inconsciente). Assim sendo, há de se espargir qualquer “critério” psicanalista como válido nessa abordagem meramente comportamental da formação dos conflitos, até porque, tentar perquiri-los não passa de uma mera ilusão contemplativa, buscar algo que, concretamente, não é comprovável.

Essa observação só é possível porque esse plano de análise de formação de conflitos ainda é analisado, precipuamente, sob o enfoque objetivo, tanto quanto o plano objetivo da alocação de problemas também o é (na verdade, o único plano analisado segundo o prisma do subjetivismo propriamente dito é o terceiro plano, o anímico). Nessa toada, a questão do vetor comportamental deve ser perscrutado com o cuidado tecnicista de ver se apenas há o antagonismo entre as partes, para que o conflito esteja instaurado. Desse modo, a gradação da intencionalidade servirá apenas para que se trace quais são as metodologias mais ou menos adequadas para cada tipo de conflito. De maneira perfunctória, é fácil se concluir que naqueles casos em que a intencionalidade de contraposição e antagonismo dos agentes em conflito for algo mais acentuado e mais patente, o melhor caminho de resolução será o próprio provimento jurisdicional do Estado-juiz. Até porque ele é o ente mais capacitado para fazer com que os antagonismos sejam

⁸ Nesse sentido, B. F. Skinner pontua que “O que o behaviorismo rejeita é o inconsciente como um agente, e está claro que também rejeita a mente consciente como um agente” (Skinner, 1982, p. 133). Ou seja, não há nada que substancie uma “entidade inconsciente” que venha influenciar nas inclinações comportamentais dos sujeitos.

dissipados, nem que seja pelo uso coercitivo da força⁹, haja vista que ele congloba a estrutura ou o agrupamento político que reivindica com êxito o monopólio do constrangimento físico legítimo (FREUND, 1987, p. 159). De modo que, com todo o seu aparato estrutural, ele se afigura como o pacificador da ordem social.

Dentro desse espectro de atuações subjetivas em um conflito já estabelecido, Peter M. Kellett e Diana G. Dalton (2001, p. 96), indicam que o reconhecimento próprio daqueles que estão no embate no sentido de reconhecer que há padrões de comportamento positivos gera, neles próprios, lições que conduzem à produção de outros comportamentos semelhantes, sempre implementando a positividade na relação conflituosa abordada. Isto é, há uma diminuição nas ações conflitivas a partir da noção de comportamentos positivos perpetrados por aqueles que estão a se contrapor a um determinado interesse, foco do conflito. Assim sendo, pode ser que, no plano fático, o comportamento do sujeito se antagonize de vetorialmente com o comportamento de outro sujeito, sem que, aquele primeiro sujeito tenha a compreensão própria de que sua atitude colide com os intentos de seu antagonista. Aliás, é possível até que o próprio sujeito pense que seu comportamento não colide com o do seu opositor, caso em que a sua intencionalidade conflitiva será aferida no grau mínimo.

3.3 - O Plano Motivacional ou Anímico: A Necessidade de Diversas Acepções de Justiça para a Formação do Conflito.

O plano motivacional ou anímico é o terceiro elemento essencial da configuração do conflito. Esse elemento se atém, de maneira eminentemente subjetiva, às percepções diversas de cada sujeito no que diz respeito as suas próprias concepções de justiça. Outrossim, para que o conflito se forme, é necessário que cada um dos sujeitos antagonistas sejam portadores de percepções diferentes de como decidir um determinado problema alocativo. Não é preciso que cada um dos agentes conflitantes formule, de maneira formal e calcada em sólidos elementos filosóficos ou jurídicos, uma concepção de justiça para que o conflito se instale. Basta apenas, para que haja o conflito em termos anímicos, que os sujeitos, ao tratarem de um determinado problema

⁹ Essa assertiva encontra espeque nas teorias de Max Weber acerca do poder do estado. O referido sociólogo alemão já enunciava que: “O Estado é a entidade que de tem o monopólio do uso legítimo da ação coercitiva”. O uso mais efetivo dessa força coercitiva pode ser necessário para dissipar os antagonismos mais persistentes.

alocativo, tenham diferentes entendimentos a respeito da decisão mais justa a ser tomada no caso concreto. Por isso mesmo que a percepção de justiça, por ora tratada, refere-se apenas a concepção de justiça mais ampla e mais simples possível.

Seguindo essa premissa básica, há de se compreender que não se exige dos agentes conflitantes nada mais que uma simples noção de equidade a ser aplicada ao problema alocativo discutido (CHRISTIE, 2008, p. 36). Em outras palavras, é suficiente que os sujeitos tenham a noção de qual a decisão mais acertada e mais escoreita para o caso em que eles são antagonistas (por isso mesmo que, deve haver, no mínimo, duas noções de justiça ou de equidade – já que, em termos bem simples, a equidade é a justiça no caso concreto – para um mesmo problema). Sem embargo, a inexistência de concepções dissonantes de justiça para o mesmo caso pode ensejar duas hipóteses diferentes, muito embora nenhuma delas enseje a formação do conflito.

A primeira a ser analisada é a confluência da mesma concepção de justiça. Caso haja uma aparente contraposição vetorial de comportamento e um aparente problema alocativo, pode-se ter que ambos os sujeitos clamam pela mesma solução de justiça para o caso. O dissenso, portanto, atém-se apenas a uma falha de comunicação entre os sujeitos, os quais não conseguiram perceber a confluência de interesses entre eles mesmos. Jean-Nicolas Bitter (2003, p. 328) enuncia que o dissenso ou as confluências informacionais entre os sujeitos deve ter o objetivo de discorrer sobre certos problemas e paradoxos da teoria da mediação, o faz com base em uma abordagem pragmática da comunicação, e com a ajuda da análise discursiva das narrativas. Desta feita, pode-se compreender que por meio da interferência comunicativa, sob o viés pragmático, é possível se conceber o estabelecimento da contraposição entre os indivíduos e, por esse canal, encetar um método de sua resolução, algo alcançado pela concepção de justiça prevalente dentro dos seus discursos combinados no espectro prático de resolução do imbróglio.

A outra situação que pode ser retirada da ausência de concepções diversas de justiça é que nenhum dos agentes possui o mínimo direcionamento de qual é a solução mais justa para o caso. Se isso ocorrer efetivamente, há uma singela sinalização de que nenhum dos dois sujeitos está inclinado a resolver seu dissenso, de modo que não haverá o conflito. Esse posicionamento, aliás, não permite sequer o diálogo entre os atores divergentes, se não há nenhuma concepção de justiça por eles ventilada, por mínima que seja, eles não estarão dispostos a empreender, conjuntamente, a busca de uma solução unificadora.

Assim sendo, dentro do espectro de escolhas possíveis para uma decisão justa qualquer para um dado problema alocativo, não se exige que nenhuma delas tenha “uma correspondência direta com o repertório objetivamente positivado de legalidade” (FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 189). Para que o conflito se instale não é necessário, portanto, que os sujeitos tenham qualquer noção de direito ou de normas jurídicas aplicáveis à resolução de seu problema alocativo. Bem porque, o que se está definindo, por ora, é a mera configuração do conflito, e não a sua resolução propriamente dita (esta sim, faz-se com que seja premente a aplicação mínima de princípios jurídicos balizados pela cultura técnico-jurídica vigente).

Ademais, deve-se observar que a mera existência de um problema alocativo, sem a decorrente diversidade de conceitos e percepções de justiça, ainda que haja comportamentos vetorialmente opostos, não alcança a predicação de conflitos de justiça. Isto é, esse tipo de desavença pode até configurar uma dissonância entre o comportamento e a decisão do caso concreto, todavia, não está apto, através de uma simples “não-coincidência”, a tratar com formas justas o problema alocativo (aparente). Nesses casos, pode-se dizer que há uma disputa (podendo-se até graduá-la em manifesta ou velada, em pacífica ou violenta) por decisões alocativas distintas, no entanto, não é possível asseverar que haja um conflito propriamente dito (COBB, 1993, p. 251). Deve-se realçar e repisar o entendimento que a mera contraposição de vetores de comportamento, se não legitimada por convicções particulares, singulares e diversas de justiça acerca da decisão alocativa, não pode dar azo à formação de um conflito (de justiça), segundo os termos tratados na presente abordagem. Embora essas hipóteses sejam potencialmente relevantes para a pacificação social em um contexto social mais abrangente, ela não deve ser acobertada sob o manto da definição de conflito de justiça. Bem porque, de maneira rígida, não há um problema alocativo propriamente dito (como já aludido anteriormente, esse problema é apenas aparentemente alocativo), nem há uma contraposição por conteúdos da decisão a ser tomada.

Se não houver o problema alocativo, nem a decisão a ser levada em conta for relevante para o deslinde da situação, por óbvio, não há um conflito. Pode haver qualquer outra sorte de divergência, a qual pode clamar urgentemente por uma pacificação, mas não há, nesses termos, um conflito de justiça. É recomendável se atentar para o fato que nesse ponto de discussão não se fala em ausência de intencionalidade na contraposição vetorial de comportamentos dos sujeitos, fala-se apenas que há colisão entre

as indicações comportamentais dos envolvidos sem que haja, contudo, um embate de concepções de justiça e de disposições concretas de equidade entre eles. Assim sendo, é comum que se tenha a tendência de adjetivar qualquer uma dessas contraposições comportamentais como “conflito”, embora, tecnicamente, de acordo com os conceitos por ora delineados, essa não seja a denominação mais adequada para essas situações. Esses fenômenos, ainda que não possa ser denominados propriamente de conflitos, por óbvio que reclamam uma proteção comprometida com a sua estabilização, seja através de políticas públicas, estatais ou não-estatais, que visem à higidez e à contenção comportamental desses agentes que causam distúrbios.

O que se urge salientar é que tais situações não devem ser elencadas como “conflitos de justiça”, haja vista que se trata mais de um problema de segurança pública (esfera social de repercussão) ou de saúde pública que um problema de justiça social ou da própria cultura de paz. Não obstante, há de se observar, portanto, que sem a conjunção dos três planos elementares (o objetivo, o comportamental e o anímico) não há como se falar em conflito. Por óbvio que algumas situações isoladas conseguem agregar, pontualmente, alguns elementos fundamentais de um ou de alguns planos concomitantemente, todavia, isso não é o bastante para que se forme o conflito em sua acepção própria. Isso porque, para que o conflito em seus desdobramentos de justiça deve ser uma situação de totalidade em que todos os elementos estudados se conformam para que a decisão a ser aplicada ao caso concreto seja baseada numa regra-medida de equidade, a qual já é previamente conhecida e tencionada pelos próprios sujeitos envolvidos no processo conflitivo.

4. Considerações Finais

Diante das perspectivas levantadas, em todos os seus vetores fáticos e anímicos acerca da teoria geral do conflito há de se concluir que não há mais como se pensar nesse tipo de embate como antigamente se fazia, traçando o seu quadro como sendo uma patologia social ou algo do tipo. O conflito deve ser compreendido como algo intrínseco à convivência em sociedade, deve ser tratado com a naturalidade de um fato que recorrentemente está presente nos círculos sociais.

Com essa premissa básica é que se consegue determinar, a partir de elementos psicológicos e sociais que integram o conflito, que as contendas e demais situações de atrito devem ser vistas e analisadas segundo

escalonamento de planos: plano objetivo, plano comportamental e plano anímico ou motivacional. Perscrutando cada um desses planos, e unindo as conclusões advindas de cada um deles, há de se pensar que o conflito é um fenômeno de natureza dúplice, ele é algo que repercute, além de se perpetuar na interioridade do indivíduo, social e juridicamente. Com base nisso, há de se concluir que é imperioso conceber a teoria mais ampla e geral dos conflitos como algo que clama pela existência de uma múltipla variância de conceitos de justiça, os quais devem se adequar, pragmaticamente, a cada uma das situações conflituosas em que se exija uma solução adequadamente válida.

Esse pressuposto de adequação válida, portanto, somente se encontra preenchido nas situações que essa variabilidade conceitual de justiça é aplicada. Esse viés jurídico de implementação das situações fáticas é imprescindível não somente para a própria solução do conflito, aliás, ele é de sobremaneira importante para que se consiga visualizar e compreender a própria natureza conflitiva das situações, desde a sua formação até a sua resolução. A partir dessa conclusão, deve-se indicar que vários operadores do direito, através desses mecanismos e das técnicas por ora apresentadas ficarão bem mais preparados para lidar com as situações de conflito e, de uma maneira mais simples e eficiente, saberão compreendê-las e, em última instância, lidar com elas satisfatoriamente.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTER, Jean-Nicolas. *Les Dieux Embusques: Une Approche Pragmatique de la Dimension Religieuse Des Conflits*. Genève: Droz XIX, 2003.

CHRISTIE, Edward. *Finding Solutions For Environmental Conflicts: Power and Negotiation*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008.

COBB, Sara. Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective. *Negotiation Journal*. v. 9, n.3. jul. 1993, p. 245-255.

COSER, Lewis A., *The Functions of Social Conflict*. New York: The Free Press, 1986.

DEWEY, John. *Human Nature and Conduct*. Carbondale: Southern Illinois UP, 1988.

DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. New Haven: Yale UP, 1973.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Mediações em Relações de Trabalho no Brasil*. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). *Mediação de Conflitos: Novo Paradigma de Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização*. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Science of Logic*. Trad. W. H. Johnston e L. G. Struthers. London: George Allen & Unwin, 1951.

HOLSTI, Kalevi Jaakko. *Peace and War: Armed Conflicts and International Order, 1648-1989*. Cambridge: Press Syndicate of The University of Cambridge, 1991.

KELLETT, Peter M.; DALTON, Diana G. *Managing Conflict in a Negotiated World: A Narrative Approach to Achieving Dialogue and Changing*. Thousand Oaks: Sage, 2001.

LITTLEJOHN, Stephen W.; DOMENICI, Kathy. *Engaging Communication in Conflict: Systemic Practice*. Thousand Oaks: Sage, 2001.

LYCURGO, Tassos; ERICKSEN, Lauro. *Teoria Geral do Direito e da Política*. Bauru: Edipro, 2011.

MAYER, Bernard S. *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide*. San Francisco: Jossey-Bass, 2000.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldo; BRAGA NETO, Adolfo. *O Que é Mediação de Conflitos?* São Paulo: Brasiliense, 2007.

SUARES, Marínés. *Mediación: Conducción de Disputas, Comunicación e Técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO FRANQUEADOR EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DE TRABALHO FIRMADOS PELO FRANQUEADO

Miracir Coelho de Melo Pereira

RESUMO

Reconhecendo a carência de estabilidade e sistematicidade na regulação do sistema de franquia, verifica-se a necessidade de ampliação do campo de incidência das normas trabalhistas por meio de uma interpretação teleológica, a fim de conferir maior proteção ao empregado inserido na rede franqueada. Nesse contexto, defende-se a responsabilização subsidiária do franqueador por verbas eventualmente não adimplidas pelo franqueado, mediante o reconhecimento dos efeitos do contrato de franquia sobre o contrato de trabalho (princípio da aderência contratual), a subordinação estrutural do empregado da franquia, contratado pelo franqueado, à dinâmica empresarial do franqueador, a necessidade de observância do princípio da primazia da realidade, bem como a culpa *in eligendo*/ou *in vigilando* do franqueador, em licenciar o franqueado descumpridor de obrigações trabalhistas.

1. Introdução

O sistema de franquia, disciplinado pela Lei 8.955/94, reveste-se de caráter jurídico-mercantile envolve questões concernentes ao desenvolvimento da economia, do mercado e da globalização, interferindo, inclusive, na oferta de postos de trabalho, já que as empresas franqueadas abrem oportunidades, preferencialmente, para mão de obra não especializada, que recebe treinamento específico, a fim de se enquadrar aos rigorosos padrões de execução estabelecidos pelo franqueador.

O grande sucesso do sistema de franquia decorre, pois, da redescoberta das atividades produtivas e da criação de saídas para o crescimento da economia local e internacional, por meio do fracionamento do empreendimento em pequenas unidades autônomas e de grande lucratividade, que permitem uma

Miracir Coelho de Melo Pereira é bacharela em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela Esmat 13. Técnica Judiciária do TRT 13.

diminuição de custos e um fácil controle da atividade.

O exercício conjunto, pelo franqueador e pelo franqueado, do poder diretivo sobre a organização do trabalho, e o favorecimento direto do franqueador com o labor do empregado, à luz da exegese constitucional e das leis específicas, servem de fundamentos jurídicos que justificam a imposição da responsabilidade subsidiária ao franqueador, no que tange à observância de créditos trabalhistas advindos do contrato de trabalho firmado pelo franqueado.

O que se defende é um reforço à proteção da dignidade humana do trabalhador e de sua família, responsabilizando o dono da franquia, de forma subsidiária, pelos créditos trabalhistas oriundos do contrato de trabalho estabelecido pelo franqueado, buscando, assim, implantar uma justiça social.

2. INSTITUTO DA FRANQUIA EMPRESARIAL

2.1 - Conceitudo sistema de franquia

A Associação Internacional de Franquia (*International Franchise Association*) preconiza que a franquia constitui:

(...) uma operação de franchise consiste em uma relação contratual entre o *franchisor* e o *franchisee*, pela qual o *franchisor* oferece ou se obriga a manter um contínuo interesse no negócio do *franchisee*, em campos como o *know-how* e a formação da empresa, em que o *franchisee* opera sob o nome comercial comum, em método ou procedimento próprio controlado pelo *franchisor* e em que o *franchisee* tem ou terá que fazer uma substancial inversão do capital no negócio com seus próprios recursos.¹

No Direito brasileiro, a Lei 8.955/94 - Lei de Franquia Empresarial - regula o sistema de franquia e traz, no seu art. 2.º, a sua definição, *in verbis*:

Art.2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao

¹ SIMÃO FILHO, Adalberto *apud* FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. BeloHorizonte: Del Rey, 2000. p. 52.

direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.²

Note-se que o sistema de franquia, na sua essência, constitui verdadeira estratégia de crescimento e ocupação de mercado, com baixo investimento, mediante fracionamento das atividades, porém com elevado grau de controle exercido pelo franqueador sobre as unidades franqueadas, a fim de alcançar uma ampla cobertura do mercado, de forma homogênea e com maior lucratividade.

Representa, naturalmente, mais um canal de venda e expansão dos negócios, baseado em uma estreita e contínua colaboração entre sociedades empresárias, financeiramente independentes, as quais unem esforços para alcançarem objetivos comuns, guardando uma severa interligação.³

O sistema de gestão do franqueador opera sobre um complexo de pequenas unidades que atuam de forma autônoma, mas, ainda assim, fortemente integrada, razão pela qual conseguem se ajustar ao mercado, na rapidez e qualidade que o processo de globalização exige.

Trata-se de um dos recursos mais modernos e dinâmico de gestão empresarial, pois tem a noção de fragmentação da atividade em pequenas unidades produtivas e de inteligência emocional como cerne de seu funcionamento, tendo por base a valorização do capital humano, representado pela habilidade, pela criatividade, pela experiência e pela competência de seus franqueados, mola essencial para o sucesso e a manutenção de todo o sistema.

2.2 - Natureza jurídica do instituto da franquia

De início, importa esclarecer que a lei específica, regulamentadora do instituto da franquia, Lei nº 8.955/94 (Lei de Franquia), não dispõe sobre o conteúdo da relação, ficando tal tarefa a cargo das partes contratantes.

Tem-se, assim, que as condições para constituição da franquia emergem de acordos firmados entre sociedades empresárias de produção, de distribuição ou de prestação de serviços, os quais se materializam na forma

² In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vademecum*: acadêmico de direito: lei de franquia empresarial. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 1154-1155.

³ CHERTO, Marcelo et al. *Franchising*: uma estratégia para a expansão de negócios. 1. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

de contratos civis, mais especificamente, em regra, da espécie “contrato de adesão”.

No contrato de franquia, dificilmente o franqueado, ao tempo da contratação, poderá negociar as cláusulas regentes da relação jurídica, pois está adstrito a aderir ou não a determinado contrato.⁴

Cabe ao franqueador a tarefa de formulação dos termos contratuais, restando ao franqueado, tão somente, a escolha de aceitar ou não as condições impostas por aquele que disponibiliza a franquia.

Dessa forma, a ausência de regulamentação substancial do contrato impede a distribuição de renda e o equilíbrio de forças entre os contratantes, além de inviabilizar a implantação de uma justiça social plena.

Nesse contexto, a princípio, tem-se que a natureza jurídica do instituto de franquia é de contrato de adesão, em que há preponderância da vontade do franqueador, que elabora todas as cláusulas sem a participação do franqueado, que não detém qualquer poder de decisão ou negociação quanto às cláusulas contratuais.

Contudo, a Lei de Franquia Empresarial (Lei 8.955/94) dá certos contornos ao instituto da franquia, podendo-se dizer que se trata de contrato atípico⁵, em que as relações entre franqueador e franqueado são quase totalmente disciplinadas por cláusulas convencionais, visto que não apresenta modelo padrão definido, assumindo formas diferentes, a depender, até mesmo, do produto objeto da negociação.

Nota-se, portanto, que o contrato de franquia possui especificidades próprias, em razão do contrato que lhe dá origem não se confundindo com as demais espécies de contratos existentes.

2.3 - Especificidades do sistema de franquia

É interessante observar que, no sistema de franquia, apesar de o franqueado não perder sua individualidade empresarial, ainda assim, não dispõe de identidade mercadológica, pois seus clientes o reconhecem na figura do franqueador e guardam fé à marca emprestada, que o faz adquirir produtos e serviços.⁶

Além disso, o bem negociado no contrato de franquia, que consiste na marca do produto ou serviço, deve ser previamente registrado no Instituto

⁴ FERNANDES, *op. cit.*, nota 1.

⁵ FERNANDES, *op. cit.*, nota 1.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Nacional da Propriedade Industrial, autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Outro ponto interessante diz respeito à incumbência de definir o modo de execução da atividade empresarial (*modus operandi*) na unidade franqueada que, diferentemente das demais relações estabelecidas entre sociedades empresárias, recai sobre o franqueador, quedetem a faculdade deestabelecer diretrizes para implantação e gestão, por ser o detentor da marca e principal responsável pelo sucesso do empreendimento.⁷Também é do franqueador a prerrogativa de escolher livremente dentre os franqueados que demonstrarem interesse em ingressar na rede de franquia, não lhe sendo imposta qualquer regra específica, preocupando-se apenas em garantir a manutenção e o crescimento da própria marca.⁸

Nesse ponto, não se pode olvidar o fato de as sociedades empresárias do sistema de fraquia atuarem em sistema de colaboração recíproca, no que se refere aos resultados do negócio e à formação do patrimônio das unidades franqueadas, pertence ao franqueador a tarefa de formulação dos termos contratuais, cabendo ao franqueado apenas a escolha de aceitar ou não as condições impostas por aquele que disponibiliza a franquia.

Assim sendo, entende-se que a ausência de regulamentação substancial do contrato impede a distribuição de renda e o equilíbrio de forças entre os contratantes, além de inviabilizar a implantação de uma justiça social plena.

Observe-se que, na hipótese de um franqueado não alcançar sucesso no uso da marca, inevitavelmente causará danos àquele que lhe licenciou o nome. Por outro lado, se a situação for inversa, ou seja, se o mercado deixar de reconhecer qualidade na figura do franqueador, o empreendimento franqueado certamente terá que suportar os prejuízos dos investimentos, porque seu patrimônio consiste no somatório dos conhecimentos transferidos pelo franqueador com os recursos financeiros do franqueado.

Tudo isso demonstra o alto grau de integração e dependência que se estabelece entre franqueador e franqueado, capaz de autorizar a responsabilização do primeiro pelas verbas trabalhistas não observadas pelo segundo.

Outra questão que merece destaque é a impossibilidade de reconhecimento da existência de vínculo de emprego entre os contratantes de uma franquia (franqueador-frnaqueado), pelo simples fato de não existir

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia: franchising: noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 111.

subordinação jurídica, como estabelece expressamente o art. 2.º da Lei de Franquia⁹, que rechaça a caracterização até mesmo de um vínculo ténue de emprego, entre franqueador e franqueado, restando configurado, tão somente, uma parceria entre sociedades empresárias, economicamente independentes.

Entretanto, de todas as especificidades que se possa elencar, a mais importante delas é a atipicidade do contrato, que deriva do fato de a Lei 8.955/94 não regular o seu conteúdo, o que impossibilita a aplicação de lei específica, mesmo que em caráter supletivo.¹⁰

3. FRANQUIA EMPRESARIAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

3.1 - Relações jurídicas inerentes ao sistema de franquia

No sistema de franquia formam-se dois liames jurídicos entre as partes.

O primeiro deles é o que se estabelece entre franqueador e franqueado. Nesse caso, porém, a Lei de Franquia – Lei 8.955/94 –, como mencionado acima, no seu art. 2.º, afasta qualquer possibilidade de constituição de vínculo de trabalho entre aquele que concede a franquia e o que explora comercialmente a marca, produto ou serviço.

No que tange à relação entre franqueador e empregado do franqueado, em razão de não haver dispositivo legal disciplinador, as divergências ganham maior força.

Nesse contexto, mostra-se primordial uma análise mais cautelosa da forma como se dá a prestação de serviços no sistema de franquia, notadamente naquilo que se refere à subordinação, para que se tenha a real noção das relações que emergem dessa espécie de atividade empresarial.

3.2 - Subordinação estrutural, integrativa ou reticular

A subordinação constitui situação jurídica de sujeição, objeto do contrato de trabalho, a qual se apresenta em grau de intensidade maior ou menor, a depender do tipo de atividade desenvolvida, em que um indivíduo livre subordina-se a outro, detentor do poder diretivo, em função da apropriação da propriedade.¹¹

A realidade do mundo do trabalho, alterada em virtude do surgimento

⁹ In: ANGHER, *op. cit.*, nota 2.

¹⁰ FERNANDES, *op. cit.*, nota 1

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

de novas formas de contratação e produção, decorrentes da reestruturação empresarial e da crescente competitividade, temfeito a jurisprudência adotar interpretações inovadoras, que passaram a integrar o conceito de subordinação, objetivando ampliar o campo de incidência das normas trabalhistas possibilitando, assim, o fiel cumprimento da função justrabalhista do Direito do Trabalho.

É que a direção da atividade laboral pode ocorrer de diversas formas, desde a emissão de ordens diretas e pessoais até a transmissão de diretrizes ou regras gerais, divulgadas pelo empregador, bem como em decorrência da própria organização da sociedade empresária, quando a atividade do trabalhador naturalmente se integra à atividade empresarial, por via reflexa.¹²

Sendo assim, a subordinação passa a poder ser verificada, inclusive, por meio da participação integrativa da atividade do prestador de serviços na organização do empreendimento, dispensando a exigência da subordinação-controle clássica e conformando-se com a subordinação estrutural, integrativa ou reticular em que se pode evidenciar o elemento típico da relação de emprego – subordinação.

Entretanto, para a configuração da subordinação estrutural, não basta que o trabalhador se ajuste ao núcleo da dinâmica empresarial, além disso, é preciso que não seja proprietário dos meios de produção, não suporte os riscos da atividade, e ainda, originalmente, os resultados da produção de bens e serviços não lhe pertençam.

Renomados doutrinadores defendem a moderna noção de subordinação, a exemplo da doutora Lorena Vasconcelos Porto, que a denomina de “subordinação integrativa”, o juiz do trabalho José Eduardo de Resende Chaves Júnior, que prefere chamá-la de “subordinação reticular”, e o professor e Ministro do TST Maurício Godinho Delgado, que utiliza o termo “subordinação estrutural”, definindo-a da seguinte forma:

Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. A idéia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades

¹² PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho* – uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

que se exacerbaram em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores em especial, a terceirização.¹³

Entende-se que a ampliação do conceito de subordinação jurídica, pela via interpretativo-jurisprudencial, constitui a maneira mais viável e eficaz para estender a atuação do Direito do Trabalho. De mais a mais, conservando o valor social da norma, é possível promover um grande avanço na defesa dos direitos fundamentais do trabalhador, objetivo que se coaduna com a proteção constitucional concedida ao trabalho humano, enquanto instrumento essencial de observância à dignidade humana, além de relacionar-se, diretamente, com as origens Direito do Trabalho.

Especificamente no caso do sistema de franquia, o empregado se acha subordinado diretamente ao franqueado, porém não se pode olvidar que as regras para a execução da atividade laboral são previamente estabelecidas pelo franqueador.

Evidencia-se, portanto, a configuração da subordinação estrutural do trabalhador contratado pelo franqueado em relação ao franqueador, decorrente da incidência do poder diretivo do proprietário da franquia sobre a forma de prestação da atividade fornecida pelo empregado.

4. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO FRANQUEADOR

4.1 - Responsabilidade trabalhista no sistema de franquia

A regra geral e recorrente do Direito do Trabalho aponta como devedor principal das verbas trabalhistas do empregado o empregador direto, beneficiário imediato dos efeitos da contraprestação do trabalhador¹⁴, no caso, o franqueado.

Deve imperar, contudo, a ideia da necessidade de fornecer uma ampla reparação aos prejuízos eventualmente suportados pelo trabalhador, impondo a todos aqueles beneficiários da força de trabalho do empregado a

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista do Ministério Público*. jul. 2006.p. 45.

¹⁴ DELGADO, *op. cit.*, nota 13.

responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pelo devedor principal, seja de forma subsidiária ou solidária.¹⁵

Trata-se da prevalência do valor-trabalho, em face de interesses do empregador, que, por vezes, busca suprimir direitos do empregado em benefício próprio ou de terceiros.

No modelo de franquia, tem-se que o franqueador transfere todos os ônus do processo de crescimento para o franqueado e para o empregado contratado por este, o que lhe permite se capitalizar, ao mesmo tempo em que potencializa a capacidade de captura de mercado, proporcionando a expansão da sua rede de franquia.

Para o franqueador, o sistema de franquia representa um negócio de risco calculado e reduzido, pois não está obrigado pelo resultado favorável do franqueado, embora tenha todo interesse que isso ocorra.¹⁶

Vê-se que o mecanismo de estratégia de crescimento ocorre sem que haja uma equidade em suportar os ônus do empreendimento, impedindo a distribuição de riquezas, e representando um óbice para a observância de direitos e prerrogativas do trabalhador, conquistados ao longo de muitos anos de luta de classes.

Para que o Direito do Trabalho continue cumprindo seu desiderato, mostra-se fundamental a expansão do campo de incidência das normas trabalhistas, a fim de que possa abarcar as mais diferentes espécies de liames jurídicos, em que o trabalhador ocupa posição de hipossuficiente na relação, muito embora se distancie da conceituação clássica de subordinação.

O anseio supracitado encontra albergue na Constituição Federal de 1988¹⁷, nomeadamente: no art. 1.º, que elenca como princípios fundamentais o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana; no art. 7.º, *caput*, que lista direitos, cujo objetivo é a melhoria da condição social do trabalhador (empregado); no art. 170, que assevera que a ordem jurídica, como fundamento geral da atividade econômica, tem fundamento na valorização do trabalho e como finalidade a dignidade da pessoa humana; no art. 193, que coloca o trabalho como base da ordem social, em virtude de propiciar o bem-estar e a justiça social. Reunidos de forma sistemática, esses dispositivos visam a proteger e a garantir o trabalho digno e assegurar a observância de garantias e direitos fundamentais do homem trabalhador.¹⁸

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁶ *Passim*.

¹⁷ *In*: ANGHER, op. cit., p. 23-82, nota 2.

¹⁸ DELGADO, Gabriela Neves *apud* PORTO, op. cit., nota 12.

Não é demais destacar que a necessidade de incidência das normas trabalhistas advém da hipossuficiência do trabalhador, e não da constatação de uma maior ou menor intensidade do poder diretivo que o empregador exerce sobre o empregado.

O que se defende é a responsabilização do franqueador pelos créditos trabalhistas que porventura não sejam honrados pelo franqueado, passando justamente pelo imperativo de ampliara proteção assegurada pelas normas trabalhistas.

As dificuldades em responsabilizar o franqueador pelos créditos trabalhistas resultantes das relações de emprego constituídas pelo franqueado precisam ser superadas, para que se possa garantir a concorrência leal entre as empresas e a efetiva proteção do empregado, cuja força de trabalho serve a ambos, franqueador e franqueado.

Não há dúvidas de que os empregados contratados pelo franqueado fazem *jus* a uma adequada tutela trabalhista, que encontra fundamento constitucional no sentido de proteger e valorizar o trabalho, como meio essencial para se conceder dignidade ao trabalhador.

A responsabilização do franqueador concede ao empregado um reforço creditício, porquanto, para recebimento de seu crédito trabalhista, poderá acionar não apenas o franqueado, que, na maioria das vezes, não possui solidez suficiente para cumprir com as obrigações trabalhistas, mas também o proprietário da marca. A tese consiste em fundamentar a responsabilidade subsidiária do franqueador pelas verbas eventualmente não adimplidas pelo franqueado, mediante o reconhecimento dos efeitos do contrato de franquia sobre o contrato de trabalho (princípio da aderência contratual), a subordinação estrutural do empregado da franquia, contratado pelo franqueado, à dinâmica empresarial do franqueador, a necessidade de observância do princípio da primazia da realidade, bem como a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do franqueador, em licenciar o franqueado descumpridor de obrigações trabalhistas.

4.2 - Aplicação do princípio da aderência contratual ao sistema de franquia

Convém, *a priori*, compreender como se estabelece o liame jurídico entre franqueador e franqueado, para só então adentrar no contrato de trabalho promovido por este.

A franquia insere-se na categoria de contrato de adesão, podendo

o franqueado dispensar o vínculo contratual, recusar a oferta, ou optar por celebrá-lo com pessoas jurídicas diversas.¹⁹

Trata-se de contrato interempresarial, cujo conteúdo é livremente definido pelo franqueador, já que não há, no ordenamento brasileiro, qualquer lei específica que regulamente ou restrinja as cláusulas inseridas no contrato de franquia, que encontram limites tão somente nos princípios fundamentais do direito contratual, tais como: a autonomia da vontade, a supremacia da ordem pública, o consensualismo, a relatividade dos efeitos, a obrigatoriedade, a revisão ou onerosidade excessiva e a boa-fé dos pactuantes.

Nesse contexto, o franqueador ocupa uma condição cômoda que lhe permite definir unilateralmente as condições contratuais e impor ao franqueado rígidas diretrizes para desenvolvimento da atividade empresarial, no que diz respeito aos processos, métodos e técnicas já adotadas pela unidade franqueadora. Porém, é óbvio que a intensidade do controle exercido pelo franqueador vai depender dos termos do contrato e principalmente da essência da franquia em questão.

Em contrapartida, sabe-se que o franqueado tem como obrigação precípua fazer do seu estabelecimento a imagem e semelhança do franqueador, propiciando a melhor identificação da marca licenciada, com vistas à reiteração do sucesso obtido pelo proprietário da franquia e à diminuição dos riscos para as unidades franqueadas.

Dessa forma, entende-se que as cláusulas concernentes à organização e execução da atividade empresarial, inseridas no contrato civil de franquia, firmado entre franqueador e franqueado, integram o contrato de trabalho firmado entre franqueado e empregado.

Percebe-se também que qualquer alteração relativa à forma de desenvolvimento da atividade, que, em regra, só pode ser promovida pelo franqueador, alterando ou incluindo cláusulas no contrato de franquia, reflete diretamente no acordo firmado entre o franqueado e seu empregado.

Trata-se, portanto, da incidência do Princípio da Aderência Contratual, em que os dispositivos inseridos no contrato de franquia aderem aos contratos de trabalho, nele permanecendo, ainda que alterado, posteriormente, o acordo civil.²⁰

O empregado, apesar de não ser parte integrante do contrato de franquia, a toda evidência, sofre diretamente seus efeitos, seja porque se

¹⁹ FERNANDES, *op. cit.*, nota 1.

²⁰ DELGADO, *op. cit.*, nota 13.

encontra submetido às suas condições de organização e execução, seja porque o resultado da implantação de mudanças pode interferir na manutenção do seu posto de trabalho, a depender do sucesso ou fracasso das inovações.

Pode-se deduzir que o contrato de trabalho entabulado entre o franqueado e o empregado não se encontra dissociado do contrato de franquia firmado entre franqueador e franqueado, muito pelo contrário, guardam íntima dependência entre si.

Note-se que na relação tríade franqueador-franqueado-empregado tem-se o contrato de franquia como principal, porquanto surge de forma isolada, independente de qualquer outro, e o contrato de trabalho, tido como acessório, que só subsiste se vinculado e subordinado ao primeiro.

Nesse contexto, justifica-se a incidência do Princípio da Aderência Contratual, que emerge do art. 468 da CLT, nos seguintes termos:

“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.”²¹

Trazendo para o sistema de franquia, as cláusulas do contrato de franquia, absorvidas pelo contrato de trabalho do empregado vinculado ao franqueado, não podem ser suprimidas, a menos que a retirada não cause qualquer prejuízo ao trabalhador.

Assim, decorre, naturalmente, dessa dependência jurídica, a responsabilidade subsidiária do franqueador em relação às verbas trabalhistas não observadas pelo franqueado.

Não é razoável que o franqueador expanda seus negócios, utilizando-se da força de trabalho do empregado recrutado pelo franqueado e favorecendo-se da forma de contratar, para isentar-se dos custos do trabalho subordinado. É certo que a autonomia da vontade deve ser atendida, mas sem que seja permitido retirar do trabalhador a proteção necessária para ter respeitados os direitos reconhecidos em juízo.

A estreita relação entre o contrato civil de franquia empresarial e o contrato de trabalho fica ainda mais demonstrada, quando se estuda o elemento definidor do vínculo de emprego, a subordinação, tema do próximo tópico.

²¹ In: ANGHER, *op. cit.*, p. 739, nota 2.

4.3 - Subordinação estrutural do empregado à rede de franquias

Quanto à subordinação jurídica do empregado ao controle direto do franqueado, não resta qualquer dúvida, por ser ele seu empregador direto, porém, a celeuma subsiste no tocante à relação que une o franqueador ao empregado contratado pelo franqueado.

O que se defende é a existência de uma subordinação indireta do empregado, que ingressa na franquias pelas mãos do franqueado, às diretivas do franqueador que estabelece a forma de organização empresarial da franquias, mediante assinatura de contrato adesão.

O sistema de franquias impõe a homogeneidade da rede e a padronização dos produtos e/ou serviços a serem adquiridos pelo consumidor final, a fim de que seja preservada a imagem de qualidade e certeza experimentada junto ao franqueador.²²

Assim, a fórmula do sucesso deve ser replicada fielmente, surgindo daí a obrigatoriedade do franqueado em impor aos seus empregados as regras de execução da atividade, fixadas pelo franqueador no contrato de franquias.

O êxito no uso da marca bem sucedida depende, portanto, do pronto acatamento, pelo franqueado, das técnicas de fabricação ou comercialização de produtos e/ou serviços desenvolvidas ao longo do tempo pelo franqueador.

Trata-se, como se observa, da necessidade de implantação de um *know-how* resultante da contínua experimentação do franqueador²³, que se apresenta como elemento imprescindível à atual dimensão da franquias, que só se adquire com o compromisso de rigoroso cumprimento de todas as cláusulas contratuais.

A professora Lina Fernandes apresenta, como duas das obrigações do franqueado:

(...) Acatar e cumprir rigorosamente especificações, padrões, procedimentos, recomendações e orientações transmitidas pelo franqueador, relativas à operação do negócio, sejam elas referentes a produtos ou serviços fornecidos ou prestados a clientes, ou à gerência administrativa da empresa.

(...) Aceitar a eventual permanência de um assessor do franqueador no estabelecimento para verificar o cumprimento

²² FERNANDES, *op. cit.*, nota 1.

²³ FERNANDES, *op. cit.*, nota 1.

das condições estipuladas, caso não estejam sendo cumpridas satisfatoriamente as metas ajustadas no contrato.²⁴

Evidencia-se, assim, a existência de um alto grau de ingerência do franqueador sobre o empregado da franquia, independentemente do contratante ser ele ou o franqueado, pois o empregado sempre ficará submetido às normas estabelecidas pelo franqueador, variando apenas a entidade fiscalizadora.

Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia, até mesmo, vislumbrar na figura do franqueado, um preposto do franqueador, mas sem, contudo, considerá-lo obrigatoriamente empregado deste.

Contudo, adotando-se o entendimento do professor Maurício Godinho Delgado²⁵, que distingue quatro facetas para o poder patronal - poder diretivo, poder regulamentar, poder de fiscalização e poder disciplinar -, defende-se que na franquia há uma diluição do controle sobre o empregado, cabendo ao franqueador exercer o poder de dirigir e regulamentar a atividade, os quais são apenas replicados pelo franqueado, que deverá fiscalizar e aplicar as sanções disciplinares necessárias para a correta execução da atividade.

Nesse contexto, percebe-se que as regras de caráter predominantemente técnico-organizativas, as quais o empregado deve observar no cumprimento da obrigação, bem como a definição das cláusulas contratuais - ato jurídico unilateral -, que integram o contrato de franquia e obrigam o trabalhador, derivam, exclusivamente, do franqueador.

Assim, considerando o traço característico da subordinação, ressaltado pela professora Alice Monteiro de Barros²⁶, verifica-se que, estando o empregado obrigado a observar as diretivas constantes e analíticas do franqueador, sobre o modo e o tempo em que a atividade laboral deve ser executada, há de se considerar a existência de subordinação do empregado do franqueado às ordens do franqueador.

Demonstrada a hipótese de reconhecimento da subordinação do empregado contratado pelo franqueado às ordens do franqueador, em virtude do contrato de franquia integrar o contrato de trabalho, interessa continuar discutindo o liame de subordinação franqueador-empregado, agora sob a ótica da participação do empregado na dinâmica empresarial do franqueador.

Com efeito, quando se fala em subordinação, não se pode esperar que

²⁴ *Passim*.

²⁵ DELGADO, *op. cit.*, nota 13.

²⁶ BARROS, *op. cit.*, nota 11.

a intervenção na atividade do empregado se manifeste a todo o momento²⁷, entende-se ser suficiente que haja a possibilidade jurídica de o franqueador atuar sobre as condições propostas, desde que as alterações não acarretem prejuízos ao trabalhador.

Na verdade, o elemento subordinação subsiste na relação enquanto for determinante a força laboral do empregado para o resultado produtivo da sociedade empresária, mesmo que não se enquadre perfeitamente à acepção clássica do instituto, que exige a total sujeição às ordens patronais.

Assim, considerando a atual realidade social, para que se justifique a aplicação das tutelas trabalhistas, mostra-se suficiente a inserção do trabalhador na dinâmica empresarial e a sua situação de hipossuficiência em face daquele que se beneficia com a sua prestação de serviços.

Na franquia, aparentemente, o empregado não está diretamente subordinado ao franqueador, no entanto ocorre um controle indireto, pois a atividade exercida pelo trabalhador integra plenamente o processo produtivo da sociedade empresária, por isso encontra as diretivas no contrato de franquia firmado entre franqueador e franqueado. Dessa forma, entende-se que o empregado do franqueado encontra-se perfeitamente inserido na estrutura criada pelo franqueador, que efetivamente necessita de sua prestação laboral para a manutenção da sua imagem no mundo dos negócios.

A subordinação, portanto, pode derivar tão somente da própria organização da sociedade empresária, porquanto, no momento que o franqueador estabelece as normas de desenvolvimento da atividade, via de consequência, está determinando, por via reflexa, a forma de prestação de serviços.²⁸

Sendo assim, o empregado, a partir do contrato individual de trabalho, passa a fazer parte do organismo empresarial da franquia, subordinando-se às diretivas impostas pelo franqueador, com a nítida manifestação da subordinação jurídica, que os doutrinadores denominam desubordinação estrutural, integrativa ou reticular.

Nessas condições, o empregado executa a atividade em linha harmônica com a estratégia de trabalho do franqueador, e dele recebe a influência próxima ou remota de suas determinações.

Percebe-se, portanto, que a execução do contrato de franquia (franqueador-franqueado), que tem as regras de organização e execução das

²⁷ PORTO, *op. cit.*, nota 12.

²⁸ PORTO, *op. cit.*, nota 12.

atividades empresariais estabelecidas pelo franqueador, submete o empregado de forma indireta, mediante fiscalização do franqueado.

Sem dúvida, o critério de subordinação estrutural, que se distancia dos moldes tradicionais, ganha relevância no contexto da franquia empresarial, pois possibilita a ampliação do campo de incidência das normas de proteção do Direito do Trabalho, prestigiando relações que não apresentam o instituto na sua acepção clássica, mas nem por isso deixam de envolver trabalhadores hipossuficientes, carecedores de proteção.

Não se pode admitir que o conceito de subordinação perca o compasso com a dinâmica das relações, sob pena de se distanciar da realidade social, tornando-se obsoleto e inócuo.

Nesse quadro complexo, construído pelo sistema de franquia, encontra-se motivação suficiente para impor ao franqueador, no mínimo, a responsabilidade pelo reforço à observância dos direitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho.

Destarte, seja pela via de considerar o contrato de trabalho como parte integrante do contrato de franquia, que submete o empregado à organização predefinida pelo empresário proprietário da franquia, ou por reconhecer a prevalência da subordinação estrutural, em que o trabalhador se insere de modo contínuo e sistemático na organização técnica ou administrativa da sociedade empresária alheia, é evidente a subordinação jurídica do empregado ao poder diretivo do franqueador, que mantém sua essência, mesmo sendo exercido de forma indireta e difusa.

Nessa linha de raciocínio, constatada a subordinação do empregado às diretivas do franqueador, mostra-se correto atribuir responsabilidade subsidiária deste em relação às obrigações decorrentes das relações de emprego estabelecidas pelo franqueado.

4.4 - Observância ao princípio tutelar da primazia da realidade sobre a forma

De acordo com o princípio da primazia da realidade ou princípio do contrato realidade, as relações jurídico-trabalhistas são definidas pela forma concreta como se realiza a prestação de serviços, não importando a vontade eventualmente posta no contrato de trabalho ou o *nomen juris* atribuído à relação jurídica.²⁹

²⁹ BARROS, *op. cit.*, nota 11.

A aplicação desse princípio consiste em atribuir maior importância aos fatos que à forma ou à denominação dada à relação, pois, na maioria das relações, o que as partes objetivam é afastar a incidência de direitos trabalhistas da esfera jurídica do trabalhador subordinado.

No entender do professor Yuichiro Mizumachi³⁰, o princípio em tela justifica-se em razão da crescente constatação de divergências entre o contrato formal e a realidade apurada, servindo de importante instrumento para correção de injustiças sociais.

É indiscutível o fato de que a observância desse princípio implica no fortalecimento do Direito do Trabalho, impondo uma interação entre as normas jurídicas e a realidade, ao mesmo tempo em que inibe o desrespeito aos direitos e garantias do trabalhador, mas tudo isso sem incorrer em arbitrariedades.

No caso da franquia, tem-se por base um contrato civil, em que o franqueador, unilateralmente, licencia a sua marca ou autoriza a negociação de um produto ou serviço, estabelece livremente os termos do acordo e, principalmente, determina a forma de execução da atividade e de organização da sociedade empresária licenciada.

A partir do acordo de negociação da marca, produto ou serviço, surgem vários contratos de trabalho, firmados pelo franqueado, os quais deverão observar as condições impostas pelo franqueador no contrato de franquia.

Observe-se que não cabe ao franqueado fazer qualquer restrição aos termos do contrato de franquia, pois cuida de contrato por adesão, em que ao contratante só resta aceitar ou recusar o todo.

Assim, analisando o sistema, percebe-se que o franqueador fraciona seu negócio, licencia a sua marca para pessoas jurídicas de menor porte e transfere para elas as obrigações referentes aos direitos e garantias dos trabalhadores, cuja força de trabalho serve à franquia empresarial como um todo.

Dessa forma, o franqueador passa a dispor de um grande número de trabalhadores, que, de acordo com o entendimento atual, não se encontra sob sua responsabilidade, mais ainda, dos franqueados selecionados por ele.

Note-se que, nesse aspecto, o favorecimento do franqueador se dá em detrimento da valorização do trabalho do empregado da franquia, à medida que o franqueado deixa de cumprir com obrigações trabalhistas e o franqueador não é chamado para satisfazê-las.

Nesse contexto, constata-se uma situação fática de desigualdade entre as partes que integram o sistema de franquia - franqueador-franqueado-

³⁰ Citado em VIANA, Márcio Túlio *apud* PORTO, *op. cit.*, nota 12.

empregado -, capaz de justificar plenamente a aplicação do princípio juslaboral da primazia da realidade, até porque a Lei de Franquia Empresarial não estabelece limites relacionados ao conteúdo do contrato de franquia, concedendo, assim, plena liberdade ao franqueador para estabelecer as normas contratuais de acordo com seus interesses.³¹

Frente a uma total liberdade de contratar, é imprescindível que a realidade imposta pelo sistema de franquia seja apreciada, para que o Direito do Trabalho possa cumprir com o seu desiderato de proteger o hipossuficiente, assegurando a imperatividade e a indisponibilidade dos direitos e garantias trabalhistas, que não podem ficar a mercê do livre arbítrio do franqueador.

Interessa repisar que não se está buscando novos direitos para o empregado integrante da franquia, o objetivo é possibilitar um reforço ao cumprimento das obrigações trabalhistas, mediante a distribuição de responsabilidades entre franqueador e franqueado.

4.5 - Culpa in eligendo/ou in vigilando do franqueador na escolha do franqueado

O estudo quanto à responsabilidade por verbas derivadas do contrato de trabalho firmado pelo franqueado passa pela premissa de que toda atividade lesiva ao interesse patrimonial ou moral de outrem gera necessidade de reparação ou restabelecimento do *status a quo ante*.³²

No caso do contrato de franquia, a regra é que a responsabilidade trabalhista recai apenas sobre o franqueado, por este ocupar a posição de empregador direto.

Não obstante tal constatação, interessa desenvolver argumentação no sentido de responsabilizar também o franqueador em relação às verbas oriundas do contrato de trabalho firmado pelo franqueado, utilizando-se do viés da responsabilidade indireta, fundada na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.³³

O fato é que o franqueado não é escolhido de forma aleatória, mas sim por meio de critérios eleitos pelo franqueador, o qual tem a faculdade de definir e avaliar o perfil do candidato de acordo com a atividade desenvolvida pela franquia em questão, conforme preconizam os incisos V e VI, do art. 3.º da Lei 8.955/94.

O contrato de franquia, portanto, quanto ao conteúdo fiduciário, é do tipo *intuitu personae*, pois, para celebração do negócio, a pessoa do franqueado

³¹ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising: modificações à lei vigente: estratégia e gestão*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3.

³² BARROS, *op. cit.*, nota 11.

³³ BARROS, *op. cit.*, nota 11.

é elemento determinante para sua realização.³⁴

Quanto à matéria, não é demais ressaltar que, ao exercer a prerrogativa de escolha, o franqueador não visa apenas à expansão do seu negócio, mas, sobretudo, ao crescimento da marca, com a preservação de sua imagem. Por isso, a celebração definitiva de uma franquia, em regra, depende da avaliação e treinamento do franqueado.

Isso ocorre porque, é preciso que o candidato a franqueado demonstre estar habilitado a participar e a contribuir com os objetivos da rede. Tanto é assim, que a gestão da franquia por pessoa diversa daquela nomeada pelo franqueador implica em descumprimento de cláusula contratual e, por conseguinte, na resolução do contrato firmado entre franqueador e franqueado.

Dessa forma, se a eleição do franqueado é de total responsabilidade do franqueador, que o seleciona cuidadosamente, tendo em vista a preocupação com o sucesso do negócio, também será dele a obrigação de fiscalizar o cumprimento das normas trabalhistas, sob pena de ficar caracterizada, além da culpa *in eligendo*, a culpa *in vigilando* em relação à escolha de eventual franqueado descumpridor de obrigações trabalhistas.

Havendo erro na escolha do franqueado ou falha no dever de vigiar e sendo o franqueador o principal beneficiado com a força de trabalho do empregado, nada mais natural que o proprietário da marca ser responsabilizado pelas verbas trabalhistas advindas do contrato de trabalho firmado pelo franqueado. Trata-se, portanto, de responsabilização indireta do franqueador, fundada na má escolha do franqueado e/ou na falta de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais.

5. CONCLUSÃO

Infere-se pelo crescimento vertiginosamente do sistema de franquia, produzindo transformações inquestionáveis no mercado de trabalho, na ordem econômica e na seara jurídica trabalhista, sem que haja necessidade de promoção de investimentos por parte do franqueador, uma vez que este transfere o ônus de seu processo de expansão ao franqueado e ao empregado ligado diretamente àquele que licencia a marca de sucesso.

Apesar dessa constatação, o fenômeno evolui sem qualquer esforço maior do legislador pátrio, no sentido de normatizar o conteúdo das novas relações que se estabelecem, deixando, assim, de garantir a efetividade e a

³⁴ FERNANDES, *op. cit.*, nota 1.

observância de direitos e garantias trabalhistas. Impondo, por conseguinte, uma menor garantia do adimplemento das obrigações trabalhistas, isto em razão da fragilidade econômica dos franqueados e da total liberdade que o franqueador dispõe para elaborar o contrato de franquia.

A discussão acerca da responsabilização do dono da franquiana relevância, em virtude de haver um número cada vez maior de trabalhadores inseridos na dinâmica empresarial, subordinando-se de forma estrutural ao franqueador, e cujos direitos trabalhistas são garantidos, exclusivamente, pelos franqueados que, em regra, dispõem de recursos econômicos escassos, quando comparados com o franqueador.

Revela-se, assim, uma necessidade de observância do princípio da primazia da realidade, de maneira que se possa oportunizar conhecer e oferecer solução para a distribuição da responsabilidade pelas verbas trabalhistas do empregado inserido na relação triade existente no modelo de franquia.

Nesse sentido, deve-se considerar que o contrato de trabalho estabelecido entre franqueado e empregado sofre a aderência de cláusulas contratuais insertas no contrato de franquia, entabulado entre franqueador e franqueado, e, ainda, a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do franqueador, ao licenciar um franqueado descumpridor das obrigações trabalhistas, conduta suficiente para responsabilizá-lo pelo pagamento de créditos trabalhistas não honrados pelo empregador direto.

Somente a contínua busca pela efetividade das normas trabalhistas, mediante o alargamento de direitos fundamentais - segurança, liberdade e dignidade humana -, como bases da manutenção do Estado Democrático de Direito, e a ampliação da interpretação do elemento subordinação, poderá permitir o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do franqueador frente às verbas trabalhistas devidas aos empregados da franquia.

O posicionamento no sentido de responsabilizar subsidiariamente o franqueador, em relação às verbas trabalhistas derivadas dos contratos de trabalho firmados pelo franqueado, mostra-se como meio viável a assegurar situação mais favorável para o empregado da franquia e, principalmente, resulta na ampliação da incidência das normas trabalhistas, fortalecendo o Direito do Trabalho e permitindo que alcance seu desiderato de proteção ao hipossuficiente.

Interessa esclarecer ainda, que as teses declinadas no presente processo de argumentação não pretendem esgotar a ideia aqui alinhavada, de responsabilização do franqueador por verbas trabalhistas eventualmente inadimplidas pelo franqueado, pois, esta se encontra em processo permanente e aberto de desenvolvimento, que se pretende público, democrático e dinâmico.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vademecum: acadêmico de direito*. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising: modificação à lei vigente: estratégia e gestão*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHERTO, Marcelo et al. *Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios*. 1. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista do Ministério Público*, jul. 2006.

FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MASI, Domenico De. *Desenvolvimento sem Trabalho*. São Paulo: Ed Esfera, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr., 1989.

PLÁ, Daniel. *Tudo sobre franchising*. 1. ed. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2001.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho*. Uma

releitura necessária. São Paulo:LTr, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia: franchising: noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001.

ROMITA, ArionSayão. *Flexigurança -areforma do mercado de trabalho*. São Paulo: LTr., 2008.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 40. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2006.

_____, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

UMA GUINADA PRINCIPIOLÓGICA: A FORÇA CONTEMPORÂNEA DOS PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO

Murilo C. S. Oliveira¹

RESUMO:

O artigo trata da feição contemporânea dos princípios, notadamente na função normativa deste no seio do constitucionalismo. Enfoca, assim, a distinção entre princípios e regras para Ronald Dworkin e Robert Alexy, além da terceira categoria de postulado advinda de Humberto Ávila. Prossegue articulando a força normativa e vinculante dos princípios ao constitucionalismo hodierno. Aborda o método ponderativo e o princípio da proporcionalidade como pressupostos para uma guinada principiológica.

1. Introdução: *A guinada.*

As discussões sobre princípios na era contemporânea assumiram uma dimensão inexistente anteriormente. Pode-se dizer que houve uma guinada teórica para o estudo dos princípios, seja na literatura internacional em Ronald Dworkin, Robert Alexy, J.J. Gomes Canotilho e, de igual modo, na nacional com Humberto Ávila, Roberto Barroso, entre outros. Este artigo almeja destacar a nova função (normativa) dos princípios delineada pelos autores acima.

A premissa desta nova função reside na afirmação de que os princípios têm “natureza de norma jurídica efetiva, e não simples enunciado programático não vinculante” (DELGADO, 2004, p. 18). Reconhecer que os princípios jurídicos possuem a mesma eficácia das regras jurídicas (imperatividade e obrigatoriedade), implica afirmar que as normas jurídicas são gêneros que contêm duas espécies: as regras e os princípios.

A guinada indicada tem conduzido a uma nova perspectiva para a interpretação jurídica, eis que estabelece que o manejo adequado dos

¹ Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. Juiz do Trabalho da 5ª Região e Professor Assistente da UFBA. Especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Direito Privado pela UFBA, Doutor em Direito pela UFPR, Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT. E-mail: murilosampaio@yahoo.com.br

princípios é inarredável para a operação e funcionamento do ordenamento jurídico. Nisto, exige-se que o intérprete tenha um domínio sobre os princípios e suas funções, o que reforça a necessidade de seu estudo. Evidencie-se, de logo, que a ascensão principiológica está ligada inseparavelmente com a crítica/superação do positivismo jurídico.

2. A distinção entre Regras e Princípios.

A primeira distinção entre regras e princípios coube a Joseph Esser (BARROSO, 2003, p. 292). Esser acolheu o critério da generalidade. Baseando-se no grau de abstração (generalidade), tipificava um princípio como uma norma jurídica mais genérica, sem concretizar especificamente certo comando. A regra, inversamente, seria um comando menos abstrato, com maior grau de objetividade e prescrição em relação à abstração dos princípios.

No intento de criticar o positivismo jurídico², notadamente aquele formulado por Hebert Hart, Ronald Dworkin demonstra que tal corrente jurídica falha nos casos difíceis – *hard cases* – quando maneja certos institutos normativos, que não são as clássicas regras advindas da legislação, como meio possível de solucionar o caso. O positivismo jurídico nesta situação recorre a um elemento extrínseco à lei (princípios) e, por isso, falha ao defender a identificação do direito à lei ao mesmo tempo em que se utiliza de algo externo (princípios) à lei.

Estes institutos normativos distintos das regras jurídicas são classificados em Dworkin, como princípios e políticas. A política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (2002, p. 36). Já o princípio é um padrão a ser observado, isto é, uma conduta descrita genericamente, “porque é uma exigência de justiça, ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade” (2002, p. 36). Não obstante esta diferenciação, persistem casos em os princípios e a política se confundem, na hipótese de princípios com objetivos sociais, como são os princípios trabalhistas e outros sociais (direitos sociais).

No caso dos princípios não se têm uma determinada solução prescrita

² Dworkin se propõe a criticar a “mais influente versão contemporânea do positivismo [que] é a proposta por H. L. Hart” (2002, p. XI), concebida a partir da teoria de Bentham. Para tanto, segue um caminho não trilhado pelos críticos de esquerda (críticas ao formalismo jurídico e uma justiça fraca), como de direita (críticas à desconsideração do componente da moral social costumeira e difusa). “Nenhuma delas argumenta que a teoria dominante é falha porque rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direito contra o Estado, anteriores aos direitos criados através da legislação específica.” (2002, p. XIII).

pelo instituto, como ocorre com a norma que prescreve uma conduta, mas os princípios tão somente expressam uma orientação, pois os princípios “entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor uma determinada solução, mas não a estipula” (DWORKIN, 2002, p. 39).

A principal tarefa de Dworkin é separar os conceitos de princípios e regras, uma vez que tal distinção possibilita a crítica central ao positivismo jurídico³. Para o autor a diferenciação é lógica, ocorrendo na maneira de aplicação:

As regras são aplicáveis a maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Os princípios, ao contrário, não têm aplicação integral e exclusiva, posto que podem ser válidos e inaplicáveis à situação em análise ou válidos e parcialmente aplicáveis. Dworkin sustenta que “Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que seguem automaticamente quando as condições são dadas” (2002, p. 40).

Outra diferenciação encontra-se na asserção de que os princípios têm dimensão de peso (DWORKIN, 2002, p. 42). Isto descarta que, na colisão de princípios, há que se mensurar qual deles é mais importante, clamando por um raciocínio ponderativo. Nas regras, que não possuem a dimensão de peso (DWORKIN, 2002, p. 43), o argumento da importância não supera o tradicional critério da prevalência da norma com maior hierarquia na situação de conflito. Ou seja, a mensuração da importância da regra, no caso concreto, de nada colabora na aplicação do Direito.

A par das distinções entre princípios e regras demonstrada a partir da análise de decisões judiciais americanas, Dworkin extrai uma importante conclusão na esteira da crítica ao positivismo jurídico, assim formulada:

Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira

³ Assume uma postura liberal do Direito, pois reconhece “Os diferentes capítulos deste livro definem e defendem uma teoria liberal do direito” (2002, p. VII). Mas, sua visão liberal é crítica tanto do positivismo jurídico como do utilitarismo (2002, p. VIII). O autor se define como liberal crítico, pois resgata a “velha idéia dos direitos humanos individuais” (2002, p. VIII). Situa sua justificativa na Teoria da Justiça de Jonh Rawls, caracterizando os direitos individuais como axiomáticos e fundamentais, eis que são garantes do preceito de que as leis não devem produzir desigualdade sem justificativa relevante - right to equal concern and respect (2002, p.XVI).

que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas (DWORKIN, 2002, p. 46-47).

Na replica a Joseph Raz - que pugna pela invalidade dessa distinção entre princípios e regras nos casos entre conflitos de regras e princípios -, Dworkin rebate dizendo que a interação entre normas e princípios foi formulada equivocadamente, porque se deve comparar medidas isonômicas e distintas. “Na verdade quando Raz descreve aferição do peso de uma regra moral ou jurídica, ele está, na verdade, falando da aferição do peso de princípios e políticas servidos pela regra” (DWORKIN, 2002, p. 122). Desta forma, além da distinção entre regras e princípios, que qualificou os primeiros com a aplicação *all or nothing* e últimos com a dimensão de peso, os princípios atuam inspirando e orientando as regras.

De acordo de Robert Alexy, a distinção principal entre regras e princípio situa-se no fato de que os últimos são mandados de injunção. Significa que “principios son normas que ordenam que algo sea realizado em la mayor medida possible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (ALEXY, 2002, p. 86) e que, desse modo, são concretizados em diferentes graus conforme a facticidade e juridicidade do caso. As regras, antagonicamente, emanam determinações (comando de condutas exatas), pois “Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos” (ALEXY, 2002, p. 86).

Robert Alexy reconhece que sua distinção se aproxima daquela formulada por Dworkin (2002), contudo afasta-se quando considera os princípios mandados de otimização. Seguindo o critério de generalidade de Robert Alexy, Walter Claudius Rothenburg caracteriza:

[...] os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrado por meio de interpretação/aplicação, sobre modo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e administrativas), ao passo que as demais normas (regras) possuem menor grau de abstração e mais alta densidade normativa (ROTHENBURG, 2003, p. 16-17).

A prevalência dos princípios sobre as regras é relativa, uma vez que a maior abstração da diretiva dos princípios em relação às regras poderia ensejar a plenitude da insegurança e incerteza quanto às possibilidades interpretativas. A relatividade decorre do caráter não absoluto dos princípios e da flexibilidade na solução dos conflitos entre princípios e regras. Não obstante o predomínio dos princípios, não há como se qualificar a prevalência como indefectível, em atenção à diretriz da incompletude, historicidade e limitação da própria ciência⁴. Além disto, nas situações de conflito de normas jurídicas (princípios x princípios; norma x princípios), a eleição da norma subjacente é resultado da ponderação de pesos e valores do intérprete, considerando o contexto real (social, político, econômico) e o momento histórico.

Dessa forma, a interpretação, que a *priori* baseia-se na prevalência dos princípios, não segue um curso linear, podendo acolher a regra jurídica em detrimento da norma, em atenção ao contexto e ao histórico. A relatividade também é resultado da qualidade instigadora dos princípios. Neles há uma ordenação de uma direção, mas sem ditar o caminho exato para tal direção⁵, como ocorre nas regras. Destarte, o cumprimento dos princípios ocorre em graus diferentes do que das regras.

Para operar esta viragem em direção à aplicabilidade e efetividade dos princípios, precisa-se, inicialmente, categorizar os diversos fenômenos (regras, princípios, axiomas, entre outros). Almeja-se, neste caminho, enfatizar suas distinções e essências, ao invés de focar disputas terminológicas estéreis para a proposta de efetividade. Neste passo, há que se superar o lugar-comum⁶ da distinção entre regras e princípios que tem como eixo a ponderação. Humberto Ávila, na crítica do lugar-comum, que a ponderação também ocorre nas regras.

3. Os Postulados.

A fragilidade da distinção entre regras e princípios, para Humberto

⁴ A modernidade, neste particular, demonstrou a inaptidão da ciência na tentativa de produzir verdades absolutas (SANTOS, 2003).

⁵ “Os princípios possuem, pois, pretensão de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao de outras razões, para a tomada de decisão.” (ÁVILA, 2003, p. 69).

⁶ “Viraram lugar-comum afirmações, feitas em tom categórico, a respeito da distinção entre regras e princípios. Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo aplicador decidir qual deles possui maior peso.” (ÁVILA, 2003, p. 18).

Ávila, se explica pela forma de sua constituição. A distinção é construída exclusivamente no plano teórico e abstrato, ignorando a indispensável contribuição do plano fático e concreto para a qualificação das normas jurídicas e sua efetivação.

Ao fazê-lo, elegendos critérios abstratos de distinção que, no entanto, podem não ser – com frequência não o são – confirmados na aplicação concreta. Com isso, a classificação, em vez de auxiliar na aplicação do Direito, termina por obstruí-la. Em vez de aliviar o ônus de argumentação do aplicador do Direito, elimina-o (ÁVILA, 2003, p. 57).

Desse modo, é preciso identificar uma distinção entre regras e princípios no caso concreto e não abstratamente. Humberto Ávila propõe uma dissociação heurística, que rejeita o valor empírico (focado no objeto da interpretação) ou no valor conclusivo (fórmulas dogmáticas e subjuntivas com respostas prévias). Ao contrário, propõe algo como “um modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou decisão a respeito desses conteúdos” (ÁVILA, 2003, p. 60).

Esta proposta heurística articula-se a partir de algumas idéias. Inicialmente deve-se conceber que os enunciados normativos são pluridimensionais, isto porque as regras quando prescrevem certas condutas terminam, também, indicando uma finalidade (princípios), podendo ser, concretamente, aproximadas dos princípios⁷. Humberto Ávila, retirando a força antagônica e excludente da dicotomia princípios *versus* regra, sinaliza uma perspectiva alternativa, plural e inclusiva quando agrega uma terceira categoria: os postulados, que são “instrumentos normativos metódicos”. (ÁVILA, 2003, p. 62-63). Neste quadro, têm-se três figuras: os princípios, de caráter finalístico; as regras, de caráter comportamental; os postulados, de caráter metódico. Distinguem-se assim:

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo

⁷ “Ora, o que não pode ser olvidado é o fato de que os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar uma fundamentação de princípio, se o aspecto valorativo for autonomizado [...]” (ÁVILA, 2003, p. 61)

como prescrevem o comportamento. Enquanto que as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição de conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos (ÁVILA, 2003, p. 63).

Outros caracteres distintivos dos princípios e regras são formulados por Humberto Ávila. Os princípios são prospectivos, quando projetam uma situação valorada (teleologia), enquanto as regras são retrospectivas, pois se dirigem às situações já realizadas (condutas). As regras são eminentemente decisivas, na medida em que abrangendo certa situação (conduta) indica um resultado (sanção, efeito), o que não ocorre com os princípios que carecem de complementaridade. Justifica-se a idéia de complementaridade “porque os princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização” (ÁVILA, 2003, p. 69).

Esses caracteres levam à definição dos conceitos de regras e princípios que interagem entre si e que consideram a facticidade:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda de uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2003, p. 70).

Definidos os dois conceitos, Humberto Ávila passa a caracterizar seu conceito de postulado normativo como uma metanorma ou norma de segundo grau, eis que se dedicam a estruturam a aplicação das normas que são

comportamentais (regras) ou finalísticas (princípios), ou seja:

Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de relacionamento e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. (ÁVILA, 2003, p. 81).

Os postulados funcionam, então, como meios orientadores da aplicação dos princípios e regras. Mandamentos que tem dificuldade de se enquadrar⁸ nos tipos legais de regras e princípio, como a razoabilidade, devido processo legal, proporcionalidade, são a exemplos de postulados normativos aplicativos, conforme ensina Humberto Ávila para quem “Os postulados normativos são estruturam a aplicação de outras normas” (2003, p. 83). Para o referido autor, os postulados normativos são de dois tipos: específicos e inespecíficos.

Os postulados inespecíficos (ou incondicionais) não possuem certas condições de aplicação (circunstâncias), tem natureza formal, pois não consagram um conteúdo substancial como orientação, mas apenas uma forma (ÁVILA, 2003, p. 85-86). São exemplos os postulados da ponderação de bens, concordância prática, proibição de excesso. Já os postulados específicos são condicionados para sua aplicação à determinada circunstância, que enseja um conteúdo material, tendo como exemplos os princípios da igualdade⁹, razoabilidade¹⁰ e proporcionalidade.

Firmada a distinção ente princípios e regras, outra diferenciação torna-se necessária ante a proximidade entre as idéias de princípios (e postulados) e valores. Os princípios são, como caractere essencial, deontológicos, isto é, emanam abstratamente condutas ou vedação de condutas. Vide conceito de Robert Alexy que hes atribui a idéia de mandados de otimização.

⁸ “As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles a inserem em tais categorias” (ÁVILA, 2003, p. 82). Prossegue o autor indicando que para a proporcionalidade existem diversos enquadramentos, como de regra específica, princípio de legitimação, entre outros.

⁹ Há que se realçar que operação da igualdade carece, para se materializar, de critérios que estabelecem diferenciação e finalidades. Isto porque, é para conceder tratamento isonômico, é necessário estipular previamente a medida da diferença ou o padrão da igualdade. Tais medidas ou padrões também são influenciados pelo fim a que se quer chegar. Assim, a igualdade é condicionada pela idéia de diferenciação pela e finalidade. (ÁVILA, 2003, p. 94).

¹⁰ Humberto Ávila organiza o princípio da razoabilidade em três vertentes: a) razoabilidade-mediação, que relaciona as normas gerais com a individualidade do caso concreto; b) razoabilidade-congruência, que relaciona as normas gerais com a realidade mundana; c) razoabilidade-equivalência, que relaciona duas grandezas. (2003, p. 95-101).

Os valores não possuem caractere deôntico, mas axiológicos, posto que constituem direção (para o bom ou melhor) a ser tomada. Muito mais intensamente do que os princípios, os valores vinculam-se às ideologias. Além disto, os valores interferem e orientam os próprios princípios (e que, por isso, não deixam de ter carga axiológica). Todavia, na interpretação os princípios sobrepõem-se aos valores por serem mais concretos, como diz José Felipe Ledur:

Princípio e valor diferem, pois, na medida em que o primeiro indica o que é devido, o segundo aponta para o que é referencia, por ser melhor. Nem sempre o devido coincide com o que é a referencia, situação em que, evidentemente, o princípio prevalecerá sobre o valor (LEDUR, 1998, p. 47).

4. O raciocínio por princípios.

Para além de o domínio principiológico oferecer uma sólida operacionalidade do instrumental jurídico, os princípios propiciam o acesso da interdisciplinaridade ao sistema jurídico, sendo este, talvez, seu fim maior. Explica-se que os princípios, mesmos distintos dos valores, são compromissários dos axiomas e teleologias que compõem, implicitamente na sua base, o Direito. Os valores e finalidades consagrados nos princípios jurídicos são a demonstração que a gênese do Direito provém dos grupos sociais, das disputas políticas e econômicas, demarcando a historicidade que lhes envolve. Nisto, os princípios (re)ligam o Direito à Sociologia, Economia, Política e História, agregando a interdisciplinaridade.

Na perspectiva da abertura interpretativa a partir da caracterização dos princípios, o intérprete deve repensar a norma fundamental, a par do que tem feito o constitucionalismo moderno. Nisto Luis Roberto Barroso recompõe o sentido da Constituição ao defini-la como “sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, 2003, p. 292).

A criatividade que se pode extrair dos princípios talvez se explique pela circunstancia que eles são vagos. “Os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico.”(ROTHENBURG, 2003, p. 18). Esta amplitude possibilita a

dinamicidade ao complexo ato interpretativo na técnica da ponderação, como também permite conferir mais efetividade ao valor intrínseco dos princípios. Isto não ocorreria com os princípios caso fossem constituídos por uma descrição exata, justamente porque esta exatidão, sendo fechada e limitada à sua tipicidade, não acompanha a historicidade e complexidade dos fenômenos sociais.

A vagueza colabora com singularidade, pois agrega a necessária (à interpretação) plasticidade aos princípios. Walter Claudius Rothenburg enuncia seu potencial: “percebe-se que a vagueza não é um defeito que os princípios apresentam, senão que um seu jeito de ser. Eles são naturalmente vocacionados para serem retomados e desenvolvidos por normas mais específicas”(ROTHENBURG, 2003, p. 18).

Mesmo com potencial interpretativo caracterizado pelas classificações e distinções entre regras e princípios, ou mesmo com a inclusão dos postulados normativos, resta como maior contribuição da guinada principiológica, independentemente da classificação que se adote, é o saldo da força normativa dos princípios. Em todas as distinções (Esser, Dworkin, Alexy, Ávila), os princípios (e postulados) têm força normativa e vinculação.

Sem embargo da multiplicidade de concepções sobre a matéria, há pelo menos o consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete (BARROSO, 2003, p. 294).

A vinculação aos princípios é talvez uma das grandes rupturas com o positivismo e o formalismo jurídico, capaz de contribuir para o ressurgir do Direito perante sua crise. Os princípios são, desse modo, indispensáveis para a interpretação. “Os princípios, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos de poder, inclusive a do Judiciário na determinação do sentido das normas” (BARROSO, 2003, p. 316-317).

Delineando mecanismos hábeis à superação/resolução do confronto de princípios, Robert Alexy subscreve uma relação de precedência condicionada. Para tanto, baseia-se, inicialmente, na dimensão de peso dos princípios articulada por Dworkin, caracterizar a prevalência quando “tomando em cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al outro” (ALEXY, 2002, p. 92). Denomina-se condicionada porque

esta vinculação (condição) quando há “raziones suficientes para que P_1 preceda a P_2 ” (ALEXY, 2002, p. 93), ou seja, a valoração acerca da realidade concreta e das normas jurídicas. Com isso, a prevalência de um princípio sobre outro pode ser invertida mediante a aludida ponderação. “El enunciado de preferència condicionado que representa el resultado de la ponderación” (ALEXY, 2002, p. 164).

Outra contribuição importante de Robert Alexy é a demonstração da intrínseca relação entre princípios e a proporcionalidade. “el carácter de principio indica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla.” (ALEXY, 2002, p. 111). Isto é, de nada serviria a concepção hodierna dos princípios, sem a compreensão sobre como se deveria lidar com tais mandados de otimização e de peso. Compreender os princípios normativamente consiste em criar mecanismos para a operação e solução dos conflitos principiológicos, qual seja: a ponderação: “La máxima de la proporcionalidad em sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización com respecto a las posibilidades jurídicas” (ALEXY, 2002, p. 112)

5. Princípios constitucionais.

A emersão do debate constitucional na seara jurídica acalantou concepções mais vinculantes e fortalecedoras da Constituição, culminando no que se chama constitucionalismo moderno. José Joaquim Gomes Canotilho, observando que são vários os movimentos constitucionalistas, esmera a sua definição: “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade” (CANOTILHO, 1999, p.47). Ressalve-se que, mesmo não tendo tal objeto de estudo, a presente pesquisa descarta que este constitucionalismo moderno¹¹ é o cenário para a força normativa dos princípios e do repensar do princípio da proteção.

Como foi evidenciado, os princípios eram classificados como orientações sem qualquer efeito vinculante, sem gozar da mesma força que existe nas demais regras jurídicas. Hodiernamente, os avanços da doutrina que assevera uma função normativa dos princípios não obtiveram, ainda, a hegemonia no plano da decisão judicial, ou seja, apesar da aderência da força normativa no plano acadêmico, muito pouco se vê nos juízos de primeira

¹¹ “[...] o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política [...]” (CANOTILHO, 1999, p. 47).

instância, tribunais regionais ou estaduais, o que caracteriza uma incipiente utilização dos princípios no Judiciário.

Walter Claudius Rothenburg afirma que os princípios constitucionais sucederam a idéia de princípios gerais do Direito, que eram normalmente implícitos e presumíveis pela doutrina. A enumeração das diretrizes e mandamentos constitucionais, realizada pelo Poder Constituinte, confere substrato aos antigos princípios gerais do Direito.

Parece, assim, que os princípios constitucionais outros não são que os “velhos conhecidos” princípios gerais do Direito (de um determinado Direito, historicamente situado), agora dignamente formulados através das normas supostamente mais altas do ordenamento jurídico (ROTHENBURG, 2003, p. 15).

Na defesa desta força normativa, Walter Claudius Rothenburg prossegue atribuído a mesma qualidade ao preâmbulo, não obstante a dissonância de outros constitucionalistas (BARROSO, 2003) e do próprio STF. Para tanto justifica que:

Quanto melhor inserido no texto constitucional, mas evidente e apelável restará o caráter eminentemente jurídico dos princípios, muito embora a possibilidade de exteriorização deles em formulas lingüísticas seja limitada, e a admissão de princípios implícitos ou não-escritos não seja jamais de se excluir. (ROTHENBURG, 2003, p. 73-74).

É que sendo o preâmbulo a apresentação do texto constitucional, com preocupações ideológicas, estéticas e solenes, seria conveniente – por impossibilitar a postura de ruptura com a força normativa –, declinar os princípios no texto constitucional, inclusive com o fim de retirar fundamento nas decisões do STF negam juridicidade ao preâmbulo¹².

Para se defender uma força normativa dos princípios constitucionais deve-se, inicialmente, reconhecer que, apesar da consagração e valor máximo da na norma constitucional, não se tem verificado sua efetividade. Luis Roberto Barroso explica: “A falta de efetividade das sucessivas Constituições

¹² “Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08/08/03)” (STF, 2006).

brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata.”(BARROSO, 2003, p. 284).

Desnuda José Felipe Ledur que outro componente da inefetividade é a adoção, pelos gestores do Estado, de políticas que guiadas pelo velho liberalismo, exigem menor atuação do Estado (menor prestação positivas dos Direitos Sociais) em favor de uma liberdade (formal) no campo das relações privadas. A política neoliberal é, então, responsável direta pela inefetividade, como acentua José Felipe Ledur:

As normas jurídicas, voltadas para a proteção dos direitos sociais, sejam elas internacionais, sejam internas ao Estado, não têm sido observadas pelos que vêm gerenciando a economia nesses níveis. A questão reside, pois, na opção política a ser feita pelos Estados Nacionais, pelos organismos internacionais e pela Sociedade, para que as necessidades básicas de toda a população possam ser atendidas (LEDUR, 1998, p. 145).

Verifica-se, nestes termos, um complexo conflito entre uma Constituição Social, que prega direitos sociais materializados pela prestação (intervenção) estatal, com uma política econômica que implementa uma redução da atuação estatal no plano dos Poderes Executivo e Legislativo, recalitrando (intencionalmente) no seu dever (como dispõe a Constituição) em elaborar leis complementares e específicas que regulamentem os direitos sociais. Neste conflito entre o programa do Estado (Constituição) e a política do governo, há que se defender à Constituição, porque muito mais representativa dos anseios sociais do que uma gestão economicista.

A reiteração da defesa da força normativa da Constituição, em especial dos direitos fundamentais, tem como ponto de partida a constatação acima da inefetividade dos direitos sociais consagradas na Norma Fundamental. A efetividade conforma a própria Crise do Direito. José Felipe Ledur indica duas razões para a inefetividade:

A resistência oriunda de círculos jurídicos ao reconhecimento da Constituição como norma vigente, com força normativa, aliada ao alto índice de marginalização social de que dá testemunho a história brasileira, explica as razões da pouca efetividade das normas que reconhecem direitos fundamentais clássicos da

pessoa, no Brasil. [...] Dos juristas, de qualquer modo, espera-se que assumam sua parcela de responsabilidade pela introdução, na cultura jurídica nacional, do respeito aos Direitos Fundamentais (LEDUR, 1998, p. 52).

A função normativa dos princípios é reconhecida explicitamente por Norberto Bobbio, quando diz “a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso” (*apud* ROTHENBURG, 2003, p. 43).

Comentando o modelo de Direito Sociais de Robert Alexy, José Felipe Ledur aduz que a principal intenção do jurista alemão foi teorizar em favor da exigibilidade dos direitos sociais (LEDUR, 1998, p. 73). Trabalhando com o conceito de liberdade jurídica (no sentido de liberdades públicas), Robert Alexy (*apud* LEDUR, 1998, p. 74) sustenta que a liberdade jurídica só se justifica quando há liberdade fática (real) para que se possa efetivamente valer-se da liberdade jurídica:

A liberdade fática não se satisfaz com a existência de norma acerca do poder jurídico de fazer determinada coisa. Nesse poder deve estar assegurada a possibilidade real de se exercer a liberdade. A liberdade fática não envolve a redução da liberdade formal à liberdade real. O que importa é que à pessoa sejam asseguradas as condições indispensáveis para que possa ser responsável por sua autonomia e, a partir daí, exercer a liberdade em novas dimensões (LEDUR, 1998, p. 74).

A utilização dos modelos de Robert Alexy conduz José Felipe Ledur a conclusão, que também perpassa a presente pesquisa, de que os direitos sociais especificamente dos direitos do trabalho e ao trabalho, são vinculativos:

Do exame do modelo proposto por R. Alexy, conclui-se que os direitos fundamentais sociais são vinculativos, ou seja, vigem. A efetividade de direitos sociais *prima facie* somente pode ser afastada se houver razões jurídicas para tanto. Isso se define mediante modelo de ponderação de princípios opostos (LEDUR, 1998, p. 78).

Sendo a Constituição depositária dos anseios e do programa de uma sociedade, o dever dos operadores jurídicos vincula-se a concretizar, na

realidade (efetivar), os preceitos constitucionais. Esta diretriz é denominada de princípio da máxima eficácia constitucional ou princípio da efetividade, como sustenta Luis Roberto Barroso:

O intérprete constitucional deve ter o compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador (BARROSO, 2003, p. 316).

JJ Gomes Canotilho anota o que segue sobre o princípio da máxima efetividade:

A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a dotas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais [...] (CANOTILHO, 1999, p. 1149).

Adverte Walter Claudius Rothenburg que, sendo os princípios carregados de valores (leia-se ideologias), devem os operadores do direito encampar¹³ tais ideologias. “É preciso, portanto, assumir inteiramente as decisões políticas fundamentais (políticas em sentido amplo) expressas pelos princípios constitucionais” (ROTHNBURG, 2003, p. 79).

Por tais razões, torna-se imperioso entender a norma constitucional com uma especificidade peculiar. A norma fundamental é tida como peculiar pela razão de ter os seguintes caracteres (BARROSO, 2003, p. 311): superioridade, advinda sua hierarquia máxima em relação às demais normas; linguagem própria, caracterizada por expressões abertas adequadas as normas principiológicas; conteúdo específico, concernente aos direitos fundamentais, organização do Estado e normas programáticas; caráter político, em virtude da sua fundamentação política, dialoga com valores e interesses explicitamente. Tais caracteres tendem a realçar a norma fundamental, exigindo uma

¹³ “Os princípios jurídicos, constitucionalizados, indicam, pois, os valores em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade, sempre ao encontro de uma nova redenção” (ROTHEBURG, 2003, p. 83).

interpretação própria e particular¹⁴.

Para além da força normativa da Constituição e sua peculiar interpretação, os princípios atuam como diretivas no controle de constitucionalidade, segundo Walter Claudius Rothenburg. Sendo “[...] hábeis a servir de índice para a fiscalização de constitucionalidade” (2003, p. 48), os princípios constitucionais têm inspirado declarações de inconstitucionalidade, por violação de princípios, no STF. Isto corrobora com a força normativa dos princípios.

6. Ponderação e Princípio da Proporcionalidade.

A nova interpretação constitucional mitiga – sem contudo extinguir – o método subsuntivo. Ao contrário, reconhece-se, de antemão, a pluralidade do texto, em especial do texto constitucional advindo dos conflitos e consensos¹⁵ das forças sócio-políticas, além da própria contribuição da hermenêutica.

Luis Roberto Barroso expõe a proposição basilar da interpretação constitucional. “As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam a sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar”. (BARROSO, 2003, p. 287).

Nesta linha, sustenta-se que a interpretação constitucional funciona mediante a técnica da ponderação, fundada no “balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas”(BARROSO, 2003, p. 300). O autor em comentário indica três fases nesta técnica ponderativa. A primeira almeja identificar no ordenamento jurídico a norma jurídica, delineada como um dispositivo (enunciado de conduta) ou a conjugação de vários dispositivos. Adiante, examina-se os fatos e suas circunstâncias de maneira a interagir com a norma identificada anteriormente, posto que somente nesta interação pode-se verificar o real sentido¹⁶ da norma. Na terceira e última etapa, é que se concretiza verdadeiramente a ponderação, eis que se tem que mediar, perante o grupo de normas identificadas (e normalmente são várias e conflitantes) e a

¹⁴ A interpretação conforme a Constituição é uma destas hermenêuticas próprias da norma fundamental. Nela se faz diretamente um controle de constitucionalidade, pois havendo uma pluralidade interpretativa deve-se prevalecer aquela que mais se compatibiliza com a Constituição

¹⁵ “A interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados freqüentemente entram em rota de colisão” (BARROSO, 2003, p. 299)

¹⁶ “Embora os princípios e regras tenham sua existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido” (BARROSO, 2003, p. 300-301).

partir da facticidade examinada, as normas a serem aplicadas e a decisão a ser tomada. Cumpre explicitar que a ponderação tem como pressuposto, que se destaca na terceira fase, a pluralidade de possibilidades interpretativas. Luis Roberto Barroso assim explica:

Nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade de solução escolhida, cabe aqui decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade (BARROSO, 2003, p. 301).

Na técnica interpretativa apresentada acima há notório espaço para uma discricionariedade do intérprete, o que não chega, em si, ser algo prejudicial, justamente pelo papel inafastável da subjetividade na hermenêutica, demonstrando pela hermenêutica contemporânea em Hans-Georg Gadamer (2005). O problema reside na limitação do espaço de subjetividade, isto é, na necessidade de justificação e argumentação a partir da ordem jurídica. É esta a ressalva de Luis Roberto Barroso à ponderação: “Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer” (BARROSO, 2003, p. 303).

Chega-se, então, ao debate sobre a teoria da argumentação, que formula a seguinte questão: qual a argumentação jurídica correta (ou a mais verossímil) no seio de uma multiplicidade de possibilidades interpretativas? Luis Roberto Barroso prefere formular assim o problema:

Se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de uma decisão correta, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor que a outra? (BARROSO, 2003, p. 305).

Na tentativa de responder a dúvida sobre a justificação da argumentação, algumas pistas são encontradas. A primeira remonta à relação argumentação e ordem jurídica, considerando que o ordenamento jurídico é o palco que se apresenta a argumentação. Disso conclui-se que a interpretação deve ser apoiada e sustentada na ordem jurídica (lei), não tê-la como simples adereço, que importaria tornar a lei meramente acessória e secundária na hermenêutica.

Outra pista importante é a explicitação da argumentação-motivação. É a publicização do raciocínio argumentativo, demonstrando os passos dados na técnica ponderativa e, com isso, resta possível uma valoração-comparação sobre estes, com a finalidade de se verificar se foram os mais adequados, necessários e proporcionais. “Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se houver uma argumentação explicitamente apresentada. Essa evidencia conduz ao problema da motivação das decisões que envolvem a técnica da ponderação [...]” (BARROSO, 2003, p. 306).

Robert Alexy constrói uma lei para a ponderação. “De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro” (ALEXY, 2002, p. 161). Nesta direção, a precedência condicionada de um princípio sobre outro é produto da ponderação, desde que não assimilada como um procedimento unidirecional que subjuga uma norma sobre outra, eis que o condicionamento pode ser invertido. “Ya del concepto de principio resulta que em la ponderación no se trata de una cuestión de o-todo-o-nada, sino de una tarea de optimización” (ALEXY, 2002, p. 166)

Constata-se a proximidade entre a ponderação e o princípio da proporcionalidade. José Joaquim Gomes Canotilho conceitua o princípio da proporcionalidade como uma justa medida. “Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim” (CANOTILHO, 1999, p. 265).

Entende-se estritamente o princípio da proporcionalidade como aquele que visa a estruturação/aplicação quando da colisão de normas, produzindo o resultado no qual as vantagens auferidas superam as desvantagens provocadas (ÁVILA, 2003, p. 102). Nisto difere da razoabilidade, porque esta última não se baseia numa relação de causalidade, que é essencial à proporcionalidade:

E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação

da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre o meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim (ÁVILA, 2003, p. 102).

O princípio da proporcionalidade, ou postulado segundo Humberto Ávila, tem recebido bastante atenção, especialmente na função de controle dos atos do Poder Público. Cumpre, todavia, categorizar tal princípio com o fim de se entender devidamente suas diversas manifestações, que são três: proporcionalidade-adequação, quando o meio utilizado promove o fim, o meio adequar-se ao fim; proporcionalidade-necessidade, quando o meio escolhido entre os demais representa o melhor, por ser o menos restritivo de direitos fundamentais; proporcionalidade (estrita), quando as vantagens auferidas são superiores às desvantagens. Extrai-se, portanto, que o postulado da proporcionalidade circunda a idéia de fim¹⁷.

Já Luis Roberto Barroso, denominando o princípio de razoabilidade/proporcionalidade, relata as três situações, a partir das manifestações acima, em que o Poder Judiciário poderia invalidar atos legislativos ou administrativos:

a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito) (BARROSO, 2003, p 315).

Pode-se até alegar que a técnica ponderativa (BARROSO, 2003) é, de fato, a aplicação do próprio postulado da proporcionalidade. Todavia, Luis Roberto Barroso rejeita isto dizendo que “a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes em uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita” (BARROSO, 2003, p. 303). Ou seja, a ponderação, sendo somente técnica, não lida com o conteúdo, como se faz o princípio da proporcionalidade. Assim, a ponderação articulada por Barroso poderia-se enquadrar no conceito de postulado incondicional (formal) de Humberto Ávila (2003), e

¹⁷ “Se uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturam. Nesse sentido, importa investigar o significado de fim: fim consiste num ambicionado resultado concreto (extrajurídico);” (ÁVILA, 2003, p. 106)

nisto distinguindo-se da proporcionalidade que seria postulado condicional (material).

Robert Alexy diferencia as três acepções da proporcionalidade, quando assimila que a proporcionalidade, enquanto necessidade e adequação, dirige-se à ao exame da facticidade, sendo que a proporcionalidade, em sentido estrito, destina-se ao debate da juridicidade. (ALEXY, 2002, p. 111-112).

Recusando a objeção de arbitrariedade¹⁸, Robert Alexy concerne um procedimento racional para a ponderação, malgrado a natureza desta impedir a produção de resultados exatos e constantes. A ponderação não é medida arbitrária, posto que justifica, publica e motivadamente, as razões adotadas no caso em questão, sendo, neste ponto, demonstrável racionalmente. A pretensão do racionalismo na ponderação, em atenção à crise das ciências modernas e seu cientificismo, recolocou esta demonstração/justificação na teoria da argumentação (PERELMAN, 2005), como reconhece Robert Alexy: “[...] el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley da ponderación com la teoria de la argumentación jurídica” (ALEXY, 2002, p. 167).

Então, em Robert Alexy, as figuras das teorias dos princípios, sua força normativa, a proporcionalidade, a ponderação e a argumentação cingem-se como medida não dogmática ou positivista, para a construção das bases de interpretação jurídica contemporânea:

El modelo de la ponderación, basado em la teoria de los principios, puede dar una respuesta tal al vincular la estructura formal de la ponderación com una teoria de la argumentación jurídica, que incluye una teoria de la argumentación práctica general (ALEXY, 2002, p. 169).

7. Conclusão.

O contexto jurídico contemporâneo começa a despontar para o pós-positivismo, perpassado pela hermenêutica filosófica que atua a partir de princípios em busca da concretização dos direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito articula-se, neste contexto, como um garantidor dos

¹⁸ “Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realice. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método” (ALEXY, 2002, p. 157).

direitos fundamentais. Todavia, para tal mister a clássica atuação jurídica positivista, liberal-individualista, fundada na interpretação pela subsunção, não conseguiu efetivar sua retórica, confirmando seu esgotamento.

Mesmo com toda a contribuição da função contemporânea normativa, os princípios, tidos como proposições fundamentais, não têm sido tão basilares para os aplicadores do Direito, que os tem relegando para segundo plano. “Os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos quer permitam melhor compreendê-los e aplicá-los” (ÁVILA, 2003, p. 17). Neste sentido, qualquer intento de repensar os princípios deve se pautar por transformar em norma jurídica eficaz e efetiva mera a possibilidade do Direito, pois a “matéria bruta utilizada pelo intérprete – texto normativo ou dispositivo – constitui mera possibilidade do direito” (ÁVILA, 2003, p. 16).

Esclarece-se que a Constituição de 1988 foi forjada no processo mais legítimo e representativo da história brasileira, sendo a mais democrática norma fundamental da história do constitucionalismo nacional (BARROSO, 2003, p. 285). Esta Constituição promoveu novas leituras e interpretações do ordenamento infraconstitucional, guiadas pelos princípios, valores e objetivos constitucionais:

A Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. [...] A efetividade da Constituição foi a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil, a nova interpretação constitucional (BARROSO, 2003, p. 285-286).

Espera-se que com o horizonte de perspectivas instalado pela guinada principiológica, notadamente, pela função normativa e vinculante dos princípios constitucionais, o Direito possa reencontrar um novo espectro epistemológico diferente do positivismo jurídico. Para esta guinada principiológica ocorra no cotidiano jurídico há que se reconstruir a formação dos operadores jurídicos atuais (e dos futuros), eis que o positivismo e o método da subsunção ainda hegemonomizam o discurso e a prática jurídica. Todavia, a hermenêutica jurídica (filosófica e lingüística) tem se apresentado com veemência para tal tarefa, especialmente pelo raciocínio por princípios.

8 . REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

BOBBIO, Noberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2º Ed. São Paulo: EDIPRO, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das normas jurídicas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

CORNESSE, Isabelle. *La proportionnalité em Droit du Travail*. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direito a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 7ª ed.. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão e Dominação*. 3ª. São Paulo: Atlas, 2001.

JUCÁ, Francisco Pedro. *A constitucionalização dos Direitos do Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas Infraconstitucionais*. São Paulo: Ltr, 2000.

LEDUR, José Felipe. *A realização do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

ORMAETXEA, Edurne Terradillos. *Princípio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004;

ROTHENBURG, Walter Claudios. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ATLETA PROFISSIONAL – MULTA RESCISÓRIA E A CONSAGRAÇÃO, PELOS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO, DAS REGRAS DE ESCRAVIDÃO

Rafael da Silva Marques

Introdução.

Foi-se o tempo em que o trabalhador, contra sua vontade, deveria ficar ligado ao tomador do trabalho. A grossíssimo modo foi com a nominada Lei Áurea de 1888, firmada pela Princesa Isabel, que isso terminou. Não se vai entrar no mérito de que, na época, era de interesse dos grandes estancieiros terminar com a escravidão, em razão dos custos de manutenção do escravo, superiores ao salário que lhes seria pago. O certo é que as pessoas passaram a ser tratadas como pessoas.

E é partindo desta lógica que o direito se desenvolve. As normas de proteção ao trabalho e, porque não, ao modo de produção capitalista também, se desenvolvem, chegando ao patamar de direitos humanos e fundamentais. Junto a elas desenvolveu-se toda uma lógica principiológica e interpretativa que, no caso brasileiro, culminou com o artigo 7º, cabeça, da CF/88, regra de não retrocesso social e de emancipação humana pelo trabalho.

Não se pode deixar de lado que o trabalho tem um valor social e que, além disso, é sustentáculo da estrutura econômica nacional, na forma dos artigos 1º, IV e 170 da CF/88, respectivamente. Mais: vai além disso, como diz Herbert Marcuse, o trabalho transcende à esfera individual. É um elemento de existência humana e de repetição da história. O homem trabalha porque precisa. Trabalha também porque quer e para fazer valer sua história ancestral. Seus antepassados sempre trabalharam. Deles o homem presente colheu a sua realidade presente e para os seus sucessores a deixará, com a certeza de que esta história não terminará na geração seguinte.

Como se pode ver por esta breve introdução, toda vez que um determinado ser humano tiver limitado seu direito ao trabalho, de escolha do ofício ou de escolha a quem trabalhar, estará tendo limitado um dos elementos

Rafael da Silva Marques é Juiz Federal do Trabalho substituto da 29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Mestre em Direito pela UNISC/Rs. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Burgos, Espanha.

de existência humana. Terá limitada sua história no mundo e a história de seus sucessores. É por isso que se propõem uma leitura emancipatória do artigo 28 da lei 9.615/98.

Princípio da tutela como norma de interpretação do direito do trabalho.

O princípio da tutela tem por objetivo proteger uma das partes, o empregado, na busca da igualdade substancial. Tratar os iguais de forma iguais e os desiguais de forma desigual na medida em que se desigualam. Compensar no plano jurídico a desigualdade do plano econômico¹.

O princípio da tutela divide-se em três regras básicas:

“in dubio pro operário”: na dúvida quanto ao melhor modo de entendimento/interpretação da norma, opta-se pela interpretação mais favorável ao empregado. Aqui amplia-se um benefício e limita-se um prejuízo²;

norma mais favorável: havendo mais de uma norma a regular a mesma situação de fato, independente de sua posição hierárquica, aplica-se a mais favorável ao empregado. A norma superior prevê o mínimo, podendo a inferior apenas melhorá-la para o empregado;

condição mais benéfica: sucedendo-se normas jurídicas durante o contrato a regularem o mesmo instituto, mantém-se as condições mais benéficas adquiridas na constância da norma anterior. Respeita-se, com isso, o direito adquirido.³

Como se pode perceber, a regra, uma vez tendo por base o princípio da proteção, é aplicar, na dúvida, a interpretação mais favorável ao empregado, a fim de compensar juridicamente a desigualdade havida no mundo fático.

Análise do artigo 28 da lei 9.615/98 e da alteração havida pela lei 12.395/11.

Foi o tempo em que as alterações legislativas havidas tinham o propósito de salvaguardar os direitos dos trabalhadores. São tantos os

¹ CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, Porto Alegre; Síntese editora, 2003, p. 110.

² CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, Porto Alegre; Síntese editora, 2003, p. 125.

³ CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, Porto Alegre; Síntese editora, 2003, p. 125.

exemplos que se perderia um dia inteiro, sem abarcar a todos. Contudo vale a pena fazer referência aos mais excrescentes: banco de horas; lei do contrato a prazo determinado; cooperativas de trabalho; comissão de conciliação prévia.

E o mais preocupante é que a ação não vem apenas do poder legislativo. Em sua grande maioria o poder judiciário agasalha estas alterações “receptionando” leis flagrantemente inconstitucionais, sem fazer uma análise crítica e voltada aos princípios de proteção ao trabalho e direitos humanos.

Também pudera. O modelo ou projeto de estado que se tem hoje é aquele voltado ao econômico. O falso discurso do custo Brasil, que efetivamente prejudica micro e pequenas empresas, é estendido aos grandes conglomerados, detentores de poder, que se beneficiam com normas econômicas e voltadas apenas aos seus interesses e que deixam de lado o trabalho, o trabalhador e a dignidade do outro.

Não é diferente quando se trata de atleta profissional. Aqui, antes da análise, cabe um alerta: 90% dos atletas profissionais de futebol são pessoas humildes e que trabalham de dia para comer a noite⁴. A realidade dos grandes clubes, como o nome já diz, envolve apenas eles e seus grupos de jogadores. No mais, os atletas recebem salários baixos, muitas vezes sem qualquer recolhimento de FGTS ou proteção previdenciária.

É para estes, em especial, que se dirige este pequeno ensaio.

Até a vigência da lei 12.395/11 o artigo 28 da lei 9615/98 (lei Pelé) dizia que:

Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral. § 1º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvadas as peculiaridades expressas nesta Lei ou integrantes do respectivo contrato de trabalho. § 2º O vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante tem natureza acessória ao respectivo

⁴ A CBF evita prestar informações, mas em uma única oportunidade informou que dados para o TST informou que 44,91% recebia um salário mínimo, 41,63% recebia 2 salários mínimos e somente 3,35 recebiam acima de 20 salários mínimos, dado de 2000, fornecido pela CBF ao TST.

vínculo trabalhista, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais: (...); II - com o pagamento da cláusula penal nos termos do caput deste artigo; (...).

Pela leitura simples do preceito legal anterior, se pode constatar que não há qualquer referência, no parágrafo segundo, inciso II, à cláusula penal em razão do rompimento do contrato ser destinada apenas ao atleta. Também pudera. O legislador, com a edição da lei 9.615/98, buscou libertar o atleta da escravidão do passe. Buscou também garantir ao clube a permanência do atleta. A linha de análise do legislar, neste caso, foi não apenas privilegiar as equipes de futebol, mas também o jogador, a fim de dar a ele maior garantia após a assinatura de um contrato⁵. O legislador levou em consideração não apenas a indenização prevista no artigo 479 da CLT, indenização pelo rompimento de contrato, mas também a pena por este rompimento, a fim de fazer com que a parte cumpra, de fato, o que foi anteriormente acertado.

Inadvertidamente, entretanto, não era esta a opinião dos tribunais, em especial do tribunal superior do trabalho. De forma quase que unânime os ministros vinham entendendo que a cláusula penal aplica-se apenas ao atleta profissional em caso de rompimento do contrato, não sendo devida pelo clube nas mesmas condições de terminação do pacto⁶.

Justificava suas decisões pelo fato de já haver, no parágrafo primeiro do artigo 28 da lei 9.615/98, norma prevendo a aplicação de indenização em caso de rompimento do contrato a prazo determinado por parte do clube, no caso, a do artigo 479 da CLT. Ainda, entendia que esta cláusula penal substituíra a perda do direito ao passe e indenizava o período de formação dos atletas.

E foi com base nesta jurisprudência do tribunal superior do trabalho que houve a alteração legislativa. Hoje o artigo 28 da lei 9.615/98 preceitua que:

Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente. I - cláusula indenizatória

⁵ O que a FIFA defende é a manutenção da estabilidade contratual.

⁶ ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. RESCISÃO INDIRETA. CLÁUSULA PENAL. INDEVIDA. A cláusula penal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.615/98 tem sua aplicabilidade restrita às hipóteses em que o rompimento antecipado do contrato de trabalho dá-se por iniciativa do atleta. Precedentes da SBDI-1. Incidência do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333. TST-RR-17700-89.2008.5.10.0103.

desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses: a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou b) por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses; e II - cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5o. § 1º O valor da cláusula indenizatória desportiva a que se refere o inciso I do caput deste artigo será livremente pactuado pelas partes e expressamente quantificado no instrumento contratual: I - até o limite máximo de 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual, para as transferências nacionais; e II - sem qualquer limitação, para as transferências internacionais. § 2º São solidariamente responsáveis pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva de que trata o inciso I do caput deste artigo o atleta e a nova entidade de prática desportiva empregadora. § 3º O valor da cláusula compensatória desportiva a que se refere o inciso II do caput deste artigo será livremente pactuado entre as partes e formalizado no contrato especial de trabalho desportivo, observando-se, como limite máximo, 400 (quatrocentas) vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão e, como limite mínimo, o valor total de salários mensais a que teria direito o atleta até o término do referido contrato. § 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes: I - se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede; II - o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto; III - acréscimos remuneratórios em razão de períodos

de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual; IV - repouso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas ininterruptas, preferentemente em dia subsequente à participação do atleta na partida, prova ou equivalente, quando realizada no final de semana; V - férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias, acrescidas do abono de férias, coincidentes com o recesso das atividades desportivas; VI - jornada de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais. § 5º O vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva contratante constitui-se com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, tendo natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais: I - com o término da vigência do contrato ou o seu distrato; II - com o pagamento da cláusula indenizatória desportiva ou da cláusula compensatória desportiva; III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, nos termos desta Lei; IV - com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista; e V - com a dispensa imotivada do atleta. § 7º A entidade de prática desportiva poderá suspender o contrato especial de trabalho desportivo do atleta profissional, ficando dispensada do pagamento da remuneração nesse período, quando o atleta for impedido de atuar, por prazo ininterrupto superior a 90 (noventa) dias, em decorrência de ato ou evento de sua exclusiva responsabilidade, desvinculado da atividade profissional, conforme previsto no referido contrato. § 8º O contrato especial de trabalho desportivo deverá conter cláusula expressa reguladora de sua prorrogação automática na ocorrência da hipótese prevista no § 7º deste artigo. § 9º Quando o contrato especial de trabalho desportivo for por prazo inferior a 12 (doze) meses, o atleta profissional terá direito, por ocasião da rescisão contratual por culpa da entidade de prática desportiva empregadora, a tantos doze avos da remuneração mensal quantos forem os meses da vigência do contrato, referentes a férias, abono de férias e 13º (décimo terceiro) salário. § 10. Não se

aplicam ao contrato especial de trabalho desportivo os arts. 479 e 480 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.

A antiga cláusula penal, agora nominada cláusula indenizatória desportiva, está dirigida apenas ao atleta profissional, com valor estipulado em duas mil vezes o salário médio do atleta no clube para transferências nacionais, sem redução pelo tempo de execução do contrato, não havendo limite para o caso de saída para o exterior, ao passo que, para os clubes, há a previsão de uma cláusula compensatória, em caso de despedida sem justa causa, rescisão indireta ou inadimplemento salarial, limitada a quatrocentas vezes o salário do atleta, e como mínimo o que falta a ser cumprido⁷.

O fato de haver uma pena também para o tomador do trabalho, que não havia antes segundo a jurisprudência, não altera a situação dos atletas. Continuam eles sendo espécie de escravos dos clubes. Na grande maioria das vezes não possuem dinheiro para pagar a cláusula indenizatória, estipulada em grande parte dos casos sobre o valor máximo, devendo permanecer na equipe, mesmo sem jogar, muitas vezes treinando em separado, até o final do contrato.

Deve o atleta seguir “trabalhando” para quem não quer. Deve seguir vinculado a um contrato que não é mais seu. Um trabalhador regido pela CLT pode demitir-se. O jogador de futebol, por exemplo, não. Deve cumprir o contrato. Que tipo de trabalho é este? Que tipo de trabalho deixa o trabalhador exclusivamente ao dispor de seu tomador de trabalho? O nome, embora forte, é escravidão.

Note-se que as normas internacionais impedem que o trabalhador seja tratado como mercadoria. Esta legislação brasileira nada mais faz do que aproximar o trabalhador atleta a peça negociável no mercado. A mercadoria, com um preço definido, valor da cláusula indenizatória, sem o qual deve permanecer por longos anos “prestando trabalho” em um local que não mais lhe pertence.

Registro que há inúmeros atletas nestas condições. Mesmo de equipes pequenas, no interior do Rio Grande do Sul, em que o salário é pequeno, um mil reais, a cláusula penas é de dois milhões de reais. E o pior é que a justiça do trabalho, pela sua jurisprudência, acaba por consagrar este mal.

A falácia de que deve-se pensar na formação do atleta não se sustenta.

⁷ O que está sendo fixado na grande maioria dos contratos.

Hoje as equipes formadoras recebem valores, 5% por transferência do atleta por elas formado, o que não justifica uma norma extrema de limitação do direito ao trabalho que impeça que o trabalhador altere, por conta própria, seu empregador.

De outro lado, no Rio Grande do Sul, a Companhia Estadual de Energia Elétrica forma profissionais para a área de energia todas as semanas. Após a formação, dada pela melhor das escolas, as empresas privadas vêm e oferecem salários superiores aos que o poder público pode pagar, aliciando o trabalhador sem qualquer indenização à CEEE. A esta realidade não se opõe o poder público em especial o judicial.

Por fim, a cláusula compensatória, a que deve ser paga pelos clubes, substitui a indenização prevista na CLT e está limitada a quatrocentos salários do atleta. A situação é tão absurda que em o clube não mais querendo o atleta, pode deixá-lo fora do grupo principal de jogadores, treinando em separado (com flagrantes prejuízos aos atletas), apenas para não pagar o valor da cláusula. O jogador, contudo, não pode rescindir o contrato. Se assim o fizer terá que pagar uma multa cinco vezes superior a que teria direito nas mesmas circunstâncias.

Proposta de solução.

Não basta fazer a crítica. Cabe ao crítico apresentar uma solução. É por isso que, antes, há referência ao princípio da tutela. Sempre que houver dúvida, a interpretação a ser utilizada é a mais favorável ao empregado. Mas não é só isso. A regra do artigo 7º, cabeça, da CF/88, além de cláusula de não-retrocesso, determina a forma como deve o interprete pautar-se em matéria trabalhista. Faz referência a todos os trabalhadores, de onde se conclui também os atletas.

Esta cláusula preceitua que não poderá haver retrocesso em matéria legislativa. Não poderá, igualmente, haver retrocesso interpretativo, por parte dos tribunais, em temas ligados ao direito do trabalho. No caso em estudo, mais importante, é que ela não permite, nem de longe, a consagração da escravidão, como aliás, faz todo o sistema jurídico.

Uma vez que o artigo 7º, caput, e inciso I, da CF/88 preceituam como direitos dos trabalhadores além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, dá ao empregado o poder de rescindir o contrato. Não há

regra constitucional que dê este mesmo poder ao empregador, ou seja, de não permitir a rescisão. Os críticos desta tese poderão dizer que o empregado pode rescindir o pacto. Até pode, mas vai pagar como uma multa de dois milhões de reais, quando recebe um mil reais ao mês?

A norma deve ser vista no mundo fático. Os efeitos que ela traz e/ou impõe à vida das pessoas. No caso o empregado atleta pode romper o contrato. Mas o fará, se deve pagar uma multa absurda? Claro que não, vinculando-se pelo período acertado no contrato mesmo sem que este contrato não seja mais seu.

De outro lado, se a multa pelo rompimento do contrato fosse de valor razoável, com limitação legislativa razoável: dez vezes o salário do atleta por exemplo, poder-se-ia aplicá-la. Aliás, os parâmetros da CLT, em se tratando do atleta, seriam bem razoáveis, podendo, em havendo litígio judicial, o magistrado afastar em parte os valores da cláusula indenizatória desportiva e fixar um valor mais razoável para o rompimento do contrato ou ainda, permitir a rescisão conforme as regras da CLT, mesmo havendo impedimento no parágrafo 10 do artigo 28 da lei 9.615/96, isso em razão do que preceitua o artigo 852-I, parágrafo primeiro, da CLT, que diz que o juiz decidirá o caso concreto de forma mais justa⁸.

Assim, tendo por base o que preceituam os artigos 1º, IV, 6º e 170 da CLT, não há como permitir que a cláusula indenizatória desportiva limite o direito do atleta de transferir-se a outro clube. Não se está dizendo que é ela inconstitucional e sim que se pode, no caso concreto, limitar o seu valor à realidade presente, a fim de não prejudicar aos atletas permitindo que possam livremente exercer seu trabalho.

Conclusão.

Conclui-se este breve ensaio com a esperança de se ter contribuído. As críticas havidas não são pessoais e sim à estrutura da justiça do trabalho que tem, como se pode ver, um papel fundamental na formação da legislação laboral.

É por isso que, uma vez havendo clausula indenizatória que fixe valor exorbitante, cabe ao magistrado limitá-la a padrões razoáveis, utilizando-se critérios de proporcionalidade, ou mesmo de critérios indenizatórias já previstos no sistema como o do artigo 479 da CLT.

O que não se pode é repetir a regra do artigo 28, I e parágrafo primeiro,

⁸ Por este artigo os critérios de justiça deixam de ser forma de integração da norma trabalhista para ser fonte formal do direito.

I, da lei 9.615/98, impedindo que o trabalhador troque de empregador e siga exercendo seu mister, seu trabalho da forma que melhor lhe convenha. Da forma que sua história e sua vida lhe ensinou. Da forma que possa ser inteiro e justificar, plenamente, sua existência.

ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO

Sarah Margarete Bezerra Pinto¹

1. Apresentação

O ser humano nasce como um ser social. Suas experiências de vida ocorrem por meio dos relacionamentos e fatos vividos desde sua tenra infância e tem a característica de estar em constante mutação.

São os atos positivos e negativos que derivam do convívio familiar e social que constroem parte da personalidade de cada pessoa. A forma de condução desses relacionamentos deve ser pautada em atitudes lícitas baseadas nos princípios de dignidade da pessoa humana e do direito à personalidade individual, tendo em vista que a formação de cada indivíduo está relacionada em experiências que irão paulatinamente delinear o seu perfil único.

A personalidade sadia é tutelada pela Constituição de 1988 como direito à dignidade, devendo assim qualquer ato tendente a violá-lo ser repudiado de imediato.

Constitui uma forma de agressão à integridade moral e da personalidade o assédio moral, que se manifesta em diversos ambientes de convivência social, como o familiar, escolar e de trabalho, constituindo-se em agressões e violência de cunho moral e psicológico exercidas de forma perversa ou egoística, no intuito de dominação e desestabilização da vítima, devido à necessidade de autoafirmação e sentimento narcisista de superioridade do agressor, dentre outros fatores desencadeantes, como o prazer em humilhar ou sentimentos reprováveis como a inveja, ciúme, rivalidade, egocentrismo e preconceito (HIRIGOYEN, 2010b, p. 37-39).

O presente estudo tem o intuito de informar aspectos relevantes do assédio moral, com enfoque no âmbito do trabalho, dada a sua importância jurídica e repercussão social, tendo em vista que o homem não pode sobreviver sem sua fonte de subsistência.

A sociedade, em sua grande maioria, é composta de trabalhadores que têm no seu labor, muito além da fonte de subsistência física, também a fonte

¹ Advogada e Perita Contadora atuante na Justiça do Trabalho da 13ª Região, pós-graduanda em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista – ESMAT-13. E-mail: sarahbezerrapinto@hotmail.com.

de sua formação espiritual e emocional, estando a identidade e a personalidade do homem vinculadas ao trabalho, sendo o suporte da sua dignidade ao lhe dar a provisão. Pode-se vislumbrar um pouco da essência e importância do trabalho na música **Um Homem Também Chora (Guerreiro Menino), de Gonzaguinha**, que tão bem alcançou poeticamente a importância do trabalho para o ser humano:

[...] Um homem se humilha
Se castram seu sonho
Seu sonho é sua vida
E vida é trabalho...
E sem o seu trabalho
O homem não tem honra
E sem a sua honra
Se morre, se mata...[...]²

Em tempos remotos, o trabalho humano tinha seu ar de escravidão e de humilhação do homem pelo homem. Conforme se encontra no dicionário Aurélio, o termo “trabalhar” vem do latim vulgar *tripaliare*, que significa martirizar com o *tripalium*, antigo instrumento de tortura (BARROS, 2006, p.49).

Observa-se que o problema da exploração do homem pelo homem não constitui novidade, podendo até mesmo afirmar ser tão antigo como as próprias relações de trabalho.

Apesar de toda essa terminologia usada no passado ter sido modificada, se faz bastante consoante com a realidade que hoje vivemos. De igual modo, o assédio moral existe desde tempos remotos à exploração do trabalho humano, mas apenas recentemente foi identificado e recebeu tal nomenclatura, tendo sua delimitação no âmbito jurídico como consequência, no intuito de se inibir tal prática (HYRIGOEN, 2010a, p. 65).

Desse modo, sob uma nova roupagem e forma, ainda subsiste um cenário de violência no âmbito do trabalho, agora de forma mais ‘silenciosa’ e ‘invisível’, emergindo o fenômeno do assédio moral, que por suas características sutis tem dificultado a sua identificação e repressão, até mesmo pelas suas próprias vítimas.

Os primeiros estudos desenvolvidos sobre o assédio moral decorreram

² Gonzaga Jr. Um Homem Também Chora (Guerreiro Menino). In: Gonzaguinha. Série BIS. Rio de Janeiro: EMI Music Brasil. 1983. Faixa 6. CD

das ciências humanas e sociais. A psicologia, vitimologia, sociologia, psiquiatria e medicina proporcionaram a identificação desse fenômeno social danoso. Posteriormente, com a conseqüente amplitude do tema na esfera jurídica, foi tutelada a reparação à vítima em danos morais.

Este fenômeno é fator de violação aos direitos de personalidade do ser humano, e no ambiente laboral genericamente consiste em estabelecer pressão psicológica que se manifesta de diversas formas e modalidades, no intuito de humilhar ou desestabilizar a vítima, trazendo diversos efeitos danosos à sua saúde física e psíquica, e conseqüentemente afetá-la de tal maneira a comprometer sua identidade, autoestima, suas relações afetivas e sociais. Pode, por vezes, acarretar a incapacidade laboral e o desemprego, inclusive a má qualidade no serviço empresarial, gerando prejuízos aos cofres públicos, com licenças de saúde custeadas pelo governo, entre outros fatores danosos, chegando algumas vezes ao extremo, com o cometimento do suicídio pela vítima (MORI, 2009, p. 170).

2. Conceito de Assédio Moral

Para entender o termo assédio moral e seu conceito, haverá precipuamente a análise literal dos núcleos. No dicionário da língua portuguesa HOUAISS, encontra-se **assédio** como a “1 Operação militar, ou mesmo conjunto de sinais ao redor ou em frente a um local determinado, estabelecendo um cerco com a finalidade de exercer o domínio. 2 insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão constantes em relação a alguém.”

Já o termo moral no mesmo dicionário traz entre seus significados os seguintes concernentes ao tema: “[...], 2 pertencente ao domínio do espírito do homem, [...] 6 conjunto de valores individuais ou coletivos, considerados universalmente como norteadores das relações sociais e da conduta dos homens.”

O conceito de assédio no âmbito do trabalho para Hirigoyen (2010b, p. 17) é: “[...] qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”.

Apesar de alguns juristas se posicionarem no sentido de considerar existente a prática do fenômeno por ocasião do cometimento de um só ato danoso pelo agressor, esse entendimento não parece se enquadrar no conceito de assédio moral de Hirigoyen (2010b, p.17) acima citado e também não

se harmoniza ao significado literal do termo: insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão constante em relação a alguém, que bem revelam a repetição do ato.

Sendo assim, fica evidenciada que nem toda conduta abusiva na relação de trabalho deve ser considerada assédio moral, sobretudo se não há repetição, apesar de também ser passível de indenização em danos morais, tutelada no ordenamento pátrio vigente pelo direito civil. Fica, porém, no plano do cometimento do ato ilícito ou outros, como o abuso de direito, não havendo que se falar em assédio moral se ocorreu em ato isolado.

Qualquer que seja a definição adotada, o assédio moral é uma violência sub-reptícia, não assinalável, mas que, no entanto, é muito destrutiva. Cada ataque tomado de forma isolada não é verdadeiramente grave; o efeito cumulativo dos micro-traumatismos frequentes e repetidos é que constitui a agressão (HIRIGOYEN, 2010b, p.17)

Para o surgimento da conceituação de assédio moral na relação de trabalho que hoje se desenvolveu no Brasil foram indispensáveis pesquisas elaboradas por diversos estudiosos.

Heinz Leymann, médico alemão, estudioso do fenômeno, que desenvolveu suas pesquisas sobre o tema na Suécia na década de oitenta, e seguidamente no Norte da Europa, popularizando o conceito de *mobbing*, que também se difundiu na Alemanha graças aos seus estudos, desenvolveu as primeiras estatísticas sobre violência psicológica no trabalho.

Para Leymann (*apud* GUEDES, 2003, p. 27), o assédio moral no trabalho se manifestava como uma violência psicológica extrema, gerada por um conflito, e recorrente sobre outra pessoa no intuito de destruição da comunicação, reputação e perturbação do trabalho, com a finalidade de forçar a vítima a deixar o emprego.

No entanto, para que se configurasse o assédio, o autor determinava um período mínimo da duração do abuso de aproximadamente seis meses, com frequência semanal, e uma relação hierárquica assimétrica, como requisitos essenciais (LEYMANN *apud* BARROS, 2006, p. 886).

Na Itália, o pesquisador alemão Harald Ege, especialista em relações industriais e do trabalho, realizou estudos na Universidade de Bolonha sobre o tema que também possuía a mesma denominação, *mobbing*. Também a mesma denominação foi utilizada na Escandinávia (EGE *apud* GUEDES, 2003, p. 28).

Na Espanha, o fenômeno ficou conhecido por *acoso moral*. No Brasil, adotam-se as principais denominações de assédio moral e terror psicológico.

Em suas obras voltadas para psiquiatria, psicologia e áreas afins (HIRIGOYEN, 2010a, 2010b), a autora faz uma análise aberta do tema, trazendo à tona as principais características do agressor, que por ela é intitulado de perverso, título esse atribuído pelo comportamento autoritário, destruidor e manipulador que destina à sua vítima, não demonstrando qualquer arrependimento ou questionamento aos atos danosos que pratica.

Para a autora, os atos do perverso são fundamentados em enaltecimento próprio, em detrimento da personalidade do outro, que é visto como um objeto a ser humilhado, manipulado e desestabilizado, com o fim de causar uma destruição moral através de violência silenciosa, trazendo dessa forma sentimento de superioridade e euforia ao agressor.

Embora o comportamento se mostre pernicioso e cheio de máculas mentais, a autora não o enquadra como uma psicopatia, mas como falta de consideração ao outro, egoísmo e fria racionalidade (HIRIGOYEN, 2010a, p.13).

Apesar de a autora enfatizar que os assediadores, em regra, são perversos desprovidos de sentimentos de compaixão, vale destacar que essa característica não tem se mostrado imprescindível para descrever um agressor em relação à vítima de assédio moral, visto que qualquer pessoa movida por sentimentos de competição, vaidade, superioridade, egoísmo e o desejo de lucro, sem considerar os direitos alheios, também pode se revelar um assediador.

É o que tem entendido a jurisprudência dominante, principalmente ao condenar em danos morais instituições financeiras e empresas que se utilizam de meios vexatórios para pressionar seus empregados a venderem mais, sendo verdadeira forma de gestão por assédio imposta aos seus subordinados, conforme se pode observar em decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que confirma a existência o assédio moral como meio de gestão:

EMENTA: DANO MORAL. SUBMISSÃO DO EMPREGADO A SITUAÇÃO HUMILHANTE E VEXATÓRIA. INDENIZAÇÃO REPARATÓRIA DEVIDA. A presente controvérsia bem demonstra como os interesses meramente materiais, na busca infinita do lucro, ainda se sobrepõem ao respeito à dignidade do ser humano, princípio constitucional muitas vezes ignorado nas relações contratuais. Restou demonstrado nos autos que o reclamante foi submetido por seu empregador a pressão psicológica, objetivando atingir determinadas metas

relacionadas à captação de contas, que quando alcançadas, eram elevadas, inclusive acima da média referente a outras agências do mesmo porte. Ao não conseguir alcançar tal objetivo, foi o reclamante “premiado” com um “troféu”, representado por uma botina, que permaneceu por cerca de um ano pendurada na sala de uma das gerências regionais do reclamado, identificando o Posto de Serviço de responsabilidade do autor como o último do “ranking” do reclamado, procedimento que tornou o trabalhador alvo de piadas e achincalhções dos demais colegas em reuniões das quais participava. Tal procedimento discriminatório, que evidentemente extrapola o poder diretivo do empregador, atingiu seriamente a imagem do reclamante diante dos profissionais da área em que atua, causando-lhe sofrimento íntimo, com reflexos deletérios para sua autoestima, circunstância que justifica plenamente a indenização fixada pelo MM. Juízo de origem, visando reparar o dano moral do qual foi vítima. Recursos ordinários aos quais se nega provimento.³

No ambiente do trabalho, a agressão é variável, conforme cita Hirigoyen (2010b, p.18):

O estilo específico de agressão é variável de acordo com os meios socioculturais e setores profissionais. Nos setores de produção, a violência é mais direta, verbal ou física. Quanto mais se sobe na hierarquia e na escala sociocultural, mais as agressões são sofisticadas, perversas e difíceis de caracterizar.

No entanto, a autora tem um conceito de assédio moral mais restrito, onde abusos deliberados e tirânicos não configuram o fenômeno se forem voltados para uma coletividade, e enfatiza que os conflitos deliberados não constituem em regra o fenômeno em estudo, que está caracterizado pela violência silenciosa:

Denominamos gestão por injúria o tipo de comportamento despótico de certos administradores, despreparados, que submetem os empregados a uma pressão terrível ou os tratam

³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO – 01065.2006.050.15.00-0. Relator Desembargador Fernando da Silva Borges. Julgamento em 17 de fevereiro de 2009.

com violência, injuriando-os e insultando-os, com total falta de respeito [...] Enquanto os procedimentos de assédio moral são velados, a violência desses tiranos perturbados é notada por todos, inclusive pelos representantes dos empregados, quando existem (HIRIGOYEN, 2010b, p.28).

Firma o presente estudo que o assédio moral pode se manifestar de duas formas, tanto deliberadamente como silenciosamente, colocando-se no sentido de que a segunda forma é a mais danosa à vítima por não deixar claro os reais motivos do conflito, trazendo-a maior angústia por não saber como resolver o problema.

Da mesma forma o presente estudo se posiciona de forma mais ampla, levando em consideração que a atitude danosa é constante ainda que focada para uma coletividade, constituindo verdadeiro cerco de pressão psicológica, pois estão presentes os requisitos básicos para a configuração do assédio moral: intuito de desestabilização por meio de atitudes repetitivas e constantes com o fim de dominação da vítima, ou, no caso, vítimas.

Com foco em um estilo contemporâneo de assédio moral que se estabelece de forma coletiva, e utilizando-se de tamanha sofisticação, está o assédio como próprio meio de gestão empresarial, com a alta da flexibilização trabalhista, que o doutor em Direito e advogado Wilson Ramos Filho (2009, p. 56) em seu artigo que trata do assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos, bem esclarece:

A precarização laboral, a partir de então, se constitui em estratégia organizacional cujo objetivo é, sobretudo, político no sentido de que visa a um incremento na dominação, por intermédio de duas novas técnicas, complementares entre si, de organização do trabalho, a *qualidade total* e a *avaliação individual* de desempenho, ambas voltadas para o aumento da produtividade e da lucratividade.

Segundo o autor, existem os perversos que necessitam difundir sua dominação sobre outrem como verdadeiro requisito para alimentar a sua autoestima. No entanto, existe também o assédio por gestão empresarial contemporânea, que difere do assédio moral perverso em sentido estrito, por não se relacionar com prazer em cometer tal ilícito, nem apenas do poder diretivo dos empregadores, mas como uma forma de garantir a produtividade e lucratividade empresarial:

De fato, muitas vezes os próprios agentes do assédio moral empresarial são eles mesmos vítimas do processo gerencial de assédio empresarial, decorrente do cumprimento de metas e objetivos que lhe são impostos, figurando como vítimas e algozes a um só tempo, do assédio decorrente dos métodos de gestão implantados nas empresas e da ideologia de fundo que os fundamenta (RAMOS FILHO, 2009, p.62).

É o que pode-se constatar da análise do entendimento jurisprudencial da magistrada Mirella D'arc de Mello, Juíza Substituta da 13ª Região, ao condenar empresa em indenização por danos morais de R\$ 200.000,00, por assediar moralmente empregada com o intuito de forçá-la a atingir metas, por meio de repetidas ameaças de despedimento:

Vejamos que, essencialmente o trabalho humano é a forma ordinária de subsistência do indivíduo que não possui capital para desenvolver uma atividade econômica. E sendo a despedida imotivada permitida pelo ordenamento jurídico ao empregador, a manutenção do posto de trabalho passa a ser uma das principais tormentas diárias, fato causador de preocupações e estresse por si só. No caso em exame, restou evidenciado, tanto pelo depoimento da preposta, como pelas testemunhas trazidas aos autos, que o empregador se fazia valer do expediente de oferecer comunicados de dispensa como forma de pressionar a trabalhadora para realização das metas que objetivava alcançar. Isso porque, toda a documentação acostada e a prova testemunhal apresentada demonstra a importância da trabalhadora que possuía uma situação de destaque no seu trabalho a ponto de gerenciar um grupo de trabalhadores no Estado da Paraíba. O art. 1º da CF/88 quando trata dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil já disciplina que se constitui em um Estado Democrático de Direito com valores fundamentados na **dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho e da livre iniciativa**. A importância desse disciplinamento demonstra que no Brasil, em que pese haver autorização para a livre iniciativa privada nas dinâmicas empresariais, estas devem ser sempre pautadas em situações que garantam a dignidade

da pessoa humana e o valor social dado ao trabalho. Não é possível conceber como digna à pessoa humana, uma atuação do empregador que reitera dispensas da trabalhadora como forma de pressionar para que o trabalho seja utilizado. É importante frisar que esse juízo entende como necessário ao desempenho de uma atividade econômica o cumprimento de metas pelos trabalhadores, mas a utilização dessas metas aliadas a sucessivas dispensas da trabalhadora cobra, além do razoável, um esforço psíquico para manter a integridade emocional longe do estresse. Não é razoável exigir que a trabalhadora lide com esse tipo de procedimento sem haver repercussão emocional negativa.[...]

Vejamos que no caso em exame as testemunhas foram seguras e uníssonas em narrar a estratégia de pressão do empregador, quando dispensa e reconsiderava a dispensa da trabalhadora. O cumprimento das metas era alcançado pela Reclamante, em que pese ser considerado insuportável pela testemunha, de forma que o assédio moral evidencia-se pela prática de dispensa do trabalhador. Frise-se que foi trazido aos autos, inclusive, a utilização desse procedimento a outros trabalhadores.[...]

Resta nitidamente evidenciada a conduta de assédio pelo empregador na hipótese, seja pelo tratamento ríspido evidenciado pelos depoimentos das testemunhas, seja pela reiterada utilização do procedimento de dispensa e reconsideração. Por si só, a atitude demonstra a existência de ato ilícito por parte do empregador capaz de ensejar a reparação à vítima.[...]

É oportuno enfatizar que em situações de existência de danos de ordem moral o intérprete julgador deve analisar os fatos narrados e comprovados e sua relação com uma repercussão ao bem estar psíquico da vítima. Jamais poderemos vislumbrar efetivamente a relação entre o ambiente e a exata dimensão do dano, na medida em que os valores psicológicos não são tão facilmente observados. Mas podemos trabalhar com valores de razoabilidade nas repercussões ao homem médio. [...]⁴

Conclui-se que, se não há o requisito da vontade perversa de

⁴ BRASIL.. TRT 13ª Região- 9ª Vara do Trabalho de João Pessoa. Sentença de Primeiro Grau. Ação Trabalhista nº 0751.2008.026.13.00-3. Juíza do Trabalho Substituta: Mirella D'arc de Melo Cahú Arcoverde de Souza. Julgamento em 20 de setembro de 2009.

dominação, a conduta, ainda que desprovida do dolo, mas abusiva, que se configura em uma conduta culposa, há de ensejar o dano e a sua consequente reparação. Sendo assim, é necessário que haja mecanismos de prevenção de ilícitos dessa natureza na forma gerencial, tanto dos empresários em relação aos seus empregados de alto escalão, como dos gerentes em relação aos seus subordinados.

Quanto à configuração do assédio moral na forma culposa, bem esclarece Sequeira:

Muito embora parte da doutrina questione a juridicidade do assédio não intencional, prevalece na doutrina o entendimento, em termos sociológicos, que não se exige a intenção do assediador para caracterizar o assédio moral, bastando que tenha consciência dos fatos lesivos e dos possíveis resultados (2006, p. 253).

Fica evidenciado que é necessário estar atento às diversas formas de manifestação do assédio, devendo os empresários estar vigilantes nas formas de gerirem seus negócios, tendo em vista que, mesmo sem a intenção de assediar moralmente os seus subordinados, poderão responder pelos excessos cometidos com a finalidade de obter lucros.

3. Classificação do Assédio Moral no Âmbito do Trabalho

São diversas as formas de se cometer o assédio moral na relação de trabalho, como diversos são os vínculos que se formam nesse ambiente. Existem relacionamentos entres os empregados entre si e entre empregador e empregados, e todas essas conexões vão gerar ambientes onde podem se desenvolver várias modalidades de assédio.

O relacionamento hierárquico de superioridade gera um ambiente mais favorável ao surgimento desse fenômeno, que decorre da subordinação do empregado ao empregador, pois naturalmente existe um clima de submissão e dominação. No entanto, o simples fato de existir essa hierarquia não justifica toda e qualquer manobra do superior hierárquico em fazer a sua vontade sem limites, subjugando o empregado a situações humilhantes. A conduta manifestamente excessiva incorre em ato ilícito nos termos do Art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

O assédio praticado como acima explicitado classifica-se como espécie de **assédio vertical descendente** por ser direcionado do superior hierárquico ao empregado (HIRIGOYEN, 2010, p. 112).

De igual modo, os relacionamentos entre os empregados podem ser contaminados com atitudes malévolas, que são alimentadas por inveja, competição e discriminação, entre outras (HIRIGOYEN, 2010, p. 70), e no intuito de se livrar do concorrente ou de aniquilá-lo, o colega de trabalho torna-se um agressor.

Essa forma de assediar classifica-se como **assédio horizontal**, por ser praticado por pessoas que estão no mesmo nível hierárquico, muito comum quando há disputa pelo mesmo cargo ou promoção (HIRIGOYEN, 2010, p. 113).

Bem menos frequente é o assédio cometido pelo trabalhador em relação ao superior hierárquico, mais é possível que ocorra, como, por exemplo, em situações de superiores novatos que não tem sua forma de direção aceita pelos subordinados, recebendo em troca a rejeição e o assédio do grupo com o intuito de desestabilizá-lo ao ponto forçá-lo moralmente a sair da posição que ocupa.

De igual forma, pode sofrer esse tipo de assédio o chefe promovido e que era proveniente do próprio quadro de trabalhadores, sendo alvo da inveja dos seus antigos colegas, sofrendo a indiferença e as retaliações destes (HIRIGOYEN, 2010, p. 74). Essas formas mais raras classificam-se como **assédio vertical ascendente**, por ser direcionado dos subalternos ao superior hierárquico (HIRIGOYEN, 2010, p. 114).

Por fim, também pode coexistir a pluralidade heterogênea de ofensores, os quais são provenientes tanto do mesmo nível hierárquico, os colegas de trabalho, como de nível hierárquico superior. A um só tempo convergem suas agressões à vítima, que pode ser um empregado ou um superior hierárquico, se classificando esse assédio como um **assédio misto** (HIRIGOYEN, 2010, p. 114).

Geralmente um assédio misto nasce de um assédio vertical descendente, em que o superior desenvolve o ciclo do assédio sobre a vítima, desequilibrando-a, e isolando-a do grupo. Pode ocorrer de os demais empregados, com medo de serem as próximas vítimas, se aliem ao agressor e igualmente exercerem condutas agressivas direcionadas à vítima no intuito demonstrar apoio ao superior.

Também pode ocorrer de um empregado desestabilizado pelo assédio que vem sofrendo se tornar uma pessoa de difícil convivência, acarretando a sua exclusão pelos colegas (HIRIGOYEN, 2010, p. 114).

Para que a vítima consiga se opor aos atos cometidos por seus superiores ou colegas de trabalho, é preciso que tenha consciência de que está

sendo vítima de assédio moral e, dessa forma, venha a se precaver.

Para que tenha elementos que a ajudem a se defender, é recomendável que anote o nome e função do agressor e das testemunhas, datas e horários das agressões sofridas e como se manifestaram as agressões em todos os momentos em que ocorreram. Também ela deve pedir explicações dos fatos ocorridos, de preferência por escrito. Mesmo que não obtenha uma resposta concreta, seja qual for a explicação, deve ser anotada.

Depois de ter em mãos essas informações, a vítima poderá fazer a denúncia junto ao Ministério Público do Trabalho, procurar ajuda de centros de apoio ao trabalhador, procurar o sindicato de sua categoria profissional, e se ainda assim não conseguir inibir a conduta do agressor, deverá recorrer à Justiça do Trabalho por meio de um advogado.

É importante que a vítima também fale o problema que está passando aos seus familiares e colegas de trabalho mais próximos, para que possam apoiá-la e entendam as possíveis alterações comportamentais que vem sofrendo.

4. Fenômenos Próximos

O assédio moral difere de **conflitos do cotidiano** que ocorrem esporadicamente e que são discutidos e resolvidos. Ainda que sejam conflitos graves, os motivos são claros e objetivos, são situações que se discutem e não se repetem diuturnamente de forma a pressionar ou desestabilizar o ofendido.

Se a atitude do agressor é pontual e não há a resolução do conflito, poderá ser classificada como abuso de direito, injúria, ou cometimento de ato ilícito simplesmente, e a depender da gravidade podem ensejar em dano moral, embora não se configure o assédio moral, que se caracteriza pela constância dos atos desestabilizadores.

Também diferem do fenômeno em foco as **más condições de trabalho**, a simples má condição de trabalho, isoladamente, não constitui assédio moral se não existirem pressões psicológicas conjuntamente e a intenção de pressão.

Contudo, a má condição de trabalho pode ser utilizada como meio de assediar o trabalhador quando posta intencionalmente com o objetivo de causar acidentes, ou com o intuito de denegrir a imagem da vítima, que é mudada do seu posto de trabalho para um ambiente inóspito, sem iluminação ou ventilação adequada, sujo, isolado dos demais trabalhadores e sem as ferramentas de trabalho que são necessárias.

De igual modo, deve ser feita a distinção entre o assédio moral

e o **assédio sexual**, pois esse fenômeno visa a vantagem de ordem sexual, diferentemente daquele, que busca a inferiorização da vítima, dominação e sua desestabilização, com o intuito, muitas vezes, de levá-la ao despedimento. Porém, é possível que o agressor de assédio sexual confrontado venha conseqüentemente a assediar moralmente a vítima como forma de puni-la por não ter se submetido às ofensas de cunho sexuais que recebeu.

Não se deve atribuir assédio moral às conseqüências que esse fenômeno desencadeia, como a **desestabilização emocional** que muitas vezes configura depressão e espírito fragilizado. Ocorre que algumas pessoas têm uma maior sensibilidade, e pequenos problemas cotidianos que sofrem no trabalho podem gerar conseqüências semelhantes às que sofrem uma vítima de assédio.

Uma pessoa que já sofre de depressão, síndrome do pânico, psicoses (mania de perseguição) ou apenas uma leve desestabilização emocional fruto de problemas particulares, como separação, perda de um ente querido, problemas de saúde seu ou na família, problemas financeiros, etc., pode dar a impressão de que esteja sofrendo de assédio moral. Nesses casos, deve-se ter em foco não apenas as conseqüências, mais principalmente se estão presentes as condutas recorrentes de ação ou omissão do agressor com intuito de desestabilizar e assediar psicologicamente a vítima, para que se configure o fenômeno.

Também deve-se estar atento aos casos de **trabalhadores desidiosos** e negligentes que faltam constantemente ao trabalho de forma injustificada. São relapsos, não cumpridores de suas obrigações, chegam sempre atrasados, passam horas em conversas e cafezinhos no horário de trabalho, colocando o serviço em segundo plano. Esse tipo de trabalhador, ao ser repreendido, suspenso ou advertido, pode alegar estar sendo vítima de assédio moral, sem que, contudo, estejam presentes os pressupostos malévolos do fenômeno por parte do superior.

O **stress profissional** também difere do assédio moral, tendo em vista que o trabalhador perfeccionista, ao se cobrar excessivamente a perfeição, acarreta o acúmulo de tarefas, causando-lhe o *stress*. Também pode ocorrer que o excesso de trabalho, devido a um momento de muita demanda do trabalho, como a época do Natal ou por falta de trabalhadores suficientes para o atendimento ao serviço, venha a trazer *stress* ao empregado e suas más conseqüências: depressão, doenças, dores, etc.

No entanto, o abuso do empregador que sobrecarrega o empregado de serviços continuamente, como forma de gerir o serviço e com vistas unicamente ao seu interesse patrimonial, sem consideração do outro como ser

humano, com a exploração excessiva do trabalho que mantém o trabalhador em constante ritmo de alerta quanto à permanência no emprego, pode se configurar em assédio moral.

5. Consequências Danosas do Fenômeno

A vítima de assédio moral tem sobre si consequências múltiplas, que diferem em seu grau conforme a intensidade da agressão sofrida e a personalidade de cada um.

Quando o ser humano tem suas emoções atingidas, todas às áreas da sua vida são afetadas:

Os danos na esfera emocional atingem em cheio a vida familiar e social da vítima, desencadeando crise existencial, crise de relacionamentos e crise econômica. Sabemos que o trabalho é a principal fonte de reconhecimento social e realização pessoal. O homem se identifica pelo trabalho. Na medida em que a vítima sente que está perdendo seu papel e sua identidade social, que está perdendo sua capacidade de projetar-se no futuro, verifica-se uma queda da autoestima e surge o sentimento de culpa; a vítima é tomada por grave crise existencial. A crise de relacionamento ocorre tanto na família quanto na esfera social. A relação familiar arruína-se na medida em que essa é a válvula de escape da vítima, que passa a descarregar sua frustração nos membros da família. (GUEDES, 2006, p. 94)

Na esfera psicológica, pode-se listar como as principais características danosas do assédio moral: o constante sentimento de alerta, baixa autoestima, sentimento de incompetência e inferioridade, devido à vítima se sentir culpada pelas agressões sofridas, vendo-se como verdadeira responsável por não conseguir manter um bom desempenho e relacionamento em seu ambiente de trabalho, e também a depressão e a ansiedade.

Todos esses sentimentos negativos a respeito de si mesmo desencadeiam a falta de concentração no trabalho, pensamentos de vingança em maior grau nos homens, choro em maior grau nas mulheres, pensamentos suicidas, tendência ao alcoolismo e uso de drogas.

A crise emocional da vítima do assédio vai mais além do dano psíquico, trazendo consequências danosas também ao físico. São sintomas recorrentes

em vítimas de assédio moral: problemas gástricos com dores de estômago e disfunção intestinal, insônia, dores de cabeça, palpitação, aumento da pressão arterial, falta de ar, tremores nas pernas, vertigens, entre outras.

No entanto, as consequências das agressões sofridas não param por aí, além dos danos físicos e psicológicos que recaem sobre a vítima, há também o dano social e familiar.

O assédio moral causa uma verdadeira mutação na forma de ser da vítima, que algumas vezes se torna uma pessoa de difícil convivência, passando a se queixar constantemente dos problemas sofridos, tornando-se amarga, fazendo com que seus amigos e familiares se afastem dela.

Como há a tendência ao alcoolismo e uso de drogas como válvula de escape às pressões, a vítima se torna facilmente dependente dessas substâncias químicas, trazendo com isso mais problemas, como o agravamento do desequilíbrio emocional, violência, faltas ao trabalho, e desestruturação familiar.

As consequências danosas da agressão não repercutem apenas na vítima, mas em toda a sociedade. O Estado tem seus gastos incrementados com licenças de saúde de vítimas de assédio moral, também com aposentadorias por invalidez e até indenizações judiciais.

Da mesma forma, as próprias empresas perdem; com aumento do número de faltas ao trabalho, o rendimento do serviço que cai drasticamente, a má qualidade do serviço e do atendimento aos clientes, a necessidade de contratar mais empregados para ficar no lugar dos que estão afastados por licenças de saúde, além de pagamento de indenizações decorrentes de condenações judiciais por assédio moral.

É a realidade que se tem verificado na Justiça do Trabalho em todo o Brasil, como se pode verificar nos depoimentos colhidos no processo anteriormente citado, julgado pela Dra. Mirella D'arc. No depoimento de uma das testemunhas ouvidas nesse processo, podemos observar de forma real as consequências nefastas do assédio moral na vida do trabalhador:

[...] que em 2002 a reclamante tinha um perfeito estado de saúde; que não se recorda ao certo, mas no início de 2003 a reclamante teve problemas de saúde; que a reclamante começou a 'definhar' em virtude de pressões da empresa; que se comentava na empresa que a reclamante tinha depressão; que presenciou a reclamante começando a desmaiar; que já viu a reclamante tendo tremores; que esses acontecimentos ocorreram na cidade de João Pessoa/

PB; que no dia em que a reclamante passou mal, no momento anterior, a reclamante recebeu uma ligação da sra. Márcia Rejane, da matriz do Riode Janeiro; que a reclamante comentou com os trabalhadores presentes que a sra. Márcia Rejane a havia dispensado; que a reclamante se ausentou para cuidar de sua saúde e voltou à empresa, quando informou aos trabalhadores que a sra. Márcia Rejane havia desconsiderado a dispensa; que só presenciou a dispensa e reconsideração uma vez, mas soube através de comentários que isso ocorreu várias vezes; [...] que a reclamante sempre atingia as metas; que o sr. Ronaldo, que trabalhava no período anterior à reclamante, foi dispensado e depois retornou a trabalhar na empresa; que o sr. Gustavo Filho tem um jeito explosivo e agressivo; que o sr. Gustavo Filho não se dirigia ao depoente, apenas se dirigia à reclamante; que ouviu comentários que a reclamante já discutiu com o sr. Gustavo Filho pelo telefone; que soube que a reclamante passou mal outras vezes no ambiente de trabalho; que a reclamante sempre foi uma pessoa extrovertida e alegre e passou a ser uma pessoa triste e com problemas de saúde; [...]

Fica evidente que a prática dos abusos desse fenômeno em estudo só piora a sociedade atual e todos pagam pelos erros desses agressores, inclusive os familiares das vítimas que são atingidos indiretamente em sua moral, trazendo desequilíbrio a toda a sociedade.

6. Responsabilidade do Agressor

O assediador responde civilmente por sua conduta ilícita. Não é necessária a prova do dano, pois esse é presumível no assédio moral. Com efeito, o assédio moral se configura pela conduta, não pelo dano concreto. Em outras palavras, o assédio moral se configura quando há uma conduta abusiva potencialmente capaz de perturbar o homem médio. Assim, uma conduta aceitável, lícita e não abusiva que perturbe uma pessoa extremamente sensível não configura assédio moral. Por outro lado, uma conduta abusiva que, apesar disso, não perturbe uma pessoa emocionalmente forte, acima da média, nem por isso deixa de configurar o assédio moral. A responsabilidade civil do agressor, portanto, estará presente sempre que a sua conduta abusiva for capaz de provocar perturbação emocional no homem médio, sendo irrelevante se

essa perturbação ocorreu ou não na prática. Por isso, um laudo psicológico é dispensável para apurar a responsabilidade civil na situação concreta.

O empregador responde objetivamente pelo assédio causado por seus empregados, pois é de sua responsabilidade manter um ambiente de trabalho saudável, não só do ponto de vista da segurança do trabalho, mas também da harmonia entre empregados. Por outro lado, o empregador assume totalmente os riscos do empreendimento. Destarte, se há um elemento perturbador da paz laboral, o empregador assume objetivamente a responsabilidade pelos atos ilícitos de seus subordinados conforme estabelece o Código Civil nos Art. 932, inciso III e 933: “São também responsáveis pela reparação civil: [...] III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.”

Assim, a vítima não precisa demonstrar a culpa do empregador para configuração do dano moral ainda que o ato tenha sido oriundo de um colega de trabalho nos termos do Art. 933 do Código Civil: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

A reparação civil do assédio moral é feita mediante indenização por danos morais conforme estabelece o Art. 186 do Código Civil: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A ação deve ser ajuizada na Justiça do Trabalho, nos exatos termos do art. 114, inciso VI, da Constituição. O ônus de provar o assédio moral é do trabalhador, por se tratar de fato constitutivo de seu direito. No entanto, é possível admitir a hipótese de inversão do ônus da prova, caso o julgador se utilize da analogia e adote a sistemática do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Para que seja responsabilizado civilmente o agressor, é necessário que exista a conduta lesiva, independentemente de intenção, configurando o dano tanto a forma dolosa como a culposa.

Outra providência jurídica que pode ser tomada pela vítima é pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho, com base em algum dos incisos do art. 483 da CLT, a exemplo dos incisos “a”, “b”, “d” e “e”, de acordo com a situação concreta.

A natureza da reparação por danos morais é constitucional no termos da Constituição Federal de 1988, art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Não se trata de crédito resultante da relação de trabalho *stricto sensu*. Por isso, o prazo prescricional da ação deve ser buscado na legislação civil. Como não há prazo específico para a ação de indenização por danos morais, adota-se o prazo de dez anos estabelecido no art. 205 do Código Civil.

Há quem diga, entretanto, que o prazo aplicável é o de três anos estabelecido no art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Porém, há autores que sustentam que a “reparação civil” que tem prazo prescricional de três anos é a que visa a reconstituir os prejuízos materiais, cujas ações não tenham prazo específico.

Neste sentido é a lição de Raimundo Simão de Melo:

Com efeito, o prazo prescricional a ser aplicado, no caso, deve ser o do Código Civil, de vinte anos durante a vigência do Código Civil de 1916. Na vigência do atual Código, surge, então, uma indagação: se o prazo é de 10 anos (art. 205) ou de 3 (art. 206, § 3º, inciso V). Este último prazo refere-se expressamente à pretensão de reparação civil e o primeiro à reparação de danos quando a lei não haja fixado prazo menor ou, de outra forma, quando inexistente previsão legal expressa sobre o assunto. É exatamente a hipótese vertente. Como já aludimos, não se está a tratar de um “crédito trabalhista”. Igualmente não se cuida de uma pretensão de reparação civil *stricto sensu*, envolvendo dano patrimonial material. Estamos a falar de direitos humanos fundamentais decorrentes da violação dos direitos da personalidade (integridade física e psíquica, intimidade, vida privada, dor, vergonha, honra, imagem das pessoas etc.), a quem a Constituição Federal, pela primeira vez, assegurou o direito à indenização pelo dano material ou moral pertinente. Como é certo, os direitos da personalidade têm como uma de suas características a imprescritibilidade. Não se trata de meros direitos trabalhistas ou civis, no sentido estrito, mas de direitos de índole constitucional-fundamental, considerados como cláusulas pétreas protegidas até mesmo contra o legislador constituinte (CF, art. 60, § 4º, inciso IV). Os danos decorrentes, no caso, são pessoais, não se lhe aplicando, por isso, o prazo de 3 anos (CC, art. 206, § 3º, inciso V), o qual se refere às reparações civis inerentes aos danos causados ao patrimônio material. O dano pessoal, ao contrário, atinge a pessoa humana nas suas

diversas facetas.

No caso dos acidentes de trabalho, por exemplo, os danos causados (materiais, morais e estéticos) são pessoais, com prejuízo à vida, à saúde física e/ou psíquica, à imagem, à intimidade etc. do cidadão trabalhador, porquanto assegura a Constituição Federal, como fundamentos da República Federativa do Brasil e da livre iniciativa, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o trabalho com qualidade e o respeito ao meio ambiente (arts. 1º e 170), além de assegurar a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXIII).

Portanto, se não se trata de direito de natureza trabalhista e nem civil e, como não existe qualquer dispositivo legal regulando de outra forma o prazo de prescrição para as pretensões decorrentes dos danos à pessoa (moral, material e estético), por exclusão aplica-se o prazo geral de 10 anos, como previsto no artigo 205 do Código Civil. A norma civil está sendo aplicada, repita-se, não porque se trate de uma pretensão de reparação civil no sentido estrito, mas porque é a lei civil que socorre nos casos de omissão regulatória sobre a prescrição no Direito brasileiro, ou seja, quando não há prazo expresso de prescrição sobre determinado dano, aplica-se o geral, de 10, previsto no artigo 205 do CC (MELO, 2005).

Destarte, a ação de reparação por danos morais tem prazo prescricional de dez anos na sistemática do novo Código Civil. Essa é a tese que o estudo ora elaborado sustenta ser a mais adequada.

Reconhece-se, porém, que o posicionamento ora adotado está longe de ser unânime na jurisprudência, pois há muitas decisões aplicando o prazo prescricional trabalhista de cinco anos, observado o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

7. Considerações Finais

É de grande importância a divulgação de estudos que classifiquem as condutas danosas no ambiente do trabalho e as consequências jurídicas aos agressores, difundindo informações à sociedade, para reprimir tal prática que constitui verdadeira ofensa à dignidade da pessoa humana e aos direitos de

personalidade resguardados pela Constituição de 1988.

Sabe-se que, apesar de toda evolução em que se insere a sociedade atual, esta não é capaz de liquidar com a maldade, que permeia o ser humano, de explorar sem limites o seu semelhante. Com a diferenciação do modo de gestão atual, não devem ser deixados de fora outros tipos de manifestações e formas de abusos no conceito do fenômeno do assédio moral.

Dessa forma, sem elastecer sobremaneira a definição do tema e nem restringi-la exageradamente, chega-se a um equilíbrio basilar para o enquadramento das condutas geradoras do dano moral proveniente do assédio na esfera laboral.

A elaboração de uma legislação específica que trate da questão do assédio moral não é imprescindível. Primeiro porque a definição de assédio moral não cabe ao legislador, mas à doutrina, que vem sedimentando os conceitos e definindo as suas espécies. Além disso, o ordenamento jurídico em vigor já dispõe dos mecanismos necessários à reparação dos danos morais e materiais decorrentes do assédio moral.

O que a sociedade precisa, de fato, é de medidas educativas que previnam o assédio moral nas empresas e, por outro lado, uma atuação mais eficiente da fiscalização do trabalho e do Ministério Público do Trabalho nessa seara, bem como a conscientização dos juízes do trabalho quanto aos valores das indenizações por dano moral, que têm sido arbitradas num patamar muito baixo, insuficiente para estimular as empresas a desenvolver um trabalho de prevenção do assédio moral.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, M. Uma jornada de humilhações. São Paulo: Fapesp, PUC, 2000. *Consequências do Assédio Moral a Saúde*. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org.spip.php?article7>> acesso em 15 maio 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Código Civil, **Lei** nº 10.406, 10 jan 2002. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 11 jan 2002.

_____. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, 11 set 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 12 set 1990.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho, *Decreto-Lei* nº 5.452, 1 maio 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 9 ago 1943.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, 5 out 1988.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 12 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010a.

_____, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 5 ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2010b.

HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MELO, Raimundo Simão de. Prescrição do dano moral no Direito do Trabalho: um novo enfoque. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 709, 14 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6867>> acesso em: 15 maio 2011.

MORI, Amaury Haruo. O assédio moral e os direitos de personalidade do trabalhador. *Revista Trabalhista: direito e processo*, ANAMATRA, São Paulo, LTr, ano 8, n. 31, p. 161-169, jul./ago./set. 2009.

QUADROS, Carmem *et al.* *Frases discriminatórias frequentemente utilizadas pelo agressor*. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article4>> acesso em: 15 maio 2011.

RAMOS FILHO, Wilson. Bem-estar das empresas e mal-estar laboral: o assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, ANAMATRA, São Paulo, LTr, ano 8, n. 32, p. 47-68, out./nov./dez. 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2 vol. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

SEQUEIRA, Alexandra Marques. Do assédio no local de trabalho. *In: Questões Laborais*, Coimbra, n. 28, ano XIII, p. 241-258, Coimbra, 2006.

DO AGRAVO DE ADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO TRABALHISTA

Sérgio Cabral dos Reis¹

1. Introdução

A doutrina é pacífica quanto ao cabimento do agravo nos próprios autos, previsto no art. 544 do CPC, para destrancar o *recurso extraordinário*² que teve seu seguimento denegado pelo TST³. Antes da Lei n. 11.322/2010, o recurso cabível era o “agravo de instrumento”⁴, mas, agora, repita-se, da decisão monocrática do presidente ou vice-presidente do TST (dependendo do regimento interno) que denega seguimento ao recurso extraordinário “trabalhista” cabe o agravo nos próprios autos. Registre-se que esse recurso, a partir dos projetos do novo CPC (PL 166/2010 do Senado) e do novo CPP (PL 156/2009 do Senado), passará a se chamar *agravo de admissão*, denominação mais adequada, já que identifica o instituto em apreço pela sua função no ordenamento jurídico. É do regime jurídico deste recurso, pois, que trata este modesto trabalho.

¹ Ex-Juiz do Trabalho no Paraná (9ª Região). Ex-Juiz do Trabalho em Sergipe (20ª Região). Juiz do Trabalho na Paraíba (13ª Região). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor da graduação e da pós-graduação lato sensu no Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Vice-Diretor e Professor da ESMAT da 13ª Região (PB). Email: sergio.juiz@gmail.com.

² Embora o recurso especial não seja cabível na Justiça do Trabalho, como se sabe, a ele serão feitas referências, pois, em relação ao agravo previsto no art. 544 do CPC, o seu regime jurídico é idêntico ao do recurso extraordinário, cabível contra as decisões prolatadas em única ou última instância pelo TST.

³ Cf. SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 794; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 768; BEBBER, Júlio César. “Teoria geral dos recursos trabalhistas e recursos em espécies”. *Curso Processo do Trabalho / Luciano Athayde Chaves, organizador*. São Paulo: LTr, 2009, p. 843.

⁴ Ilustrativamente, observe-se a seguinte ementa do STF: “Agravo regimental no agravo de instrumento. Trabalhista. Aposentadoria espontânea. Extinção do contrato de trabalho. Não ocorrência. Inconstitucionalidade do art. 453, § 2º, da CLT. Retorno dos autos ao TST. Precedentes. 1. O art. 453, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê a dispensa automática do trabalhador em decorrência de sua aposentadoria voluntária, teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Plenário desta Corte, no julgamento da ADI nº 1.721/DF. 2. Correta a decisão agravada, que determinou o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho para que, afastada a premissa de que a aposentadoria espontânea implica necessariamente a extinção do contrato de trabalho, prossiga no exame do recurso, como de direito. 3. Agravo regimental não provido. (AI 656971 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 01/02/2011, DJE-078 DIVULG 27-04-2011 PUBLIC 28-04-2011 EMENT VOL-02510-02 PP-00316)”.

2. Cabimento

O prazo para o cabimento dos recursos excepcionais⁵ (especial⁶ e extraordinário⁷) é de 15 dias⁸, inclusive quando se trata de recurso extraordinário contra acórdão prolatado pelo TST. O termo inicial desses recursos é o mesmo, mas é permitida a interposição em dias diferentes, desde que dentro do prazo legal. São interpostos perante o órgão prolator da decisão impugnada. O recorrido será intimado para apresentar resposta, se desejar, no prazo de 15 dias, e, transcorrido esse prazo, o presidente ou vice-presidente do tribunal ou órgão recorrido, a depender do regimento interno respectivo, fará um juízo de admissibilidade do recurso interposto.

Percebe-se, desse modo, que a interposição dos recursos excepcionais, seguindo a regra geral, ocorre perante o juízo *a quo*, por uma questão de economia processual. “Busca-se evitar a remessa dos autos ao órgão *ad quem* nos casos em que o recurso é manifestamente inadmissível de ser conhecido”⁹, evitando-se movimentação desnecessária da máquina judiciária. “De toda sorte, essa decisão do juízo *a quo* poderá ser modificada pelo tribunal, a quem

⁵ Dentre as várias classificações, os recursos podem ser classificados quanto ao assunto ou ao objeto imediato da seguinte forma: (I) ordinários (têm como finalidade a proteção do direito subjetivo das partes no caso concreto); (II) extraordinários ou excepcionais (têm como finalidade precípua a proteção e a preservação da boa aplicação do direito). Assim como entende Alexandre Freitas Câmara, é preferível “[...] falar em recursos *excepcionais*, e não em ‘recursos extraordinários’, como muitos doutrinadores, porque o nome *recurso extraordinário* é tradicionalmente empregado no Direito brasileiro para designar uma espécie de recurso (espécie, aliás, que integra o gênero aqui denominado ‘recursos excepcionais’). Com a terminologia aqui adotada evita-se a confusão entre o gênero e a espécie, optando-se por uma maior precisão terminológica, desejável para qualquer tentativa de evolução científica” (*Lições de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, vol. II, p. 58).

⁶ Ao contrário do recurso extraordinário, as causas decididas devem derivar de decisões proferidas em única (competência originária) ou última instância (derivada – acórdão de apelação e remessa necessária) de tribunais, afastando-se, por isso, a hipótese de cabimento de recurso especial contra decisões proferidas por Turmas de Juizes nos Juizados Especiais Cíveis. Todo recurso especial (art. 105, III, *a, b e c*, da CF), de forma cumulada, deve atacar decisão que preencha as seguintes características: (I) prolatada em *única ou última instância*; (II) proferida por *tribunal*; (III) observe o *prequestionamento*. Além dos requisitos cumulativos mencionados, o recorrente deverá demonstrar que a decisão atacada: (I) contraria ou nega vigência a tratado ou lei federal; (II) julga válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (III) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Como o recurso especial somente é cabível de decisão prolatada por tribunal (TJ, TJDF ou TRF) em única (grau recursal) ou última (processo de competência originária) instância, o esgotamento das vias ordinárias, com a interposição de todos os recursos cabíveis, constitui exigência inafastável, ainda que o recorrente acredite que terá maiores condições de sucesso junto ao STJ.

⁷ Quanto às hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, pode-se dizer, com fundamento no art. 102, III, da CF, que existem pressupostos cumulativos e alternativos. São pressupostos cumulativos: (I) decisão de única ou última instância; (II) prequestionamento; (III) repercussão geral (extrema relevância ou significativa transcendência). São pressupostos alternativos: (I) decisão que contrariar (ou negar vigência a dispositivo constitucional); (II) decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (III) decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF; (IV) decisão que julgar válida lei de governo local contestado em face de lei federal.

⁸ Na Justiça Eleitoral, todavia, conforme prelecionam Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, “o prazo para impetração do recurso extraordinário é de três dias da decisão que ocasionou gravame ao recorrente” (*Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 322).

⁹ JORGE, Flávio Chein. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009, p. 67.

competete, definitivamente, proferir o juízo de admissibilidade recursal, não se lhe podendo retirar essa competência”¹⁰. “Como a parte não pode ser privada de ver o juízo de admissibilidade de seu recurso exercido pelo órgão *ad quem*, o sistema sempre conferirá a ela um veículo com tal função”¹¹. No caso de recurso extraordinário cujo seguimento restou denegado pelo TST, o veículo cabível é o agravo de admissão estudado neste momento.

Assim, de acordo com o art. 544 do CPC, não sendo admitido o recurso especial ou extraordinário, cabível será o recurso de agravo, no prazo de dez dias, a ser interposto nos próprios autos principais, que, após a observância do contraditório, serão encaminhados ao Tribunal Superior.

O agravo de admissão, no processo civil, será cabível para atacar os seguintes provimentos judiciais denegatórios dos aludidos recursos excepcionais: (I) decisão monocrática do presidente ou vice-presidente do TJ ou TRF; (II) do presidente do Colégio Recursal; ou (III) do juízo sentenciante na hipótese de embargos infringentes do art. 34 da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal)¹².

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, há diferença entre *retenção* e *não admissão*, motivo pelo qual o agravo de admissão não é cabível “[...] contra a decisão que determina a **retenção** dos recursos extraordinário e especial [...]”¹³.

Se houver admissão parcial dos recursos especial ou extraordinário, também não será cabível o agravo de admissão (Súmulas 292 do STJ e 528 do STF), porque nesse caso o recurso seguirá ao tribunal competente da mesma forma que seguiria se a admissão fosse integral, de modo que, conforme o caso, o STJ e o STF poderão conhecer e manifestar-se sobre todos os fundamentos, inclusive os que não foram admitidos.

3. Questões procedimentais

O procedimento do agravo, agora, é bem simples, pois não há formação de qualquer instrumento. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o agravo previsto no art. 544 do CPC deverá ser interposto nos mesmos autos, no prazo de dez dias, inaugurando, assim, um

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. – 6ª ed. rev., ampl. e ref. – São Paulo: RT, 2004, p. 255.

¹¹ JORGE, Flávio Chein. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009, p. 67.

¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. – 3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2011, p. 701.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. – 3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2011, p. 701.

novo procedimento recursal¹⁴. O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido (art. 544, §1º, do CPC). Essa regra, certamente, é inaplicável ao processo do trabalho, já que da decisão prolatada em única ou última instância pelo TST somente cabe o recurso extraordinário. Logo, da decisão do TST só cabe um agravo de admissão.

A petição do agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais (art. 544, §2º, do CPC). O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente (art. 544, §2º, do CPC). Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental (art. 544, §2º, do CPC).

Note-se que o órgão julgador da decisão da decisão recorrida não tem competência funcional para realizar juízo de admissibilidade em relação ao agravo de admissão, de modo que, ainda que entenda pela sua inadmissibilidade, deve remeter o recurso excepcional para a Corte Superior (Súmula 727 do STF). Em outras palavras, sob pena de usurpação de competência, mesmo que o presidente do TST entenda que o agravo é manifestamente incabível, deve remetê-lo ao STF. Se não o fizer, entende-se que a reclamação constitucional¹⁵ é o instrumento cabível¹⁶.

De acordo com o art. 544, §4º, do CPC, o STF e no STJ, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: (I) não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; (II) conhecer do agravo para negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; (III) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; (IV) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido

¹⁴ Conforme preleciona Cândido Rangel Dinamarco, “a interposição de um recurso instaura no processo um novo procedimento, o *procedimento recursal*, destinado à produção de novo julgamento sobre a matéria impugnada. O processo não se duplica nem se cria uma nova relação processual. Novo *curso* se instaura, ou nova caminhada, em prolongamento à relação jurídica processual pendente, e daí falar-se em *recurso*” (*Nova era do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 116).

¹⁵ No sentido do texto: “AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PROCESSO ELETRÔNICO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NEGATIVA DE PROCESSAMENTO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário não se submete a qualquer juízo de admissibilidade por parte da instância *a quo*. Precedentes. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Rel 6770 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-01 PP-00209)”.

¹⁶ Para Daniel Amorim Assumpção Neves, a reclamação constitucional é cabível “[...] ainda que não se deva afastar pre-remptoriamente o ingresso de *mandado de segurança*, aplicando-se nesse caso o princípio da *fungibilidade*” (*Manual de Direito Processual Civil*. – 3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2011, p. 702).

estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Como visto, o relator do agravo de admissão pode dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. “Trata-se de disposição que leva a sério o caráter paradigmático das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e que outorga o devido valor ao fato de nesses tribunais *julgar-se a partir de casos* para promoção da unidade do Direito”¹⁷.

Impõe-se observar que o provimento do agravo não determina, necessariamente, o julgamento de *todas* as questões aventadas no recurso extraordinário. Por exemplo, pode-se entender que não houve prequestionamento ou ofensa direta à Constituição em relação a determinado tema. Conforme preconiza José Miguel Garcia Medina, “nesses casos, o provimento parcial do agravo somente dá ensejo à apreciação das questões admitidas, e não daquelas cujos requisitos não teriam sido observados”¹⁸.

Conforme o art. 545 do CPC, da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente, observado o disposto nos § 1º e 2º do art. 557 também do CPC.

4. Considerações finais

Conforme entende José Carlos Barbosa Moreira, “atividade judicial que deixe de conduzir à decisão do mérito (da causa ou do recurso) é causa de frustração”¹⁹. No caso em estudo, tendo em vista uma decisão desfavorável proferida em única ou última instância pelo TST, a parte perdedora cria expectativa de ver o seu recurso extraordinário desempenhar a sua *tríplice função*: (I) “a *nomoflácica*, de realização da ordem normativa e preservação de sua higidez, a saber, sua inteireza positiva, autoridade e validade”; (II) “a *dikelógica*, de resolução do caso concreto”; (III) “a *paradigmática*, função uniformizadora, decorrente de sua posição como órgão de sobreposição na hierarquia judiciária brasileira, e de seu *status* de *guarda da Constituição*”²⁰. Se essa expectativa restar *equivocadamente* frustrada por decisão do TST,

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC*. São Paulo: RT, 2010, p. 187

¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. – 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2009, p. 321.

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos”. *Temas de Direito Processual / Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 270.

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 563.

deve se socorrer do agravo previsto no art. 544 do CPC, levando a discussão ao STF. Afinal, na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, “um sistema processual que dá rendimento ao processo *proporciona, sempre*, diferentes maneiras de se obter uma decisão de mérito”²¹.

As diretrizes gerais do agravo de admissão (art. 544 do CPC) foram expostas no desenvolvimento do texto, as quais, em resumo, demonstram que, se comparado ao antigo “agravo de instrumento”, houve significativo aperfeiçoamento do sistema, pois foram reduzidas as exigências formais, em especial quanto à sua apresentação, admissibilidade e julgamento de mérito (tanto do agravo quanto do recurso extraordinário, se for o caso). Em outras palavras, na sistemática atual, conferiu-se maior celeridade ao procedimento de admissão do recurso extraordinário, eliminando as armadilhas na formação do instrumento. Por fim, impõe-se registrar que o recurso estudado, assim como os demais, deve ser manejado com seriedade de propósitos, pois, do contrário, além da possibilidade de aplicação das penas por litigância de má-fé, há tendência legislativa, já manifestada no projeto do novo CPC (PL 166/2010 do Senado), de fixação de novos honorários advocatícios (honorários recursais), caso o tribunal, por unanimidade, não admita ou negue provimento ao recurso.

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Recursos como uma forma de fazer ‘render’ o processo no Projeto 166/2010”. *Revista de Processo*, n. 189, ano. 35, São Paulo, RT, nov. 2010, p. 278.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos”. *Temas de Direito Processual / Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEBBER, Júlio César. “Teoria geral dos recursos trabalhistas e recursos em espécies”. *Curso Processo do Trabalho / Luciano Athayde Chaves, organizador*. São Paulo: LTr, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, vol. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JORGE, Flávio Chein. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC*. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. – 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. – 6ª ed. rev., ampl. e ref. – São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. –

3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2011.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010.
VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Recursos como uma forma de fazer ‘render’ o processo no Projeto 166/2010”. *Revista de Processo*, n. 189, ano. 35, São Paulo, RT, nov. 2010.

FLEXISSEGURANÇA E SUA INFLUÊNCIA NO BRASIL

Taysa Queiroz Mota de Sousa

RESUMO

O presente trabalho trata da análise de uma possível aplicação da flexissegurança no Brasil, relacionando-a aos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional que objetivam a obrigatoriedade de cursos de capacitação como requisito para o recebimento de auxílio financeiro durante os períodos de desemprego. Esse novo sistema faz parte de uma corrente contemporânea que busca viabilizar a flexibilização das normas trabalhistas e, ao mesmo tempo, garantir ao trabalhador maior segurança, pois sendo este capacitado profissionalmente, sempre estará apto para cada oportunidade de emprego.

1. Introdução

A sociedade, ao longo dos anos, passa por mudanças o que a faz enxergar o mundo de outras maneiras. Com o Direito do Trabalho não poderia ser diferente, conceitos e princípios jurídicos antes consolidados começam a ruir diante da necessidade de se adequar à nova realidade. É preciso a regulamentação das novas formas de contratação e de novos empregos que surgiram, principalmente, devido à globalização e às conquistas tecnológicas.

Situação real encontrada é a de que cada vez mais há a necessidade de mão-de-obra qualificada. Aliado a isso, ainda é grande o número de empregos às margens da legalidade, contratos atípicos ajustados como forma de burlar as normas trabalhistas e, com isso, flexibilizá-las indiretamente.

Além disso, os altos níveis de desemprego minam o desenvolvimento social do país e a qualidade de vida das pessoas. Na luta contra o desemprego vem sendo elaboradas teorias e mecanismos que visam à capacitação profissional da população, como a flexissegurança.

Taysa Queiroz Mota de Sousa é acadêmica do curso de graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Estagiária da 6ª Vara do Trabalho de João Pessoa. E-mail: taysaqueiroz@hotmail.com

Nesse contexto, é necessário um remodelamento das relações de trabalho, sem, contudo, esquecer do caráter protetivo do Direito do Trabalho.

2. Flexissegurança

Com a última grave crise econômica, a formatação do mercado de trabalho passou a ser revista e, um modelo em especial passou a ser observado e suscitado como forma de solucionar o desemprego, problema que abala a estrutura do capitalismo, e que tem sido chamado de flexissegurança.

Desconhecido em outros países, foi implantado na Dinamarca e representa uma forma de flexibilização de direitos trabalhistas, implantada sob o enfoque da qualificação da mão de obra. Por esse fenômeno as palavras flexibilidade e segurança seriam tratadas simultaneamente, alcançando uma maneira ideal de satisfação de empregadores e empregados, como bem comenta Luciane Souza Soares de Lemos (2010):

“Tradicionalmente, os empregadores anseiam por um mercado de trabalho mais maleável, o que tem sido considerado conflitante com os anseios de segurança de emprego dos trabalhadores. Na flexissegurança, importaria reconhecer que flexibilidade e segurança não seriam antagônicos, uma vez que os empregadores desejariam dispor de relações de trabalho estáveis e de trabalhadores estimulados, enquanto os trabalhadores estariam também interessados na flexibilidade de horários, da organização do trabalho e das condições salariais. (LEMOS, 2010, p.147)

A flexibilização dos direitos trabalhistas está entre as ambições dos empregadores, que buscam diminuir os encargos pela demissão de seus empregados. Por outro lado, almejam os trabalhadores uma segurança que lhes dê tranqüilidade para que possam garantir ao menos a sua subsistência. Sem observar a complexidade para implantação desse sistema, se percebe que a flexissegurança é uma possibilidade de satisfação de interesses comuns que pode alcançar resultados positivos.

Através da flexissegurança, as normas para admissão e demissão de trabalhadores seriam menos rígidas e, em contrapartida, haveria um período de transição maior com obrigatoriedade de capacitação, ou seja, do término do contrato de trabalho até o início de um novo pacto laboral o trabalhador estaria protegido pelo Estado com a contrapartida de ficar vinculado a cursos

de capacitação.

Nesse período de transição, uma vez que preenchido o requisito do aperfeiçoamento técnico obrigatório do trabalhador, este seria contemplado com parcelas do chamado seguro-desemprego, até que se reinserisse no mercado.

Com isso, haveria redução dos índices de desemprego e uma maior rotatividade de trabalhadores no emprego, já que saindo de uma empresa o empregado encontraria novas portas abertas em outro em função de sua qualificação, bem como havendo mais qualificação as empresas ampliam as possibilidades de contratação.

Nesse sentido comenta Soares de Lemos (2010) o seguinte:

“... flexibilidade de disposições contratuais, com uma segurança que permita aos trabalhadores manterem-se nos seus empregos ou rapidamente encontrar outros, beneficiando-se de rendimentos adequados durante os períodos de transição.”
(LEMOS, 2010, p.146)

Para que essa proposta de remodelação da relação de trabalho seja viável, é mister a observância de alguns princípios fundamentais, os quais servirão de base para sua aplicação, quais sejam a preocupação com todas as pessoas, tanto as que estão dentro com as que estão fora do mercado, a necessidade de diálogo social e da negociação coletiva, defesa da igualdade de gênero, proporcionando empregos e de disposições contratuais com proteção social.

Uma vez capacitado, o trabalhador estará mais preparado e instruído para dialogar e negociar a flexibilização de seus direitos sem deixar de defendê-lo em suas condições mínimas.

A negociação coletiva é um dos importantes meios de solução de conflitos da atualidade, constituindo uma forma autocompositiva, em que as próprias partes buscam através do diálogo a solução do liame sem a interferência de terceiros. É por isso, que a negociação coletiva e diálogo social serão muito importantes, à medida que os interessados, isto é, patrão e empregado, poderão fazer concessões mútuas “desburocratizando” a relação de trabalho.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 8º, inciso VI a obrigatoriedade da participação dos sindicatos na negociação coletiva sendo esse órgão, portanto, de grande importância na luta pelos trabalhadores por melhores condições de trabalho. Exemplo disso informa Rodrigo Garcia Schwarz (2008):

“No Brasil, recentemente, a FIESP e a Força Sindical iniciaram um diálogo devotado à flexibilização; o patronato propôs a flexibilização das relações de trabalho, mas não ofereceu a devida contrapartida, enquanto a central sindical propôs certa garantia de manutenção dos contratos de trabalho em troca de concessões como o corte parcial de salários. No entanto, diante da falta de flexibilidade do patronato que insiste na perspectiva da flex-flexibility, a força sindical suspendeu, de forma muito compreensível, a negociação.” (SCHWARZ, 2008, p. 82)

Não pode a flexissegurança ser implantada como disfarce para se chegar a flex-flexibility, ou seja, apenas a flexibilização dos direitos trabalhistas com o verdadeiro intuito de favorecer somente à classe econômica da relação, à do empregador, não se preocupando, portanto, com a proteção constitucional garantida ao trabalhador.

O que diferencia a flex-flexibility com a nova proposta é uma negociação entre todos os atores sociais envolvidos na relação capital-trabalho, com participação do Estado, na busca pela satisfação de interesses comuns, sem violar o caráter social do Direito do Trabalho.

Ainda no entendimento de Schwarz, “na base da flexibilidade deve estar um diálogo eficaz entre governo, sindicato de trabalhadores e empresários com o objetivo de melhorar a competitividade dos empreendimentos econômicos sem prejuízo da questão social.”

O que se vislumbra é a importância da participação ativa do Estado na formação desse modelo, já que como financiador precisa ser vigilante para evitar que o empregador o utilize como forma de infringir as normas trabalhistas e ponha fim à proteção ao trabalhador. Além disso, a atuação fiscalizadora do Estado se deve ao fato do sistema ser custeado por todos, inclusive pelos próprios trabalhadores, que serão os beneficiários, pois de nada adiantará a flexissegurança se efetivamente não se alcançar os resultados almejados.

É exatamente em se tratando do custeio que surge outra característica desse modelo. Nos países em que foi implantada houve considerável aumento da carga tributária para manutenção e custeio do sistema, uma vez que, é do Poder Público, a competência para o pagamento das parcelas de seguro-desemprego.

Nessa mesma linha de pensamento segue Dallegrave Neto (2008),

“Nessa esteira de lançar para o Estado o ônus econômico, advêm diretrizes de flexissegurança, as quais devem ser vistas com parcimônia. De um lado a anunciada compensação para a classe trabalhadora implicará ônus para os cofres públicos, representando inevitável aumento de impostos a serem pagos pela sociedade. De outro lado, a vantagem da recolocação de novo posto de trabalho [...] será vista como um direito meramente programático de eficácia duvidosa.” (DALLEGRAVE NETO, 2008)

É preciso ponderar se o aumento do custeio estatal realmente trará benefícios para a sociedade, no sentido de que embora haja um aumento da carga tributária a mão-de-obra capacitada será mais facilmente absorvida pelo mercado de trabalho e conseqüentemente haverá um incremento no número de contribuintes.

Além do que, a pessoa quanto mais qualificada para o exercício profissional mais oportunidades de trabalho encontrará no mercado, menor será o desemprego e a dependência dos serviços prestados pelo Estado, o que conduz a uma redução dos gastos públicos.

Como é sabido, a Constituição consta em seu artigo 6º a previsão de direitos sociais como a educação, saúde, moradia, trabalho, entre outros, os quais constituem dever para o Estado e garantia para a população. Sempre empregado, o trabalhador precisará cada vez menos do Poder Público para a satisfação desses direitos. Nesse contexto, o trabalhador preparado para qualquer emprego terá sempre mais oportunidades de manter-se em atividade.

E é nessa perspectiva que o Poder Público tenta encontrar a melhor forma de reduzir as taxas de desemprego e das desigualdades sociais.

Exemplificativamente, em apoio a todo o arcabouço teórico acima cita-se o caso abaixo:

“Quando perdeu o posto de assistente administrativo que ocupava, a publicitária Adriana Sant’Anna, 24 anos, utilizou a primeira parcela do seguro- desemprego para se cadastrar no site de recrutamento Catho e fez vários cursos à distância oferecidos pelo grupo nas áreas de marketing e administração de pessoal. Nem foi preciso sacar a segunda parte do benefício. Após um mês sem emprego, ela conseguiu voltar à ativa. Quanto ao investimento em qualificação, a nova técnica de monitoramento garante: “Isso

ajudou muito”.” (DIÁRIO DE PERNAMBUCO, 2011)

Se a flexissegurança for bem trabalhada de fato com os elementos que a compõe, qual seja a flexibilização e segurança, trará bastantes benefícios, principalmente, para a classe trabalhadora, uma vez que a perspectiva de capacitação não apenas proporcionará mais oportunidades de emprego, mas também enriquecerá o indivíduo intelectualmente e isso, refletirá na sua formação não só como trabalhador, mas como cidadão. Além do que, elevará a sua qualidade de vida.

Entretanto, como cada país possui características próprias, como cultura e mercados de trabalho com diferentes necessidades, não há como afirmar que esse modelo de flexibilização será sempre favorável. Os países nórdicos como Dinamarca, Áustria e Suécia, onde sua implantação produziu e produz frutos positivos, além de desenvolvidos, apresentavam peculiaridades que favoreceram a sua implantação. Na Dinamarca, comenta Schwarz (2008):

“o número de trabalhadores empregados na economia submergida é quase inexistente e as sanções por irregularidades nas relações de trabalho são pesadas, no Brasil há índices que apontam para uma massa de quase 50% da mão-de-obra ativa ocupada à margem da legalidade.” (SCHWARZ, 2008, p. 67)

No Brasil, infelizmente apesar de normas garantidoras de direitos sociais, grande parte da classe trabalhadora não tem sequer os direitos básicos, como salário, respeitados. Discutir a flexibilização de direitos em um país onde nunca existiu a total observância dos direitos dos trabalhadores, manifesta a impossibilidade de se chegar, em negociação coletiva, a um acordo entre os interessados, qual seja o prestador e o tomador dos serviços.

A implantação deste modelo na Dinamarca revela características benéficas para a realidade do país, como comenta o economista José Leirão (2008 *apud* LEMOS, 2010, p.156) (representante da Confederação Europeia dos Sindicatos Independentes no Comitê Econômico e Social Europeu) o seguinte:

“o sistema dinamarquês de flexissegurança baseia-se em: elevada carga fiscal para todos (indivíduos e empresas), porém todos se orgulham de pagar impostos; subsídio de desemprego elevado e permanente até encontrar novo empre-

go; empresários e trabalhadores empenhados em cooperar para o interesse geral de todos; proteção do indivíduo e não dos postos de trabalho; elevada flexibilidade na admissão e demissão de trabalhadores; crescimento econômico sustentado e finanças públicas saudáveis; sólidas infraestruturas sociais e excelente funcionamento do funcionalismo público. (LEIRÃO, 2008 *apud* LEMOS, 2010, p.156)

O sucesso da flexissegurança depende de um envolvimento conjunto do Estado e da classe empresarial e dos trabalhadores que precisam fazer parte de uma sociedade com relativo desenvolvimento econômico e social, por isso, a sua implantação no Brasil deve ser bastante discutida e amadurecida.

Na Dinamarca, mais uma vez se afirma que “o modelo dinamarquês é o resultado de mais de cem anos de desenvolvimento social e econômico baseado numa sólida negociação coletiva e na solidariedade entre governantes, empresários e trabalhadores.” (MARTINS, 2007 *apud* LEMOS, 2010, p.157)

Recentemente, o economista dinamarquês Poul Ramussen (2011), considerado o pai da flexissegurança, visitou Portugal, que é o país que possui a legislação trabalhista mais protecionista da Europa e possui economia semelhante ao Brasil, disse que da forma como está sendo conduzida a sua aplicação no país, acabarão com as garantias dos trabalhadores. E afirmou:

“Com o dedo apontado à equipa que está em Portugal a negociar o resgate financeiro, o atual presidente do Partido Socialista Europeu acusa a Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional (FMI) de ter “esquecido o que é a flexissegurança”, preparando-se para tentar destruir os mecanismos sociais de proteção dos trabalhadores portugueses.”

“Para voltar a fazer Portugal crescer, o importante é o investimento e a educação, para aumentar os níveis de competência que permitam a criação e a aceitação de novos empregos. Quanto mais se fizer em termos de crescimento e investimento, mais se pode fazer no setor da educação e das qualificações: o nível de vida será melhor” (<http://tv1.rtp.pt/noticias/index.php?t=Troika-vai-destruir-garantias-dos-trabalhadores.rtp&article=437079&visual=3&layout=10&tm=9>)

Como se observa, o modelo não garante seu sucesso no Brasil, muito menos ser utilizado tal como foi preconizado na Dinamarca, tendo em vista a

realidade social deste. É preciso ter cuidado na implantação da flexissegurança para que ela não configure muito mais violação de direitos trabalhistas ou simplesmente uma flexibilização de direitos somente da parte dos trabalhadores, como ocorre na Alemanha.

José Affonso Dallegrave Neto faz duras críticas à flexissegurança como forma de redução do desemprego no Brasil. Segundo ele, o histórico recente mostra que a solução está no aquecimento da economia com a redução dos juros, somado à elevação do consumo mais uma política de desoneração previdenciária e fiscal da folha de pagamento. Afirma que:

“De uma análise fria e sem romantismo, chega-se à inferência de que se trata mais de uma medida em sintonia com a ideologia neoliberal, vez que os objetivos são claros: facilitar a vida da iniciativa privada em detrimento das condições de trabalho que se tornarão mais precárias em face da política de flexibilidade em seus diversos aspectos; contratação temporária; dispensa sem ônus; modalidades de salário vinculadas ao resultado; fixação de horários flexíveis visando atender exclusivamente a demanda da produção.” (DALLEGRAVE NETO, 2008)

País que vem aplicando a flexissegurança, mas de maneira completamente diferente do que ela representa na sua origem, é a Alemanha. Nesse país, tal modelo é chamado de *Hartz*, há uma diminuição da proteção ao trabalhador em caso de desemprego e, no caso da flexibilidade para admissão e demissão, nada de significativo foi apresentado. Não existe nenhuma preocupação com a qualificação profissional.

Informa Luciana Sousa Soares de Lemos, “O sistema alemão, diversamente do dinamarquês, reduz o nível de proteção social, compelindo os desempregados a gastar as suas poupanças e os seguros que previram para a sua velhice.”

Assim, na forma como aplicada na Alemanha não há previsão para pagamento de seguro-desemprego nem há qualquer proposta de capacitação da mão de obra. Porém, no Brasil já existe a previsão, inclusive constitucional, para a concessão do seguro-desemprego, precisando ser discutido o aperfeiçoamento do trabalhador.

O período de concessão do seguro-desemprego varia de país para país, no Brasil, por exemplo, esse período é de até quatro meses. Nos países que adotam a flexissegurança como estrutura da relação de trabalho, normalmente

esse período é maior, para que o trabalhador tenha mais segurança para frequentar cursos de capacitação.

Com tudo isso, percebe-se que o que se busca com essa proposta é a manutenção do trabalhador em atividade garantindo assim, a sua dignidade e, no mesmo instante satisfazendo o desejo dos empregadores, que é a menor burocratização no momento de demitir um empregado, haja vista que este, qualificado, encontrará outro emprego.

Cita Matheus Ribeiro Rezende (2010):

“A noção de segurança no posto de trabalho que já ocupa é substituída pela idéia de garantia do empregado a uma vida ativa no mercado de trabalho. A forte concorrência internacional estimulada pela globalização não possibilita mais a certeza da manutenção dos empregos existentes, concebendo a flexissegurança a alternativa de manter o trabalhador na ativa, ainda que desenvolvendo tarefas diferentes das que estava habituado.” (REZENDE, 2010, p.204)

No mesmo sentido, afirma Anna Mette Skipper, (2009 *apud* LEMOS, Luciane, 2010,p.152) que:

“Empregos não podem ser protegidos, podemos pelo menos garantir certo nível de rendimento e formação complementar, para que uma pessoa que tenha perdido o seu trabalho possa tornar-se qualificada para outro.” (LEMOS,2010, p.152)

É importante observar os resultados produzidos pela flexissegurança, já implantada em outros países, a fim de que sejam apreendidas características positivas e afastadas as negativas, sempre adaptando-as às realidades de cada sociedade, pois como dito, a simples implantação do modelo dinamarquês não é garantia de equilíbrio da relação capital-trabalho.

A implantação da flexissegurança de maneira descontrolada acabou por provocar conseqüências segundo afirma Schwarz (2008), comentando que,

“[...] especialistas da OIT verificaram que a aplicação de variados modelos de flexissegurança em diversos países da Europa, provocou um crescimento impressionante do trabalho precário, temporário ou tempo parcial, sem a contrapartida de segurança

para os trabalhadores.” (SCHWARZ, 2008, p.82)

Portanto, não pode a flexissegurança ser introduzida em um país de qualquer maneira. É necessário um estudo de sua viabilização e adequação às realidades locais, para que não ocorram resultados contrários ao esperado, como aconteceu em Portugal, onde ao invés da redução, houve o aumento das taxas de desemprego.

O que se vê, portanto, é a possibilidade desse sistema solucionar, principalmente, a questão dos altos níveis de desemprego instalados em muitos países, o que tem dificultado, inclusive, o desenvolvimento econômico e social dos mesmo.

Resta saber, qual modelo é viável no Brasil, para que a utilização da flexissegurança em um país de “minorias” não sirva como forma de violação das normas trabalhistas existentes, apenas satisfazendo um lado da relação de trabalho, o do empregador.

3. Iniciativas Legislativas

Em meio à discussão sobre a inserção ou não da flexissegurança no Brasil, tema que é pouco ou quase nunca discutido no país, algumas situações se apresentam, como reflexos desse sistema, para a consolidação de um pensamento que se fortaleceu nos últimos anos: a necessidade de qualificação da mão-de-obra.

O que se discute é a possibilidade da flexissegurança se instalar em países com realidades sociais, completamente distintas daquelas em que produziu resultados positivos. Nessa perspectiva, é preciso verificar se a implantação dessas idéias pode ser efetivada exatamente conforme seus moldes originais ou se necessita se adequar às particularidades sócio-econômicas e culturais de cada país.

Na tentativa de esclarecer pontos sobre o questionamento acima identificado assegura Matheus Ribeiro Rezende (2010) o seguinte:

“Se é certo que a flexissegurança não pode ser encarada como a panaceia universal para os conflitos enfrentados pelo direito do trabalho, não menos precisa é a noção de que as experiências da União Europeia com a utilização do referido modelo podem servir de subsídio para propostas de reformas legislativas que tomem corpo em nosso país.” (REZENDE, 2010, p. 216-217)

Uma vez que na flexissegurança há uma preocupação com a qualificação da mão da obra, é nesse ponto que se visualiza a sua inserção no Brasil haja vista a dificuldade de se discutir, atualmente, a flexibilização de normas que sequer foram consolidadas e plenamente aplicadas.

A busca pela mão-de-obra qualificada é vista pelo Estado Brasileiro como meio para reduzir os graves índices de desemprego no país e, conseqüentemente melhorar a qualidade de vida da população, e a “flexibility” mostra como a qualificação profissional do trabalhador produz resultados importantes tanto sociais como econômicos.

O que se vê, hoje, são indícios de que as idéias desse modelo passam a influenciar o legislador, principalmente, em torno da necessidade de capacitação profissional dos trabalhadores.

Existem no Brasil sete projetos- de- lei que objetivam tornar a capacitação profissional requisito obrigatório para a concessão do seguro-desemprego. O primeiro projeto data de 1999 e o mais recente, de 2010. Os projetos são os seguintes:

“PL nº 182 de 1999, do ex-deputado Roberto Argenta (à época no PFL-RS), inclui como beneficiário do seguro-desemprego ao trabalhador desempregado que esteja participando de **curso de aperfeiçoamento ou readaptação profissional** por um período de 10 horas semanais e prestando serviços públicos ou comunitários, por um período de 20 horas semanais. Tramita na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) em conjunto com o PL nº 3879/1993. (Grifei)

PL nº 6858 de 2002, do ex-deputado Eni Voltolini (à época no PPB-SC), estabelece como requisito ao direito à recepção do seguro-desemprego a comprovação de frequência em **curso de qualificação profissional** de, pelo menos, 30 dias. Tramita na CCJC em conjunto com o PL nº 3879/1993. (Grifei)

PL nº 832 de 2003, do deputado Sandes Júnior (à época no PPB-GO), determina que parte dos recursos alocados em **ações de qualificação profissional**, no âmbito do Programa do Seguro-Desemprego, seja destinada à população afrodescendente. Aguarda designação de relator na CCJC. (Grifei)

PL nº 452 de 2007, da deputada Gorete Pereira (PR-CE), conce-

de o seguro-desemprego ao desempregado matriculado em **curso de qualificação profissional**. Tramita em conjunto na CCJC com o PL nº 182/1999. (Grifei)

PL nº 2859 de 2008, do ex-deputado Jorginho Maluly (DEM-SP), prolonga o período de concessão do benefício do seguro-desemprego para o trabalhador desempregado que comprovar matrícula e frequência em **curso de formação profissional**. Tramita na CCJC em conjunto com o PL nº 6858/2002. (Grifei)

PL nº 5615 de 2009, da Comissão de Legislação Participativa, vincula o pagamento do seguro-desemprego à frequência em **curso de capacitação profissional**. Tramita na CCJC em conjunto com o PL nº 6858/2002. (Grifei)

PL nº 7411 de 2010, do ex-deputado Valdir Colatto (PMDB-SC), estabelece que a liberação das parcelas do seguro-desemprego seja atrelada à realização pelo empregado de **cursos de qualificação e capacitação profissional**. Tramita na CCJC em conjunto com o PL nº 6858/2002. (Grifei) “(BRASIL 2011)

Como se vê, a qualificação profissional adquiriu um status muito importante para aquisição de emprego e, por isso, a sua efetivação durante o período de transição após a demissão se tornou um indicativo para que surjam mais e melhores postos de trabalho.

A solução para o desemprego é o “carro chefe” para a questão do desenvolvimento social, e a estrutura apresentada pela flexissegurança, permite acreditar que conciliar a flexibilização das normas, com uma maior segurança aos trabalhadores, seria possível, pois, em função de sua mão-de-obra especializada, o trabalhador poderá barganhar melhores condições de trabalho e melhores salários. Ocorre que, mais uma vez, vêm à tona as particularidades de cada país e a prudência e só, em longo prazo, se dirá se ela será eficaz ou não.

Questão importante diz respeito a como se dará a fiscalização de tais cursos de capacitação profissional, para que justamente não haja fraudes ou cursos de baixas qualidades. De acordo com o projeto mais recente, o PL nº 7411/2010, os cursos seriam oferecidos pelo sistema S (SENAI, SESI e SENAR), pelas Universidades Federais e pelos Centros Federais de Educação Tecnológica – CEFETs.

A promulgação de um desses projetos acabaria com outros problemas enfrentados pela Administração Pública, a fraude para o recebimento de seguro-desemprego, já que muitas vezes há um conluio entre empregado e empregador, em que este ainda sob recebimento desta parcela firma novo contrato de trabalho sem assinatura da CTPS, ou seja, mesmo já estando vinculado a um novo emprego, segue recebendo as parcelas do referido benefício. Assim, o governo tem registrado um número de concessão do seguro-desemprego, maior que os próprios níveis de desemprego.

Esse pensamento está refletido na Exposição de Motivos do aludido projeto, conforme abaixo transcrito:

“Esta proposta objetiva acabar com as distorções da indústria do seguro desemprego, propondo alteração na Lei, visto que a utilização indevida deste benefício tornou-se um círculo vicioso insustentável, aumentando os custos públicos, oriundos da contribuição dos cidadãos trabalhadores brasileiros.” (PL nº 7411 de 2010)

Confirmando o exposto acima, está o Ministro do Trabalho e Emprego, Lupi (2010), que entende que o intuito é transformar o modelo brasileiro mais parecido com o italiano. “O trabalhador que recebe seguro desemprego tem que fazer capacitação nesse período, e comprovar que não tem mesmo mais nenhum vínculo empregatício”.

Dando seqüência à discussão da implantação da flexissegurança, do ponto de vista da qualificação profissional do trabalhador, no Brasil, o que se vê também são projetos para a criação de programas com esse objetivo.

Está em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei que visa instituir o PRONATEC, Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico, cujo objetivo é “combater o desemprego e formar a mão de obra qualificada necessária para comércio, em presas e indústria. Consoante afirma Priscila Aguiar (2011):

“O desenvolvimento da qualificação por meio de cursos profissionalizantes é considerado por especialistas como uma das melhores opções para quem busca o primeiro emprego ou uma nova e melhor colocação no mercado de trabalho. Apesar disto, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) estima que cerca de 66% dos desempregados no Brasil nunca

fizeram um curso profissionalizante. O índice contrasta com os avanços na área de trabalho e emprego no País, trazendo ao Governo Federal a preocupação de formar mão de obra especializada. Pensando nisso, o Ministério da Educação criou o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), iniciativa que pretende criar, até 2014, oito milhões de oportunidades de formação profissional para jovens do Ensino Médio e trabalhadores que fizeram uso do seguro desemprego por mais de uma vez, além de integrantes de famílias cadastradas no programa Bolsa Família. O Pronatec funcionará em articulação com o Financiamento Estudantil (Fies) e as inscrições estão previstas para junho deste ano.” (FOLHA DE PERNAMBUCO, 2011)

No país, se mostra fundamental o aperfeiçoamento da educação primária e profissional, em que devem ocorrer mais investimentos por parte do Estado, nesse sentido, o PRONATEC será de vital importância para a formação de jovens e desempregados.

A criação desse programa acabará com outro problema enfrentado pela classe trabalhadora, que é a falta de recursos financeiros próprios, em virtude dos baixos salários, para a realização de cursos de capacitação. Uma vez que os cursos serão arcados pela própria Administração Pública, as pessoas terão mais oportunidade para fazer o curso que se adeque às carências do mercado de trabalho e as suas próprias habilidades profissionais.

Diante do exposto, observa-se que, no Brasil, não há que se falar, ainda, em flexissegurança propriamente dita, mas de um ponto muito importante desse modelo, que é a concessão de um benefício atrelada a cursos de capacitação profissional, o que já é discussão latente como se vê através dos projetos - de - leis supracitados.

É importante ressaltar, a importância da negociação coletiva para satisfação de interesses comuns entre empregado e empregador, já que a flexissegurança abre portas para a melhoria da qualidade de vida do trabalhador e o crescimento econômico do país simultaneamente.

Nesse contexto, há de se esperar pela aprovação ou não desses projetos e se com a aprovação haverá o resultado esperado, qual seja a redução do desemprego no país. O desemprego ainda é um dos grandes entraves ao crescimento do país, e qualquer proposta que vise diminuí-lo ou até mesmo eliminá-lo é válida.

4. Considerações Finais

A implementação da flexissegurança no Brasil requer cautela e um estudo para sua viabilização, uma vez que a questão da flexibilização dos direitos trabalhista não pode abalar a proteção que é o cerne do Direito do Trabalho.

A idéia proposta por esse sistema é muito interessante para o desafio de combater o desemprego, porém ainda deixa nebulosa a questão das garantias ao trabalhador. Haja vista que o mercado encontra-se bastante competitivo, não pode tal flexibilização ser utilizada como ponte para o descumprimento das normas trabalhistas.

A justificativa dos que lutam pela flexibilização das normas trabalhistas é de que o Direito do Trabalho é um obstáculo para o crescimento econômico, pensamento equivocado quando se observa que, garantidas as condições de trabalhos dignas, o trabalhador estará mais afeito às suas atribuições e isso, conseqüentemente, melhorará a produção da empresa.

Uma vez que cada país possui especificidades, a projeção desse sistema pode se dar aos poucos, e não necessariamente igual a Dinamarca, até que se alcance um padrão elevado de negociação coletiva, que vise realmente a consecução de interesses comuns. Atualmente, o que se vê é uma verdadeira guerra de interesses, principalmente por parte das empresas, que buscam a maximização dos lucros sem, muitas vezes, se preocupar com as condições de trabalho do proletariado.

Dessa maneira, para o Brasil parece ser mais interessante a consolidação da proteção aos trabalhadores através de medidas que visem qualificar a mão-de-obra para, quem sabe, sonhar com a flexissegurança dinamarquesa.

Com essa perspectiva, é válida a criação de programas pelo governo que visem à qualificação profissional da população, como o provável PRONATEC. Nesse ponto, da flexissegurança se pode extrair a obrigatoriedade de capacitação profissional como requisito para o recebimento do seguro-desemprego.

O processo pelo qual passou a Dinamarca até que se chegasse à flexicurity, proporcionou a criação de uma infraestrutura sólida e um alto nível escolaridade de sua população, ressaltando-se que a instalação desse modelo se deu de forma acidental, e não como uma estratégia de governo como se pretende hoje sua extensão para outros países.

É por isso que, hoje, é difícil sustentar que no Brasil a flexissegurança produziria frutos positivos, uma vez que possui uma grande massa populacional subordinada a “poucos” empresários, o que causa uma temeridade quanto flexibilização de direitos que grande parte desses trabalhadores sequer lhes tenham adquirido.

5. Referências Bibliográficas

AGUIAR, Priscila (2011) “Projetos de lei vinculam seguro-desemprego a qualificação”. *Diário de Pernambuco*, 15 de fevereiro. Disponível em : <<http://www.folhape.com.br/index.php/folha-dos-empregos/637884?task=view>>. Acesso em 10 junho 2011.

AMARAL, Paulo Alexandre (2011) ““ Troika” vai destruir garantias dos trabalhadores”. RTP, 28 de Abril. Disponível em: <<http://tv1.rtp.pt/noticias/index.php?t=Troika-vai-destruir-garantias-dos-trabalhadores.rtp&article=437079&visual=3&layout=10&tm=9>>. Acesso em 30 maio 2011.

_____. Projeto de lei n. 7411, 26 de Maio de 2010. Altera a Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que “Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao trabalhador (FAT), e dá outras providências.. Brasília. Disponível em : <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=478914>>. Acesso em 25 maio 2011.

Em: <<http://www.pronatec.org>>. Acesso em 29 maio 2011

LEMOS, Luciane (2010), “Flexissegurança – Aspectos Gerais”. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, 33, 144-164

Lupi prevê taxa de desemprego abaixo de 5,5% em 2011. In: <<http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,EMI196711-16357,00-LUPI+PR EVE+TAXA+DE+DESEMPREGO+ABAIXO+DE+EM.html>>. Acesso em 15 junho 2011.

NETO DALLEGRAVE, José Affonso. *A Flexissegurança nas relações de trabalho*. Que bicho é essa?. 4 junho 2008. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_affonso_dallegrave_netto/jose_dallegrave_netto_flexisseguranca2.pdf> Acesso em: 1 junho 2011

Projetos de Lei vinculam seguro-desemprego a qualificação. In: <<http://www.diariodepernambuco.com.br/brasil/nota.asp?materia=20110215140520>>. Acesso em 28 maio 2011

REZENDE, Matheus (2010), “Revisitando a flexissegurança”. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, 35, 201-218

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *A Política Europeia de Emprego e a Idéia de “Flexissegurança”*: Um Novo Paradigma para a “Modernização” do Direito do Trabalho. Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_78/rodrigo_garcia_schwarz.pdf>. Acesso em 30 maio 2011.

SENTENÇAS

5ª. VARA DO TRABALHO DE CAMPINA GRANDE
ATA DE AUDIÊNCIA – PROCESSO Nº 0065300-63.2011.5.13.0024

SENTENÇA

Aos seis dias do mês de agosto do ano dois mil e dez, às 10:12 horas, estando aberta a sessão da 5ª Vara do Trabalho de Campina Grande, na sua respectiva sede, na Rua Edgard Villarim Meira, s/n, com a presença do Sr. Juiz do Trabalho, Dr. DAVID SÉRVIO COQUEIRO DOS SANTOS foram, por ordem do Sr. Juiz, apregoados os litigantes GILVAN TAVARES DA SILVA, reclamante, e CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, e BANCO DO BRASIL S/A, reclamados.

Ausentes as partes.

Instalada a audiência e relatado o processo pelo Sr. Juiz do Trabalho, passa-se a proferir a seguinte decisão:

Vistos etc.

I - RELATÓRIO:

GILVAN TAVARES DA SILVA, já qualificado na peça vestibular, ofereceu AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE COMPLEMENTOS DE APOSENTADORIA/CONTRIBUIÇÕES EFETUADAS PELA PREVI em face da CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI e o BANCO DO BRASIL S/A igualmente qualificados. Aduzindo: que os reclamados utilizaram para o cálculo da aposentadoria do autor o regramento erigido em 1997, quando deveria ter utilizado o regramento vigente na época de ingresso do autor na empresa (normativo de 1967). Requereu ao final as diferenças decorrentes da aplicação da norma que

indicou. Fez juntada de documentos.

Regularmente notificados os réus, compareceram as partes à sessão inaugural de audiência e, após relatado o processo e rejeitada a primeira proposta de conciliação, os mesmos ofereceram contestação escrita. Por contestação alegou o primeiro réu: incompetência em razão da matéria e, no mérito que prescrição total, além de que o autor não faz jus ao pedido, posto que não previstos contratualmente; requereu ao final a improcedência dos pedidos e seus consectários. A segunda ré afirmou em sua defesa: carência de ação, por ilegitimidade do pólo passivo; prescrição; e finalmente que o autor não faz jus ao recebimento dos valores que busca tendo em vista a necessidade de aplicação da norma de forma integral (teoria do conglobamento) Fizeram juntada de documentos.

Valor da causa fixado com a inicial.

O autor pronunciou-se sobre a prova documental.

Encerrada a encerrada a instrução, tendo sido produzidas as razões finais. Rejeitada a segunda proposta de conciliação.

É o Relatório.

Passo a decidir.

II - FUNDAMENTOS DA DECISÃO:

DAS QUESTÕES PRELIMINARES AO MÉRITO DA CAUSA: DA ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTADA DA JUSTIÇA DO TRABALHO:

Rejeita-se.

Houve uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a fixação da competência nas causa em que litigam aposentados em face de seus planos de previdência complementar fechados.

O próprio TST tem dificuldades em afirmar, sem sombra de dúvidas, que a competência é da Justiça do Trabalho.

Prova disso é que, em determinados momentos, afirma o Colendo TST que a competência para dirimir a controvérsia sobre tais causa, é da Justiça do Trabalho porque decorrente da relação de emprego, e, em outros momentos, afirma que somente será de competência da justiça do trabalho, se for decorrente da relação de emprego.

Assim sendo, segundo parte da jurisprudência do TST somente seria de competência desta Justiça Especializada, se: Em primeiro lugar, somente

se há vinculação com o extinto contrato de trabalho e, em segundo lugar, se a lide que se estabelece tiver haver com o ex-empregador.

Neste sentido, o TST. já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS – MÊS A MÊS – Dá-se provimento ao Agravo de Instrumento por divergência jurisprudencial. RECURSO DE REVISTA – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – O posicionamento desta Corte é no sentido de que, planos de previdência complementar privada fechada, entre empregado, empregador e entidade privada instituída pelo empregador para a complementação de aposentadoria dos seus empregados, fazem parte da competência da Justiça do Trabalho, desde que a controvérsia, origine-se do contrato de trabalho. Não conheço. ILEGITIMIDADE PASSIVA – Pelo quadro fático traçado pelo Regional de que se trata de empresas do mesmo grupo econômico, não há como se aprofundar na questão, sem revolver matéria de fatos e provas. Incidência da Súmula 126/TST. Não conheço. DO EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA – O quadro traçado pelo Regional é de que a jornada do obreiro era de 6 horas garantida convencionalmente a todos os empregados, independentemente do exercício de cargo de confiança, e ressaltou que o próprio Reclamado considerava o obreiro enquadrado na supracitada jornada já que as Folhas Individuais de Presença assim estabeleciam. Incidência das Súmulas 126 e 204/TST. Não conheço. DAS HORAS EXTRAS – O quadro traçado pelo Regional é de que as FIPs não correspondiam à jornada real cumprida pelo Reclamante. Incidência da OJ nº 234 da SBDI-1/TST. Não conheço. COMPENSAÇÃO COM FOLGAS – O quadro traçado pelo Regional é de que não ficaram comprovadas as folgas. Incidência da Súmula 126/TST. Não conheço. MULTA CONVENCIONAL – Os arestos apresentados são inespecíficos, o que encontra obstáculo no disposto da Súmula 296/TST. As violações constitucionais não foram prequestionadas. Incidência da Súmula 297/TST. Não conheço. COMPLEMENTO DE APOSENTADORIA – O Regional não adotou tese quanto ao enquadramento do obreiro no teto limite das contribuições à PREVI e nem em relação a inclusão das horas extras na base de cálculo da complementação de aposentadoria, portanto, trata-se de inovação recursal, o que atrai a incidência da Súmula 297/

TST. Não conheço. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – MÊS A MÊS – Os descontos previdenciários devem incidir sobre a totalidade dos créditos da condenação. (Orientação Jurisprudencial nº 228 da SBDI-1/TST). Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido. (TST – RR 36781/2002-900-09-00.5 – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 04.03.2005) (grifamos)

Noutros momentos, afirma de fora contrária, ou seja: é de competência da justiça do trabalho, porque a demanda entre aposentado e plano de previdência privada fechado são relativos ao extinto contrato de trabalho. Como faz prova a jurisprudência abaixo:

RECURSO DE REVISTA DA FUNDAÇÃO PETROBRÁS DE SEGURIDADE SOCIAL-PETROS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – Os dissídios individuais decorrentes de planos de previdência complementar privada fechada, entre empregado, empregador e entidade privada instituída pelo empregador para a complementação de aposentadoria dos seus empregados, inscrevem-se na competência material da Justiça do Trabalho, pois a lide, na espécie, origina-se do contrato de trabalho. Ileso o artigo 114 da Constituição Federal pela decisão do Regional que entendeu pela competência desta Justiça Especializada para apreciar e julgar o feito. Recurso de revista a que se nega provimento. (TST – RR 806/2002-900-20-00.2 – 1ª T. – Rel. Juiz Conv. Guilherme Bastos – DJU 03.02.2006) JCF.114 (grifamos).

Tal controvérsia teve com a fixação da competência pelo Supremo Tribunal Federal, que afirma expressamente:

“Este é o teor da decisão agravada: ‘A questão suscitada no recurso extraordinário já foi dirimida por ambas as Turmas do STF, segundo as quais compete à Justiça do Trabalho o julgamento das questões relativas à complementação de pensão ou de proventos de aposentadoria, quando decorrente de contrato de trabalho (Primeira Turma, RE-135.937, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 26-8-1994, e Segunda Turma, RE-165.575, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 29-11-1994.) Diante do exposto, valendo-me dos fundamentos deduzidos nesses precedentes, nego

seguimento ao agravo de instrumento (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei 8.038, de 28-5-1990, e art. 557 do CPC)”. (AI 198.260-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 1º-3-2005, Primeira Turma, DJ de 16-11-2001.) No mesmo sentido: AI 524.869-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-8-2001, Primeira Turma, DJ de 11-3-2005.

Em assim sendo, afastamos a alegação de incompetência em razão da matéria.

DA ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR MOTIVO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM:

Rejeita-se.

Por dezenas de vezes este magistrado já teve que enfrentar a dita preliminar e, por dezenas de vezes houve de rejeitá-la.

A carência de ação ocorre por não estarem presentes as condições da ação, a saber, na forma da teoria trinarria erigida por *Enrico Túlio Liebman*: interesse processual, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade ad causam.

Somente pode haver carência de ação quando: aquele que pede em juízo não é titular da pretensão deduzida e é proibido de deduzir pretensão de terceiro em nome próprio (legitimidade ativa *ad causam* e legitimidade extraordinária *ad causam*); quando em face de quem se demanda não é interessado em resistir à pretensão deduzida em juízo (legitimidade passiva); quando vir a juízo foi a única forma que o autor conseguiria ver satisfeita sua pretensão, há utilidade no provimento jurisdicional buscado e a via processual eleita foi a mais adequada (interesse processual ou interesse de agir); quando, finalmente, o pedido não é expressamente defeso na lei, ou no mínimo, por ela previsto, em tese (possibilidade jurídica do pedido).

Na espécie dos autos o autor requer: revisão de seus proventos de aposentadoria privada, com base em cláusula contratual que entende violada, desferindo tais pedidos em face de quem acredita ser responsável pelo pagamento das citadas diferenças (no caso o ex-empregador e o órgão de previdência privada ao qual é vinculado).

Noutras palavras, o autor é parte legítima, posto que reivindica interesse seu, fazendo o pedido em face de quem acredita ser interessado em resistir à sua pretensão e, desferindo pedidos previstos no ordenamento jurídico.

Ou seja, não há carência de ação.

Neste mesmo sentido os seguintes Arrestos do C. TST:

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. BANCO NOSSA CAIXA S.A. É tranquila a jurisprudência dessa Corte que, em se tratando de complementação de aposentadoria atrelada ao contrato de trabalho, a Justiça do Trabalho é competente para resolver a demanda e bem assim é parte legítima o empregador para integrar a lide. Não provido.- (...) (AIRR-45140-51.2006.5.15.0019, Relator Ministro Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT 05/03/2010)

RECURSO DE REVISTA DO BANCO DO BRASIL - (...)ILEGITIMIDADE PASSIVA. Sendo o Banco criador e principal mantenedor da entidade previdenciária e tendo ainda promovido a alteração da forma de cálculo da aposentadoria, que decorre do contrato de trabalho, a decisão que afastou a ilegitimidade e reconheceu a competência da Justiça do Trabalho está em consonância com a jurisprudência desta Corte, não comportando conhecimento do Recurso de Revista. Precedente do TST. (...) (RR-145100-59.2008.5.22.0004, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT 19/02/2010)

RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Sendo a entidade de previdência privada e a norma garantida criadas pelo empregador, a complementação de aposentadoria decorre da relação de emprego. Não se divisa a ofensa indicada, tendo em vista que o Tribunal Regional é expresso em asseverar que o Banco do Brasil é entidade instituidora e patrocinadora da PREVI.- (...) (RR-613/2001-094-09-00.8; 5ª Turma, Min. João Batista de Brito Pereira; DJU 31/08/2007) grifamos.

NO MÉRITO DA PRESCRIÇÃO:

Rejeita-se.

Proposta a demanda em 12 de julho de 2010, e tendo o contrato de trabalho encerrado em 10 de março de 2010, efetivamente nenhum dos pedidos formulados na petição inicial encontram-se prescritos.

Melhor explicando:

o autor, como bem afirma, jamais recebeu seus haveres de aposentadoria complementar com base na legislação (normativos da PREVI) que estiveram vigentes no momento da celebração de seu contrato.

Desde sua aposentação os valores de aposentadoria já eram recebidos com base no normativo de 1997.

Assim sendo, a “*actio nata*” surgiu desde o primeiro mês de aposentadoria, já que tomou conhecimento inequívoco naquela oportunidade, de que estava, ao menos em tese, recebendo valores menores do que deveria receber.

Para o colendo TST, nestes casos, a prescrição é total e extintiva, na forma da súmula 326.

Neste sentido, a jurisprudência abaixo:

Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma
Acórdão do Processo Nº 62100-2006-3-10-0
Data: 12/08/2009
Ementa

A) RECURSO DE REVISTA DA FUNCEF I) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. A JURISPRUDÊNCIA REITERADA DO TST SEGUE NO SENTIDO DE QUE, SE A SUPLEMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA ORIGINA-SE DO CONTRATO DE TRABALHO HAVIDO ENTRE AS PARTES, COMO OCORREU NA HIPÓTESE, CONSOANTE REGISTROU O REGIONAL, A JUSTIÇA DO TRABALHO TEM COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR A MATÉRIA. ASSIM, O CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 333 DESTA CORTE. II) DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA –

INTEGRAÇÃO - PRESCRIÇÃO PARCIAL - SÚMULA 327 DO TST.

1. A DISCIPLINA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA ENCONTRA SEUS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NAS SÚMULAS 326 E 327 E NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 156 DA SBDI-1, TODAS DO TST, CONTEMPLANDO AS SEGUINTE HIPÓTESES: A) TRABALHADOR JUBILADO QUE NUNCA RECEBEU COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA E QUE PEDE O PAGAMENTO DO BENEFÍCIO - PRESCRIÇÃO BIENAL TOTAL, CONTADA DA DATA DA JUBILAÇÃO, PRESSUPONDO-SE QUE O CONTRATO DE TRABALHO TENHA SIDO EXTINTO CONCOMITANTEMENTE COM A APOSENTADORIA (SÚMULA 326 DO TST); B) TRABALHADOR JUBILADO QUE JÁ RECEBE A COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA E QUE PEDE DIFERENÇAS DO BENEFÍCIO COM BASE EM PARCELA NÃO INCLUÍDA NO SEU CÁLCULO, MAS QUE ERA RECEBIDA DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARCIAL, CONTADA DA DATA DA JUBILAÇÃO (SÚMULA 327 DO TST); C) TRABALHADOR JUBILADO QUE JÁ RECEBE A COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA E QUE PEDE DIFERENÇAS DO BENEFÍCIO COM BASE EM PARCELA NÃO INCLUÍDA NO SEU CÁLCULO, PORQUANTO NÃO RECEBIDA DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO – PRESCRIÇÃO BIENAL TOTAL, CONTADA DA DATA DA JUBILAÇÃO (ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 156 DA SBDI-1 DO TST); D) TRABALHADOR JUBILADO QUE JÁ RECEBE A COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA E QUE PEDE DIFERENÇAS DO BENEFÍCIO COM BASE EM PARCELA NÃO INCLUÍDA NO SEU CÁLCULO, PORQUANTO SUPRIMIDA HÁ MAIS DE 5 ANOS ANTES DA JUBILAÇÃO OU DO AJUIZAMENTO DA RECLAMATÓRIA - PRESCRIÇÃO TOTAL, EM FACE DE JÁ ESTAR PRESCRITO O DIREITO QUE SE BUSCAVA LEVAR PARA A APOSENTADORIA (ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 156 DA SBDI-1 DO TST); E) PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA COM BASE EM REGULAMENTO DIVERSO DAQUELE QUE ESTÁ SENDO UTILIZADO COMO PARÂMETRO PARA O CÁLCULO DO BENEFÍCIO – PRESCRIÇÃO BIENAL TOTAL, CONTADA A PARTIR DA DATA DA JUBILAÇÃO (SÚMULA

326 DO TST); F) ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CÁLCULO DA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA APÓS A JUBILAÇÃO DO RECLAMANTE – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL TOTAL, CONTADA A PARTIR DA DATA DA LESÃO AO DIREITO, COM A ALTERAÇÃO DE REGULAMENTO OU CRITÉRIO DE CÁLCULO (SÚMULA 294 DO TST); G) CONCESSÃO DE DIREITO A EMPREGADOS ATIVOS, OCORRIDA APÓS A JUBILAÇÃO DO EMPREGADO QUE POSTULA SUA EXTENSÃO AOS JUBILADOS, PELA INCLUSÃO NO CÁLCULO DA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARCIAL, CONTADA DA DATA DA CONCESSÃO DA VANTAGEM AOS ATIVOS (SÚMULA 327 DO TST); H) PEDIDO DE INCLUSÃO, NA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA, DE VANTAGEM ASSEGURADA AOS TRABALHADORES DA ATIVA E SUPRIMIDA EM RELAÇÃO AOS INATIVOS ANTES DA JUBILAÇÃO DOS RECLAMANTES – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARCIAL (SÚMULA 327 DO TST), CONTADA DA DATA DA JUBILAÇÃO E NÃO DA DATA DA SUPRESSÃO, UMA VEZ QUE, PELO PRINCÍPIO DA “ACTIO NATA”, O DIREITO DE AÇÃO SOMENTE SURTIU QUANDO O EMPREGADO, AO SE JUBILAR, DEIXOU DE RECEBER A VANTAGEM QUE RECEBIA NA ATIVA E QUE PASSOU, EM DATA ANTERIOR À SUA JUBILAÇÃO, A SER NEGADA AOS INATIVOS. 2. NA HIPÓTESE, O REGIONAL REGISTRA QUE A PRETENSÃO DA RECLAMANTE É O RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA, COM BASE EM PARCELA PREVISTA NA NORMA INTERNA DA RECLAMADA, INCORPORADA AO CONTRATO DE TRABALHO, REFERENTE AO VALOR QUE LHE ERA PAGO DE FORMA CONTÍNUA QUANDO EM ATIVIDADE, EQUIPARADA AO COMPLEMENTO TEMPORÁRIO VARIÁVEL DE AJUSTE AO PISO DE MERCADO (CTVA), DIANTE DA SUA NATUREZA, SUPRIMIDO QUANDO DA APOSENTADORIA OCORRIDA EM 01/10/07. ASSIM, CONCLUIU QUE TENDO A PRESENTE AÇÃO SIDO AJUIZADA EM 28/06/06, NEM SEQUER HÁ DE SE FALAR EM PRESCRIÇÃO PARCIAL. 3. ASSIM, TENDO EM VISTA QUE O PLEITO SE REFERE AO ADIMPLEMENTO DE DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA QUE VEM SENDO PAGA, A PRESCRIÇÃO INCIDENTE É A

PARCIAL, DE QUE TRATA A SÚMULA 327 DO TST. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA FUNCEF NÃO CONHECIDO. B) RECURSO DE REVISTA DA CEF – ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM” – COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - VIOLAÇÃO DO ART. 267, VI, DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. CONSOANTE O DISPOSTO NO ART. 267, VI, DO CPC, REPUTADO VIOLADO PELA RECLAMADA, EXTINGUE-SE O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, QUANDO NÃO CONCORRER QUALQUER DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO, COMO A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, A LEGITIMIDADE DAS PARTES E O SEU INTERESSE PROCESSUAL. 2. “IN CASU”, O REGIONAL CONCLUIU PELA LEGITIMIDADE PASSIVA DA RECLAMADA CEF, POIS A PRETENSÃO DA RECLAMANTE É O RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DECORRENTE DE PARCELAS ESTABELECIDAS EM DECORRÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO MANTIDO. 3. NÃO SE VISLUMBRA VIOLAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL MENCIONADO, TENDO EM VISTA O FUNDAMENTO DA CORTE DE ORIGEM PARA LEGITIMAR A RECLAMADA CEF A FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA PRESENTE AÇÃO. ADEMAIS, O COMANDO EM COMENTO APENAS LISTA AS HIPÓTESES DE CARÊNCIA DE AÇÃO QUE ACARRETAM A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO, NÃO TRATANDO DAS HIPÓTESES DE LEGITIMAÇÃO “AD CAUSAM”. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA CEF NÃO CONHECIDO.

Grifamos.

Como o demandante somente aposentou-se em 2010, não há que se falar em prescrição, posto que ainda não superado o período de 2 anos entre o início do benefício e a presente demanda.

DO PEDIDO DE COMPLEMENTO DE APOSENTADORIA PELO AFASTAMENTO DO FATOR PREVI E SEUS CONSEQUITÁRIOS:

Improcedem os pedidos.

O demandante afirma em sua petição de ingresso que ao ser contratado pelo Banco Reclamado, em 1974 encontrava-se em vigor o Normativo

Regulamento da Previ de 1967 (fundo de previdência privado exclusivo dos empregados do banco e do próprio fundo), no qual, dentre outras normas não trazia estipulado o fator PREVI.

Que tal fator (PREVI) representa na prática um redutor dos proventos de aposentadoria, incompatível com a norma de 1967, já que estipulado em normativo posterior (de 1997), inaplicável ao autor.

Requer, portanto, o pagamento das diferenças decorrentes da redução dos proventos e que o fato PREVI não mais seja levado em consideração para o cálculo de seus proventos de aposentação, bem assim de outra diferença no importe de 25% do valor de seus ganhos de aposentadoria, por idêntica motivação jurídica.

O primeiro, mas não único motivo para a improcedência dos pedidos do autor é o óbice doutrinário da Teoria do Conglobamento. Ou seja, não se pode deferir a aplicação de apenas partes (as vantajosas) de um regulamento interno da empresa para o autor e, ao mesmo tempo, o mesmo empregado continuar gozando das benesses de outra norma interna.

No direito do trabalho as normas são de duas grandes ordens: proibitivas, porque se entende que determinadas atividades são prejudiciais ao trabalhador, sendo sua prática vetada; ou de proteção mínima, porque a norma garante o mínimo da dignidade humana, deixando aos contratantes a estipulação de cláusulas desde que sejam mais vantajosas ao trabalhador.

Em decorrência desta constatação, as fontes de direito do trabalho estão submetidas a uma hierarquia dinâmica, ou seja, em regra existe uma hierarquia, mas não é impossível que uma fonte de hierarquia menor, por trazer normas mais favoráveis ao trabalhador seja aplicada em detrimento de outra fonte (de hierarquia superior).

Todavia, quando estamos diante de um conflito de fontes de direito do trabalho de idêntica hierarquia, aplica-se aquela que é mais favorável aos interesses do empregado, por incidência do princípio da proteção.

Para que isso ocorra de forma válida, necessário se faz aplicar a norma em sua inteireza. Ainda que somente em relação a determinado instituto jurídico nela tratado, ou seja, todas as cláusulas da fonte (no caso, norma) que tratem do mesmo instituto devem ser levadas em consideração para correta e integral aplicação, não se podendo “pinçar” normas ora de um ordenamento, ora de outro ordenamento para “montar” um contrato de trabalho ideal em que apenas vantagens existam para o trabalhador (na forma da teoria atomista não admitida no ordenamento jurídico brasileiro. Ao menos em nossa jurisprudência).

Esta é a Teoria do Conglobamento.

Tal teoria, todavia, admite duas formas de aplicação: conglobamento absoluto e por instituições.

Na primeira a norma jurídica não se fraciona, sendo aplicada integralmente.

Na segunda, admite-se o fracionamento da norma jurídica em institutos, desde que estes sejam de natureza diversa entre si, na intenção de uma melhor aplicação.

Neste sentido:

Conglobamento - pressupõe o estudo comparativo dos dois sistemas em conflito na sua integralidade e de forma estanque, prevalecendo aquele que, no conjunto, for o mais favorável, ainda que nele, eventualmente, haja normas menos favoráveis quando comparadas uma a uma; (...) O critério do conglobamento apresenta a vantagem da fonte única, mais favorável no seu conjunto e não nos aspectos isolados. A nosso sentir, é mais adequado quando estamos diante de fontes autônomas (direito negociado convenção e acordos coletivos, regulamento da empresa). (CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho, Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 123.)

Mas, apesar de tal vedação doutrinária, o autor, mediante sua petição inicial, quer justamente a aplicação de apenas algumas normas de um ordenamento (1967), mantendo-se íntegro o outro normativo (1997).

Observe-se que, por tratarem-se de normas incidentes em plano de complemento de aposentação, não há como cindi-las, posto que tratando de um só instituto, inaplicável, portanto, a teoria do conglobamento por institutos.

Em razão disso, julgamos improcedente a postulação.

Noutro norte, se fosse pedido do autor a aplicação INTEGRAL de determinado ordenamento (1967), em detrimento de outro (1997), até seria possível a apreciação, bastando a análise do conteúdo da norma para identificar-se qual das duas é mais vantajosa.

Na mesma linha de raciocínio a jurisprudência que passamos a indicar:

“RECURSO ORDINÁRIO – CONFLITO ENTRE
CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E ACORDO
COLETIVO DE TRABALHO – ART 620 DA CLT – 1

– O princípio vetor do art. 620, consolidado, agasalhado, pacificamente, na doutrina e na jurisprudência, é no sentido de que inexistente hierarquia entre convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho, devendo prevalecer, sempre, a contratação coletiva de trabalho que for mais benéfica aos empregados, em seu conjunto, a teoria do conglobamento. 2. Recurso ordinário parcialmente provido.” (TRT 06ª R. – RO 0171600-43.2009.5.06.0241 – Rel. Desª Maria Clara Saboya a. Bernardino – DJe 02.06.2010)

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. BANESPREV. PLANO PRÉ-75. OPÇÃO PELO REGIME ANTERIOR. Nos termos do item II da Súmula 51/TST, havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. Na hipótese, o Tribunal Regional registrou que o reclamante não aderiu ao Plano Pré-75 mantido pelo Banesprev, mas optou por permanecer vinculada às regras de complementação de aposentadoria previstas no regulamento interno do banco. Dessa forma, não prospera a pretensão de reajuste pelo índice IGP-DI, garantido apenas pelo novo plano. Precedentes. Óbice da Súmula 333 do TST. Recurso de revista não conhecido. II - RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO RECLAMADO. Em face do não conhecimento do recurso de revista principal, interposto pelo reclamante, resta prejudicado o exame do recurso adesivo, nos termos do art. 500, caput, e inciso III, do CPC. Recurso de revista adesivo não conhecido. (RR - 166100-76.2005.5.15.0114 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 03/08/2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 05/08/2011) grifamos.

Ocorre que, se o demandante houvesse pedido a aplicação integral do ordenamento de 1967, ainda assim a postulação merece rejeição.

Do ponto de vista deste magistrado, não nos cabe, enquanto aplicadores do Direito, perquirir sobre possíveis vantagens financeiras, a menos que tivéssemos condições de analisar, em conjunto com um grupo de peritos contábeis, a real situação salarial de benefícios a serem recebidos pelo autor

em comparação com outro colega que houvesse se aposentado naquela época (1967), exercendo a mesma função do autor e tendo alcançado o mesmo nível da carreira, recebendo salários iguais (ou equiparados).

Digo que tal trabalho é mais do que hercúleo, é impossível mesmo já que as condições na carreira mudaram desde aquela época (sequer existindo o cargo do autor), bem assim as condições sócio-político-econômicas do país sofreram tamanha modificação que a análise sempre resultará em resultados irreais.

Resta-nos a análise dos institutos jurídicos, sua existência em um normativo e em outro não, bem assim sua abrangência, para tentarmos identificar qual dos dois normativos é o mais vantajoso, sendo sua aplicação obrigatória para o demandante, salvo se houvesse feito opção expressa para outro instrumento (o que os autos não dão notícia).

No nosso entendimento, as vantagens jurídicas para o normativo de 1997 são grandes.

Em primeiro lugar, este trás um rol de benefícios muito mais extenso: 6 benefícios distintos (Complemento de aposentadoria por invalidez; complemento de aposentadoria por tempo de serviço; complemento de aposentadoria por idade; complemento de aposentadoria ANTECIPADA; complemento de pensão por morte e benefícios aos dependentes: renda mensal de pensão por morte – art. 16) contra apenas 2 do sistema de 1967 (Aposentadoria integral aos 30 anos de serviços e aposentadoria por invalidez – art. 47).

Ambos trazem previsão de atualização monetária do valor do benefícios, todavia, com vantagens para o normativo de 1997 (INPC anual, art. 21, o que garante o acompanhamento da inflação anual) em face do normativo de 1967 (quando houver atualização dos vencimentos dos servidores da ativa, art. 58).

A base de cálculo das contribuições é igualmente mais vantajosa no normativo de 1997, já que trás previsão de incidência em apenas determinadas verbas, não incidindo em outra tantas (art. 21), ao passo que no sistema de 1967 a incidência é integral (art. 10).

Notem bem, no caso do sistema antigo (67) o beneficiário contribui com todos os seus vencimentos (inclusive os que servem de base de cálculo da contribuição previdenciária oficial), mas ao receber seus proventos de aposentadoria recebe apenas parte destes, já que são excluídos do cálculo justamente o valor pago pela previdência oficial (já que o autor enquadra-se na hipótese de membro não fundador).

Já no sistema de 1997 o valor da parcela previdenciária paga à previdência social é excluída justamente através do fator PREVI, que é excluído da base de cálculo na forma do art. 21 e seguintes.

E mais: o normativo de 1967 prevê perda do benefício em caso de perda da aposentadoria oficial (INSS); o que não existe para o sistema de 1997.

Estes são os motivos que nos levam a crer nas vantagens do normativo de 1997 em relação ao de 1967, razões estas que nos levariam a julgar improcedentes os pedidos do autor se este tivesse requerido a aplicação integral deste em detrimento daquele.

Como já afirmamos, o autor requer a aplicação apenas de partes do instituto, o que é impossível, em face da aplicação da teoria do conglobamento.

Improcedem todos os pedidos.

III. DISPOSITIVO:

Ante o exposto e o mais que nos autos consta, resolve este juízo julgar IMPROCEDENTES os pleitos formulados na AÇÃO ORDINÁRIA DE PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE COMPLEMENTO DE APOSENTADORIA/CONTRIBUIÇÕES proposta por GILVAN TAVARES DA SILVA em face de CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI e o BANCO DO BRASIL S/A.

Tudo conforme fundamentação supra que passa a constar do presente dispositivo como se aqui estivesse transcrito.

Custas pelo autor no importe de R\$ 800,00 (oitocentos reais) calculadas sobre R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), valor que se arbitra à causa para fins de condenação, todavia dispensados em face do permissivo legal.

Cientes as partes na forma da Súmula 197 do C. TST.

DAVID SÉRVIO COQUEIRO DOS SANTOS
JUIZ DO TRABALHO

1ª. VARA DO TRABALHO DE CAMPINA GRANDE
PROCESSO 0048500-11.2011.5.13.0007

EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA RECÍPROCA. ATITUDE IMPRUDENTE DO EMPREGADO E NEGLIGENTE DO EMPREGADOR.

Agindo o empregado de forma imprudente ao acionar mecanismo da máquina que o vitimou, e tendo a empresa procedido de forma negligente ao não lhe dar treinamento correto para manuseio de seus equipamentos, há culpa de ambas as partes para a ocorrência do sinistro de labor, a qual enseja redução da condenação pela metade.

DANOS MATERIAIS NÃO PASSÍVEIS DE CÁLCULOS PRECISOS. CONDENAÇÃO COM BASE NO ART.953 DO CC.

Não sendo passíveis de cálculos precisos o prejuízos materiais do empregado, deve o Juiz arbitrar a indenização equivalente com fulcro no art.953 do CC.

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Vistos, etc.

Tratam os presentes de Ação trabalhista ajuizada por SÉRGIO ALVES MACIEL em face de TERMONOR ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA, ambos qualificados na petição inicial, na qual aquele, em suma, alega ter sofrido acidente de labor trabalhando para esta. Assevera danos morais e materiais daquele decorrentes. Em face destes fatos, pede indenização por danos morais e materiais, assim como pagamento de tratamento médico. Também pediu os benefícios da gratuidade judicial e condenação em honorários advocatícios.

Juntou documentos.

Devidamente notificada, compareceu a reclamada em audiência. Malogrou a primeira tentativa de conciliação e foi apresentada defesa, onde, em suma, foi pedida a improcedência dos pleitos da inicial.

Juntados documentos.

Em audiência foram ouvidos o reclamante e a preposta da reclamada. Determinada a feitura de laudos periciais.

Laudos juntados.

Na audiência em continuação, foi ouvida uma testemunha.

Não havendo mais provas a produzir, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas pelas partes.

Malogrou a segunda proposta de conciliação.

Feito relatado. DECIDO.

II - FUNDAMENTOS DA DECISÃO

Busca o reclamante a condenação da reclamada ao pagamento de indenização em face de um acidente de trabalho sofrido.

O art. 7º, XXVIII da CF prevê expressamente este pagamento indenizatório por sinistros laborais, pelo empregador, contudo, para tanto, também exige tenha o mesmo incorrido em dolo ou culpa.

Por outro lado, certo é que o art. 927, parágrafo único do CC prevê a responsabilidade objetiva do autor do dano quando sua atividade "... implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Este dispositivo é plenamente aplicável nas relações de trabalho, aqui encontrando, inclusive, terreno fértil para tanto, notadamente em face da exposição natural dos empregados a acidentes quando do desenvolvimento de seu mister, os quais tem maior possibilidade de ocorrência quando a atividade patronal é perigosa.

Contudo, não existe na legislação pátria uma indicação de quais sejam estas "atividades de risco", devendo, por conseguinte, o intérprete aplicar o citado dispositivo civilista analisando o caso concreto.

Na seara trabalhista, entendo normalmente de risco as atividades reconhecidas na legislação laboral como insalubres ou perigosas, tudo de acordo com os arts. 189 e seguintes da CLT.

Nesta linha, percebo não haver prova nos autos quanto a ser a atividade da reclamada insalubre ou perigosa, não podendo, por conseguinte, se responsabilizar objetivamente a ré pelo sinistro ocorrido.

Pensamento contrário resultaria na imposição à reclamada de um ônus não previsto em lei, responsabilizando-a sem culpa comprovada por um risco assumido *in casu* não superior à média do que ocorre com o resto de seus pares, numa atitude injusta não recepcionada pelo ordenamento.

Por todo o exposto, e considerando a falta de comprovação da existência de agentes que tornam “de risco” a atividade da ré, não a considero responsável objetivamente nos termos do art.927, parágrafo único do CC, devendo, para sua eventual condenação por danos decorrentes de acidente de trabalho, ser aferida sua incorrência em dolo ou culpa (art.7º, XXVIII da CF).

Para esta aferição, assim como para a da própria ocorrência do sinistro laboral, nos autos foi determinada a feitura de laudos periciais. Em audiência foram indicados *experts*, os quais não tiveram seus nomes impugnados pelas partes, tendo ocorrido preclusão temporal *in casu*. Este fato específico, somado ao da boa qualidade dos outros trabalhos efetuados pelos peritos Crismarcos Rodrigues da Silva e Edvaldo Nunes da Silva Filho para esta Especializada, mantém firme neste Juízo a confiança na competência dos mesmos, assim como na correção de seus laudos juntados aos autos.

Assim, tenho ser de suas lavras as avaliações contidas nos laudos por eles apresentados, não havendo influência externa suficiente para maculá-los. Outrossim, constato ter sido corretamente aplicada a legislação concernente ao caso em deslinde, assim como procedidos os exames necessários para a correta feitura dos laudos em tela.

Por outro lado, entendo que os equipamentos indicados como utilizados para feitura das perícias são aptos para tanto, notadamente quando quem os utilizou têm a credibilidade deste Juízo e possuem conhecimentos técnicos suficientes para aferir sua capacidade.

Dito isto, passo a analisar o cerne dos pleitos da inicial.

Quanto à existência de um acidente de trabalho, entendo ter restado esta incontestada nos autos, pois confessado pela ré em contestação.

Ademais, houve expedição de CAT, estando o autor no gozo do Auxílio Doença Acidentário (s2p3 e s8p1 e p5/10).

Pelo exposto, não tenho dúvidas: o reclamante foi vítima de um acidente de trabalho o qual provocou as enfermidades indicadas no laudo apresentado pelo nobre perito médico judicial (s40).

Resta, então, saber se do acidente decorreram, ou não, os prejuízos aos patrimônios material e imaterial do reclamante, assim como se houve, ou não, culpa da reclamada na sua ocorrência.

A reclamada alegou ter havido culpa exclusiva da vítima quanto à

ocorrência do sinistro de labor. Contudo, também ela concorreu para o mesmo!

Não há dúvidas quanto a ter o reclamante procedido de forma imprudente. Foi este próprio quem, acidentalmente, acionou com sua mão direita o painel do equipamento que operava quando tentava fazê-lo voltar a funcionar (s33p8 e10), fato ensejador do sinistro de labor.

Contudo, como dito, igualmente concorreu para o sinistro a reclamada.

Em que pese a relativa segurança de seu maquinário (s33p4), este constantemente apresentava problemas, parando de funcionar, como comprovado testemunhalmente no s41.

Por outro lado, esta mesma testemunha confirmou que o reclamante também fazia consertos na máquina.

Saliento não socorrer à tese empresarial o fato destes consertos diretos realizados pelos operadores (como o reclamante) apenas acontecerem quando o caso era “simples” (s41), isto porque não há definição técnica do que seja “simples”.

Destarte, pergunta-se: qual o parâmetro utilizado para definir a simplicidade ou não dos problemas existentes nas máquinas? Quem definiu este grau de complexidade? Por que a atuação do mecânico ocorria majoritariamente quando da ocorrência de problemas hidráulicos nas máquinas?

Por fim, deve-se perguntar: o problema que estava sendo consertado pelo reclamante quando de seu acidente era ou não “simples”? Pela gravidade do sinistro sofrido, a resposta a esta pergunta mostra-se transparente: não era simples!

Por outro lado, mesmo se aceitarmos a simplicidade dos problemas resolvidos pelo autor, o mesmo deveria para tanto ter recebido treinamento, contudo, isto não ocorreu!

A testemunha apresentada pela reclamada declinou que era ela própria quem orientava os consertos feitos pelos operadores como o reclamante, contudo, também confessou não possuir qualquer qualificação superior ou mesmo de nível técnico para dar esta orientação.

Por outro lado, não havia qualquer folheto explicativo quanto ao procedimento a ser seguido nos consertos (igualmente no s41).

Noutra linha argumentativa, de acordo com a testemunha em tela, única ouvida nos autos, a empresa dispunha de um mecânico contratado, contudo, quando as máquinas apresentavam defeitos, por muitas vezes era seu próprio operador (como o reclamante) quem a consertava.

Ora, tal procedimento não é aceitável! Se a própria reclamada reconheceu a necessidade de contratar um mecânico para atuar quando da

ocorrência de defeitos nas máquinas, era porque esta atuação era essencial. Destarte, não deveria permitir que os próprios operadores do maquinário (como o reclamante) as consertassem.

Neste momento, mister se faz salientar ter a Carta Política de 1988 eleito como fundamentos do ordenamento jurídico pátrio a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Por seu turno, os artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, asseguram a prevalência do interesse social sobre o mero interesse particular do lucro, e o 193 que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Nesta linha, mostra-se fácil constatar ter o texto constitucional colocado a dignidade da pessoa humana como seu norte, seu princípio maior, bem como enaltecido o princípio do valor social do trabalho.

Tais princípios, *per si*, seguindo os escólios de Alexy, têm aplicação plena, da mesma forma que as normas-regra. Por conseguinte, poderíamos até considerar desnecessário o texto do art. 7º, incisos XXII e XXVIII da CF, os quais consignam a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e a imposição de um seguro obrigatório contra acidente do trabalho, sem prejuízo da indenização por motivo de conduta dolosa ou culposa do empregador, como direitos gerais dos trabalhadores. Porém, se assim o fez o legislador constitucional originário, foi por conta de sua relevância ímpar, a qual não pode ser olvidada por ninguém, notadamente os empregadores, os quais têm o dever de adotar todas as providências necessárias para evitar os acidentes no ambiente de labor.

Estes comandos constitucionais são seguidos pelo legislador infraconstitucional, como se percebe em artigos como o 157 da CLT, o qual determina às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho.

Todo este cuidado especial do legislador não foi gratuito. O Brasil ainda é um dos campeões mundiais de acidentes de trabalho. Dessa arte, mister se faz a exigência de adoção de medidas preventivas severas por parte dos empregadores com fins de proteger a idoneidade física e mental de seus empregados, notadamente quando se lida com atividades como as da ré, as quais requerem uso de equipamentos pesados e de difícil manuseio, fatos que naturalmente os tornam perigosos.

Todo este arcabouço legal restou desrespeitado pela reclamada!

Ao permitir que o próprio reclamante realizasse consertos nas suas máquinas sem a devida instrução quando tinha mecânico especializado

contratado para tanto, incorreu a ré em negligência, sendo sua condenação pelo dano moral naturalmente decorrente do sinistro de labor uma obrigação legal, tudo nos termos do art. 186 do CC, assim como do art. 927 caput do mesmo diploma legal.

Por oportuno, neste momento saliento que quando o juiz designa peritos para aferição de acidente de trabalho, não se obriga a acatar as conclusões destes. Se assim o fizesse, haveria aí uma séria violação ao princípio do juiz natural, a qual macularia de morte o citado procedimento.

Contudo, em que pese não estar obrigatoriamente vinculado às conclusões dos peritos, o juiz, para afastá-las, necessita de outros dados técnicos capazes de sedimentar sua decisão em sentido contrário, fazendo tudo de forma fundamentada, sempre concedendo às partes a chance do contraditório.

Porém, nos autos não vislumbro qualquer elemento capaz de afastar as conclusões dos *experts* judiciais.

Por todo o exposto, e analisando a dor moral do autor naturalmente decorrente do sinistro ocorrido face à culpa por negligência da ré, e tendo em mente que para a reparação deste dano deve o magistrado fixar o quantum indenizatório por arbitramento, nos termos do art. 953, parágrafo único do CC, buscando ao máximo amenizar o sofrimento experimentado pela vítima, e considerando:

- a) o gravidade do acidente sofrido;
- b) as situações econômicas da vítima e da empresa;
- c) além do maiúsculo dano moral do qual foi vítima o autor, julgo justa a indenização no montante de R\$ 40.000,00 a título de danos morais.

Contudo, ante a culpa concorrente do reclamante, reduzo a condenação supra pela metade, devendo a reclamada pagar ao reclamante R\$ 20.000,00 a título de danos morais.

DA PENSÃO VITALÍCIA/DANO MATERIAL

Pediu o autor a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais, a qual deveria ter uma base de cálculo semelhante ao de uma pensão vitalícia (pedidos de número “1” e “2” de s1p10).

Contudo, a diminuição da capacidade de trabalho do demandante face ao acidente de trabalho sofrido, embora permanente, é parcial, como mencionado pelo nobre perito médico judicial (s40p6), não havendo invalidez.

Ressalto poder o autor ser reabilitado para o exercício de uma

nova atividade diferente da antes desenvolvida (resposta à pergunta “2.2” igualmente no s40p6).

Ora, esta redução de aptidão laborativa, embora grave, não pode ser confundida com uma incapacidade definitiva ensejadora de uma indenização equivalente a uma pensão mensal.

O prejuízo material decorrente do sinistro sofrido, pelo exposto, mostra-se diferente do que seria caso estivesse o obreiro inválido, razão pela qual a condenação da ré ao pagamento de uma indenização nos moldes pedidos acabaria por ensejar uma dissociação com a realidade, provocando um verdadeiro enriquecimento sem causa do autor.

Destarte, julgo improcedentes os pedidos da inicial indicados sob os números “1” e “2” (s1p10).

Porém, mesmo não sendo de tal magnitude, o prejuízo material do obreiro encontra-se naturalmente comprovado!

A perda da falange média e distal do 2º dedo, falange distal do 3º e 4º dedo e polpa digital do 5º acabou por diminuir sua capacidade laboral de forma permanente, como indicado no laudo de s40.

Nesta linha, constato que, ao ter sua capacidade funcional reduzida, certamente o reclamante também tem diminuídas suas oportunidades de emprego, pois não pode mais assumir as mesmas espécies de trabalho que podia antes de suas enfermidades.

Saliento, por oportuno, que apenas gozará o reclamante de estabilidade por 12 meses após seu retorno ao trabalho (art.118 da Lei n.º 8.213/91), razão pela qual nada obsta tornar-se o mesmo um desempregado após este prazo.

Assim sendo, o acidente claramente lhe traz prejuízos materiais, seja pela presumível maior demora para conseguir um eventual novo emprego (ante a diminuição das chances para tanto), o que lhe provoca a não percepção de salário por um determinado lapso de tempo; seja pela possível percepção de um salário menor quando de um eventual novo contrato de trabalho, pois, como definitivamente não pode mais desenvolver as mesmas atividades de antes, mostra-se razoável entender que seu novo salário em sua nova ocupação seja menor do que seria caso aquela limitação não existisse, caso estivesse em gozo o obreiro de sua saúde plena como estava quando de sua contratação pela reclamada.

Porém, apesar de serem claros os prejuízos materiais do reclamante, estes não podem ser calculados especificamente. *In casu*, não há como aferir precisamente qual a redução salarial a ser futuramente suportada pelo reclamante, ou mesmo quanto tempo a mais vai levar o mesmo para conseguir

um eventual novo emprego, tudo ante as naturais variações de mercado de trabalho.

Contudo, esta impossibilidade não pode afastar a atuação do Poder Judiciário, sob pena de mácula ao próprio acesso à atuação jurisdicional estatal garantida constitucionalmente.

A abstenção judicial em reparar um claro prejuízo material sofrido, nascido, como dito, da redução permanente da capacidade laborativa do reclamante, pela simples impossibilidade de seu cálculo preciso, equivaleria à própria negativa ao direito de reparação previsto no art.927 do Código Civil.

Em casos como o presente, o próprio CC determina ao juiz a fixação equitativa da indenização, senão vejamos:

“ART.953, PARÁGRAFO ÚNICO: Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”

Desta feita, tendo em vista o prejuízo do reclamante, notadamente causado pela maior dificuldade de arranjar no futuro novo emprego, assim como pela menor remuneração a ser percebida neste, tudo ante a diminuição definitiva da capacidade laborativa provocada pelo acidente de trabalho sofrido, com fulcro no artigo acima transcrito c/c os arts.186, 927, 950, parágrafo único também do CC, entendo na magnitude de R\$ 57.200,00 (equivalente a cem vezes o valor descrito como sendo da remuneração do reclamante no documento previdenciário de s8p1) os danos materiais do obreiro.

Ante o reconhecimento da culpa concorrente que provocou o sinistro de labor, reduzo pela metade a condenação de reparação deste prejuízo, devendo a reclamada pagar R\$ 28.600,00 a título de danos materiais.

DOS GASTOS COM A ENFERMIDADE AUTORAL

Inexiste qualquer prova nos autos quanto a gastos do reclamante com o tratamento de suas enfermidades nascidas do sinistro de labor reconhecido.

Noutra linha argumentativa, ante a universalidade de tratamentos fornecidos pelo SUS, ao menos em tese nada obsta possa o autor realizar o seu junto a este sistema governamental. Saliento inexistir qualquer prova nos autos contrária a esta possibilidade.

Por fim, eventuais gastos autorais relacionados com suas enfermidades estão englobados nos seus danos materiais, devendo haver comprovação

quanto àqueles para que na indenização destes sejam os mesmos ressarcidos.

Contudo, como dito, nos autos não há qualquer liquidação ou indicação de valores relacionados com o tratamento médico do obreiro decorrente do acidente de trabalho sofrido.

Ante tudo o acima exposto, improcede o pedido descrito no número “3” da inicial (s1p10).

DOS HONORÁRIOS PERICIAIS

Considerando o grau de dificuldades enfrentadas pelo *expert* para feitura do laudo médico, nos termos do art. 790-B da CLT, condeno a reclamada, parte sucumbente no objeto desta perícia, a pagar o valor de R\$ 1.000,00 a título de honorários periciais médicos.

Igualmente tendo em mente as dificuldades enfrentadas pelo nobre perito engenheiro, seguindo o disposto no art.790-B da CLT, condeno a reclamada, sucumbente no particular, a pagar R\$ 1.000,00 a título de honorários periciais ao *expert* em tela.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Honorários advocatícios indevidos à míngua de previsão legal e face às diretrizes traçadas pela Instrução Normativa n.º 27 e súmulas 219 e 329 do C. TST.

JUSTIÇA GRATUITA

Por entendê-lo escorreito, adoto o entendimento consagrado na OJ n.º 331 da SDI-I do C. TST. Desta feita, basta a declaração de insuficiência econômica na inicial para que se tenha por preenchidos os requisitos legais relacionados no art. 790, §3º da CLT. Havendo aquela nos autos, tenho por satisfeitos estes e, por conseguinte, concedo à parte autora os benefícios da Justiça gratuita.

III - DECISÃO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, decide esta 1ª Vara do Trabalho de Campina Grande - PB julgar PROCEDENTES EM PARTE os pedidos contidos na Ação Trabalhista ajuizada por SÉRGIO ALVES MACIEL em face de TERMONOR ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA, para

condenar esta a pagar àquele, no prazo de 15 dias, sob pena de aplicação da multa de 10%, prevista no art. 475-J do CPC:

R\$ 20.000,00, a título de danos morais;

R\$ 28.600,00, a título de danos materiais.

Tudo de acordo com a fundamentação supra, parte integrante deste dispositivo como se nele transcrita estivesse.

Não há incidência de Contribuições previdenciárias ou IR ante o caráter indenizatório da condenação.

Concedo a reclamante os benefícios da justiça gratuita.

Honorários periciais, pela parte ré, sucumbente no objeto da perícia, no valor de R\$ 2.000,00, sendo R\$ 1.000,00 reais devidos a cada perito judicial indicado nos autos.

Custas pela reclamada, no valor de R\$ 1.012,00, calculadas sobre R\$ 50.600,00, valor da condenação.

Cientes as partes (Súmula 197 do C. TST).

Campina Grande, 11 de agosto de 2011.

FRANCISCO DE ASSIS BARBOSA JÚNIOR
JUIZ DO TRABALHO

3ª VARA DO TRABALHO DE CAMPINA GRANDE
PROCESSO 0056700-98.2011.5.13.0009

Aos 30 dias do mês de junho do ano de dois mil e onze, às 16h40min, estando aberta a audiência da 3ª Vara do Trabalho de Campina Grande, na sala respectiva, com a presença do Juiz do Trabalho **PAULO NUNES DE OLIVEIRA**, foram apregoados os litigantes

TIAGO MESSIAS DE JESUS

Reclamante

TREZE FUTEBOL CLUBE

Reclamada

Ausentes as partes.

Instalada a audiência, foi prolatada a seguinte

SENTENÇA

Vistos etc.

TIAGO MESSIAS DE JESUS ajuíza, em 13/06/2011, reclamação trabalhista contra **TREZE FUTEBOL CLUBE**, alegando que foi admitido em 18/09/2009, para a função de Atleta Profissional de Futebol, com contrato por prazo determinado até 31/05/2010, sendo este contrato renovado em 07/06/2010, com prazo final em 31/05/2011. Após exposição fática, postula os pedidos elencados na inicial. Declara-se pobre. Dá à causa o valor de R\$ 132.833,00 (cento e trinta e dois mil, oitocentos e trinta e três reais).

A reclamada apresenta defesa, arguindo preliminar e contestando os pedidos da inicial.

É produzida prova documental.

Sem mais provas, é encerrada a instrução.

As razões finais são remissivas.

As tentativas de conciliação restam frustradas.

Fica marcada a data de 30/06/2011, às 16h40min, para leitura e publicação de sentença.

É o relatório.

DECIDO

I - PRELIMINAR

a) Inépcia.

O reclamado requer a declaração de inépcia da petição inicial, referente ao pedido “multa rescisória”.

Embora a sua disciplina seja orientada pelo princípio da simplicidade, a petição inicial não dispensa observância a requisitos mínimos, estabelecidos, em especial, no § 1º do art. 840 da CLT: “Sendo escrita, a reclamação deverá conter [...] a qualificação do reclamante e do reclamado, **uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio**, o pedido [...]”. (grifei).

A petição inicial deve possibilitar ao Juiz condições para julgar, e, à parte contrária, condições para se defender. No caso em tela, estão presentes os requisitos mínimos de validade da petição inicial, já que o reclamado apresenta defesa em relação aos pleitos do reclamante.

Por amor ao argumento, o pedido de “multa rescisória” (R\$ 49.000,00) refere-se à indenização pelo período faltante da garantia de emprego acidentária, pedido contestado pelo reclamado.

Rejeito o pleito.

II – MÉRITO

a) Acidente do Trabalho. Garantia de emprego.

O reclamante alega que foi admitido pelo reclamado, em contrato por prazo determinado, com início em 18/09/2009 e término em 31/05/2010, para exercer a função de Atleta Profissional de Futebol. Aduz que seu contrato foi renovado em 07/06/2010, com término previsto para 31/05/2011. Assevera que, em 05 de setembro 2010, não suportando mais a carga de trabalho e esforço repetitivo, procurou o médico do clube, a fim de buscar um tratamento adequado para o seu quadro clínico. Desde então, passou a frequentar Centros Hospitalares, Clínicas de Fisioterapia, chegando a ser operado do joelho

direito na data 26/10/2010, no Centro Hospitalar João XVIII. Afirmo que lhe foi concedido, pelo INSS, benefício de auxílio-doença acidentário, na data de 27/09/2010, que teve fim em 05/12/2010. Alega que foi despedido sem justa causa. Aduz que é titular do direito de garantia de emprego de 12 meses, conforme art. 118, Lei nº 8.213/91, postulando sua reintegração no emprego ou pagamento de indenização pelo período faltante.

O reclamado alega que o reclamante manteve dois contratos de trabalho com prazo determinado. Aduz que o segundo contrato teve seu término na data de 31/05/2011. Assevera que a garantia de emprego prevista no art. 118, Lei nº 8.213/91 não se aplica para os empregados contratados por prazo determinado.

Não há qualquer controvérsia sobre o fato de o reclamante ter sofrido acidente de trabalho, sendo que há prova nos autos de que foi beneficiário de auxílio-doença acidentário, no período de 27/09/2010 a 05/12/2010.

A possibilidade de contratação a termo (ou, em expressão que peca pela técnica, pela redundância, contratos “por prazo determinado”) é exceção em nosso sistema jurídico. Um dos princípios fundantes do Direito do Trabalho é o da continuidade da relação de emprego, que gera, como regra, a indeterminação da duração contratual. As – poucas – possibilidades de contratação a termo têm como característica a restrição de direitos dos empregados, mormente aqueles relacionados às repercussões rescisórias, aos efeitos das suspensões e interrupções contratuais e à impossibilidade de incidência das normas que preveem estabilidades provisórias e garantias de emprego.

É exatamente por seu caráter restritivo de direitos (e perverso, pois não permite que o empregado se integre em seu ambiente de trabalho) que as possibilidades de contratação a termo são excetivas, sempre com a necessidade de previsão legal.

Como acima ressaltado, uma das facetas deste modo de contratação é a impossibilidade de incidência das normas que asseguram estabilidades provisórias (dirigente sindical, membro de comissão de conciliação prévia empresarial etc.) e garantias de emprego (gestante, dirigente da CIPA, acidentado etc.). A jurisprudência e a doutrina caminham no sentido de encampar este posicionamento.

Doutrina mais avançada, entretanto, visualiza uma exceção para essa regra, aduzindo que a impossibilidade de incidência das normas que preveem garantias de emprego para os contratados a termo não seria aplicada aos casos de acidente do trabalho e doença ocupacional.

Um dos grandes defensores dessa tese é o Ministro Maurício Godinho Delgado, do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse passo, transcrevo trecho de sua clássica obra Curso de Direito do Trabalho (ed. Ltr, pág. 536):

“De fato, aqui, a causa do afastamento integra a essência sociojurídica de tal situação trabalhista, já que se trata de *suspensão provocada por malefício sofrido estritamente pelo trabalhador em decorrência do ambiente e processo laborativos, portanto em decorrência de fatores situados fundamentalmente sob ônus e risco empresariais*. Ora, sabe-se que no Direito a causa somente afeta de modo substantivo as regras e efeitos do ato caso seja tida como *fator determinante* de sua ocorrência (art. 90, CCB/1916; art. 140, CCB/2002); na presente situação suspensiva, a causa do afastamento do obreiro é, inegavelmente, fator determinante da regência e efeitos normativos especiais resultantes da ordem jurídica.

Note-se que a CLT, em sua origem, parecia não prever a situação excepcional enfocada (art. 472, § 2º, CLT). Contudo, nesse aspecto, ela teve de se ajustar ao comando mais forte oriundo da Constituição de 1988, determinando tutela especial sobre as situações envolventes à saúde e segurança laborais (art. 7º, XXII, CF/88): a Carta de 88, afinal, fala em *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*. Em tal quadro, a garantia de emprego de um ano, que protege trabalhadores acidentados ou sob doença profissional, após seu retorno da respectiva licença acidentária (art. 118, Lei n. 8.213/91), incide, sim, em favor do empregado, ainda que admitido, na origem, por pacto empregatício a termo.

Trata-se da única e isolada exceção (que não abrange sequer afastamento por outras doenças não ocupacionais ou por serviço militar ou outro fator) – mas que decorre da própria ordem constitucional e suas repercussões sobre o restante da ordem jurídica.” (grifos no original).

Assim, mesmo que a contratação do empregado seja a termo, ou seja, com data ou acontecimento definido para seu término, incidirá a garantia de emprego prevista no art. 118, Lei nº 8.213/91, em caso de acidente do trabalho ou doença ocupacional.

É, sem sombra de dúvida (até porque o acidente do trabalho é

incontroverso), o caso dos autos.

Outro argumento se impõe, para garantir o direito postulado pelo reclamante.

Como já afirmado, os contratos a termo são restritivos de direitos, ou seja, são prejudiciais aos empregados e são permitidos, apenas, em situações especiais, previstas em lei. Uma destas restrições, como também já se frisou, é a impossibilidade de incidência das normas que dispõem sobre garantias de emprego, excetuando o caso de acidente do trabalho.

Alguns contratos a termo previstos na lei, entretanto (e por mais paradoxal que possa parecer), têm como objeto a proteção do empregado, entre eles, o contrato do atleta profissional. Nesses casos, a determinação do prazo é obrigatória. Transcrevo entendimento do Min. Maurício Godinho Delgado, na obra já citada (pág. 526):

“Há situações, entretanto, em que a lei especial busca efetivamente fugir do modelo indeterminado de contratação empregatícia. Curiosamente afasta-se desse modelo padrão trabalhista como meio de assegurar melhores condições de pactuação à força de trabalho. É que estão envolvidos, normalmente, profissionais altamente qualificados (artistas, atletas, etc.), que, seguramente, tendem, ao longo do tempo, a aperfeiçoar sua habilidade técnica e ampliar seu prestígio no mercado; não se justifica, pois, que não possam, de tempos em tempos, repactuar, por inteiro, suas cláusulas contratuais com o empregador a que se vinculam. **Está-se diante, portanto, de algumas poucas situações trabalhistas em que a indeterminação contratual não favoreceria necessariamente à própria figura do trabalhador – razão por que optou a ordem jurídica pelo modelo excepcional de contratação a termo.**” (Grifo nosso)

Assim, seria um contrassenso escolher a via da determinação do contrato, para proteger o trabalhador, mas fazer incidir as restrições impostas aos outros contratos a termo. A ordem jurídica “daria com uma mão, para tirar com a outra”. Essa interpretação viola o sistema jurídico, pois não seria possível escolher uma via protetiva (ainda que, na maioria das vezes, essa via não seja protetiva), mas fazer incidir as restrições que essa mesma via impõe em sua incidência geral.

Assim, reconheço que o reclamante adquiriu, na data da alta do benefício previdenciário, em 05/12/2010, a garantia de emprego acidentária, prevista no art. 118, Lei nº 8.213/91. Essa garantia se estenderia até 05/10/2011. Ocorre

que o reclamante, em 09/06/2011 (data em que seu contrato estava em vigor, em face da garantia de emprego reconhecida), teve concedido novo benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário (espécie 91, documento de sequencial 8, pág. 03). Ressalto que o nexo causal com as atividades laborais prestadas ao reclamado é evidente, pois o benefício foi concedido 9 dias após o encerramento do contrato. Assim, a garantia de emprego reconhecida terá término 12 meses após a alta deste último benefício previdenciário.

Ainda, ressalto que esse reconhecimento não faz surgir novo contrato de trabalho entre o reclamante e o reclamado, nem tão pouco torna seu pacto indeterminado. A garantia de emprego reconhecida apenas prorroga o término do contrato a termo para a data em que ela se extinguirá (12 meses após a alta do benefício previdenciário).

Determino a imediata reintegração do reclamante no emprego, permanecendo íntegras as cláusulas do contrato que findaria em 31/05/2011.

Por fim e porque é pedido específico constante da petição inicial, a reclamada deverá manter o pagamento de aluguel de imóvel, nesta cidade de Campina Grande, para que o reclamante resida com a sua família. Essa determinação tem eficácia imediata, com a publicação desta decisão, e o seu descumprimento acarretará multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), em favor do reclamante.

b) Parcelas rescisórias. Remuneração.

O reclamante, em face de seu despedimento, postula o pagamento do aviso prévio, do 13º salário proporcional de 2009, integral de 2010 e proporcional de 2011, férias vencidas de 2009/2010 e proporcionais de 2010/2011, FGTS não depositado, indenização compensatória de 40% sobre o FGTS, indenização do seguro-desemprego e saldo de salário. Postula, também, a aplicação da multa dos arts. 467 e 477, § 8º, CLT.

O reclamado aduz que os pedidos de aviso prévio, indenização compensatória de 40% sobre o FGTS, indenização do seguro-desemprego e multa dos arts. 467 e 477, § 8º, CLT não são devidos, em face da extinção contratual derivar do término de seu prazo. Alega que pagou o 13º salário de 2010. Afirma que pagou parte do salário de abril, no valor de R\$ 1.200,00. Não contesta a inadimplência em relação ao FGTS, aos 13º salários proporcionais e às férias. Quanto a estas, aduz que não são devidas em dobro, pois não há unicidade contratual, e sim, dois contratos.

Deixo de apreciar os pedidos de aviso prévio, indenização

compensatória de 40% sobre o FGTS, indenização do seguro-desemprego e multa dos arts. 467 e 477, § 8º, CLT, pois estas verbas derivam da extinção de contrato (inclusive em relação a sua incidência ou não em contratos a termo), extinção esta que não ocorreu, em razão da reintegração do reclamante.

Reconheço a existência de dois contratos autônomos, pois esta é a natureza dos contratos sequenciais de atletas profissionais, ou seja, não há unicidade contratual. Nesse passo, condeno o reclamado ao pagamento das férias proporcionais (8/12) referentes ao primeiro contrato, acrescidas do terço constitucional. Deixo de analisar o pedido de férias referente ao segundo contrato, ainda em vigor, porque ainda não foi ultrapassado o período concessivo.

Não há comprovação de pagamento de 13º salário. Assim, condeno o reclamado ao pagamento dos 13º salários referente ao primeiro contrato, proporcionais aos anos de 2008 (3/12) e 2009 (5/12). Condeno, também, ao pagamento do 13º salário referente ao segundo contrato, apenas em relação ao proporcional do ano de 2010 (7/12). Deixo de apreciar o pedido de 13º salário proporcional de 2011, pois o contrato permanece íntegro, não tendo o autor, ainda, pretensão em relação a esta verba.

Condeno o reclamado ao pagamento ao reclamante do FGTS referente ao primeiro contrato, sem a indenização compensatória de 40%, pois esta não incide na extinção de contratos a termo pelo término de seu prazo. Condeno o reclamado ao depósito do FGTS referente ao segundo contrato, inclusive nos períodos em que o reclamante esteve afastado em benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário.

Por fim, condeno o reclamado ao pagamento dos salários atrasados dos meses de abril (R\$ 5.800,00) e maio (R\$ 7.000,00), devidos de forma incontroversa. Em face de a dívida ser incontroversa e, ainda, pela sua natureza alimentar, antecipo os efeitos da tutela, para determinar o imediato pagamento dessas parcelas. O reclamado terá o prazo de 4 dias para esse pagamento, contado da publicação desta decisão, sob pena de multa de R\$ 10.000,00. Ainda, em caso de não pagamento, será iniciado o procedimento de execução da quantia, excetuando a multa.

Condeno, ainda, ao pagamento de 8 dias de salário referente ao mês de junho de 2011, isso em razão de o novo benefício previdenciário ter iniciado em 09/06/2011.

O reclamante alega que sua remuneração era de R\$ 3.500,00 no primeiro contrato (de 18/09/2009 a 31/05/2010) e de R\$ 7.000,00 no segundo contrato (de 07/06/2010 até seu término).

O reclamado confirma os valores finais alegados pelo reclamante, mas aduz que o reclamante recebia um salário-mínimo como remuneração, e o restante seria parcela paga por contrato de imagem, de natureza civil.

De início, destaco que o segundo contrato prevê salário de R\$ 7.000,00, nada referindo sobre contrato de imagem (doc. sequencial 2, pág. 10).

O primeiro contrato prevê, em cláusula do contrato de trabalho, que parte do valor recebido seria salário (um salário-mínimo por mês) e parte (restante) seria pago como direito de imagem.

A jurisprudência e a doutrina, de forma majoritária, reconhecem a parcela “direito de imagem”, normalmente paga ao atleta profissional, como fraude à legislação trabalhista e previdenciária. No caso do reclamante, essa fraude fica patente. Não há qualquer tentativa de elaboração de contrato de imagem. Há, somente, uma cláusula no contrato de trabalho com esta previsão. Ainda, no segundo contrato, sequencial ao primeiro, não há qualquer pagamento desta verba.

Reconheço como salarial todo o valor recebido pelo reclamante, nos seguintes valores (retirados dos contratos juntados no sequencial 2, págs. 08/10): de 18/10/2009 a 31/12/2009, R\$ 3.500,00; de 01/01/2010 em diante, R\$ 7.000,00, valores que deverão ser utilizados como base de cálculo das parcelas contidas na condenação.

c) Descontos previdenciários e fiscais.

Diante do que dispõe o inciso XIII do art. 114, da Constituição Federal, a condenação abrange o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas deferidas que integrem o salário-de-contribuição, nos termos definidos no art. 28 da Lei nº 8.212/1991, observando-se o limite de responsabilidade de cada uma das partes, conforme disciplinado nos art. 20 e 22 da Lei nº 8.212/1991. Assim, a contribuição afeta ao reclamante deve ser previamente deduzida de seu crédito, enquanto ao reclamado incumbe a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições por ambos devidas.

Autoriza-se, igualmente, a retenção das contribuições fiscais cabíveis, conforme previsão contida no art. 46, da Lei nº 8.541/1992 e Instrução Normativa em vigor da Receita Federal, a qual impõe a retenção na fonte, pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento do imposto incidente sobre os rendimentos pagos em decorrência de decisão judicial, no momento em que estes se tornem disponíveis para o credor. Ao reclamado, pois, também incumbe promover o recolhimento do imposto de renda que venha a ser retido.

d) Justiça Gratuita.

Concedo ao reclamante o benefício da justiça gratuita, com base no art. 790, § 3º, CLT.

FRENTE AO EXPOSTO, julgo PROCEDENTE, EM PARTE, a ação, para determinar a imediata reintegração do reclamante no emprego. Determino, ainda, que o reclamado mantenha o pagamento de aluguel de imóvel, nesta cidade de Campina Grande, para que o reclamante resida com a sua família, sob pena de multa/dia de R\$ 1.000,00. Condene o reclamado a pagar ao reclamante, nos valores constantes na planilha de cálculo anexa, com juros e correção monetária, na forma da lei, tudo com base na fundamentação, as seguintes parcelas: a) férias proporcionais (8/12) referentes ao primeiro contrato; b) 13º salários referentes ao primeiro contrato, proporcionais aos anos de 2008 (3/12) e 2009 (5/12); c) 13º salário referente ao segundo contrato, apenas em relação ao proporcional do ano de 2010 (7/12); d) pagamento do FGTS referente ao primeiro contrato; e) depósito do FGTS referente ao segundo contrato; f) saldo de salário dos meses de abril (R\$ 5.800,00) e maio (R\$ 7.000,00) de 2011; g) salário de oito dias do mês de junho de 2011. **Em face de a dívida referente aos salários de abril e maio ser incontroversa e, ainda, pela sua natureza alimentar, antecipo os efeitos da tutela para determinar o imediato pagamento dessas parcelas. O reclamado terá o prazo de 4 dias para esse pagamento, contado da publicação desta decisão, sob pena de multa de R\$ 10.000,00. Ainda, em caso de não pagamento, será iniciado o procedimento de execução da quantia, excetuando a multa.** Concedo ao reclamante o benefício da justiça gratuita. Autorizo a retenção dos descontos fiscais e previdenciários cabíveis, devendo o reclamado comprovar nos autos o seu recolhimento, inclusive sobre sua cota-parte nas contribuições previdenciárias. Custas de R\$, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$, pelo reclamado. **Expeça-se, de imediato, mandado de reintegração.** Sentença publicada na data em que estava designada, para a qual as partes estavam cientes. Intime-se a União. Após o trânsito em julgado, cumpra-se. Nada mais.

**PAULO NUNES DE OLIVEIRA
JUIZ DO TRABALHO**



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA

**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Material e Processual do Trabalho**

CORPO DOCENTE DA ESMAT 13 - 2011

ALFREDO RANGEL RIBEIRO

EDUARDO RAMALHO RABENHORST

FLÁVIO HENRIQUE FREITAS EVANGELISTA GONDIM

FRANCISCO JOSÉ GARCIA FIGUEIREDO

HUMBERTO HALISON B. DE CARVALHO E SILVA

JULIO CÉSAR BEBBER

NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO

PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA

PIERRE ANDRADE BERTHOLET

RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO

SÉRGIO CABRAL DOS REIS

SÉRGIO TORRES TEIXEIRA

WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO