

Amatra 13
ASSOCIADA 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

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 ALEXANDRE ROQUE PINTO

JUIZ MARCELO RODRIGO CARNIATO

JUÍZA MIRELLA D'ARC DE MELO CAHU ARCOVERDE DE SOUSA

FOTO DA CAPA - [Itaporanga, Sertão da Paraíba]:

JUÍZA MIRELLA D'ARC DE MELO CAHU ARCOVERDE DE SOUSA

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 3,
n.3, (setembro.2010)

Anual

260 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 André Machado Cavalcanti
Presidente

Juíza Ana Paula Cabral Campos
Vice-Presidente

Juiz Rômulo Tinoco dos Santos
Diretor Financeiro

Juíza Nayara Queiroz Mota de Sousa
Diretora Secretária

Juiz Adriano Mesquita Dantas
Diretor de Prerrogativas e Assuntos Legislativos

CONSELHO FISCAL

Juiz Antônio Eudes Vieira Júnior
Juiz José Airton Pereira
Juiz Marcello Wanderley Maia Paiva
Juíza Maria Iris Diógenes Bezerra (Suplente)

DIRETORIA DA ESMAT 13

Juiz José Artur da Silva Torres
Diretor

Juiz Sérgio Cabral dos Reis
Vice-diretor

Juiz Paulo Roberto Vieira Rocha
Coordenador do Curso
de Pós-graduação

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 SETTE DA ROCHA RAPOSO
Juiz ADRIANO MESQUITA DANTAS
Juiz AFRÂNIO NEVES DE MELO
Juiz ALBÉRICO VIANA BEZERRA
Juiz ALEXANDRE AMARO PEREIRA
Juiz ALEXANDRE ROQUE PINTO
Juiz ALUÍSIO RODRIGUES
Juíza ANA BEATRIZ DIAS FERNANDES
Juíza ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA
Juíza ANA CLÁUDIA MAGALHÃES JACOB
Juíza ANA MARIA FERREIRA MADRUGA
Juíza ANA PAULA CABRAL CAMPOS
Juíza ANA PAULA DE A. SÁ CAMPOS PORTO
Juiz ANDRÉ MACHADO CAVALCANTI
Juiz ANDRÉ WILSON AVELLAR DE AQUINO
Juíza ANDRÉA LONGOBARDI ASQUINI
Juiz ANTÔNIO CAVALCANTE DA C. NETO
Juiz ANTÔNIO EUDES VIEIRA JÚNIOR
Juiz ANTÔNIO PEIXOTO DE ARAÚJO
Juiz ARNALDO JOSÉ DUARTE DO AMARAL
Juiz ARNÓBIO TEIXEIRA DE LIMA
Juiz CARLOS ANTÔNIO S. CRUZ MONTENEGRO
Juiz CARLOS HINDEMBURG DE FIGUEIREDO
Juiz CLÁUDIO PEDROSA NUNES
Juiz CLÓVIS RODRIGUES BARBOSA
Juiz DAVID SÉRVIO COQUEIRO DOS SANTOS
Juiz EDUARDO SÉRGIO DE ALMEIDA
Juiz EDUARDO SOUTO MAIOR B. CAVALCANTI
Juiz EDVALDO DE ANDRADE
Juiz FLÁVIO LONDRES DA NÓBREGA
Juíza FRANCISCA POLIANA A. ROCHA DE SÁ
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
Juiz JOSÉ ARTUR DA SILVA TORRES

Juiz JOSÉ DE OLIVEIRA COSTA FILHO
Juiz JOSÉ FÁBIO GALVÃO
Juiz JOSÉ GUILHERME MARQUES JÚNIOR
Juiz JOSÉ MARCOS DA SILVEIRA FARIAS
Juiz JUAREZ DUARTE LIMA
Juiz LINDINALDO SILVA MARINHO
Juiz MARCELO RODRIGO CARNIATO
Juiz MARCELLO WANDERLEY MAIA PAIVA
Juíza MARGARIDA ALVES DE A. SILVA
Juíza MARIA DAS DORES ALVES
Juíza MARIA ÍRIS DIÓGENES BEZERRA
Juíza MARIA JOSÉ DE ANDRADE MAIA
Juíza MARIA LÍLIAN LEAL DE SOUZA
Juíza MIRELLA D'ARC DE M. CAHU A. DE SOUZA
Juíza MIRTES TAKEKO SHIMANOE
Juíza NAYARA QUEIROZ MOTA DE SOUSA
Juiz NORMANDO SALOMÃO LEITÃO
Juiz PAULO AMÉRICO MAIA DE V. FILHO
Juiz PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
Juiz PAULO NUNES DE OLIVEIRA
Juiz PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA
Juíza RENATA MARIA MIRANDA SANTOS
Juíza RITA LEITE BRITO ROLIM
Juíza ROBERTA DE PAIVA SALDANHA
Juiz RÔMULO TINOCO DOS SANTOS
Juíza ROSIVÂNIA GOMES CUNHA
Juiz RUY ELOY
Juiz SÉRGIO CABRAL DOS REIS
Juíza SÍLVIA CERVEIRA WANDERLEY
Juíza SOLANGE MACHADO CAVALCANTI
Juíza TAIS PRISCILLA F. R. DA C. E SOUZA
Juiz UBIRATAN MOREIRA DELGADO
Juíza VERUSKA SANTANA SOUSA DE SÁ
Juiz WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO

ASSOCIADOS PENSIONISTAS

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

André Machado Cavalcanti 7

A TUTELA DO MEIO AMBIENTE LABORAL

Adriano Mesquita Dantas 8

DA RELATIVIZAÇÃO DAS IMPENHORABILIDADES: UMA ANÁLISE FAVORÁVEL AO DIREITO DO CREDOR

Ana Beatriz Mesquita Dantas 26

UM TEMPO TODO SEU: O DIREITO AO LAZER DAS MULHERES, NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO TRABALHO E DOS DIREITOS HUMANOS, E À LUZ DE UM TETO TODO SEU, DE VIRGINIA WOOLF

Antônio Cavalcante da Costa Neto 56

O PRINCÍPIO PROTETOR COMO LIMITE À FLEXIBILIZAÇÃO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA

Larissa Costa de Almeida 71

EXPLORAÇÃO DO TRABALHO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ABORDAGEM DAS CAUSAS SOCIAIS, CONSEQÜÊNCIAS PSICOLÓGICAS E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO MEDIDAS DE PROTEÇÃO

Maria Lilian Leal de Souza 95

Mirella D'arc de Melo Cahú Arcoverde

ENTRE O GLOBAL E O LOCAL: O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE NO TRABALHO NA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Noemia Porto 116

DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO E PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR: UMA ANÁLISE FRENTE AO USO OBRIGATÓRIO DE UNIFORME

Normanda de Medeiros Leitão 148

SUMÁRIO

O SISTEMA BACEN-JUD E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Rafael da Silva Marques 167

LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES Y SU INFLUENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PAISES

Ramiro Anzit Guerrero 188

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO: INTERPRETANDO-SE A EXPRESSÃO RELAÇÃO DE TRABALHO CONTIDA NO INCISO I DO ART. 114 DA CF

Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior 196

SENTENÇAS

SENTENÇA DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA Nº 00279.2009.026.13.00-0

Juiz Carlos Hindenburg de Figueiredo 214

SENTENÇA DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA Nº 00793.2009.009.13.00-0

Juiz Paulo Nunes de Oliveira 230

SENTENÇA DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA Nº 0473.2009.005.13.00-4 – P. 1

Juiz Alexandre Roque Pinto 246

APRESENTAÇÃO

Num cenário de crescentes transformações das relações de trabalho, com inafastáveis repercussões no Direito do Trabalho, torna-se imperioso o reexame da legislação e dos princípios que norteiam essa ciência. A par disso, a sociedade demanda cada vez mais celeridade do Poder Judiciário, não mais tolerando o retardamento dos processos em prejuízo à satisfação de créditos de natureza alimentar.

Tais circunstâncias impõem aos operadores do Direito a enorme responsabilidade de bem manejar a lei e o processo em prol da excelente atividade jurisdicional, valendo-se de todas as inovações admitidas ao ordenamento jurídico e dos direitos fundamentais que asseguram a dignidade da pessoa humana e reconhecem o valor social do trabalho.

A Revista da Esmat 13 tem a intenção de colaborar para este debate e para o enriquecimento das ideias que convergem para uma atividade judicante célere, mas sem prejuízo à qualidade dos pronunciamentos da Justiça do Trabalho, tentando, outrossim, participar da construção de um Poder Judiciário mais isonômico, eficiente e atento aos reclamos da sociedade.

A publicação chega à 3ª edição num ambiente bastante propício a essa reflexão: o II Seminário de Direito e Processo do Trabalho de Campina Grande, cuja temática aborda exatamente a “Efetivação dos Direitos Sociais – O Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho como instrumentos de sua concretização”.

O periódico revela-se plural e democrático como nas edições anteriores, abraçando teses de Juízes e Procuradores do Trabalho, advogados, servidores da Justiça do Trabalho e alunos da Esmat 13.

Campina Grande, 22 de setembro de 2010.

André Machado Cavalcanti

Presidente da Amatra 13

A TUTELA DO MEIO AMBIENTE LABORAL

Adriano Mesquita Dantas¹

1. As gerações dos direitos fundamentais

A doutrina moderna tem classificado os direitos fundamentais em três gerações ou dimensões. Essa divisão, segundo Alexandre de Moraes², é feita com base “*na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos*”. Assim, os direitos fundamentais podem ser de primeira, segunda ou terceira dimensão.

É importante lembrar que cada dimensão sucede a anterior, mas com ela coexiste, sendo, desse modo, complementares. Portanto, os direitos de segunda dimensão foram constitucionalizados posteriormente aos de primeira, ocasião em que passaram a coexistir essas duas espécies. Em seguida foram constitucionalizados os da terceira dimensão, que, juntamente com as duas anteriores, compõem a classificação pacificamente adotada hodiernamente.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem os direitos individuais, ou seja, direitos civis e políticos clássicos. São também denominados de liberdades públicas, clássicas ou negativas, e limitam a atuação estatal, impondo ao Estado a sua observância e respeito.

Nesse sentido é a observação feita por Carlos Henrique Bezerra Leite³, para quem os direitos de primeira dimensão “*são uma espécie de comando negativo imposto ao poder estatal, limitando a atuação deste em função das liberdades públicas asseguradas ao indivíduo*”.

Juliana Carlesso Lozer⁴, por sua vez, acrescenta que “*o traço mais re-*

¹Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-Graduado em Direito Processual Civil e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Potiguar (UnP). Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA). Foi Agente Administrativo do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região/RN, Advogado e Advogado da União. Atualmente é Juiz Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região/PB e Professor Universitário.

² *Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 61.

³ *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997, p. 11.

⁴ Direitos humanos e interesses metaindividuais. *Direitos metaindividuais*, Carlos Henrique Bezerra Leite (coordenador). São Paulo: LTr, 2005, p. 12.

levante dos direitos de primeira geração, também chamados de direitos civis e políticos, é, sem dúvida, o subjetivismo”.

O eminente constitucionalista Paulo Bonavides⁵, na mesma linha, apresenta a seguinte reflexão sobre essa categoria dos direitos fundamentais:

“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o estado.”

Já os direitos sociais, econômicos e culturais integram a segunda dimensão ou geração, correspondendo às liberdades positivas, reais e concretas.

A constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda geração foi inspirada e impulsionada pela Revolução Industrial européia, a partir do século XIX. Outros marcos históricos dessa geração de direitos são a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar e o Tratado de Versalhes, esses de 1919.

Discorrendo sobre essa geração, Uadi Lammêgo Bulos⁶ sustenta que, *“advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem”.*

No mesmo sentido são as ponderações de Juliana Carlesso Lozer⁷, ao destacar que:

“Nesta nova geração de direitos, a liberdade cede espaço à igualdade. Não se rejeita mais a atuação estatal para que prevaleçam as vontades individuais, pelo contrário, passa-se a exigir do Estado uma participação ativa na promoção do bem comum. Paralelamente, a sociedade deixa de constituir apenas um conjunto de partículas (indivíduos) e assume a configuração de um todo, vista por alguns teóricos como um organismo articulado.”

Comparando os direitos fundamentais de primeira e segunda geração,

⁵ *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

⁶ *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 403.

⁷ *Op. cit.* p. 14.

Carlos Henrique Bezerra Leite⁸ explica que:

“O conteúdo dos direitos individuais, portanto, é um dever de não-fazer por parte do Estado em prol de certos interesses ou direitos, como o direito à vida, à liberdade nos seus multifários aspectos (locomoção, expressão, religião, organização de grupos), ao passo que os direitos sociais constituem um dever de fazer, de contribuir, de ajudar, por parte dos órgãos que compõem o Poder Público.”

Como os direitos sociais, culturais e econômicos demandam uma atuação positiva por parte do Estado, este não pode se omitir. Deve agir em busca da concretização dos mesmos, sob pena de incorrer em **omissão manifestamente inconstitucional** e romper a harmonia das normas, valores e princípios constitucionais.

Nessa situação, o Poder Público estará se omitindo deliberadamente na concretização dos direitos fundamentais, prática veementemente combatida e coibida incisivamente pelo e. Supremo Tribunal Federal, “*in verbis*”:

“A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário”. (ADI 1439 MC/DF)

⁸ *Op. cit.* p. 11.

Por fim, a terceira dimensão dos direitos fundamentais é composta pelos direitos de fraternidade ou solidariedade, compreendendo o direito à paz, ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao patrimônio comum da humanidade, ao progresso, à comunicação, aos direitos dos consumidores, das crianças e idosos, entre outros direitos metaindividuais⁹ (difusos e coletivos). Esses direitos são titularizados por pessoas indeterminadas e indetermináveis, dada a sua própria natureza.

Há, desse modo, um paralelo entre as gerações de direitos fundamentais e o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Os direitos de primeira dimensão equivalem aos direitos de liberdade; os de segunda, igualdade; e os de terceira, fraternidade.

A doutrina constitucional mais avançada e moderna tem defendido a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, relacionada com a “globalização política”. Nesse sentido, Marco Bruno Miranda Clementino¹⁰ assevera que:

“Atualmente, nas portas do terceiro milênio, outros termos postos pela revolução tecnológica, pela reestruturação econômica, pela nova ordem mundial, vêm suscitando controvérsias a respeito de uma quarta geração de direitos e obrigações decorrentes da manipulação genética ou do controle de dados informatizados postos ou despostos em redes planetárias. Também conhecidos como “Direitos Difusos”, trazem à baila direitos concernentes à evolução biogenética e tecnológica, e ao meio ambiente. Há quem afirme que a quarta geração dos direitos alude à globalização dos mesmos, em contraposição à investida neoliberal da globalização fundada no contexto meramente econômico.”

Essas são, em uma breve síntese, as dimensões dos direitos fundamentais.

⁹ Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48) explica que “situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público”. No mesmo sentido, Xisto Tiago de Medeiros Neto (*Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2004, p. 112) assevera que “os interesses coletivos (lato sensu) correspondem, destarte, à modalidade dos interesses transindividuais ou metaindividuais, com a nota característica básica de se projetarem para além da esfera individual (subjetivada), posicionando-se na órbita coletiva, cuja titularização (não determinada individualmente) repousa em um grupo, uma classe, uma categoria de pessoas (determinadas ou determináveis) ou mesmo em toda a coletividade (indeterminada)”.

¹⁰ Algumas questões de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=75>>. Acesso em: 01 ago. 2005.

2. O meio ambiente de trabalho enquanto direito fundamental

Considerando o que foi exposto no item precedente, podemos asseverar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, de terceira geração, razão pela qual a atual Constituição Federal fez referência a sua proteção em diversas passagens, entre as quais vale destacar as seguintes:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim **assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;”

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII - **colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho**.”

“Art. 225. Todos têm direito ao **meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações**.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VI - **promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente**;”

Diante desses dispositivos, que versam sobre **direitos fundamentais**, fica evidente que o meio ambiente do trabalho é espécie do gênero meio ambiente, do mesmo modo que a relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho. Fica evidente, então, que o meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado é direito fundamental de todos os trabalhadores.

Temos, com isso, que todos os trabalhadores têm o direito fundamental a um ambiente de trabalho ambiente sadio, saudável, seguro, confortável e ecologicamente equilibrado, que possa proporcionar uma sadia qualidade de vida, inclusive fora do trabalho. É, assim, dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Essas medidas protecionistas visam, em último plano, concretizar e materializar direitos e valores maiores previstos na Constituição Federal, quais sejam: a vida, a saúde, o trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Norma Sueli Padilha¹¹, nesse particular, afirma que:

“quando a Constituição Federal, em seu art. 225, fala em meio ambiente ecologicamente equilibrado, está mencionando todos os aspectos do meio ambiente. E, ao dispor, ainda, que o homem para encontrar uma sadia qualidade de vida, necessita viver nesse ambiente ecologicamente equilibrado, tornou obrigatória também a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o trabalho.”

Tratando dessa questão, Cláudio Brandão¹² adverte que:

“A relação que existe entre meio ambiente e saúde diz respeito não apenas à preservação do meio ambiente geral (água, ar e solo), mas também à dos locais de trabalho. Enfatizando a sua precisão terminológica e destacando autores que vêm abordando o tema com enfoques distintos, *Norma Sueli Padilha* assinala a amplitude do conceito de meio ambiente, asseverando que ‘[...] é tudo aquilo que cerca um organismo (o homem é um organismo vivo) seja o físico (água, ar, terra, bens tangíveis para o homem), seja o social (valores culturais, hábitos, costumes, crenças), seja o psíquico (sentimento do homem e suas expectativas, segurança, angústia, estabilidade), uma vez que os meios físico, social e psíquico são os que dão as condições interdependentes necessárias e suficientes para que o organismo vivo (planta ou animal) se desenvolva na sua plenitude’”.

Fazendo uma análise crítica, Fábio de Assis F. Fernandes¹³ assevera que:

“Não obstante o caráter unitário do conceito de meio ambiente, uma vez que se rege por princípios e diretrizes comuns, torna-se

¹¹ *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 32.

¹² *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006, p. 69.

¹³ *A Constituição de 1988 e o Meio Ambiente do Trabalho. Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008, p. 94.

imperioso conferir maior efetividade às normas e princípios do direito ambiental ao meio ambiente do trabalho, pois, se, por um lado, a conscientização da sociedade na preservação principalmente do meio ambiente natural – ar, água, solo, fauna, flora, incluindo os ecossistemas – artificial e cultural, atingiu um nível elevado nos últimos anos, o mesmo não se pode dizer em relação à proteção do meio ambiente do trabalho. Com efeito, mesmo entre os operadores do direito, vê-se certa incompreensão e até antipatia com as normas de medicina e segurança do trabalho, relegando-se a tais normas uma importância menor em comparação com as que compõem o ordenamento jurídico trabalhista, ligadas à obtenção de conquistas no plano material.”

Nesse contexto, e conforme as sábias palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁴, é fato que:

“O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (art. 200, VII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho.”

Portanto, fica evidente que meio ambiente do trabalho, sendo o local onde o trabalhador passa boa parte de sua vida, normalmente 1/3 dela (8hs por dia), além de ser digno e idôneo, deve oferecer condições de salubridade e de segurança, com o que também restarão respeitados e tutelados os direitos, igualmente fundamentais, à saúde e à integridade física daqueles.

De outra banda, Raimundo Simão de Melo¹⁵ adverte que:

“O meio ambiente do trabalho, como um dos aspectos do meio ambiente, é o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.).

¹⁴ *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 129.

¹⁵ *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 243.

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro e a saúde são direitos humanos fundamentais do cidadão trabalhador, os quais, quando desrespeitados, provoca-se agressões a toda sociedade, que, no final das contas, é quem custeia a Previdência Social, responsável pelo Seguro de Acidentes do Trabalho – SAT e o Sistema Único de Saúde – SUS.”

Arrematando, o ilustre jurista destaca que o meio ambiente de trabalho íntegro e sadio é direito de todos os trabalhadores, “*sejam eles celetistas ou estatutários, pois o art. 39, §3º, da Constituição assegura também aos servidores públicos, sem distinção, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”.

Não obstante todas essas previsões do direito positivado, inclusive da própria Constituição Federal, alguns tomadores de mão-de-obra humana, entre os quais o próprio Estado¹⁶, ainda insistem em manter ambientes de trabalho degradados, insalubres e indignos.

Com a devida vênia, tal postura demonstra apenas o descaso da sociedade, inclusive dos gestores e administradores públicos¹⁷, para com os princípios e normas constitucionais. É lamentável verificar, em pleno século XXI, o deliberado descumprimento das normas e princípios constitucionais por parte de atores sociais relevantes, como são os tomadores de mão-de-obra, os empresários e a própria administração pública.

Essa situação fática exige uma atuação (leia-se, reação) firme e contundente dos sindicatos, das entidades e associações de classe, bem como do Ministério Público do Trabalho, com o ajuizamento de ações coletivas em busca da concretização do direito a um meio ambiente de trabalho sadio, saudável, seguro, confortável e ecologicamente equilibrado.

¹⁶ Como exemplo da omissão estatal, citamos as Ações Cíveis Públicas n.º 00664-2009-025-13-00-0 e 00164-2010-025-13-00-2, ambas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho contra a União e distribuídas à 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB. Nas citadas ações, o *Parquet* alegava que os imóveis do Ministério da Saúde e da Polícia Federal em João Pessoa não ofereciam condições dignas de trabalho, sendo o meio ambiente laboral insalubre e precário a ponto de comprometer a dignidade dos trabalhadores e o direito dos mesmos a uma vida saudável. Citamos, também, a Ação Civil Pública n.º 2009.32.00.001948-, ajuizada pelo Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho contra a União, alegando que “*as instalações do Prédio do Fórum Trabalhista de Manaus ferem o princípio da dignidade da pessoa humana dos que lá trabalham e freqüentam*”, pois “*apresentam condições inadequadas de segurança e salubridade*”. Esta última ação, no entanto, foi ajuizada perante a Justiça Federal – Seção Judiciária do Amazonas (1ª Vara), que, data vênia, não tem competência material para o tema, conforme será exposto adiante no item III deste artigo.

¹⁷ Atento a essa realidade, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha (*Os direitos sociais na Constituição. Vinte anos depois. As promessas não cumpridas*. Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008, p. 24) pondera com bastante propriedade que: “*O poder público que, em tese, é o maior interessado em que a Constituição seja obedecida, na realidade brasileira, é um dos maiores, senão o maior, cliente e devedor da Justiça. Demonstra, assim, não somente desrespeito pela sociedade que o legitima enquanto poder, mas, no que por ora interessa, à Constituição por força da violação à ordem por ela estabelecida.*”

Em contrapartida, cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental na concretização do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho¹⁸, já que é a última porta que o cidadão e a sociedade têm a bater para fazer valer as disposições da Constituição Federal e das Leis.

Nesse contexto, surge a indagação: qual ramo do Poder Judiciário é competente para processar e julgar ações que tenham como objeto o meio ambiente de trabalho?

3. A Justiça do Trabalho e a tutela do meio ambiente laboral

A competência da Justiça do Trabalho foi significativa ampliada com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, passando a contemplar todas as controvérsias oriundas e/ou decorrentes da **relação de trabalho**. Antes, tal competência era limitada às ações entre “*trabalhadores e empregadores*”, ou seja, decorrentes da “*relação de emprego*” disciplinada pela CLT, e, “*na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*”.

O novo texto do art. 114, visando ampliar expressivamente a competência da Justiça do Trabalho, fez uso, apenas, da expressão **relação de trabalho**, cujo significado, bem mais amplo do que o de **relação de emprego**, já era pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência trabalhista.

A relação de trabalho, segundo Maurício Godinho Delgado¹⁹, engloba:

“todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas

¹⁸ Há quem sustente, nos dias atuais, que o Poder Judiciário está se imiscuindo indevidamente nas atribuições conferidas aos Poderes Executivo e Legislativo. Alegam que o Poder Judiciário está legislando, que está havendo um verdadeiro “ativismo normatizante”. Alegam, também, que o Poder Judiciário vem interferindo indevidamente nas políticas públicas, de responsabilidade do Poder Executivo. Não obstante os fundamentos e argumentos dos críticos, não há nada de errado ou anormal na atuação do Poder Judiciário. Este, na verdade, vem sendo instado pela sociedade a suprir as lacunas e omissões dos outros Poderes. A atual Constituição Federal foi promulgada há mais de 20 anos e até hoje várias matérias importantes e relevantes para a sociedade brasileira ainda não foram devidamente regulamentadas pelo Poder Legislativo. Por outro lado, o Poder Executivo, através do Ministério do Trabalho e Emprego, não fiscaliza de maneira satisfatória as condições de trabalho, notadamente pela falta de estrutura (pessoal e material).

¹⁹ *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 285.

de pactuação de prestação de trabalho existentes o mundo jurídico atual.”

Estevão Mallet²⁰, discorrendo sobre o tema, explica que

“Relação de trabalho é conceito mais amplo do que relação de emprego. Cuida-se, ademais, de conceito que já estava sedimentado em doutrina. Abrange todas as relações jurídicas em que há a prestação de trabalho por pessoa natural a outra pessoa, natural ou jurídica, tanto no âmbito de contrato de trabalho (art. 442, da CLT) como, ainda, no de contrato de prestação de serviços (arts. 593 e seguintes do Código Civil), e mesmo no de outros contratos, como os de transporte, mandato, empreitada etc.”

Portanto, a Justiça do Trabalho atualmente é competente para processar e julgar as ações cujas causas de pedir e pedidos envolvam relação de trabalho, qualquer que seja ela. Aqui, reiteramos, relação de trabalho sendo gênero do qual relação de emprego é espécie.

A competência, então, não é mais restrita ou limitada às relações disciplinadas pela CLT, mas para toda e qualquer relação que tenha como objeto o trabalho humano.

Devemos ressaltar, no particular, o comprometimento e a aptidão dos Juízes do Trabalho para administrar e pacificar todos os litígios em torno dos valores “*trabalho*”, “*Justiça social*” e “*valorização da pessoa humana*”, ainda quando não se trate de relação de emprego (arts. 2º e 3º da CLT).

Com isso, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as ações sobre os autônomos, os trabalhadores eventuais, os estatutários, os cooperados, entre outros. A competência, hoje, não é mais limitada apenas àquelas ações relativas às relações de emprego.

Para a fixação da competência da Justiça do Trabalho basta, então, que a causa de pedir e o(s) pedido(s) sejam oriundos ou decorrentes de uma relação de trabalho. E sendo o ambiente de trabalho o local onde as relações de trabalho se desenvolvem, é evidente que as ações sobre esse tema são da competência material da Justiça do Trabalho.

Especificamente no que diz respeito ao meio ambiente de trabalho, o e. Supremo Tribunal Federal já tinha entendimento pacificado, antes mesmo

²⁰ Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45. *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. Coord. Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, São Paulo: LTr, 2005, p. 72.

da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, no sentido de que a competência era da Justiça do Trabalho.

Tal entendimento consta na Súmula n.º 736, aprovada na Sessão Plenária de 26.11.2003, que dispõe:

COMPETE À JUSTIÇA DO TRABALHO JULGAR AS AÇÕES QUE TENHAM COMO CAUSA DE PEDIR O DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS RELATIVAS À SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES.

Esse posicionamento, consentâneo com o ordenamento jurídico, também era e é chancelado pela mais balizada doutrina.

Antes mesmo da Emenda Constitucional n.º 45/2004, Amauri Mascaro Nascimento²¹ já defendia que:

“A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir as mesmas questões aqui denominadas ambientais e que não passam, como foi mostrado, de lides sobre condições de trabalho no sentido das regras de segurança e medicina do trabalho, e que entram no seu âmbito de competência por força do disposto na Constituição Federal, art. 114.”

No mesmo sentido eram as reflexões de Raimundo Simão de Melo²²:

Ora, se o meio ambiente de trabalho seguro constitui direito fundamental/social dos trabalhadores, constitucionalmente assegurado, e, ao Ministério Público do Trabalho incumbe, perante a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais garantidos (art. 83 e inciso III da Lei Complementar n. 75/93), dúvida não pode existir sobre a competência trabalhista no tocante à prevenção e reparação dos danos ao meio ambiente do trabalho.

Já sob a égide da nova redação do art. 114 da Constituição Federal, Carlos Henrique Bezerra Leite²³ e Renato Saraiva²⁴, respectivamente, ponde-

²¹ *A defesa processual do meio ambiente de trabalho*. Revista LTr, 63-05/585.

²² *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 153.

²³ *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 200.

²⁴ *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 96.

ram com bastante propriedade que:

“A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações que tenham como causa de pedir matéria alusiva ao meio ambiente do trabalho.”

“O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, substanciado na Súmula 736, de 09.12.2003, de que compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.”

Fica claro, nesse contexto, que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações judiciais que tenham o meio ambiente de trabalho como objeto principal.

3.1. A Justiça do Trabalho e o meio ambiente laboral dos servidores públicos

Questão que pode gerar alguma controvérsia diz respeito ao meio ambiente de trabalho dos servidores públicos em sentido estrito, assim entendido aqueles que não são regidos pela CLT, mas por Estatuto próprio, ante o que restou decidido pelo c. Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 3395²⁵.

²⁵ Logo após o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido de liminar formulado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE na ADI n.º 3395, decidiu: “Não há que se entender que a justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Leio GILMAR MENDES, há “Oportunidade para interpretação conforme à Constituição ... sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição... Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica...” (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 222/223). É o caso. A alegação é fortemente plausível. Há risco. Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito ‘ex tunc’. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC n.º 45/2004. Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a “apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”. Essa decisão foi ratificada pelo Plenário, mas ainda em sede de liminar, ocasião em que restou decidido o seguinte: “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.”

Com a devida vênia, não vislumbramos razão plausível para tratamento distinto da questão. Entendemos que a Justiça do Trabalho é competente mesmo quando a ação tenha como causa de pedir o meio ambiente de trabalho disponibilizado pela administração pública.

Ressaltamos, por pertinente, que esse entendimento não confronta em nada com a decisão proferida pelo e. Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI n.º 3395, que suspendeu toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a competência para apreciação das ações ajuizadas pelos servidores públicos estatutários.

E o motivo é simples: a referida decisão excluiu da competência da Justiça do Trabalho apenas as causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários (“*causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária*”) e, no caso, as ações sobre o meio ambiente do trabalho são coletivas, ou seja, ajuizadas por substitutos processuais reconhecidos pela legislação e não pelos servidores.

Outrossim, e embora alguns servidores que laboram nos prédios e imóveis mantidos pelo Estado tenham suas relações regidas por Estatuto próprio (distinto da CLT), é fato que outros tantos são regidos pela CLT e pela legislação trabalhista (leia-se não “*jurídico-estatutária*”), entre os quais é possível incluir os estagiários e os empregados das empresas terceirizadas, responsáveis pela limpeza, conservação, segurança e outros serviços auxiliares.

Nesse sentido são as considerações de Arion Sayão Romita (Direitos fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 379):

A observância das normas de segurança e medicina do trabalho não se impõe apenas na relação jurídica entre a empresa e seus empregados. Estende-se às relações travadas pela empresa contratante e os empregados da contratada, no tocante a estes, quando ocorre a subcontratação (ou exteriorização de serviços). Na empresa contratante, trabalham ombro a ombro seus empregados e os das empresas prestadoras de serviços.

De todo modo, admitindo-se por mera epítrope a tese de que a Justiça do Trabalho é incompetente para apreciar a lide no tocante aos servidores estatutários, é indene de dúvidas que detém competência para apreciar a pretensão relativa ao ambiente de trabalho no que diz respeito aos empregados regidos pela CLT e pela legislação trabalhista que laboram no mesmo local em que os estatutários.

Essas ponderações são pertinentes e adequadas para que os intérpretes mais conservadores não aleguem que este entendimento contraria decisão do e. Supremo Tribunal Federal. Tal crítica, data vênua, decorre do que o Luiz Roberto Barroso²⁶ chamou de patologia crônica da hermenêutica constitucional brasileira, “*que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo*”.

José Carlos Barbosa Moreira²⁷, ao tratar dessa questão, ponderou que:

A ação conjugada desses e de outros fatores costuma gerar fenômeno que, apesar de negligenciado em geral pela teoria clássica da hermenêutica, se pode observar com facilidade toda vez que entra em vigor novo código, ou nova lei de âmbito menos estreito ou de teor mais polêmico. Em tais ocasiões, raramente deixa de manifestar-se, em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar retrospectiva: o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica. Pois bem: o que sucede com outros diplomas é passível de suceder igualmente com uma nova Constituição.

É fato, infelizmente, que há resistência às mudanças e ao progresso jurídico. No entanto, também é fato, incontestável e indiscutível, que a Emenda Constitucional n.º 45/2004 alterou e alargou significativamente a competência da Justiça do Trabalho, bastando, agora, que a causa de pedir e o(s) pedido(s) sejam oriundos ou decorrentes de uma **relação de trabalho (gênero)**.

No caso em análise, combatem-se as condições insalubres e precárias de trabalho proporcionadas pelos tomadores de mão-de-obra, o que, sem dúvida, decorre do descumprimento de normas relativas à segurança, higiene e

²⁶ Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). *Revista de Direito Administrativo*, n. 214, p. 8, out./dez. 1998.

²⁷ O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, v. 304, out./nov./dez. 1988, p. 152.

saúde dos trabalhadores e é da competência da Justiça Especializada, na forma da Súmula n.º 736 do e. Supremo Tribunal Federal.

Pertinente, a esse respeito, a decisão unânime proferida pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação n.º 3303/PI, que teve como Relator o Min. Carlos Britto:

CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO PIAUIENSE A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. **Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores.** 2. Reclamação improcedente. Prejudicado o agravo regimental interposto.

Nessa decisão, prevaleceu o entendimento de que a tramitação da Ação Civil Pública n.º 1251-2004-002-22-00-6 na Justiça do Trabalho (Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região/ 2ª Vara do Trabalho de Teresina) em nada contraria o decidido na ADI 3.395-MC, porque aquela tinha por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores.

Restou reafirmado e ratificado, no particular, o entendimento manifestado na Súmula n.º 736 daquele e. Tribunal.

Em seu voto, o eminente Ministro Celso de Mello destacou, com muita propriedade, que:

O fato é que essa ‘causa petendi’ estaria a sugerir, longe de qualquer debate sobre a natureza do vínculo (se laboral ou não, se de caráter estatutário, ou não), que se pretende, na realidade, e numa perspectiva de pura metaindividualidade, provocada pela iniciativa do Ministério Público, saber se normas referentes à higiene e à saúde do trabalho estariam sendo observadas, ou não, por determinado ente público. (destaques acrescentados)

Em seguida, o douto Ministro Menezes Direito justificou: “*Exatamente por esse aspecto o Relator não enfrentou a questão do vínculo. Examina-se, na realidade, apenas a justiça competente para julgar uma ação civil pública relativa à higiene do trabalho*” (destaques acrescidos).

Concluindo, arrematou o Relator: “*Que seria a Justiça do Trabalho*” (destaques acrescidos).

Seguindo a orientação do e. Supremo Tribunal Federal, o c. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, ao julgar o Recurso Ordinário interposto nos autos da Ação Civil Pública n.º 1251-2004-002-22-00-6, decidiu:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores (Inteligência da Súmula 736 do STF). AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE VISA À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nos termos do art.83, III, da Lei Complementar nº 75/1993, compete ao Ministério Público do Trabalho promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. **Em casos como o dos autos, em que as agressões ao meio ambiente do trabalho se traduzem em ofensa à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e envolvem interesses difusos e coletivos, é inegável a legitimidade do MPT para a propositura da ação civil pública correspondente, sendo irrelevante o fato de os trabalhadores prejudicados serem submetidos a regime celetista ou estatutário.** DECISÃO: Por unanimidade, conhecer do recurso ordinário, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria, dar-lhe parcial provimento para excluir da condenação a indenização por dano moral coletivo ante a ausência de pedido. Vencida, parcialmente, a Exma. Sra. Desembargadora Enedina Maria Gomes dos Santos (Relatora) que mantinha a referida indenização. (destaques acrescidos)

Em outra oportunidade, analisando questão semelhante, o mesmo c. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, ao julgar o Recurso Ordinário interposto nos autos da Ação Civil Pública n.º 00525-2008-102-22-00-1, sob a relatoria da Des. Enedina Maria Gomes dos Santos, proferiu seguinte decisão:

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores (Inteligência da Súmula 736 do STF). AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE VISA À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Nos termos do art.83, III, da Lei Complementar nº 75/1993, compete ao Ministério Público do Trabalho promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Em casos como o dos autos, em que as agressões ao meio ambiente do trabalho se traduzem em ofensa à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e envolvem interesses difusos e coletivos, é inegável a legitimidade do MPT para a propositura da ação civil pública correspondente. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATADOURO PÚBLICO MUNICIPAL. PERMANÊNCIA DE CONDIÇÕES INDIGNAS DE TRABALHO E CONSTATAÇÃO DE LABOR INFANTIL. INTERDIÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA. Não merece ser provido o recurso que pleiteia a reabertura de matadouro público interditado em razão da constatação de labor infantil e de condições indignas de trabalho, sobretudo quando o recorrente não comprova a adoção de medidas concretas e eficazes para proibir o acesso de crianças e adolescentes no estabelecimento, para promover a dignidade, a saúde, a higiene e a segurança dentro do ambiente de trabalho, nem tampouco a implementação de política para inserir as crianças em programas sociais de erradicação do trabalho infantil (DJ/PI de 30/04/2010 - DT – Maio/2010 – vol. 190, p. 68).

4. Considerações finais

Após tudo o que foi exposto, afirmarmos com convicção e segurança que:

a) O meio ambiente do trabalho é espécie do gênero meio ambiente, do mesmo modo que a relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho. E mais, o meio ambiente laboral sadio e ecologicamente equilibrado é direito fundamental dos trabalhadores de terceira geração;

b) Todos os trabalhadores têm o direito fundamental a um ambiente de trabalho ambiente sadio, saudável, seguro, confortável e ecologicamente equilibrado, que possa proporcionar uma sadia qualidade de vida, inclusive fora do trabalho. É, assim, dever do Poder Público e da coletividade (notadamente dos empresários e demais tomadores de mão-de-obra) defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações;

c) Os sindicatos, as entidades e associações de classe, o Ministério Público do Trabalho, bem como o Poder Judiciário devem atuar de forma concretizar o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho;

d) A Justiça do Trabalho detém competência absoluta para processar e julgar as ações que tenham como causa de pedir o meio ambiente de trabalho, independentemente na natureza do vínculo mantido entre as partes envolvidas, seja celetista, estatutário, civil ou outro. Basta, no particular, que a controvérsia tenha como objeto o meio ambiente laboral, na forma da Súmula n.º 736 do c. Supremo Tribunal Federal.

DA RELATIVIZAÇÃO DAS IMPENHORABILIDADES: UMA ANÁLISE FAVORÁVEL AO DIREITO DO CREDOR

Ana Beatriz Mesquita Dantas ¹

1. Introdução

A Lei nº 11.232/2005 (BRASIL, 2005) instituiu o processo sincrético, acabando com o sistema de processos, leia-se relações processuais, distintos e autônomos (conhecimento, liquidação e execução), embora no mesmo caderno processual. A partir de então, o processo civil no ordenamento jurídico pátrio passou a ser dividido em fases: de conhecimento, liquidação (quando necessário) e executiva (ou de cumprimento).

Em outras palavras, o disciplinamento legislativo das ações sincréticas acabou com a dicotomia entre os processos então existentes, o que terminou por possibilitar ao jurisdicionado a satisfação do seu direito num único processo, concentrando neste tanto a atividade cognitiva como a satisfativa.

Ao promover tal alteração no regramento processual civil, o legislador procurou combater a morosidade que degrada a imagem atual do Poder Judiciário. Isso porque no disciplinamento anterior, havia a interrupção da prestação jurisdicional com a sentença cognitiva, o que sujeitava o cidadão à propositura de nova demanda para poder ver a concretização do seu direito no mundo fático.

A satisfação de uma obrigação prevista em um título executivo judicial passou a ser implementada por meio da fase de cumprimento da sentença, disciplinada do artigo 475-I ao 475-R do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973). Em relação à execução de título executivo extrajudicial, o procedimento não foi alterado. Será deflagrado um processo de execução, na forma dos artigos 621 a 643 da legislação processual civil.

Por meio da fase executiva, ou mesmo de um processo autônomo de execução, temos a satisfação forçada de uma prestação devida. De outro ponto de vista podemos dizer que na execução, diante do inadimplemento do deve-

¹ Acadêmica do curso de graduação em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

dor, o estado-juiz, quando provocado, passa a adotar atos de força para realizar e satisfazer o direito do credor, independentemente da vontade do devedor.

Assim, a completude da execução é alcançada com o cumprimento da prestação devida, tanto que a sua existência está vinculada ao inadimplemento desta.

Numa análise cronológica, observa-se a existência do sistema da autotutela, que não vigora nos dias atuais, mas possibilitava a resolução de conflitos pelos próprios indivíduos envolvidos, prevalecendo o direito do mais forte. Hodiernamente, vigora o Estado Democrático de Direito, no qual o exercício jurisdicional está concentrado no ente estatal.

Destaque-se que o fato da jurisdição se concentrar apenas nas mãos do Estado acaba por dar maior intensidade à questão da morosidade, tendo em vista que a máquina judiciária não consegue absorver e solucionar todos os conflitos que lhe são apresentados com presteza.

O maior objetivo da reforma processual que instituiu o processo sincrético foi tornar mais rápida a efetivação do direito do jurisdicionado quando necessária a intervenção do Poder Judiciário.

Mesmo visando um processo célere e eficaz, o legislador optou por favorecer ainda mais os casos de cumprimento voluntário das obrigações, eximindo a participação do Poder Judiciário. Tanto foi assim que optou por instituir no *caput* do artigo 475 – J do Código de Processo Civil a multa nos casos de não cumprimento da obrigação de pagar valor certo pelo devedor.

Nesse sentido, caso a satisfação do crédito reclame o desenvolvimento processual, incluindo a fase executiva, arcará o devedor com uma multa, uma penalidade por não ter cumprido voluntariamente sua obrigação. Assim, esta multa tem o fito de compelir o devedor a cumprir a obrigação por vontade própria, sem interferência do Poder Judiciário em fase executiva.

Outro incentivo à satisfação obrigacional voluntária é observado no *caput* do artigo 745-A do Código de Processo Civil, conhecido por “moratória judicial” em que, no prazo dos embargos, é conferida ao executado a possibilidade de depositar inicialmente apenas 30% do valor em execução e pagar o valor residual de forma parcelada, em até 6 (seis) vezes.

Antes da Lei 8.952/94 (BRASIL, 1994) era comum que se o devedor não cumprisse determinada obrigação de fazer ou não fazer, a mesma fosse convertida em perdas e danos. Com o advento desta lei, tal postura passou a ser vista como exceção, e a regra adotada passou a ser a tutela específica, de modo que só haverá a conversão obrigacional em perdas e danos com requerimento do credor ou impossibilidade de concretização da obrigação, conforme

expresso no *caput* do artigo 461 do Código de Processo Civil, e ainda em seu parágrafo 1º.

Nesse viés, quando a dívida consiste numa obrigação de fazer, depende o seu adimplemento, via de regra, da prática de um ato. Nos casos de obrigação de fazer personalíssima, tal prática está adstrita ao devedor. Por outro lado, a obrigação de não fazer consiste numa vedação à prática de um ato pelo devedor, sendo o inadimplemento caracterizado com a prática do ato.

A legislação acima referida terminou por abolir a necessidade do processo autônomo de execução nos casos de obrigação de fazer ou não fazer, sendo suas sentenças dotadas de força executiva própria.

Posteriormente, com o advento da Lei 10.444/2002 (BRASIL, 2002), tal entendimento passou a vigorar também no âmbito das obrigações de dar/entregar, que são aquelas que têm como finalidade a entrega de determinado objeto ao credor, e, via de regra, está limitada à entrega da coisa alvo da obrigação. Destaca-se, oportunamente, que a referida lei disciplinou este regramento através dos artigos 461-A e 621 do Código de Processo Civil.

No que se refere à obrigação de pagar, em consonância com o disciplinado no artigo 475-J do Código de Processo Civil, caso haja título executivo judicial condenando o devedor no pagamento de quantia certa, este tem prazo de 15 dias para efetuar a quitação da dívida. Caso assim não proceda, arcará com multa de 10% sobre o valor da condenação. Tal descumprimento ensejará ainda na expedição de mandado de penhora e avaliação.

No mesmo contexto, se a obrigação de pagar se instituir em título executivo extrajudicial, o credor deve procurar a tutela do Poder Judiciário, apresentando sua petição inicial e o título em que se funda a execução devidamente anexado, exigência do artigo 614, I, do diploma processual em estudo. A partir daí, seguindo o preceito do *caput* e do §1º do artigo 652 do Código de Processo Civil, procederá à citação do devedor com ordem para que o pagamento seja efetuado em até três dias. Sendo descumprida tal disposição, também recairá a ordem de penhora.

Nesta perspectiva, para a satisfação do crédito de uma obrigação de pagar, o legislador disciplinou o instituto da penhora, que se consubstancia na constrição e depósito de bens, com a finalidade de garantir direta ou indiretamente a efetivação da prestação devida. Em outras palavras, a penhora tem como efeito a garantia do juízo, conferindo segurança ao processo.

O entendimento fica claro à luz dos ensinamentos de Pugliesi (2009, p. 912):

Os bens do devedor são objeto da penhora que incidirá em tantos bens do devedor quanto bastem para o pagamento integral da obrigação resultante da sentença, alcançando o principal devidamente atualizado, os juros, as custas e os honorários advocatícios. O objetivo da execução forçada para cumprimento de obrigação de pagar quantia certa é a transferência de patrimônio do devedor para o credor, apreendendo dinheiro ou expropriando bens do executado e transformando-os em numerário que permita saldar o débito em execução.

Ocorre que junto ao disciplinamento da penhora, o legislador fez questão de elencar alguns bens que não se submetem a esse instituto, os quais se denominam bens impenhoráveis, que terminam por limitar o exercício da tutela executiva.

A deliberação sobre a impenhorabilidade desses bens levou em consideração a sua relevância, no intuito de proteger a dignidade do devedor, lhe garantindo o essencial para sua sobrevivência, seus direitos mínimos.

Em face de algumas garantias conferidas ao executado, principalmente no que se refere ao benefício da impenhorabilidade, em muitos casos em concreto resta a configuração de uma execução frustrada, que reprime o direito do credor e termina por beneficiar o devedor.

Não há dúvidas acerca dos benefícios da penhora em determinados casos. Porém, é importante destacar que em casos outros, o maior prejudicado da relação jurídica é o credor, considerando que este não obteve sucesso na execução de seu crédito em virtude da postura de outrem, que se ampara no rol de bens impenhoráveis para não honrar com seus compromissos.

Diante da configuração destas situações, e em razão das injustiças cometidas diante do rol de bens impenhoráveis, torna-se necessária uma maior análise sobre o tema, detidamente no tocante ao bem de família. É de grande relevância o exame acurado de casos em que deve prevalecer a relativização do disciplinamento legal, para concretizar o direito do credor à luz de uma concepção inspirada em princípios e no próprio ideal de justiça.

No intuito de apontar os caminhos mais justos, os principais casos em que a impenhorabilidade não deve imperar, analisam-se alguns tópicos que auxiliam no melhor entendimento sobre o tema, de modo que debate-se inicialmente a efetividade do processo no ordenamento jurídico como um todo e a execução vista como ato de violência estatal.

Posteriormente, faz-se a análise da impenhorabilidade propriamente dita, abordando o conflito entre princípios, os fundamentos de sua existência, a impenhorabilidade como instituto de valor relativo e não absoluto, com enfoque na interpretação sobre o bem de família.

Para melhor fundamentar o estudo, apresenta-se o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, sendo importante ressaltar que esta ainda é uma corrente minoritária, mas que a cada dia ganha força e certamente merece ser alvo de reflexão por parte dos operadores do direito.

2 . Da efetividade do processo no ordenamento jurídico brasileiro e a execução como ato de violência estatal

No Brasil, via de regra, o conflito de interesses entre indivíduos é solucionado com o exercício jurisdicional do Estado, em observância aos princípios do Estado Democrático de Direito.

O processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a sua jurisdição, efetivando o direito dos cidadãos que buscam uma prestação devida. Em outras palavras, o processo é o meio para a pacificação social.

Sobre a situação atual da ordem jurídica nacional, vale atentar para as observações de Severino (2006):

A execução sempre foi tormentosa à atividade forense, pois fazer valer o justo e propiciar segurança jurídica, significa acabar com o estado de litigiosidade constante do qual o órgão jurisdicional não se desvincula enquanto o titular do direito não alcança sua obtenção.

A crise de Judiciário é um fato e a lentidão parece tão maior quanto mais rápida é a dinâmica social vivida na pós-modernidade. A situação fomentou-se com a expansão da informação propagada pela internet e a globalização tornou possíveis coisas dantes inimagináveis.

Para o ordenamento jurídico pátrio, o grande entrave na efetivação dos direitos está na morosidade processual. Incontáveis os motivos responsáveis pelo fato, apontando como principais exemplos o sistema processual falho² e a

² Por meio do ato nº 379, de 2009, do presidente do Senado Federal, foi instituída em outubro de 2009 uma comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. A mudança da legislação é vista como indispensável para a celeridade do Poder Judiciário, o grande entrave dos processos, o que implicará num exercício jurisdicional mais rápido e conseqüentemente mais efetivo.

Objetiva a comissão a elaboração de uma nova legislação com linguagem e trâmite processual simples, atentando para a celeridade e o resultado efetivo da ação, através da inovação e modernização procedimental, tudo em observância ao devido processo legal. Surgirão novos institutos, alguns antigos permanecerão e outros serão abolidos, diante da observação de

deficiência na estrutura estatal, no que se refere à máquina do Judiciário, que não absorve a quantidade de demandas propostas.

Independente da situação descrita é fundamental que essa essência seja modificada, possibilitando que o processo atinja seus reais objetivos como meio de efetivação de justiça, estabelecendo a pacificação social. Para tanto, o processo deve deixar de lado o rigor de que se reveste, possibilitando com isso também um maior acesso ao Judiciário de maneira efetiva, adequada e tempestiva.

Esse também é o entendimento de Leite (2010), que defende a ideia da quebra do formalismo jurídico para possibilitar o diálogo das fontes normativas infraconstitucionais, objetivando a concretização do princípio da efetividade das normas.

Uma tutela jurisdicional efetiva é direito fundamental, de modo que é garantido a todo cidadão um processo que irá solucionar o seu litígio, que irá efetivar a prestação que lhe é devida.

Em paralelo aos já citados problemas, encontramos também a impenhorabilidade como um óbice à efetividade processual, isso porque não basta o reconhecimento dos direitos, eles têm que ser efetivados, e diante dos casos de impenhorabilidade, a efetivação muitas vezes resta frustrada.

Sobre o tema, esse é o entendimento de Pisani *apud* Pugliesi (2009, p. 897):

O jurisdicionado tem o direito não a um procedimento qualquer que seja previsto formalmente num determinado sistema jurídico, mas sim que possa utilizar um procedimento (o più procedimenti) estruturado de modo tal a fortalecer-lhe uma tutela efetiva e não meramente formal e abstrata do seu direito.

Nesse viés, vigora na execução o princípio da efetividade, que impõe a necessidade de efetivação dos direitos reconhecidos. Da aplicação desse princípio, surge o direito fundamental à tutela executiva, que deve ser empregado

sua ineficácia. Exemplifico que buscam meios de diminuir o número de processos e recursos em trâmite.

A primeira fase dos trabalhos foi encerrada em dezembro de 2009, na qual decidiram as proposições a serem observadas para a elaboração do anteprojeto. Seguindo este para a análise mediante audiências públicas, no Supremo Tribunal Federal (controle prévio de constitucionalidade), para então seguir ao processo legislativo.

Sobre o tema do presente estudo, nas decisões acerca das proposições temáticas optaram por: “Permitir a penhora parcial de bens atualmente considerados impenhoráveis, estabelecendo critérios para tanto, tornando-se flexível a impenhorabilidade”. Como observação, destaco que também nas proposições temáticas atentaram para a “Revisão da ordem prevista no atual artigo 655 do Código de Processo Civil. Ponderando o princípio da utilidade da execução em confronto com o princípio da menor onerosidade”.

em casos de controvérsias, e sua essência busca o amparo do credor.

Todavia, o direito fundamental à tutela executiva não vem sendo observado por todos os magistrados, de modo que nesses casos, o credor figura como refém da atuação estatal, considerando que a execução é levada a efeito pelo exercício jurisdicional do Estado.

Para corroborar o entendimento, importa observar as explicações de Miranda e Marques *apud* Assis (2007, p. 591): “Indubitavelmente, a penhora constitui ato específico de intromissão do Estado na esfera jurídica do obrigado, mediante a apreensão material, direta ou indireta, de bens constantes no patrimônio do devedor”.

3. Do principal fundamento para a existência da impenhorabilidade

Inicialmente, é importante discorrer sobre o que justifica a existência da impenhorabilidade, uma vez que esses fatos se constituem no alicerce do instituto e servirão como marco inicial para contestar as hipóteses incabíveis em que ainda vigora a proteção do devedor.

Imperiosa a observação dos aspectos históricos sobre o assunto. Deste modo, percebe-se que quando da elaboração do Código Civil (BRASIL, 2002) o legislador optou por privilegiar o executado, razão pela qual procurou diminuir o embate que a execução causaria em sua situação financeira. Em outras palavras, importou-se o legislador em garantir a dignidade material mínima do devedor, tutelando valores suficientes para sua subsistência.

Sobre o tema, cabe o entendimento de Pugliesi (2009, p.914), que aduziu que “O legislador buscou preservar um núcleo mínimo de dignidade daquele que suporta os atos de apreensão e expropriação, reservando alguns bens que por suas características configurariam um aviltamento à pessoa do devedor”.

Assim, houve uma preocupação do legislador com o devedor enquanto ser humano, de modo que protegeu ao menos parcialmente o seu patrimônio. Ressalte-se que a tutela está restrita ao mínimo necessário para a manutenção de uma vida digna para o devedor e extensivamente para sua família ao considerar impenhorável o bem de família, não sendo seu escopo a conservação de seu padrão de vida.

Esse é o entendimento de Reinaldo Filho (2008):

A preservação das parcelas salariais do devedor, assim como as

outras regras de impenhorabilidade de determinados bens, tem, portanto, esse caráter de preservação da dignidade material da pessoa do devedor, através da manutenção de um patrimônio minimamente necessário para a sua sobrevivência digna.

Mesmo com a tendência protetiva ao devedor, a real intenção do legislador era garantir um equilíbrio entre os sujeitos da ação, o que, destaque-se, é pouco observado pelos operadores do direito, que pouco se importam com o direito à tutela executiva efetiva.

4. Do conflito entre o princípio da efetividade da execução e o princípio da menor onerosidade da execução

A priori, é fundamental esclarecer que todos os ramos do Direito dispõem de entendimentos gerais, linhas basilares que fundamentam toda a sua sistemática, que guiam o operador do direito na aplicação normativa.

Tal situação também se configura no Processo Civil e nesse estudo analisam-se especificamente dois princípios que, ao serem observados na execução, terminam por favorecer à apenas um dos sujeitos da relação processual.

Nesta perspectiva, tem-se o direito à efetiva prestação executiva, assegurado ao credor por meio do princípio da efetividade, que se consubstancia no direito fundamental à tutela executiva. Como bem afirma Didier Júnior (2009, p. 47), “os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados”.

O referido princípio é corolário do devido processo legal e do princípio da inafastabilidade de jurisdição, que juntos defendem o acesso do cidadão ao Judiciário, elevando o ideal de justiça, culminando num exercício jurisdicional célere, adequado e eficaz.

Câmara (2007, p. 41) bem enuncia esse entendimento afirmando que:

Estudiosos do Direito Processual de todo o planeta se preocupam em garantir uma maior satisfação do jurisdicionado com a prestação da tutela jurisdicional, a qual deve ser efetiva e adequada a garantir verdadeira proteção às posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas.

Nesse diapasão, o princípio da efetividade da execução alimenta de maior carga valorativa o direito do credor, pois defende avidamente a aplicação de normas executivas que propiciem a imediata e completa satisfação do seu crédito.

Ainda nessa ótica, observa-se o dizer do artigo 612 do Código de Processo Civil, que expressa que “Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

A interpretação dessa determinação legislativa ratifica o ideal proposto pelo princípio da efetividade da execução, conferindo ainda ao credor o exercício do direito de preferência sobre os bens penhorados em relação a outros credores do devedor porventura existentes, prevalecendo o direito daquele que promoveu primeiro a penhora.

Numa análise sistemática, é necessário que o artigo 612 seja interpretado e aplicado na execução como um todo, prevalecendo em todos os casos o interesse do credor.

Em que pese o enunciado principiológico acima exposto, o Código de Processo Civil optou por contemplar expressamente em seu texto um benefício à figura do devedor por meio do artigo 620, que tem o seguinte comando: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Apesar do caráter aparentemente protetivo do artigo mencionado, salienta-se que o legislador apenas optou por esse regramento por julgar que todos os meios estariam num mesmo patamar de eficácia, não havendo nenhum prejuízo para o credor quando de sua aplicação. De outro prisma, o credor não seria favorecido, qualquer que fosse o meio de efetivar a execução.

Nesse contexto, o princípio da menor onerosidade da execução visa impedir a imposição de um ônus desnecessário ao executado, sendo óbice para a configuração de um abuso de direito do credor. A interpretação deste princípio deve ser no sentido de coibir uma conduta abusiva do credor.

Importante a observação do Enunciado 6 da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da Paraíba - ESMAT 13, aprovado em novembro de 2009 no grupo de estudos daquela Escola:

EXECUÇÃO. FINALIDADE. INTERESSE DO CREDOR (art. 612 do CPC) X INTERESSE DO DEVEDOR (art. 620 do CPC). A execução deve ser processada no interesse do credor (art. 612 do CPC) e observando o princípio da máxima utilidade da execução, proporcionando ao credor o resultado mais próximo daquele que teria caso seu direito não tivesse sido transgredido. Apenas quando o credor puder promover a execução efetiva

(justa, tempestiva e adequada) por vários meios razoáveis e obedecendo a gradação legal, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

No dizer de Didier Júnior (2009, p. 56, grifo do autor):

Não se deve entender essa norma como *cláusula geral de proteção ao executado*, que informaria todas as demais regras de tutela ao executado (princípio do *favor debitoris*) espalhadas pela legislação. O princípio é uma dessas normas de proteção do executado, e não a fonte de todas. O art. 620 do CPC é uma *cláusula geral* que serve para impedir o *abuso do direito* pelo exequente: em vez de enumerar situações em que a opção mais gravosa revelar-se-ia injusta, o legislador valeu-se, corretamente, de uma cláusula geral para reputar abusivo qualquer comportamento do credor que pretende valer-se de meio executivo mais oneroso do que outro igualmente idôneo à satisfação do seu crédito.

Este princípio pode ser observado de ofício pelo magistrado ou por meio de impugnação feita pelo executado, oportunidade em que este deverá apontar o meio menos oneroso para si que satisfaça de igual modo a execução.

Não é cabível a impugnação da onerosidade abusiva objetivando a redução do valor executado, nem a flexibilização do modo de quitação da dívida. O referido princípio observa tão somente o estabelecimento ou substituição do modo mais gravoso pelo menos gravoso para o devedor, desde que ambos os modos sejam igualmente eficazes.

Na prática, habitualmente há o embate entre o princípio da efetividade da execução e o princípio da menor onerosidade da execução. O conflito muitas vezes se instala pelo entendimento errôneo do segundo princípio, que por vezes é visto como cláusula geral de proteção ao executado.

Reitera-se que o princípio da menor onerosidade da execução deve ser observado como corolário da boa-fé, inibindo comportamento abusivo do credor que desvirtua o princípio da efetividade da execução.

Nessa ótica, deve-se observar o caráter de relatividade dos princípios, considerando que eles são limitados por outros princípios e por direitos constitucionais. Indiscutivelmente, deve prevalecer o entendimento do princípio da efetividade da execução, todavia com respeito ao princípio da menor onerosidade da execução no tocante ao exercício abusivo de direito.

5. Da impenhorabilidade como valor relativo e não como valor absoluto

Parte da doutrina opta por classificar a impenhorabilidade em absoluta ou relativa. Em face dessa classificação afirma-se que os bens absolutamente impenhoráveis são aqueles que nunca admitem constrição. Por outro lado, os bens relativamente impenhoráveis são aqueles que, via de regra, não podem ser penhorados, mas quando preenchem alguns requisitos podem, sim, ser arrolados como bem penhoráveis.

Atentando para o foco desse estudo, tal classificação é retrógrada e ineficiente. Isso porque o próprio Código de Processo Civil traz no artigo 649 o rol dos bens absolutamente impenhoráveis, onde está incluído o bem de família.

Ora, consoante o *caput* do referido artigo, com o enunciado “São absolutamente impenhoráveis”, a ideia é que jamais os bens descritos nos incisos poderiam ser alvo de penhora. Não é o que acontece, considerando que a própria legislação está arraigada de situações em que os bens do artigo 649 podem ser penhorados.

Em que pese a adoção pelo próprio legislador da classificação da impenhorabilidade em absoluta e relativa, o mesmo, com comportamento incoerente, faz questão de impor exceções ao que considera absoluto. Isso porque possibilita a penhora de alguns bens arrolados no artigo 649 no caso da execução de determinados créditos, favorecendo alguns credores.

Fica claro que na execução há o embate dos interesses do credor com os interesses do devedor. Ao proteger o devedor com o instituto da impenhorabilidade, o legislador obsta o direito fundamental do credor da efetiva tutela executiva, além de ferir o princípio da razoável duração do processo e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Há, portanto, restrição de direitos fundamentais. Sobre tal restrição, são importantes os dizeres de Moraes (2007, p. 28, grifo do autor):

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *prin-*

cípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

Em casos tais, a solução deve ser perseguida por meio da análise do caso concreto, através da ponderação dos direitos em colisão. Somente uma justa reflexão poderá relativizar um direito, cabendo ao magistrado a tutela dos interesses preponderantes.

Tal entendimento torna-se claro à luz do posicionamento de Didier Júnior (2009, p. 541-542, grifo do autor):

O legislador estabelece *a priori* o rol dos bens impenhoráveis (art. 649 CPC), já fazendo, portanto, um prévio juízo de ponderação entre os interesses envolvidos, optando pela mitigação do direito do exequente em favor da proteção do executado. Não obstante isso, as hipóteses de impenhorabilidade podem não incidir em determinados casos concretos, em que se evidencie a desproporção/desnecessidade/inadequação entre a restrição a um direito fundamental e a proteção do outro. Ou seja: é preciso deixar claro que o órgão jurisdicional *deve* fazer o controle de constitucionalidade *in concreto* da aplicação das regras de impenhorabilidade, e, se a sua aplicação revelar-se *inconstitucional*, porque não razoável ou desproporcional, *deve* afastá-la, construindo a solução devida para o caso concreto. Neste momento, é imprescindível rememorar que o órgão jurisdicional *deve* observar as normas garantidoras de direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e proceder ao *controle de constitucionalidade* das leis, podem ser constitucionais em tese, mas *in concreto*, podem revelar-se *inconstitucionais*.

A análise da situação em concreto ou, em outras palavras, o controle de constitucionalidade da lei em aplicação a determinado caso deve ser feito pelo magistrado à luz do princípio da razoabilidade, também conhecido como princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso.

Deste modo, ao verificar a existência da colisão de direitos, cabe ao aplicador do direito a tarefa de coordenar o embate, procurando preservar o máximo possível dos direitos conflitantes, tendo em vista que o ordenamento jurídico possibilita a coexistência de princípios divergentes, desde que haja uma disposição apropriada de valores.

Ressalte-se que esse princípio funciona como um limite nos casos de restrição de direitos fundamentais, atentando para fatores como a adequação, proibição de excessos, proporcionalidade em sentido estrito e necessidade.

Nesse viés, quando há conflito de direitos deve-se observar qual deles melhor atinge os objetivos sem excessos, à luz de um juízo de proporcionalidade, conduzindo a uma solução justa.

Acerca desse princípio, acertado o apontamento de Bulos (2007, p. 528 - 529):

O princípio da razoabilidade, proporcionalidade ou proibição de excesso é o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a logicidade, o bom senso, a prudência e a moderação no ato de compreender os textos normativos eliminando o arbítrio e o abuso de poder.

Trata-se de um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e legislativa, permitindo ao Judiciário invalidar as ações abusivas ou destemperadas dos administradores e dos legisladores.

A aplicação do princípio em comento nos casos debatidos no presente estudo possibilita que o magistrado, diante do caso concreto, efetive a execução, garantindo o recebimento do crédito pelo credor através da penhora do bem de família do devedor em casos em que mesmo que esta restrição patrimonial ocorra, seja garantida a dignidade do executado.

6. Da impenhorabilidade do bem de família

No ordenamento jurídico pátrio, o conceito de bem de família³ abarca o imóvel residencial urbano ou rural, único ou de menor valor, da entidade familiar utilizado para moradia permanente. Novamente o legislador preservou

³ Há doutrinadores que optam pela nomenclatura “bem de residência”, em virtude do imóvel de solteiro também merecer a mesma tutela. É o caso de Alexandre Freitas Câmara e Carlos Alberto Bittar.

a dignidade humana e o direito do indivíduo à moradia digna.

A ideia de entidade familiar⁴ deste conceito deve ser ampliada, pois o entendimento que prevalece tutela o bem de família daquelas pessoas unidas pelo casamento, união estável, entidade monoparental, união homossexual, o imóvel em que residem duas irmãs e inclusive o imóvel de pessoa solteira, sobre este último, o Superior Tribunal de Justiça já editou súmula nesse sentido⁵.

Sobre o tema, é interessante observar o posicionamento dos nossos Tribunais:

Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada as embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/1990” (STJ, REsp 57.606/MG, rel. Min. Fontes de Alencar, 4.^a Turma, julgado 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410).

PROCESSUAL – EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL – RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/1990 – A interpretação teleológica do art. 1.º da Lei 8.009/1990, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. – É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1.º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário. (STJ, EREsp 182.223/SP, julgado 06.02.2002, Corte Especial, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. acórdão Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 07.04.2003, p. 00209).

⁴ Reconheço a importância das entidades familiares, mas não me aprofundo no tema por fugir do objeto em estudo. Trago apenas o posicionamento doutrinário que observa a real intenção do legislador ao considerar impenhorável o bem de família.

⁵ Superior Tribunal de Justiça - Súmula 364: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=84>>

O disciplinamento do bem de família é feito pelo Código Civil, do artigo 1.711 ao artigo 1.722, e pela Lei 8.009/1990 (BRASIL, 1990), embasados também do artigo 6º da Constituição (BRASIL, 1988), que traz o direito fundamental à moradia. Ademais, o próprio Código Civil e a Lei 8.009/1990 trazem a limitação ao exercício do direito processual no que se refere ao tema, declarando a impenhorabilidade relativa do bem de família.

Com efeito, caso a execução verse sobre dívidas do próprio bem como impostos, financiamento e taxa condominial, ou mesmo sobre salário dos trabalhadores da própria residência, não será observada a regra da impenhorabilidade, prevalecendo nesses casos o direito do credor, conforme o art. 3º da Lei 8.009/1990⁶.

Oportunamente, a legislação especial que trata sobre o tema, em seu artigo 5º, considera residência um único imóvel utilizado pela entidade familiar, de modo que, se a família fizer uso de mais de um imóvel de sua propriedade para residência, via de regra, só será impenhorável o imóvel de menor valor, prevalecendo outro entendimento apenas quando da existência do bem de família registrado.

Na lição de Assis (2007, p. 239):

Por outro lado, o art. 5º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990 contempla a hipóteses de existirem vários imóveis utilizados para “moradia permanente”. Então, a impenhorabilidade aproveita o bem de família registrado, se houver, ou o imóvel de menor valor. Assim, a casa de campo ou de praia, constitua ou não residência contínua, se revela penhorável. Também se mostra penhorável o terreno destinado à construção da futura residência familiar.

6.1 Os móveis, pertences e utilidades domésticas que garantem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as

⁶ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

- I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;
- II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
- III -- pelo credor de pensão alimentícia;
- IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
- V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
- VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.
- VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)

necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida

Além do próprio bem de família, também é conferida proteção aos seus acessórios. Nessa seara, o artigo 649, II do Código de Processo Civil põe a salvo da penhora os móveis, pertences e utilidades domésticas que guardam a residência do executado, assim considerados os objetos comuns a qualquer residência e de uso diário.

Preocupa-se o Código de Processo Civil em garantir o direito do credor apenas no que se refere aos móveis, pertences e utilidades domésticas de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns a um médio padrão de vida. Em outras palavras, a própria legislação censura os bens de alto preço e acima do médio padrão de vida.

Apesar de mínima, a tutela conferida ao credor por meio deste artigo, já se percebe um novo modo de pensar do legislador, de maneira que para a completude do ideal defendido, não serão passíveis de penhora apenas dos bens que sejam imprescindíveis para a manutenção do médio padrão de vida.

Levando em consideração que o critério de definição utilizado pelo legislador foi vago, abre-se oportunidade novamente para o juízo de proporcionalidade do magistrado, para analisar quais bens não podem ser dispensados para que a entidade familiar tenha uma vida digna e mantenha o médio padrão de vida.

Como tal definição depende de um juízo valorativo, a jurisprudência não é unânime. À luz deste entendimento, é acertada a opinião de Didier Júnior (2009, p.552):

A impenhorabilidade dos móveis que guardam a residência é regra cuja aplicação revela decisões curiosas: o STJ já considerou impenhoráveis aparelho de televisão a cores, mesa de centro, passadeira, rádio toca-fitas, gravador, microondas, ar-condicionado, um freezer, um microcomputador com acessórios, uma impressora etc. Poderão ser penhorados, porque ultrapassam o padrão-médio, aparelhos de TV de PLASMA ou LCD, o *segundo* aparelho de televisão, a segunda geladeira, aparelhos de ar-condicionado que são verdadeiras obras de design, móveis antigos que se transformam em peças de decoração, faqueiro de prata, adega climatizada etc.

6.2 A vaga de garagem

Sobre a possibilidade de penhora da vaga de garagem, também

não há entendimento unânime na doutrina.

Defende-se que à hipótese em comento caberá uma interpretação sistemática e analógica das normas vigentes. Nesse sentido, observa-se que a intenção legislativa ao considerar impenhorável o bem de família era preservar o indivíduo e a família garantindo o direito constitucional à moradia.

É evidente que nenhuma família exerce seu direito à moradia na vaga de garagem do seu apartamento, que se configura como unidade autônoma da residência familiar, e em alguns casos tem inclusive matrícula própria no registro de imóveis.

Levando em consideração essa configuração da vaga de garagem, a jurisprudência já vinha mostrando o seu entendimento nesse sentido:

EXECUÇÃO – PENHORA - BOXE DE ESTACIONAMENTO - PENHORABILIDADE. O box de estacionamento, identificado como unidade autônoma em relação à residência do devedor, tendo, inclusive, matrícula própria no registro de imóveis, não se enquadra na hipótese prevista no art. 1º da Lei n. 8.009/90, sendo, portanto, penhorável. Recurso desprovido. (REsp nº 205.898/SP, 5ª Turma, Relator o Senhor Ministro Felix Fischer, DJ de 01/07/99)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA – BOX DE GARAGEM – MATRÍCULAS DISTINTAS – BEM DE FAMÍLIA - Boxes de garagem com matrículas distintas dos apartamento podem ser penhorados. Lei 8.009/90 inaplicável ao caso. Embargos de declaração rejeitados. Unânime. (TJRS. EMD 70003005337 - 20ª C. Cív. - Rel. Des. Rubem Duarte - J. 13.03.2002)

Recentemente, mais precisamente no dia 21 de junho de 2010 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicou a súmula 449, possibilitando a penhora da vaga de garagem com registro próprio, conforme se depreende da redação do entendimento: “A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”.

No mais, é incoerente e inconcebível a restrição à penhora da vaga de garagem, atentando para o fato do ordenamento jurídico não impor restrição à penhora de veículo. Questiona-se: de que serve a garagem se a família não dispõe do veículo?

Mais proveitoso para a entidade familiar será gravar de ônus a vaga de garagem e continuar com o veículo estacionando-o na rua, do que perder seu meio de locomoção e permanecer com um local inócuo que seria a vaga de garagem.

Ainda sobre o tema, analogicamente ao entendimento exposto no tópico 6.1, no que se refere às necessidades comuns e imprescindíveis para a configuração do médio padrão de vida, não se enquadra a garagem como imprescindível, tendo em vista que muitas famílias vivem sem veículo, e muitas das que dispõem deste bem não dispõem de vaga de garagem, por esta ocupar espaço em demasia do imóvel familiar.

6.3 Do poder de disposição que pode ser exercido sobre o bem de família

6.3.1 A alienabilidade do bem de família e o bem de família ofertado

Para o entendimento final acerca da possibilidade de penhora do bem de família, é imprescindível lembrar que ele não é de configuração obrigatória para toda entidade familiar. Atenta-se para o fato de a Lei 8.009/1990 não considerar o bem de família inalienável, o que concede ao proprietário a faculdade de livre disposição deste, podendo inclusive vender e aplicar o dinheiro como bem entender.

Ademais, poderá o próprio executado oferecer à penhora o bem de família. É o que a doutrina nomina como “bem de família ofertado”. Trata-se de um tema polêmico⁷, considerando que mesmo após tal atitude do executado, o mesmo poderá opor Embargos à Penhora, alegando o caráter impenhorável do imóvel.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já proferiu a seguinte decisão:

“CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº. 8.009, DE 1990. A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 554.622/RS, Rel. Ministro ARI PARAGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.11.2005, DJ 01.02.2006 p. 527).

⁷ Opto por não aprofundar nas diversas opiniões doutrinárias, para não fugir ao foco do estudo. Limito-me a apontar o entendimento do STJ.

Acertado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que possibilita a penhora do imóvel nos casos do bem de família ofertado, em observação ao princípio da autonomia da vontade, que norteia o Direito Privado, e que fundamentou a vontade do devedor quando ofereceu à penhora o bem de família.

Assim, considera-se o bem de família ofertado como uma opção do devedor de abrir mão de um direito que lhe é conferido. Nesse sentido, como a penhora partiu de ato de vontade do devedor, não há razão para que o magistrado proceda à análise dos embargos, o que pode ser considerado mero instrumento para postergação da decisão final.

Ademais, o artigo 473 do Código de Processo Civil veda a discussão no curso do processo de questões já deliberadas, já preclusas. O comportamento do devedor de oferecer o imóvel à penhora e posteriormente suscitar sua impenhorabilidade se consubstancia numa preclusão lógica, que se configura pela incompatibilidade entre dois atos praticados no curso processual. Esse entendimento é ratificado pela regra que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.

Diante do caráter disponível do bem de família, não há óbice na prática do ato de disponibilidade exercido pelo devedor. Há incoerência quando o ordenamento jurídico confere disponibilidade sobre o bem no geral e em situações específicas como esta tenta restringir a disponibilidade e mesmo a autonomia de vontade do indivíduo.

6.3.2 A penhora do bem de família do fiador

Convém pontuar ainda que o legislador não se preocupou em tutelar o bem de família do fiador ou avalista do devedor, de modo que o bem de família deste terceiro pode arcar com o ônus da dívida caso não subsista outro meio para quitação do débito.

Esse ponto é bem discutido pela doutrina e pela jurisprudência, e o próprio Superior Tribunal Federal já alterou o seu entendimento. Didier Júnior (2009, p. 568) discorreu sobre o tema:

Nesse contexto, revela especial interesse a penhora de imóvel do fiador em contrato de locação, lícita por força do artigo 3º, inciso VII, inserido pela Lei 8245/91. Isso porque a penhorabilidade do imóvel residencial em tais execuções chegou a ser decretada inconstitucional, no ano de 2005, pelo STF, em homenagem ao

direito fundamental à moradia do fiador (STF, RE n. 352.940). Mas, já em 2006, a Corte Suprema reformulou a sua orientação, no julgamento do RE n. 407.688 (STF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006, publicado no DJ de 06.10.2006), quando considerou constitucional dispositivo em questão.

Oportuna a leitura da ementa da decisão acima citada por Didier Junior:

FIADOR. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELOS DÉBITOS DO AFIANÇADO. PENHORA DE SEU IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO DE MORADIA, PREVISTO NO ARTIGO 6º DA CF. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, INC. VII, DA LEI Nº 8.009/90, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 8.245/91. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. VOTOS VENCIDOS. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do artigo 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o artigo 6º da Constituição da República. (RE n. 407.688. STF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08.02.2006, publicado no DJ de 06.10.2006)

Assim, o entendimento do Supremo hoje é no sentido de ser constitucional a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, caso o locatário não efetue o pagamento do aluguel. Isso porque a condição de fiador não é imposta, o sujeito torna-se fiador por livre e espontânea vontade, trata-se de manifestação do direito de liberdade, e ao aceitar tal situação, o indivíduo assume todo o ônus da situação, sabendo que pode estar em risco o seu próprio direito à moradia.

Incoerente o posicionamento adotado hoje pelo Supremo Tribunal Federal, pois o mesmo permite que um fiador tenha seu bem de família penhorado em decorrência de dívida inicialmente alheia, mesmo que sua residência seja simples e modesta. A contrário modo, tutela imóveis luxuosos e de alto valor considerando-os impenhoráveis por se caracterizar como bem de família.

Assim, não há justificativa para o tratamento diferenciado. O que deve

prevalecer é uma análise de cada caso concreto em observância ao princípio da razoabilidade, de modo que assim como o direito à moradia do fiador não é respeitado, cabe também uma flexibilização no direito à moradia do devedor, sob pena de caracterização de afronta ao princípio isonômico.

6.4 Uma interpretação ainda mais ampliativa

No tocante ao bem de família, a legislação em vigor já relativiza a sua impenhorabilidade, todavia tal relativização abarca raros casos, deixando o credor à margem da efetivação do seu crédito em diversas outras situações.

Por essa razão, defende-se aqui a ampliação da relativização já estabelecida pelo legislador, de modo que a penhora do bem de família não deve se restringir a determinados créditos, ela deverá abarcar todas as situações.

Não se defende, porém, que o bem de família passe a ser alvo de penhora total. O posicionamento é no sentido de possibilitar a penhora de todo e qualquer bem de família, garantindo o direito do credor, desde que recaindo penhora parcial sobre este bem, o devedor tenha condições de manter uma vida digna. Exemplifica-se.

Tramita execução em desfavor de devedor de quantia de R\$ 200.000,00. O executado mantém elevado padrão de vida, mora em bairro nobre, apartamento confortável com 4 suítes, com bonito e exuberante projeto arquitetônico. Tal imóvel está avaliado em R\$ 500.000,00.

Não fere a dignidade do devedor e de sua família a venda de tal imóvel para quitação da dívida, pois ainda lhe restariam R\$ 300.000,00 para a compra de novo imóvel, não sendo comprometida sequer sua renda mensal com aluguel.

Já se observam decisões judiciais com interpretação nesse sentido, flexibilizando a extensão das impenhorabilidades, principalmente quando o bem de família é de grande extensão ou ainda quando possui acessões voluptuárias.

Nesta perspectiva, os tribunais já entenderam pela impenhorabilidade apenas do imóvel residencial, estritamente falando, sendo passível de penhora a parte da casa destinada ao lazer, como piscinas, quadras, churrasqueiras e jardins, quando houver a possibilidade de desmembramento do terreno, de acordo com a legislação municipal. Trata-se da mesma interpretação conferida à vaga de garagem.

Assim entende o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DES-
CONSTITUIÇÃO DE PENHORA - BEM DE FAMÍLIA. PIS-
CINA LOCALIZADA EM IMÓVEL CONTÍGUO - PENHO-
RABILIDADE.

I - Se a residência do devedor abrange vários lotes contíguos e alguns destes suportam apenas acessões voluptuárias (piscina e churrasqueira) é possível fazer com que a penhora incida sobre tais imóveis, resguardando-se apenas aquele em que se encontra a casa residencial.

II - Imóveis distintos, ainda que contíguos, podem ser desmembrados, para que se faça a penhora.

III - Interpretação teleológica da Lei 8.009/90, Art. 2º, parágrafo único, para evitar que o devedor contumaz se locuplete e utilize o benefício da impenhorabilidade, como instrumento para tripudiar sobre o credor enganado. (STJ. REsp 624.355/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007 p. 322)

Referida interpretação deve ser extensiva no tocante aos imóveis com dupla finalidade (mas com único registro), que se configuram, por exemplo, com o desenvolvimento de atividade comercial no térreo e o primeiro andar com finalidade residencial. Nesses casos, desde que não haja prejuízo para a moradia, admite-se a penhora da parte comercial do imóvel. Assim entende a 7ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul – TRT 4ª Região:

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE - IMPENHORABILIDADE DA PARTE COMERCIAL DO ÚNICO IMÓVEL DA FAMÍLIA - POSSIBILIDADE DA DIVISÃO DO BEM PARA AUTORIZAR A CONSTRUÇÃO. O art. 1º da Lei 8009/90 afasta a possibilidade de ser penhorado o único imóvel utilizado para a residência da família. Contudo, em havendo divisão do imóvel, a parte utilizada para fins comerciais não se encontra ao abrigo da legislação especial. Tribunal Regional do Trabalho - TRT 4ªR. Publicado em 10/03/10. 0138300-96.2002.5.04.0401 AP

Esse também é o regramento acerca do imóvel rural, sendo impenhorá-

vel apenas a sede da moradia, conforme o artigo 4º, §2º da Lei 8.009/1990⁸.

É justamente nesse sentido que deve haver a possibilidade da penhora do bem de família, pois não é justo que o devedor se vele na impenhorabilidade e continue mantendo um padrão de vida alto enquanto não honra com suas obrigações, comprometendo muitas vezes o padrão de vida do credor.

6.5 O veto presidencial ao parágrafo único do artigo 650 do Código de Processo Civil

O projeto de Lei nº 51/2006 tinha como um de seus objetivos a modificação da Lei 8.009/1990 de forma a possibilitar a penhora do bem de família com valor superior a mil salários mínimos.

Tal modificação seria inserida no ordenamento jurídico por meio do parágrafo único do artigo 650 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

Parágrafo único. Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade.

Nesse viés, o imóvel seria alienado e a quantia de mil salários mínimos caberia ao devedor, pois considerada impenhorável. Apenas o excedente deste monte seria revertido em proveito do credor. Restaria ao devedor ainda quantia suficiente para a compra de novo imóvel, o que lhe asseguraria a dignidade e o direito à moradia.

Após a aprovação de um projeto de lei pelo Poder Legislativo, o mesmo passa pela análise do Presidente da República, que representa o Poder Executivo. Nessa oportunidade, caberá a ele a sanção ou veto do projeto.

Sobre o projeto de Lei n. 51/2006, o chefe do Executivo optou por vetá-lo parcialmente, sendo um dos pontos vetados o parágrafo único do artigo 650 do Código de Processo Civil.

Nas razões do veto, o Presidente assim aduziu:

⁸ § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, ‘caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade’. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei nº 8.009, de 1990, que ‘dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família’, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo.

Há equívoco no texto das razões do veto ao mencionar “o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família”, pois a própria legislação em vigor reconhece a impenhorabilidade relativa deste imóvel.

Além deste equívoco, observo contradição no mesmo texto, quando o Presidente argumenta para não obedecer a *vacatio legis* de 6 (seis) meses, afirmando:

Ademais, o conteúdo do presente Projeto de Lei foi largamente debatido pela comunidade jurídica durante o seu trâmite parlamentar, não se fazendo necessário aguardar seis meses para que se tenha o amplo conhecimento de que fala o art. 8º da Lei Complementar nº 95, de 1998.

Observa-se que primeiramente o chefe do Executivo aduz ser apropriada a reabertura do debate sobre o tema e, logo após, declara que o projeto de lei foi bastante discutido. Certamente, o real fundamento do veto não foi a falta de debate sobre o tema, acredita-se que nesse caso prevaleceram os interesses políticos.

É evidente que a sanção do projeto de lei no que se refere à aprovação desse inciso atenderia ao menos parcialmente ao princípio da proporcionalidade, assegurando o direito do devedor à moradia e a efetiva prestação jurisdicional ao credor. Diz-se parcialmente, pois somente haveria essa observação caso o devedor fosse proprietário de imóvel de elevado valor (nos dias atuais, imóveis acima de R\$ 510.000,00 – quinhentos e dez mil reais).

7. Considerações finais

A população brasileira como um todo clama por uma legislação atual e em coerência com a dinâmica social vivenciada. Tal postura também reflete numa insatisfação com o atual regramento da impenhorabilidade, quando esta é justificativa inaceitável para o não cumprimento de obrigações e responsabilidades assumidas.

De um modo crítico, discorreu-se a respeito de um grande entrave na efetivação do processo, que por vezes deixa de concretizar o direito do credor ao observar a conduta rígida do magistrado que se limita na interpretação literal da lei, deixando de observar princípios constitucionais básicos.

É pacífico no ordenamento jurídico que nenhum direito é absoluto, e assim também deve ser entendido o direito do devedor à impenhorabilidade de seus bens. Na execução, temos o embate entre o direito do devedor e do credor, que se consubstancia no mundo fático através do direito à moradia e vida digna do devedor *versus* o direito à efetiva prestação jurisdicional e vida digna do credor.

O magistrado, como responsável pelo processo, deve efetivar a mediação dos valores, direitos e princípios envolvidos, buscando a melhor solução para o caso em concreto, mesmo que esta solução não seja aquela apontada em lei, mas direcionada pelo seu senso de justiça.

A resolução de cada caso impera uma análise acurada do magistrado, uma ponderação de valores, à luz dos princípios da razoabilidade, efetividade da execução, menor onerosidade da execução e dignidade da pessoa humana, tanto do devedor como do credor.

O entendimento defendido nesse estudo não é solitário e encontra eco em opiniões doutrinárias do mais alto quilate. Apesar de ainda minoritário, alguns ramos da sociedade jurídica já reclamam tal posicionamento, de modo que a comissão de juristas responsável pela reforma do Código de Processo Civil já levantou nas suas proposições temáticas a ideia da flexibilização das impenhorabilidades. Igualmente ganha força esse posicionamento na Câmara dos Deputados, com a tramitação do projeto de Lei 2.139/07.

Não há como deixar de mencionar que essa já era a intenção do legislador, com o projeto de Lei 51/2006 que, infelizmente, vetado parcialmente pelo Excelentíssimo Presidente da República, impediu uma evolução ainda maior no ordenamento jurídico acerca do tema.

Não obstante, a classificação da impenhorabilidade do bem de família já sofrer relativização pela legislação em vigor, o magistrado não deve limitar

a relativização apenas a estas hipóteses, devendo, sempre que possível, adotar uma interpretação sistemática do direito positivado, dos princípios constitucionais e da jurisprudência, para estender tal entendimento aos demais casos em que este favor legal mostrar-se inapropriado, servindo, sem justo motivo, de empecilho à efetivação da atividade executiva.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. *Legislação, Código Civil*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. *Legislação, Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. *Legislação, Lei 8.009/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. *Legislação, Veto parcial ao Projeto de Lei 51/2006*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.139/2007*. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=369554>. Acesso em: 22 mai 2010.

BRASIL. *Proposições iniciais da Comissão formada para reforma do Código de Processo Civil*. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf. Acesso em: 10 abr 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 182.223/SP*, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Embargante: Iracema Sanguim, Recorrido: Benedito Guimarães da Silva, Distrito Federal, 07 abr. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199901103606&dt_publicacao=07/04/2003>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº449. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=tru>>

e&t=&l=10&i=4 >. Acesso em: 22 junho. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 205.898/SP*, Relator Ministro Felix Fischer, Recorrente: Paulo Marco Chao, Recorrido: Espólio de Antônio Nunes, Distrito Federal, 01 jul. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=01/07/1999&num_registro=199900186796>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 554.622/RS*, Relator Ministro Ari Pargendler, Recorrente: José Eduardo Veloso Mesquita e cônjuge, Recorrido: Julieta Domingas Panno e outros, Distrito Federal, 01 fev. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2203372&sReg=200300849110&sData=20060201&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 57.606/MG*, Relator Ministro Fontes de Alencar, Recorrente: Banco Banorte S/A, Recorrido: Citrojair Ltda., Distrito Federal, 15 mai. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199400371578&pv=000000000000>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 624.355/SC*, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Recorrente: Caixa Econômica Federal, Recorrido: Aquelino Eugenio Schmitt, Distrito Federal, 07 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302226137&pv=000000000000>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário nº 407.688*, Relator Ministro Cézer Peluso, Recorrente: Michel Jacques Peron, Recorrido: Antonio Pecci, Distrito Federal, 08 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2174853>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Processo Civil: execução*. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. v. 5.

MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas: 2007.

PARAIBA *Enunciados*. Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. Disponível em: < <http://www.amatra13.org.br/new/conteudo.php?pg=enunciados>>. Acesso em: 15 abr. de 2010.

PUGLIESI, Valter Souza. Execução Forçada: Liquidação, Penhora, Avaliação e Embargos (de Execução, de Terceiro e à Expropriação). In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Curso de Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 882 – 922.

REINALDO FILHO, Demócrito. Da possibilidade de penhora de saldos de constas bancárias de origem salarial – Interpretação do inc. IV do art. 649 do CPC em face da alteração promovida pela Lei n. 11.382, de 6.12.06. *Clubjus*, Brasília, 31 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.18819>>. Acesso em: 24 fev. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, *Agravo de Petição nº 0138300-96.2002.5.04.0401*, Relatora Desembargadora Beatriz Zoratto Sanvivent, Agravante: Valdenir Santos da Silva, Agravados: Kopptur Agência de Viagens e Turismo Ltda. E Milton Kopp, Porto Alegre, 10 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consultaRapida/ConsultaProcessualWindow?nroprocesso=0138300-96.2002.5.04.0401&action=2>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul, *Embargos de Declaração nº 70003005337*, Desembargador Rubem Duarte, Embargante: Mauro José Schuck, Embargado: Banrisul S.A., Porto Alegre, 13 mar. 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

SEVERINO, Lorena Dutra Dornelles. A penhora eletrônica como meio de realização da tutela executiva civil e trabalhista. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, vol. 35, 01 dez. 2006. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1449>. Acesso em: 24 fev. 2010.

TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1624, 12 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10753>>. Acesso em: 24 fev. 2010.

UM TEMPO TODO SEU: O DIREITO AO LAZER DAS MULHERES, NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO TRABALHO E DOS DIREITOS HUMANOS, E À LUZ DE *UM TETO TODO SEU*, DE VIRGINIA WOOLF

Antônio Cavalcante da Costa Neto

Introdução

“Mas, dirão vocês, nós lhe pedimos que falasse sobre as mulheres e a ficção — o que tem isso a ver com um teto todo seu?” Assim começa o livro *Um teto todo seu*, de Virginia Woolf. Num tom reflexivo e questionador, a autora cogita sobre as várias possibilidades de se falar sobre mulheres e a ficção. Fazer comentários sobre escritoras conhecidas ou referências sobre obras escritas por elas? Talvez essa não fosse a melhor saída. O tema poderia significar um mundo de coisas sobre a própria “natureza” da mulher e do universo feminino; a literatura escrita por elas e sobre elas seria apenas uma parte desse universo. Por isso, depois de sentar-se à margem de um rio e começar a pensar sobre o sentido das palavras do tema que lhe foi proposto, a autora-personagem intuiu um jeito diferente de tratar a questão. Desnudaria, diante de todos, sua opinião sobre algo aparentemente insignificante, mas que, pensando bem, é fundamental: “a mulher precisa ter dinheiro e um teto todo seu se pretende mesmo escrever ficção.” (WOOLF, 1997, p. 8).

Este trabalho tem como referencial básico o livro *Um teto todo seu*, de Virginia Woolf. Não se trata de uma resenha sobre a obra, mas de uma reflexão sobre os problemas relacionados ao direito ao lazer das mulheres, examinados na perspectiva do Direito do Trabalho e dos Direitos Humanos, e iluminados por ideias colhidas naquele livro.¹

Antônio Cavalcante da Costa Neto é Juiz Titular da Vara do Trabalho de Guarabira/PB

¹ Trata-se, ainda, de uma adaptação de um trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como parte da disciplina *Gênero e Direito no Brasil: uma história de lutas sociais*, ministrada pela professora doutora Renata Ribeiro Rolim, e que não foi publicado.

Para alcançar o objetivo, as reflexões inspiram-se na tese central da obra de Virginia Woolf. Sustenta-se a opinião de que as mulheres precisam de dinheiro e de um tempo todo seu, se querem usufruir plenamente o direito fundamental ao lazer. Com isso não se pretende fazer uma paródia, caracterizada pela imitação por subversão. As analogias entre este trabalho e a obra de Virginia Woolf se constituem muito mais num breve exercício de imitação por captação, e numa reverente homenagem à grandeza e pioneirismo daquela autora.

Com relação a sua estrutura, o trabalho começa analisando a noção de tempo como instrumento de regulação social, na perspectiva de Norbert Elias. Em seguida, aborda a instituição social do tempo das mulheres, historicamente divididas entre as esferas da produção e da reprodução, e sujeitas à coercitividade dos mecanismos ligados ao mito da beleza. Por fim, trata da questão das mulheres e o direito fundamental ao lazer, à luz do livro *Um teto todo seu*, apresentando algumas considerações finais a respeito das análises feitas ao longo do trabalho. Tais considerações, porém, não têm a pretensão de apontar soluções para os problemas suscitados, mas de motivar o debate sobre estes.

1. O tempo como instrumento de regulação social

O tempo, de acordo com a hipótese de Norbert Elias (1998), não é um dado objetivo do mundo criado, como o imaginava Newton; também não representa uma síntese *a priori*, como o considerava Kant. Tempo é, antes de tudo, instrumento desenvolvido socialmente para regular períodos de duração dos processos. Por meio dele orientam-se as mais variadas tarefas desenvolvidas na sociedade. E quanto mais esta se torna complexa, mais aumenta o sentimento do tempo como força coercitiva.

Nas comunidades primitivas, o ritmo das atividades humanas seguia o compasso das pulsões biológicas e dos ciclos da natureza. Quantas pessoas viveram durante séculos sem precisar saber quantos anos tinham, nem qual era o dia do mês ou da semana, simplesmente porque não haviam sido ainda inventadas as noções de semana, mês e ano. Em certas épocas, observa Elias, muita gente utilizava “a noção de ‘sono’ quando hoje falaríamos de ‘noite’, a de ‘lua’ quando falaríamos de ‘mês’ e a de ‘ceifa’ ou ‘colheita’ quando falaríamos de ‘ano.’” (1998, p. 35). Hoje, porém, é quase impossível alguém se livrar da tirania do relógio e do calendário.

Sucedem que relógio e calendário não são a mesma coisa que tempo; são

apenas artefatos construídos para medir o tempo, mesmo que, a rigor, este seja imperceptível e imensurável. Medir o tempo por meio desses artefatos representa, na verdade, um estágio alcançado por sociedades que não se contentam mais em sincronizar o fluxo da vida aos processos naturais, que lhes parecem imprecisos para as finalidades dessas sociedades. Nesse contexto, os relógios, enquanto medidores do tempo, são *contínuos evolutivos*, ou seja: “processos físicos dotados de um desenrolar contínuo, elaborados pelo homem e padronizados em algumas sociedades para servir de quadro de referência e escala de medida a outros processos de caráter social ou físico.” (ELIAS, 1998, p. 40).

Nas sociedades pós-industriais, a sincronização das atividades humanas aos processos e artefatos criados para marcar o tempo representa um poderoso meio de controle da vida das pessoas. A contagem do tempo a partir do nascimento é crucial para se adquirir algumas prerrogativas, a exemplo da idade para trabalhar e de parar de trabalhar; cronometra-se o tempo para acordar, preparar o alimento, e engoli-lo na *fast food*; a coerção é tamanha que o relógio do tempo da produção chega ao cúmulo de cronometrar os instantes de uso do banheiro no horário de trabalho.

Aliada aos sofisticados processos de controle do tempo, as sociedades pós-industriais herdaram do modo de produção capitalista um abismo axiológico entre o tempo da produção e o da reprodução. Supervaloriza-se a parte da vida empregada na produção econômica e transformada em mais-valia, e não se dá o devido valor ao período dedicado à procriação, criação e cuidado de seres humanos. Esse abismo é escavado pelas desigualdades decorrentes não apenas de relações econômicas e de classe, mas também deriva das relações de poder relacionadas à questão de gênero. Isso fica muito claro quando se examina a quantidade e a qualidade do tempo destinado socialmente às mulheres. Historicamente, a estas tem sido deixada, quase com exclusividade, a responsabilidade pelas tarefas ligadas à reprodução, embora isso não signifique que elas estejam ausentes da esfera de produção.

2. A multiplicação do tempo: mulheres divididas entre produção e reprodução

Em muitas obras de Direito do Trabalho, é comum a afirmação de que a primeira forma de divisão do trabalho foi natural, baseada nas diferenças de sexo. As mulheres, destinadas à procriação, seriam mais sedentárias. Por isso teriam que se dedicar ao cuidado da prole e aos afazeres domésti-

cos; os homens, mais nômades, precisavam embrenhar-se nas matas para caçar, pescar e colher frutos silvestres, a fim de prover o grupo familiar com os alimentos necessários a sua sobrevivência. Essa assertiva, porém, merece algumas ressalvas:

Certamente havia uma divisão sexual do trabalho, mas, na maioria das vezes, ela tendia a ser arbitrária. Em umas sociedades, as mulheres faziam cerâmica e os homens pescavam; em outras, passava-se o contrário. Em outras ainda, a demarcação das tarefas de cada sexo era bastante rígida. Levi-Strauss, em *O cru e o cozido*, conta que viu um bororo quase morrendo de fome por não ter uma mulher que lhe cozinhasse a comida. Nessas sociedades, casar é um fato de vida ou morte, pois um homem prefere morrer a fazer trabalho de mulher e vice-versa. Em outras, não. Os mesmos trabalhos podem ser feitos ciclicamente por um ou outro sexo. (MURARO, 1993, p. 29).

Também não é raro a doutrina jurídica mostrar a presença maciça das mulheres na esfera da produção como um dado novo na história do Direito do Trabalho; elas só teriam ocupado mais intensamente esse espaço a partir da Revolução Industrial. Esta, porém, é outra ideia infundada. Em todas as épocas, as mulheres sempre trabalharam nas atividades da esfera produtiva. Se isso não se fazia notar de forma mais acentuada, era porque geralmente o trabalho se desenvolvia no seio do grupo familiar ou comunitário.

Gordon Childe (1978) nos traz um exemplo esclarecedor a esse respeito. Segundo ele, os artesanatos neolíticos, tidos como indústrias domésticas, configuram-se como tradições coletivas, que reúnem a experiência e o conhecimento de todos os membros da comunidade. Numa aldeia africana moderna, tal qual ocorria em tempos pré-históricos, as mulheres não modelavam e coziam seus potes isoladamente. Em vez disso, todas elas trabalhavam juntas, podendo assim conversar e comparar o trabalho de cada uma. Portanto, essa atividade aparentemente doméstica era, de fato, uma ocupação pública, com regras provenientes da experiência comunal. E não foi apenas na fabricação da cerâmica que as mulheres tiveram participação importante nos tempos pré-históricos. Elas foram protagonistas da Revolução Agrícola, da criação da pecuária, do trabalho de fiação e tecelagem, bem como da medicina caseira.

No mundo antigo, a situação não foi diferente. Às mulheres egípcias

era reservada a tecelagem. Participavam do processo de panificação, desde a ceifa do trigo até a preparação do pão, que era assado por homens. As mais pobres chegaram a trabalhar na construção de grandes obras. Na Grécia, há registro de trabalho das mulheres nas minas, fazendo a separação e o transporte de minérios.

Na Idade Média, as mulheres se ocupavam da agricultura, tapeçaria, ourivesaria e fabricação de roupas. Nas corporações de ofício, tinham sempre um homem a vigiá-las e controlá-las, o que não era novidade, pois a vigilância e controle se estendiam a outras esferas da vida social. Mesmo assim, algumas chegaram a praticar a Medicina e a Obstetrícia, e outras ingressaram em conventos onde, além de conquistar certa independência econômica, puderam se aprofundar nos estudos de Teologia, Filosofia, Gramática e Literatura. Foi também por essa época que a história registrou a repressão às mulheres, denominada caça às bruxas, que culminou com a sevícia e eliminação de várias “curandeiras, parteiras, raizeiras e práticas acusadas de bruxarias e de serem agentes do demônio. O fenômeno ocasionou ‘uma intimidação educativa das mulheres’ e seu afastamento da ciência.” (BARROS, 1995, p. 215).

Com a evolução econômica implementada a partir da Idade Moderna, as mulheres foram pouco a pouco recebendo novas incumbências, “passando a colaborar para a manutenção do lar com a fabricação de tecidos e pequenos objetos que serviam de instrumento de troca por outras utilidades.” (SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1993, p. 858).

Veio então a Revolução Industrial. O desenvolvimento da maquinaria facilitou o ingresso de mulheres no trabalho das fábricas. Elas formavam um grande contingente de mão-de-obra barata, o que resultou na redução de salários, aumento da jornada de trabalho e exploração desumana do operariado.

Para minorar essa exploração, muitos países estabeleceram normas especiais de proteção ao trabalho das mulheres. Tais medidas, à primeira vista, contribuíam para a melhoria da condição socioeconômica das trabalhadoras. Há quem desconfie, contudo, que a implementação de uma legislação protetiva do trabalho das mulheres escondia outro propósito, que era desestimular a contratação destas pelas empresas, evitando a concorrência com os homens, em trabalhos normalmente dominados por estes.

A esse arcabouço jurídico que, por via indireta, dificultava o acesso das mulheres ao mercado de trabalho, somou-se a disseminação de ideias pretensamente científicas, de que lugar de mulher é a casa, e seu tempo, o tempo para a família, como bem observa Paul Lafargue:

Quando as jovens e as mulheres de pequena burguesia, obrigadas a lutar pela sua subsistência e aumentar os recursos da família, começavam a invadir os armazéns, as administrações, os correios e as profissões liberais, os burgueses foram tomados de inquietação pois os seus próprios meios de existência eram já limitados; a concorrência feminina ia reduzi-los ainda mais. Os intelectuais, que empreendem a defesa dos machos, acharam prudente não recommençar com os sermões de moralistas, que tinham sido tão piedosamente mal sucedidos junto das burguesias ricas: apelaram antes para a ciência, demonstrando através de razões irrefutáveis e superiormente científicas que a mulher não pode abandonar as ocupações domésticas, sem violar as leis de natureza e da história. (LAFARGUE, 1904, apud CESARINO JÚNIOR, 1993, p. 343-344).

Foi então, com base no argumento de que não era lícito às mulheres abandonar as ocupações domésticas, que muitas delas foram mandadas embora das fábricas; deixaram de ser operárias e voltaram a ser basicamente donas de casa. Tratava-se, portanto, de mais um movimento pendular controlado pelo modo de produção capitalista, que explorava as mulheres como reserva de mão-de-obra, pronta a ser convocada quando se fizesse necessário.

Só que algo de novo estava por vir. O desenvolvimento tecnológico resultante da era industrial possibilitou o aumento da produtividade não apenas do trabalho fabril, mas também do doméstico, que passou a ser feito com o auxílio de algumas máquinas, como a de costura:

A máquina de costura, assim como os demais aparelhos domésticos que a seguiram, alterou por sua vez as condições de reprodução da força de trabalho ao aumentar, de forma notável, a produtividade do trabalho doméstico. Com a máquina de costura, a mulher do operário poderia, com o mesmo gasto de tempo, costurar um volume bem maior de roupas de cama e mesa e de uso para si e para as crianças, supondo-se que o marido adquirisse suas roupas confeccionadas. Neste sentido, a máquina de costura deve ter elevado o padrão de consumo da família operária, como o fez também todo elenco de aparelhos domésticos desenvolvidos posteriormente: o fogão elétrico ou a gás, a gela-

deira, a máquina de lavar, o aspirador de pó etc., etc. Mas não se deve também esquecer o outro efeito dos aparelhos domésticos: o de encurtar a duração do trabalho doméstico. Com a sua ajuda, a dona de casa pode cozinhar, manter a casa em ordem e limpa, cuidar da roupa da família etc. em muito menor tempo do que antes (SINGER, 1979, 135-6).

Encurtada a duração do trabalho doméstico — ao menos num primeiro momento, porque depois esse tipo de trabalho parece ter se sujeitado à lei de Parkinson² —, sobrava um pouco mais de tempo “livre” para as mulheres. Agora seria dado a elas barganhar mais espaço na esfera da produção, sem ter que carregar a culpa de “violar as leis da natureza e da história”, por conta do abandono das tarefas domésticas. Com isso, inaugurava-se mais uma era marcada pela dupla jornada de trabalho das mulheres. Estas, a partir de então, teriam diante de si, de forma ainda mais acentuada, o desafio da multiplicação do tempo, a ser dividido entre as esferas da produção e da reprodução, sem esquecer a fatia abocanhada pelas tarefas relacionadas ao mito da beleza, que faz a dupla jornada se transformar em tripla.³

Nos dias atuais, todas essas imposições não apenas persistem como se intensificam. O tempo destinado à produção ainda é supervalorizado. Para a procriação e os cuidados com a manutenção da vida reserva-se o tempo que resta depois que cada pessoa se desincumbe do trabalho produtivo. Este, a propósito, ainda é visto como aquele que cria a mais-valia. No entanto, é possível concebê-lo numa perspectiva mais ampla, compreendendo-se como produtivo o trabalho que cria bens de consumo ou serviços destinados à satisfação das necessidades humanas, por meio de um complexo processo em que se desenvolvem relações de produção de caráter não capitalista, mas que são fundamentais inclusive para a reprodução da força de trabalho pelo capital, como explica Paul Singer:

² Em linhas gerais, a lei de Parkinson, formulada por Cyril Northcote Parkinson em artigo publicado em 1955, diz que o trabalho se expande para encher o tempo disponível. Segundo Betty Friedan, essa lei pode ser adaptada à dona de casa americana, podendo-se dizer sobre esta que a carreira doméstica, a carreira materna ou até o sexo se expandem para preencher o seu tempo disponível: “Esta é, sem dúvida, a verdadeira explicação do fato segundo o qual, mesmo com todos os utensílios que poupam trabalho, a dona de casa americana provavelmente passa hoje mais tempo ocupada que sua avó. E também explica em parte a preocupação nacional com sexo e amor, e o aumento da natalidade.” (FRIEDAN, 1971, p. 207). Essa observação pode ser estendida a donas de casa de outros lugares do mundo.

³ Naomi Wolf trata dessa questão no livro *O mito da beleza*. As mulheres, que conquistaram seu espaço no competitivo mundo profissional, e conseguem lidar com a dupla jornada de trabalho, são levadas a enfrentar uma tripla jornada, tendo que dividir o pouco tempo que lhes resta investindo obsessivamente na procura da juventude e formosura que, segundo o mito da beleza, são indispensáveis para preservar o lar e o trabalho profissional.

É preciso atentar que os valores de uso adquiridos no mercado requerem toda uma série de atividades para poderem ser usados ou consumidos: a comida tem que ser preparada, a louça tem que se lavada e seca, as peças, os móveis e os demais objetos também têm que ser limpos, sem falar dos cuidados especiais que devem ser prestados a crianças pequenas, pessoas idosas e doentes. Tudo isso exige uma soma de esforços, de tempo de trabalho não-social considerável. A divisão de tarefas dentro da família do trabalhador — quem vende sua capacidade de trabalho no mercado, quem cuida dos serviços domésticos, quem amplia sua capacidade de trabalho futura freqüentando cursos — estabelece relações de produção entre marido e mulher, pais e filhos e entre estes e outros eventuais componentes do domicílio, que são essenciais para a reprodução da força de trabalho. (1979, p. 119).

Na prática, porém, não é fácil delimitar, do valor total de um produto feito na esfera da produção, qual o montante decorrente do trabalho doméstico. Neste não há rígida demarcação entre horas de trabalho e de lazer; nele não se bate cartão de ponto, nem se tem horário de trabalho fixo. No caso das donas de casa que não desenvolvem atividades no espaço típico da produção, como se pode afirmar que seu trabalho produz valor de troca, se elas continuam a prestar serviços aos maridos mesmo quando estes estão desempregados? Por isso, não se pode tirar a razão de Andrea Nye (1995), quando esta considera o trabalho doméstico uma anomalia inassimilável pelos mecanismos de produção, tanto que, quando realizado pelas donas de casa, ele é tido como inatividade econômica e não como trabalho não remunerado.⁴

Essa “anomalia” continua a ser desenvolvida predominantemente por

⁴ Cristina Bruschini (2006) defende a tese de que, devido ao elevado número de horas que as pessoas, especialmente mulheres, dedicam-se ao trabalho doméstico, este deveria ser considerado trabalho não remunerado e não inatividade econômica.

⁵ No verbete Mulher (Sociologia da), do Dicionário de Sociologia dirigido por Luciano Gallino, a destinação quase exclusiva das mulheres ao trabalho doméstico é incluída entre as coordenadas que definem a condição feminina nas sociedades modernas e contemporâneas. Segundo aquela obra, são pelo menos quatro os elementos do trabalho doméstico que fazem com que muitas mulheres o considerem uma forma de exploração masculina: “(I) é uma concentração de atividades tediosas, desagradáveis e cansativas, embora a fadiga de algumas delas tenha sido recentemente aliviada com a difusão dos eletrodomésticos; (II) para substituir o papel da ‘dona-de-casa’ por forças de trabalho institucionais enfrentar-se-ia (ou se enfrenta, para os poucos que podem contratá-lo) custos análogos aos de uma fábrica ou loja; (III) a invisibilidade social e cultural do trabalho doméstico faz com que ele seja considerado um dever óbvio da M., ainda que esta exerça um trabalho institucional fora de casa; (IV) a prestação do trabalho doméstico não-remunerado, em troca de comida, alojamento, roupa, que constitui por tradição o aspecto econômico do pacto matrimonial, é, de per si, um fator de degradação da personalidade e da figura moral da M.” (GALLINO, 2005, p. 432-433).

mulheres, o que não deixa de ser uma das formas de exploração masculina.⁵ Esta, que transcende modelos econômicos e políticos, é mais um obstáculo à garantia do lazer para as mulheres. Daí que, na dinâmica da vida atual, em que o tempo é um bem escasso, elas terão de enfrentar não apenas desafios de ordem econômica e social, mas principalmente resistências culturais,⁶ se quiserem conquistar um tempo todo seu.

3. As mulheres e o direito lazer, à luz de *Um teto todo seu*

“Mas, dirão vocês,” se este trabalho é sobre as mulheres e direito ao lazer, o que tem isso a ver com *Um teto todo seu*? Esta é a questão para a qual o enfoque do trabalho se voltará de forma mais específica, na tentativa de aprofundar a discussão sobre o exercício do direito ao lazer pelas mulheres, à luz de ideias básicas apresentadas no livro de Virginia Woolf.

O livro *Um teto todo seu* — em inglês *A room of one's own* — foi publicado em 1929. Trata-se do desenvolvimento de duas conferências realizadas no ano anterior, por Virginia Woolf (1882-1941), cuja obra, considerada integrante do modernismo inglês, tem como um dos traços marcantes a primorosa utilização da técnica literária do fluxo da consciência, da qual a escritora inglesa é uma das grandes mestras, ao lado de James Joyce e William Faulkner, entre outros autores da literatura mundial.

A estrutura do livro é inovadora e provocativa. Em vez de apelar para o formato tradicional da conferência ou dissertação científica, a autora constrói o que para muitos é uma verdadeira androginia textual. Ela se liberta das amarras da tradicional produção dos textos, e transita com liberdade, do mundo da conferência e do ensaio para o universo da ficção. Além disso, a forma de abordar o tema não deixa de ser uma crítica ao dogma da neutralidade das teorias a respeito da “natureza” feminina. O argumento da autora, diferente de muitos discursos masculinos, não invoca para si o *status* de verdade atemporal e neutra, mas se assume como verdade provisória e localizada, a única susten-

⁶ Apesar das mudanças ocorridas desde a época de Virginia Woolf, ainda há muita resistência quando à repartição mais equitativa das tarefas domésticas por homens e mulheres. O estudo “Demografia e Gênero”, primeiras análises da Pnad 2007 feitas pelo Ipea, conclui que “os homens resistem a compartilhar com as parceiras a responsabilidade pela casa e pelos filhos(...) ‘Apesar de a mulher brasileira estar assumindo o papel de provedora, ela continua sendo a principal responsável pelo cuidado doméstico, o que não representou variações expressivas no período.’ (BRASIL, 2008, p. 78) O mesmo estudo destaca que, a despeito das mudanças na estrutura familiar do nosso país, a família brasileira continua sendo a “esfera social mais refratária e resistente em direção à igualdade entre homens e mulheres” (idem), o que pode ser constatado pelo alto índice de violência doméstica contra as mulheres.

tável quando se pretende lidar com um tema tão complexo e polêmico, como o da mulher e a ficção. Nesse caso, o mais honesto é fazer como fez Virginia Woolf: desnudar publicamente seu ponto de vista, permitindo aos interlocutores chegar às suas próprias conclusões. Pois para ela:

(...) quando um tema é altamente controvertido — e assim é qualquer questão sobre o sexo —, não se pode pretender dizer a verdade. Pode-se apenas mostrar como se chegou a qualquer opinião que de fato se tenha. Pode-se apenas dar à platéia a oportunidade de tirar suas próprias conclusões, enquanto observa as limitações, os preconceitos e as idiossincrasias do orador. (WOOLF, 1997, p. 8)

A opinião central da obra, como mencionado na introdução deste trabalho, é a de que se a mulher quer mesmo escrever ficção, são necessárias basicamente duas coisas: ela precisa de dinheiro e de um teto todo seu, ou, como diz o texto no original: *a woman must have money and a room⁷ of her own*. O dinheiro é necessário para a independência financeira da mulher, valendo, na prática, muito mais do que todo o conjunto de textos normativos sobre direito das mulheres, quando estes ficam apenas no papel. Por sua vez, um lugar todo seu dentro da casa representa a privacidade indispensável para a mulher colocar no papel suas ideias como escritora.

Ao sustentar essa opinião, a autora certamente levou em conta não a natureza da mulher — algo abstrato, quase metafísico —, e sim a condição das mulheres situadas no tempo e no espaço. Como regra geral, a elas era negada a propriedade, a administração do patrimônio familiar, o acesso aos bens culturais, enfim, a elas era negada uma vida própria. Naquelas condições, como alguma mulher poderia tornar-se uma grande escritora? Nem que fosse Judith, a imaginária irmã de Shakespeare, criada por Virginia Woolf.

Judith teria sido uma mulher maravilhosamente dotada e criativa como

⁷ Consagrou-se a tradução de *room* como sendo teto, em vez de sala, como um espaço da casa, noção esta que talvez se aproximasse mais do sentido do texto original, considerando-se o que se lê no verbete *room* do Dicionário Oxford: “part of a house or other building enclosed by walls or partitions, floor and ceiling” (HORNBY, 1984, p. 737). A tradução para o português, embora mais expressiva, pode levar a uma interpretação equivocada, de que a opinião da autora é no sentido de que a mulher, para escrever ficção, precisaria de uma casa toda sua, já que em português a expressão “teto” significa não apenas telhado (em inglês, *roof*), mas também casa ou habitação. Na verdade, a autora fala em um espaço reservado da casa, um quarto, por exemplo, de preferência, com chave na porta.

foi o irmão. Entretanto, diferente do que aconteceu com este, os pais não lhe mandaram para a escola. Não teve como aprender Lógica e Gramática, muito menos ter contato com a literatura de Virgílio e Horácio. Quanto tinha tempo de pegar um dos livros do irmão, os pais interrompiam a leitura, mandando que ela fosse cuidar dos afazeres domésticos, que eram “coisas de mulher”. Afinal, para que mulher lendo livros? O casamento, isto sim, era tudo o que os pais amorosos desejavam a uma filha.

Mas Judith pensava diferente. O casamento como único destino não era seu ideal de vida. Por isso, foi surrada pelo pai, fugiu de casa e foi para Londres. Naquela cidade, pensou em entrar para o teatro, mas ser atriz não era “coisa para mulher”. Sem ninguém por ela, o empresário Nick Greene compadeceu-se de sua situação. Judith engravidou desse cavalheiro e acabou se matando numa noite de inverno. Tal seria, segundo Virginia Woolf, a sina de uma mulher do tempo de Shakespeare, que tivesse a genialidade de Shakespeare:

(...) assim me pareceu, revendo a história da irmã de Shakespeare, tal como a criei, é que qualquer mulher nascida com um grande talento no século XVI teria certamente enlouquecido, ter-se-ia matado com um tiro, ou terminado seus dias em algum chalé isolado, fora da cidade, meio bruxa, meio feiticeira, temida e ridicularizada. Pois não é preciso muito conhecimento de psicologia para se ter a certeza de que uma jovem altamente dotada que tentasse usar sua veia poética teria sido tão obstruída e contrariada pelos outros, tão torturada e dilacerada por seus próprios instintos conflitantes, que teria decerto perdido a saúde física e mental. (WOOLF, 1997, p. 65).

Decerto que também não é preciso muito conhecimento de Humanidades, para se ter a certeza de que, se a condição das mulheres as impedia de usar sua veia poética, também não lhes concedia oportunidade para usufruir do lazer. Aliás, o texto de *Um teto todo seu* não deixa dúvidas quanto a isso. Em dado momento, o lazer é referido como um bem escasso para as mulheres, ao lado do tempo e do dinheiro.⁸ A escassez é tamanha que as mães não

⁸ No final do capítulo V, quando se reporta à Mary Carmichael, o texto diz que ela não era um gênio, e sim uma jovem desconhecida, que não se saiu tão mal quando escreveu seu primeiro romance, já que o escreveu “num quarto-e-sala, sem ter o bastante dessas coisas desejáveis, como tempo, dinheiro e lazer” (WOOLF: 1997, p. 124).

podiam “desperdiçar” um centavo sequer com o lazer, incluído no rol das amenidades.⁹ Talvez por isso, Virginia Woolf espera que, por bem ou por mal, as mulheres “se apoderem de dinheiro bastante para as viagens e o lazer, para sonhar com livros e vaguear pelas esquinas e mergulhar a linha do pensamento fundo na corrente.” (WOOLF, 1997, p. 142).

Portanto, é possível entrever na opinião de Virginia Woolf que o direito ao lazer pode ser fator de empoderamento das mulheres.¹⁰ Mas isso exige uma compreensão mais aprofundada do que representa esse direito fundamental, e o enfrentamento das dificuldades para que tal direito seja exercido da melhor forma possível.

O lazer, como ensina Dumazedier (1976), compreende atividades que cada um faz espontaneamente, seja para repousar ou divertir-se, seja para desenvolver-se plenamente como pessoa, quando se está liberto das obrigações não apenas profissionais, mas também familiares e sociais. Ele deve ser visto não apenas como tempo que sobra do trabalho produtivo, destinado à recomposição das energias a serem gastas novamente na esfera na produção, mas como ação humana realizada sob o signo da desobrigação. O tempo do lazer é aquele que cada pessoa tem para si mesma, ou se tem a si mesma, por ser um tempo todo seu. Por isso que o oposto do lazer não é simplesmente trabalho, mas “trabalho necessário, trabalho imposto pela natureza ou pelo mercado, ou, o que é mais importante, pelo capataz ou chefe.” (WALZER, 2003, p. 252).

No caso das mulheres, o capataz nem precisa estar no interior de uma fábrica ou de um escritório. Ele é onipresente: está não apenas nas relações econômicas que negam o lazer para a maioria dos trabalhadores, mas na estrutura do patriarcado, que impõe às mulheres a grande responsabilidade pela esfera da produção, e lhes entrega de bandeja a quase totalidade dos afazeres domésticos. Há quem veja como egoísmo o direito das mulheres a um tempo

⁹ No primeiro capítulo, podemos ler o seguinte trecho: “...por uma ou outra razão, nossas mães tinham falhado muito gravemente na administração de seu negócios. Nem um centavo podia ser desperdiçado em ‘amenidades’: em perdizes e vinhos, bedéis e turfe, livros e charutos, bibliotecas e lazer. Erguer paredes nuas da terra nua foi o máximo que elas puderam fazer.” (WOOLF, 1997, p. 32).

¹⁰ Empoderamento é um neologismo nascido com os movimentos de direitos civis nos Estados Unidos, na década de 1970, por meio da bandeira do poder negro, sendo logo utilizado pelo movimento feminista. É um termo já incorporado ao discurso dos direitos humanos, sendo empregado para designar o processo pelo qual as pessoas, a partir da tomada de consciência de sua condição, atuam no sentido de se tornarem protagonistas de sua própria história, como observa Joaquín Herrera Flores: “Quando um grupo de pessoas ou um movimento social alternativo que encaminha a ação deles em uma direção diferente à imposta pela ordem hegemônica alcançam essa posição de força que lhes permite falar em sua própria *linguagem*, estamos nos aproximando de algo muito importante para uma teoria crítica dos direitos humanos: o empoderamento do cidadão.” (2009, p. 62).

todo seu, principalmente quando elas são esposas ou mães. Libertar-se da rotina das atividades domésticas para fazer o que lhes aprouver significa subtrair do marido e dos filhos o tempo destinado ao cuidado destes. Não se deve esquecer, ainda, o capataz oriundo do mito da beleza, que reduz ainda mais o seu reduzido tempo disponível.

5. Considerações finais

“Mas, dirão vocês”, depois de tudo o que foi dito, é possível se chegar a uma conclusão sobre como podem ser resolvidos os problemas sobre o pleno exercício do direito ao lazer pelas mulheres? Certamente que não. E isso já havia sido anunciado na introdução deste trabalho, no qual, bem ou mal, foi defendida a opinião de que as mulheres precisam de dinheiro e de um tempo todo seu, se pretendem exercer plenamente o direito fundamental ao lazer.

Todavia, mesmo que não se tenha respostas prontas para esses problemas, os caminhos para sua resolução podem tornar-se menos árduos se forem iluminados pelas reflexões e pela forma de proceder de Virgínia Woolf, em *Um teto todo seu*. Mergulhar com profundidade na reflexão dos problemas, e não ter receio de expressar honestamente sua opinião, como fez aquela autora, pode ajudar na compreensão, e, por conseguinte, no enfrentamento de muitas questões abordadas neste trabalho. E que cada um tire suas próprias conclusões.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Maria Betânia. *O tempo e o trabalho das mulheres*. In Costa, A. et. al. Um debate crítico a partir do feminismo: reestruturação produtiva, reprodução e gênero. São Paulo: CUT, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira; Marly A. Cardone. *Direito social*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 1993.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Brasil direitos humanos, 2008: a realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal*. Brasília: SEDH, 2008.

BRUSCHINI, Cristina. *Trabalho doméstico: inatividade econômica ou trabalho não-remunerado?* In R. Bras. Esp. Pop., São Paulo, v. 23, n. 2, p. 331-353, jul/dez. 2006. Disponível no site www.scielo.br/pdf/rbepop/v23n2/a09v23n2.pdf. Acesso em 08/05/2010.

CHILDE, Gordon. *A evolução cultural do homem*. 4 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

DEL PRIORE, Mary (org.). *História das mulheres no Brasil*. 9 ed. São Paulo: Contexto, 2008.

DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e cultura popular*. São Paulo: Perspectiva, 1976.

ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FRIEDAN, Betty. *Mística feminina*. Petrópolis: Vozes, 1971.

GALLINO, Luciano (dir.) *Dicionário de sociologia*. São Paulo: Paulus, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianó-

polis: Fundação Boiteux, 2009.

HORNBY, A. S. *Oxford advanced learner's dictionary of current english*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 1984.

MURARO, Rose Marie. *A mulher no terceiro milênio: uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

NYE, Andrea. *Teoria feminista e as filosofias do homem*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1995.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*, 14 ed., São Paulo: LTr, 1993.

SINGER, Paul. *Economia política do trabalho*. 2 ed. São Paulo: Hucitec, 1979.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLF, Naomi. *O mito da beleza: como as imagens da beleza são usadas contra as mulheres*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

WOOLF, Virginia. *Um teto todo seu*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

_____. *A room of one's own*. eBooks@Adelaide, 2004.

O PRINCÍPIO PROTETOR COMO LIMITE À FLEXIBILIZAÇÃO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA

Larissa Costa de Almeida¹

1. Considerações iniciais

O cenário mundial vem observando, a partir de meados do século XX, diversas transformações políticas, sociais e econômicas. Após as Grandes Guerras, o mundo vivenciou a construção de modelos políticos de Estados intervenientes, denominados Estados de Bem-Estar Social, preocupados com a regulação da economia e com a justiça social. Nesse mesmo momento, o respeito à dignidade humana tornou-se o centro dos debates e das ações nacionais e internacionais. Como as mudanças ocorridas na sociedade se refletem diretamente sobre o modelo jurídico respectivo, observou-se a reformulação dos ordenamentos jurídicos em torno de novos valores e princípios: no centro, fincou-se a dignidade humana e, ao seu redor, postaram-se os direitos humanos, a justiça e a solidariedade social.

Entretanto, nas últimas décadas do século passado, a globalização econômica, a crise do Estado Social, a ascensão das idéias neoliberais e a revolução tecnocientífica – incluindo-se aqui os processos de robotização e de automação da produção –, entre tantas outras mudanças sentidas pela sociedade global, culminaram no debate acerca do desmantelamento do Estado Social e da flexibilização e desregulamentação dos direitos sociais, dentre eles os direitos trabalhistas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 democratizou o Direito do Trabalho, rompendo com décadas de autoritarismo juslaboral, e, ao mesmo tempo, possibilitou sua flexibilização, ao prestigiar a negociação coletiva, em seu art. 7º, XXVI, pois, como a Constituição pátria não deixou claros os limites, ou a ausência de limites, em que se dará a mencionada pactuação,

¹ Advogada e pós-graduanda em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista – ESMAT-13. Contato: <larialmeida_c3@hotmail.com>, com endereço à Rua Francisco Brandão, 1030, Manaíra, João Pessoa-PB, CEP 58038-520.

a autonomia privada coletiva despontou, no cenário nacional, não só como instrumento de democratização, mas também como principal instrumento de flexibilização do direito obreiro.

A negociação coletiva funciona como elemento de pacificação social, resolvendo conflitos trabalhistas, através da autocomposição, de forma democrática e adaptando as normas laborais à realidade dos sujeitos pactuantes. Todavia, se concedido pleno poder à autodeterminação coletiva, especialmente no cenário brasileiro onde os sindicatos, no mais das vezes, são desprovidos de força, pode-se obter não a democratização do direito trabalhista, mas sim instrumentos coletivos normativos que representem preponderantemente a vontade do empregador, suprimindo quase que totalmente os interesses e direitos obreiros.

É esse o cerne da pesquisa jurídica que aqui se projeta: “O princípio protetor como limite à flexibilização mediante negociação coletiva trabalhista” tem por finalidade buscar os limites à autonomia privada coletiva que a Constituição Federal resolveu deixar implícitos, visto que não parece ser a melhor solução conceder-lhe poderes ilimitados. Pretende-se, com este estudo, proceder a uma releitura do princípio protetor, confrontando-a com as possibilidades e limites da negociação coletiva, tudo com vistas a identificar os limites que o princípio tutelar impõe à adequação setorial negociada.

2. O pós-positivismo e os princípios jurídicos

Para iniciar o presente trabalho, faz-se necessário introduzir o leitor no cenário jurídico atual – que foi denominado pela doutrina de pós-positivista por relativizar (superar) o principal “dogma” do positivismo jurídico: a estrita legalidade –, com o fito de deixá-lo a par das transformações que vêm ocorrendo na dogmática jurídica. Foi dito “vêm ocorrendo” com o intuito de evidenciar a nota de continuidade dada ao fenômeno, visto que a dogmática que sucede o positivismo jurídico ainda não tem seus contornos definitivamente delineados, mas, ao contrário, está em contínuo desenvolvimento. Apesar disso, é possível tecer algumas linhas elucidativas sobre o tema, visto serem suficientemente claras as suas características essenciais.

Pós-positivismo é, pois, a denominação utilizada para identificar o conjunto das tendências observadas pela nova dogmática jurídica. É o momento atual do Direito, de superação da estrita legalidade positivista e, principalmente, de revitalização dos valores – que foram desconsiderados, ao menos enquanto relevantes para o discurso jurídico, pelo positivismo. Apesar de situar-se em momento histórico posterior ao jusnaturalismo e ao positivismo,

se se imaginar uma linha que marque a distância entre esses dois “extremos”, cada um deles correspondendo, respectivamente, à maior e à menor importância conferida aos valores na construção jurídica, o pós-positivismo se situará em um ponto entre eles, de modo a equilibrá-los, possibilitando, assim, a existência de um ordenamento jurídico composto por regras e valores (estes materializados em princípios). Como bem asseverou o professor Luis Roberto Barroso, o pós-positivismo corresponde à “confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo²”. Para uma melhor compreensão da afirmação do autor, proceder-se-á a uma breve exposição acerca do jusnaturalismo e do positivismo.

O jusnaturalismo está intimamente ligado à idéia de Direito Natural, corresponde à aceitação de um direito que existe independentemente do direito positivado e que tem sua origem em disposições axiológicas, de ordem ética. Para os jusnaturalistas, o Direito Natural é anterior ao direito estatal e baseia-se em princípios gerais (éticos, racionais) que não são caracterizadas como normas³.

Já o positivismo corresponde ao pensamento jurídico que contempla como Direito apenas as normas-regras emanadas do Estado. Para o aplicador do Direito, a correção do seu julgamento corresponderia à aplicação da regra ao caso concreto, tal como previsto na norma positivada, independentemente da observância dos princípios e dos valores, ambos tidos como não obrigatórios, como não jurídicos. O justo seria, pois, a aplicação da lei ao caso *sub examine*, ainda que no caso em questão a aplicação direta da norma, sem valorização, conduzisse a uma solução reprovável pelo senso comum de justiça.

O positivismo sucedeu a doutrina jusnaturalista, superando-a, paradoxalmente, no momento em que ela atingiu o seu apogeu. Explica-se: a formação de uma classe livre e burguesa em um período notadamente autoritário, como foi o absolutismo, possibilitou o desenvolvimento e a proliferação da idéia da existência de um Direito Natural, inerente a todo ser humano. Segundo os ditames do jusnaturalismo moderno, o homem possui, pelo simples fato de ser homem, direitos que independem dos textos legais emanados do Estado para existir e obrigar. Os direitos do homem são, pois, baseados em valores e

² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

³ GHIDOLIN, Clodoveu. Jusnaturalismo ou positivismo jurídico: uma breve aproximação. **Fadisma**. Disponível em: <<http://www.fadisma.com.br/arquivos/ghidolinpdf.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2009.

princípios gerais, como, por exemplo, justiça e igualdade. Acreditando possuir direitos que estariam sendo desrespeitados pela ordem absolutista vigente, a burguesia em ascensão se revoltou e, ao conseguir o poder, construiu uma nova ordem jurídica, declarando os direitos em textos legais para que eles não fossem violados. Assim, a consolidação da ordem burguesa liberal trouxe consigo o fenômeno da codificação do direito e, paralelamente, a superação do pensamento jusnaturalista pelo positivista, uma vez que, ao catalogar os direitos em textos escritos, primou-se pela completude do ordenamento jurídico – era Direito o que estava na norma positivada e nada além disso. A exaltação aos códigos jurídicos fechou os olhos dos juristas para tudo o que não fosse lei e a justiça passou a corresponder à aplicação mecânica da lei. A existência de princípios e valores a orientar um direito natural, metafísico, foi, nesse momento, completamente abandonada.

Ao primar pela completude⁴ do direito codificado, os positivistas negam normatividade aos princípios e afastam o Direito dos valores. Pretendiam os positivistas que o Direito fosse uma ciência, descritiva como todas as demais e, portanto, livre de juízos de valor. Ao julgador caberia apenas subsumir o fato ao enunciado legal, numa atitude puramente técnica e desvinculada de qualquer postura valorativa. Para os positivistas, não cabe ao julgador questionar a justiça, a correção, da decisão: se o fato subsume-se ao enunciado normativo, este aplica-se-lhe, independentemente do resultado prático, justo ou não, obtido pela aplicação da norma ao caso concreto. Ensina Luis Roberto Barroso que “em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça [...]”⁵. A justiça, entendida como valor a ser concretizado através da aplicação do Direito e não como automática aplicação da lei, restou esquecida e o apego excessivo à legalidade terminou por se mostrar demasiadamente injusto, como pôde o mundo verificar ao vivenciar as duas grandes guerras.

A derrocada do positivismo teve lugar no pós-guerra da metade do século XX. Alegando obediência ao comando legal, países como Alemanha e Itália promoveram barbáries que causaram indignação mundial. Os líderes autoritários do século passado manipularam as Constituições escritas e os textos jurídicos codificados de acordo com os seus interesses, promovendo atos

⁴ Cf BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25. O autor explica que é característica essencial do positivismo “a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas”.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. NOTA 2.

manifestamente injustos, porém tidos como “legais”, durante todo o período em que governaram⁶. Após as duas grandes guerras, valores como justiça e dignidade humana tornaram-se o foco das questões mundiais. A Organização das Nações Unidas, fundada logo após a segunda guerra mundial, proclamou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, colocando tais direitos, de uma vez por todas, como preocupação central dos Estados Democráticos. Como bem afirmou Luis Roberto Barroso, “ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito⁷”, dando início a um novo contexto jurídico, marcado por uma sucessiva revitalização dos valores, que se convencionou chamar de pós-positivismo.

O pós-positivismo não abandona o direito positivo, mas, ao contrário, completa-o com os valores, materializando-os em princípios que passam a integrar o ordenamento jurídico. Ao inserir os princípios na ordem jurídica, dando especial relevo à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, o pós-positivismo traz os valores, característicos do período jusnaturalista e abandonados pela cega legalidade positivista, para o direito. Todavia, ao contrário da idéia de Direito Natural, esses princípios, frutos do senso de justiça e da idéia democrática do direito, não mais correspondem a mandamentos metafísicos, transcendentais, mas, ao revés, são judiciáveis, caracterizando-se como verdadeiras normas jurídicas. Mais uma vez utilizando a lição de Luis Roberto Barroso, pode-se acrescentar que “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas⁸”.

A normatividade dos princípios e a centralização do valor dignidade dentro do ordenamento jurídico são as principais características dessa nova dogmática jurídica⁹. Consequência disso é a força normativa atribuída aos preceitos constitucionais: a Constituição deixa de ser apenas um documento político para ocupar lugar de supremacia na ordem normativa do Estado, pro-

⁶ Cf. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luis Roberto (org.). op. cit. NOTA 4, p. 335-336. Comentam os autores que “[...] a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.”

⁷ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. NOTA 2.

⁸ Idem; *ibidem*.

⁹ A Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 1º, III, elevou a dignidade humana a fundamento do Estado Democrático Brasileiro. O constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos afirma ser a dignidade da pessoa humana verdadeiro “sobrepincípio”, pois corresponde ao “valor constitucional supremo”, que fundamenta e confere validade a todos os demais princípios e regras insertos na Constituição e no ordenamento infraconstitucional. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

piciando o surgimento de uma “nova hermenêutica constitucional”, voltada a garantir a máxima efetividade e a supremacia das normas constitucionais¹⁰. Assim, as regras e princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, apresentam-se como de observância obrigatória, devendo ser interpretados de forma que a sua efetividade seja sempre a maior possível. Todas as regras constitucionais possuem, doravante, eficácia jurídica, não havendo mais que se falar em normas meramente programáticas¹¹. A doutrina jurídica passa, então, a realizar uma leitura constitucional do direito, de forma a direcionar a produção, a interpretação e a aplicação de todos os demais preceitos jurídicos, inclusive os de direito privado, no sentido informado pelas normas constitucionais.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o pós-positivismo é uma doutrina temperada, que equilibra correntes de pensamento relacionadas tanto com idéias jusnaturalistas quanto com idéias positivistas. É um modelo misto que busca sopesar a rigidez da estrita legalidade e a flexibilidade dos valores e princípios¹². Nesse modelo, a força normativa da Constituição e a fundamentabilidade da dignidade humana e dos direitos fundamentais devem sempre estar presentes no momento de interpretação e aplicação das normas. É com essa visão do Direito que deve ser compreendido o presente estudo jurídico.

3. A distinção entre regras e princípios jurídicos

Por ser o reconhecimento da normatividade dos princípios um fenômeno relativamente recente, a doutrina ainda não pacificou o tema da distinção entre as regras e os princípios jurídicos.

A doutrina tradicional procede a uma distinção de grau, entendendo princípios e regras como normas jurídicas que se diferenciam apenas quanti-

¹⁰ Cf. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luis Roberto (org.). op. cit. NOTA 4, p. 329. No texto, os autores afirmam que “as normas constitucionais conquistaram o status de normas *jurídicas*, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais” (em itálico no original).

¹¹ Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 6 ed., 1993, p. 183. Para Canotilho, “[...] se a *constituição vale como lei*, então as regras e princípios constitucionais devem obter *normatividade* [...] Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas--tarefa, normas-programa que «impõem uma actividade» e «dirigem» materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: «simples programas», «exortações morais», «declarações», «sentenças políticas», «aforismos políticos», «promessas», «apelos ao legislador», «programas futuros», juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às «normas programáticas» é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição” (em itálico no original).

¹² Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In BARROSO, Luis Roberto (org.). op. cit. NOTA 4, p. 80. Para a autora, “[...] uma quantidade equilibrada e apropriada de princípios e regras produzirá um sistema jurídico ideal, no qual haverá suficiente segurança e justiça”.

tativamente em relação a determinados critérios (grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema etc.).

De outra ponta, a doutrina mais moderna propõe uma distinção qualitativa, de ordem lógica, entre princípios e regras. Aqui, ambos os preceitos jurídicos diferenciam-se por sua própria natureza, sendo a norma jurídica o gênero do qual são espécies a norma jurídica em sentido estrito, também denominada de regra jurídica, e os princípios jurídicos¹³. Dentre os principais representantes desta doutrina estão Ronald Dworkin e Robert Alexy e, para uma melhor compreensão do tema, proceder-se-á a uma síntese do entendimento dos referidos autores.

Ronald Dworkin afirma que a regra jurídica realiza-se em razão de sua validade, sendo aplicada na forma do “tudo-ou-nada” e, portanto, impassível de ponderação, isto é, havendo mais de uma regra que solucione o caso concreto, a solução será dada de maneira biunívoca: ou a regra se aplica ao caso em questão e é, portanto, válida, ou ela não se aplica e é inválida, em nada contribuindo para a decisão¹⁴.

Já quanto aos princípios, Dworkin ensina que estes não se aplicam tendo em conta a sua validade ou invalidade, uma vez que são sempre válidos, pois sua aplicação leva em consideração uma dimensão de peso, de importância, que os mantém válidos ainda quando não aplicados ao caso concreto. Havendo princípios que se contraponham quanto à solução de determinado caso, este deve ser solucionado levando-se em consideração a importância, o peso, dos princípios contrapostos e a não aplicação de um dos princípios não o conduz à invalidade, como ocorre com a regra, podendo o mesmo ser utilizado para a solução de outros casos concretos¹⁵.

Robert Alexy aprimora, com sua teoria, a idéia proposta por Dworkin, uma vez que, ratificando a possibilidade de não aplicação do princípio ao caso

¹³ Cf. BARROSO, Luis Roberto. op. cit. NOTA 4, p. 30. O autor explica que “a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras”.

¹⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. O autor afirma que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões peculiares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

¹⁵ Idem; ibidem, p. 41. O autor ensina que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”. E segue afirmando que um determinado “[...] princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo”.

concreto sem que isso influa em sua validade, desenvolve uma distinção entre princípios e regras, também qualitativa, onde os princípios correspondem a mandamentos de otimização, que visam a realizar-se na máxima medida do fática e juridicamente possível e que, quando em colisão com princípios opostos, são passíveis de ponderação¹⁶.

Para Alexy, as regras jurídicas são mandamentos definitivos, pois, se a regra é aplicável ao caso e, portanto, válida, deve-se realizá-la na exata medida do que ela prescreve, nem mais nem menos¹⁷. Já os princípios correspondem a mandamentos *prima facie*, que terão sua definição e o alcance de sua aplicação – ou seja, o seu nível de otimização – moldados pelo caso concreto, uma vez que este ditará as condições fáticas e jurídicas para a aplicação dos princípios. As condições fáticas correspondem às circunstâncias específicas do caso concreto, enquanto que as condições jurídicas são as regras e princípios opostos ao princípio que pretende se otimizar¹⁸.

Complementando a moderna distinção entre princípios e regras, faz-se importante registrar nesse ponto a observação feita pela professora Ana Paula de Barcellos sobre o núcleo essencial dos princípios jurídicos. Para a professora, os princípios, apesar de corresponderem a mandamentos de otimização, possuem um núcleo mínimo, essencial, que se comporta como verdadeira regra jurídica e que deve ser sempre observado, sob pena de se esvaziar o princípio, retirando-lhe sua eficácia jurídica. Esse núcleo é, portanto, tal como qualquer regra, impassível de ponderação. Para Ana Paula de Barcellos, a estrutura dos princípios jurídicos corresponde a dois círculos concêntricos, sendo o menor o seu núcleo essencial, que se comporta como regra porque os efeitos jurídicos que persegue são facilmente determináveis, e o que lhe circunda a sua parte principiológica, que visa a otimização, ou seja, não persegue efeitos previamente determinados, mas, ao revés, seus efeitos são, em tese, indeterminados, tornando-se determinados apenas após sua ponderação

¹⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 64. Alexy conceitua os princípios como “normas que ordenam que algo seja realizada em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*” (em itálico no original).

¹⁷ Idem; *ibidem*, p. 64. Para o autor, “se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, *mandamentos definitivos*” (em itálico no original).

¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86. O autor afirma que “[...] los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos” (em itálico no original).

e aplicação relativamente a um dado caso concreto¹⁹.

Do exposto, infere-se que princípios e regras são espécies distintas de normas jurídicas que, por isso, carecem de diferentes formas de interpretação e aplicação. A aplicação das regras é mais simples e se dá mediante a técnica de subsunção, ou seja, presentes os pressupostos fáticos enunciados na norma, ela se aplicará ao caso concreto de forma plena, e, existindo conflito entre regras, a solução será dada reconhecendo-se uma delas como inválida ou introduzindo-lhe uma cláusula de exceção.

Já a aplicação dos princípios carece de juízos de valor a serem realizados pelo julgador – pois os princípios são os responsáveis pela unidade do sistema jurídico, que é composto por uma pluralidade de ideais e valores comumente opostos, como, por exemplo: liberdade x intimidade, autonomia x proteção etc. Em consequência disso, na maioria das vezes, existirão, para a solução do caso concreto, princípios contrapostos buscando otimizar-se e a mera subsunção será de impossível aplicação, pois os princípios não possuem enunciados capazes de previamente selecionar as condutas às quais se aplicará, bem como não conseguem estabelecer de forma prévia e absoluta qual dos princípios contrapostos prevalecerá em caso de colisão. Desse modo, a colisão de princípios opostos sempre exigirá do julgador a ponderação do peso e da importância de realização de cada princípio no caso concreto.

A técnica da ponderação consiste na análise da proporcionalidade em sentido estrito, um dos três requisitos da máxima da proporcionalidade²⁰, que corresponde à verificação da *relação de precedência condicionada* entre os princípios contrapostos, isto é, dadas as circunstâncias do caso concreto, deve o julgador analisar o grau de realização de um princípio em contraposição ao de não-satisfação do princípio oposto. Feita essa análise, o princípio que se concluir possuir o maior peso, ou seja, o princípio que demandar sua realização no caso concreto, precederá ao outro²¹, dando origem a um mandamento definitivo estabelecido da seguinte forma: (P1 P P2) C – que se lê “o princípio

¹⁹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In BARROSO, Luis Roberto (org). op. cit. NOTA 4, p.74-75. A autora afirma que a estrutura dos princípios, quanto aos efeitos que pretendem produzir, pode ser descrita “[...] como dois círculos concêntricos. O círculo interior corresponderá a um núcleo mínimo de sentido do princípio que, por decorrer do consenso geral, acaba por se tornar determinado e, conseqüentemente, adquirir a natureza de regra”. E conclui afirmando que os princípios “[...] na realidade operam de duas formas distintas porque, relativamente ao seu núcleo, funcionam como regras e, apenas em relação a sua área não nuclear, funcionam como princípios propriamente ditos”.

²⁰ ALEXY, Robert. op. cit. NOTA 18, p. 112-113. Segundo Alexy, “de la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”.

²¹ Idem; ibidem, p. 93. Segundo o autor, “el principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”.

P1 precederá ao princípio P2 sob as circunstâncias C”. Sendo assim, é fácil constatar o que Alexy denominou de “Lei de Colisão”, visto que C corresponderá ao pressuposto de fato de uma regra jurídica, pois, ao enunciado da relação de precedência condicionada – (P1 P P2) C – corresponderá sempre uma regra que prescreverá a consequência jurídica (R) do princípio preferido²², ou seja, sob as circunstâncias C, P1 sempre prevalecerá à P2 e terá a consequência jurídica (R).

A “Lei de Colisão” informa, desse modo, que, após a ponderação dos princípios contrapostos, obtém-se uma regra jurídica (R) cujo pressuposto fático corresponde às circunstâncias C. Vale ressaltar que a formulação dessa regra (R) está em consonância com os ditames da segurança jurídica, uma vez que possibilita a unificação das decisões referentes às colisões de princípios já ponderadas, posto que reocorrendo, sob as mesmas circunstâncias C, a colisão entre os mesmos princípios P1 e P2, deverá ser observada a consequência jurídica, já predeterminada, (R). Nessa esteira, o jurista Cláudio Pereira de Souza Neto, em excelente trabalho sobre a técnica de ponderação de princípios jurídicos, comenta que a utilização dessa técnica resulta em “standards” de ponderação, correspondentes à cristalização de relações de precedência condicionada que envolvem repetidamente, em circunstâncias assemelhadas, a colisão dos mesmos princípios. Explica o autor que os “standards” são resultados de uma reconstrução da experiência jurídica, visto que “quando uma mesma colisão é recorrente e a solução se padroniza, a explicitação de tal padrão, na forma de uma máxima, cria previsibilidade em relação aos casos futuros e evita que, a cada colisão concreta, todos os argumentos envolvidos na ponderação sejam novamente mobilizados²³”.

O autor ressalva, ainda, que o juiz não está adstrito ao resultado proposto pelo “standard”, podendo decidir o caso que lhe foi posto de modo diferente, entretanto, ao fazê-lo, assume o ônus argumentativo de desconstituir, em sua decisão, o padrão que foi estabelecido conforme o entendimento da jurisprudência dominante.

Ainda no tema da ponderação, questiona-se a existência de princípios com precedência absoluta ou incondicionada, tal como se daria, por exemplo, com o princípio da dignidade humana. Sobre o tema, esclarece Alexy que a

²² Idem; *ibidem*, p. 94. O autor observa que “en el caso analizado, de lo que se trata es de saber si la consecuencia jurídica que resulta de P1 se presenta en toda su amplitud o no. Pueden haber casos en los cuales sea necesario recortar las consecuencias jurídicas del principio que tiene precedencia. En estos casos, P1 precede a P2, bajo las condiciones del caso (C) sólo con respecto a una limitada consecuencia jurídica (R’), cuya notación es ‘(P1 P P2) C, R’”.

²³ NETO, Cláudio Pereira de Souza. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/racionalidade-judiciais-analitica-standards-58932939>>. Acesso em: 18 out. 2009.

precedência absoluta ou incondicionada é incompatível com os princípios, devendo a dignidade humana ser entendida como um princípio que possui maior justificação devido à sua elevada fundamentabilidade. Dessa forma, se em determinado caso concreto a otimização da dignidade humana tiver que ser relativizada pela otimização de um princípio contraposto, tal solução será possível, exigindo, contudo, uma maior fundamentação da decisão do julgador²⁴. Aceitar a precedência absoluta da dignidade humana corresponderia a classificá-la como verdadeira regra jurídica, o que só é possível, como visto, quanto ao seu núcleo essencial.

Por fim, vale esclarecer que o próprio Alexy afirma que as críticas mais recorrentes à técnica da ponderação consistem no fato de muitos doutrinadores não a considerarem um procedimento racional, mas sim repleto de subjetividade, onde caberia ao julgador discricionariamente escolher qual a melhor solução para o caso concreto. Entretanto, em virtude de tudo o que foi exposto, é possível afirmar que se está, ao revés, diante da formulação de uma interpretação e aplicação jurídica consentânea com um ordenamento composto por regras e princípios – e não mais unicamente por regras! – na qual conceitos aparentemente indeterminados, como o são os princípios jurídicos, traduzem-se em eficazes instrumentos na persecução da justiça e, como demonstram a “Lei de Colisão” e a previsibilidade proporcionada pelos “standards” de ponderação, também da segurança jurídica.

4. O princípio protetor como limite à flexibilização mediante negociação coletiva trabalhista

Em virtude, especialmente, do avanço tecnológico e da globalização, o modo de produção capitalista remodelou-se, demandando, conseqüentemente, a respectiva reorganização das regras de proteção ao trabalho, uma vez que, como a consolidação justralhista se deu em fase anterior do capitalismo, ante o modelo de produção moderno, sumamente flexível, as regras laborais encontram-se ociosas, inaptas a regular as modernas relações de trabalho. Nesse contexto, os empregadores reclamam da rigidez e da burocracia do or-

²⁴ Cf. ALEXY, Robert. op. cit. NOTA 18, p. 106 e p. 109. Para o autor, a norma da dignidade humana comporta-se tanto como regra quanto como princípio e, ao comportar-se como princípio, observa-se que, “[...] existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos[...]”. O autor afirma, ainda, que “[...] la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona, como así también del hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios”.

denamento laboral atual, requerendo um Direito do Trabalho mais flexível, que permita a adequação setorial de suas normas.

Em face a essa tendência de flexibilização da legislação laboral, parte da doutrina tende a afirmar que a contemporaneidade justtrabalhista presencia o enfraquecimento – ou até mesmo o fim! – do princípio protetor. Pretende-se com este estudo desconstituir a referida afirmação, bem como promover uma análise entre a atuação do princípio protetor nos primórdios do Direito Laboral e a nova feição assumida pelo princípio nos cenários pós-positivista e de flexibilização trabalhista: a feição de proteção à dignidade do trabalhador.

4.1 A feição clássica do princípio protetor

Para os autores mais clássicos, como Américo Plá Rodriguez e Ruprecht, o princípio da proteção consiste na junção dos princípios da condição mais benéfica, da norma mais favorável e *in dubio pro operario*.

O princípio da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma condição de trabalho já observada pelo obreiro em sua relação empregatícia e o surgimento posterior de uma outra condição, que pode ser: a) ou mais benéfica e que suplantar a condição atual ou b) menos benéfica e que deve ser desprezada, mantendo válida a condição já experimentada pelo obreiro. Como bem afirmou Américo Plá Rodriguez, “a regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável²⁵”.

Já o princípio da norma mais favorável se assemelha ao da condição mais benéfica, mas com ele não se confunde. Este princípio informa que, existindo duas ou mais normas aplicáveis ao caso, deve-se dar preferência à norma mais favorável ao trabalhador. Ruprecht, ao comentar o princípio, afirma que a sua aplicação pressupõe a existência de “(...) diversas normas que regem uma mesma circunstância e, portanto, é preciso escolher uma delas, a que mais beneficie o trabalhador²⁶”. É consequência do princípio da norma mais favorável a peculiar hierarquia das normas trabalhistas que, por sua índole valorativa, coloca no ápice do ordenamento a norma mais favorável ao trabalhador, independente de ser esta norma constitucional ou infraconstitucional. Tal fato ocorre devido à própria peculiaridade do Direito do Trabalho, cujas normas, em regra, prescrevem sempre direitos mínimos que podem – e devem

²⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 60.

²⁶ RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. Trad. Edilson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 21.

– ser ampliados.

Por fim, é mencionado entre os princípios componentes do princípio protetor o princípio *in dubio pro operario*. Este princípio aplica-se em casos de dúvida, ou seja, havendo dúvida na interpretação da norma trabalhista, deve-se dar aplicação à interpretação mais favorável ao trabalhador.

Após essa breve introdução acerca do conteúdo do princípio protetor, é possível observar que o referido princípio, em sua feição clássica, nada mais é que um princípio de interpretação, meramente informativo e desprovido de força normativa própria, funcionando apenas como instrumento para a otimização da proteção obreira quando da aplicação das regras justralhistas.

Ademais, como é sabido, o princípio tutelar surgiu para proteger o trabalhador, enquanto ser economicamente mais fraco da relação laboral, nos momentos de negociação e aplicação das cláusulas do contrato de trabalho, pois, em razão da hipossuficiência obreira ante o poder do Capital, este logrou êxito, durante muito tempo, em sujeitar os trabalhadores a condições de trabalho desumanas e degradantes, aproveitando-se, inclusive e indistintamente, do trabalho de crianças. Como Américo Plá Rodriguez afirma, “o Direito do Trabalho surge como conseqüência de uma desigualdade: a decorrente da inferioridade econômica do trabalhador²⁷”. O mister de equilibrar a desigualdade econômica existente entre empregadores e empregados foi concretizado mediante a concessão ao obreiro do peso da legislação estatal – o que foi denominado pela doutrina de dirigismo estatal básico e que corresponde à regulamentação legal de direitos trabalhistas, concedendo-lhes índole imperativa, e impossibilitando, assim, que sejam desprezados pelos pactuantes da relação empregatícia. Em virtude desse dirigismo estatal, houve uma correlação entre a proteção obreira e a elaboração de regras protetivas pelo Estado, motivo pelo qual a doutrina trabalhista esteve impregnada, durante muito tempo, com uma visão meramente patrimonialista do princípio.

Tradicionalmente, a proteção obreira se dava, portanto, em primeiro plano, por intermédio da elaboração legislativa de regras protetivas e, em um segundo plano, a proteção atuava no âmbito da interpretação e da aplicação jurídicas das regras anteriormente elaboradas, quando, então, as orientações da norma mais favorável, da condição mais benéfica e do princípio *in dubio pro operario* resolviam eficazmente às questões postas pelo intérprete.

4.2 O princípio protetor no Direito do Trabalho atual

²⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. op. cit. NOTA 25, p. 25.

Hodiernamente, o princípio protetor sofre duas sortes de críticas: primeiramente, há a crítica à proteção legal do trabalhador, visto que a existência de numerosos direitos trabalhistas, todos de índole imperativa, onera demasiadamente a relação empregatícia e, ao invés de proteger o obreiro, terminar por relegá-lo à informalidade ou levar o empregador a optar por contratações menos onerosas, tais como o trabalho a tempo parcial, a terceirização etc; por outro lado, existe a crítica à inocuidade do princípio para lidar com a flexibilização trabalhista realizada através da via negocial coletiva, posto que, nesse caso, a correção, pelo princípio tutelar, da desigualdade econômica entre obreiro e empregador é tida como desnecessária devido à idéia de que inexiste desigualdade entre os seres coletivos.

O entendimento de que a atuação do ser coletivo obreiro (sindicato) coloca os trabalhadores em pé de igualdade com o ser coletivo empresa no momento da pactuação coletiva, inexistindo, assim, desigualdade econômica a ser compensada pelo princípio protetor²⁸, afastou a força e a validade do referido princípio no que concerne ao âmbito juscoletivo trabalhista. É bem certo que, se se pensar na autonomia privada coletiva sob a ótica tradicional da proteção obreira, tem-se que é verdadeiramente inútil o princípio protetor, posto que nas inter-relações entre os seres coletivos trabalhistas (sindicatos e empresas) o obreiro atua em igualdade com o empregador. É em função disso, e com fulcro do art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, que a autonomia privada possui amplo espaço de atuação no que concerne às transações coletivas de direitos trabalhistas.

Ademais, os próprios autores clássicos passaram a fazer ressalvas ao princípio protetor, como o fez Ruprecht ao afirmar que “de validade indiscutível nos primórdios do Direito Trabalhista, hoje se pode ver que não tem mais esse valor primogênio²⁹”, visto que nos primórdios do Direito do Trabalho inexistiam regras laborais aptas a tutelar o conteúdo do pacto empregatício, resultando o mesmo numa estipulação unilateral da vontade do empregador e sendo, portanto, a produção estatal de normas protetivas do trabalhador vista com bons olhos. Entretanto, a proliferação das normas laborais imperativas engessou o Direito Laboral, interferindo demasiadamente na autonomia pri-

²⁸ Cf DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 195, e RODRIGUEZ, Américo Plá. op. cit. NOTA 25, p. 234. Godinho afirma que o Direito Coletivo do Trabalho “[...] é um ramo jurídico construído a partir de uma relação entre seres teoricamente equivalentes: *seres coletivos ambos, o empregador de um lado e, de outro, o ser coletivo obreiro, mediante as organizações sindicais*” (em itálico no original). Américo Plá Rodriguez possui manifestação semelhante ao afirmar que “no plano da negociação coletiva, precisamente a intervenção sindical busca compensar, com a força derivada da união, o poderio maior da outra parte, no plano econômico”.

²⁹ RUPRECHT, Alfredo J. op. cit. NOTA 26, p. 11.

vada, ao criar direitos rígidos e inadequados ao desenvolvimento, à modernização e à reestruturação dos setores de produção e de trabalho.

Contudo, com fulcro no pós-positivismo e em sua leitura constitucional do direito, o presente trabalho pretende demonstrar que a proteção obreira corresponde não apenas à proteção legal ou à correção de desigualdades, mas sim à garantia de intangibilidade da dignidade do trabalho e do trabalhador, de modo que as críticas mencionadas acima não têm razão de existir, pois, como a proteção justralhista visa garantir ao obreiro condições dignas de labor, é irrelevante perquirir se os seres coletivos estão em paridade de forças ou se a rigidez de direitos trabalhistas arcaicos obstaculiza a reestruturação dos setores de produção, uma vez que, se restar desrespeitado qualquer dos direitos fundamentais do trabalhador – e não apenas o direito à igualdade –, a proteção se fará necessária.

Como bem asseverou Gabriela Neves Delgado, o trabalho previsto na Constituição Federal como direito fundamental da pessoa humana só pode ser o trabalho digno³⁰. Sendo assim, tem-se que se, apesar de observada a igualdade substancial entre obreiro e empresa, ocorrer qualquer situação que viole os princípios e regras insertos na Lei Maior, especialmente o sobreprincípio da dignidade humana, a proteção se imporá para fazer valer os direitos do trabalhador.

A atuação dos seres coletivos deve pautar-se sempre no respeito à dignidade humana, na função social da propriedade e dos contratos e em todos os demais valores e princípios jurídico-constitucionais albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Distanciando-se desses valores e princípios, a autonomia privada coletiva estará atuando à margem do Direito e seus atos, por conseguinte, estarão desprovidos de legitimidade ante a ordem jurídico-constitucional. Como, em regra, a flexibilização juslaboral acontece através do exercício da autonomia privada coletiva, é importante que o Direito do Trabalho atue no sentido de garantir que a autonomia privada não se afaste da legitimidade que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, isto é, a flexibilização mediante negociação coletiva deve sempre respeitar a dignidade do trabalhador.

As críticas apontadas ao princípio protetor têm razão de ser apenas enquanto este for considerado um princípio meramente informativo e de con-

³⁰ Cf. DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 208. A autora afirma que “se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, *implicitamente* já está compreendido que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno” (grifo no original).

teúdo econômico – cuja finalidade é conceder, por intermédio da legislação estatal, direitos aos obreiros, compensando as desigualdades econômicas, bem como otimizar a aplicação dessa legislação através de orientações meramente interpretativas –, uma vez que, se se passar a considerar o princípio tutelar enquanto princípio jurídico essencial do Direito Obreiro, conferindo-lhe força normativa, a flexibilização juslaboral não o aniquilará, mas, ao revés, ampliará sua atuação, que adquirirá uma nova dimensão, não-patrimonial, lastreada na dignidade do trabalhador, fim maior do Direito do Trabalho e da ordem jurídica constitucional.

Assim como a dignidade humana fundamenta e justifica a existência de todos os direitos fundamentais, sendo, pois, o “[...] núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo³¹”, o princípio protetor fundamenta e justifica a própria existência das normas protetivas laborais, correspondendo, pois, ao núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico trabalhista. As semelhanças saltam aos olhos, tornando impossível não compreender o princípio protetor como decorrência da aplicação específica do princípio de dignidade humana à seara justralhista.

Observa-se, pois, que é no contexto da flexibilização mediante negociação coletiva trabalhista que o princípio protetor assume sua mais relevante missão: proteger a dignidade do trabalho e do trabalhador.

4.3 A estrutura do princípio protetor e os limites impostos à negociação coletiva

Como princípio de dignidade do trabalhador, o princípio protetor possui estrutura e força semelhantes às do princípio da dignidade humana. Como dito anteriormente, os princípios possuem um núcleo essencial, que se comporta como verdadeira regra jurídica, ou seja, que deve ser respeitado em sua integralidade, sendo impassível de ponderação. No caso do princípio da dignidade, o citado núcleo corresponde ao conjunto de direitos sem os quais não se concebe uma existência digna.

Retomando as lições da jurista Ana Paula de Barcellos acerca da estrutura dos princípios, é possível afirmar que estes possuem, além do núcleo mínimo, essencial, uma parte principiológica, que visa à otimização. No caso da dignidade humana – e, por analogia, do princípio protetor –, é característica inerente à sua parcela principiológica a posse de uma maior justificação ante

³¹ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit. NOTA 9, p. 83.

os princípios contrapostos, devido à sua elevada fundamentabilidade.

O núcleo essencial do princípio protetor corresponde ao que a doutrina denomina de patamar civilizatório mínimo e que, segundo Mauricio Godinho Delgado, é constituído por parcelas imantadas por uma tutela de interesse público “[...] que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico profissional, sob pena de se afrontarem a dignidade humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CF/88)³²”. Apesar de inexistir consenso acerca do conteúdo material do patamar civilizatório mínimo, é forçoso reconhecer que a seleção realizada por Mauricio Godinho Delgado salvaguarda perfeitamente a noção de tutela obreira. Para o autor,

[...] no caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: *as normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas *parciais* expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); *as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5º, §2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório mínimo no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infra-constitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.)³³ (em itálico no original).

A jurista Gabriela Neves Delgado ratifica a enumeração do autor supracitado, esclarecendo que são três os grandes eixos jurídicos de proteção que constituem o patamar civilizatório mínimo, a saber: 1) os direitos trabalhistas estabelecidos nas normas de tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, por corresponderem ao patamar civilizatório universal de direitos para o homem trabalhador; 2) os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos na Constituição; e 3) os direitos de indisponibilidade absoluta assentados em normas infraconstitucionais³⁴.

³² Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit. NOTA 28, p. 1402

³³ Idem; ibidem, p. 1290-1291.

³⁴ Cf. DELGADO, Gabriela Neves. op. cit. NOTA 30, p. 214-215.

Da análise da enumeração dos eixos jurídicos de proteção realizada pela autora, observa-se a divisão das normas trabalhistas em regras de indisponibilidade absoluta e regras de indisponibilidade relativa, uma vez que apenas as regras de indisponibilidade absoluta constituem o patamar civilizatório mínimo. Importa, pois, saber em que consiste a referida distinção.

Primeiramente, é importante esclarecer que as normas trabalhistas, em função do interesse público que visam assegurar, são comumente denominadas de normas de ordem pública. Segundo o jurista Arion Sayão Romita, “a noção de ordem pública remete à idéia fundamental de uma imperatividade mais forte da norma que habilita e até obriga o legislador, a administração e o juiz a limitarem o exercício das liberdades [...]”³⁵. O mesmo autor comenta a distinção justrabalhista entre normas de indisponibilidade absoluta e normas de indisponibilidade relativa, afirmando que:

O conceito de ordem pública, sem qualquer inconveniente, retrai seu domínio para reforçar uma nova distinção entre as normas de ordem pública: aquelas que outorgam direitos revestidos de indisponibilidade absoluta e as que prevêm benefícios aos quais os trabalhadores, pela via negocial coletiva, podem validamente renunciar³⁶ por força de um interesse mais alto. Estas últimas se caracterizam pela indisponibilidade relativa dos direitos dela decorrentes³⁷.

Dos trechos transcritos, é possível inferir que as normas trabalhistas, sejam elas de indisponibilidade absoluta ou de indisponibilidade relativa, são consideradas normas de ordem pública. Por outro lado, observa-se que as peculiaridades do Direito do Trabalho requerem uma diferente proteção para as normas trabalhistas de ordem pública. Comumente, as normas de ordem pública não podem ser relevadas, pois, como já afirmado, possuem elevada imperatividade, todavia, as especificidades justrabalhistas, como a organização coletiva dos trabalhadores para a realização das negociações coletivas, fazem

³⁵ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 165.

³⁶ É importante que se compreenda o termo renúncia, utilizado pela autora, como transação, já que o Direito do Trabalho não confere validade à renúncia, mas apenas à transação de direitos trabalhistas. Nesse sentido, cf. Delgado, Mauricio Godinho, op. cit. NOTA 28, p. 1322-1323. O autor afirma que a negociação coletiva “(...) não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falecem poderes de *renúncia* sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, especialmente, promover *transação* (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas” (em itálico no original).

³⁷ ROMITA, Arion Sayão. op. cit. NOTA 35, p. 164.

com que a noção de ordem pública, no tocante às regras laborais, assumia significação diversa da tradicionalmente utilizada³⁸.

As normas juslaborais, por serem normas de proteção ao trabalhador hipossuficiente, cuja finalidade precípua é assegurar o respeito à dignidade humana nas relações de trabalho, são essencialmente normas de ordem pública e, em regra, são também indisponíveis, entretanto, a organização coletiva dos trabalhadores, ao suplantar a referida hipossuficiência, relativiza a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, possibilitando que alguns destes sejam transacionados, os quais a doutrina passa a denominar de direitos trabalhistas de indisponibilidade relativa.

A denominação “indisponibilidade relativa” é bem sucedida, pois, ao mesmo tempo em que atenta para a indisponibilidade das regras que se situam sob esta alcova, também introduz uma nota acerca da flexibilidade que as mesmas podem vir a sentir, mediante instrumento negocial coletivo, ao predicar a indisponibilidade com o adjetivo “relativa”. Desse modo, tem-se que as normas de indisponibilidade relativa correspondem às normas trabalhistas que podem ser coletivamente transacionadas, ao passo que as normas de indisponibilidade absoluta, por constituírem um patamar mínimo de direitos, não estão sujeitas à transação, ainda que coletivamente negociada.

Retomando a classificação de Gabriela Neves Delgado quanto aos eixos jurídicos de proteção que constituem o patamar civilizatório mínimo, tem-se que são regras de indisponibilidade absoluta: as que constam nas normas de tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, por constituírem o patamar mínimo universal de direitos para o homem trabalhador; os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos na Constituição, em razão da própria fundamentabilidade dos mesmos; e os direitos de indisponibilidade absoluta assentados em normas infraconstitucionais. A jurista afirma ainda que “os direitos de indisponibilidade absoluta constituem o *centro convergente dos Direitos Humanos* porque se revelam, em essência, como direitos fundamentais do homem³⁹” (em itálico no original). Para a autora, por ser o direito ao trabalho digno um direito fundamental, conforme os preceitos da ordem jurídico-constitucional brasileira, ele também se encontra revestido pela tutela da indisponibilidade absoluta, de modo que todas as regras que conferem aos trabalhadores direitos mínimos, sem os quais não se concebe um trabalho dig-

³⁸ Mario Garmendia Arigón afirma que o Direito Laboral é “o claro exemplo de uma disciplina em que a proteção dos valores contidos na idéia de ordem pública adquire dimensão distinta da tradicionalmente utilizada, já que a clássica indisponibilidade absoluta sofre correções que a relativizam ao admitir determinadas margens para eficácia negocial”. Cf. GARMENDIA ARIGÓN apud ROMITA, Arion Sayão. op. cit. NOTA 35, p. 164.

³⁹ DELGADO, Gabriela Neves. op. cit. NOTA 30, p. 210.

no, devem ser consideradas como regras de indisponibilidade absoluta.

Em virtude do que foi exposto, é possível concluir o estudo acerca do núcleo essencial do princípio protetor afirmando que o patamar civilizatório mínimo corresponde a normas trabalhistas de indisponibilidade absoluta, que não podem ser relevadas, ainda que mediante negociação coletiva trabalhista. No entanto, ainda resta analisar a parte principiológica da proteção obreira, o que se fará a seguir.

O princípio protetor propriamente dito, ou seja, a parcela da proteção juslaboral que será passível de ponderação, compõe-se de regras de indisponibilidade relativa, uma vez que são essas as regras que poderão entrar em colisão com os princípios contrapostos, especialmente com o da autonomia privada coletiva. A transação de direitos trabalhistas só poderá recair sobre as regras de indisponibilidade relativa porque, como visto, a indisponibilidade absoluta situa o patamar civilizatório mínimo fora das possibilidades da via negocial, tornando-o inatingível, intocável, tal como deve ser a dignidade obreira.

Pois bem. Firmado o conteúdo que poderá ser objeto da flexibilização juslaboral, é importante compreender as regras que orientam esta flexibilização, posto que novas perguntas já devem estar se formando: “as normas de indisponibilidade relativa podem sempre ser flexibilizadas?”, “há limites à flexibilização das normas de indisponibilidade relativa?”, “após anos de luta para obter um arcabouço jurídico protetivo, agora o obreiro só tem direito certo a um patamar mínimo de regras laborais?” etc.

Como as regras de indisponibilidade relativa localizam-se na parte principiológica (propriamente dita!) do princípio protetor, as respostas aos questionamentos supra serão encontradas através da técnica de ponderação. Como dito, a técnica de ponderação corresponde à verificação da *relação de precedência condicionada* entre os princípios contrapostos, isto é, dadas as circunstâncias do caso concreto, deve o julgador analisar o grau de realização de um princípio em contraposição ao de não-satisfação do princípio oposto.

O princípio protetor, por ser princípio de dignidade, possui um elevado peso, uma maior justificação, que torna extremamente difícil a precedência do princípio contraposto no momento da ponderação. Como afirmou Alexy, acerca do princípio da dignidade humana, “[...] existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos [...]”⁴⁰.

⁴⁰ ALEXY, Robert. op. cit. NOTA 18, p. 106.

A afirmação de Alexy, embora referente ao princípio da dignidade humana, pode e deve ser aplicada à dignidade vista sob a ótica justralhista, isto é, à proteção à dignidade do trabalhador. É por isso que se assevera serem, em regra, os direitos trabalhistas indisponíveis, uma vez que uma parte desses direitos é intocável, absolutamente indisponível, enquanto que a outra parcela, embora possa ser transacionada, disponibilizada, apenas o é relativamente, posto que, para afastar sua proteção, faz-se necessária uma elevada justificação, um elevado peso, por parte do princípio contraposto. Contudo, como o princípio protetor, assim como o princípio da dignidade humana, não é princípio absoluto, as exceções vão existir e, quando for o caso, deverão seguir a já estudada regra de ponderação proposta por Alexy, a saber: o princípio que possuir maior peso, demandando sua realização no caso concreto, precederá ao outro⁴¹ e dará origem a um mandamento definitivo estabelecido da seguinte forma: (P1 P P2) C – que se lê “o princípio P1 precederá ao princípio P2 sob as circunstâncias C”.

No caso da flexibilização das regras laborais, a ponderação se dará entre o princípio da autonomia privada e o princípio protetor. Vale ressaltar que, embora o princípio da autonomia privada, como decorrência do direito fundamental à liberdade, tenha fundamento na dignidade humana, o princípio protetor corresponde ao próprio princípio da dignidade humana, visto sob a especificidade juslaboral. Dessa forma, tem-se que poucas serão as hipóteses em que, havendo confronto entre a proteção da dignidade obreira e a concretização da autonomia privada coletiva, esta preponderará sobre aquela.

Ademais, relativamente às ponderações que envolverão o princípio protetor, é válido observar que, em regra, estas sempre resultarão numa regra jurídica (R), cuja prescrição corresponderá ao recorte das conseqüências jurídicas do princípio precedente, de modo a encontrar uma solução equilibrada, que permita a máxima otimização possível de ambos os princípios contrapostos. Ao ponderar proteção e autonomia privada coletiva, por exemplo, deve-se atentar para o fato de que, ainda que as razões apontadas pela autonomia privada para restringir a proteção conferida ao trabalhador sejam suficientes para afastá-la em determinado caso, se deve buscar, sempre que possível, uma solução que não suplante por completo a proteção obreira que se pretende excetuar.

A estrutura do princípio tutelar, como visto, é capaz de manter íntegro

⁴¹ Cf. ALEXY, Robert. op. cit. NOTA 18, p. 93. Segundo o autor, “el principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”.

o trabalho digno e, em conseqüência, a dignidade do trabalhador. Não há motivo para temer a flexibilização das regras laborais, posto que, se conferido ao princípio da proteção o seu devido lugar no ordenamento justralhista e se compreendida a intensidade de sua força, a adaptação das regras laborais às novas necessidades da produção e do trabalho humano resultará no desenvolvimento do Direito do Trabalho, e não em seu fim como prevêem alguns.

5. Considerações finais

O pós-positivismo inicia um período novo para a dogmática jurídica, centralizando valores como a dignidade humana e propiciando uma nova interpretação jurídica, pautada na supremacia e na efetividade dos princípios e das regras jurídico-constitucionais, os quais passam a interferir, em razão de sua relevância, na interpretação de todo o restante do ordenamento jurídico.

O Direito do Trabalho não se mantém alheio às transformações sentidas pela dogmática jurídica, mas sim remodela seus institutos, adequando-os às diretrizes constitucionais. Sob a ótica pós-positivista, a principal alteração justralhista foi a observada pelo princípio da proteção ao trabalhador que, de cunho preponderantemente patrimonialista, teve sua feição redimensionada, transmudando-se em verdadeiro “sobreprincípio” juslaboral de proteção à dignidade do trabalhador.

O século XX trouxe ao Direito Obreiro o debate acerca da flexibilização de suas normas, já que, em virtude do avanço tecnológico e da globalização, o modo de produção capitalista remodelou-se, tornando-se mais flexível e demandando uma conseqüente flexibilização das regras trabalhistas. Entretanto, não se pode permitir uma flexibilização desregrada dos direitos trabalhistas, visto que, conforme se infere dos valores, princípios e regras jurídico-constitucionais, a alteração no arcabouço jurídico protetivo deve ser realizada primando sempre pela dignidade do trabalhador e do trabalho humano.

Nessa esteira, tem-se o princípio protetor como o instrumento jurídico de proteção ao trabalho digno, posto que sua estrutura, composta por um núcleo essencial e por uma parcela principiológica, possibilita que a flexibilização das normas laborais se dê em consonância com os valores supracitados: enquanto o núcleo essencial da proteção obreira, composto pelas regras trabalhistas de indisponibilidade absoluta, cristaliza o conteúdo mínimo de direitos trabalhistas que não pode ser flexibilizado, sob pena de afronta à dignidade do trabalhador, a sua parte principiológica resguarda os direitos obreiros oriundos de regras trabalhistas de indisponibilidade relativa ante as investidas

flexibilizatórias, pois, somente em situações excepcionais, onde haja forte justificativa para que a autonomia privada coletiva diminua a proteção conferida ao trabalhador, é que será permitida a flexibilização de tais normas.

Sendo assim, é possível concluir que o princípio protetor atua como verdadeira baliza à flexibilização das normas trabalhistas, visto que, apesar de permitir sua realização, não lhe concede liberdade absoluta, mas, ao contrário, a regula, a ordena, para que se mantenha sempre em acordo com a finalidade protetiva do Direito Laboral.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

_____. (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto Barroso; BARCELLOS, Ana Paula de. O come-

ço da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____ (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 6 ed., 1993.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GHIDOLIN, Clodoveu. Jusnaturalismo ou positivismo jurídico: uma breve aproximação. *Fadisma*. Disponível em: <<http://www.fadisma.com.br/arquivos/ghidolinpdf.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2009.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/racionalidade-judiciais-analitica-standards-58932939>>. Acesso em: 18 out. 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

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

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Trad. Edilson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

EXPLORAÇÃO DO TRABALHO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ABORDAGEM DAS CAUSAS SOCIAIS, CONSEQÜÊNCIAS PSICOLÓGICAS E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO MEDIDAS DE PROTEÇÃO.

**Maria Lilian Leal de Souza
Mirella D'arc de Melo Cahú Arcoverde ¹**

1. Introdução

A realidade mundial demonstra a existência de trabalho infantil e no Brasil a situação não é diferente, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2001 que mostrou que mais de cinco milhões de meninos e meninas entre 5 a 17 anos ainda trabalham, dos quais 45% estão abaixo dos 14 anos. Muitos destes meninos e meninas trabalham nas piores formas de trabalho infantil segundo a classificação da OIT – Organização Internacional do Trabalho, compreende o Trabalho Infantil Doméstico - TID, Exploração Sexual Comercial, Tráfico e Plantio de Entorpecentes, Economia Agrícola Familiar, Trabalho Informal Urbano.

Especificamente a Exploração do Trabalho Sexual de Crianças e Adolescentes é situação latente no Brasil, possível de ser observada nas ruas, bares e pontos turísticos das cidades, sem a respectiva atuação da sociedade, pela existência do que ousamos chamar de tolerância social ao fato da exploração do trabalho sexual de crianças e adolescentes.

Não podemos diferenciar a sociedade civil e o papel dos operadores do direito nessa tolerância social pois a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 227²,

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde,

¹ Maria Lilian Leal de Souza e Mirella D'arc de Cahu Arcoverde são Juízas do Trabalho da 13ª Região e membros da Comissão de Direitos Humanos da Amatra 13.

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, qualquer atuação ou omissão que diga respeito aos cuidados da criança e do adolescente devem ser analisadas juridicamente, atribuindo a parcela de responsabilidade a cada agente envolvido.

É importante enfatizar que nas políticas públicas do Governo Federal somente nos últimos três anos o assunto de exploração sexual comercial tem chamado a atenção dos políticos, os quais têm focalizado as suas ações principalmente na provisão de serviços psicossociais e de saúde básica. A OIT– Organização Internacional do Trabalho identificou a necessidade de desenvolver um programa específico de formação profissional para meninos e meninas adolescentes buscando construir uma metodologia adequada para a reintegração deles/delas, desta feita no legal e salutar mercado do trabalho^a.

Objetivamos sensibilizar as diversas parcelas da sociedade civil para a questão da exploração sexual de crianças e adolescentes, a fim de que seja observado, preliminarmente, como um trabalho, degradante e considerado como uma das piores formas de *trabalho humano*, a que estão submetidas inúmeras crianças e adolescentes no Brasil e no mundo.

Ainda abordar os possíveis prejuízos ao desenvolvimento das crianças e adolescentes que foram submetidos a tal tipo de exploração, iniciando um enfoque sobre a forma como seria restabelecida a legalidade e a dignidade dos explorados.

A análise parte da abordagem da situação atual do trabalho sexual de crianças e adolescentes, bem como da enumeração dos efeitos psicológicos ocasionados aos explorados sexualmente. Objetivamos entender como se dá o processo de formação do valor “trabalho” nessas crianças e adolescentes. Ainda, juridicamente, serão analisados os conceitos de trabalho, relação de trabalho e exploração sexual, bem como perspectiva da possibilidade de medidas jurídicas para restabelecimento do valor trabalho aos explorados, por meio de medidas assecuratórias de tratamento específico psicológico.

2. A evolução do tratamento jurídico ao trabalho de crianças e adolescentes

As relações no mundo do trabalho, de um modo geral, são matizadas,

em sua grande maioria, pela idéia de exploração, decorrentes da tradicional análise sob o enfoque econômico e os conceitos marxistas dos meios de produção no sistema capitalista de mercado. Poucas vezes as relações de trabalho ou emprego são tratadas por seus atores, como relações interpessoais ou sociais. Na atual visão da sociedade, constituem, antes de tudo, negócio entre o tomador ou beneficiário do serviço e o seu prestador, com vantagens e interesses mútuos.

Essa mutualidade, no entanto, não corresponde aos parâmetros de igualdade, pois os sujeitos da *relação trabalho* estão em condições bem diversas, com franca vantagem para quem paga pelo serviço e a idéia de submissão envolvendo o trabalhador, empregado ou não. O estado de sujeição é marca diferencial nesse tipo de relação humana, diferenciando-a de outras relações contratuais.

Se essa desigualdade evidente já é cristalizada nas relações de trabalho ou emprego entre pessoas com capacidade jurídica plena, acentua-se ainda mais quando o trabalhador é criança ou adolescente. A sua incapacidade física e psicológica, ainda em desenvolvimento, é reconhecida juridicamente também, e ao invés de motivar a sua proteção, coloca-o em posição de pessoa explorada, pois o expõe a jornadas longas, baixa remuneração, além de serviços prestados em ambientes ou com agentes insalubres ou perigosos, em vários casos.

O Brasil é signatário da Convenção 182 da OIT e, após a Constituição Federal de 1988, alterou-se o paradigma do sistema legal brasileiro a respeito de crianças e adolescentes. O legislador constituinte os alçou da condição de “menores” (idéia de inferior, menor) a “sujeitos de direitos” (sujeito ser humano). A alteração não estanca na denominação usada para referência, mas na chamada a uma nova consciência quanto às necessidades de se oferecer proteção a esses sujeitos, como forma de preservar-lhe a integridade física, psíquica e social. A sociedade passa a ser convocada a participar ativamente na construção de novas condições de vida para crianças e adolescentes e a considerar suas questões como prioridade absoluta.

Em 1990, o legislador infraconstitucional tratou de editar a Lei 8069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), como instrumento regulatório e que serviu principalmente como marco paradigmático, garantindo à criança e ao adolescente, o respeito ao seu processo de desenvolvimento integral.

Consoante disposição da Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXXIII³, há a previsão de proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre

a menores de 18 anos, e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos. Na aprendizagem³ há previsão legal de um contrato de trabalho especial, onde são garantidos os direitos trabalhistas e previdenciários, com participação em curso de aprendizagem profissional e período de trabalho para exercitar a prática do ofício. Aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos, restou proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, realizado em locais prejudiciais à sua saúde física, psíquica, moral e social, ou realizados em locais e horários que prejudiquem a freqüência escolar.

Tais providências legais, mesmo com a força da norma máxima do ordenamento jurídico, não foram suficientes ainda para erradicar o trabalho infantil. O estado de pobreza e abandono social de muitas famílias brasileiras, aliado a outros fatores sócio-culturais, tornam essa questão ainda mais complexa.

3. As omissões e tolerâncias: a questão cultural e o descaso

Um dos maiores entraves encontrados nas campanhas de combate ao trabalho infantil diz respeito à crença tão antiga quanto equivocada de que o trabalho precoce é fonte de boa formação para a criança, pois, segundo os seus defensores, transmite a idéia de responsabilidade e ensina muitos dos conceitos e elementos necessários à vida profissional futura.

Na atividade parlamentar, várias foram as tentativas para redução da idade mínima laboral, com a justificativa de combater a violência juvenil e dar aos jovens a oportunidade de desenvolvimento. A atuação da Frente Parlamentar de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, juntamente com segmentos da sociedade civil organizada impediram as alterações legislativas a esse respeito, até agora.

Essas tentativas de alteração, no entanto, encontram ressonância em boa parte da sociedade que crer na alternativa da ocupação precoce de jovens como meio de diminuição da criminalidade. Em artigo publicado no jornal *Magistratura e Trabalho*, editado pela Associação dos Magistrados da 2ª Região – AMATRA 2, o Deputado Federal Paulo Henrique Lustosa (PMDB-CE), Coordenador da Frente Parlamentar de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, expõe a preocupação com o engano dessa crença, asseverando que não há ambiente melhor para o desenvolvimento infantil que a escola e a

³ BRASIL. Lei da Aprendizagem n. 10.097 de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10097.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2010.

família, e que não existem estudos que relacionem a criminalidade com a falta de trabalho para adolescentes.

A tão acanhada noção de cidadania da sociedade e o crescente aumento da violência praticada por jovens provocam, como primeira alternativa pensada, a ocupação de meninos e meninas em tarefas laborais comuns e não apenas na condição de aprendizes. A luta parece ser no sentido de mantê-los ocupados com a produção de bens e serviços e não em atividades sócioeducativas.

Seguindo em suas reflexões a respeito do trabalho infantil, o Deputado Paulo Henrique Lustosa, defende a idéia que os ambientes familiar e escolar são os mais saudáveis para a infância e adolescência e questiona a qualidade de trabalho que um adolescente poderá desenvolver. Alerta, ainda, para o fato de que o trabalho que substitui a boa formação escolar é fonte de desqualificação de mão-de-obra e constitui uma violência praticada contra o jovem, o seu afastamento da família e da comunidade escolar, por motivo de trabalho.

O trabalho precoce pode, na verdade, trazer para o seu executante a formação distorcida de certos conceitos sociais como, por exemplo, o de oportunidade. Se o trabalho infantil lhe é oferecido como uma oportunidade e o que se experimenta são situações de exploração e desigualdade, oportuno deixa de ser aquilo que é útil e proveitoso e torna-se a porta fechada para uma melhor formação intelectual e social.

A perda da convivência com familiares, colegas de escola, amigos e do tempo necessário para as atividades lúdicas e criativas gera a idéia de desamparo na mente de quem se vê obrigado a cuidar de responsabilidades inadequadas para a fase de desenvolvimento infanto-juvenil. Esses fatores podem, inclusive, trazer a noção de nada mais ter a perder e de buscar uma vida mais fácil em atividades ilícitas.

Quando essas perdas somam-se à exploração ou utilização ilícita de mão-de-obra, como acontece com a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, as vias de escape de suas vítimas estão misturadas, muitas vezes, com práticas ilícitas, seja no consumo de álcool e drogas, seja no envolvimento em furtos e outros crimes.

A sociedade passa a não saber discernir a respeito de valores envolvidos nessa questão complexa. Em seu artigo “O Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Visto Pelo Avesso”, Thiago Holanda e Gilberto Braga⁴

⁴ ALTAMIRANO, Thiago de Holanda; TEIXEIRA, Gilberto Braga. *O Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Visto Pelo Avesso*. In: DIÓGENES, Glória (Org.) *Os sete sentimentos capitais: exploração sexual comercial de crianças e adolescentes*. São Paulo: Annablume, 2008. p. 214, 215.

analisam as dificuldades de implementação do Estatuto da Criança e Adolescente - ECA e trazem um importante ponto para reflexão:

O sentimento que permeia o imaginário brasileiro da vontade da punição, do impulso primário de vingança, tende a produzir em relação às crianças e adolescentes uma dupla e contraditória projeção: vítimas passivas ou sujeitos protagonistas de violência e situação de instabilidade social.

Uma conquista de natureza jurídica nem sempre corresponde às mudanças efetivas no plano da justiça e de efetivação de direitos. Mudam-se as leis, as regulamentações jurídicas e permanecem formas tradicionais de dominação.

Como personagem importante, mas com corpo impreciso, a sociedade não toma para si a parte da responsabilidade que lhe foi atribuída pelo art. 227 da Constituição Federal, na promoção de direitos e na proteção de crianças e adolescentes. E da omissão, o comportamento social chega ao preconceito, passando pelo descaso e pela tolerância com o desrespeito aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

4. Exploração Sexual como trabalho

É importante analisar que muitos operadores do direito e diversos segmentos da sociedade têm dificuldade em qualificar a exploração sexual como um trabalho realizado pelas crianças e adolescentes, que são submetidos a esse tipo de exploração. Vejamos que o Dicionário Brasileiro Globo⁵, define “trabalho” como:

S. m.

1. Aplicação de atividade física ou intelectual;
2. esforço; tarefa; serviço;.
3. Labutação, luta, lida;.
4. Obra feita ou que está em via de execução;
5. Atividade humana aplicada à produção de riqueza.

⁵ FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; Guimarães F. Marques. **Dicionário Brasileiro Globo**. 52 ed. São Paulo: Globo, 1999.

O trabalho consistiria em qualquer ocupação manual ou intelectual, realizada pelo indivíduo, objetivando um resultado final. A relação de trabalho se formaria sempre que dois ou mais sujeitos atuam de forma em que um realiza o serviço e o outro se beneficia do serviço realizado. De tal sorte, que não há como retirar do conceito geral de trabalho quando uma criança ou adolescente é submetido à realização de serviços de ordem sexual a outro, que se beneficia do serviço prestado, mediante pagamentos de qualquer espécie.

O que qualifica esse tipo de relação como de exploração sexual é que no caso em concreto não podemos falar numa situação de igualdade entre os sujeitos envolvidos de forma a termos uma livre manifestação de vontade. Especificamente porque em um dos pólos da relação temos uma criança ou um adolescente, muitas das vezes em premente necessidade de obter condições materiais para sobrevivência e, ainda, estimulados pelos pais que se beneficiam com o pagamento dos serviços.

Quando falamos em qualquer relação entre indivíduos que os vincule numa situação de exigência de direitos e imposição de deveres, para que seja permeada pelo Princípio Constitucional da Liberdade se faz necessária a presença de ato de vontade das partes e que esse ato de vontade seja livre e desimpedido.

Pois bem, chegamos à conclusão de que sempre que são contratados serviços de ordem sexual temos um contrato de trabalho como qualquer outro, só que especificamente objetivando que sejam prestados serviços sexuais.

Importante ressaltar que não estamos falando, no presente artigo, na hipótese da existência de uma relação de emprego entre as partes, na medida em que não se faz presentes outros requisitos legais que qualificam juridicamente a relação como de emprego.

Considerada como uma das piores formas de trabalho infantil, pela Convenção nº 182 da OIT⁶ ratificada pelo Brasil, a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é claramente tolerada pela sociedade ou objeto do seu mais criminoso descaso.

⁶ Cf. Convenção nº 182 da OIT, ratificada pelo Brasil em 19/11/2000. Artigo 2º Para os efeitos desta Convenção, o termo criança aplicar-se-á a toda pessoa menor de 18 anos. Artigo 3º Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende: (a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou compulsório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; (b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos; (c) utilização, demanda e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes; (d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

Em todas as regiões brasileiras, nas capitais e cidades do interior dos Estados, meninos e meninas são introduzidos nas redes de exploração sexual, levados a esta situação por múltiplos e complicados fatores. Além da ausência de políticas públicas que lhe ofereçam proteção, essas crianças e adolescentes ainda enfrentam o descaso e o preconceito dos mais diversos segmentos da sociedade.

É possível perceber, com muita clareza, que a condição de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos, embora expressamente declarada em normas constitucional e infraconstitucional, não se efetivou, seja por deficiências das políticas públicas, seja por uma arraigada cultura de banalização e tolerância da exploração sexual que vitimiza esses sujeitos.

Não há como aceitar qualquer entendimento diverso ao se admitir que a exploração sexual de criança e adolescente é trabalho, na medida em que pela Convenção n. 182, da OIT, ratificada pelo Brasil desde 2000, esse consiste em umas das piores formas de trabalho das crianças. Ora, se assim é considerado nessa norma, não há porque se refutar a noção de trabalho no exame dessa situação fática da sociedade.

5. Conseqüências e efeitos da exploração

5.1 – A “Dimensão Trabalho” no indivíduo

O estudo do que chamaremos de “Dimensão Trabalho” no indivíduo é pressuposto teórico, quando enfatizamos a quebra da legalidade pela situação de exploração da força de trabalho, e na medida em que falamos em restabelecimento do explorado ao status de indivíduo que goza os seus plenos direitos e deveres sociais.

O princípio da reparação civil decorrente o cometimento de qualquer ato ilícito traz em si a necessidade de entendimento do que seria o livre e desimpedido exercício de suas potencialidades mentais e no caso da situação de crianças e adolescentes explorados sexualmente essas potencialidades sofrem danos pela introdução ao trabalho na forma mais degradante possível, isto é, ainda na infância e com fins de exploração do trabalho sexual.

Nesse sentido, convém em primeira abordagem tecer alguns comentários sobre em que consiste no indivíduo a “dimensão trabalho”.

Na sociedade capitalista, sem pretensão de realizar aprofundamentos teóricos sobre economia, podemos dizer que a produção e a distribuição das riquezas são regidas pelo mercado, no qual, em tese, os preços são determinados

pelo livre jogo da oferta e da procura. O capitalista, proprietário de empresa, compra a força de trabalho de terceiros para produzir bens que, após serem vendidos, lhe permitem recuperar o capital investido e obter um excedente denominado lucro. No capitalismo, as classes não mais se relacionam pelo vínculo da servidão (período feudal da Idade Média), mas pela posse ou carência de meios de produção e pela livre contratação do trabalho e/ou trabalhadores.

De tal sorte que, aos indivíduos que não possuem bens para disponibilizar, como capital, se submeterão, para prover sua subsistência, à venda da sua força de trabalho, mão-de-obra. E devido a essa situação fática econômica, o trabalho com intuito lucrativo passou a fazer parte não só do cotidiano dos indivíduos, como, no plano subjetivo, atender aos sentimentos de autoconfiança e sucesso na vida.

E nesse sentido, a inserção da criança e adolescente ao ambiente de trabalho, especificamente no ambiente de trabalho degradante da exploração sexual, permeia de deficiências o sentimento quanto ao significado do ato de trabalhar, da mesma forma que prejudica o seu desenvolvimento mental e sexual regulares.

São elementos cientificamente comprovados como justificadores da proibição do trabalho infantil, a não formação completa de ossos e músculos, ventilação pulmonar reduzida, maior frequência cardíaca. Ainda, a exposição das crianças ao mundo do trabalho faz com que ocorra o aparecimento de sintomas como enxaqueca, tonturas, nervosismo, taquicardia e dificuldade de concentração, situações que implicam em dificuldades no rendimento escolar. Também podemos falar em problemas psicológicos como medo, insegurança e tristeza.

A absorção de toxinas pelo fígado, baço, rins, estômago e intestino é maior e por isso a possibilidade maior de ter infecções. O corpo da criança produz mais calor durante a realização do trabalho, o que aumenta a possibilidade de fadiga e desidratação. Pele mais suscetível aos agentes físicos, mecânicos, químicos e biológicos, ficam mais suscetíveis aos acidentes de trabalho na medida em que não possuem completamente desenvolvida a visão periférica e os equipamentos de proteção não são feitos para suas medidas. A maior sensibilidade aos ruídos faz com que seja mais fácil ocorrer perdas auditivas.

O trabalho infantil também acarreta a exclusão no desenvolvimento do indivíduo. Na fase da infância fica excluído das brincadeiras, do estudar e do aprender. Na fase adulta fica excluído do mercado de trabalho pela falta de

qualificação. E na fase da velhice fica excluído da previdência pela ausência de condições dignas de sobrevivência.

O conceito de trabalho, segundo o hegelianismo⁷, é o “*processo por meio do qual o espírito humano, ao colocar nos objetos externos todas as suas potencialidades subjetivas, descobre e desenvolve plenamente a sua própria realidade*”. Uma criança ou adolescente envolvido em uma rede de exploração sexual, não somente não vivenciará esse conceito, como ainda adquirirá a noção negativa do que é trabalho.

A socióloga Glória Diógenes promoveu, em conjunto com uma equipe de educadores-pesquisadores, um estudo-pesquisa a respeito da exploração sexual de crianças e adolescentes na cidade de Fortaleza – Ceará, que resultou na sua publicação no livro “Os Sete Sentimentos Capitais – Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes”. Esse estudo demonstra com maestria os efeitos da exploração sexual suportados pelas meninas e meninos envolvidos nessa atividade.

O trabalho da socióloga Glória Diógenes revela dados alarmantes sobre a situação dos jovens envolvidos nas redes de exploração sexual como, por exemplo, o ingresso nessa atividade antes dos 12 anos de idade, com rápido envolvimento com drogas e álcool.

O drama vivido por esses meninos e meninas nas ruas não parece ser objeto de preocupação da sociedade, que permanece alheia e insensível aos seus medos, angústias e necessidades variadas. A rápida rotulação em “meninos(as) de rua” os classifica em uma categoria indigna de qualquer providência, alvo de desprezo e, não raro, de agressões físicas e verbais, justificadas pela equivocada e maldosa idéia de que o ingresso na vida da exploração sexual se deu por livre escolha e a permanência nela é fruto somente de uma rejeição a uma vida de trabalho digno.

O dado sobre a idade de ingresso nessa atividade é de fundamental importância para que se verifique que tal ocorre em uma época de ausência de discernimento para escolhas seguras. Antes dos 12 anos de idade, e mesmo em outras fases da adolescência, os valores ainda não estão formados ou adquiridos suficientemente para a dosagem equilibrada entre liberdade, autonomia e vida digna. Crianças e adolescentes são presas fáceis de adultos que agenciam serviços sexuais, mediante promessas de dinheiro “fácil” e bens cobiçados por jovens dessa idade, independente da faixa social.

⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

Outro fator que estimula o deslocamento desses meninos e meninas para as ruas é a situação familiar difícil, seja por conflitos entre membros da família e/ou agregados, ou por necessidades materiais básicas. Os vínculos familiares e laços afetivos se afrouxam, deixando partir esses jovens cedo demais, favorecendo o envolvimento com drogas, álcool e exploração sexual. A família que seria a guardiã e fonte de proteção é, em muitos casos, o fator principal que lança crianças e adolescentes nas ruas.

A violência sofrida nas ruas é apenas a continuidade do desrespeito e da violência que já existia em casa, perpetrada por pessoas da intimidade desses jovens, inclusive por figuras de extrema importância como mães e pais.

Um dos piores efeitos da exploração sexual comercial na fase de infância e adolescência é que, em uma personalidade ainda em formação, agrega-se uma outra personalidade, como uma camada de barbárie que se fixou no indivíduo que pouco conheceu de si mesmo.

Traduz muito bem essa condição, a primorosa análise feita pela educadora social Helena Damasceno⁸ sobre a situação de crianças e adolescentes envolvidos na rede de exploração sexual, utilizando personagens fictícios para muito bem expor a realidade:

Primeiramente, entretanto, ocorre um quebra com os vínculos iniciais, com os motivos que as levaram para a rua. Depois disso é que se estabelecem outras conexões. É a morte e o renascimento do corpo simbólico de vivências. É o corpo transbordando todos os significados que o contemplam. (...) Quando a criança sai de casa ela traz a Maria, seus valores, medos, sua identidade e subjetividade. Quando ela vai pra rua, já não é a Maria. Talvez seja a Violeta, que sai e que contempla outras reticências e identidades. Quando a criança ou adolescente está em situação de exploração sexual, quando ela já está na pista, ela já não é a Maria nem a Violeta. Ela é a Joana, outra pessoa, outro significante que toma posse do palco e que concentra também outras reticências e simbologias. Quando a criança e/ou adolescente adentram o espaço da rua, acessando suas regras e valores, ele quebram com o instituído até então. Portanto, eles produzem outros significantes. É um “transbordamento de corpos” simbólicos: Maria, Violeta, Joana. Podemos perguntar quem é esse

⁸ DAMASCENO, Helena. *Retrato em Branco e Preto: uma fotografia dos narradores pesquisados*. In: *Ibidem*. p. 55.

ser humano fragmentado diante da violência. (...) Se ninguém o conhece, ninguém pode feri-lo. Se ninguém sabe quem ele é, ele nada terá de enfrentar sobre as violências anteriores e que não pertencem a ele, mas ao outro.

Para a crianças ou adolescente participante dessa perversa e degradante relação de trabalho, por tamanha violação à sua dignidade, deforma-se a noção de que é capaz de produzir algo bom e valioso, a partir de seus talentos. O mundo do trabalho se lhes apresenta ainda mais assustador e difícil do que para outros jovens inseridos em outros contextos. Além do inegável desrespeito à sua integridade e dignidade, o trabalho prestado na exploração sexual é recheado de histórias de violência de toda ordem, em uma submissão crescente e completamente humilhante que, ao mesmo tempo em que a criança ou o adolescente é chamado a uma relação íntima, não se estabelece a mínima confiança com o seu contratante. Todas as características próprias de uma relação de trabalho saudável estão aí distorcidas.

É justamente a dimensão trabalho a fonte dos mais intensos dissabores e traumas, ficando bem longe do conceito filosófico de trabalho como oportunidade para desenvolvimento pleno das potencialidades subjetivas. As experiências laborais produtivas para esses jovens são de uma negatividade tal que a sua auto-imagem como trabalhador se denigre ainda mais a cada dia. Helena Damasceno⁹ expõe essa situação, do seguinte modo:

O tempo parece assumir um caráter de muitas avarias. Os sonhos parecem estar mais distantes, enquanto a urgência e o stress da vida estão sob maior foco. O cotidiano dessas crianças e adolescentes proclama necessidades que precisam ser supridas e que, aparentemente, estão submetidas ao ato de fazer programa. Nessa violência não há dignidade, há uma espécie de normatização da força de trabalho arrematada no corpo de cada criança e adolescente em situação de exploração sexual.

Glória Diógenes alerta para outras conseqüências decorrentes dessa relação de trabalho, lucrativa para agenciadores e cruel para os explorados, pois o estigma que carregam intensifica o isolamento em que se encontram e passam a limitar ainda mais a vida em família, na escola, as oportunidades de

⁹ Op. Cit. nota 15.

profissionalização e até mesmo o acesso a serviços de saúde.

6. O Poder Judiciário como agente protetor

O Brasil, que em sua atual Constituição se qualifica como Estado Democrático de Direito (art. 1º), inclui em seus *fundamentos*, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Dentre os *objetivos* fundamentais da República brasileira (art. 3º), destacam-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização, a promoção do bem comum, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A prevalência dos direitos humanos aparece na Constituição como *princípio* da República (art. 4º). Além de tudo o que está estabelecido no Título I da Constituição Federal, o artigo 5º elenca direitos fundamentais de observação e respeito obrigatórios. Embora esses artigos não façam qualquer distinção com relação aos seus destinatários, o legislador constituinte, ao tratar sobre a ordem social (Título VIII), incluiu garantia de proteção e prioridade absoluta para crianças e adolescentes.

Em um quadro de exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, os *fundamentos, objetivos, princípios e garantias* estabelecidos na Constituição são francamente desrespeitados, exigindo uma pronta atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, não somente para fazer cessar a prestação de trabalho degradante, como também para a responsabilização dos transgressores das garantias fundamentais e para a reparação integral dos danos sofridos pelas vítimas.

Mas, apesar de tudo o que já foi construído e da permanente atuação dos Conselhos Tutelares, Centros de Referência da Cidadania, Ministério Público e de instituição da sociedade civil organizada, o problema da exploração sexual continua em marcha acelerada, aproveitando-se do vácuo do Estado, da miséria das famílias, tanto material como de outras ordens, dos interesses comerciais e econômicos de quem agencia ou facilita a exploração.

É que as ações de retaguarda e combate não têm sido suficientes para prevenção e nem para o integral apoio à criança ou adolescente já inserido nos esquemas de exploração sexual comercial. À insuficiência de recursos humanos e materiais soma-se a complexidade da situação familiar e social em que as crianças e adolescentes estão inseridos, evidenciando o desgaste do atual modelo de atendimento, seja quanto às medidas preventivas, seja quanto ao

resgate de jovens explorados.

É comum a situação na qual a assistência social chega em momentos em que um grande dano já foi causado, em que a camada de angústia e desesperança já se incrustou na personalidade dessas meninas e meninos, alterando-lhes as percepções de mundo de forma perene e significativa.

Mesmo nos casos em que o Sistema de Garantia de Direitos cuidou da reorientação dos jovens resgatados, as providências giraram em torno da assistência médico-psicológica, de reinserção na escola e, quando possível, em algum programa que lhe ensine uma profissão nova, sem maior continuidade nessa assistência. Há algo, porém, muito além de tudo isso, que precisa de cuidado urgente e prioritário: *a resignificação da dimensão trabalho*, que foi gravemente ferida ou até mesmo, destruída, pela exploração que essas crianças e adolescentes sofreram desde cedo e por tempo demais.

Os novos aprendizados, sejam na escola regular, sejam em cursos profissionalizantes, vão capacitar esses jovens para atuar em ofícios diversos, mas eles estarão sempre marcados pela visão adquirida nos primeiros contatos com a dimensão trabalho. Muitos dos traumas sofridos tiveram origem justamente na prestação de um trabalho, a partir do qual foram massacrados, humilhados e desconsiderados em seu valor como pessoa. Um novo ingresso no mundo do trabalho pode trazer de volta toda a carga de pouca valia que essa criança ou esse adolescente se acostumou a carregar.

Observa-se, portanto, a necessidade de providência por parte do Estado de ações que visem reconfigurar a dimensão trabalho na vida desses indivíduos explorados, em atendimento especial que permita a essa criança ou adolescente perceber o seu potencial criativo e laboral. Revela-se fundamental, nesta fase, o apoio de equipe multidisciplinar que possa verificar os danos físicos e psicológicos sofridos, ajudar na recuperação da saúde nesses níveis. Os programas oficiais que compõem a rede de proteção de crianças e adolescentes precisam prestar esse outro tipo de assistência.

Desde a adoção pelo Brasil do paradigma de Estado Democrático de Direito, as ações do Estado para a garantia dos direitos próprios da cidadania não podem ser vistos como assistenciais e caritativos. A omissão de políticas públicas que resguardem direitos fundamentais do indivíduo é uma clara afronta aos princípios constitucionais e a, partir de então, passa a dar lugar a uma pretensão a ser buscada junto ao Poder Judiciário.

O princípio da separação dos Poderes que estrutura o funcionamento do país é frequentemente citado como óbice à atuação do Judiciário no tocante

às obrigações impostas ao Estado para que adote as medidas de efetividade da cidadania. Ocorre, porém, que a separação de que trata o art. 2º da Constituição Federal¹⁰ não é uma separação de “poderes”, mas uma separação de funções. O poder do Estado é uno e as ações do Executivo, Legislativo e Judiciário devem conviver em harmonia tal que se alcance o máximo cumprimento da Constituição.

Desse modo, a decisão do Poder Judiciário que imponha ao Estado obrigações de prestar proteção integral às crianças e adolescentes vítimas da exploração sexual comercial é típica das suas funções e não fere o princípio da separação dos poderes, ainda que pareça atingir a discricionariedade do administrador público na escolha das políticas públicas a serem viabilizadas.

Não se pode negar que no cumprimento das atribuições que lhe são próprias, os três Poderes da República podem experimentar tensões entre seus comandos. Mas, diante da equivalência de funções desses Poderes, há apenas a prevalência da Constituição e não de um Poder sobre o outro. Sempre que houver o desrespeito aos ditames constitucionais, seja por ação ou omissão, cabe ao Poder Judiciário uma postura mais ativa. Se assim não fosse permitido, o nosso ordenamento jurídico não contemplaria a possibilidade do controle da constitucionalidade.

Diante de situações de grave afronta aos direitos da cidadania como acontece na exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, deverá o juiz decidir no sentido de “*conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada*”, como defende o jurista Américo Bedê Freire Júnior¹¹, que ensina também:

O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação dos poderes, adequada ao nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com

¹⁰ Cf. Constituição Federal. Art. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹¹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 44.

os fundamentos de uma sociedade que não mais existe, ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias.

A efetividade dos direitos fundamentais origina-se, em grande parte, de políticas públicas adotadas pelo Estado. Desse modo, a adoção dessas políticas não pode ser encarada como mera faculdade e sim como obrigação imposta por norma constitucional para que garantias fundamentais como dignidade, liberdade e valor social do trabalho não sejam transformados em meras intenções, sem qualquer efeito prático. Por essa razão, o juízo de conveniência quanto à execução de medidas de proteção às vítimas da exploração sexual não pode se afastar da força vinculante da Constituição ou resultar em uma política pública negativa na forma de omissão. A esse respeito, Américo Bedê Júnior¹² defende a idéia de que “*não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida.*”.

Os defensores da idéia de que o Poder Judiciário não pode interferir nas decisões de políticas públicas utilizam a limitação de recursos ou “reserva do possível”, como justificativa para o não atendimento às necessidades sociais que precisam ser supridas. Há uma diferença, porém, entre a inexistência de recursos para implementação de uma política pública em determinado momento e a sua reiterada protelação. Esse retardo, no início de providências por parte do Estado, pode ser corrigido por decisão judicial que imponha obrigação de fazer, consistente na adoção de determinada medida, firmando uma prioridade e fixando prazos e limites para a execução.

O fundamento jurídico e social para decisões dessa natureza reside nos princípios constitucionais e na norma positivada, garantidores dos direitos fundamentais que não podem ser relegados à oportunidade futura de efetivação. As providências se tornam ainda mais urgentes quando se trata de crianças e adolescentes em situação de risco, como as que estão envolvidas em exploração sexual comercial, não somente pela prioridade absoluta de que trata o art. 227 da Constituição Federal, como também pela gravidade dos efeitos que recaem sobre esses indivíduos e sobre toda a sociedade, pela via indireta.

A efetividade dos dispositivos constitucionais que tratam sobre garantias e direitos há de ser confirmada também por meios judiciais, servindo de alerta a lição de Pontes de Miranda¹³:

¹³ MIRANDA, Pontes de *apud* Ibidem. p. 73

Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior (...). No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte esse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer.

Um importante papel há de ser desempenhado pelo Ministério Público que, por meio de ação civil pública em que denuncie omissões do Estado na proteção de crianças e adolescentes utilizados por agenciadores e clientes da exploração sexual comercial, acione o

Poder Judiciário para que, por decisão fundamentada em normas e princípios constitucionais, o Estado seja obrigado a priorizar crianças e adolescentes, cuidando para que recebam assistência médica e psicológica.

Uma análise multidisciplinar da questão durante o processo é imprescindível para que sejam identificadas as necessidades das crianças e adolescentes no integral resgate dessa pessoa, ferida e estigmatizada pela prática ilícita da exploração sexual. Um laudo médico poderá indicar as condições físicas em que se encontram esses jovens e indicar tratamentos adequados. Importante também a atuação de um psicólogo clínico e de um psicólogo do trabalho; o primeiro, para analisar e dimensionar os efeitos da exploração sexual na psique da criança e o segundo, para tratar da relação que se estabeleceu entre exploração sexual e a dimensão trabalho, apontando os caminhos da resignificação do trabalho na vida desses meninos e meninas.

Com apoio nas informações técnicas de equipe capacitada pela analisar as questões sob vários ângulos, a decisão judicial pode impor ao Estado que adote providências no sentido de oferecer a proteção integral à criança ou adolescente e a eliminar a camada de barbárie que se instalou sobre esse indivíduo, como outra personalidade, cuja visão de mundo está contaminada pela degradação a que foi submetido.

Essas medidas, objeto da decisão judicial, devem ser específicas, con-

forme indicação dos laudos técnicos e adotadas independentemente de outras políticas públicas já existentes e impostas com todos os meios legais coercitivos para sua implementação.

É importante ressaltar que essa pretensão perseguida em uma ação civil pública não substitui e nem exclui aquelas que tratam sobre as indenizações de natureza moral e material, que atendem a outros propósitos. As providências pleiteadas na ação civil pública tratada estarão focadas no ressurgimento de um novo ser ou no resgate daquela personalidade, que se viu maltratada e “coisificada” pela exploração sexual.

7. Conclusão

A realidade mundial demonstra a existência de trabalho infantil e no Brasil a situação não é diferente, conforme dados do PNAD – 2001, segundo os quais mais de 5 milhões de meninos e meninas de idade entre 5 e 17 anos ainda trabalham, sendo que 45% estão abaixo dos 14 anos. Acrescente-se a esse fato por si só alarmante, a constatação de que muitos desses meninos e meninas executam as piores formas de trabalho infantil: Trabalho Infantil Doméstico - TID, Exploração Sexual Comercial, Tráfico e Plantio de Entorpecentes, Economia Agrícola Familiar, Trabalho Informal Urbano.

A Exploração do Trabalho Sexual de Crianças e Adolescentes é observável diariamente em ruas, bares e pontos turísticos das cidades, bem como é notória a inércia da sociedade que se reserva ao papel de praticar o que ousamos chamar de tolerância social diante de tal situação.

Nesse contexto, não há que dissociar a sociedade civil e o papel dos operadores do direito, uma vez que o art. 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece com clareza como dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar às crianças e aos adolescentes o bem-estar e a proteção contra todo tipo de exploração e violência, notadamente.

Resulta, então a atribuição do Poder Judiciário de analisar juridicamente qualquer atuação ou omissão relativa às políticas públicas que digam respeito à criança ou ao adolescente, atribuindo a parcela de responsabilidade de cada agente envolvido.

No âmbito internacional, já existem subsídios suficientes e até determinações taxativas que permitem a formulação de políticas públicas dedicadas especificamente à questão da exploração sexual de crianças e adolescentes, não sendo mais admissível ao Brasil manter-se alheio a essa situação, que

se revela como uma mácula e uma contradição à qualificação constitucional do país como Estado Democrático de Direito.

Restou evidenciado que os contratos de trabalho estão caracterizados por uma adjetivação de mutualidade, sem, no entanto, corresponder aos parâmetros de igualdade, pois os sujeitos da relação trabalho estão em condições bem diversas, com franca vantagem para quem paga pelo serviço e a idéia de submissão envolvendo o trabalhador, empregado ou não. O estado de sujeição é marca diferencial nesse tipo de relação humana, diferenciando-a de outras relações contratuais.

Em um quadro de exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, os fundamentos, objetivo, princípios e garantias estabelecidos na Constituição são francamente desrespeitados, exigindo uma pronta atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, não somente para fazer cessar a prestação de trabalho degradante, como também para a responsabilização dos transgressores das garantias fundamentais e para a reparação integral dos danos sofridos pelas vítimas.

Este trabalho teve por objetivos contribuir para um debate interdisciplinar entre operadores do direito, psicólogos, médicos, educadores e outros membros da sociedade civil, apresentando enfoques sociológico, psicológico e jurídico que sirvam de parâmetro das abordagens necessárias à definição de ações que reestabeçam o valor *trabalho* às crianças e adolescentes submetidos à exploração sexual.

Jamais poderemos entender que foi restabelecida a legalidade e realizada a inclusão social dessas crianças resgatadas da situação de trabalho de exploração sexual sem que seja realizado um trabalho específico e psicológico de re-significação do valor *trabalho* para cada uma das crianças exploradas, findando por outras medidas de introdução ao real mercado de trabalho livre da exploração.

Essas medidas apenas são possíveis com um comprometimento integral da sociedade, iniciando pela leitura do que consiste a exploração sexual de crianças e adolescentes. Faz-se necessário trabalhar com os diversos setores da sociedade que a definição da exploração sexual infantil permeia a própria definição de trabalho degradante, de forma a se sobrepor a valores de ordem religiosa, moral e de costumes.

No desfavorável contexto da exploração sexual, a criança e/ou adolescente, cuja identidade torna-se fragmentada, associa a exploração ao trabalho, numa visão distorcida segundo a qual onde há oportunidade de ganhar dinhei-

ro ou o sustento, há também a agressão à sua dignidade, intimidade e todos os seus valores, numa relação em que o seu corpo é um mero objeto de satisfação de desejos ou interesse econômico de usuários e agenciadores.

Há que se considerar ainda a premente necessidade de atendimento especial a esses indivíduos explorados, oferecendo à criança e ao adolescente oportunidades em que possam resgatar o seu potencial criativo, laboral, o que deverá ser feito com o concurso de equipe multidisciplinar capacidade a avaliar e sanar danos físicos, psicológicos e emocionais sofridos, recuperando a sua saúde em todos os níveis.

A omissão ou atuação deficiente do Estado quanto à políticas públicas de assistência a essas crianças e adolescentes é uma clara afronta aos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal. Para sanar tal situação, o Poder Judiciário deve atuar de forma mais efetiva, impondo ao Estado obrigações de prestar proteção integral a esses indivíduos, independente do planejamento e execução dos Órgãos públicos integrantes do Sistema de Garantia de Direitos. Essa atuação do Poder Judiciário está dentro da sua função típica de decidir no sentido de se fazer cumprir as normas constitucionais.

A partir da percepção de que a exploração sexual é *trabalho*, poderemos entender que a criança ou adolescente submetido a esse tipo de exploração teve na formação de sua condição humana e condição trabalhadora uma introdução de sentimentos degradantes que podem permear toda a sua significação do que é o trabalho. Assim, apenas será possível restabelecer a ordem jurídica e introduzir novamente essas crianças na vida social com um trabalho coordenado de cunho psicológico de reconstrução dos valores relacionados ao *trabalho*, além da adoção de outras medidas de recolocação dessas crianças no saudável ambiente social saudável.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. *Lei da Aprendizagem n. 10.097 de 19 de dezembro de 2000*. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10097.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2010

LUSTOSA, Paulo Henrique. Trabalho Infantil x Desenvolvimento Infantil. *Revista Amatra - SP*. Ano IX, Nº 74, São Pulo/SP, Abril/ Maio/ Junho 2009. p. 4

DIÒGENES, Glória (Org.). *Os sete sentimentos capitais: exploração sexual comercial de crianças e adolescentes*. São Paulo: Annablume, 2008.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; Guimarães F. Marques. *Dicionário Brasileiro Globo*. 52 ed. São Paulo: Globo, 1999

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 44

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

ENTRE O GLOBAL E O LOCAL: O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE NO TRABALHO NA PERSPECTIVA DE GÊNERO¹

Noemia Porto²

1. Identificação Temática

A Organização Internacional do Trabalho (OIT),³ sem prejuízo aos diversos tratados, convenções e recomendações já existentes, desde 18 de junho de 1998, quando da Conferência Internacional ocorrida em Genebra (86^a Reunião), tem sua atuação articulada em torno, primordialmente, de quatro princípios fundamentais, sendo eles **a**) a liberdade sindical e o efetivo reconhecimento do direito à negociação coletiva, **b**) a erradicação do trabalho forçado e **c**) do trabalho infantil e **d**) a igualdade no trabalho (ILO, 1998, p. 7).

A unidade em torno de princípios com pretensão de universalidade e intangibilidade fica evidente ao se estabelecer a obrigação de todos os países-membros da OIT, independentemente de terem ou não ratificado as respectivas convenções, respeitarem, promoverem e concretizarem os direitos fundamentais em questão (ILO, 1998, p. 7).

Em relação à igualdade no trabalho, o Brasil é signatário tanto da Convenção nº 100 (sobre igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor) quanto da Convenção nº 111 (sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação).

A igualdade no trabalho constitui importante dimensão da igualdade de gênero. Por isso mesmo, a questão atinente ao direito das mulheres à inserção, em igualdade de condições - que sejam dignas e decentes - no mercado de trabalho desafia pensar numa perspectiva de direitos humanos. Conforme

¹ Artigo apresentado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, na Disciplina Tópicos Especiais em Direito, ministrada pelo Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto, em 23 de janeiro de 2009. O presente artigo foi primeiramente publicado em meio digital no Volume 3, Série 5, do Caderno Jurídico do Tribunal Regional do Trabalho da 10^a Região (2009), www.escolajudicial.trt10.jus.br.

² Juíza do Trabalho, Titular da 2^a Vara de Araguaína-TO, Especialista em Direito Constitucional pela UnB, mestranda em Direito, Estado e Constituição pela mesma universidade, membro do grupo de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito, integrante do Observatório da Constituição e da Democracia da UnB e Vice-Presidente da AMATRA-10.

³ A Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalles de 1919, é agência especializada das Nações Unidas desde 1946 e acomoda diálogo tripartite, à vista da participação de representantes dos governos, trabalhadores e empregadores.

Ana Aguado, os direitos das mulheres precisam ser observados e considerados como direitos individuais, direitos humanos e, em definitivo, como direitos cidadãos (2005, p. 2).

O direito ao trabalho digno é um direito humano fundamental, então, é dessa natureza a violação representada pelo acesso bloqueado ou desigual vivenciado pelas mulheres no mercado de trabalho.

De acordo com o Texto de 1988, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). No mesmo sentido, figura como primeiro inciso do rol que explicita os direitos e deveres individuais e coletivos o que prevê que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º). No que concerne aos direitos sociais, e mais especificamente aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estatuiu-se a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (art. 7º, XX), bem como a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX).

O princípio da igualdade salarial por trabalho de igual valor também se traduz em importante preceito de norma trabalhista infraconstitucional (art. 461 da CLT).

A universalização jurídica da igualdade, o trato internacional aos direitos humanos e a presença identitária dos direitos fundamentais na Constituição, e que vinculam a normatividade inferior, todavia, não trazem como consequência lógica o respeito ao princípio sob enfoque e, ao contrário, a despeito de consideráveis avanços, a discriminação por razão de sexo continua impregnando as estruturas e os comportamentos sociais compartilhados por todos nós.

A realidade constrangedora é que homens e mulheres ocuparam, e ainda ocupam, “lugares” assimétricos dentro do conjunto social nas mais diversas sociedades e momentos históricos (AGUADO, 2005, p. 3).

O declarado fundamental princípio da igualdade no trabalho ainda não adquiriu significado, que não meramente formal, para todas as mulheres. A assimetria revelada especificamente pela dinâmica do mercado de trabalho desafia refletir sobre a performance de tal princípio, sem deixar de reconhecer-lhe desde logo força normativa e vinculante.

Os princípios - inclusive os fundamentais internacionais ambientados em organismo do qual o Brasil participa - operam como padrões obrigatórios

para as autoridades de uma comunidade, padrões que regulam suas decisões a propósito de direitos e obrigações jurídicas (DWOKIN, 2002, p. 61).

Na realidade, a discriminação de gênero exige flexionar liberdade e igualdade, cuja tensão constitucional permanece central desde os primórdios do constitucionalismo.

É que a liberdade para contratar e estabelecer as condições que vigoram para o pacto de trabalho estabelecido só é efetivamente constitucional se abrigo a exigência, também constitucional, do respeito à igualdade.

A partir da Segunda Guerra Mundial os direitos humanos deixaram de ser exclusiva atribuição dos Estados Nacionais, e a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 são símbolo disso. Ocorre a transnacionalização desses direitos ou, como prefere *Giácomo Marramo*, sua “desterritorialização”.⁴ Todavia, a demanda pela concretude dos direitos humanos revela a permanência do importante papel dos Estados locais, ou a “(re)territorialização” referida por *Marramo*. Para ele, “...o Direito que é desterritorializado nos enunciados da Declaração Universal só pode se (re)territorializar, exatamente para poder conferir uma qualificação autenticamente democrática aos ordenamentos democráticos nacionais” (2007a, p. 5). Por isso, ao invés da fórmula dicotômica excludente Estado Nacional X Sistema Mundializado, os direitos humanos reclamam o diálogo entre a produção internacional e as articulações jurídicas locais. Nesse sentido, as garantias constitucionais brasileiras acerca da igualdade devem ser tratadas como densificação interna de tais direitos humanos.

A persistente desigualdade de gênero no âmbito do mercado de trabalho é uma questão cujos lados constitucional/internacional são complementares.

O presente estudo versa sobre a compreensão possibilitada pela ordem internacional, e especificamente pela Organização Internacional do Trabalho, para a questão de gênero no Brasil, relacionada ao mercado de trabalho da mulher.

A questão que se apresenta é: quais mudanças/desafios se revelam hoje adequados para a reversão do quadro de desigual acesso das mulheres ao

⁴ Quanto a esse aspecto, *Giácomo Marramao* menciona o Artigo VI da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”) para destacar que se trata de direito que independente do contexto do Estado territorial. *In: Passado e futuro dos direitos humanos: da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença*, trad. de Lorena Vasconcelos Porto e revisão técnica de Flaviane de Magalhães Barros e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto enviado por ocasião do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), com o tema “Pensar globalmente, agir localmente”, em 15 de novembro de 2007(a), no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC de Minas, Belo Horizonte-MG, p. 02.

mercado de trabalho? Não há dúvida de que o tema é multi factual, mas mesmo diante da dificuldade que essa característica representa, é possível confrontar e refletir criticamente sobre quais compromissos precisam ser reforçados, ou permanecem em aberto, em relação aos protagonistas do mundo do trabalho, dentre eles empregadores, trabalhadores, sindicatos e governos.

Ana Aguado e Giacomo Marramo, a primeira com claro enfoque na questão de gênero, e o segundo na diversidade cultural, abordam a igualdade sob a luz da diferença, e *Ronald Dworkin* traduz a igualdade justamente como o direito à diferença, à diversidade, ao igual respeito e consideração. Os dois primeiros expressam propostas arqueológicas, e portanto contextualizadas, na abordagem sobre os direitos humanos, embora a primeira o faça pensando no espaço público negado às mulheres desde a consolidação inicial dos ideais iluministas. Entre *Dworkin* e *Marramo* há, ainda, uma comunicação importante sobre a questão dos direitos fundamentais. É que a exigência do primeiro de integridade do direito, como consequência de um constitucionalismo que especifica e (re)constrói a todo tempo o sentido histórico que atribuímos à igualdade, é, nada menos, que a densificação, em termos internos (locais), das exigências que *Marramo* aponta como papel dos direitos humanos na ordem internacional.

O legado teórico crítico dos três autores é relevante para a investigação que se propõe, aliado ao conteúdo expresso na bibliografia complementar explicitada ao final, porque mantém o denominador comum de pensar o direito como direito da sociedade e os direitos humanos como primados concretos que exigem significados e ressignificações constantes, longe dos esquemas conceituais abstratos e assépticos das doutrinas positivistas.

Essa postura é a que parece mais adequada para o propósito de refletir a problemática de gênero no âmbito dos dados colhidos na dinâmica do mercado de trabalho, sem se olvidar das implicações recíprocas entre direitos humanos, constitucionalismo e democracia.

2. Mulheres e a Igualdade Desigual

A discussão sobre o mercado de trabalho da mulher não prescinde de uma análise teórica contextual da questão de gênero em conexão com a própria problemática das Constituições e dos direitos humanos.

Aliás, também na questão de gênero, o atual estágio do constitucionalismo depende que não se esqueça o passado, para que seja possível redimi-lo e construir um outro futuro (OST, 2005; DE GIORGI, 2006).

Para isso é preciso colocar em evidência os mecanismos de exclusão e as linhas de discriminação que constituem as próprias noções “universais” de direito e política, como a discriminação sexual entre homens e mulheres (MARRAMAIO, 2007a, p. 8).⁵

A atual dimensão política-constitucional do Estado Democrático de Direito assume, em definitivo, como problema, e também como condição de realização, a tensão permanente entre liberdade e igualdade. Mas nem sempre foi assim.

Na realidade, as relações de gênero estiveram na base das contradições sociais e ideológicas que caracterizaram o processo revolucionário burguês e o posterior desenvolvimento histórico dos liberalismos, tanto na perspectiva ideológico-cultural como na político-jurídica (AGUADO, 2005, p. 2).

De fato, o arvorecer do constitucionalismo remonta às revoluções burguesas, estruturadas de acordo com os pilares do iluminismo como o estado de natureza, a idéia de contrato, a crença nas leis racionais e abstratas e no direito natural, pelo qual todo homem nasce livre, igual e proprietário (CARVALHO Netto, 2001, p. 15-16).

Cuidou-se, no entanto, de uma era constitucional que explicitamente excluía, do seu raio de incidência - quanto ao discurso de igualdade e liberdade - as mulheres. O direito de igualdade, abstrato e natural, de 1789 não era universalizante (AGUADO, 2005, p. 5).

É simbólica neste sentido a rejeição da Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã, proposta por Olympe de Gouges em 1791, decorrente da sua intervenção na Assembléia Nacional Francesa (AGUADO, 2005; BARROS, 2005).⁶

O artigo que não se fez constar, porque expressamente rejeitado, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão justamente dizia que a mulher nasce livre e permanece igual ao homem em direitos (AGUADO, 2005, p. 9).

É importante observar que no início da era liberal houve a articulação da esfera pública e seu “necessário” correlato, a esfera privada, como duas realidades dicotômicas e diferentes. O “público” - a política, a cidadania, o

⁵ *Giácomo Marramaio* refere que a discriminação sexual entre mulheres e homens corresponde à divisão entre *oikos* e *agorà* e prossegue mencionando outras constitutivas do direito e da política como aquelas entre “gregos” e “bárbaros” e dentre os próprios gregos entre “autóctones” e “estrangeiros”.

⁶ Também foram importantes em termos de luta por direitos as intervenções de Etta Palm perante a Assembléia Nacional Francesa.

poder, as formas mais “prestigiadas” de sociabilidade e de cultura – se vinculava “naturalmente” - é dizer, por “natureza” - à identidade social masculina; ao passo que o “privado” - entendido como “doméstico” e não “civilizado” – correspondia à identidade social feminina (AGUADO, 2005, p. 3).

A primeira declaração de direitos humanos era e permaneceu por muito tempo qualquer coisa, menos verdadeiramente universal. Desde logo, então, havia pessoas mais iguais que outras e mais livres do que outras (CARVALHO Netto, 2001, p. 15-17). É verdade também que outras exclusões se fizeram presentes durante pelo menos o primeiro século do constitucionalismo, como as decorrentes da raça, da renda e da propriedade (AGUADO, 2005).

Como destaca *Ana Aguado* (2005, p. 5), a diferença entre a discriminação de gênero e o resto das exclusões na nova sociedade burguesa é que essas últimas poderiam ser eliminadas, “redimidas”, em razão de “méritos” individuais, o que era compatível com o ideário liberal de um modelo de sociedade meritocrática. A exclusão de todas as mulheres da esfera pública e da cidadania em função do seu gênero era compreendida, no entanto, como perpétua, não modificável e não contraditória, por derivar da natureza e das diferenças “essenciais” e “naturais” entre mulheres e homens. “Por natureza”, as mulheres não eram seres independentes, autônomos, e, sim, quase não “racionais”. Trata-se das conhecidas dicotomias entre razão e sentimento, cultura e natureza, civilização ou pré-civilização (primitivismo), associadas respectivamente à masculinidade e à feminilidade como categorias imanentes e a-históricas. Afinal de contas, não havia como se redimir de ser mulher (AGUADO, 2005, p. 8).

O espaço político-público no arvorecer do constitucionalismo liberal era ocupado exclusivamente pelos homens, brancos e proprietários e se converteu em a-histórica, “natural”, e portanto não suscetível a mudança, a diferença de gênero (AGUADO, 2005, p. 8).

Por isso, de Rousseau a Schopenhauer, os pensadores racionalistas em geral excluía a inserção política das mulheres. Entre o público e o privado, mais que uma separação, havia uma retroalimentação: a esfera pública masculina só poderia funcionar na medida em que apoiada e retroalimentada sobre uma esfera privada feminina (AGUADO, 2005, p. 12).

A Constituição Francesa de 1791 serviu de pedra de toque para se observar as limitações das transformações, auto-proclamadas revolucionárias, que estavam sendo produzidas, justamente porque distinguia cidadãos ativos e passivos e situava as mulheres no segundo bloco (AGUADO, 2005, p. 10).

Já a Constituição Francesa de 1793 estabeleceu o denominado “sufrá-

gio universal” como masculino, exclusivamente, e em outubro desse mesmo ano se ordenou a dissolução dos clubes políticos femininos – entre eles, o Clube das Amigas da Liberdade de Etta Palm e o Clube das Republicanas Revolucionárias de Claire Lacombe. Além da dissolução, restou proibido que mais de cinco mulheres se reunissem na via pública, por se considerar o comportamento subversivo e contra a ordem. Estabelecia-se, assim, de forma explícita, a exclusão das mulheres do âmbito da cidadania. Olympe de Gouges foi guilhotinada pelos jacobinos em novembro de 1793, acusada de “contrarrevolucionária”. Em nota da época (do *Moniteur Universal*) foi destacada sua postura subversiva ao defender direitos incompatíveis com sua condição sexual (AGUADO, 2005, p. 10).

Trilhando o mesmo caminho das primeiras constituições liberais, sobreveio a aprovação, em 1804, do Código Civil napoleônico, que foi copiado e serviu de modelo para inconstáveis códigos civis posteriores. Ainda conforme Ana Aguado (2005, p. 11), o código civil sancionava juridicamente, por um lado, a subordinação legal feminina dentro da família a partir da explícita consideração do matrimônio como um contrato desigual, reconhecendo a seguinte fórmula tradicional: a mulher deve obedecer ao marido e o marido proteger a esposa. Por outro lado, institucionalizou-se a função do marido como mediador e representante da mulher no público, com a significativa denominação de “cabeça de família”.

Não se via nenhuma contradição com o ideal igualitário as exclusões de gênero porque o pressuposto utilizado como ponto de partida era o de que o contrato social roussoniano somente se poderia realizar entre os que eram iguais, de tal maneira que os não iguais não estavam autorizados a nele entrar (AGUADO, 2005, p. 15). Há aqui evidente ausência de reflexão sobre a igualdade como direito à diferença. A diferença, ao contrário, era excludente da igualdade.

O discurso da inferioridade frente à universalidade ética, política e epistemológica não foi somente uma contradição do iluminismo, senão que um dos elementos constitutivos dos Estados liberais, baseados na exclusão das mulheres da lógica democrática e da meritocracia, aplicando-se, pelo contrário, a lógica estamental: igualdade para os homens e “status” adscritivo para as mulheres (AGUADO, 2005, p. 13).

O que se nota, quanto às mulheres, é a manutenção, ao menos em parte, de um comportamento paradigmático típico da Idade Média, na medida em que uma estrutura de dominação/servidão é definida e justificada pelo critério de nascimento, agora traduzida no discurso da diferença, a excluir a igualdade

“universal”, porque suportada em “fatos da natureza”. São características pré-modernas em sociedades modernas.

Todavia, a Caixa de Pandora do liberalismo (AGUADO, 2005, p. 5) esteve representada pela irreversibilidade de se declarar, desde logo, que todos eram iguais, mesmo que não o fossem verdadeiramente. A declaração propiciou a luta, que se travou nos dois séculos subseqüentes, e que permanece em andamento até os dias de hoje, para tornar este princípio radicalmente uma realidade.

Apenas com a inclusão das mulheres se pode falar em igualdade realmente universal. A igualdade e a liberdade pertencem à humanidade em seu conjunto e não apenas aos homens (AGUADO, 2005, p. 14).

A igualdade formal, como visto, se revelou como insuficiente para a consecução da igualdade real em todos os âmbitos entre uma metade da população e a outra (AGUADO, 2005, p. 18).

O princípio da igualdade, aliás, pode ser entendido como “motor das diversas transformações dos conteúdos dos direitos: a igualdade que se encarna em contextos histórico-culturais efetivos” (MARRAMAIO, 2007a, p. 6). Todavia, exatamente em virtude dessa encarnação, se tornará depois consciente uma outra polaridade, que, ao contrário do que o senso comum sugere, não contrasta com a igualdade, que é justamente o princípio da diferença (MARRAMAIO, 2007a, p. 6).

A despeito de às mulheres, na época ilustrada, não se reconhecer o direito ativo à participação na esfera pública, paradoxalmente compuseram com números expressivos a massa de trabalhadores empregada durante a Primeira Revolução Industrial. Talvez justamente em razão do não reconhecimento do direito à reivindicação e à resistência, puderam ser consideradas e tratadas, ao lado dos menores, como “meias-forças-dóceis”. *Alice Monteiro de Barros* sintetiza que “o emprego generalizado de mulheres e menores suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das ‘meias-forças dóceis’, não preparadas para reivindicar. Suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente” (2005, p. 59).

Paradoxalmente, se por um lado só há mais valia declarando-se, como ponto de partida, todos livres, iguais e proprietários, deste contexto explicitamente não faziam parte as mulheres, que todavia, suportaram, assim como os homens, a forma de exploração possibilitada pelo sistema de produção capitalista, para o qual o trabalho era uma mercadoria, cujo preço se fixava em razão do custo da produção (BARROS, 2005, p. 59).

Após a Primeira Guerra Mundial, época que simboliza a insuficiência

do modelo liberal para fazer frente à realidade, e sobretudo, à emergência de uma outra classe social, a classe operária, são estabelecidos os contornos do chamado constitucionalismo social, que redefine os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade, “materializando-os” (CARVALHO Netto, 2001, p. 16). Então, quando na suposta segunda geração “surtem” os direitos sociais, na verdade tudo muda, inclusive a liberdade e a igualdade são “sociais”.

Não apenas isso acontece, como também há outra percepção do papel dos direitos fundamentais e dos mecanismos que devem atuar em sua defesa.

Segundo a descrição de *Giácomo Marramao*:

A partir do século XX, os direitos entendidos como limites ao próprio legislador: tornam-se, em outras palavras, princípios constitucionais superiores, garantidos frente ao poder legislativo (e não apenas frente a um poder autoritário) por meio de órgãos apropriados para o controle de legitimidade das leis. Além disso, a partir da segunda metade do século XX, considera-se que o conteúdo dos direitos deva ser subtraído da competência dos Estados soberanos por meio do seu reconhecimento no plano internacional. Por essa via é introduzido o conceito de tutela internacional dos direitos individuais (...), além daquela dos direitos das minorias e dos povos (2007a, p. 4).

É certo, porém, que “a *materialização* do direito, por sua vez, também ocasionou as conseqüências secundárias e indesejadas de um *paternalismo socioestatal*” (HABERMAS, 2002, p. 302), cuja atuação desequilibrada resultará num Estado engrandecido e numa cidadania apequenada, porque formada de pessoas consideradas necessitadas e desqualificadas justamente pela referida carência material.

“A tônica do Estado Social é a idéia de **compensação** devida a uma grande camada de indivíduos diante da concentração de riqueza e poder em alguns setores da sociedade. E pertencerá ao Estado a tarefa de prover essas compensações”(ARAÚJO Pinto, 2003, , p. 23). A rede de proteção típica dessa nova dimensão do direito e da política será atributo do Estado e, tal como num movimento circular, as inclusões propiciadas gerarão novas demandas por compensação e assim sucessivamente (ARAÚJO Pinto, 2003, , p. 23).

Nunca é demais ressaltar que a demanda por democracia, no sentido de processo que possibilita a participação efetiva, estará no epicentro do Estado Democrático de Direito e no déficit deixado pelo anterior Estado do

Bem-Estar Social. Também por essa razão, pode-se dizer que a relevância internacional dos direitos humanos, que se tornou bastante visível após a Segunda Guerra Mundial, suportou-se na “relação estreita que vem a ser instituída entre direitos humanos e democracia” (MARRAMAIO, 2007a, p. 4).

“A crise de cidadania decorre da carência, gradativamente percebida, de participação efetiva do público nos processos de deliberação da sociedade política. A identificação do público com o estatal acabou por limitar a participação política ao voto” (ARAÚJO Pinto, 2003, p. 25).

Confrontando versão liberal e social, “as duas partes só discordam quanto a se poder garantir a autonomia privada diretamente mediante direitos de liberdade, ou a se dever assegurar o surgimento da autonomia privada mediante outorga de reivindicações de benefícios sociais. Em ambos os casos, todavia, perde-se de vista a coesão interna entre autonomia privada e pública” (HABERMAS, 2002, p. 303).

Relativamente às mulheres, no novo cenário, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo II, diferentemente daquela de 1789, proclama que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

Porém, a discussão que sobrevive ao tempo e se renova como pertinente confronta o pressuposto tradicional de “universalidade” aplicado à idéia de cidadania. A proposta séria de enfrentamento do assunto propõe uma aproximação mais histórica e pluralista baseada no reconhecimento da diversidade e da diferença (AGUADO, 2005, p. 17).

Na mesma esteira de *Ana Aguado*, *Giácomo Marramo* refere que “o apelo ao universalismo dos direitos humanos arrisca, de fato, a se transformar em uma retórica vazia se não se conjuga com o *pathos* analítico, que visa a determinar conceitualmente e a localizar operativamente as raízes efetivas da violência, do poder e da violação da dignidade da pessoa”(2007a, p. 7).

Por isso mesmo, o princípio da igualdade no trabalho, que possa fazer sentido para as mulheres, demanda refletir sobre os comportamentos e eventos concretos bloqueadores de sua realização, e sobremodo acerca do direito à participação no debate público sobre as inclusões/compensações e discriminações de que são destinatárias.

A proposta de ver o direito ao trabalho digno, para todos e todas, como direito humano fundamental, reclama o enfrentamento dos contextos global e local presentes que lhe conferem ou lhe retiram significado.

O destaque à perspectiva arqueológica, de resgatar os significados nos contextos em que construídos sobre o papel e o direito das mulheres, pretende se contrapor a visões jusnaturalistas e universalistas vazias, porque abstratas, sobre os direitos humanos.

A própria Declaração Universal foi tratada por alguns juristas como uma reminiscência jusnaturalista, como se fosse um direito superlegal em relação ao qual o direito positivo poderia representar uma “injustiça local”. *Giácomo Marra-mo* a esse respeito menciona Gustav Radbruch, para quem, como não dispomos de um critério para distinguir um ordenamento positivo de outro (um nacional-socialista de um liberal-democrata, por exemplo), então, o ideal é que se recorra aos direitos universais enquanto parâmetro superlegal (2007a, p. 6-7).

Tal postura homogeneizadora, que desconhece o contexto das diferenças e não considera a leitura dos fatos, das narrativas, das versões sobre os direitos não consegue fazer frente a pretensões abusivas sobre eles. Afinal, o que são democracia, liberdade, igualdade e dignidade?

Sobre a tensão entre liberdade e igualdade que também a discriminação de gênero carrega, é possível dizer que:

...a liberdade e a igualdade não podem entrar em conflito como duas virtudes políticas fundamentais, pois a igualdade só pode ser definida quando se presume a liberdade em vigor, e não pode ser aprimorada, nem no mundo real, por políticas que comprometam o valor da liberdade (DWORKIN, 2005, p. 249).

No campo do trabalho, afirmar uma liberdade contratual, que inclui liberdade de dispensa do empregado, sem compromisso com as cláusulas de não-discriminação, é desconhecer as implicações recíprocas entre liberdade e igualdade.

Note-se que no Brasil ainda prevalece a possibilidade de denúncia vazia dos contratos de trabalho, já que, exceção feita às práticas contratuais ilícitas (ou justas causas, equivalentes ao art. 482 da CLT), não há necessidade de motivação consistente na dispensa do empregado, desde que se lhe assegure a reparação econômica prevista em lei. A prevalência dessa visão privatística sobre o contrato possibilita que o empregador/contratante possa, nas escolhas que faz para a decisão de despedir, atuar com padrões preconceituosos, cuja desobrigação de transparência impede controle judicial eficiente.⁷

⁷ O Brasil ainda não incorporou ao ordenamento jurídico interno a Convenção nº 158 da OIT a qual, justamente no contexto do devido processo legal em âmbito contratual, vincula a validade da despedida do trabalhador à existência de motivo técnico, econômico, financeiro, estrutural, ou outro similar.

O trato insuficiente das esferas pública e privada tanto no âmbito liberal como no chamado Bem-Estar Social precisa ser considerado também no que diz respeito às mulheres. É necessária a construção de uma via alternativa e diferenciada para as demandas do presente, diversa, respectivamente, da exclusão naturalizada, pura e simplesmente, e do trato paternalista da inclusão intervencionista, e pouco emancipadora.

A revolução feminista, que se tornou expressiva sobretudo nos anos 70, contribuiu de forma importante para a percepção de que o público não equivale e não se confunde com o estatal, senão que representa a dimensão política que deve estar liberada do Estado. Graças às contribuições do feminismo e do pensamento da diferença, a consciência crítica ocidental iniciou “desconstruir pela raiz a lógica subjacente às demarcações simbólicas e topológicas do ‘político’. Um caso emblemático é representado pela fronteira entre as duas esferas do ‘público’ e do ‘privado’, fronteira que fundamenta as nomenclaturas da ordem hoje questionada”, inclusive quanto à temática da diferença dos sexos (MARRAMAIO, 2007a, p. 8).

Acerca da público e do privado na dimensão do Estado Democrático de Direito, *Menelick de Carvalho Netto* (2001, p. 18) revela que se trata de questão central,

“...até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissor”.

A filosofia feminista da diferença equivale à crítica à idéia metafísica de poder substancial e à identidade substancial. O indivíduo é constituído relacionadamente. A diferença é importante porque a diferença é igualdade.

A necessidade que se apresenta é de rearticular as esferas pública e privada, assumindo a cidadania como processo, como participação efetiva, longe da idéia de maioria homogeneizada, retomando “aquela noção de povo que não pode ser visto como consciência coletiva ou algo desse tipo, mas, a rigor, requer ser enfocado como fluxos comunicativos, como possibilidade de participação” (CARVALHO Netto, 2001, p. 18).

Prosseguindo com *Habermas*, e pensando nas mulheres:

Em lugar da controvérsia sobre ser melhor assegurar a autonomia das pessoas do direito por meio de liberdades subjetivas para haver concorrência entre indivíduos em particular, ou então mediante reivindicações de benefícios outorgadas a clientes da burocracia de um Estado de bem-estar social, surge agora uma *concepção jurídica procedimentalista*, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos (2002, p. 305).

A reflexão que permanece em andamento é quanto às demandas específicas das mulheres, tendo a igualdade como ponto de chegada, e não como algo que se pressupõe “realmente” existente. Elas mesmas, aliás, precisam estar e se considerar aptas a discutir na esfera pública tais demandas. O direito, afinal, tem relação com o cotidiano, com a prática das pessoas, e expressa a dinâmica social.

Evidentemente que não se despreza a densificação formal-jurídica da liberdade e da igualdade, mas se questiona a excessiva crença no potencial da norma abstrata como protagonista única da cena do direito. Ao invés disso, “os processos judiciais nos quais se discutiu a igual proteção mostram a importância de que se reveste a igualdade formal quando se compreende que ela exige integridade, bem como uma coerência lógica elementar, quando requer fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa” (DWORKIN, 1999, p. 225 – sem grifos no original). O respeito ao procedimento e o oferecimento da melhor resposta para o evento concreto (singular) são elementos constitutivos da função que o direito desempenha. O problema da integridade, afinal, está na questão da aplicação, que precisa ser vivencial. Justamente por isso, a aplicação das regras legais reclama considerar o princípio da igualdade no trabalho que para as mulheres represente o respeito à diferença, a igualdade de oportunidades, a igualdade remuneratória, tudo no contexto do que se pode considerar, inclusive a partir da construção interna-

cional, como trabalho decente.

Os compromissos dialogados internacionalmente são apenas isso se não adquirirem a capacidade de se conectar com os compromissos assumidos internamente, densificados localmente, com o propósito não em si, mas de construir, de forma permanente, o significado dos direitos fundamentais, que justamente possibilitam ver o direito como integridade.

Uma comunidade política pode ser mais fortemente formada e mantida, menos pelo convencionalismo de suas regras, e mais pelo compartilhamento de princípios comuns, os quais, só podem tê-los, num sistema em que todos os membros são igualmente dignos.⁸

Para *Menelick de Carvalho Netto* e *Paulo Henrique Blair de Oliveira*:

As reivindicações nas ruas por liberdade e por igualdade levantam publicamente a pretensão constitucional de que as diferenças específicas do grupo que as conduz sejam reconhecidas, daquele momento em diante, como igualdade, e exigem o respeito público à sua liberdade de serem diferentes. Os debates sobre diferenças de gênero, de cor, de orientação sexual, de arcaísmos culturais, de práticas religiosas ou mesmo anti-religiosas revelam a todos a inconstitucionalidade concreta de toda forma de discriminação. De outra parte, para a efetiva igualdade no respeito às diferenças, é necessário assegurar-se a esfera de liberdade para o exercício dessas diferenças. Tal esfera não requer (nem pode exigir) que tenhamos simpatia ou afeto por valores diversos dos nossos. Mas, a Constituição impõe, sim, o respeito à liberdade, o respeito às diferenças reconhecidas como igualdade (2008, p. 7).

3. Trabalho Decente, Mulheres e Mercado de Trabalho

Sob o influxo dessas considerações críticas, é possível voltar o olhar sobre a dignidade da pessoa trabalhadora, no contexto do trabalho decente, como proposta que articula, de forma fundamental, o princípio da igualdade.

De fato, a igualdade de gênero ocupa papel relevante no Programa de

⁸ As referências a um sistema de castas para o qual alguns membros são intrinsecamente menos dignos que outros e ao modelo do princípio para a comunidade política encontram-se em Dworkin (*Império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 243 e 254).

Trabalho Decente da OIT.

A essa altura é importante considerar que o princípio, internacional e constitucional, da igualdade na perspectiva de gênero apenas adquire sentido na exata medida da sua capacidade de se conectar com a realidade concreta enfrentada pelas mulheres no mercado de trabalho. Análises “a priori” ou abstratas pouco contribuem para a elucidação desse princípio. Por isso, o mapeamento fornecido pela OIT pode ser um interessante ponto de partida para a investigação que se pretende.

Estudos e relatórios da OIT, concentrados em diagnosticar, nas diversas partes do mundo, a intensidade e a extensão da persistência da desigualdade no trabalho, representam um olhar externo que pode contribuir para a reflexão brasileira acerca dos avanços, ainda não satisfatoriamente realizados, na questão de gênero.⁹

Elementos interessantes, inclusive sobre a América Latina e o Brasil, podem ser extraídos do texto “Igualdade no trabalho: enfrentar os desafios”, produzido pelo diretor-geral - resultado do Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho. A apresentação dos estudos ocorreu na 96ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho de 2007, em Genebra na Suíça.¹⁰

Assumida a interlocução necessária entre princípio normativo e demandas concretas, tal como a OIT, considera-se como pré-requisito fundamental para tratar eficazmente a discriminação no emprego e na profissão, com base no sexo, a compreensão do seu significado e da sua evolução ao longo do tempo (2007, p. 18). Nessa linha, o referido relatório aborda a desigualdade entre homens e mulheres em face de um conjunto de variáveis do mercado de trabalho.

Como primeira constatação, suportada em dados colhidos entre 1995 e 2004, surge a confirmação de que continua a aumentar a participação das mulheres no mercado de trabalho. A tendência ascendente aparece em quase todas as regiões do mundo, com aumento mais forte na América Latina e Caribe. “A percentagem de mulheres aumentou, quer no trabalho remunerado não agrícola, quer no trabalho remunerado total, em todas as regiões, em cerca de

⁹ Consta na Convenção de Genebra de 1998 o seguinte, acerca do Relatório Global: “objetivo deste relatório é fornecer uma imagem global e dinâmica de cada uma das categorias de princípios e direitos fundamentais observada no período quadrienal anterior, servir de base para a avaliação da eficácia da assistência prestada pela Organização e estabelecer as prioridades para o período seguinte na forma de programas de ação para cooperação técnica destinados a mobilizar os recursos internos e externos necessários a respeito”. Além disso, “o relatório tratará, a cada ano, uma das quatro categorias de princípios e direitos fundamentais”.

¹⁰ Disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf, acesso em 12.01.2009.

2 pontos percentuais” (OIT, 2007, p. 20).

A despeito desse dado positivo, ainda persiste considerável o número de mulheres que trabalham sem remuneração.

No trabalho informal os estudos revelam que, embora genericamente as proporções de homens e mulheres “autoempregados” sejam iguais, as mulheres estão concentradas nos trabalhos de qualidade inferior (OIT, 2007, p. 20-21).

Outra “face” da informalidade no caso das mulheres é o trabalho doméstico. Mesmo com a ausência de dados globais mais precisos, os elementos coletados mostram que esta forma de emprego absorve muitas mulheres, em número crescente, como resultado, em parte, do crescimento da migração delas em busca de emprego (OIT, 2007, p. 21).

Ainda sobre o trabalho doméstico, atribuído culturalmente às mulheres, é fator que contribui para o fenômeno da feminização da pobreza, que tem crescido na América Latina e no Caribe. “De acordo com as pesquisas, muitas meninas têm que assumir as tarefas domésticas desde cedo e abandonar a escola para procurar trabalho ou cuidar dos irmãos menores” (CARVALHO, 2005, p. 3).

Então, a taxa crescente de ativação das mulheres no mundo do trabalho não significa necessariamente o acesso a ocupações decentes, em razão dos índices de trabalho sem remuneração, da informalidade em atividades com qualidade inferior à dos homens e à ocupação com o trabalho doméstico, tradicionalmente considerado como feminino.

Já a essa altura é possível questionar que tipo de narrativa pode ser coerente, ou qual a “retórica com provas” é capaz de sustentar que, por essa razão de nascimento, pessoas, no caso as mulheres, ganhem menos e possam menos do que os homens no mundo do trabalho?¹¹

Outra constatação importante é a de que há atualmente mais mulheres em trabalhos de elevado nível.

A proporção elevada de mulheres empregadas em funções legislativas, de direção ou de administração (“LSOM – legislative, senior official or managerial”) é indicador importante de que estão disponíveis ocupações de

¹¹ *Giácomo Marramao* menciona nesse ponto *Carlo Ginzburg* quando propõe que abandonemos os dois extremos, isto é, tanto o universalismo etnocêntrico como o relativismo que torna a incomensurabilidade de uma cultura sinônimo de incomparabilidade. A passagem possui a seguinte redação: “na inevitável mistura de razões e experiências, argumentação e narração, que marca as relações entre os diversos grupos humanos no mundo ‘globalizado’, uma esfera pública democrática pode de fato admitir a retórica. Mas, como oportunamente sublinhou Carlo Ginzburg, à condição de que se trate de **retórica com provas**, não de retórica sem provas” (MARRAMAIO, 2007b, p. 16).

boa qualidade. Todavia, as mulheres continuam a representar, no mundo inteiro, uma minoria clara nessas posições (28%).

É certo, porém, que houve progressos consideráveis nos anos mais recentes, uma vez que a percentagem de mulheres nas posições de nível elevado aumentou em todas as regiões. De acordo com a OIT, “embora este indicador tenha conhecido o maior crescimento no sul Asiático (onde quase duplicou em nove anos), esta região continua a ser aquela em que menos mulheres ocupam funções legislativas, de direcção ou de gestão” (2007, p. 21).

Ainda segundo as constatações da OIT, o estado de desenvolvimento económico de um país não atua como fator determinante na definição da percentagem de mulheres com funções consideradas de nível elevado. Outros fatores se evidenciam mais decisivos como a legislação e as políticas anti-discriminação, os sistemas de classificação e codificação de profissões e a quota de mulheres no trabalho remunerado não agrícola (2007, p. 22).

Nesse ponto, merecem reflexão crítica as defesas promovidas pelos adeptos de uma visão liberal ou neoliberal de que o livre mercado deva se desenvolver desembaraçado de normas de protecção social. O resultado do desenvolvimento económico não é necessariamente o de desenvolvimento para todos. Como visto, no aspecto que interessa a este estudo, não há relação direta entre desempenho económico e superação da desigualdade de género. Aliás, tais discursos destoam da equiprimordialidade entre livre iniciativa e valorização social do trabalho presente na fórmula constitucional adotada pelo Brasil (arts. 1º, IV, e 170).

De outro norte, mesmo o processo irretratável, visível e justo de melhor instrução das mulheres não tem sido suficiente para superar a desigualdade salarial, cuja prática contraria o princípio da igualdade no trabalho.

Segundo a OIT:

O estudo *Time for equality at work* mostrou que as desigualdades significativas entre homens e mulheres em matéria de pagamentos estavam entre os aspectos mais salientes dos mercados de trabalho em todo o mundo. Ainda que a diferença de remuneração em função do sexo se tenha esbatido em alguns locais e estagnado noutros, as mulheres continuam a trabalhar, em média, com rendimentos inferiores aos obtidos pelos homens. Esta tendência continua, apesar dos assinaláveis avanços das mulheres em matéria de escolaridade relativamente aos homens (...). Em 2003, com as notáveis excepções do Sul da Ásia e da

África subsaariana, as taxas brutas de inscrição das mulheres no ensino superior foram consideravelmente mais elevadas do que as dos homens, enfraquecendo assim a relevância das diferenças de “produtividade” entre homens e mulheres enquanto causa explicativa importante da permanência da desigualdade de género” (2007, p. 22).

Mesmo na União Europeia continua elevada (15%) a taxa de diferença dos salários médios brutos por hora, entre homens e mulheres, em todos os estabelecimentos, e, segundo a Comissão Europeia, a diferença dos níveis salariais entre homens e mulheres resulta do “desrespeito pela legislação sobre igualdade salarial e de um conjunto de desigualdades estruturais como a segregação do mercado de trabalho, diferenças de critérios laborais, acesso ao ensino e à formação, avaliação diferenciada e sistemas e estereótipos salariais”, além da ausência, em alguns países, de medidas de conciliação entre trabalho/família favoráveis à igualdade de género (OIT, 2007, p. 25).

Diversos fatores objetivos podem concorrer para o desnível salarial, como a educação (formação profissional), os anos de experiência e as horas despendidas em trabalho remunerado, porém, estudos realizados em economias industrializadas nos anos mais recentes confirmam que a discriminação é fator importante a ser considerado como impeditivo da igualdade. Há variação conforme o país e a metodologia utilizada, mas a discriminação aparece, em qualquer circunstância, como responsável por uma parte importante da diferença salarial (OIT, 2007, p. 25).

Interessante que, ainda nos termos dos estudos realizados pela OIT, mesmo quando as mulheres com responsabilidades familiares conseguem progredir no mercado de trabalho e passam a ocupar cargos importantes, as suas remunerações permanecem inferiores às dos seus homólogos do sexo masculino (OIT, 2007, p. 80), pelo que é persistente a discriminação em termos remuneratórios, ainda que eliminados impedimentos objetivos.

Cotejando a primeira constatação, de maior participação das mulheres no mercado de trabalho, com a segunda, relativa à presença das mulheres em ocupações de elevado nível, esta última, desde 1995, revelou progresso mais lento do que a primeira. Por isso, de acordo com a OIT, “esta situação sugere a necessidade de desenvolver esforços contínuos para promover a igualdade de oportunidades para as mulheres no emprego, combater a discriminação quanto à remuneração directa e indirecta entre os sexos, quanto à respectiva remuneração, e permitindo-lhes conjugar o trabalho remunerado e as respon-

sabilidades familiares” (2007, p. 26).

Então, há, na maior parte das regiões do mundo, aumento nas oportunidades de trabalho remunerado oferecidas às mulheres; da mesma forma, mais mulheres exercem, a cada dia, profissões tradicionalmente reservadas aos homens; outrossim, foram constatados avanços consideráveis no nível de formação acadêmica das mulheres. Paradoxalmente, porém, as mulheres continuam a ganhar, em média, menos que os homens, isso em todos os países.

Como a desigualdade salarial entre homens e mulheres tem, entre suas várias causas, como importante fator o da discriminação em função do sexo, nota-se a necessidade de reafirmar e assegurar a igualdade de remuneração por trabalho de igual valor, que traduz o princípio fundamental consagrado na Convenção nº 100 da OIT (Convenção sobre Igualdade de Remuneração de 1951, ratificada pelo Brasil em 1957).

Não há um acordo semântico prévio sobre o significado da expressão “igual valor”. Mas sua articulação precisa levar em consideração o princípio, e sua força vinculante, da igualdade no trabalho, pensando justamente na proposta dworkiana de integridade do direito.

A igualdade, aliás, não pode ser apenas da remuneração base ou normal mas também considerar componentes variáveis. Este é o texto do art. 1º, letra **a**, da Convenção nº 100 da OIT: “o termo ‘remuneração’ inclui vencimento ou salário, normal, básico ou mínimo, e quaisquer emolumentos pagos direta ou indiretamente, seja em dinheiro ou em espécie, pelo empregador ao trabalhador, em decorrência do emprego do trabalhador”.

O art. 461 da CLT, cuja redação foi conferida pela Lei nº 1723/52, é importante instrumento a serviço do princípio da igualdade de remuneração por trabalho de igual valor, e deve receber renovadas significações em razão da dimensão constitucional democrática de direito que vem sendo construída desde 1988.

O art. 1º, letra **b**, da Convenção nº 100 da OIT estabelece que “o termo ‘igual remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor’ refere-se a taxas de remuneração estabelecidas sem discriminação baseada no sexo”.

A Convenção nº 100 é um dos instrumentos mais ratificados da OIT, o que contrasta com o comportamento discriminatório, mais ou menos intenso, presente nos diversos países do mundo.

Retorna à cena a desenvoltura do pensamento de *Marramao*, no sentido de que o global está vinculado ao local; a relação é inter-facial.

O universalismo da igualdade atua menos como uma promessa natura-

lizada, que justamente por isso poderia nada realizar, e mais como instrumento para combater, de forma presente, os esquemas de dominação e violência que tornam distante a idéia de dignidade humana. É preciso “...entender a dimensão do universalismo jurídico não como um modelo estático e pré-constituído, mas como um fazer-se histórico dinâmico” (MARRAMAIO, 2007a, p. 7). Trata-se de dizer “nunca mais” à estrutura social constituída com base na valorização apenas do masculino e com resistência à participação igual das mulheres na esfera pública e no mundo do trabalho. *Marramaio* instiga a “...colher na Declaração Universal de 1948 uma aquisição evolutiva a ser ancorada não tanto no plano meta-histórico do Direito natural, mas, ao contrário, na cláusula histórica do ‘nunca mais’. (MARRAMAIO, 2007a, p. 7).¹²

O retrocesso é uma tendência, por isso a luta pelos direitos é permanente. Os discursos apaziguadores, que mal disfarçam o incômodo em debater as exclusões que praticamos, no sentido de que conquistas já foram realizadas pelas mulheres e que tudo virá aos poucos, revelam a crença, que deve ser duramente problematizada, num progresso linear e ascendente da humanidade. Conforme *Marramaio*,

A trágica experiência do século XX nos ensinou duramente que o tempo da história não é, na verdade, nem linear, nem cíclico: o tempo histórico é um tempo feito de estratos, um tempo arqueológico, no qual não podemos nunca dizer “nunca” - e no qual o “nunca mais” não pode nunca ser dito uma vez por todas, mas é repetido, de quando em quando, com renovada vigilância em relação aos sintomas do horror (2007a, p. 8).

Nesse sentido, o Estado Nacional atua como **médium** entre o global e o local, justamente porque é demasiado pequeno para os grandes desafios globais e demasiado grande para as microfísicas locais.

Realmente,

“embora a acção do Estado e das organizações de trabalhadores e de empregadores seja fundamental para a criação de locais de trabalho mais inclusivos, as instâncias internacionais desempe-

¹² Quando *Giácomo Marramaio* usa a expressão “nunca mais” a explica como referência óbvia “...a Auschwitz, ao horror de Shoah: divisor de águas do século trágico que está às nossas costas” (Ob. cit., p. 7). A expressão, porém, pode ser utilizada para designar o importante papel da universalidade dos direitos humanos, não como proclamações abstratas e naturalizadas, mas antes enquanto compromisso concreto e dinâmico com o presente, que por sua vez não deixa de direccionar um olhar para o passado.

nham um papel igualmente importante. Não obstante a discriminação ser muito anterior à globalização, esta transformou o seu âmbito e as suas características. Por este motivo, as medidas correctivas não se podem limitar a intervenções nacionais, devendo igualmente visar contextos internacionais e globais de uma forma que garanta o reforço mútuo” (OIT, 2007, p. 89).

Prosseguindo no tema da desigualdade salarial, quanto ao que reconhece a Comissão Europeia, desponta como um dos elementos salutaros a ausência de políticas que viabilizem a conciliação entre responsabilidades familiares e trabalho remunerado. De fato, tanto para as mulheres como para alguns homens, especialmente no caso de profissões pouco qualificadas, a conciliação entre a maternidade (ou paternidade) e trabalho remunerado continua a ser um desafio diário. Importante notar que o conflito entre as exigências profissionais e as responsabilidades familiares podem constituir desvantagem no mercado de trabalho especialmente no caso das mulheres, justamente em razão da forma como a sociedade se encontra organizada e da distribuição das tarefas familiares, em geral predominantemente entregues às mulheres (OIT, 2007, p. 80).

O conflito entre a família e o trabalho condiciona as opções das mulheres em relação à sua decisão de ingressar no mercado de trabalho, e mesmo quanto ao tipo de emprego e carga horária exigida. Tal situação, por sua vez, afeta não só a antiguidade e a experiência profissional das mulheres, como também as suas perspectivas de formação e de carreira, o que contribui para a manutenção de baixos níveis de remuneração (OIT, 2007, p. 80). De forma mais explícita, segundo a OIT, “os horários de trabalho longos afectam sobretudo as mulheres, dado que ainda são elas que assumem normalmente a prestação de cuidados à família, reduzindo, assim, as suas opções quanto à decisão de ingressar no mercado de trabalho, e quanto aos tipos de emprego a que se podem candidatar” (2007, p. 84). A divisão sexual de tarefas familiares é, portanto, fator importante a ser considerado no contexto da desigualdade de gênero, e que revela necessário que as mulheres possam sentir e exercer a liberdade também no plano doméstico.

Por um lado é importante enfrentar e discutir os diversos fatores que contribuem para a realidade presente do “não-ainda” da igualdade no trabalho no aspecto de gênero, mas por outro é essencial também refletir sobre os espaços de atuação que precisam ser cobertos em direção à promoção efetiva do trabalho decente.

Algumas medidas, destinadas a apoiar os trabalhadores e as traba-

lhadoras com responsabilidades familiares foram identificadas no Relatório Global da OIT, como **a)** reconhecer o papel dos homens na prestação de cuidados familiares, prevendo licença por paternidade e atribuindo uma licença parental não transferível a homens e mulheres após a licença por maternidade; **b)** tornar o trabalho “normal” mais compatível com a vida familiar com regimes flexíveis em matéria de horário de trabalho, períodos de descanso e férias e previsão de uma licença anual e licenças de curta duração para situações de emergência; **c)** boas condições de trabalho a tempo parcial, horários flexíveis, bancos de tempo, teletrabalho, redução das horas de trabalho diário e das horas extraordinárias; **d)** tornar as responsabilidades familiares mais compatíveis com a vida profissional, disponibilizando serviços de apoio à infância acessíveis e de boa qualidade para crianças pequenas e em idade pré-escolar; **e)** promover uma distribuição mais equitativa das responsabilidades familiares entre homens e mulheres (OIT, 2007, p. 85).

Acerca da desigual distribuição sexual das tarefas familiares, não é excessivo destacar que a questão de gênero evoca menos uma perspectiva de minoria – porque as mulheres não são minoria, mas senão que metade da população – mas uma razão de sexo, a fim de superar a configuração dicotômica do público-masculino visível e do privado-feminino invisível.

A própria OIT reconhece que a igualdade de remuneração não significa que os homens e as mulheres devam ganhar o mesmo, nem implica alterar o trabalho que as mulheres fazem; a igualdade de remuneração visa a corrigir o fenômeno da subvalorização das profissões tipicamente exercidas por mulheres e remunerá-las de acordo com o seu valor. A subvalorização, aliás, não é necessariamente um reflexo de fatores de mercado ou de requisitos profissionais, mas, sim, pode traduzir o desempenho não satisfatório de negociações coletivas no trato de demandas específicas das mulheres, além de idéias preconcebidas sobre a inferioridade da competência feminina e o tradicional desprezo pelas profissões ditas “femininas” (OIT, 2007, p. 80).

A questão que se apresenta não é simplesmente de deslocar as mulheres para funções antes tipicamente ocupadas pelos homens para que possam receber remunerações mais elevadas, mas de combater estereótipos de gênero no mundo do trabalho, inclusive quanto à valorização que as ocupações em geral recebem. Aquelas antes tipicamente femininas, e cujos serviços eram prestados gratuitamente, tendem a permanecer subvalorizadas. Por isso mesmo é pertinente e oportuna a referência de *Ronald Dworkin* à igualdade como direito a ser tratado com igual respeito e consideração (2005, p. 249-251). O universalismo da diferença ou o direito à diferença não contrasta com a igual-

dade, senão que a enriquece e complica (MARRAMO, 2007a, p. 6).

Conforme vem tentando demonstrar, desde 2001, a *Public Services International* (PSI – Federação Mundial dos Sindicatos do Setor Público), a igualdade remuneratória não apenas é um direito das mulheres como também sua realização contribui para a prossecução de diversos outros objetivos, como a redução da pobreza, a inclusão social e a melhoria da qualidade dos serviços públicos (OIT, 2007, p. 83).

A igualdade não é aspecto importante apenas para aqueles que podem se beneficiar da sua efetiva consideração, mas senão que é a marca legítima da atuação política. Há inegável relação entre direitos humanos e democracia. Na expressão lapidar de *Ronald Dworkin*, “nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política ...” (2005, introdução, p. IX).

Voltando ao texto da Constituição do Brasil, o art. 11 prevê que “nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. Essa forma de representação interna, que bem poderia ser ampliada para uma comissão que funcionasse nas empresas, tem potencial para servir de instrumento aos estudos concretos sobre avaliação dos postos de trabalho sem enviesamento de gênero. O local de trabalho é um ambiente estratégico para combater a discriminação no emprego e criar uma força de trabalho mais diversificada e equitativa.

A ferramenta dos métodos de avaliação dos postos de trabalho é assim exemplificada no Relatório Global da OIT:

“No Quebec, Canadá, por exemplo, todas as empresas com 100 ou mais trabalhadores são obrigadas a criar uma comissão para a igualdade de remuneração, sendo que dois terços dos seus membros devem ser representantes dos trabalhadores, que poderão ser ou não membros de sindicatos, e 50 por cento destes devem ser mulheres. A transparência sobre os salários ou as componentes variáveis da remuneração é igualmente importante para que os trabalhadores considerem os resultados justos e conformes à lei” (2007, p. 82).

Não há no Brasil dispositivo legal que obrigue à instituição de comis-

são para a igualdade de remuneração, mas a representação dos trabalhadores no âmbito das empresas com mais de duzentos empregados, poderia, de forma autônoma, adquirir feição mais relevante ao assumir o trato com os princípios fundamentais.

Aliás, no que se refere à representação dos trabalhadores realizada pelos sindicatos, as informações disponíveis são indicativas da tendência contínua de aumento na sindicalização das mulheres em alguns países e setores específicos, portanto, há aumento da representação de grupo tradicionalmente sub-representado entre os membros e os dirigentes dos sindicatos. Essa constatação é importante quanto ao aspecto compromissário dos sindicatos, que devem necessariamente passar a “...abordar as questões que afectam especificamente as mulheres trabalhadoras, tais como os estereótipos de género nas estruturas salariais e nos sistemas de fixação de salários ou a desigualdade no tratamento dos trabalhadores ocasionais e a tempo parcial, constituídos na sua maioria por mulheres” (OIT, 2007, p. 95-96).

Também nesse aspecto é pertinente fazer uso do conceito de Dworkin, mas desta vez sobre a reciprocidade, presente no caso das obrigações associativas, e que deve ser abstrata, no sentido de “aceitar um tipo de responsabilidade que, para ser explicada, precisa das idéias do outro sobre integridade e interpretação” (1999, p. 241). Seguindo com *Dworkin*, é preciso que as práticas coletivas ou do grupo revelem *igual* interesse pelas demandas de todos os membros (DWORKIN, 1999, p. 243). Evidentemente que aqui o raciocínio abre um espaço imenso para discutir a articulação necessária entre dois princípios internacionais fundamentais: a igualdade no trabalho e a liberdade sindical. Trata-se da reflexão sobre o modelo do sindicalismo brasileiro, centrado na unidade em torno da base territorial (art. 8º, II), e da sua adequação ou não ao princípio democrático, de crucial importância para a construção de um caminho de representatividade que possa estar distante do modelo corporativo que domina o cenário constitucional brasileiro desde a década de 30. Mas esse não é o objeto de investigação desse trabalho, embora seja salutar o destaque ao não isolamento dos princípios; há necessária interdependência entre eles.

A despeito da discussão que permanece em aberto sobre a representatividade dos sindicatos no Brasil, a sindicalização das mulheres e sua maior ativação no mercado de trabalho, instigam a que elas passem a ser co-autoras das normas autônomas que abarquem as demandas específicas de gênero, incluindo a questão da discriminação salarial e a subvalorização de certos postos de trabalho.

As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviço dessa convicção que se põe a idéia de que as pessoas do direito só podem ser autônomas à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, justamente deles (HABERMAS, 2002, p. 298).

De outra parte, embora seja possível e importante incorporar as questões relativas à igualdade de remuneração em convenções coletivas de trabalho, ainda não se dispensa, só por isso, a intervenção heterônoma estatal. É que sendo versada exclusivamente em âmbito coletivo, é possível e previsível que o tema se veja subordinado a estereótipos de gênero. A atuação sincrônica entre autonomia e heteronomia, como traço característico do Direito do Trabalho, também aqui pode fazer diferença no tratamento endereçado ao princípio fundamental da igualdade no trabalho.

Os atores que participam do mundo do trabalho (trabalhadores, empregadores e governos, simbolizados na estrutura tripartite da OIT) devem se posicionar como co-responsáveis pela realização eficiente dos princípios fundamentais, o que inclui, portanto, as próprias mulheres. É imprescindível, para a realização dos princípios fundamentais internacionais da órbita do trabalho, o comprometimento, nas respectivas esferas de competência, dos procedimentos constituídos no âmbito dos países membros. A incoerência na articulação dos diversos atores do cenário trabalhista em torno do princípio da igualdade agride a idéia de integridade no Direito.

A postura pró-ativa, no caso dos governos, remete ao importante papel que pode ser desenvolvido pelo Poder Judiciário, ao que a OIT denomina em seu relatório de “reforço das competências de juízes e dos juristas para tratar de casos de discriminação” (2007, p. 111). “Embora os tribunais estejam obrigados a aplicar as leis e regulamentos nacionais, podem atender aos princípios, conceitos e definições dos instrumentos da OIT aplicáveis para orientar a sua interpretação e aplicação da legislação nacional” (OIT, 2007, p. 111).

Destacando Dworkin, “...o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca” (1999, p. 19), o que deve reforçar a responsabilidade com o conteúdo concreto e diferenciado do universal quando se trata de direitos humanos.

O Direito é fruto de uma prática interpretativa e, em relação aos juízes, o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o

mesmo material que eles mesmos afirmam já terem interpretado com sucesso (DWORKIN, 1999, p. 273). Afinal, eis a vocação que precisa ser reafirmada pelos tribunais: a capacidade de ver as inconstitucionalidades onde elas realmente ocorrem, ou seja, na dinâmica imprevisível da vida traduzida nos casos concretos. Trata-se de importante possibilidade aberta para a busca de densificação local de propostas globais quanto aos direitos humanos.

O olhar permanente sobre a condição e o posicionamento das mulheres no mercado de trabalho, de forma concreta e real, é condição para a aplicação adequada do instrumental disponível à atuação vinculante do princípio da igualdade.

O direito a igual respeito e consideração reflete-se no direito da mulher ao emprego em igualdade de condições, à ascensão profissional e à maternidade assistida.

4. Algumas Reflexões Conclusivas e a Referência a um Caso Judicial

As atribuições culturais fixas sobre o papel e o lugar que podem ser ocupados pelas mulheres contrariam o “pressuposto da inalienável e inapropriável diferença singular de qualquer um ou qualquer uma” (MARRAMAIO, 2007b, p. 13).

O olhar sobre o passado, refletindo sobre o presente do não-ainda da emancipação feminina plena, inclusive no plano social, desafia a construir o projeto de outro futuro: o futuro de homens e mulheres livres, emancipados, respeitados e protegidos da violência.

Pensando sobre a forma como o constitucionalismo densifica os direitos humanos, o conceito de integridade de *Dworkin* e a sua tese da “única resposta correta” permitem concluir que o sentido da igualdade de gênero não se estabelece de forma abstrata, mas sim em cada caso concreto e específico. É justamente nos diversos reclames, e principalmente nas causas trazidas ao Judiciário e/ou articuladas no campo dos debates na sociedade sobre os efeitos concretos da implementação de políticas públicas, que se torna visível cada exclusão que ainda persiste. E, é claro, que a cada exclusão abordada e sanada, outra a seguir se torna então perceptível. Justamente nestes eventos é que o que é abstrato se torna concreto; o que é geral transforma-se em específico. O trato com as demandas reais do mundo da vida, porém, reivindica que não se perca de vista a exigência de manter-se, simultaneamente, os vínculos com a generalidade e a abstração das leis (requisito republicano de igualdade).

Tanto em *Dworkin* (especialmente nas concepções sobre integridade) quanto em *Marramo* (com o seu “glocal”) estão presentes as preocupações com a versão coerente apresentada sobre os fatos e com a análise crítica sobre as narrativas produzidas pelo direito.

Pensando nessa proposta de produção de um constitucionalismo adequado à demanda por direitos humanos, neste trabalho, ao invés, como normalmente ocorre na conclusão, do retorno, agora mais condensado, às idéias que o permearam o tempo inteiro, opta-se por arriscar articulá-las em torno de um aspecto concreto da legislação trabalhista brasileira.

No Capítulo III da CLT, que versa sobre a Proteção do Trabalho da Mulher, encontra-se o art. 384, que prevê, em caso de prorrogação do horário normal, a obrigatoriedade na concessão de descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

O plenário do Tribunal Superior do Trabalho, julgando incidente de inconstitucionalidade, em 17 de novembro de 2008, em votação apertada (14 votos a 12), entendeu “que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres contido no artigo 5º da Constituição Federal”. Os Ministros Aloysio Corrêa da Veiga e Caputo Bastos, que se posicionaram ao lado da corrente que compreendia o benefício como discriminatório, além de prejudicial à inserção da mulher no mercado de trabalho, registraram que apresentariam suas razões em votos para serem anexados ao processo.

Os próprios argumentos centrais que foram divulgados pelo Tribunal através da mídia eletrônica possibilitam reflexões, ainda que iniciais, sobre os padrões jurídicos presentes nos argumentos utilizados.

Tornou-se público o seguinte:

O relator do incidente, ministro Ives Gandra Martins Filho, destacou que “a igualdade jurídica entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos”, e que “não escapa ao senso comum a patente diferença de compleição física de homens e mulheres”. O artigo 384 da CLT se insere no capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher e, ressalta o relator, “possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade”.

Em sua linha de argumentação, o ministro Ives Gandra Filho observou que o maior desgaste natural da mulher trabalhado-

ra, em comparação com o homem, em função das diferenças de compleição física, não foi desconsiderado na Constituição Federal, que garantiu diferentes limites de idade para a aposentadoria – 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher. “A diferenciação é tão patente que, em matéria de concursos para policial militar, a admissão da mulher é feita em percentual mais reduzido (20% das vagas) e com exigências menores nos testes físicos”, afirmou. “Se não houvesse essa diferenciação natural, seria inconstitucional a redução dos requisitos e das vagas”, ponderou. “Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora estão sujeitas à dupla jornada de trabalho. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal na atualidade, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher.” (IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5).

O conteúdo supradestacado torna oportuno voltar a *Habermas*, que destaca as consequências ambivalentes dos programas socioestatais destinados às mulheres, exemplificando com o maior risco de desemprego, ocasionado pelas compensações legais, a presença excessiva de mulheres nas faixas salariais mais baixas e a crescente feminização da pobreza. A propósito, desenvolve o raciocínio que evidencia o equilíbrio difícil, mas que deve ser perseguido, entre autonomia privada e pública:

Sob uma visão jurídica, há uma razão para essa discriminação criada reflexivamente nas classificações amplamente generalizadoras aplicadas a situações desfavorecedoras e grupos de pessoas desfavorecidas. Pois essas classificações “errôneas” levam a intervenções “normalizadoras” na maneira de conduzir a vida, as quais permitem que a almejada compensação de danos acabe se convertendo em nova discriminação, ou seja, garantia de liberdade converte-se em privação de liberdade. Nos campos jurídicos concernentes ao feminismo, o paternalismo socioestatal assume um sentido literal: o legislativo e a jurisdição orientam-se segundo modelos de interpretação tradicionais e contribuem com o fortalecimento dos estereótipos de identidade de gênero já vigentes (2002, p. 304).

Ora, as mulheres não precisam de privilégios na sua atuação no mercado de trabalho, os quais, aliás, são fatores que contribuem para o insistente quadro de tratamento desigual.

O raciocínio jurídico importante contido na vertente que prevaleceu no julgamento do incidente de inconstitucionalidade diz respeito ao reconhecimento de que a norma trabalhista em evidência ambienta proteção relacionada à medicina e segurança do trabalho. A questão, então, é a de preservar a integridade do trabalhador, exposto à jornada excedente, proporcionando-lhe descanso de 15 minutos, no mínimo, entre o término do horário convencional e o início do expediente extra. No que nisso diferem homens e mulheres?

A invocação, como argumento jurídico, de padrões de comportamento presentes nas mais variadas searas, do direito previdenciário ao concurso público para policial militar, a fim de confirmar e reforçar a inferioridade da compleição física das mulheres, não auxilia na compreensão da igualdade e tampouco confere força irradiante a esse princípio.

A inconstitucionalidade na aplicação da norma não reside exatamente na previsão para as mulheres do intervalo de 15 minutos, mas na exclusão dos homens.

A idéia de uma igualdade que exclui, reforçando estereótipos de gênero, que vão desde as diferenças fisiológicas, até as psicológicas, passando pelas tarefas domésticas afetas às mulheres, instiga a refletir se homens e mulheres trabalhadores foram tratados com igual respeito e consideração no que tange à preservação de sua integridade (física, psicológica, social, afetiva), que fica exposta no caso das sobrejornadas. Aliás, o que seriam “diferenças psicológicas” das mulheres? Talvez a parte menos racional referida por *Ana Aguado* quando revolve o contexto das considerações liberais?

Benesses socioestatais a pretexto de gênero precisam ser pensadas e repensadas a todo o momento, no contexto concreto da dimensão constitucional brasileira, para que não se perpetuem como liberdade que se converte em não-liberdade. Para isso não se pode perder de vista que homens e mulheres tem direito a igual respeito e consideração e quando um enfoque jurídico específico, como no caso da preservação da integridade que se vincula a políticas de medida e segurança do trabalho, representa demanda de ambos os sexos, o recurso a estereótipos de gênero apenas favorece a desqualificação das mulheres.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Ana. *Ciudadanía, mujeres y democracia*. In: Revista Electrónica de Historia Constitucional, número 6, septiembre 2005, Universidad de Valencia, Espanha.

ARAUJO Pinto, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: Oliveira Pereira, C. F. (org.). O novo direito administrativo brasileiro – o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Forum, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo : Ltr, 2005.

BRASIL, <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=309>, acesso em 19.01.2009.

_____. http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia_cod_noticia=8788&p_cod_area_noticia=ASCS, acesso em 19.01.2009.

_____. http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 19.01.2009.

CARVALHO, Tereza Monnica Xavier Bacelar de. *Feminização da Pobreza*. In: Rev. Humanidades, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 166-170, jul./dez. 2005 (disponível em <http://www.unifor.br/notitia/file/1588.pdf>, acesso em 18 de setembro de 2008).

CARVALHO Netto, Menelick de. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. In: Fórum administrativo. Ano I, nº 1. Belo Horizonte : Forum, março de 2001.

_____. & OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair. *Igualdade como diferença, liberdade como respeito*. Faculdade de Direito da UnB e SINDJUS/DF. In: Constituição & Democracia, nº 26, outubro de 2008.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

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

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia*. In: *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). *Declaration on fundamental principles and rights at work and its follow-up*. Geneva: International Labor Organization, 1998.

MARRAMAIO, Giacomo. *Passado e futuro dos direitos humanos: da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença*. Trad. de Lorena Vasconcelos Porto e revisão técnica de Flaviane de Magalhães Barros e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Texto enviado por ocasião do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), com o tema “Pensar globalmente, agir localmente”, em 15 de novembro de 2007(a), no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC de Minas, Belo Horizonte-MG.

_____. *O mundo e o ocidente hoje: o problema de uma esfera pública global*. Trad. de Flaviane de Magalhães Barros e revisão técnica de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Menelick de Carvalho Netto. Texto apresentado no Seminário “Direito, política e tempo na era global”, promovido pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, nos dias 06 e 07 de junho de 2007 (b).

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Manual de*

capacitação e informação sobre gênero, raça, pobreza e emprego: guia para o leitor. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2005.

Igualdade no trabalho: enfrentar os desafios. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2007, disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf, acesso em 12.01.2009.

OST, François. *O tempo do direito.* Tradução Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru-SP : Edusc, 2005.

DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO E PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR: UMA ANÁLISE FRENTE AO USO OBRIGATÓRIO DE UNIFORME

Normanda de Medeiros Leitão¹

1. Introdução

Cotidianamente, surgem novas decisões da Justiça do Trabalho que tratam de condenações por danos morais ou materiais, resultantes de atos abusivos perpetrados pelos empregadores no exercício do poder diretivo. Essas inúmeras condenações apenas refletem as rotineiras colisões entre os interesses dos empregadores e os direitos dos empregados.

As situações de confronto ocorrem diariamente, sendo um dos casos mais surpreendentes o que, com a finalidade de atrair clientes, empregadas são obrigadas a vestir trajes que realcem seus atributos físicos, ou empregados são compelidos a utilizar vestimentas que os exponham a situações vexatórias.

Entretanto, embora contraponha direitos tão importantes, essa prática tão comum nas relações de emprego, que é o uso obrigatório de fardamento no ambiente de trabalho, é matéria pouco debatida na doutrina e legislação.

Nesse enleio, buscar-se-á equilibrar aos olhos do direito as diferentes realidades apresentadas, com o devido respeito tanto aos direitos do empregado, de ter resguardados os seus direitos fundamentais da personalidade, bem como, ao do empregador de dirigir a atividade econômica desenvolvida de modo a alcançar os fins almejados. Sendo assim, a celeuma que recai sobre a utilização obrigatória de uniforme não deve impedir o exercício de qualquer dessas prerrogativas constitucionais.

2. Os Direitos Fundamentais da Personalidade do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador na Relação de Emprego

A Constituição Federal em seu art. 1.º enumerou como fundamentos

¹ Normanda de Medeiros Leitão é bacharela em Direito pela UNIPÊ, domiciliada e residente na rua Manoel Bezerra Calvalcante, n.º 31, apt. 401, Manaíra, João Pessoa – PB. CEP: 58038-500. E-mail: normanda.leitao@hotmail.com

da República Federativa do Brasil, entre outros, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho.

Em uma interpretação axiológica, compreende-se que a valorização do trabalho decorre indubitavelmente do princípio da dignidade humana. Isso ocorre porque o labor foi o meio eleito pelo constituinte para promover a homogeneidade social e, acima de tudo, assegurar ao homem um meio digno de prover o seu sustento e ter uma existência digna.

Intimamente ligado ao conceito de honra, o trabalho é conhecido como forma edificadora do ser humano e, por isso, o empregado não deve ser visto como ser mecanizado para o labor, mas, respeitado como ser humano, que, embora torne os direitos inatos à sua natureza humana menos absolutos ao firmar um contrato de trabalho, deve ter imperiosamente resguardada a sua dignidade humana.

Essa, para Silva (2006), consiste no valor supremo do homem, pois recai sobre a honra, e quando reconhecida e tutelada pelo direito, coloca os homens, seus destinatários, em situação de igualdade, sem qualquer distinção ou ressalva quanto à peculiaridade das suas características pessoais.

Nesse sentido, os atributos que tornam o homem único, ou seja, os seus elementos constitutivos, apresentam-se, no ordenamento jurídico, como direitos positivados inerentes à própria personalidade humana, necessários, pois, à sua qualidade de vida. Estes são os chamados direitos da personalidade.

Essas prerrogativas individuais, inatas ao homem, têm como base o princípio da dignidade humana e caracterizam a tutela da projeção em sociedade da pessoa como ser, recaindo sobre sua imagem, honra, intimidade, entre outros. Dessa forma, os direitos da personalidade estarão frequentemente presentes nas relações jurídicas humanas, exercendo a função de limitar o exercício dos demais direitos, fundando-se sempre nos requisitos básicos para uma vida digna.

Por serem indispensáveis à dignidade humana, os direitos da personalidade prevalecem nas esferas pública e privada. Estão previstos no art. 5º da Carta Magna como *direitos e garantias fundamentais*, tutelando ampla e abstratamente o indivíduo em face do poder estatal. Figuram também no campo privado, sendo elencado de modo mais aprofundado pelo Código Civil, dos arts. 11 ao 21, garantindo que, nas relações privadas, a dignidade do indivíduo mais fraco não subsista às vontades e interesses dos mais fortes.

Destarte, inegavelmente os direitos fundamentais compõem as estruturas básicas do Direito do Trabalho, especialmente por força da Constituição

Federal, na qual constam, como fundamentos da sociedade brasileira, a valorização do trabalho e a dignidade humana. Mas, no rol das fontes normativas ligadas à tutela dos direitos da personalidade dos empregados, existe também o Código Civil, que, com fulcro no art. 8.º da CLT, poderá ser utilizado como referência no âmbito justralhista, quando não for incompatível com os princípios do Direito Laboral.

Isso ocorre porque a tutela constitucional recai sobre a pessoa humana, não importando se trabalhador ou não. Assim, se é digno o homem, também o é o trabalhador. É a dignidade do laborioso que faz prevalecer seus direitos, obrigando o empregador a prover o labor de modo adequado, fazendo com que a sua execução não afronte a integridade física, moral e intelectual do empregado e, conseqüentemente, os seus direitos fundamentais da personalidade.

Aliás, a própria estrutura da relação jurídica e do contrato de trabalho justificam a necessária atuação dos direitos fundamentais da personalidade no campo dessa modalidade de acordo, posto que, ao firmar um pacto trabalhista, o empregado subordina a força do seu trabalho em busca de obter a sua subsistência, resultando em uma séria de limitações à sua liberdade.

Destaca-se que a patente desigualdade entre as partes contratantes facilita a afronta aos direitos da personalidade do mais fraco, que é o empregado. Portanto, para a efetivação do objetivo do Direito Laboral, que é a proteção e preservação do trabalho digno, faz-se necessária a eficácia direta dos direitos fundamentais da personalidade no contrato de trabalho.

Assim, os direitos da personalidade são necessários para a aferição da legitimidade das ordens emanadas pelo empregador, determinando, na prática, quando existir ofensa à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Contudo, vale pontuar que, embora seja uma proteção essencial, a CLT é lacônica no que diz respeito aos direitos da personalidade, prevendo apenas, nos arts. 482, “J”, e 483, “E”, hipóteses vagas de ofensa à honra e à boa fama, como motivos para rescisão do contrato por justa causa, e proibindo as revistas íntimas no art. 373-A, VI.

Outrossim, a Constituição Federal, no art. 170, traz novamente os temas da dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho e da livre iniciativa. Esses princípios fundantes, elencados no dispositivo constitucional 1.º, evidenciam que o trabalho e a livre iniciativa fundamentam a ordem econômica e têm como finalidade a garantia de uma existência digna.

A livre iniciativa é, portanto, premissa constitucional, e faculta a realização de uma atividade econômica, principalmente empresarial.

Nesse viés, Silva (2006, p. 793) defende que “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”. Desse modo, em face da liberdade outorgada pela Carta Magna, o empresário tem a possibilidade de estabelecer e organizar a atividade econômica desenvolvida, do modo que entender mais adequado, com o fim de obter lucro e prover uma existência digna a si e aos seus.

É no desenvolvimento da atividade econômica, com o crescimento do empreendimento, que surgirá a necessidade do empresário firmar um pacto laboral, originando as relações empregatícias. O contrato de trabalho, assim, decorre diretamente da atividade empresarial, evidenciando a relação entre a livre iniciativa e o poder diretivo.

Repita-se que é na firmação de um contrato de emprego que surge o poder diretivo do empregador, não podendo essa prerrogativa preexistir à relação de emprego.

Esse poder de dirigir a prestação de serviços do laborioso é assegurado ao empregador pelo art. 2º do diploma celetista, uma vez que assume sozinho os riscos da atividade econômica e, sem a possibilidade de coordenar a execução do trabalho, seria quase impossível alcançar os fins pretendidos pela empresa. Daí porque, com base no art. 3º da CLT, o trabalhador se compromete à subordinar o seu labor às diretrizes dadas pelo empregador.

Logo, observa-se que o poder diretivo tem duas origens: uma mediata e uma imediata. A mediata é a livre iniciativa, que consiste na liberdade de exercer e organizar uma atividade econômica ou empresarial, enquanto que a origem imediata é o contrato de trabalho, com o qual surge a faculdade do empregador de determinar a maneira de ser exercida a atividade do trabalhador.

Contudo, o poder diretivo não deverá ser exercido de forma absoluta. A sua atuação limita-se exclusivamente às questões atinentes ao trabalho prestado pelo empregado, determinando o modo, tempo e local para a execução do labor, não se estendendo ao modo de viver do laborioso e às suas decisões que em nada interfiram no trabalho. Sendo vedada, portanto, a intromissão do empregador na esfera pessoal do empregado.

Ademais, o poder de direção do empregador sofrerá restrições pela lei, pelas cláusulas contratuais, pela boa-fé e em razão da licitude da ordem emanada. Não podendo, em nenhum momento, afrontar os direitos da personalidade do empregado e sua dignidade humana.

Outro critério restritivo do poder diretivo é a sua própria finalidade social, isso ocorre porque essa prerrogativa foi outorgada pelo ordenamento

jurídico, apenas com a finalidade de organizar a atividade econômica e obter lucratividade, não sendo lícito, por exemplo, o empregador exercer para fins meramente discriminatórios.

Caso o poder diretivo seja exercido pelo empregador de modo que exceda os limites legais e morais impostos, se desvirtuando do seu conteúdo axiológico, será o seu exercício considerado abusivo, não estando o empregado, em hipótese alguma, obrigado a obedecer ordens que violem sua integridade, seja física ou moral.

Portanto, diante do caso concreto, os direitos da personalidade deverão ser utilizados como parâmetro para avaliar até que ponto o exercício do poder diretivo será legítimo, ou a partir de que momento se caracterizará a sua abusividade.

3. Dos Limites para a Imposição de Utilização de Fardamento Padronizado

Como já dito anteriormente, ao empregador é atribuído o poder diretivo, com o qual lhe é possibilitado dirigir a prestação de serviços dos empregados, objetivando atingir os fins econômicos almejados, respeitando sempre os limites legais e morais para isso.

Contudo, a concepção moderna de empresa tornou mais abrangente o conceito de “função empresarial”. Segundo esse pensamento hodierno, o estabelecimento não deve mais ser compreendido como uma espécie de propriedade privada despreocupada com a realidade, mas preocupada com o contexto, com as transformações e impactos culturais, ambientais, entre outros, assim como, com o bem de todos que se lhe vinculam, buscando sempre a sustentabilidade.

Dessa forma, a empresa deverá buscar a sustentabilidade plena, a qual abrange não somente seu suporte material, mas, também, o compromisso social diante da comunidade e parceiros internos, além de garantir segurança para os parceiros externos. Pode-se afirmar, então, que a ética empresarial alcançou novos espaços e encerra fatores internos e externos.

Diante dessas transformações, o poder diretivo deixou de compreender apenas a coordenação mecânica do labor dos empregados, passando a abarcar outros aspectos como: a higiene do ambiente de trabalho, dos funcionários no horário e na prestação de serviço, bem como o seu comportamento na empresa, etc., visando sempre demonstrar aos clientes, fornecedores e investidores, sua preocupação com o bem-estar de todos.

É verdade que o empregador não pode interferir no comportamento e no modo de se vestir do empregado, na sua vida privada, contudo, foi a partir da visão atual de atuação empresarial, acima explanada, que surgiu a ideia de uniforme - da maneira que interessa para esse estudo.

Com a instituição de uma vestimenta padronizada no horário de trabalho, o empresário viu a possibilidade de, através dela, uniformizar a aparência dos seus empregados, transmitindo, para terceiros, a imagem mais favorável para a atividade econômica desenvolvida, além de proporcionar maior visibilidade da sua marca, e ser um meio barato e eficaz de fazer publicidade dos produtos e promoções oferecidos na empresa.

Além do mais, o fardamento padronizado permite que os empregados sejam diferenciados dos consumidores, em locais como supermercados, por exemplo, a fim não só de facilitar o controle da prestação de serviços, como também transmitir aos clientes a ideia de que, sempre que precisarem de uma ajuda, poderão rapidamente ser atendidos.

Alguns empregadores também utilizam a farda dos empregados para fazer menção à datas comemorativas, como: Natal, Páscoa, dia das crianças, carnaval, etc., criando um ambiente propício para lembrar aos consumidores das festividades, induzindo-lhes ao consumo de produtos relacionados.

Todavia, embora seja tão presente no cotidiano da maior parte das relações empregatícias, existe pouca legislação e doutrina a respeito da imposição, por parte do empregador, de utilização de uniforme pelo obreiro, fato que gera uma grande controvérsia na jurisprudência.

A CLT não traz diretamente a faculdade do empregador de determinar o uso de fardamento pelos empregados no ambiente laborativo, mas essa prerrogativa é conferida pela jurisprudência e pelos costumes, e pode ser deduzida de alguns dispositivos legais, conforme ficará demonstrado mais à frente.

O mencionado diploma legal prevê que:

Art.458. [...]

[...]

§2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; (CARRION, 2007, p.322)

Do artigo celetista, acima transcrito, deduz-se que a imposição de uniforme é prerrogativa do empregador, entretanto, essa determinação não poderá resultar em nenhum ônus ao trabalhador.

Ora, nada mais justo, uma vez que, com base no art. 2º da CLT, os riscos da atividade econômica deverão ser suportados pelo empregador, assim, se a utilização da farda é para melhoria e proveito da empresa, então deverá obviamente ser custeada por ela.

Nesse mesmo sentido decidiu o Ministro relator Maurício Godinho Delgado, no julgamento do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo de n.º TST-RODC-1188/2003-000-05-00.7, de ementa “**SENTENÇA NORMATIVA - PODERES E LIMITES**. No dissídio coletivo de natureza econômica, a Justiça do Trabalho pode decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente- (artigo 114, § 2º, in fine, CF/88)” (*In*: TST, 2008).

Mas, a utilização de fardas tem algumas ressalvas, e essas remetem às regras de higiene, saúde e segurança do trabalhador, previstas inicialmente no inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal, e expostas mais detalhadamente nos artigos 154 a 201 da CLT. Esbarra, também, ao princípio da dignidade humana e a proteção à incolumidade física e psicológica do laborioso.

As normas de proteção à saúde, higiene e segurança do empregado instituem o fornecimento obrigatório de equipamento de proteção individual, quando os riscos da atividade exercida exigir², um ambiente de trabalho adequado e seguro para a execução do labor, com observância da iluminação, redução da insalubridade, entre outros.

É importante destacar que, na forma dos artigos 176, 177 e 200, V, da CLT, é obrigação do empregador assegurar ao obreiro a proteção contra insolação, calor, frio, umidade e ventos. Assim, partindo para a análise de um caso prático, nos vem uma questão: é permitido exigir ao empregado a utilização de roupas quentes e desapropriadas durante uma prestação de serviço prolongada a céu aberto durante o dia? Argumenta-se que não, a integridade física e o conforto térmico estão associadas ao princípio da dignidade humana e ao emprego digno. Excepcionalmente, apenas quando a utilização da vestimenta quente e a exposição às condições desfavoráveis forem realmente imprescindíveis.

² Art. 166. A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

díveis para a execução do trabalho ou proteção do trabalhador, entende-se que é permitido tal imposição. Contudo, será obrigatório o fornecimento de uniforme que amenize o desconforto, com tecidos adaptados, conjuntamente com o provimento contínuo de água potável e, sempre que possível, de sombra.

Existe muita discussão no que concerne à legalidade do uso obrigatório da farda. Alguns entendem que esta fere o art. 5º, II, da Constituição, mas, nesse estudo, ao contrário, defende-se a sua legalidade.

O uso de uniforme no ambiente de trabalho, quando observadas as necessidades da prestação de serviços, resulta em vantagens para o trabalhador, como economia com vestimentas para o labor. Mas, entre os benefícios trazidos por essa imposição, destaca-se a compreendida como mais importante, que é inexistência da necessidade do empregado se ajustar ao padrão pretendido pelo empregador, no âmbito da empresa, em função da inquestionável assimetria econômica entre as partes envolvidas no pacto laboral.

É inegável que algumas formas de trabalho exigem vestuário mais conservador, pois existe um determinado padrão de comportamento, o qual impõe às pessoas o uso de determinados trajes em certas circunstâncias ou locais. Com a exigência da utilização de fardamento, os trabalhadores não precisam arcar com o ônus de providenciar as roupas entendidas como devidas pelo empregador, diminuindo, assim, a sua fonte de subsistência.

Pode-se afirmar, por exemplo, que, do mesmo modo que não é conveniente o uso de biquíni ou sunga em locais religiosos, as normas sociais não admitem, num ambiente de trabalho formal, o uso de roupas sumárias, e essa é uma das hipóteses que justificam que o empregador exija o uso de uniforme.

Outrossim, os patrões não precisariam tecer comentários sobre o modo de se vestir do obreiro, na tentativa de que ele se encaixe nos “padrões” da empresa, causando constrangimento, e, algumas vezes, expondo o empregado a situações vexatórias.

A obrigatoriedade do fardamento, entretanto, para ser válida, deverá ser comunicada previamente, no momento da celebração do contrato de trabalho, ou, caso seja instituída no decorrer da relação de emprego, que seja formalmente informada e pactuada com os empregados da empresa. E, por se entender legal a obrigatoriedade, sustenta-se que o desuso do uniforme, por parte do laborioso, quando previamente informado da exigência, é plenamente passível de sofrer sanção, por caracterizar quebra do pactuado no contrato laboral.

Observe-se, porém, que a situação apresentada até o momento foi a de determinação de uso, no trabalho, de uniforme fornecido pelo empregador,

com o objetivo de alcançar uma melhoria na atividade econômica desenvolvida. Todavia, essa imposição sofre limites, não podendo violar os direitos fundamentais da personalidade, nem a dignidade humana do empregado, principalmente, no que se refere ao direito de imagem e honra do trabalhador.

O empregador, em hipótese alguma, poderá estabelecer o uso de determinado tipo de roupa ou uniforme que torne a aparência do trabalhador “melhor”, ou que revele, ou acentue os dotes físicos do empregado, geralmente empregadas, com o objetivo de atrair mais clientes.

Meireles (2009) argumenta que exigir o uso de determinado uniforme para que o obreiro “se apresente melhor” em público, torna-se abusivo, já que essa é uma questão subjetiva, e que existe uma linha tênue entre a formalidade exigida e a imposição de uma estética preconceituosa. Assim, sob o pretexto de exigir uma “aparência melhor” e, não “mais formal”, a cláusula contratual que impõe o uso de uniforme é abusiva, por interferir na esfera pessoal do empregado, à medida que se refere ao seu gosto pessoal.

Mas, a mais abusiva e contrária aos bons costumes, é a determinação de uso de vestimentas pelos empregados, na maioria das vezes mulheres, como já dito, que visa provocar o instinto sexual dos clientes, como meio de atraí-los para a empresa.

De fato, embora viole frontalmente a moral, os bons costumes e, acima de tudo, a dignidade humana e os direitos fundamentais da personalidade da trabalhadora, esta prática é bastante comum em ambientes como concessionárias e supermercados, por exemplo. Nas primeiras, visualizamos, habitualmente, mulheres trajadas com roupas curtas e/ou justas, para eventos de exibição dos novos modelos de carros lançados. Nos segundos, são usuais vestimentas como *shorts* pequenos, objetivando a doação de amostras grátis aos clientes, quando o público-alvo do produto é masculino. Menciona-se, ainda, que não é raro observar funcionárias utilizando saias justas (embora não curtas) e blusas decotadas como uniformes instituídos pelas empresas.

Do mesmo modo, constitui, inquestionavelmente, ato abusivo por parte do empregador, quando este, na atribuição do seu poder diretivo, impõe que o empregado utilize determinado uniforme que o exponha a situações ridículas ou vexatórias, como, por exemplo, fardamento que se relacione com datas comemorativas, excedendo o limite do bom senso, e deixando o trabalhador com aparência que o constranja.

Será abusividade do empregador, ainda, obrigar que o obreiro utilize todo e qualquer tipo de uniforme de trabalho que lhe for fornecido, sem nenhuma observância ao tipo de labor executado e as necessidades dele decor-

rentes, dificultando, com isso, a prestação de serviços.

Tendo em vista que o empregado em nenhum momento será obrigado a utilizar o uniforme imposto, quando esta imposição constituir abuso de direito por parte do empregador, e que essa questão possibilita constantemente a ocorrência de atritos entre as partes do pacto laboral, sugere-se a formação de uma “comissão de funcionários”, destinada a discutir com o empregador, de modo democrático, a criação do fardamento padronizado para o trabalho, analisando conjuntamente a escolha dos modelos e materiais.

Salienta-se que a falta de normatização, como já comentado, torna mais complicada a questão da imposição do fardamento padronizado. Neste caso, essa lacuna deve ser preenchida pela moral, bons costumes e por princípios constitucionais, como: a proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais da personalidade.

Com o intuito de corroborar com a tese até agora esboçada, impende aqui transcrever o Projeto de Lei Estadual n.º 2798/2005, do deputado Gilberto Palmares, do Rio de Janeiro, acerca do uso de uniformes e acessórios no exercício de funções profissionais, por entender que, de forma sintética e bastante genérica, demonstra a ideia central desse estudo, *in verbis*:

EMENTA:

DISPÕES SOBRE O USO DE UNIFORMES E ACESSÓRIOS NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES PROFISSIONAIS

A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO RESOLVE:

Art. 1º - As empresas situadas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro que exigirem de seus funcionários o uso de uniformes ficam obrigadas a fornecê-los a seus empregados.

§ 1º- A exigência de uso do uniforme só valerá quando os funcionários estiverem a serviço.

§ 2º - Cada empregado deverá receber anualmente, no mínimo, dois uniformes com todos os itens de vestuário que o compõe.

§ 3º - Quando a empresa exigir o uso de acessórios tais como sa-

patos, meias, maquilagem, chapéus; estes deverão ser igualmente fornecidos aos empregados sempre que se fizer necessário, sem qualquer ônus aos empregados.

§ 4º - Em caso de rompimento do vínculo empregatício, o empregado devolverá à empresa todos os itens de uniforme que tenha recebido, independente do estado de conservação em que se encontrem.

§ 5º - Tanto o fornecimento dos uniformes propriamente ditos quanto dos acessórios a serem utilizados não acarretarão, em tempo algum e de nenhuma forma, custo pecuniário aos trabalhadores que os receberem.

Art. 2º - É vedado às empresas obrigarem a utilização, seja ela temporária ou permanente, de uniformes, vestimentas, fantasias ou adereços que causem constrangimento ou firam a dignidade de seus empregados. [...]

(In ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO DE JANEIRO, 2005)

Por fim, conclui-se que exigir o uso de uniformes indecentes, inadequados, inconvenientes, caracteriza ato abusivo por parte do empregador, não estando o empregado obrigado a obedecer cláusula contratual que exceda os limites do poder diretivo, por esta violar as regras dos bons costumes e a função social do contrato de trabalho. Deve o empregador, portanto, pautar-se pelos princípios da dignidade humana e respeitar os direitos fundamentais da personalidade do empregado, sob pena de sofrer as sanções cabíveis, quando atua com abuso do direito. Essa questão, no entanto, depende de uma análise minuciosa da subjetividade de cada caso concreto, como as circunstâncias, o local de trabalho, entre outros, sendo mais uma vez indispensável, para uma correta tutela jurisdicional, a atuação eficaz do intérprete.

4. Conclusão

Na diretriz de pesquisa adotada ao longo desse estudo, alguns pontos

foram esclarecidos, outros ficaram no campo da reflexão, pelo simples fato de o direito não ser uma forma que a todo caso concreto se enquadra do mesmo modo e valor.

Assim, observou-se que o poder diretivo do empregador deverá sempre ser analisado sob a ótica do abuso de direito, de modo que se busque aferir se seu exercício constitui-se como abusivo ou não, ante os direitos de personalidade do empregado.

Nessa seara, percebe-se que é de todo falho o argumento de que a imposição da obrigatoriedade do fardamento fere a função social do contrato empregatício e os direitos de personalidade do laborioso, quando efetuado com respeito aos limites legais e morais impostos, porque essa determinação está em equilíbrio com as prerrogativas conferidas pelo poder diretivo.

Ressalta-se que esse posicionamento não reflete a defesa ao retrocesso nos direitos laborais majestosamente conquistados, mas, é reflexo da evolução humana no mundo e das transformações no campo trabalhista daí decorrentes.

Constatou-se que tanto os direitos constitucionais, quanto civis e trabalhistas, estão presentes nessa hipótese, e envoltos na tentativa de, ao ponderar os valores e interesses, resguardar a dignidade humana, não permitindo que o empregador, parte forte da relação de emprego, se utilize dessa prerrogativa para rebaixar a parte hipossuficiente na relação, ou seja, o empregado.

Logo, faz-se necessário ratificar que a imposição do uniforme efetue-se de modo legítimo: sendo o empregado informado previamente pelo empregador do uso obrigatório da vestimenta padronizada fornecida e, mais ainda, aclarando que seu alcance se restringe ao ambiente empresarial no horário de trabalho, respeitando a integridade física e moral da classe obreira, sem configurar uma tentativa ilícita de afrontar a dignidade humana do trabalhador, com fins a majoração dos lucros do empreendimento.

Afirmamos, pois, o aspecto dos direitos da personalidade do empregado, de modo que estes sempre prevaleçam quando mitigados desproporcionalmente pelo objetivo econômico da ordem emanada, o que não implica na impossibilidade de sua limitação diante da licitude de um caso concreto.

Proibir o uso do fardamento padronizado apenas com o fito de proibir possíveis colisões dos direitos aqui tão debatidos, pode significar um grande prejuízo e atraso, diante de todos os benefícios que ele poderá trazer para o desenvolvimento da atividade econômica na empresa moderna.

Logo, pode-se dizer que, cotidianamente, ocorrem inúmeras situações

em que os direitos fundamentais e o poder diretivo limitam-se simultaneamente.

Além de demonstrar a aplicabilidade de direitos fundamentais às relações empregatícias, assim como a existência de prováveis colisões entre eles, esse estudo buscou, ao longo de todo o seu desenvolvimento, expor que o princípio da dignidade humana é o fio condutor das relações entre trabalhador e empregador, agindo como verdadeiro ponto de equilíbrio na ponderação entre os direitos fundamentais contrapostos, de modo que, ao caso prático analisado, ou seja, a imposição do uso obrigatório do fardamento padronizado fornecido, defende-se que a solução mais justa é a que se coadune com os direitos da personalidade do empregado, sem deixar de atender aos interesses do empregador.

É o direito ao trabalho digno que interessa ao Estado Democrático de Direito, isto é, aquele prestado em condições que garantam ao empregado e ao empregador o respeito aos seus direitos fundamentais. É mediante a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana que emerge a proteção constitucional do pacto laboral, bem como dos direitos fundamentais da personalidade do obreiro.

Daí porque o operador do direito, ao se deparar com situações que envolvam o assunto em questão, deverá valer-se do princípio da proporcionalidade, utilizando a técnica da ponderação, buscando sopesar os valores do poder diretivo e dos direitos da personalidade envolvidos, resguardando sempre seu conteúdo mínimo ou essencial, ao analisar cautelosamente a realidade do caso concreto. Portanto, sempre que for constatado o exercício abusivo, o poder judiciário deverá atuar, tutelando os direitos fundamentais ameaçados ou violados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Marcelo Luís. *A tutela jurídica dos direitos da personalidade na relação de emprego*. Disponível em: <www.direitofba.net/artigos/artigo012.doc> Acesso em: 26.09.2009.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O poder empregatício no contrato de trabalho*. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/artigos/rubia_alvarenga/rubia_alvarenga_poder_empregaticio.pdf> Acesso em: 02.03.2010

_____. A tutela dos direitos de personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro. In *Revista Trabalhista: Direito e Processo*. N. 26. São Paulo: Ltr, 2009.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. 1. ed. São Paulo, Ltr, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. *Projeto de Lei nº 2798/2005*. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro0307.nsf/5eb5368720065b40832566ec0018d837/2d35c99cc97c6a0783257067006340b0?OpenDocument>. Acesso em: 18.04.2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho - RODC n. 118800-22.2003.5.05.0000. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado Julgamento em: 14.08.2008. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Publicação: 05.09.2008. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 de dezembro de 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José. Joaquim. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2003

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DANTAS, Raimundo Lázaro dos Santos. *O Direito ao Nome na Relação de Emprego*. 1. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: Ltr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia – o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade *In: Revista Jurídica Cesumar: Mestrado*, Maringá, v. 7, n.1, p.57 – 80, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/516/374>> Acesso em: 18.02.2010.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Historia do Trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1998.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

GENRO, Tarso. Constituição social e direitos efetivos. *In: Revista Direitos Sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo, 2008.

GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas*

constitucionais na esfera juslaboral. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_71/rev_71_3/rev_71_3_3.pdf>
Acesso em: 18.02.2010

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____ ; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2008.

KRÄUTLER, Edwin; MOTTA, Ivan Dias. *Os direitos da personalidade nas relações de trabalho*. Disponível em: <http://www.cesumar.br/mestradodireito/arquivos/volume6/relacoes_trabalho.pdf> Acesso em: 25.01.2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELES, EDILTON. *Poderes do Empregador: crítica ao pensamento dominante*. Disponível em: <www.facs.br/revistajuridica/edicao_novembro2006/docente/doc2.doc> Acesso em: 02.03.2010.

_____. *Abuso do Direito na Relação de Emprego*. São Paulo, LTr, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf> Acesso em: 05.02.2010

MURARI, Marlon Marcelo. *Limites Constitucionais ao Poder de Direção do Empregador e os Direitos Fundamentais do Empregado: O equilíbrio está na dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcelos. *Abuso no exercício do direito*. Rio de

Janeiro: Forense, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27. ed., São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Poder Diretivo do Empregador*. São Paulo: LTr, 2009.

PAVELSKI, Ana Paula. *Os direitos da personalidade do empregado em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador*. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REIS, Clayton. *O abuso de direito nas relações privadas e seus reflexos nos direitos da personalidade*. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/312/171>> Acesso em: 19.02.2010.

RODRIGUES, Aluisio (org.) *Direito Constitucional do Trabalho – vol. II*. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1

SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias: estudo de direito público e teoria política*. 1. ed., São Paulo: Sugestões literárias, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamen-*

tais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed., São Paulo: Malherios, 2006.

SILVA, Leda Maria Messias. *Dano Moral: Direitos da Personalidade e o Poder Diretivo do Empregador*. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/362/426>> Acesso em: 19.02.2010.

_____. *Poder Diretivo do Empregador, Emprego Decente e Direitos da Personalidade*. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/860/750>> Acesso em: 19.02.2010.

SLAIBI FILHO, NAGIB. *Direito Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SPINELI, Ana Claudia Marassi. *Os direitos da personalidade e o princípio da dignidade humana*. Disponível em: <www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/download/887/670>. Acesso em 26.01.2010

SÜSSEKIND, Arnaldo. Os direitos Constitucionais Trabalhistas. In: *Revista Direitos Sociais na Constituição de 1988: Uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. Dignidade da pessoa humana In: *Revista Jurídica Cesumar: Mestrado*, Maringá, v. 7, n.1, p.181 – 196, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/522/380>> Acesso em: 18.02.2010

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

O SISTEMA BACEN-JUD E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Rafael da Silva Marques

1. Introdução

Muito se tem falado do sistema Bacen-Jud. Há quem aceite a adoção do sistema mesmo nos casos em que a execução judicial é provisória, em razão da preferência de penhora em dinheiro, aos moldes do que preceitua o artigo 655 do CPC.

Neste sentido versa decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, da lavra da juíza convocada Íris Lima de Moraes, consoante segue:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENHORA DE NUMERÁRIO. Ainda que se trate de execução provisória, a oferta de títulos como garantia da execução não observa a ordem preferencial de que trata o art. 655 do CPC. Assim, a penhora de numerário via sistema BACEN/JUD não é ilegal ou abusiva, nem fere direito líquido e certo, máxime quando se trata o devedor de instituição bancária e os bens oferecidos não foram aceitos pela credora”.¹

Contudo, para o Tribunal Superior do Trabalho é vedado o deferimento da chamada “*penhora ‘on line’*” nos casos em que a execução não é definitiva.

“SUM-417 MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA EM DINHEIRO (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 60, 61 e 62 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005 Súmulas A-124

I - Não fere direito líquido e certo do impetrante o ato judicial

¹ Acórdão do processo 0405200-09.2008.5.04.0000 (MS) - Redator: IRIS LIMA DE MORAES - Participam: Data: 20/03/2009 - Origem: Tribunal Regional do Trabalho. Em www.trt4.jus.br - acesso 02 de março de 2010, às 8h15min.

que determina penhora em dinheiro do executado, em execução definitiva, para garantir crédito exequendo, uma vez que obedece à gradação prevista no art. 655 do CPC. (ex-OJ nº 60 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Havendo discordância do credor, em execução definitiva, não tem o executado direito líquido e certo a que os valores penhorados em dinheiro fiquem depositados no próprio banco, ainda que atenda aos requisitos do art. 666, I, do CPC. (ex-OJ nº 61 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000).

III - Em se tratando de execução provisória, fere direito líquido e certo do impetrante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa, nos termos do art. 620 do CPC. (ex-OJ nº 62 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)".²

O que se pretende com este artigo, entretanto, não é trazer à baila esta discussão. Há coisas que não estão sendo objeto de análise pelos operadores do direito, juristas e mesmo pelos gestores do Sistema Bacen-Jud, Tribunais Superiores e Banco Central do Brasil. Trata-se, na verdade, da questão da efetividade e eficiência do sistema.

E a preocupação é válida isso porque, desde a emenda constitucional 19 de 1998, no artigo 37 da Constituição brasileira de 1988, consta o princípio da eficiência, ou seja, aquele que veda o desperdício, conduta imperita e desnecessária dentro da administração pública.

É tendo por norte esta lógica que este texto se desenvolverá para, ao final, trazer uma conclusão sobre o tema. Registre-se que a discussão envolverá a questão da eficiência administrativa, os fins a que se destinam este princípio e os efetivos resultados e alternativas para o sistema Bacen-Jud. Antes adianta-se: não se está defendendo o fim do programa Bacen-Jud, mas sim sua racionalização, em consonância com o princípio constitucional da eficiência administrativa.

2. Bacen-jud e serviço público

Antes de discutir o sistema bacen-jud, é bom que se diga que não se

² Em www.tst.jus.br - acesso em 02 de março de 2010 às 8h25min.

trata de serviço público, como à primeira vista pode parecer. A utilização do bacen-jud, solicitação de bloqueio é atividade judicial, vinda da atuação do magistrado dentro do processo, determinando a constrição de dinheiro disponível em nome da empresa junto ao sistema financeiro.

Para melhor elucidar, serviço público é um serviço criado em vista de assegurar um interesse geral que o poder público considera insatisfatório. Ele se encontra sob a dependência de uma pessoa jurídica de direito público, submetido ao direito administrativo, variando de acordo com as necessidades do serviço. Deve responder pelo objetivo a que foi criado, respondendo ao interesse geral.³

Não há serviços públicos totalmente submetidos ao direito privado, embora possa haver certa submissão ao direito comum, quando tratarem que questões comerciais e industriais. O fato de serem geridos pelo direito público não afasta, por si, a condição de serviço público, sendo portanto também regidos pelo direito administrativo.⁴

Exemplo do que consta neste último parágrafo é o das sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram atividade econômica como por exemplo os bancos, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal respectivamente, na forma do artigo 173, parágrafo primeiro, da CF/88⁵.

É bom que se diga que os princípios do serviço público não são abstratos. Dependem eles da conjectura política posta e das relações de força que se estabelecem entre o órgão defensor do interesse geral e os diversos interesses privados que o rodeiam⁶.

Para Diogenes Gasparin o conceito de serviço público é amplo. “*Abarca as atividades de oferecimento de comodidades ou utilidades materiais (energia elétrica, telecomunicações, distribuição de água domiciliar), bem como as jurídicas (serviços cartorários), as fruíveis diretamente (transporte coletivo, coleta de lixo) ou indiretamente (segurança pública) pelos administrados de forma preponderante, ou pela Administração (serviços adminis-*

³ DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, Paris; Éditions Cujas, 3eme. Édition, 1971, p. 210/211.

⁴ DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, cit., p. 210/211.

⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. [...].

⁶ DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, cit., p. 217.

trativos)”. Quem presta este serviço é a própria administração (órgãos) ou seus delegados (sociedade de economia mista, empresas públicas) ou concessionários e/ou permissionários de serviços públicos (empresas privadas). As normas a ser observadas são as de direito público, sob um regime de desigualdade, derogante do direito comum.⁷

Conforme consta supra, não há como classificar o sistema de bloqueios e consulta de contas via convênio Bacen-jud como serviço público, senão como atividade jurisdicional, constrição judicial consoante regras processuais postas.

3. Dos princípios da administração pública

Antes de passar à análise mais cuidadosa do princípio da eficiência administrativa, interessante discutir um pouco os princípios da administração. Para tanto ter-se-á por norte o que consta do artigo 37, cabeça, da CF/88.

São princípios da administração pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. É o que consta do artigo 37, cabeça, da CF/88.

Mas o que são princípios jurídicos?

Quando se fala em princípios, vem a mente a causa primária de algo ou de algum campo do conhecimento. É um começo, um fundamento ou a essência de onde algo procede. Os princípios são, portanto, a essência fundamental das coisas, “*os pressupostos de validade das demais asserções que compõem determinado campo do saber*”.⁸

Os princípios, no Brasil, são de aplicação subsidiária, consistindo em meios auxiliares à interpretação e à aplicação da lei quando essa for omissa, preenchendo lacunas e determinando o seu alcance e verdadeiro sentido. Têm os princípios uma função integradora e interpretativa. Note-se que a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo, contudo, aos princípios um alcance mais amplo, atribuindo a eles uma função informativa, devendo o legislador, quando da elaboração da lei, observar os princípios.⁹

A criação, aplicação e interpretação do direito deve levar em conta a harmonia entre espécies de normas jurídicas, conciliando leis e princípios, além dos decretos, regulamentos, provimentos, portarias entre outros, a fim de manter a unidade do sistema.

⁷ GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, São Paulo; Saraiva, 14ª ed., 2009, p. 296.

⁸ SCHWARZ, Rodrigo Garcia, *Direito do trabalho*, Rio de Janeiro; Elsevier, 2ª edição, 2009, p. 13.

⁹ SCHWARZ, Rodrigo Garcia, *Direito do trabalho*, ibidem.

Carmen Camino, utilizando-se de Robert Alexy, assevera que o princípio leva em conta um critério intuitivo, ao contrário do valor que se utiliza de um critério de virtude. O princípio considera a idéia de norma não-imposta, mas sentida, intuída e que dita um comportamento a ser seguido por quem já alcançou a percepção do valor, uma diretriz que leva a observar o conteúdo do princípio, levando a uma sanção íntima.¹⁰

Quando a sociedade está apta, em um processo evolutivo a apreender determinados valores, adotando-os no mundo dos fatos, há a atuação conforme princípios. Contudo, como há quem não apreenda valores e os “*transforme*” em princípios, necessária é a atuação do Estado a fim de fazer valer os valores e princípios presentes em determinado tempo e em determinada região ou nação.¹¹

Na mesma diretriz, Arnaldo Süssekind ensina que os princípios são “*enunciados genéricos que devem iluminar tanto a elaboração das leis, a criação das normas jurídicas autônomas e a estipulação das cláusulas contratuais, como a interpretação e aplicação do direito*”. São regras gerais induzidas do próprio sistema jurídico pela ciência e filosofia do direito, com caráter universal. A norma legal, artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, preceitua o caráter meramente subsidiário dos princípios, para sanar omissões. Isso contudo, cede um pouco de espaço dentro da doutrina e da jurisprudência, que atribui aos princípios uma abrangência mais ampla, consoante artigo 5º, parágrafo segundo, da Constituição brasileira de 1988.¹²

Dito isso, se pode concluir que princípios jurídicos nada mais são do “*que disposições genéricas, que privilegiam um valor ou um bem jurídico a ser alcançado ou preservado. [...] Eles compõem o mundo jurídico como sedimento sobre o qual vicejam as regras, inclusive as especificadoras de comportamentos. São elementos informadores e interpretativos, cumprindo a finalidade de integrar e harmonizar o conjunto jurídico dando-lhes feições de um sistema coerente*”.¹³

Os princípios constitucionais são expressões normativas e que são consolidadas a partir de valores constitucionais e que garantem a coerência, a unicidade e a concreção de todo o ordenamento jurídico. São eles normas constitucionais. Note-se que a quebra de um princípio jurídico basta para in-

¹⁰ CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, Porto Alegre; Síntese Editora, 3ª Edição, 2003, p. 102.

¹¹ CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, ibidem.

¹² SÜSSEKIND, Arnaldo, *Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro; Renovar, 2002, p. 107/108.

¹³ NONOHAY, Daniel Souza de, *Imperativos constitucionais e princípios aplicáveis à administração pública*. Uma análise voltada ao direito do trabalho. Em cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Estudos sobre administração judiciária. Reflexão dos magistrados sobre a gestão do poder judiciário, número 02, 2009, p. 150.

validar todo e qualquer ato do Estado.¹⁴

Registre-se que os princípios da administração pública estão também expressos na Constituição de 1988, artigo 37, cabeça, e na legislação ordinária, como por exemplo a lei 9.784/99 que arrola em seu artigo segundo, quando ao processo administrativo no âmbito da administração federal, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.¹⁵

Os princípios jurídicos são, portanto, norma jurídica, fortes e poderosas o suficiente sem a necessidade de uma regra ou outro princípio que os explique, podendo determinar a validade ou não de regras e atos jurídicos. Eles surgem do próprio ordenamento, não são criados pela doutrina ou pela jurisprudência.¹⁶

Pode-se dizer, assim que os princípios da administração pública, tendo por norte o exposto supra, que são eles os sustentáculos da atividade administrativa pública, de onde emanam todas as formas de atuação do poder público e que justificam e sedimentam a legislação posta. É dentro destes princípios que deve atuar o agente público, na prestação dos serviços públicos.

Passa-se à análise dos princípios da administração pública federal.

3.1 - Princípio da legalidade

O princípio da legalidade surge para conter o antes ilimitado poder estatal, resguardando os direitos individuais dos cidadãos e gerando meios propícios para o desenvolvimento de uma sociedade livre. A grande inovação trazida pelo princípio da legalidade foi a sujeição do poder daqueles que faziam e aplicavam as leis à própria lei.¹⁷

O princípio da legalidade, no âmbito da administração pública, impõe a atuação do poder público apenas nos casos em que a lei permite, ao contrário do privado que atua, salvo limitação legislativa.

É o princípio da legalidade um dos sustentáculos do estado democrático de direito, uma vez que limita a atuação por parte do público e garante a liberdade de ação e circulação do humano, cidadão, contribuinte ou mesmo

¹⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *Eficácia administrativa na Constituição federal*. Em Revista de direito administrativo número 220, Rio de Janeiro, p. 166/167.

¹⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de direito administrativo*, São Paulo; Malheiros, 13ª edição, 2001, p. 56.

¹⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *Eficácia administrativa na Constituição federal*, cit., p. 167.

¹⁷ NONOHAY, Daniel Souza de, *Imperativos constitucionais e princípios aplicáveis à administração pública*, cit., p. 154/155.

sujeito de direitos, salvo limitação legislativa.

É neste sentido a passagem que seque:

“Legalidade liga-se a noção de Estado de Direito que é aquele que se submete ao próprio direito que criou, razão pela qual não deve ser motivo de surpresa constituir-se o princípio da legalidade um dos sustentáculos fundamentais do Estado de Direito. Embora este não se confunda com a lei, não se pode negar que este constitui uma das suas expressões basilares. Hoje, temos o Estado Democrático de Direito, avante do Estado de Direito. É na legalidade que os indivíduos encontram o fundamento das suas prerrogativas, assim como a fonte de seus deveres. É princípio genérico de nosso ordenamento presente no artigo 5º, II, CF. A administração não tem fins próprios, mas há de buscá-los na lei, assim como, em regra não desfruta de liberdade, escrava que é da ordem jurídica”.¹⁸

Ainda, no caso da legalidade administrativa, a administração sequer pode agir senão nos casos em que a norma legal autoriza, estando, portanto, subordinada à lei. Se assim não fosse, poderiam, por exemplo, as autoridades administrativas impor obrigações aos administrados, independentemente do que consta na lei. É daí que decorre a imposição de atuação nos estritos limites da lei.¹⁹

A administração, portanto, fica adstrita à lei, devendo observá-la a risca, colocando-a em prática sempre. É por isso que desde o presidente da república até o mais modesto dos servidores públicos apenas podem atuar conforme normas editadas pelo poder legislativo. De outro lado, impede a atuação personalista dos agentes. Opõe-se, portanto, a todo o poder autoritário e tem a idéia da soberania popular que exalta a cidadania. É que ele surge do povo que é o detentor do poder geral.²⁰

Como se pode ver, o princípio da legalidade, no momento em que permite a atuação do poder público apenas nos estritos limites da norma jurídica posta, acaba por proteger o administrado dos atos e abusos de poder

¹⁸ OLIVEIRA, Heletícia, *O princípio da legalidade na administração pública*. Em <http://jusvi.com/artigos/28866> - acesso 02 de março de 2010, às 15h37min.

¹⁹ IURCONVITE, Adriano dos Santos, *O princípio da legalidade na Constituição federal*. Em http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2647/O_PRINCIPIO_DA_LEGALIDADE_NA_CONSTITUICAO_FEDERAL - acesso 02 de março de 2010, às 15h27min.

²⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 72/73.

executados por parte da administração. A lógica diverge entre administração e administrado. A primeira atua sempre nos casos permitidos pela lei, sendo que este último atua salvo empecilho da lei.

3.2 - Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade está ligado ao que preceitua o artigo 5º, I, da Constituição brasileira de 1988²¹, isso como desdobramento do princípio da igualdade, devendo o administrador buscar sempre o interesse público, deixando de lado privilégios pessoais.

Este princípio aparece em outros dispositivos constitucionais e legais. No momento em que, no artigo 37, II, da Carta de 1988 exige, para o preenchimento de cargo público, a aprovação em concurso público, na verdade também consagra o princípio da impessoalidade. O faz também quando preceitua que as aquisições, compras e etc., realizadas pela administração dependerão, necessariamente, de licitação, sem se poder, portanto, privilegiar a quem quer que seja. A disputa, tanto em um caso como no outro, deve ser em igualdade de condições.

O princípio da impessoalidade proíbe, também, que governo, partido ou quem quer que seja, vincule sua marca pessoal à administração. Se ela atua de forma impessoal, não há como tolerar que alguém ou alguma empresa ou instituição se utilize da administração para fins de propaganda ou privilégio individual. Nestes casos, como já dito supra, estar-se-á infringindo a norma constitucional que trata da igualdade de condições e até mesmo, quem sabe, interferindo-se na ordem econômica em se tratando de privilégio à empresa privada.

No mesmo sentido do versado supra, Celso Antônio Bandeira de Melo aduz que o princípio da impessoalidade não é senão o da igualdade e da isonomia, consoante artigos 37, cabeça e 5, cabeça, da CF/88. Este princípio afasta a possibilidade de nomeação de parentes e desfavorece as perseguições pessoais por parte dos servidores e mantém as questões ideológicas longe do setor público.²²

Por fim, interessante aduzir ainda que é do princípio da moralidade, também, que surge o princípio da impessoalidade, quando impede se esten-

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...].

²² MELO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de direito administrativo*, cit., 84.

dam privilégios a determinadas pessoas ou grupos sem qualquer justificação ou processo seletivo próprio.²³

3.3 - Princípio da moralidade

O princípio da moralidade administrativa é outro dos princípios relevantes à administração pública. É difícil estabelecer o que fere à moral administrativa, mas é perfeitamente possível mapear o que é e o que não é “moral” no âmbito da administração.

Por exemplo não é moral nomear um amigo para ocupar um cargo de chefia ou de gestão de uma empresa estatal, salvo os casos em que há comprovada competência funcional e intelectual, o que até confirmaria a regra.

Diógenes Gasparini aduz que o princípio da moralidade administrativa faz-se bem presente nos casos de licitação e contratos administrativos. Para ele

“Não se pode imaginar que a Administração Pública, através de seus servidores, pudesse conluiar com os prováveis futuros contratados para estabelecer um preço maior, para dar alguma vantagem a este ou aquele, em prejuízo do interesse público. Se assim agisse além de afrontar os princípios da igualdade – porque estaria dando tratamento desigual àqueles que deveriam receber tratamento igual – e da legalidade – pois estaria pagando um preço maior quando a lei exige que o pagamento seja pelo menor preço –, ainda afrontaria, em especial, o princípio da moralidade administrativa, que veda qualquer ato ou comportamento que não se afeição à conduta do homem probo, do homem honesto”.²⁴

Note-se que o princípio da moralidade é novo. Foi introduzido pela Constituição brasileira de 1988, isso porque, antes, o princípio da moralidade estava subsumido no princípio da legalidade. Ele parte da moral geral, honestidade, probidade, e agrega traços específicos vindos da prática administrativa quando da execução dos serviços públicos. Este princípio, tendo por base, por evidente, questões de ética e retidão, atende à finalidade

²³ NONOHAY, Daniel Souza de, *Imperativos constitucionais e princípios aplicáveis à administração pública*, cit., p. 176

²⁴ GASPARINI, Diógenes, *Princípios e normas gerais*. Em http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini1.htm - acesso 02 de março de 2010 às 16h06min.

administrativa que é a do bem comum.²⁵

3.4 - Princípio da publicidade

Os atos, decisões, obras, intimações e serviços públicos, para terem validade, dependem, necessariamente, da publicidade. De nada adianta observar-se o que preceituam os demais princípios da administração e tomar as decisões “às escuras”. Estas decisões, na verdade, são “*não-decisões*”, pois que infringem o princípio da publicidade administrativa, traçado no artigo 37, cabeça, da CF/88.

Nas entidades privadas vigora o princípio da não-publicidade. Há interesses econômicos e de mercado que devem ser respeitados que impedem que determinados atos privados sejam públicos. Há também interesses pessoais de preservação de intimidade, imagem, honra, que fazem com que o privado possa (e deva) muitas vezes ocultar-se.

Esta regra, contudo, não serve para a administração. Não se pode ocultar os atos da administração. O serviço público prestado ou a ser prestado, as licitações e concursos, devem aparecer. É pela publicidade que a população fiscaliza a administração. É por ela que há concorrência aos cargos oferecidos e à realização de obras públicas. É a publicidade que permite a fiscalização, pelo povo, dos atos de poder. Talvez seja a publicidade o princípio mais democrático da administração pública.

Por fim, interessante o que diz Bobbio sobre a publicidade. Para ele o verdadeiro momento de reviravolta na transformação do Estado moderno de absoluto para de direito é a publicidade dos atos de poder.²⁶

3.5 - Princípios constantes da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul

São princípios da administração pública do Estado do Rio Grande do Sul a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, a legitimidade, a participação, a razoabilidade, a economicidade, a motivação.

Como se pode ver, no caso do Estado do Rio Grande do Sul, embora não conste referência expressa ao princípio da eficiência, estaria ele subsumi-

²⁵ NONOHAY, Daniel Souza de, *Imperativos constitucionais e princípios aplicáveis à administração pública*, cit., p. 166/169.

²⁶ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira – São Paulo : Paz e Terra, 2000, p. 117

do no princípio da economicidade, sem se perder de vista a aplicação, também a este ente, do que preceitua o artigo 37, cabeça, da CF/88.

Para melhor esclarecer, segue o texto dos artigos 19, 20, 22 e 24 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Nestes artigos se pode bem visualizar, além dos princípios explícitos, a aplicação de alguns deles, como por exemplo o da publicidade, constante do artigo 24.

Preceitua a Constituição estadual:

“Art. 19 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõe, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação e o seguinte:

I - os cargos e funções públicos, criados por lei em número e com atribuições e remuneração certos, são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos legais;

II - a lei especificará os cargos e funções cujos ocupantes, ao assumi-los e ao deixá-los, devem declarar os bens que compõem seu patrimônio, podendo estender esta exigência aos detentores de funções diretivas e empregos na administração indireta;

III - a administração pública será organizada de modo a aproximar os serviços disponíveis de seus beneficiários ou destinatários;

IV - a lei estabelecerá os casos de contratação de pessoal por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

V - a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

§ 1º - A publicidade dos atos, programas obras e serviços, e as campanhas dos órgãos e entidades da administração pública, ainda que não custeadas diretamente por esta, deverão ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, nelas não podendo constar símbolos, expressões, nomes, “slogans” ideológicos político-partidários ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou de servidores públicos.

§ 2º - A ação político-administrativa do Estado será acompanhada e avaliada, através de mecanismos estáveis, por Conselhos Populares, na forma da lei.

Art. 20 - A investidura em cargo ou emprego público assim como a admissão de empregados na administração indireta e empresas subsidiárias dependerão de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos de provimento em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração. [...]

Art. 22 - Dependem de lei específica, mediante aprovação por maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa: [...].

Art. 24 - Será publicado no Diário Oficial do Estado, em observância aos princípios estabelecidos no art. 19, além de outros atos, o seguinte: [...]"

Feita esta referência, necessária para melhor aclarar o tema, de onde se pode constatar que, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, o rol de princípios da administração é mais amplo, que dá maior garantia ao cidadão, passa-se a analisar o princípio da eficiência de forma mais detida. É sob a ótica deste princípio que será analisado o sistema Bacen-Jud.

4. Do princípio da eficiência administrativa

Daniel de Souza de Nonohay assevera que o princípio da eficiência é implícito à administração pública, à atividade administrativa, pois que está ligado à persecução do bem comum. Ele acrescenta que este princípio transcende à norma legal, existindo independentemente dela.²⁷

Preceitua o artigo 37, cabeça, da CF/88 que “*a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*”. Note-se que a redação deste artigo é fruto da Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998.

A alteração deste dispositivo da Constituição trouxe, entre outras coisas, a inclusão do conceito de eficiência administrativa como princípio constitucional da administração pública.

²⁷ NONOHAY, Daniel Souza de, *Imperativos constitucionais e princípios aplicáveis à administração pública*, cit., p. 179.

Alexandre de Moraes, sobre o princípio da eficiência, aduz:

“ [...], *princípio da eficiência* é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.”²⁸.

De outro lado, para complementar, o princípio da eficiência administrativa estabelece que toda a ação administrativa deve ser orientada para a concretização material e efetiva da finalidade estabelecida na lei, segundo o que consta do regime administrativo.²⁹

Há quem diga, contudo, que não há falar em princípio da eficiência. Seria ele consequência do bom desempenho da atividade administrativa, uma espécie de finalidade administrativa.

Neste sentido ensina Gustavo Vettorato

“Alguns autores, ainda, nem aceitaram a *eficiência* como princípio administrativo constitucional, considerando-o como simples consequência de uma boa administração, servindo a sua nomeação no art. 37, após a Emenda Constitucional 19/1998, apenas como forma dar desculpas à população. MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES expõe a sua opinião: “Inicialmente cabe referir que a *eficiência*, ao contrário do que são capazes de supor os procederes do Poder Executivo Federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido- salvo se deixou de ser em recente gestão pública – *finalidade* da mesma Administração. Nada é *eficiente* por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifes-

²⁸ MORAES, Alexandre de, *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98*, São Paulo; Atlas, 3. ed., 1999, p. 30

²⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha, *Eficácia administrativa na Constituição federal*, cit., p. 168.

ta incompetência não tiver um paradeiro” Entre os fundamentos de seus argumentos, ele indica CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que cita: “Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’”. Concordamos em parte com os dois ilustríssimos autores quanto ser a *eficiência algo mais do que desejável*, bem como fazer parte do *princípio da boa administração*. Entretanto, entendemos o *princípio da eficiência* como princípio de atuação sobre o ato discricionário de natureza semelhante aos princípios da racionalidade e moralidade (também provindos do *princípio da boa administração*), porém todos são aplicados diferentemente sobre o ato administrativo e, por isso, são diferentes entre si. E outro motivo a embalar-nos pela crença da sua existência como princípio específico (que também é um dever como todos os outros princípios da administração pública) é o reconhecimento de toda uma massa de doutrinadores, e, também, da própria jurisprudência que tem pronunciamentos sobre o assunto desde 1954. (destaques no original)³⁰.

Boa ou ruim, não se pode dizer ao certo. O que se sabe é que esta alteração, fruto das modernas políticas liberais, permitiu se criassem as agências reguladoras, que afastaram da comunidade e de seus representantes, entenda-se deputados e senadores, o controle de atividades e serviços essenciais à coletividade.

³⁰ VETTORATO, Gustavo, *O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade*. Em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4369> - acesso 02 de março de 2010, às 16h42min.

Note-se que quem decide preço de tarifas, formas de atuação e gestão no campo das telecomunicações, energia elétrica e petróleo, por exemplo, atividades essenciais ao desenvolvimento da sociedade, são estas agências, cujos gestores não mantêm contato direto com a população.

No dizer de Cristiano Martins Carvalho

“As agências reguladoras que são dotadas de autonomia política, financeira, normativa e de gestão, adotaram o modelo de formar conselhos compostos por profissionais altamente especializados em suas áreas, com independência em relação ao Estado, e com poderes de mediação, arbitragem e de traçar diretrizes e normas, com o objetivo de adaptar os contratos de longo prazo realizados a eventuais acontecimentos imprevisíveis no ato de sua lavratura”.³¹

Bresser Pereira comprova, quando fala das agências reguladoras, nominadas por ele de “agências autônomas” que elas cuidarão de atividades exclusivas de Estado, tendo um dirigente nomeado pelo respectivo ministro, que negociará o contrato de gestão. Estabelecidos os objetivos e indicadores de desempenho (quantitativos e qualitativos), o dirigente terá ampla liberdade para gerir o orçamento global recebido, administrando os empregados com autonomia no que diz respeito à admissão, despedida e pagamento, efetuando compras conforme critérios de licitação.³²

Daí se pode constatar que uma vez criadas as agências reguladoras, reduziu-se o espaço para o debate democrático no que tange aos serviços e bens essenciais à coletividade. São os técnicos quem decidem a forma de atuar, preços fixados, e estratégias de gestão. A população apenas assiste e usufrui, sem poder decidir ou dizer nada.

Sobre este tema interessante chamar à discussão Jürgen Habermas. O filósofo alemão aduz que apenas através do debate democrático, onde todos os argumentos são considerados, vindos de pessoas com o mesmo nível de entendimento é que legitimam o direito³³. A sociedade se sente mais sociedade atuando de forma intersubjetiva, pois que aquilo que está decidido é fruto do processo comunicativo em que vence o melhor argumento. Esta racionalidade aproxima

³¹ CARVALHO, Cristiano Martins, *Agências reguladoras*. Em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2654> - acesso 02 de março de 2010, às 16h43min.

³² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, *Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil*. Em revista Serviço público, ano 49, número 1, janeiro a março de 1998, p. 23.

³³ HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia. Entre facticidade e validade I e II*, Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 2003.

os cidadãos e insere neles o poder de decidir o que querem e como querem. Isso, contudo, não faz parte da realidade administrada por agências reguladoras.

Contudo o objeto da discussão deste texto não é a parte perversa do princípio da eficiência administrativa, senão aquilo que ele pode efetivamente contribuir para a atuação de servidores públicos e serviços do Estado.

5. Do sistema Bacen-Jud

No âmbito da justiça do trabalho é praxe a realização de pesquisa e bloqueios de conta bancárias dos devedores junto ao sistema nominado Bacen-Jud. Este sistema fruto de um convênio do poder judiciário brasileiro com o banco central do Brasil, tem o propósito de facilitar a execução junto aos ativos financeiros constantes de contas correntes dos devedores em processos judiciais, atividade que era realizada, antes, por ofícios individuais dirigidos a cada uma das agências bancárias onde se suspeitava que o devedor tivesse crédito.

Para que se tenha uma idéia, o sistema Bacen-Jud envia um comunicado às instituições financeiras bloqueando os valores e os disponibilizando ao magistrado que os bloqueia. Estes valores podem ser transferidos ou liberados, conforme necessidades do processo. A praticidade e agilidade, economia de procedimentos e eficiência seria evidente, não fosse o “mundo do ser”.

Mas o que é o sistema Bacen-Jud?

O sistema Bacen-Jud é fruto de um convênio, como dito, firmado pela justiça brasileira com o banco central do Brasil e que tem por base a rede de informações do banco central, Sisbacen. A definição do Sisbacen consta do artigo 1º da circular 3.232, de 24 de março de 2004, do banco central.

“Art. 1º O Sisbacen - Sistema de Informações Banco Central - é um conjunto de recursos de tecnologia da informação, interligados em rede, utilizado pelo Banco Central do Brasil na condução de seus processos de trabalho, de forma a: I - prover o Banco Central do Brasil de instrumentos de tecnologia da informação para o cumprimento da sua missão institucional; II - facilitar a captação, o tratamento e a divulgação de informações de interesse do Banco Central do Brasil, relativamente às instituições objeto da sua ação controladora, reguladora e fiscalizadora; III - dis-

ponibilizar para órgãos e entidades do Poder Público, bem como a pessoas físicas e jurídicas, informações constantes das suas bases de dados e de interesse desses entes, observados os preceitos de sigilo que legalmente as envolvem”³⁴.

Como se pode constatar o propósito do sistema é facilitar e agilizar a prestação de serviços por parte do banco central do Brasil, facilitando o acesso por parte do poder público às informações bancárias necessárias ao exercício da cidadania e de interesse geral.

No regulamento do Bacen-Jud consta que:

“Art. 13. As ordens judiciais de bloqueio de valor têm como objetivo bloquear até o limite das importâncias especificadas e são cumpridas com observância dos saldos existentes em contas de depósitos à vista (contas correntes), de investimento e de poupança, depósitos a prazo, aplicações financeiras e demais ativos sob a administração e/ou custódia da instituição participante. § 1o Essas ordens judiciais atingem o saldo credor inicial, livre e disponível, apurado no dia útil seguinte ao que o arquivo de remessa for disponibilizado às instituições responsáveis, sem considerar créditos posteriores ao cumprimento da ordem e, nos depósitos à vista, quaisquer limites de crédito (cheque especial, crédito rotativo, conta garantida etc). [...]”³⁵

A forma de execução do convênio, seus agentes operadores, beneficiários, e limites de constrição e liberação de valores constam nesta resolução bem como no convênio firmado entre o banco central do Brasil e o poder judiciário, no caso específico o tribunal superior do trabalho (TST). Isso, entretanto, embora a estatística aponte um envio de quase quatro milhões de requisições eletrônicas em 2009, contra pouco mais de seis mil em 1998³⁶, ano em que ainda não se podia utilizar o sistema, a eficiência e a eficácia deste sistema podem e devem ser questionadas.

Primeiro: não há dados concretos, mas a prática judiciária permite se conclua que o número de bloqueios efetuados, no caso da justiça do trabalho em 2009, mais de um milhão e setecentos mil, não são compatíveis com o êxi-

³⁴ www.bacen.gov.br

³⁵ www.bacen.gov.br

³⁶ www.bacen.gov.br

to da proposta. Explica-se: para efetuar um bloqueio junto ao sistema Bacen-Jud é necessário o cadastramento do magistrado e disponibilização de senha. De posse da senha é permitido o acesso ao sistema e o bloqueio. Para resumir, o procedimento leva em média cinco minutos por processo. Até aí tudo bem.

O interessante são os resultados. Na grande maioria das vezes há êxito apenas quando os bloqueios são direcionados a contas-salário, contas-aposentadoia, na maioria das vezes fruto do redirecionamento de execuções trabalhistas junto aos sócios ou ex-sócios das empresas. No que tange as pessoas jurídicas em geral, há apenas sucesso quando o bloqueio se destina a aquelas que costumam cumprir com suas obrigações perante a justiça do trabalho e que indicam contas-correntes específicas para a constrição. O devedor contumaz, aquele que efetivamente não paga, dificilmente é surpreendido por qualquer constrição.

Daí de pode concluir que efetuar bloqueio via convênio Bacen-Jud em todos os processo de execução antes de arquivá-los (recomendação esta vinda da ata da correição ordinária realizada no tribunal regional do trabalho da 4ª região, no período de 15 a 19 de junho de 2009, pelo Ministro Corregedor-Geral da justiça do trabalho, *Carlos Alberto Reis de Paula*, item 45.3³⁷), acabará por tomar uma quantidade exorbitante de tempo útil do magistrado, sem resultado positivo, tornando ineficiente os serviços prestados por este agente público.

O certo seria deixar a critério do juízo a adoção ou não dos procedimentos constantes do convênio. No momento em que o magistrado sentir que efetivamente pode haver algo a bloquear, emitir a ordem. Do contrário, haverá trabalho desnecessário junto às secretarias da justiça do trabalho, ferindo o princípio da eficiência administrativa, consagrado pelo artigo 37, cabeça, da CF/88.

Uma vez disponível o sistema Bacen-Jud, cabe a quem o opera na prática, no primeiro grau de jurisdição, decidir quando da conveniência e oportunidade na utilização dele, sem qualquer interferência das corregedorias e conselho nacional de justiça, dispensando que o tribunal superior do trabalho ou o conselho nacional de justiça legislem a respeito exigindo a utilização do

³⁷ **45.3. RECOMENDAÇÕES À CORREGEDORIA-REGIONAL:** Recomendou: [...] 9ª) orientasse os Juízes de 1ª Instância no sentido de que: a) não determinem o arquivamento definitivo dos autos sem antes assegurarem-se de que não há depósito recursal cuja liberação impõe-se à parte; b) após a liquidação da sentença transitada em julgado, em que se apure crédito de valor inequivocamente superior ao do depósito recursal, houvesse imediata liberação deste em favor do credor, determinada de ofício ou a requerimento do interessado, condicionada à comprovação do valor efetivamente recebido, em prazo assinado, ordenando-se a seguir o prosseguimento da execução apenas pela diferença; c) por intermédio da nova versão do Sistema BACEN JUD, promovam consulta sobre o atual endereço do devedor antes do envio dos autos ao arquivo provisório; e d) esgotassem, de ofício, todas as medidas necessárias à satisfação do crédito exequendo, renovando-se a ordem de bloqueio por intermédio do BACEN JUD, quando frustrada a primeira tentativa; [...]”.

sistema. Deve ele ser mais uma ferramenta em benefício da cidadania e da efetividade da execução e não um procedimento obrigatório para dar falsa noção de que cada um está cumprindo com seu dever.

6. Conclusão

O convênio Bacen-Jud é por demais importante a fim de agilizar a execução e dar a cada um o que é seu. É uma forma rápida e fácil, acessível até, de solução de processos judiciais.

Contudo, a utilização discriminada, sem critérios, destinada a todo e qualquer processo judicial em execução não é recomendável. Haverá, nestes casos, muito custo e pouco resultado, já que, na grande maioria dos casos, o magistrado que atua em determinada comarca conhece a realidade posta e sabe perfeitamente quando o sistema será operante.

Note-se, não se está defendendo o fim do convênio, mas a utilização, por uma questão de eficiência administrativa, de forma racional e coerente do convênio. É esta coerência, ao encargo do magistrado que efetivamente poderá concretizar o direito fundamental constante do artigo 5º, LXXVIII, da CF/88³⁸, dar a cada um o que é seu da melhor forma possível e no menor tempo. Exigir, por recomendações, a adoção do sistema Bacen-Jud acaba por atrasar a execução dos demais processos, em proveito de algo que não terá efeito e que o magistrado sabe que de nada servirá.

Defender procedimentos inócuos e sem propósito permitem que o devedor contumaz se afaste ainda mais do dever de pagar e torna a prestação jurisdicional ainda mais morosa. Se ao judiciário cabe dar a cada um o que é seu, que o faça de forma efetiva.

³⁸ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira – São Paulo : Paz e Terra, 2000;

CAMINO, Carmen, *Direito individual do trabalho*, Porto Alegre; Síntese Editora, 3ª Edição, 2003;

CARVALHO, Cristiano Martins, *Agências reguladoras*. Em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2654>;

DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, Paris; Éditions Cujas, 3eme. Édition, 1971;

FRANÇA, Vladimir da Rocha, *Eficácia administrativa na Constituição federal*. Em Revista de direito administrativo número 220, Rio de Janeiro;

GASPARINI, Diógenes, *Princípios e normas gerais*. Em http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini1.htm;

GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, São Paulo; Saraiva, 14ª ed., 2009;

IURCONVITE, Adriano dos Santos, *O princípio da legalidade na Constituição federal*. Em http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2647/O_PRINCIPPIO_DA_LEGALIDADE_NA_CONSTITUICAO_FEDERAL;

HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia. Entre facticidade e validade I e II*, Rio de Janeiro, Editora Tempo Brasileiro, 2003;

MELO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de direito administrativo*, São Paulo; Malheiros, 13ª edição, 2001;

MORAES, Alexandre de, *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98*, São Paulo; Atlas, 3. ed., 1999;

NONOHAY, Daniel Souza de, *Imperativos constitucionais e princípios aplicáveis à administração pública. Uma análise voltada ao direito do trabalho*.

Em cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Estudos sobre administração judiciária. Reflexão dos magistrados sobre a gestão do poder judiciário, número 02, 2009;

OLIVEIRA, Heletícia, *O princípio da legalidade na administração pública*. Em <http://jusvi.com/artigos/28866> ;

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, *Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil*. Em revista Serviço público, ano 49, número 1, janeiro a março de 1998;

SÜSSEKIND, Arnaldo, *Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro; Renovar, 2002;

SCHWARZ, Rodrigo Garcia, *Direito do trabalho*, Rio de Janeiro; Elsevier, 2ª edição, 2009;

VETTORATO, Gustavo, *O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade*. Em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4369>;

www.bacen.gov.br

www.planalto.gov.br;

www.trt4.jus.br;

www.tst.jus.br;

Ata de correição da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho.

LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES Y SU INFLUENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PAISES

Ramiro Anzit Guerrero

1. Introducción

Intentar analizar la importancia de las Instituciones Internacionales (ONU, OEA, OTAN, Mercosur, OPEP, CPI, etc.) en este preciso momento de la historia es hartamente complicado. Para ello, se comenzará enmarcando a las Instituciones Internacionales en un contexto no temporal y más relacionado con los grandes cambios acontecidos durante el último siglo.

Se abordará el presente análisis tomando las investigaciones llevadas a cabo por diferentes autores, los cuales no necesariamente comporten criterios respecto a este tema, lo que hace más rico el debate. Antes de hablar de Instituciones Internacionales se debe circunscribir el campo de observación a aquellas entidades que están conformadas por diversos actores de diferentes Estados con uno o unos fines comunes.

Las instituciones Internacionales están estrechamente ligadas a momentos críticos de la historia¹ en los cuales se hizo imprescindible un cambio en el orden mundial². Estos cambios de orden estuvieron enlazados a la finalización de grandes contiendas bélicas (Ej. 1919, 1945)³, las cuales obligaron a reedificar las estructuras sobre las que se venían desarrollando, hasta ese momento, las relaciones entre los Estados.

2. Importancia de las Instituciones Internacionales

Hecha esta introducción, se puede comenzar a analizar a las Institucio-

Ramiro Anzite Guerrero es Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Magíster en Estudios Estratégicos (INUN). Abogado (USAL). Profesor Titular de grado y Posgrado de la Universidad del Salvador; Profesor Titular y Coordinador del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino.

¹ Díez de Velasco Vallejo, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*. Editorial Tecnos. Madrid, 1997.

² Chomsky, Noam *El Nuevo Orden Mundial (y el Viejo)*. Crítica. Barcelona, 1996.

³ Anzit Guerrero, Ramiro. *Temas de Seguridad Internacional*. SyD. Buenos Aires, 2006.

nes internacionales. Una primer visión, obliga a encarar a estas de acuerdo a como surgieron. Como primera afirmación se puede expresar que las instituciones internacionales surgen como el esqueleto que sostiene a la cooperación internacional. Pero ¿qué es la cooperación?

Para entender a que se hace referencia con *Cooperación*, se debe abordar dos conceptos fundamentales como son la armonía y la discordia: La primera se refiere a una situación en la que las decisiones de los actores, al buscar su propio interés, ayudan a la concreción de logros en otro actor. En el caso de la discordia sería una situación en la cual los gobiernos piensan que las políticas ‘del otro’ obstaculizan el logro de las metas propias. La discordia lleva a un actor a querer convencer a otro de que cambie sus políticas.

Es aquí donde la idea de cooperación se hace presente, representando a la negociación resultante de la falta de armonía. Como se destaca, la cooperación se produce por negociación cuyo fin es que la falta de armonía, por la cual las políticas de uno tiene consecuencias negativas en el otro, tenga carácter benigno y equilibrado. La cooperación se hace por medio de la coordinación de políticas.

Si, en el marco de un régimen internacional un Estado no está dispuesto a adaptar sus políticas a los objetivos de todos, se produce discordia.

Para resumir, la armonía es apolítica, no se necesita comunicación ni ejercer influencia sobre otro actor. La cooperación es política, debe alterar los esquemas de conducta utilizando el medio que sea necesario. La cooperación no significa ausencia de conflicto, refleja los esfuerzos por superarlo o evitarlo. Esto no ocurre en armonía. Cuando se coopera se habla de una reacción ante el conflicto.

Estos conceptos acercan un poco más a la noción de Institución Internacional, tal como fue concebida por la Sociedad de las Naciones y tantos otros organismos. Ante una primera mirada se puede observar, como estas son un esfuerzo por lograr entendimientos entre actores (en este caso Estados) minimizando los costos que implica la negociación bilateral directa. A esta cuestión de la importancia de las Instituciones se hará referencia en el punto 1.8.3.

3. Tipos de Instituciones Internacionales

Los institucionalistas neoliberales dicen que la capacidad de los Estados para comunicarse y cooperar depende de las instituciones hechas por el ser humano, las cuales varían en su historia, temas, naturaleza y fuerza.

Para comprender mejor la naturaleza de las instituciones y su verda-

dera importancia se debe hacer una distinción entre los distintos tipos de Instituciones Internacionales.

En primer lugar están los organismos intergubernamentales formales y organismos no gubernamentales internacionales.

En segundo lugar están los regímenes internacionales, los cuales merecen un análisis particular debido a su gran importancia en las relaciones interestatales, análisis que será desarrollado en el punto 1.8.4. Son un concepto más amplio que los anteriores ya que en éstos se enmarcan las relaciones internacionales.

Por último están las convenciones, éstas son instituciones informales con reglas y entendimientos implícitos que reflejan las expectativas de los agentes. Les permite entenderse y coordinar su comportamiento.

De esta manera se puede decir que las Instituciones Internacionales son importantes para las acciones de los Estados, porque de alguna manera neutralizan los incentivos que se oponen a los mismos. Es así como las Instituciones permiten tomar a los Estados decisiones que de otra manera serían impensadas.

Las instituciones tienen además una función regulatoria ya que ayudan a determinar, como se interpretan las acciones y como definir intereses.

En algunos casos las instituciones no necesariamente ayudan a la cooperación, pero todos los esfuerzos de cooperación tienen lugar dentro de un marco institucional.

Una manera de entender la importancia de las instituciones es analizar el cambio institucional y como este afecta las relaciones entre los actores.

Se puede hacer una diferenciación de dos acepciones cuando se hace referencia al término 'Instituciones':

- De modelo general: entendimientos o aceptaciones muy generales (idea de soberanía, diplomacia). Normas aplicables a múltiples situaciones.

- De arreglo particular: son específicas (Iglesia, un acuerdo, etc.). Estas son tomadas para los análisis de importancia.

Ambas tienen en común que se refieren a conjuntos de reglas persistentes que establecen maneras de comportamiento, restringen actividades y arman expectativas. En el caso de las de *modelo general*, son más heterogéneas pues están compuestas por muchas entidades, y cada una puede ser a su vez una institución.

Cuando se hace referencia a las de *arreglo particular*, se esta hablando de instituciones específicas, éstas pueden definirse por sus reglas. Pueden ser implícitas o explícitas, formales o informales. Las reglas deben ser durables y dar patrones de comportamiento además de restringir actividades y proporcionar expectativas.

4. Visiones sobre la Importancia de las Instituciones Internacionales

Existen dos corrientes de pensamiento respecto a la importancia y origen de la Instituciones:

Las teorías *Racionalistas*, respecto de las instituciones específicas, dicen que estas afectan los costos de transacción (costos de especificar y hacer cumplir los contratos) y la incertidumbre. Según éstos, con las instituciones los costos son más bajos que con el simple intercambio.

Esta teoría señala que la influencia de las instituciones está relacionada con el ‘tamaño’ de los beneficios anticipados que esta supone. Sin beneficios anticipados no habría instituciones. Este pensamiento no explica completamente todos los casos de surgimiento de instituciones y puede que tenga demasiada simulación en sus supuestos.

Por otro lado, las Teorías *Reflexivas* consideran que las instituciones no surgen tan conscientemente. Desde el parámetro de los beneficios las explicaciones tienen ciertos obstáculos que no pueden superar. Esta teoría remarca el factor cultural, que no mencionan los racionalistas para quienes las instituciones previas, generan incentivos y restricciones que afectarán la emergencia o evolución de las que vendrán después.

De modo que la dinámica endógena es la que las teorías racionalistas no analizan, con esto se entiende a la reflexión individual y social que lleva a cambios en las preferencias o en los puntos de vista de la causalidad.

5. Los Regímenes Internacionales

Como se expresó antes, se debe otorgar particular atención a cierto tipo de instituciones que son los regímenes internacionales⁴.

Para una mejor comprensión de la temática, cabe aclarar que cuando se habla de regímenes internacionales se hace referencia a un conjunto de principios, normas, reglas y mecanismos de toma de decisión alrededor

⁴ Puig, Juan Carlos. *Régimen de la Comunidad Internacional*. Depalma. Buenos Aires, 1974.

de los cuales convergen las expectativas de los actores en un área dada. Por principios se entiende creencias sobre hechos, causas, o ideas. Con normas se expresa estándares de comportamiento referidos a derechos y obligaciones. Reglas son permisos o prohibiciones, y mecanismos de toma de decisión son prácticas vigentes para implementar decisiones comunes.

Los principios y las normas son las características más importantes de un régimen, ya que pueden haber muchas reglas y procesos de toma de decisión que sean coherentes con un mismo régimen.

Krasner⁵ diferencia cambios ‘dentro’² del régimen y cambios ‘de’ régimen. Al primero se refiere como cambios en las reglas y procesos. Al segundo como alteraciones de los principios y las normas. Si los principios y las normas como las reglas y los procesos pierden coherencia entre sí o si la práctica es inconsistente con estos elementos, entonces se presenta un debilitamiento del régimen.

¿Cuál es la relación entre las capacidades originales de un actor y el régimen? ¿Cuáles son las causas que llevan a la formación, persistencia y disipación de un régimen?

Comenzando por la segunda pregunta se puede clasificar a las causas de esta forma:

Interés egoísta: se refiere al deseo de un actor de maximizar las utilidades sin incluir las ventajas de la otra parte.

Poder político: éste puede ser entendido de la siguiente forma:

a) Al servicio del bien común. El poder es utilizado para asegurar óptimos ingresos al sistema como un todo.

b) Al servicio de intereses particulares. Elemento para aumentar el propio poder o para maximizar propios resultados.

Normas o principios: Hasta este momento se los tomaba como elemento endógeno al régimen, pero puede haber otra lectura referida a normas y principios externos o de otros regímenes que son tomados por otro régimen.

Usos y costumbres: refuerzan los regímenes o facilitan su aparición,

⁵ Krasner, Stephen. *International Regimes*. Cornell University press. 1984.

² Cuando las normas y los principios son abandonados hay un cambio a un nuevo régimen o la desaparición del existente.

son patrones de comportamiento basados en prácticas actuales, usos, y costumbres de largo tiempo.

Conocimiento: históricamente tomado como factor externo, es útil para dilucidar las interacciones complejas que envuelven las relaciones.

A partir de lo expuesto, se deduce que los regímenes son una variable intermedia entre las capacidades de un actor y sus comportamientos y resultados en relación a los otros.

En referencia a la importancia del régimen se puede identificar cuatro teorías o visiones:

a) Estructuralistas convencionales: Estos le restan trascendencia a las instituciones.

b) Estructuralistas moderados: las instituciones importan pero bajo determinadas condiciones.

c) Estructural realista: orden de Estados soberanos tratando de aprovechar intereses y poder. Para esta teoría los regímenes surgen de acuerdos entre Estados jurídicamente iguales. En un sistema así, la función de los regímenes es coordinar el comportamiento de los Estados para obtener resultados deseados.

d) Grocianos: Dicen que los regímenes son inherentes a los patrones humanos de comportamiento. Son inmanentes de los sistemas políticos. Están en todas las áreas de las Relaciones internacionales. Los patrones de comportamiento están influenciados por las normas y éstas a su vez llevan a la formación regímenes y éstos a los patrones de comportamiento. Repudian la idea de que hay Estados soberanos, la seguridad no es el único objetivo del Estado y la fuerza no es el medio más efectivo. Reacción ante el realismo.

6. Críticas que se le efectúan a las Instituciones Internacionales

Partiendo de este análisis de regímenes como factor central del concepto de Institución Internacional, se abordará las críticas que reciben las mismas en el contexto contemporáneo, a la luz de los acontecimientos trascendentes que están teniendo lugar en la escena internacional y considerando las últimas visiones desarrolladas sobre las relaciones internacionales.

Un análisis original respecto a la posible identidad de los regímenes, se encuentra en John Ikemberry. Este autor contemporáneo desarrolló una idea particular sobre el rol de las Instituciones Internacionales surgidas a partir de 1945.

En su argumento, el cual trata de dar explicación a la pregunta de por qué no hubo un cambio de orden internacional después de la Guerra Fría, teniendo en cuenta que luego de las grandes guerras surgió un nuevo Estado líder, Ikemberry argumenta que esto no se dio luego de la Guerra Fría por dos motivos: El primero referido al potencial descomunal de EE. UU. frente a todos los demás Estados, diferencia de poder que no había sido tan desigual después de ninguna otra eclosión bélica. El argumento siguiente habla de lo que él llama ‘constitucionalismo hegemónico’, propiciado por los EE. UU.

Con este último concepto, señala que un sistema tiene como fin ‘autolimitar’ los retornos de poder que le brindan sus capacidades inconmensurables. Es decir controlar los beneficios que automáticamente podía recibir por ser el Estado hegemónico. Pero ¿para qué querría hacerlo? Aquí la respuesta es contundente:

Para que los demás Estados, pobres, no intentaran hacer lo que en Relaciones Internacionales se llama *balancing*, es decir, formar alianzas para equilibrar la distribución de poder. De modo que EE. UU. de esta manera lograba que los demás Estados no temieran que pueda cometer abusos de poder.

Para esto, aquí radica lo importante de la crítica de Ikemberry, tejió una red de Instituciones Internacionales y pactos bilaterales (éstos con bloques) a fin de ‘integrar’ a todos a los procesos que fueran a darse en los tiempos siguientes. A través de éstas instituciones, los Estados que participan lo hacen con la seguridad de que sus ideas son escuchadas y que el sistema internacional no será ya más testigo de excesos de poder.³

Para ello EE. UU promueve las democracias, salvo excepciones conocidas, ya que estas formas de gobierno son las más acordes al funcionamiento de estas instituciones. Otra característica es que estas instituciones son ‘pegajosas’, debido a que no permiten que un Estado que ingresa pueda salir de ellas con facilidad.

³ “ *In effect, constitutional agreements reduce the implication of ‘winning’ in international relations or they serve to reduce the returns to power*”. Ikemberry, John. *After Victory; The Problem of order*. Princenton University Press. New Jersey, 2002. P. 32.

⁶ Strange, Susan. *La Retirada del Estado*. Icaria Editorial. Madrid, 2001.

Retomando la crítica hecha por los estructuralistas, especialmente por Susan Strange⁶, ella habla de *régimen* como algo que obstaculiza las relaciones interestatales ya que éstos ‘ocultan’ las relaciones de poder que son la motivación del comportamiento en el sistema internacional. Los regímenes no tienen efecto, para ella no hay intermediario entre las capacidades de un Estado y su comportamiento o los resultados que este alcance.

7. Conclusiones

Se ha intentado abordar la cuestión sobre la importancia de las Instituciones Internacionales en el marco actual. Es sin dudas difícil acertar con precisión cuál es la verdadera razón de ser de las mismas pero sin duda son elementos necesarios para comprender la dinámica de las relaciones internacionales.

Algunos autores dirán que son muy importantes, otros que tienen importancia relativa y hay quienes les niegan trascendencia. Más allá de estos pensamientos las Instituciones Internacionales existen con sus virtudes y fallencias, y sea cual fuere su importancia el ser humano debe confiar en que se desarrollen en forma progresiva, pues en cuestiones relacionadas al desarrollo o a la pacificación de zonas de posguerra, éstas ejercen un rol fundamental aunque muchas veces se desconozca el alcance de sus logros.

Está también el factor social, con esto se quiere decir que la idea de *Institución* está arraigada en las jóvenes generaciones, que ven a éstas entidades como posibles caminos para cambiar las estructuras de poder sobre las cuales se desenvuelven las relaciones internacionales. Tanto como el rol del Estado, la cuestión de las Instituciones es una realidad que debe estar siempre entre los principios y los ideales más altruistas.

Al menos la propagación y discusión de ideas dentro de las Instituciones Internacionales, algo que parece tan frecuente en Occidente, es un paso importante hacia la construcción de un sistema más equitativo en la distribución de las riquezas, motivo central en la aparición de conflictos sociales en la tierra.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO: INTERPRETANDO-SE A EXPRESSÃO RELAÇÃO DE TRABALHO CONTIDA NO INCISO I DO ART. 114 DA CF

Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior¹

1. Introdução

Decorridos mais de cinco anos da Emenda Constitucional n. 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, algumas reflexões e ponderações são necessárias a respeito da matéria, sobretudo da jurisprudência. O estudo que estamos propondo será feito essencialmente a partir da pesquisa dos textos científicos apresentados logo após a alteração constitucional, sendo que alguns destes artigos inclusive foram desenvolvidos antes mesmos de termos a redação final da Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Isto porque entendemos que a jurisprudência que está sendo construída vai de encontro ao real sentido proposto na Emenda Constitucional em discussão, conhecida como a que estabeleceu a reforma do Judiciário.

Iremos focar o estudo no inciso I do art. 114 da Constituição Federal, a fim de buscarmos os elementos necessários para a configuração da relação de trabalho. Muito embora esteja em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei com intuito de regulamentar o inciso IX do artigo 114 da CF (projeto de lei nº 6.542, de 2006²), a discussão está longe de se encerrar, na medida em que o texto atual do re-

¹ Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região - Titular da Vara de Santana do Livramento; Especialista em Direito e Processo do Trabalho; mestrando em Direito pela PUC-RS; professor de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho.

² PROJETO DE LEI Nº 6.542, DE 2006. Regulamenta o inciso IX do art. 114 da Constituição Federal, para dispor sobre competências da Justiça do Trabalho referentes à relação de trabalho, e dá outras providências: Art. 1º. O art. 652 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea “e”: “Art.652... e) compete ainda ao juiz do trabalho processar e julgar os litígios decorrentes de relações de trabalho que, não configurando vínculo empregatício, envolvam, entre outras, as ações: I – resultantes de contrato de representação comercial ou de agenciamento e distribuição, quando o representante, agente ou distribuidor for pessoa física; II – de cobrança de quota-parte de parceria agrícola, pesqueira, pecuária, extrativa vegetal e mineral, em que o parceiro outorgado desenvolva seu trabalho direta e pessoalmente, admitida a ajuda da família; III – decorrentes de execução e de extinção de contratos agrários, entre o proprietário rural e o parceiro outorgado, quando este desenvolva seu trabalho direta e pessoalmente, ainda que com a ajuda dos membros da família; IV – de cobrança de honorários decorrentes de exercício de mandato oneroso, exceto os que se qualifiquem como relação de consumo, nos termos da Lei nº 8.078, de 1990; V – de cobrança de créditos de corretagem, inclusive de seguro, em face da corretora, em se tratando de corretor autônomo; VI – de cobrança de honorários de leiloeiros, em face da casa de leilões; VII – entre trabalhadores portuários e operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão de obra – OGMO; VIII – entre empreiteiro e subempreiteiro, ou qualquer destes e o dono da obra, nos contratos de pequena empreitada, sempre que os primeiros concorrerem pessoalmente com seu trabalho

ferido projeto estabelece apenas algumas espécies de relações de trabalho que serão da competência da Justiça do Trabalho, de maneira exemplificativa e não taxativa, ao dispor expressamente que a competência se dará para aquelas ações enumeradas em tal dispositivo, *dentre outras*. Logo, a polêmica permanece, continuando a ser objeto de estudo, inclusive deste ensaio, a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. Para tanto, necessariamente teremos que ingressar no exame das relações de consumo. Tentaremos demonstrar a competência da Justiça do Trabalho para dirimir também uma espécie de relação de consumo e, assim, as similitudes entre as relações de consumo e as relações de trabalho.

Para a melhor compreensão deste estudo, é importante conhecermos as razões que levaram o constituinte em proceder esta alteração de competência, ampliando significativamente a competência material da Justiça do Trabalho. A discussão, logo após a Emenda Constitucional nº 45/04 foi intensa, muitos entendendo que a ampliação da competência tinha como propósito descaracterizar a Justiça do Trabalho e, também, o Direito do Trabalho, na busca da flexibilização das normas trabalhistas, protetivas dos trabalhadores. Em sentido contrário, houve também os defensores de uma espécie de valorização do Judiciário Trabalhista, com o direcionamento das lides que envolvam o mundo do trabalho de uma forma geral à Justiça do Trabalho.

A ampliação da competência trouxe uma alteração significativa no contexto do Poder Judiciário Trabalhista, acarretando uma mudança de prisma na análise dos litígios ocorridos nas relações de trabalho de um modo geral, fazendo com que os Juízes do Trabalho se adaptem a estas mudanças, na medida em que não mais estarão com a responsabilidade de solucionarem apenas os litígios decorrentes das relações de emprego, mas, de maneira bem mais ampla, todos os litígios que envolvem uma prestação de trabalho por uma pessoa física a outrem. Este é o estudo que se propõe, a fim de que a ampliação da competência seja saudada como algo benéfico, fazendo com que o mesmo julgador resolva esta gama mais ampla de litígios ocorridos nas relações de trabalho, sempre tendo como norte a defesa da dignidade do trabalhador, na busca da redução das desigualdades sociais e na valorização do trabalho humano.

para a execução dos serviços, ainda que mediante o concurso de terceiros; IX – entre cooperativas de trabalho e seus associados; X – de conflitos envolvendo as demais espécies de trabalhadores autônomos, tais como encanador, eletricista, digitador, jardineiro, entre outros. Art. 2º Ficam revogados os incisos III e V da alínea “a” do art. 652 da Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

2. Os objetivos buscados com a ampliação da competência

Dispõe o inciso I do artigo 114 da Constituição Federal que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Dentre todas as alterações da redação anterior do citado artigo 114, advindas da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, talvez a mais polêmica e a que tenha suscitado maior debate seja esta, ao ampliar a competência da Justiça do Trabalho para também dirimir os conflitos oriundos de uma relação de trabalho e não mais, apenas, os litígios decorrentes de uma relação de emprego, como se via anteriormente, ao menos como regra geral.

Logo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em dezembro de 2004, conhecida como a emenda da reforma do Judiciário, a primeira grande discussão surgida teve como tema central o propósito desta ampliação de competência da Justiça do Trabalho. Quais seriam os objetivos desta ampliação da competência? Prestigiar e valorizar este ramo especializado do Judiciário, atribuindo-lhe também a missão de resolver os conflitos oriundos das relações de trabalho e não mais apenas das relações de emprego? Ou então descaracterizar as diretrizes centrais da Justiça do Trabalho, criada inicialmente com o propósito de resolver os litígios entre empregado e empregador, na defesa do Direito do Trabalho e dos direitos dos trabalhadores, com o esvaziamento dos seus princípios basilares?

Várias foram as vozes que sustentaram a tentativa oculta de se desmoralizar a Justiça do Trabalho, em razão do caos que iria se instalar com este deslocamento de competência, acarretando uma elevação desmesurada da carga de trabalho, provocando o retardamento demasiado no julgamento das demandas.³ Uma espécie de extinção da Justiça do Trabalho programada a longo ou médio prazo em virtude da sobrecarga ocasionada com a ampliação da sua competência, o que iria provocar a sua revisão ou a sua reestruturação completa. Ressaltou Souto Maior que a mesma Emenda Constitucional que ampliou a competência da Justiça do Trabalho também estabeleceu como direito do cidadão a razoável duração do processo, com a introdução do inciso

³ Maurício Godinho Delgado trouxe com precisão os aspectos negativos, e também positivos, advindos da nova competência da Justiça do Trabalho. DELGADO, Maurício Godinho. As Duas Faces da Nova Competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 293-98.

LXXVIII ao art. 5º da Constituição.⁴ Especialmente argumentava-se que a Justiça do Trabalho perderia a sua identidade, deixando de se preocupar e de resolver os conflitos entre patrões e empregados, ficando em um segundo plano a análise dos contratos de emprego e, por consequência, do Direito do Trabalho. Deixaríamos de saber, de identificar, em que lado dos pólos estaria o hipossuficiente, a ser protegido pelos princípios materiais e processuais e pelas peculiaridades e singularidades do Processo do Trabalho, como por exemplo, no tocante à aplicação do princípio da inversão do ônus da prova ou da maior aptidão para a prova.⁵ Em suma, o exame dos contratos de emprego ficaria renegado a um segundo plano, deixando-se de existir uma Justiça Especializada por transformar-se em uma Justiça Comum, no sentido de ter como escopo não mais a solução específica de demandas, mas de todas as relações de trabalho de um modo geral, inclusive com a atribuição na cobrança de impostos⁶ e penalidades administrativas. Maurício Godinho Delgado sustentou que, infelizmente, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, através da EC 45/04, tornou evidente a perda do foco essencial da Justiça do Trabalho, ao deixar de se preocupar essencialmente com o emprego, com as relações entre trabalhadores e empregadores, e com a construção da justiça social.⁷

Em sentido contrário, os mais otimistas viram com bons olhos esta ampliação da competência da Justiça do Trabalho. Argumentaram que se corrigiam erros históricos, ou ao menos se tornavam claras as regras atributivas de competência da Justiça do Trabalho que sempre estiveram a cargo (ou deveriam estar) da Justiça do Trabalho.⁸ Cita-se como exemplo a competência para as ações de indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional.⁹ As lides sindicais passam a ser apreciadas pelos Juízes do Trabalho, bem como as penalidades administrativas impostas pelo Ministério do Trabalho também podem passar a ter o exame desta Justiça Especializada, quer na exe-

⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Justiça do Trabalho: A Justiça do Trabalhador? In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 182.

⁵ Neste momento não iremos ingressar na análise dos princípios, incidentes ou não, na solução dos conflitos oriundos de uma relação de trabalho, na medida em que este exame exige necessariamente um estudo específico e aprofundado, o que não se mostra viável neste breve ensaio, a fim de não desvirtuarmos o foco principal acerca da ampliação da competência.

⁶ Aliás, anteriormente a Emenda Constitucional nº 20 de 1998 já trouxera a competência para a cobrança das contribuições sociais decorrentes da decisão proferida.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. As Duas Faces da Nova Competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 296.

⁸ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Relação de Trabalho: enfim, o paradoxo superado. COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 61.

⁹ A discussão advinha, inclusive, da redação do art. 643, §2º, da CLT, ao estabelecer que as questões referentes a acidentes do trabalho continuam sujeitas à justiça ordinária, na forma do Decreto nº 24/34 e legislação subsequente, muito embora sempre entendemos que a competência para a solução dos conflitos entre empregado e empregador em razão de acidente do trabalho sempre ficou a cargo da Justiça do Trabalho, exceto as lides com o INSS, na busca dos benefícios previdenciários.

cução das próprias multas ou mesmo na apreciação de mandados de segurança questionadores de uma penalidade imputada.¹⁰ A Justiça do Trabalho estaria valorizada, com a atribuição de resolver todos os conflitos ocorridos nas relações de trabalho, havendo uma mudança de prisma, na medida que as demandas não ficariam mais circunscritas às relações de emprego. Teria o legislador resolvido prestigiar o Poder Judiciário Trabalhista, ficando a cargo deste órgão a solução dos conflitos provenientes de todo e qualquer trabalho humano prestado em favor de outrem.¹¹

Passado mais de cinco anos da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, continua sendo tarefa difícil a resposta clara e objetiva a essas indagações, precisamente a respeito dos objetivos traçados com a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho. Talvez a melhor resposta seja aquela que irá apostar nas soluções a serem adotados pelo intérprete acerca da nova competência atribuída, não importando mais, agora, investigar os motivos pelos quais ocorreu este deslocamento de competência, com o direcionamento significativo de grande parte dos conflitos originariamente resolvidos pela Justiça Comum (Estadual ou Federal) para a Justiça do Trabalho. Seguramente a carga de trabalho aumentou e poderá, em um futuro breve, ocasionar problemas sérios que emperrem a rápida e efetiva solução dos litígios. Parece óbvio que se o Estado, além de atribuir uma série de novas competências, também não conferir uma estrutura e um aparelhamento adequado ao Judiciário Trabalhista, capaz de solucionar esta nova demanda oriunda do aumento da competência, os reflexos poderão surgir com o acúmulo incomensurável de processos. Esta também é a preocupação de Dallegrave Neto, ao questionar se a Justiça do Trabalho está suficientemente aparelhada para este alargamento da sua competência, ou se ficará congestionada, prejudicando a célere solução do litígio.¹² Souto Maior lembra outro fator importante, a ser considerado, que vem a ser a controvérsia estabelecida em torno de algumas divergências de ordem processual, bem como acerca da discussão específica da definição da competência material, que acabam ocasionando um retardamento injustificado do processo. Salienta que um dos maiores culpados pela demora do

¹⁰ Cf. DELGADO, Maurício Godinho. As Duas Faces da Nova Competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 294.

¹¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Primeiras linhas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do judiciário (EC n. 45/2004): In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 219.

¹² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Primeiras linhas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do judiciário (EC n. 45/2004): In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 194.

processo é o próprio legislador, que legisla mal, muitas vezes criando mais conflitos do que esclarecendo as relações sociais.¹³ No entanto, a ampliação da competência é, hoje, uma realidade e com ela que devemos trabalhar e nos preparar. Desse modo, o pensamento a respeito tem que ser otimista, na medida em que passa a Justiça do Trabalho a ser o maior órgão responsável para dirimir os conflitos ocorridos no mundo do trabalho, não havendo dúvidas que é o ramo do Judiciário mais preparado para o exame desta espécie particular e característica de conflitos.¹⁴

3. Aspectos característicos da relação de trabalho: pressupostos teóricos

Inicialmente é importante lembrarmos, ainda que em linhas gerais, os aspectos distintivos entre a relação de trabalho e a relação de emprego. Relação de emprego não se confunde com relação de trabalho. Relação de trabalho é gênero, sendo a relação de emprego uma das espécies das relações de trabalho.¹⁵ Portanto, toda relação de emprego é uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego. A doutrina trabalhista é vasta e consolidada a respeito dos elementos definidores da relação de emprego, na medida em que a própria lei já traz estes requisitos (art. 3º da CLT), não gerando maiores dúvidas. A discussão maior é advinda da delimitação dos elementos característicos da relação de trabalho, a fim de estabelecermos a diferenciação da relação de emprego. Nesse sentido, somente após a Emenda Constitucional nº 45/04 é que passamos a nos dedicar com maior profundidade para este tema.

A doutrina trabalhista continua divergente, na busca dos requisitos para configuração da relação de trabalho, o que acaba acarretando reflexos diretos na definição da competência material da Justiça do Trabalho. Trabalha-se, essencialmente, com um conceito amplo ou então com um conceito estrito de relação de trabalho. Dallegrave Neto sustenta que o conceito de relação de trabalho pressupõe qualquer liame jurídico entre dois sujeitos, desde que tendo por objeto a prestação de um serviço, autônomo ou subordinado, cuja

¹³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Justiça do Trabalho: A Justiça do Trabalhador? In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 181-82.

¹⁴ COUTINHO, Grijalbo Fernandes. O Mundo que Atrai a Competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 137-40.

¹⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Primeiras linhas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do judiciário (EC n. 45/2004): In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 196.

definição vem abranger boa parte dos contratos civis e comerciais.¹⁶

Rossal de Araújo estabelece o trabalho como fator de produção, preconizando que a relação de trabalho, no sentido jurídico, é um contrato, sendo sempre onerosa e *intuitu personae* em relação ao prestador do trabalho, quer seja autônomo ou subordinado, contínuo ou eventual.¹⁷ Interessante também é o conceito trazido por Júlio Bebber, não estabelecendo como requisito para a configuração da relação de trabalho que seja esta estabelecida mediante remuneração. Define relação de trabalho como toda situação jurídica que emerge direta ou indiretamente do serviço prestado por pessoa natural ou jurídica para outra pessoa natural ou jurídica, mediante ou sem remuneração.¹⁸ Márcio Túlio Viana salienta que o requisito da pessoalidade não é essencial para fins de delimitação da nova competência da Justiça do Trabalho, acrescentando que, em regra geral, o trabalho deva ser prestado por pessoa física para que esta demanda seja apreciada por aquele órgão especializado.¹⁹

4. Os elementos configuradores da relação de trabalho

Consoante tentamos demonstrar brevemente, longe estamos de obter consenso a respeito da matéria, o que, aliás, é fenômeno típico do Direito, sobretudo acerca de recentes temas, trazidos à discussão após reformas legislativas ou jurisprudenciais. Necessariamente o posicionamento passa pela adoção de um conceito mais amplo ou mais restritivo de relação de trabalho.

Inicialmente foram estabelecidos apenas dois elementos para a configuração de uma relação de trabalho: a) prestação de serviços, com o dispêndio de energia; b) realizada por uma pessoa natural, pelo homem. A pessoalidade era tida como um elemento da relação de trabalho, ainda que não da forma como presente na configuração de uma relação de emprego. Posteriormente, foram agregados outros fatores, entendendo-se que esta relação teria que ser de natureza contratual, bem como a título oneroso, propiciando um resultado

¹⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Primeiras linhas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do judiciário (EC n. 45/2004): In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 196-7.

¹⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de. A Natureza Jurídica da Relação de Trabalho (Novas Competências da Justiça do Trabalho – Emenda Constitucional n. 45/04): In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 84 passim 110.

¹⁸ BEBBER, Júlio César. A Competência da Justiça do Trabalho e a Nova Ordem Constitucional. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 254.

¹⁹ VIANA, Márcio Túlio. As Relações de Trabalho sem Vínculo de Emprego e as Novas Regras de Competência. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), Nova competência da justiça do trabalho, São Paulo: LTr, 2005. p. 266.

econômico ao prestador do serviço. O trabalho é tido como um fator de produção e considerado meio de subsistência da pessoa e da sua família. Ainda, a continuidade foi vista como um elemento caracterizador da relação de trabalho, configurando-se tal liame, como sendo uma relação de trato sucessivo. Por fim, dentro da definição de um conceito estrito, o elemento finalístico foi trazido também como requisito, considerando-se que a relação de trabalho deve se prestar a realizar a finalidade social ou econômica normal do tomador dos serviços. Desse modo, seguindo-se um conceito estrito de relação de trabalho, analisa-se a finalidade com que o trabalho é prestado; finalidade social ou econômica, bem como se há profissionalidade por parte do tomador dos serviços, com vistas ao seu proveito econômico ou para o alcance da sua função social.²⁰

As críticas feitas a adoção de critérios amplos para configuração da relação de trabalho são no sentido de que a Justiça do Trabalho passaria a ser considerada uma Justiça generalista, deixando de ser um ramo especializado do Judiciário, na medida em que passaria a cuidar de todas as formas de prestação de trabalho. Do mesmo modo porque abrangeria, em sua competência, grande parte das relações de consumo, na medida em que toda relação de consumo é também uma relação de trabalho quando o seu objeto for uma prestação de serviço. Por fim, critica-se porque abarcaria também as relações dos servidores públicos com o Estado, apesar do Supremo Tribunal Federal já ter decidido (ADI nº 3.395-6) que esta espécie de relação é essencialmente estatutária, não sendo considerada relação de trabalho, por não ser uma relação contratual, estando sujeita a ato-condição, afeta às regras do Direito Administrativo.²¹

A adoção de um conceito estrito de relação de trabalho também merece crítica, pois acaba praticamente equiparando os requisitos configuradores da relação de emprego e da relação de trabalho, deixando de haver distinções mais significativas, ao incluir como requisito o elemento finalístico. Isto porque, se na configuração da relação de trabalho há realização da finalidade social ou econômica normal do tomador dos serviços, passaria a estar presente o requisito da subordinação jurídica objetiva em uma relação de trabalho, caracterizando a prestação do trabalho de natureza não-eventual.²²

²⁰ Cf. AMARAL, Márcio Lima do. A Competência da Justiça do Trabalho para as Relações de Trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45/04. Monografia gentilmente cedida pelo autor - UNISC, Santa Cruz do Sul, 2007.

²¹ Cf. AMARAL, Márcio Lima do. A Competência da Justiça do Trabalho para as Relações de Trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45/04. Monografia gentilmente cedida pelo autor - UNISC, Santa Cruz do Sul, 2007.

²² Cf. AMARAL, Márcio Lima do. A Competência da Justiça do Trabalho para as Relações de Trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45/04. Monografia gentilmente cedida pelo autor - UNISC, Santa Cruz do Sul, 2007.

5. Interpretando-se o inciso I do art. 114 da CF.

A Emenda Constitucional nº 45/04 teve como escopo a reforma do Judiciário, proporcionando, dentre outras medidas, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho. É com essa premissa que devemos trabalhar, para buscarmos a adequada interpretação do inciso I do art. 114 da Constituição. Pretendeu o constituinte derivado direcionar ao Judiciário Trabalhista as ações oriundas de uma relação de trabalho. Ao dizer isto, o legislador direcionou todas as demandas decorrentes de relações de trabalho e não apenas algumas, na medida em que não há exceção ou ressalva no referido inciso I. Não há aqui qualquer omissão involuntária do legislador, não cabendo ao intérprete restringir o exato significado da norma. Portanto, não se tratar de querer ou não esta ou aquela competência, mas sim de acolher a competência direcionada pelo referido inciso I do art. 114 da Constituição Federal. No entanto, não é esta a interpretação que vem sendo dada pelo Tribunal Superior do Trabalho, consoante se vê pelos trechos da decisão abaixo transcrita:

“In casu, o trabalho não é o cerne do contrato, mas sim um bem de consumo que se traduziu nele, que é o resultado esperado diante de um contrato realizado entre as partes. Assim, a competência da Justiça do Trabalho estará assegurada apenas quando não houver, pela natureza dos serviços realizados, relação contratual de consumo. ... Conclui-se, portanto, que a relação discutida, nos presentes autos, não é uma relação de trabalho, mas uma relação de consumo, o que afasta a Competência desta Justiça Especializada. Em face do exposto, deve ser mantida a v. decisão que entendeu pela incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria.” (TST-RR-762/2005-025-04-00.3, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 24.06.09).²³

Estabeleceu a referida decisão que a competência da Justiça do Trabalho estará assegurada apenas quando não houver, pela natureza dos serviços realizados, relação contratual de consumo. Data máxima vênia, não cabe ao intérprete dispor exceção que a própria norma constitucional não dispõe. O art. 114, inciso I, da Constituição Federal, não traz a restrição criada pelo

²³ Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 24/08/09.

intérprete.²⁴ Consoante aduzido no julgado abaixo, o fato do trabalho prestado eventualmente inserir-se no conceito de relação de consumo não afasta a competência da Justiça do Trabalho. Os fundamentos transcritos a seguir, proferidos pelo Juiz Relator João Bosco Pinto Lara, em uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, trazem com clareza os elementos para a delimitação da competência da Justiça do Trabalho:

“Ora, o fato de o trabalho prestado eventualmente inserir-se no conceito de relação de consumo, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei 8.078/1990, não afasta a competência da Justiça do Trabalho. A Constituição não contém ressalvas nesse sentido e, ainda mais, não pode a competência nela firmada, em termos amplos, sofrer limitação decorrente de norma de inferior hierarquia. O conceito de relação de trabalho, embora não definido pela própria Constituição, sedimentado já estava antes em doutrina, e possui conformação teórica mínima. Escapa, assim, à ingerência do legislador ordinário. Nada há nisso, aliás, de extraordinário. Os conceitos de direito adquirido, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada, tampouco estão explicitados na Constituição. Nem assim o legislador ordinário é livre para os desenhar. Fica sempre sujeito a parâmetros impostos pela essência dos conceitos, na linha do disposto no art. 53, nº 1, da Constituição espanhola.

Como escreveu Pontes de Miranda, “há um mínimo de conteúdo em cada um dos três conceitos (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), o que os faz ‘científicos’, nesse mínimo. Constitucionalizaram-se conceitos científicos”. O mesmo vale para muitos outros conceitos fundamentais no sistema constitucional não definidos, contudo, na própria Constituição. O Código Civil mantém regência nos contratos de prestação de serviços de transporte, de agência ou representação comercial, de corretagem, de fornecimento, de mandato, de administração e de cooperados, atividades prestadas por pessoas físicas, decidindo-as a Justiça do Trabalho em relações de emprego ou em conteúdo obrigacional, já que no seu art. 594 dispõe que todo serviço ou trabalho lícito pode ser contratado mediante retribuição.

²⁴ O projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional tampouco restringe a competência nesse sentido.

João Oreste Dalazen doutrina que a relação contratual de consumo pode ter por objeto a prestação pessoal de serviços e, assim, também constituir relação de trabalho em sentido amplo (art. 3º, § 2º do CDC). A prestação de serviço advocatício, a prestação de serviço médico para uma cirurgia estética ou reparatória, o serviço de conserto ou assistência técnica, entre infindáveis outros exemplos, caracterizam relação de consumo.

Este caráter não afasta a competência material da Justiça do Trabalho, dentre outras razões, pelas elencadas abaixo:

“a) A Constituição Federal não exclui a competência da Justiça do Trabalho para as lides que envolvam relação de consumo.

b) A relação de trabalho é gênero, do qual a relação de consumo que envolva a prestação de trabalho humano é espécie.

c) O juiz do trabalho, ao decidir uma relação de consumo que envolva prestação pessoal de trabalho, aplicará o CDC (Lei n-0 8.078/1990) e o Código Civil para dirimi-la, e não o Direito do Trabalho.

d) Na Justiça do Trabalho não vigora o princípio protetor, próprio do Direito do Trabalho, portanto, não há choque de princípios entre o Direito do Consumidor (que tutela a parte vulnerável da relação jurídica de consumo que é o consumidor) e o Direito do Trabalho (que tutela a parte hipossuficiente da relação jurídica de trabalho, que é o trabalhador).

e) A relação de consumo, cujo trabalho é prestado por pessoa física, muito se assemelha ao trabalho autônomo, porquanto a responsabilidade do profissional liberal é subjetiva. Portanto, resta mitigado o princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 14, /S 4-o, do CDC).

f) A CLT, no art. 652, III, atribui competência à Justiça do Trabalho para dirimir controvérsias atinentes à pequena empreitada, que é nitidamente um contrato de consumo, já que o pequeno empreiteiro oferece seus serviços no mercado de consumo em geral.

g) a Justiça do Trabalho saberá equalizar o Direito do Consumidor, que protege o destinatário dos serviços, e o prestador pessoa física, enquanto cidadão.” (Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Ano 72, nº 1, jan a abr.2006, Síntese, pp. 53/54).

A força dessa asserção é extraída da sensibilidade do legislador ao rever o conteúdo do art. 114 da Constituição da República perante uma realidade social agravada no novo contexto de amparo crescente.

Competente, pois, esta Justiça Especializada para processar e julgar a presente ação.” (Proc. no.01527-2007-114-03-00-0 ROPS. TRT3º Região. 6º Turma. Rel. João Bosco Pinto Lara. 07.04.08).²⁵

Assim, restou claramente demonstrado que a Constituição Federal não exclui da competência da Justiça do Trabalho as relações de consumo que também são consideradas relações de trabalho. Para melhor compreensão desta assertiva, é interessante lembrarmos o conceito de relação de trabalho trazido pelo mestre Arnaldo Süssekind: “A relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelo serviço prestado.”²⁶ Havendo prestação de serviços pelo homem a outrem houve uma relação de trabalho, pouco importando, para fins de estabelecimento da competência da Justiça do Trabalho, que esta relação seja também reconhecida como uma relação de consumo. Nesse sentido, é valiosa a lição de Estevão Mallet:

“O fato de o trabalho prestado eventualmente inserir-se, por conta da vocação da legislação de consumo para aplicar-se a diferentes formas de prestação de serviço, no conceito de relação de consumo, nos termos do art. 3º, §2º, da Lei n. 8.078, não afasta a competência da Justiça do Trabalho. A Constituição não contém ressalvas e, ainda mais, não pode a competência nela firmada, em termos amplos, sofrer limitação decorrente de norma de inferior hierarquia.”²⁷

Portanto, entendemos que há somente dois requisitos necessários para a configuração de uma relação de trabalho: a) prestação de serviços; b) por

²⁵ Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/>>. Acesso em: 24/08/09.

²⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. As Relações Individuais e coletivas de Trabalho na reforma do Poder Judiciário. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), justiça do trabalho: competência ampliada, São Paulo: LTr, 2005. p. 20.

²⁷ MALLET, Estevão. Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), justiça do trabalho: competência ampliada, São Paulo: LTr, 2005. p. 73.

pessoa física. Havendo uma prestação de serviço por uma pessoa física a outrem houve uma relação jurídica de trabalho entre estas pessoas, pouco importando, para delimitação da nova competência trabalhista, se eventualmente esta relação também se constituiu em uma relação de consumo. A propósito, lembra Taisa Macena de Lima que quando o prestador de serviços for pessoa jurídica esta relação não se confunde com a relação de trabalho humano, não sendo da Justiça do Trabalho a competência material.²⁸ Nem mesmo, para configuração da relação de trabalho, há necessidade que esta relação tenha sido estabelecida a título oneroso, pois os litígios também podem decorrer dos chamados trabalhos voluntários, a título gracioso, cabendo à Justiça do Trabalho a solução destas controvérsias. Mallet enfatiza:

“Tampouco o caráter oneroso do trabalho prestado é pressuposto para a competência da Justiça do Trabalho. Por isso, se antes os litígios decorrentes de trabalho gratuito, na forma da Lei n. 9.608, ficavam sujeitos à Justiça Comum, agora se inserem no âmbito da competência da Justiça do Trabalho.”²⁹

O Enunciado n. 64 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, oriundo do debate científico promovido pela ANAMATRA, TST e ENAMAT, segue a mesma linha, conforme se percebe pela sua transcrição:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR PESSOA FÍSICA. RELAÇÃO DE CONSUMO SUBJACENTE. IRRELEVÂNCIA. Havendo prestação de serviços por pessoa física a outrem, seja a que título for, há relação de trabalho incidindo a competência da Justiça do Trabalho para os litígios dela oriundos (CF, art. 114, I), não importando qual o direito material que será utilizado na solução da lide (CLT, CDC, CC, etc).

²⁸ LIMA, Taisa Maria Macena de. O Sentido e o Alcance da Expressão Relação de Trabalho” no Artigo 114, inciso I, da Constituição da República (Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004). In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), justiça do trabalho: competência ampliada, São Paulo: LTr, 2005. p. 507.

²⁹ MALLETT, Estevão. Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), justiça do trabalho: competência ampliada, São Paulo: LTr, 2005. p. 74.

Por óbvio é dever do intérprete buscar o real sentido da norma. Isto não quer dizer que o intérprete tem a autonomia de criar elementos e requisitos não trazidos na própria norma. A expressão relação de trabalho, contida no inciso I do art. 114 da Constituição, engloba todas as formas de prestação de serviços existentes no mundo atual, regidas pela CLT, Código Civil, Código do Consumidor e Leis Especiais.³⁰

6. Conclusão

Após um certo temor inicial com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho entendemos que atualmente esta alteração deva ser festejada, pois nada melhor do que o Foro Trabalhista para conhecer das agruras que possam vir a ocorrer em todo e qualquer prestação de trabalho humano, muito embora não se deva esquecer, mas sim ressaltar, da necessidade de se alcançar a estrutura necessária ao Poder Judiciário Trabalhista para que consiga solucionar as novas lides que lhe são encaminhadas, de forma célere e efetiva.

Esta mudança de prisma da Justiça do Trabalho, ao passar a se preocupar também com as relações de trabalho, e não prioritariamente com as relações de emprego, deve ser encarada como um desafio, a fim de se alcançar as diretrizes e os valores estabelecidos na Constituição Brasileira, pois passa a ser mais uma oportunidade de tentarmos concretizar estes fundamentos, na busca de uma sociedade mais justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais, na defesa da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

Dependerá do intérprete, do próprio Judiciário, as perspectivas e os encaminhamentos que irão advir deste aumento de competência. Esta nova competência não deve e não poderá resultar, em hipótese alguma, no esvaziamento da relação de emprego ou na flexibilização da legislação protetiva do trabalhador. Por esta razão, também, que os elementos ensejadores da relação de trabalho não poderão ser confundidos com os requisitos da relação de emprego, expressos no art. 3º da CLT. Sendo prestado um trabalho de natureza não eventual e a título oneroso, por uma pessoa física, a outrem e sob a dependência deste, há contrato de emprego entre estas partes e assim deve ser reconhecido. Por exclusão, na medida em que relação de trabalho é gênero, sendo a relação de emprego uma das suas espécies, havendo qualquer outra

³⁰ Cf. LIMA, Taisa Maria Macena de. O Sentido e o Alcance da Expressão Relação de Trabalho” no Artigo 114, inciso I, da Constituição da República (Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004). In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), justiça do trabalho: competência ampliada, São Paulo: LTr, 2005. p. 511.

prestação de serviços, por uma pessoa física, há trabalho realizado em favor de outrem e, por consequência, estaremos diante de uma relação de trabalho.

A competência estendida à Justiça do Trabalho não excluiu as relações de consumo de um modo geral, quando houver trabalho prestado por uma pessoa física a outrem, mesmo que este seja definido como um consumidor. Somente a matéria fugirá da competência da Justiça do Trabalho quando esta relação de consumo não for também considerada uma relação de trabalho, o que ocorrerá, por exemplo, quando o prestador de serviços for uma pessoa jurídica. A dificuldade mostrada pela doutrina em aceitar estas premissas deve-se muito mais com o manejo dos princípios próprios do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho, do que com a interpretação do real sentido da norma contida no art. 114, inciso I, da Constituição, cuja problemática não tem correlação com a delimitação da competência material da Justiça do Trabalho.

Desse modo, a partir de uma interpretação teleológica e sistemática, principalmente a partir das diretrizes estabelecidas na Emenda Constitucional n. 45/04, mostra-se contraditória com o nosso sistema jurídico a interpretação que não vislumbre que um litígio ocasionado a partir de um trabalho prestado por uma pessoa física não deva ser dirimido pela Justiça Especializada do Trabalho.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Márcio Lima do. *A Competência da Justiça do Trabalho para as Relações de Trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45/04*. Monografia gentilmente cedida pelo autor - UNISC, Santa Cruz do Sul, 2007.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A Natureza Jurídica da Relação de Trabalho* (Novas Competências da Justiça do Trabalho – Emenda Constitucional n. 45/04): In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *Nova competência da justiça do trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.

BEBBER, Júlio César. *A Competência da Justiça do Trabalho e a Nova Ordem Constitucional*. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *Nova competência da justiça do trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Relação de Trabalho: enfim, o paradoxo superado*. COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *Nova competência da justiça do trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O Mundo que Atrai a Competência da Justiça do Trabalho*. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *Nova competência da justiça do trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Primeiras linhas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do judiciário* (EC n. 45/2004): In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *Nova competência da justiça do trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. *As Duas Faces da Nova Competência da Justiça do Trabalho*. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *Nova competência da justiça do trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Taisa Maria Macena de. *O Sentido e o Alcance da Expressão Relação de Trabalho” no Artigo 114, inciso I, da Constituição da República* (Emen-

da Constitucional n. 45, de 8.12.2004). In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *justiça do trabalho: competência ampliada*, São Paulo: LTr, 2005.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Justiça do Trabalho: A Justiça do Trabalhador ?* In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *Nova competência da justiça do trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.

MALLET, Estevão. Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *justiça do trabalho: competência ampliada*, São Paulo: LTr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *As Relações Individuais e coletivas de Trabalho na reforma do Poder Judiciário*. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *justiça do trabalho: competência ampliada*, São Paulo: LTr, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. *As Relações de Trabalho sem Vínculo de Emprego e as Novas Regras de Competência*. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (org.), *Nova competência da justiça do trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.

SENTENÇAS

9ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA-PB

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA N° 00279.2009.026.13.00-0
RITO ORDINÁRIO

RECLAMANTE: ALBERTO THADEU FERREIRA PERRUSI

RECLAMADO: UNIBANCO – UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A

S E N T E N Ç A

I - RELATÓRIO

Vistos etc.

Trata-se de reclamação trabalhista ajuizada pela parte reclamante acima identificada em face da parte reclamada também acima identificada. A parte autora alega o descumprimento de obrigações decorrentes da existência de relação de emprego e pugna pela condenação da parte reclamada no cumprimento das obrigações elencadas na petição inicial.

Procuração e documentos acompanharam a exordial.

Citada a parte demandada, esta compareceu à audiência na qual esteve presente a parte autora e, após a rejeição da primeira proposta de conciliação, apresentou contestação, acompanhada de documentos, pugnando pelo não-reconhecimento do direito perseguido na petição inicial.

As partes tiveram oportunidade para apresentação das provas materiais, nos seus momentos próprios, e de impugnação às mesmas.

Em audiência (dia 01/06/2009), foi rejeitado o pedido formulado na contestação, relativo à conexão/continência, bem como o de sobrestamento da presente ação até o trânsito em julgado da reclamação trabalhista n° 00289.2007.005.13.00-2.

Provas orais produzidas.

Sem mais provas a apresentar, foi encerrada a instrução. Razões finais aduzidas e rejeitada a última proposta de acordo.

É o relatório.

II - FUNDAMENTOS DA DECISÃO

II.1. Prescrição

Ao contrário do que suscitado na contestação, não existe prescrição a ser pronunciada nesta relação jurídico-processual.

Em primeiro lugar, não decorreram mais de dois anos entre o término da relação de emprego entre os litigantes (em 30/03/2007, conforme decisão judicial proferida nos autos da reclamação trabalhista nº 00289.2007.005.13.00-2, com projeção de mais 30 dias, nos termos do artigo 487, §§ 1º e 4º, da CLT) e a data do ajuizamento da presente ação (30/03/2009), de modo suplicar a regra do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988.

Ainda que não se pudesse considerar o decidido nessa outra ação, este Juízo acolhe todos os argumentos daquela sentença, em relação à dispensa indireta.

Em segundo lugar, não vinga, igualmente, a tese da prescrição levantada pelo reclamado, em sua contestação, sob o aspecto de que teria ocorrido o transcurso de mais de dois anos entre a data do ajuizamento desta ação e a do suposto dano. É que, não obstante os danos alegados na petição inicial tenham pretensamente se iniciado no início da relação de emprego (termo *a quo* em março de 2000), os mesmos teriam ocorrido durante todo o curso do contrato de trabalho, protraindo-se no tempo.

As decisões de 1º e 2º graus na reclamação trabalhista nº 00289.2007.005.13.00-2 reconheceram as alegadas causas dos danos, cuja indenização se persegue, como motivo ensejador da resolução contratual. As manifestações dessas decisões, como já dito alhures, são integralmente acolhidas na presente sentença.

Desse modo, também não há prescrição quinquenal (e não, bienal, como perseguido) que tenha se iniciado no curso do contrato de trabalho e se operado até o momento o acionamento do Poder Judiciário.

Os fundamentos acima abarcam a alegação de “prescrição quinquenal”, encontrada na contestação. Não há, sequer, hipótese de ato único do empregador.

II.2. Dos pedidos em espécie

A petição inicial requer a condenação da parte reclamada em indenizações por danos morais decorrentes de três circunstâncias: assédio moral,

inclusão do reclamante em “lista negra” (impossibilidade de obtenção de novo emprego em empresa integrante do sistema bancário) e violação ao direito fundamental ao lazer.

Para tanto, narra, em suma, o seguinte: existência de contrato de trabalho no período de 13/03/2000 a 30/03/2007, com rescisão indireta ocorrida por reconhecimento de decisão nos autos da reclamação trabalhista nº 00289.2007.005.13.00-2; jornada excessiva de trabalho, também reconhecida nessa mencionada ação, nos horários das 07h30 às 21h30, de segunda-feira a sexta-feira, com 20 minutos de intervalo intrajornada, e de 08h00 às 13h00, aos sábados; a jornada excessiva causou-lhe desgaste físico e psicológico, com sequelas em sua vida pessoal e profissional; no curso do contrato de trabalho, o reclamante, por diversas vezes, tentou se insurgir contra a longa jornada de trabalho, inclusive porque sentia fortes dores na sua coluna vertebral, mas teve as respostas indicadas às fls. 03-04¹; o reclamado, por seus prepostos, justificava, ainda, a longa jornada de trabalho com a necessidade de se cumprir metas, com vendas de produtos do banco (seguro, previdência privada, cartões de crédito, capitalizações, consórcio, geração de crédito de pessoas físicas e jurídica, cobranças, captação de investimentos, abertura de contas, etc.); em razão da jornada de trabalho excessiva, teve privações na sua vida pessoal, com poucas horas de convívio com sua esposa, redução da possibilidade de lazer, de atividade física e de atividade cultural, aumento de desânimo; o reclamante chegou a ter um início de esgotamento físico/psíquico, chamado de burn out; o próprio reclamado, por médico do trabalho, diagnosticou o esgotamento físico e mental do reclamante, reconhecendo que este estava submetido a “estresse”, “prorrogação da jornada de trabalho”, “posto de trabalho inadequado”, “movimentos repetitivos”; o ajuizamento da Reclamação Trabalhista nº 00289.2007.005.13.00-2 e o respectivo reconhecimento judicial da rescisão indireta do contrato de trabalho geraram “o empenho da empresa reclamada em dificultar a admissão do hipossuficiente em outras empresas do sistema bancário”, de modo que o reclamante não consegue emprego em outra instituição bancária, em razão das informações negativas a seu respeito, prestadas pelo reclamado; o excesso de trabalho acarretou ao reclamante problemas na

¹ “Tá achando ruim? Se estiver achando ruim, é só pedir para sair, pois, no outro dia, vai ter gente fechando o círculo da lagoa para ficar no seu lugar”; “Por que o UNIBANCO deveria fazer o que a lei manda, já que dos funcionários que são demitidos, vários fazem acordo, diminuindo bastante o valor do pedido?”; “Alguns não chegam nem a ingressar com uma ação trabalhista, com medo de não conseguirem outro emprego”; “Os reclamantes que permanecem até o final da reclamação trabalhista ainda serão perdedores, pois, enquanto o reclamante tem juros de 1% ao mês, o UNIBANCO consegue 13% de juros ao mês em empréstimo ao cliente; e o reclamante receberá o valor depois de anos. No final, o UNIBANCO sempre será um vencedor”.

coluna vertebral, conforme documento juntado com a petição inicial; o assédio moral estendeu-se, ainda, por parte de seus superiores, pela forma como eram cobradas e estipuladas metas; houve recurso de revista ao Tribunal Superior do Trabalho, mas tão-somente quanto à multa do 475-J, restando transitada em julgado toda o mais da decisão no âmbito regional, além da impossibilidade de discussão de matéria fática em sede de recurso de revista.

Também em síntese, o reclamado aduziu o seguinte, em sua contestação: o adicional de horas extras já compensa o desgaste da jornada prolongada; os registros da jornada de trabalho estão corretos, de modo que as eventuais horas extras prestadas pelo reclamante foram pagas; refuta a condenação em horas extras na sentença da 5ª Vara do Trabalho da Capital; o deferimento de indenização configurar-se-ia enriquecimento ilícito do reclamante, já que houve pagamento pelo trabalho efetivamente realizado; havia o programa de qualidade de vida, denominado de “viva melhor”, além do programa “Fique OK”, que oferece a seus funcionários assistência para enfrentar situações adversas que surgem na vida pessoal ou na carreira; enfim, nega, em geral, os demais fatos/consequências ensejadores dos pedidos de indenização e pede, acaso seja condenado, a estipulação de valor razoável.

O reclamada impugnou os documentos, juntados pelo reclamante, que não estejam em conformidade com o artigo 830 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não merece acolhida, uma vez que feita de forma genérica e sem indicar eventuais vícios.

A petição inicial destes autos é uma peça construída com bastante esmero e traz, ao lado dos fatos narrados, farta e louvável sustentação jurídica.

De regra, os fatos narrados nessa peça processual são comprovados pela prova documental trazida pelo reclamante e também pelo depoimento de sua testemunha. Esta trouxe ao Juízo, de forma bastante firme e convincente, elementos de forte convicção, ao contrário do exposto pelas testemunhas do reclamado, que me pareceram trilhar um discurso quase que completamente dissonante do restante do conjunto probatório, inclusive do que ficara decidido, em duplo grau de jurisdição, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 00289.2007.005.13.00-2.

A matéria fática discutida no presente feito e as suas consequências jurídicas dependem de uma análise do que fora sedimentado na mencionada ação trabalhista.

Este Juízo não pode deixar de reconhecer a juridicidade das conclusões extraídas daquela ação e externadas na sentença e no acórdão regional,

sob pena de infirmar o que se vem a conceber como princípio da unidade da jurisdição.

Em consulta aos presentes autos e sistema SUAP, verifico que a decisão regional, naquele feito, ratificou o reconhecimento dos fatos mencionados na sentença da aludida ação, tendo apenas alterado em parte a decisão de primeira instância, no tocante a pequenas matérias que não alteram o quadro de discussão do processo ora em análise. A interposição de recurso de revista ao colendo Tribunal Superior do Trabalho abrangeu determinadas matérias de cunho jurídico. De outro aspecto, não poderia haver conhecimento, pelo TST, de rediscussão de matéria fático-probatória, diante do óbice do artigo 896 da CLT e da Súmula nº 126 do TST.

Assim, vale transcrever trechos da sentença prolatada na Reclamação Trabalhista nº 00289.2007.005.13.00-2, da lavra do ilustre professor e magistrado, Dr. Wolney de Macedo Cordeiro:

(...)

Há de se concluir, portanto, que o reclamante não se enquadra na exceção preconizada pela CLT, art. 224, § 2º e sua jornada de trabalho máxima é de 06 (seis).

(...)

a) Os controles de jornada acostados pelo reclamado atestam uma constante variação da jornada de trabalho do reclamante, embora os documentos atestem o labor diário entre 09h00 e 18h00. A título de

exemplificação, o controle de jornada de fl. 468 atesta diversos dias com início da jornada antes de 08h00.

b) Diversos controles de jornada (fls. 479, 481 e 484) atestam a concessão de intervalos para refeição inferiores a trinta minutos, desrespeitando assim a CLT, art. 71.

c) As matérias jornalísticas juntadas aos autos (fls. 539/541) demonstram de maneira insofismável que a agência onde o reclamante prestava seus serviços sofria problemas crônicos de demora de atendimento dos clientes e de alongamento da jornada de trabalho.

d) Só foram juntados os controles escritos de jornada a partir de agosto de 2003.

e) Conforme reconhecido no item anterior, o reclamado utilizou-se do artifício de considerar o autor ocupante de confiança para

alongar a jornada normal de trabalho de seis para oito horas. Esses fatos, extraídos do contexto probatório dos autos, demonstram que o reclamado não dispunha de um sistema de controle e gestão de jornada de trabalho organizado e eficiente. Pelo contrário, os fatos

acima apontados revelam que o réu manipulava de forma indevida a jornada de trabalho do empregado, mesmo quando observamos apenas os registros formais juntados pelo empregador.

Ora, se a situação apresentada pela própria documentação do reclamado é verdadeiramente caótica, não é razoável admitir como verdadeiras as alegações constantes da peça de defesa, no sentido de que “...existe, inclusive, minuciosa orientação quanto à marcação fiel das jornadas de trabalho.” (fl. 376).

Nesse sentido, há de se presumir verdadeira a jornada de trabalho alegada na petição inicial e demonstrada pelo autor durante a instrução processual, ou seja, de 07h30 min as 21h30 min de segunda a sexta-feira, com 20 min de intervalo para refeição e de 08h00 as 13h00 nos dias de sábado.

(...)

Considerando a jornada de trabalho acima reconhecida e a exclusão do período que deveria ser destinado à refeição, o reclamante cumpria uma jornada diária de 13 (treze) horas, de segunda a sexta-feira e de 05 (cinco) horas nos dias de sábado.

Sendo reconhecida a jornada de trabalho de seis horas diárias para o reclamante, são devidas 40 (quarenta) horas extras semanais durante todo o contrato de trabalho. Entretanto, o intervalo para a refeição limitava-se a 20 min, diários, sendo devido, portanto, o pagamento como extra do período de 40 min faltante durante o período semanal de segunda à sexta-feira.

Devido, portanto, o pagamento de 43h30 min (quarenta e três horas e trinta minutos extras) semanais (...).²

(...)

5. Da resolução do contrato de trabalho por ato do empregador e das suas conseqüências.

O autor pugna pelo reconhecimento do despedimento indireto com base na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 483, d.

² Nos embargos de declaração opostos pelo reclamante à decisão regional em sede de recurso ordinário, ficaram reconhecidas 43 horas e 20 minutos como de labor extraordinário semanal.

Argumenta que o excesso de jornada de trabalho e a ausência de intervalos tornaram impossível a continuidade do vínculo empregatício.

O réu contesta a postulação respectiva alegando que não houve descumprimento de qualquer obrigação do contrato de trabalho. Acrescenta que a alegada agressão das obrigações patronais ocorreu durante 07 (sete) anos, faltando, portanto, a imediatidade para a caracterização do despedimento indireto.

Procedem os argumentos do autor.

Com efeito, restou sobejamente demonstrado nos presentes autos que o reclamante laborava em jornada de trabalho excessivas e sem a concessão dos intervalos para a refeição de forma integral. Mesmo se considerássemos verdadeiras as jornadas de trabalho anotadas nos controles juntados aos autos, é possível aferir o descumprimento diuturno das normas de proteção ao trabalhador.

Também não há que se falar em aplicação do princípio da imediatidade ao presente caso. Verificou-se claramente nos autos que a atitude ilegal do empregador se operou de forma continuada ao longo de todo o contrato de trabalho. O fato de o empregado conforma-se com as péssimas condições de trabalho que lhe são imposta por diversos anos não é suficiente para isentar o empregador da prática ensejadora da resolução contratual preconizada pela CLT, art. 483, d. A inércia do empregado é plenamente justificável diante do panorama de desemprego estrutural por que passa a nossa sociedade atualmente e impedi-lo de a qualquer tempo denunciar o contrato de trabalho mal executado é ferir os mais mezinhos princípios de direito do trabalho.

Por outro lado, admitir que o empregador se safe das conseqüências do duradouro descumprimento das obrigações do contrato de trabalho fere de morte a milenar parêmia *nemo auditur turpitudinem allegans*, ou seja, de que ninguém deve se beneficiar da própria torpeza.

Reconhece-se, por conseguinte, a resolução do contrato de trabalho por ato do empregador, no dia 30 de março de 2007, conforme documento de fls. 538. (grifo acrescido).

Ademais, a testemunha do reclamante, sua contemporânea na relação

de emprego e colega presencial de trabalho, realçou a existência de circunstâncias de violação de direitos do reclamante, por parte do reclamado, conforme também se transcreve a seguir, de seu depoimento:

(...); que, além da função inerente à de assistente de gerente (caixa), o reclamante ainda trabalhava executando tarefas como: cobrança, controle de talonário e cheques devolvidos, autenticações, metas de produtos de capitalização, seguros e conta corrente, malote, arquivo; que sempre havia meta extra, a exemplo de previdência privada; que o trabalho com arquivo demandava muito tempo; que havia metas diárias a serem batidas; que o empregado somente saía da agência quando batesse a meta diária; que poderia ficar trabalho para o próximo dia, apenas no tocante ao arquivo; que havia muita cobrança quanto às metas; que havia uma reunião em três ou quatro dias na semana, nas quais eram passadas as metas do dia e quando também se fazia cobrança, onde se falava que só seria promovido quem cumprisse com as metas; que também nessas reuniões se falava sobre quem iria ficar com o prêmio tartaruginha, ou seja, o empregado que ficaria em última colocação nas metas; que o gerente administrativo era quem iniciava essa brincadeira, de mau gosto; que ficava um constrangimento dentro da agência; que havia dois quadros, um escrito em caneta azul e outro escrito em caneta vermelha; que, no primeiro quadro, constava a lista dos que haviam batido as metas e, no segundo, a daqueles que não haviam conseguido bater as metas; que a depoente participava dessas reuniões com o reclamante, as quais eram dirigidas pelo gerente geral, quando participava toda a agência; que o gerente administrativo também fazia reuniões especificamente com os empregados da função de caixa, das quais a depoente não participava; que o reclamante queixava-se bastante de dor no estômago e também no braço ou no ombro; que o reclamante também se queixava de que vivia constantemente gripado; que uma vez o reclamante disse para a depoente, no local de trabalho, que, embora estivesse bastante doente, não iria pedir atestado médico porque poderia ficar mal visto pelo reclamado; que o gerente geral nunca via com bons olhos as ausências dos empregados ao serviço, mesmo quando se tratasse de doença comprovada; que a depoente também evi-

tava de requerer atestado médico quando ficava doente; que o clima no local de trabalho era bastante tenso e sempre gerava nervosismo entre os colegas bancários, em razão de ter que se cumprir as metas; que não se recorda de ter visto o reclamante alterado ou mais nervoso do que o seu estado normal; que o reclamante já chegou a comentar sobre o fato de estar em casa sempre estressado e de chegar muito tarde em sua residência, de modo que recebia cobrança de sua esposa, inclusive quanto à falta de oportunidade para engravidar; que havia um feed back anual, oportunidade na qual a depoente queixava-se da extensa jornada de trabalho, do estresse com as cobranças das metas e do excesso de trabalho; que tem informação de que os demais colegas também se queixavam dessa situação; que não sabe informar se o reclamante chegou a se queixar diretamente com algum superior; que, não obstante essas queixas, o reclamado nada fazia ou mesmo respondia; que uma das perguntas feitas na seleção para entrar no quadro de funcionário do reclamado é se o requerente foi bancário e se ajuizou reclamação trabalhista contra o então banco; que a depoente, após pouco mais de um ano de ter findado o contrato de trabalho com o reclamado, deixou seu currículo em diversas agências e, após ter ciência de algumas seleções, sem que tivesse sido chamada, procurou saber o que havia ocorrido; que a depoente recebeu resposta pessoal de um gerente e de um funcionário de outros dois bancos, no sentido de que não havia sido selecionada em razão de possuir reclamação trabalhista contra o banco em que havia trabalhado, ou seja, o UNIBANCO; que a depoente conhece o caso do ex-empregado do reclamado, de nome Etelvânio, o qual nunca teve progressão no banco porque colocava muito atestado médico e porque fazia parte do sindicato da categoria, além de ter câncer e ter uma certa fragilidade na saúde; que o não-cumprimento reiterado das metas implicava a falta de progressão funcional, além de poder ser demitido; que algum pequeno erro cometido pelo empregado do reclamado poderia gerar uma reclamação imediata do gerente, inclusive na frente dos clientes, sendo chamado, inclusive, de incompetente; que o Sr. Joel Gratão Machado era o gerente geral da agência e costumava passar e-mails para os funcionários, de acordo com o que se encontra às fls. 67-73;

que, quando tal gerente, referia-se a ‘não tem perdão’, queria dizer que o empregado seria demitido, segundo a interpretação da depoente; que o gerente geral, após ter conhecimento do teor do documento à fl. 43 e, por determinação da diretoria do banco, comunicou à médica do trabalho responsável pela análise clínica do reclamante que não mais poderia ser dado atestado em que ficasse expressa a constatação de doença decorrente das condições de trabalho; que, a partir de então, mesmo a depoente por vezes sentido alguma dor nas costas, não tinha o respectivo atestado de saúde ocupacional com informação de sua queixa, constando sempre a inexistência de pendências clínicas; que a depoente também ouvia dos colegas de trabalho que os atestados de saúde ocupacional, em relação aos mesmos, não constavam qualquer menção a infortúnio na saúde do trabalhador; que, após o reclamado tomar conhecimento do teor do documento à fl. 43, não praticou qualquer ato tendente a eliminar ou minorar a situação de fragilidade na saúde, pela qual passava o reclamante”.

Diante desse quadro e do mais contido nos autos, não há dúvida de que o reclamado praticava assédio moral em relação ao reclamante.

Também conhecido como *mobbing* (nos países de língua escandinava e de língua germânica) e *bullying* (nos países de língua inglesa), o assédio moral bem foi definido pela vitimóloga francesa Marie-France Hirigoyen, conforme transcrição contida em obra da autora e Juíza do Trabalho baiana, Dr^a Márcia Novaes Guedes:

entende-se por assédio moral no local de trabalho “toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”.³

Trata-se de comportamento reprovável que, como dito, gera penosas conseqüências à vítima. A doutrina que lida com o tema é categórica ao destacar os efeitos que podem decorrer do assédio moral:

³ GUEDES, Márcia Novaes. Terror psicológico no trabalho. São Paulo: Ltr, 2008, p. 32.

O/A trabalhador/a humilhado/a ou constrangido/a passa a vivenciar depressão, angustia, distúrbios do sono, conflitos internos e sentimentos confusos que reafirmam o sentimento de fracasso e inutilidade.

As emoções são constitutivas de nosso ser, independente do sexo. Entretanto a manifestação dos sentimentos e emoções nas situações de humilhação e constrangimentos são diferenciadas segundo o sexo: enquanto as mulheres são mais humilhadas e expressam sua indignação com choro, tristeza, ressentimentos e mágoas, estranhando o ambiente ao qual identificava como seu, os homens sentem-se revoltados, indignados, desonrados, com raiva, traídos e têm vontade de vingar-se. Sentem-se envergonhados diante da mulher e dos filhos, sobressaindo o sentimento de inutilidade, fracasso e baixa auto-estima. Isolam-se da família, evitam contar o acontecido aos amigos, passando a vivenciar sentimentos de irritabilidade, vazio, revolta e fracasso.

Passam a conviver com depressão, palpitações, tremores, distúrbios do sono, hipertensão, distúrbios digestivos, dores generalizadas, alteração da libido e pensamentos ou tentativas de suicídios que configuram um cotidiano sofrido. É este sofrimento imposto nas relações de trabalho que revela o adoecer, pois o que adoecer as pessoas é viver uma vida que não desejam, não escolheram e não suportam.⁴

Sintomas do assédio moral na saúde

Entrevistas realizadas com 870 homens e mulheres vítimas de opressão no ambiente profissional revelam como cada sexo reage a essa situação (em porcentagem)

Sintomas	Mulheres	Homens
Crises de choro	100	-
Dores generalizadas	80	80
Palpitações, tremores	80	40
Sentimento de inutilidade	72	40
Insônia ou sonolência excessiva	69,6	63,6
Depressão	60	70
Diminuição da libido	60	15
Sede de vingança	50	100

⁴ Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article5>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

Aumento da pressão arterial	40	51,6
Dor de cabeça	40	33,2
Distúrbios digestivos	40	15
Tonturas	22,3	3,2
Idéia de suicídio	16,2	100
Falta de apetite	13,6	2,1
Falta de ar	10	30
Passa a beber	5	63
Tentativa de suicídio	-	18,3

Fonte: BARRETO, M. Uma jornada de humilhações. São Paulo: Fapesp; PUC, 2000.⁵

O reclamado não fez prova contundente de que os mencionados programas denominados de “viva melhor” e “Fique OK” tivessem efetivamente sido postos em prática, mormente em favor do reclamante. Ao contrário, o comportamento do banco, por seus prepostos, demonstra que não.

As consequências do assédio moral não se restringem apenas ao âmbito individual da vítima. Espalha-se pela esfera que inclui aqueles que com ela (vítima) convivem mais intimamente, gerando potencial desgaste, alimentado de moto próprio.

A tese de que o pagamento do adicional de horas extras impediria a condenação em indenização por danos morais é esdrúxula. As consequências jurídicas decorrentes de um fato de origem comum são diversas, possibilitando o requerimento de títulos diversos.

Se não caracterizada, no presente caso, a síndrome de burn out (da expressão em inglês to burn out, significando queimar por completo), o reclamante esteve a algum estágio de adquiri-la. Essa constatação decorre da análise que foi feita por médico a serviço do próprio reclamado, quando detectou, em exame no reclamante, estresse decorrente de intensa jornada de trabalho (fl. 42). Essa síndrome caracteriza-se, segundo o psicanalista novaiorquino Herbert J. Freudenberg, por “um estado de esgotamento físico e mental cuja causa está intimamente ligada à vida profissional”.⁶ Embora tal síndrome possa ter alguma contribuição da própria vítima, essa provável contribuição decorre, em elevado grau, de circunstâncias perversas, decorrentes de atos

⁵ Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article7>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

⁶ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Burn_out>. Acesso em: 30 jun. 2009.

omissivos e comissivos do empregador.

A questão relativa à obstaculação a emprego também ficou demonstrada pela prova testemunhal. Além disso, cotidianamente os fatos da vida real demonstram a existência das chamadas “listas negras”, circunstâncias essas também levadas ao conhecimento dos tribunais, conforme se atesta do aresto a seguir transcrito:

DANO MORAL. LISTA NEGRA. ELABORAÇÃO E DIVULGAÇÃO. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. 1. A elaboração e divulgação de “lista negra” relacionando trabalhadores que ajuizaram ação trabalhista e recomendando a não contratação dos mesmos é conduta gravíssima, que atenta contra a ordem constitucional, afronta o Poder Judiciário e desconsidera a dignidade humana. 2. Os trabalhadores relacionados na referida lista fazem jus à indenização por dano moral, ainda que tenham conseguido colocação no mercado de trabalho e não tenham provado prejuízo material. 3. “Na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material.” (STJ, 4ª Turma, RE 2003/0101743-2, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha). 4. Decisão por maioria.⁷

Dispositivos constitucionais e legais, mencionados na petição inicial, foram violados pelo reclamado, que tinha a obrigação de oferecer aos seus empregados ambiente de trabalho saudável, seja por orientação de ordem constitucional, em sua interpretação sistemática, seja por imposição legal.

A questão de um meio ambiente de trabalho equilibrado está umbilicalmente ligada à saúde do trabalhador, bem igualmente protegido na esfera constitucional (elevado à categoria de direito social fundamental – artigo 6º da Constituição Federal) e também pelas normas da CLT.

A Lei nº 8.080/90 também destaca o tema:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico,

⁷ TRT 24ª Região, Tribunal Pleno, processo RO nº 01671.2003.002.24.00, Rel. Juiz Márcio V. Thibau de Almeida, DO/MS nº 6258, de 02/06/2004, p. 42.

o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. (sem negrito no original).

A responsabilidade civil dá-se com a presença de três elementos básicos: ato ilícito, culpa do agente, dano experimentado pela vítima e nexo causal.

Todos eles encontram-se presentes no caso em análise.

A reparação civil possui espectro de ordem constitucional (artigo 5º, inciso X) e infraconstitucional (um dos quais, os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil).

Considerando elementos como a permanência temporal do sofrimento, a extensão do fato lamentado, a gravidade do ato doloso e a situação econômica do ofensor (o reclamado é uma instituição bancária, cujo ramo de atividade econômica tem como base o lucro decorrente, principalmente, do empréstimo de dinheiro a altas taxas de juros, setor da economia que mais auferiu lucros nos últimos anos, como é fato incontroverso)⁸, assim como a razoabilidade do valor, nessa incluindo-se o caráter punitivo da medida, de modo a realmente desestimular a repetição de atos dessa natureza, estabeleço, na data desta sentença, o valor da indenização por danos morais, de acordo com o seguinte: a) R\$ 400.000,00 decorrentes do assédio moral sofrido – itens 1, 2, 3 e 3.1 da petição inicial; b) R\$ 400.000,00 decorrentes da obstaculação ao emprego – itens 1, 2 e 4 da petição inicial; c) R\$ 200.000,00 decorrentes da violação ao direito fundamental ao lazer – itens 1, 2 e 5 da petição inicial.

Não é demais lembrar que o elevado rendimento decorrente da aplicação do valor da condenação no mercado financeiro, em confronto com as baixas taxas de correção dos débitos judiciais até a data do pagamento da indenização, certamente impulsionará o reclamado a postergar a efetividade da prestação jurisdicional.

II.3. Considerações finais

Juros e correção monetária na forma da lei, observado o disposto na

⁸ Para detalhes, ver as seguintes notícias: a) “Ganho de banco no país é o mais alto do mundo”, publicado na Folha On Line em 31/01/2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u496904.shtml>>. Acesso em: 26 abr. 2009; b) “Lucro do Unibanco dobra em 2007 e atinge R\$ 3,448 bilhões”, publicado no site UOL. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/02/14/ult4294u1021.jhtm>>. Acesso em: 14 fev. 2008.

Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça.⁹

Concedo à parte autora os benefícios da Justiça gratuita, diante do permissivo legal. A simples afirmação de que não possui condições de arcar com os custos do processo é bastante para o acolhimento da medida, diante do disposto nos artigos 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal, 790, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, 4º da Lei nº 1.060/50 e 1º da Lei nº 7.115/83, conforme reiteradas decisões do excelso Supremo Tribunal Federal e do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Tal afirmação pode ser feita por advogado sem poderes especiais, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, consolidada na Orientação Jurisprudencial nº 331 da sua SDI-1.

Com relação ao pedido de condenação em honorários advocatícios, pleiteada pela parte reclamante, reconheço que não há unanimidade sobre o tema. Todavia, ainda prevalece nas Cortes do Trabalho, inclusive na 13ª Região, a corrente que reconhece as estreitas hipóteses do seu cabimento, aqui não preenchidas, de acordo com a Lei nº 5.584/70. Inteligência do enunciado das Súmulas nº 219 e 329 do colendo Tribunal Superior do Trabalho. Esse procedimento, inclusive, continua referendado pela Corte maior trabalhista (artigo 5º da Instrução Normativa nº 126/2005).

Portanto, rejeito o pedido concernente aos honorários advocatícios.

Não há incidência de imposto de renda por se tratar a condenação em restituição de patrimônio imaterial do reclamante, conforme jurisprudência mais abalizada.

De forma equivocada, a parte reclamada postulou a “compensação” dos valores pagos a idênticos títulos.

Como se sabe, a compensação é uma forma indireta de extinção das obrigações e somente se efetua entre dívidas recíprocas, líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (Código Civil, artigo 368 e seguintes). No caso dos autos, não há menção a qualquer crédito de natureza trabalhista da reclamada para com o reclamante.

Na verdade, trata-se de dedução dos valores pagos a idênticos títulos, que não existem.

Os demais argumentos lançados na contestação não possuem força suficiente para alterar os fundamentos desta sentença e são, desde já, nos termos desta fundamentação, repelidos.

⁹ correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

III - DECISÃO

ISTO POSTO, julgo PROCEDENTES EM PARTE os pedidos formulados por ALBERTO THADEU FERREIRA PERRUSI na petição inicial da reclamação trabalhista ajuizada em face do UNIBANCO – UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS para condenar o reclamado a pagar à parte reclamante, no prazo de 15 dias após intimação (CLT, artigo 832, § 1º), o valor relativo às indenizações por danos morais, equivalentes a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

A natureza não-remuneratória da verba objeto da condenação impede a incidência de contribuições previdenciárias e, na forma da lei, de dedução de imposto de renda.

Custas, pelo reclamado, no valor de R\$ 20.000,00, calculadas sobre R\$ 1.000.000,00.

Intimem-se as partes e a União (artigo 832, § 5º, da CLT).

João Pessoa – PB.

CARLOS HINDEMBURG DE FIGUEIREDO

Juiz do Trabalho

3ª VARA DO TRABALHO DE CAMPINA GRANDE
Processo 00793.2009.009.13.00-0

S E N T E N Ç A

Aos 08 dias do mês de outubro do ano de dois mil e nove, às 17h, estando aberta a audiência da 3ª Vara do Trabalho de Campina Grande, na sala respectiva, com a presença do **Dr. PAULO NUNES DE OLIVEIRA**, Juiz do Trabalho, foram apregoados os litigantes,

WANDERLON DE MELO COSTA

Reclamante

UNIBANCO – UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A.

Reclamado

Ausentes as partes.

Instalada a audiência, foi prolatada a seguinte

SENTENÇA

Vistos etc.

WANDERLON DE MELO COSTA ajuíza, em 03/08/2009, reclamação trabalhista contra **UNIBANCO – UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A**, alegando que foi admitido em 27/05/1996, sendo a sua última função a de Gerente Administrativo. Foi injustamente despedido em 18/05/2009. Após exposição fática, postula os pedidos elencados na inicial. Declara-se pobre. Dá à causa o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O reclamado apresenta defesa às fls. 41/83, arguindo preliminar e contestando os pedidos da inicial.

É produzida prova documental.

É tomado o depoimento pessoal do reclamante e do preposto do reclamado.

É produzida prova testemunhal.

Sem mais provas, é encerrada a instrução.

As razões finais são remissivas.

As tentativas de conciliação restam frustradas.

Fica marcada a data de 18/09/2009, às 12h55min, para leitura e publicação de sentença.

Em razão de acúmulo de serviço, é adiada, *sine die*, a leitura e publicação da sentença.

É o relatório

DECIDO

I - PRELIMINAR

a) Inépcia

O reclamado postula a extinção do pedido de “indenização por danos morais decorrentes de assédio moral”, em razão da ausência de causa de pedir correspondente. Alega que o reclamante “aduz de forma absolutamente genérica as supostas pressões psicológicas sofridas, os prejuízos graves e os constrangimentos de que acredita ter sido vítima”.

Embora a sua disciplina seja orientada pelo princípio da simplicidade, a petição inicial não dispensa a observância de 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.

Rejeito a preliminar.

b) Eficácia liberatória.

A reclamada alega que a rescisão do contrato de trabalho do reclamante obedeceu a todas as formalidades legais, em especial ao Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho, em que são discriminadas as verbas rescisórias pagas, apenas com ressalva genérica, o que acarreta eficácia liberatória do empregador.

O entendimento consubstanciado na Súmula 330 do TST é de que o termo de rescisão de contrato de trabalho assinado pelo empregado com respeito aos “trâmites legais” dá quitação específica aos **valores** recebidos, não podendo servir de impedimento ao empregado de utilizar seu direito de ação, constitucionalmente garantido. De qualquer sorte, a reclamante postula parcelas que não constam no TRCT.

Rejeito o pleito.

II – MÉRITO

a) Assédio moral – Despedimento discriminatório.

O reclamante alega que foi admitido em 27/05/1996, sendo injustamente despedido em 18/05/2009. Aduz que, em razão de laborar em jornada extraordinária, sem o efetivo pagamento, e de sofrer assédio moral, interpôs reclamatória trabalhista, em face de seu empregador, no ano de 2008, processo que tramita na 5ª Vara do Trabalho de Campina Grande (00242.2008.024.13.00-8), já com trânsito em julgado e com procedência parcial. Assevera que, em razão da interposição da reclamatória trabalhista, passou a sofrer assédio moral, com a intenção de que se demitisse, consistente em:

- a) processo de isolamento;*
- b) retirada de atribuições;*
- c) cobrança excessiva no cumprimento de metas;*

d) designação de um novo Gerente Administrativo, para atuar em conjunto com o reclamante, mas que, na verdade, assumiu todas as atividades gerenciais, permanecendo o reclamante com “papel decorativo”.

Por fim, alega que, como não se demitiu, intenção do reclamado com as práticas assediadoras, foi despedido sem justa causa. Entende que seu despedimento foi discriminatório, em razão da anterior interposição de reclamatória trabalhista. Postula indenização por danos morais e reintegração no emprego.

O reclamado apresenta longa defesa, em 43 laudas (a petição inicial tem 8 laudas, com apenas quatro pedidos), em que inicia afirmando que *“analisando a peça de ingresso, extrai-se que os únicos fatos verdadeiros aduzidos são o cargo exercido, qual seja: Gerente de Atendimento I, bem como as datas de admissão e de desligamento do reclamante. Afora isso, toda a narrativa do Ator é deveras fantasiosa e inverídica, consoante será demonstrado abaixo”* (grifei). Alega que não era exigido do reclamante metas inatingíveis. Nega qualquer perseguição ao reclamante em razão da interposição de reclamatória trabalhista. Ainda, nega que tenham sido retiradas do reclamante as tarefas inerentes à função exercida de Gerente Administrativo. Confirma a atuação conjunta do reclamante com outro Gerente Administrativo, Sr. Joares, afirmando que isso ocorreu por dezoito dias, não sendo retirada do autor qualquer atribuição da sua função, mas apenas dividindo as tarefas com Joares. Aduz considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre “assédio moral”. Faz uma explanação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Por fim, pondera sobre o valor de eventual indenização por danos morais.

O reclamante alega duas situações fáticas distintas. A primeira, o assédio moral levado a efeito pelo reclamado, com a intenção de rescisão do contrato, pelo pedido (na verdade, comunicação) de demissão do reclamante. A segunda, o seu despedimento, caracterizado pela atitude discriminatória do reclamado, já que motivado pela interposição de reclamatória trabalhista.

Como as situações fáticas são distintas, faço a análise apartada, iniciando pela alegação de assédio moral.

O reclamante alega que, após a interposição do processo 00242.2008.024.13.00-8, em que postula, em face do reclamado, pagamento de horas extras e indenização por danos morais, passou a sofrer assédio moral, consubstanciado nas seguintes atitudes perpetradas por seu empregador:

- a) processo de isolamento;*
- b) retirada de atribuições;*
- c) cobrança excessiva no cumprimento de metas;*
- d) designação de um novo Gerente Administrativo, para atuar em conjunto com o reclamante, mas que, na verdade, assumiu todas as atividades gerenciais, permanecendo o reclamante com “papel decorativo”.*

A prova colhida nos autos não evidencia que o reclamante tenha sofrido “*processo de isolamento*” e “*retirada de atribuições*” pelo reclamado. Os depoimentos colhidos são unânimes em afirmar que o reclamante era bom colega e que seu trabalho não modificou após 2008 (ano da interposição da reclamatória trabalhista).

A alegação de “*cobrança excessiva no cumprimento de metas*” também não restou comprovada. Os depoimentos colhidos comprovam que as metas estipuladas poderiam ser atingidas. Não há qualquer evidência de que tenha ocorrido cobrança excessiva no cumprimento de metas. O reclamante alega, também, que a cobrança era feita “*sempre num tom ameaçador e rígido*”, o que não encontra respaldo na prova oral produzida. Todos os depoimentos convergem no sentido de que o reclamante não foi repreendido ou colocado em situação humilhante pela gerência.

Por fim, assevera o reclamante que foi designado novo Gerente Administrativo para a agência, Sr. Joares, que iria atuar em conjunto com ele, o que não ocorreu, assumindo o novo Gerente todas as funções do cargo, permanecendo o reclamante com “*papel decorativo*”. Ficou plenamente comprovado que a atuação conjunta foi por apenas alguns dias, em razão do despedimento do reclamante. Ainda, a prova colhida é no sentido de que as tarefas foram realizadas em conjunto pelo reclamante e Joares.

Assim, não verifico a ocorrência de assédio moral.

Passo a analisar a alegação de despedimento, caracterizado pela atitude discriminatória do reclamado, já que motivado pela interposição de reclamatória trabalhista.

Começo traçando um pequeno referencial teórico acerca da discriminação e seu tratamento no nosso ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Vivemos, atualmente, na análise e interpretação do ordenamento jurídico, na denominada “*era da constitucionalização do direito*”. Hoje, em qualquer área da ciência jurídica, não se concebe uma análise e interpretação

da norma, se esta não for *conforme a Constituição*. É o que chamamos de *pós-positivismo*, em verdadeira aproximação entre o Direito e a Ética. Nesse ambiente, destacam-se as ideias de **reconhecimento do poder normativo dos princípios** e de uma **teoria de direitos fundamentais centrada na dignidade da pessoa humana**.

Essas ideias acabam gerando um leque de princípios que servem como farol, como sinal, de onde a sociedade almeja chegar e de que mundo queremos construir, entre eles, os princípios da igualdade, da liberdade e da legalidade, todos eles atuando sob a inspiração do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade, condena de forma expressa todas as formas de discriminação. Já no preâmbulo, dispõe a ideia de construir uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”. Não é por outro motivo que, em seu art. 3º, IV, assim dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifei)

Em vários outros artigos da Constituição Federal, está evidenciado o repúdio, sem exceção, a qualquer tipo de discriminação, seja racial, seja de gênero, seja no tipo de trabalho etc.

Com base nessa ideia luminar, o legislador infraconstitucional deve elaborar regras, em qualquer área do direito, as quais combatam e inibam qualquer prática discriminatória. Nessa esteira, é que surge a Lei 9.029/95:

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.

Nesse ponto da explanação, é necessário um parêntese.

Por certo que as hipóteses previstas no art. 1º, da Lei 9.029/95, acima transcrito, são exemplificativas. Interpretar de modo diverso seria mitigar o comando constitucional de repudiar *quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV, Constituição Federal). Mais, pensar de outro modo seria exigir do legislador que ele explicitasse, de modo exaustivo, todas as formas de discriminação, o que, visivelmente, não é possível. O objetivo da lei é claro: combater qualquer forma de discriminação.

O reclamante alega que foi despedido sem justa causa, por ter interposto reclamação trabalhista contra o reclamado. Assevera que essa atitude é discriminatória.

A contestação, sobre o assunto, aduz o seguinte:

“Seu desligamento deu-se de forma legal e fora realizado nos moldes do direito potestativo do Empregador, não restando caracterizada qualquer ilicitude por parte de Banco Reclamado, ao demitir o Reclamante”. (fl. 56, final do segundo parágrafo)

Nada mais.

Quando há alegação de atitude discriminatória, cabe ao alegado ofensor (a) negar a atitude ou (b) reconhecer a atitude, mas negar o seu caráter discriminatório.

No caso, pela tese do reclamante, a atitude seria o despedimento, e o caráter discriminatório seria a motivação do despedimento como sendo reação pela interposição de reclamatória trabalhista.

A atitude não é negada pelo reclamado. Aliás, nem poderia, já que é fato incontroverso. Em relação à motivação do despedimento (em que estaria situado o caráter discriminatório), nada alega o reclamado. Apenas aduz que agiu de forma legal, *“nos moldes do direito potestativo do Empregador”*.

De início, ressalto que, excetuando as hipóteses de estabilidades ou garantias de emprego, pode o empregador, em seu denominado *direito potestativo*, proceder ao despedimento de seu empregado.

Ressalto, também, que o nosso ordenamento jurídico repudia qualquer exercício de direito de forma abusiva. Caso isso ocorra, o ato, originalmente lícito, pela forma abusiva de seu exercício, equipara-se a ato ilícito, conforme previsão do art. 187, Código Civil.

Um dos princípios que embasam o direito do trabalho é o princípio da continuidade da relação de emprego. Um contrato de trabalho, em regra, nasce para durar indefinidamente. Isso é o ordinário. Quando uma relação de emprego se extingue, é comum a utilização (ainda que não seja a forma mais técnica) dos termos “*com justo motivo*” e “*sem justo motivo*”. O que não pode existir, até por respeito ao princípio da continuidade da relação de emprego, é a extinção da relação *sem motivo* algum.

Assim, por certo que o despedimento do reclamante teve *algum motivo*, ainda que não faltoso (o chamado “justo motivo”).

Vários podem ser os motivos para o despedimento de um empregado. Falta de adaptação ao trabalho, falta de adaptação aos colegas, reestruturação técnica da empresa, reestruturação econômica da empresa, punição do empregado por algum ato que este tenha cometido etc. O que não existe é o despedimento **sem qualquer motivo**. O raciocínio é simples: para que o empregador despeça algum empregado, é necessário que tenha um motivo para isso.

O reclamado, em sua contestação, não clareia o motivo do desligamento do autor. Não explicita qual a motivação para a extinção do contrato. Apenas alega que agiu na legalidade, dentro de seu direito potestativo.

Não se afirme que, por não ser o despedimento do autor por justo motivo, que o reclamado não precise elucidar o motivo do despedimento. É certo que, quando da comunicação do despedimento, a lei não obriga que o empregador diga qual o motivo de seu ato. Tal situação se modifica, se há alegação, em processo judicial, de despedimento abusivo, por força de ato discriminatório. Nesse caso, ao negar que a motivação seja discriminatória, deve dizer o reclamado qual o real motivo da extinção do contrato.

Não alegando o motivo do despedimento, a contestação traz “defesa genérica” (simples negativa da motivação alegada pelo reclamante), o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico, sendo o bastante para o reconhecimento de que o motivo do despedimento do reclamante foi, efetivamente, a interposição de reclamatória trabalhista.

Contudo e por cautela, analiso as demais provas contidas nos autos.

Início pelos termos da contestação. A peça defensiva elucidou alguns aspectos do transcurso da contratualidade do reclamante:

“Na verdade, o autor tinha um excelente relacionamento com seus colegas bancários, fossem eles subordinados ou superiores. Por isso, permaneceu laborando no UNIBANCO, sem sofrer qualquer tipo de represália ou

isolamento”. (fls. 54/55)

“Outra questão relevante é esclarecer que o Autor sempre exerceu suas funções de Gerente Administrativo normalmente, até seu último dia de labor” (fl. 55)

“O Autor tinha excelente relacionamento interpessoal com todos, participando inclusive de reuniões e confraternizações, sem nunca deixar transparecer insatisfação ou indisposição com nenhum dos colegas”. (fl. 56)

Assim, a contestação comprova que não havia qualquer problema interpessoal do reclamante com algum colega ou chefia. Mas, ao afirmar que o reclamante exerceu função de confiança até seu despedimento, confirma que não houve a quebra da fidúcia especial necessária para exercício do cargo, além de comprovar a competência do reclamante, pois não iria manter alguém “sem competência” em cargo de confiança.

A prova testemunhal caminha no mesmo sentido.

A primeira testemunha trazida pelo reclamado, Sr. Joares dos Santos Silva, que foi ouvido na condição de informante, por exercer cargo de confiança, informou o seguinte:

...”que sempre teve boa relação com o reclamante;... que não sabe o motivo pelo qual o reclamante foi despedido;... que a rotatividade de empregados na agência de Campina Grande não é alta;... que o reclamante era considerado um bom empregado, sendo sempre tratado com muito respeito;... que o banco tem três tipos de conceito na avaliação, sendo ‘A’ para diferenciado, ‘B’ para adequado e ‘C’ para insatisfatório;”...

A segunda testemunha trazida pelo reclamado, Sra. Sylvia Maria, também ouvida na condição de informante, por exercer cargo de confiança, informou o seguinte:

...”que a avaliação da depoente para o reclamante, como colega, ‘é muito boa’;... que não conhece nem um caso

de empregado que tivesse o conceito ‘B’ e que tenha sido demitido por mau desempenho;... que não existia nem um rumor dentro do banco de que o reclamante seria despedido; que a depoente ficou surpresa, quando soube da despedida do reclamante; que a depoente, quando soube que o reclamante tinha interposto ação trabalhista postulando horas-extras, procurou o reclamante, perguntando se ele queria sair do banco;... que, ao que se recorda, somente Yerbe interpôs reclamatória trabalhista com o contrato ainda em vigência;”...

A terceira testemunha trazida pelo reclamado, Sr. Miguel Jordão Netto, afirma o seguinte:

...” que o reclamante era ‘um bom colega’;... que não há uma rotatividade grande de empregados;... que as funções do reclamante não foram alteradas antes do seu despedimento; que o despedimento do reclamante pegou o depoente de surpresa, pois não existia nem um rumor sobre tal fato;”...

A prova documental juntada comprova que o reclamante tinha conceito “B” (fl. 38/39), considerado, pelo reclamado, como adequado.

Assim, os termos da contestação, aliados aos depoimentos colhidos, comprovam que o reclamante não tinha qualquer problema interpessoal com seus colegas, mas comprova que o reclamante, em momento algum, foi retirado de seu cargo de confiança, o que traz certeza quanto ao bom rendimento profissional no desempenho de suas atividades (o que se comprova pela sua avaliação). Ainda, a surpresa quanto ao seu despedimento, alegada pela segunda e terceira testemunhas, indica que nada de anormal estava ocorrendo no dia-a-dia de trabalho. Por fim, os depoimentos deixam claro que não há grande rotatividade de empregados no reclamado, o que indica a extraordinariedade no rompimento dos contratos de trabalho de seus empregados.

Veja que, mesmo que o reclamado não tenha alegado o motivo do despedimento do reclamante, houve a tentativa deste Magistrado de buscar a real motivação do ato, mormente a pesquisa daqueles motivos ordinários em se tratando de despedimento sem justa causa. Ocorre que, nem de longe, observam-se problemas de relacionamento, mau desempenho, problemas eco-

nômicos ou financeiros na empresa etc.

Por outro lado, ficou comprovado que tanto o reclamante como seu ex-colega Yerbe foram despedidos após a interposição de reclamatória trabalhista. Ressalto, novamente, que os depoimentos são unânimes no sentido de que a rotatividade é pequena. Ainda, nos depoimentos colhidos, os únicos nomes lembrados de empregados que teriam sido despedidos foram o do reclamante e o de Yerbe.

Continuo.

A sentença de fls. 193/199, do processo 00060.2007.008.13.00-7, movido por Yerbe em face do banco ora reclamado, reconhece que o reclamado apresenta atitudes diferenciadas em relação aos empregados que interpõem ação trabalhista, isso com base em depoimento de testemunha apresentada pelo banco:

“Naquele momento, o advogado do reclamante apresentou documento de fl. 282, em que consta que, no período de julho a dezembro/06, o reclamante recebeu nota C. A testemunha argumentou que o conceito foi dado em razão de o reclamante ter proposto a presente ação. Arguido sobre o fato de a ação ter sido proposta em janeiro, data posterior ao período de avaliação, a testemunha mostrou-se bastante constrangida, tendo esclarecido que, em razão do afastamento do reclamante e a propositura da presente ação, não haveria clima para chamá-lo para fazer o *feedback*, realizado com outros empregados em fevereiro deste ano.”

Por fim e para não deixar dúvidas em relação ao **real motivo** do despedimento do reclamante, o próprio reclamado faz a juntada de e-mails trocados entre as chefias, decidindo sobre o afastamento do reclamante, em que consta como motivação, expressamente consignado por ANELISE OPPERMANN (que trabalha em São Paulo, no setor “consultoria pessoas varejo”) e por CARLOS EDUARDO (Diretor Regional, conforme depoimento do preposto), o seguinte:

*“Desligamento de GA da região 28.
Tem ação ativa contra o banco, além de performance ruim.*

Data proposta: 15/05/2009

Anelise Oppermann”

*“De acordo.
Funcionário não vem desempenhando a função de GA e tem processo contra o banco
Carlos Eduardo”*

Como já foi reconhecido, pelos termos da contestação e pelos depoimentos colhidos, que o reclamante não estava com desempenho ruim, O QUE SE COMPROVA COM O SEU CONCEITO “B” - ADEQUADO, resta apenas a motivação de ter ação trabalhista contra o banco reclamado.

Assim, reconheço que o reclamante foi despedido por possuir reclamatória trabalhista em face do banco reclamado.

Resta a análise de que este fato enseja enquadramento como ato ilícito e, ainda, se é atitude discriminatória.

Entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, está o direito de ação, conforme art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Qualquer ato que impeça ou dificulte o seu exercício ou que, de alguma forma, puna quem o exerceu será um ato ilícito típico ou, se, na origem, for lícito, pela forma abusiva a ser exercido, equiparar-se-á a ilícito.

Assim, reconheço o ato do reclamado como ilícito, pelo exercício abusivo de seu direito, conforme art. 187, Código Civil.

Como já afirmado, não há a possibilidade de o legislador prever expressamente todos os atos que configuram discriminação. Discriminar é tomar alguma atitude em relação a outrem, por alguma característica especial (gênero, raça etc.), por algum posicionamento (ideológica, religiosa, política etc.) ou circunstância especial, ainda que temporária (gestação, doença etc.).

O ato do reclamado de extinguir o contrato de emprego do reclamante em razão de interposição de reclamatória trabalhista denota atitude diferenciada, sem qualquer razoabilidade, em razão de circunstância especial temporária, o que caracteriza atitude discriminatória.

Assim, reconheço que o reclamado, ao extinguir o contrato de emprego do reclamante em razão de interposição de reclamatória trabalhista, cometeu, além de ato ilícito, atitude discriminatória.

O reclamante postula nulidade do seu despedimento, com a reintegração no emprego e pagamento referente ao período de afastamento. Fundamenta seu pedido no art. 4º, I, Lei 9.029/95

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

Conforme já referido nesta decisão, as hipóteses discriminatórias previstas no art. 1º da Lei 9.029/95 são exemplificativas. A norma é aplicável a qualquer tipo de discriminação. Repita-se: não seria possível exigir do legislador que explicitasse todos os tipos de discriminação.

Por amor ao debate, mesmo que se admita que a Lei 9.029/95 elenca hipóteses de forma exaustiva, não se pode negar que ela demonstra o efeito jurídico desejado pelo legislador infraconstitucional, sempre que ocorrer atitude discriminatória que impeça o acesso ao emprego ou a sua continuação. Assim, sua aplicação analógica ao caso em debate se originaria do comando constitucional de vedação a qualquer tipo de discriminação. Não aplicá-la seria negar eficácia imediata à ordem constitucional de não discriminar.

Assim, considero nulo o despedimento do reclamante, determinando a sua reintegração no emprego, na função de caixa. Condeno a reclamada no pagamento da remuneração devida durante o afastamento.

Em razão dos danos provenientes da demora do julgamento final da demanda, em razão da natureza alimentar do salário, determino que a reintegração seja imediata, devendo a secretaria desta 3ª Vara do Trabalho expedir, de forma imediata, mandado de reintegração. O descumprimento da ordem acarretará multa de R\$ 2.000,00 por dia.

b) Indenização por danos morais.

O reclamante alega que o reclamado, ao proceder de forma discriminatória, extinguindo o seu contrato de emprego em razão da interposição de reclamatória trabalhista, cometeu ato ilícito, ferindo sua intimidade, abalando sua autoestima e seu bom nome. Requer indenização por danos morais.

O reclamado alega que agiu dentro da legalidade. Aduz que o reclamante não comprovou qualquer abalo psíquico. Faz uma explanação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Por fim, pondera sobre o valor de eventual indenização por danos morais.

O ato ilícito já foi reconhecido.

Resta analisar se este ato do reclamado ensejou algum dano moral ao reclamante.

O art. 186 do novo Código Civil Brasileiro dispõe que todo 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 partir desse dispositivo legal, a doutrina civilista ensina que, para existir o dever de indenizar, deve ter ocorrido um ato ilícito, um dano, e existir nexo causal entre eles. Esses elementos são pressupostos tanto para a indenização de danos materiais quanto de danos morais.

A natureza jurídica da indenização por danos morais é *compensatória*. Exatamente pela impossibilidade de se quantificar, mensurar o dano moral, quando este ocorre, é que não se ressarce este prejuízo, mas sim se compensa a parte ofendida. Mais, comprovada a ação, o dano moral, exatamente por ser interno, subjetivo, **é de existência presumida**.

Ocorre que, no caso em tela, o abalo moral do reclamante é mais do que presumido, é certo. Quem não se sentiria abalado, angustiado, em perder o emprego em razão de ter exercido um direito que lhe pertencia? Mais, a evidente e reconhecida discriminação cometida pelo reclamado fere o princípio da igualdade, transportando aquele que é discriminado para um nível de inferioridade em relação a seus pares.

Resta o arbitramento da indenização.

Como já se disse, a indenização por danos morais, para o ofendido, tem natureza jurídica compensatória, por não ser possível a mensuração certa de seu dano. Já para o ofensor, a indenização arbitrada tem dupla natureza, sendo punitiva, como sanção pelo seu ato ilícito, e pedagógica/inibitória, como forma de evitar a repetição/reincidência no ato ilícito.

Muitos defendem que o valor arbitrado não seja nem ínfimo, que não traga qualquer carga pedagógica ao ofensor, nem exagerado, que viole o prin-

cípio da vedação do enriquecimento indevido. Essa fórmula, na maioria das vezes, “resolve” o “problema” do arbitramento. Ocorre que, por vezes, não há como compatibilizá-la. Isso ocorre, normalmente, quando o ofensor tem grande poderio econômico.

Quando acontecem situações dessa natureza, deve o Juiz mensurar qual dos “critérios” deve falecer, para que o outro sobreviva.

Não tenho dúvida de que, como no caso em comento, quando o ato ilícito examinado no caso concreto se mostra grave, revoltante, significativo, e a possibilidade/realidade de reincidência transparece, devemos priorizar o critério pedagógico/inibitório.

Pensar em uma indenização que, a princípio, possa cumprir seu papel compensatório ao ofendido, mas que seja ínfima ao ofensor, não trazendo carga pedagógica/inibitória mínima, é “resolver o problema de um”, sem prevenir a dor e o sofrimento de outros. Ressalto, novamente, que a indenização de danos morais tem caráter pedagógico/inibitório (talvez mais importante que o punitivo).

A determinação do montante da indenização, no aspecto, não prescinde da consideração, além da sempre necessária razoabilidade, de elementos vinculados ao caso concreto, como a extensão do dano, as condições sócio-econômicas dos envolvidos – prestando-se, a tanto, as informações constantes da petição inicial – e o grau de culpa do agente e de seu ato, discriminatório e violador de direito fundamental, tudo de modo a assegurar, a quem cujos bens sem cunho patrimonial sejam violados, uma soma que compense a dor ou sofrimento, não exagerada a ponto de se converter em fonte de enriquecimento, nem reduzida a ponto de se tornar inexpressiva. Em síntese, a fixação do valor da indenização há de compensar a vítima ou o lesado e, paralelamente, punir o ofensor.

A título de indenização de danos morais, fixa-se o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), sujeito, na forma da lei, à atualização monetária, a contar da data de publicação desta decisão, e juros de mora, na forma da lei (Lei 8.177/1991, art. 39, *caput* e § 1º).

c) Descontos previdenciários e fiscais.

Diante do quanto dispõe o inc. 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 em que está definido no art. 28 da Lei 8.212/1991, observando-se o

limite de responsabilidade de cada uma das partes, conforme disciplinado nos art. 20 e 22 da Lei 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, outrossim, a retenção das contribuições fiscais cabíveis, conforme previsão contida no art. 46 da Lei 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** a ação, para reconhecer a nulidade do despedimento do reclamante, determinando a sua **imediata** reintegração no emprego, na função de caixa. Ainda, condenar o reclamado a pagar ao reclamante, nos valores a serem encontrados em liquidação de sentença, com juros e correção monetária na forma da lei, tudo com base na fundamentação, as seguintes parcelas: a) pagamento da remuneração devida durante o afastamento; b) indenização por danos morais. Concedo ao reclamante o benefício da Justiça Gratuita. Autorizo a retenção dos descontos fiscais e previdenciários cabíveis, devendo a reclamada comprovar nos autos o seu recolhimento, inclusive sobre sua cota parte nas contribuições previdenciárias. Determino a imediata expedição de mandado de reintegração, sob pena, em caso de descumprimento, a aplicação de multa diária de R\$ 2.000,00. Custas de R\$ 1.200,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 60.000,00, pelo reclamado. Intimem-se as partes e a União. Nada mais.

PAULO NUNES DE OLIVEIRA
Juiz do Trabalho

5ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA
Processo 0473.2009.005.13.00-4 – p. 1

S E N T E N Ç A

Vistos etc.

Rosiel Pereira da Silva, Djailson Barbosa da Silva e Maurício de Paula Barbosa ajuizaram ação trabalhista em face de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), alegando que são fiéis da Igreja Adventista do Sétimo Dia, cuja doutrina proíbe o trabalho secular no sábado dito “natural”, que vai do pôr-do-sol da sexta-feira ao pôr-do-sol do sábado imediatamente seguinte. Os autores foram punidos com advertência escrita por se recusarem a atender à convocação para o trabalho em dia de sábado. Sustentam que a empresa poderia ter convocado outros funcionários para trabalhar nesse dia e que se propuseram a trabalhar em qualquer outro dia ou horário, inclusive no domingo, o que não foi aceito pela empresa. Em virtude disso, pedem a anulação da punição sofrida, a emissão de uma ordem para que a reclamada se abstenha de exigir o trabalho aos sábados, bem como a condenação da empresa ao pagamento de indenização por danos morais e honorários advocatícios.

Rejeitada a proposta de acordo, a reclamada contestou os pedidos, refutando as alegações da parte autora. Alega que a ausência dos autores no sábado do dia 6 de dezembro de 2008 causou-lhe transtornos, pois os autores fazem a entrega domiciliar, obrigando a empresa a remanejar carteiros de outro distrito. Além disso, a atitude dos autores implicou em atraso na entrega de correspondências.

Durante a instrução, foram juntados documentos.

As partes aduziram razões finais.

Foi rejeitada a segunda proposta de acordo.

É o relatório. Passo a decidir.

Declarando-se sem condições de arcar com as despesas processuais, a parte autora faz jus aos benefícios da Justiça gratuita, ainda que formulado o pedido por advogado sem poderes específicos (OJ 331 da SDI-1 do C. TST).

O caso dos autos é de conflito entre o direito fundamental de praticar e expressar uma religião, de um lado, e o poder diretivo do empregador, de outro.

Antes de mais nada, é preciso enfrentar a objeção que a empresa fez em audiência quanto ao fato de os documentos apresentados pelos autores não mencionarem desde quando eles são membros da Igreja Adventista do Sétimo Dia.

Os autores comprovaram documentalmente que são fiéis da Igreja Adventista e que esse grupo religioso exige a abstinência de trabalho secular aos sábados, o que é, ademais, público e notório. O fato de os documentos apresentados não indicarem desde quando os autores são membros da Igreja Adventista não é relevante, pois a documentação apresentada pela empresa revela que, no dia da convocação para o trabalho no sábado, ela já sabia que os autores eram adventistas. Aliás, um dos pareceres do processo administrativo que culminou com a punição disciplinar revela que esse conflito não é novo na empresa.

Com efeito, um dos documentos diz que “o funcionário não comparece as convocações para o trabalho em dia de sábado, alegando motivo religioso, por ser adepto da Igreja Adventista do 7º Dia. Quando da convocação, o colaborador disse que se fosse possível poderia trabalhar no domingo ou na segunda-feira [que era feriado local], mas no sábado não viria porque é o seu dia de dedicação às atividades religiosas”.

Já no citado parecer, consta que o funcionário “vem faltando às convocações quando eventualmente é convocado para trabalhar aos sábados”. Consta ainda que a chefia imediata “vinha fazendo concessões para este trabalhar no domingo, porém para isso acontecer era necessário que um dos gestores também trabalhasse, para abrir a unidade e acompanhar o colaborador em suas atividades internas”.

Tais declarações comprovam que a empresa já sabia há algum tempo que os autores eram membros da Igreja Adventista do Sétimo Dia e já sabia, no momento da convocação, que os autores, muito provavelmente, não compareceriam ao trabalho no sábado do dia 7 de dezembro de 2008. É irrelevante, portanto, que os documentos apresentados pelos autores não mencionem desde quando eles são membros da sua congregação religiosa.

Ultrapassada essa questão, é preciso enfrentar a matéria principal.

Sabe-se que a liberdade de crença e de religião é uma das conquistas do estado democrático de direito. Uma das principais conquistas da civilização. Trata-se de um direito fundamental do cidadão que garante a liberdade de ter uma crença e de expressá-la. Por ele, o cidadão pode ser ateu e pode mudar de religião quando bem entender.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular” (artigo XVIII).

Para tornar mais claro esse princípio, a ONU fez editar em 1981 uma declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas em religião ou crença (Resolução 36/55). Em um dos considerandos que introduzem a declaração, a ONU salienta que “a religião ou as convicções, para quem as profere, constituem um dos elementos fundamentais em sua concepção de vida e que, portanto, a liberdade de religião ou de convicções deve ser integralmente respeitada e garantida”.

Os primeiro artigo dessa declaração dispõe o seguinte:

- “1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de Ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino.*
- 2. Ninguém será objeto de coação capaz de limitar a sua liberdade de ter uma religião ou convicções de sua escolha.*
- 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.”*

Mais adiante, o art. 6º da declaração detalha os direitos da pessoa humana relacionados à liberdade religiosa:

“Conforme o artigo 1 da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no parágrafo 3 do artigo 1, o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades:

(...)

h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção”.

Como se vê, o direito à liberdade religiosa abrange a liberdade de observar os dias de descanso estabelecidos pela crença.

No mesmo sentido, o art. 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil e incorporada à sua legislação interna, com status supralegal, dispõe que “ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças”.

A Constituição do Brasil estabelece a liberdade religiosa como um direito fundamental. É claro que ele não é ilimitado nem absoluto. Nem mesmo o direito à vida é absoluto, pois a Constituição o relativiza nos casos de guerra declarada.

Não obstante, os direitos fundamentais devem ser sempre respeitados, só podendo ser relativizados quando outra conduta não puder ser adotada sem relevante prejuízo de outro direito fundamental (a partir de uma ponderação de interesses) ou em caso de prejuízo à segurança, saúde, ordem e moral públicas.

A liberdade religiosa pode e deve ser flexibilizada, por exemplo, quando pais que frequentam uma determinada agremiação religiosa que proíbe a transfusão de sangue querem impedir que seu filho à beira da morte receba a transfusão que lhe salvará a vida. Neste caso, o direito fundamental à vida da criança deve prevalecer frente ao direito fundamental às convicções religiosas dos pais.

Da mesma maneira, uma religião que impusesse aos fiéis que andassem nus pela rua, ou que consumissem cocaína, ou que os obrigasse a roubar ou a matar os infiéis, não poderia ser respeitada pela coletividade nesses pontos. O direito fundamental à crença teria que ceder diante de outros interesses mais relevantes.

Quanto à observância de dias de guarda, uma hipotética religião que

prescrevesse seis dias de guarda por semana, todas as semanas do ano, e permitisse que os fiéis trabalhassem em apenas um, não poderia ser invocada pelo empregado como justificativa para faltar a semana quase toda. Num caso como esse, a liberdade religiosa estaria sendo invocada para justificar o injustificável: o direito de ganhar sem trabalhar, enquanto os que não professassem a religião teriam que trabalhar para ganhar. Isso feriria o direito fundamental à igualdade de todos perante a lei.

O direito à observância de um dia de guarda por semana, contudo, nada tem a ver com as exigências absurdas que citei nas linhas acima. Trata-se de um preceito milenar, que inspirou o legislador a estabelecer o repouso semanal remunerado. A origem desse costume pode estar no livro do Gênesis, segundo o qual Deus criou o mundo em seis dias e descansou no sétimo.

Por essa razão, se o próprio direito positivo incorporou a folga semanal como medida de saúde, para possibilitar o descanso do trabalhador, não parece razoável simplesmente ignorar, de antemão, o direito a guardar um dia da semana em função da religião. Somente a análise da situação concreta é que pode conduzir à legitimação de um ato de restrição do direito de liberdade religiosa, quando tiver que ceder a um interesse superior.

Isso significa que é dever do Estado e da sociedade, ou seja, de todas as pessoas, respeitar a liberdade religiosa de cada um, fazendo o possível para não sacrificar o pleno exercício dessa liberdade. Atenta a essa realidade, a jurisprudência vem autorizando que candidatos a concursos públicos que estejam impedidos, por sua fé, de realizar os exames em dias de sábado, possam realizá-los em horário diferenciado. No mesmo sentido, algumas unidades da Federação vêm produzindo leis que possibilitam aos alunos enquadrados nessa situação prestar exames em horários alternativos e substituírem a frequência às aulas aos sábados por trabalhos escritos.

Transportando-se essa compreensão para o âmbito da relação de emprego, pode-se concluir que é dever do empregador fazer o possível para respeitar a liberdade de religião do seu empregado, inclusive no tocante a eventual dia de guarda. Nesse caso, deve o patrão fazer o que estiver ao seu alcance para flexibilizar o horário do trabalhador, permitindo que ele descanse no dia de guarda e trabalhe nos demais.

A crença de cada um é algo sagrado. Entender que ela deve ceder ao poder diretivo do empregador, em toda situação, é retroagir ao tempo em que a garantia da liberdade de culto não existia. O trabalhador não deixa de ser cidadão quando veste a farda da empresa ou adentra ao interior de suas instalações. Ele continua sendo uma pessoa com suas convicções políticas,

filosóficas e religiosas, que devem ser respeitadas.

Nesse sentido, o catedrático Juan A. Sagardoy Bengoechea, da Universidad Complutense de Madrid, cita decisões do Tribunal Constitucional da Espanha no sentido de que *“la celebración de un contrato de trabajo no implica em modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”* (S. TC 106/1996) e que *“las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que, establece el art. 38 del Texto Constitucional que legitime que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional”* (*Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, SA, 2005, p. 29).

Com respeito à acomodação entre as crenças religiosas e a atividade produtiva, o mesmo autor segue dizendo: *“Respecto a la acomodación razonable de la organización productiva, tenemos un ejemplo, en el art. 23 ET, respecto de los trabajadores (exámenes, permisos para estudios, etc). Y, asimismo, con motivo de creencias religiosas o éticas – descansos en días determinados de la semana, actos contrarios a las mismas, etc. - el empresario, en la medida de lo posible, debe acomodar la organización del trabajo para no ir contra tales creencias”* (ob. cit., p. 43-44).

Os esforços da sociedade devem convergir para a inclusão, não a exclusão, das minorias. Impor aos guardadores do sábado – que são ínfima minoria – a obrigação de trabalharem nesse dia, implica em exclusão social, pois só resta ao cidadão escolher entre duas alternativas: contrariar um mandamento que julga divino e manter o emprego ou obedecer ao mandamento e ficar à margem do mercado de trabalho. Como muitos escolheriam a segunda opção, por fidelidade à sua crença, o resultado seria o desemprego de muitas pessoas. Isso poderia ser evitado, na maior parte dos casos, se a atividade produtiva, com um mínimo de desconforto, fizer o possível para permitir o repouso no dia de guarda. Sem dúvida, é a solução que privilegia o interesse público e o direito fundamental à religião.

Não há dúvida, portanto, que o direito à liberdade de crença deve ser respeitado, só podendo ser relativizado em hipóteses excepcionais.

No caso dos autos, vários são os motivos para o respeito ao direito de guardar o dia de sábado.

Primeiro, a reclamada é uma grande empresa, com milhares de

funcionários. A quantidade de sabatistas em seu quadro funcional certamente é pequena. Não haverá grandes constrangimentos em se adequar a dinâmica do empreendimento ao direito de natureza religiosa desses empregados. Até porque a reclamada mantém atividades em todos os dias da semana, inclusive aos domingos. Pelo menos é isso que se extrai do contrato de trabalho dos reclamantes, senão vejamos:

“O empregado é admitido para prestar a jornada de oito horas diárias, no total de quarenta e quatro horas semanais, no horário que o empregador mantém turnos diurno, noturno e misto de trabalho, sendo da obrigação do empregado prestar serviços em qualquer deles, a critério do empregador.

(...) Está também ciente o empregado de que o empregador mantém atividades nos domingos e feriados, sendo da obrigação do empregado trabalhar em tais dias, estipulando-se que o repouso semanal constará de tabelas de revezamento divulgado periodicamente” (sic).

Ora, se a empresa desenvolve atividades nos sete dias da semana e se o repouso semanal remunerado é concedido em sistema de revezamento, não me parece ser muito custoso fazer coincidir a folga dos autores com os sábados, sobretudo porque a grande maioria dos funcionários, com certeza, prefere folgar aos domingos.

Por outro lado, se o problema é a dificuldade de entrega domiciliar aos domingos, pelo fato de o comércio estar fechado nesses dias, isso também pode ser contornado. Atualmente, parte do comércio abre aos domingos, sobretudo os shoppings centers e supermercados. Mas se for muito inconveniente a entrega nesses dias, os autores poderiam ter tido a carga de entregas aumentada nos dias úteis de modo a não precisar trabalhar nos sábados. Ou poderiam ter sido enviados para entregar correspondências em áreas residenciais. Uma outra alternativa seria convocar outros carteiros para entregar as correspondências no sábado (coisa que a empresa confessou ter feito). Os autores não seriam convocados mas teriam um acréscimo proporcional de trabalho nos dias úteis, de modo a manter a isonomia com os demais carteiros.

Em suma, muitas alternativas a empresa teria para contornar o problema. Tanto que, em um dos pareceres exarados no processo que culminou com a punição dos autores, consta que eles já chegaram a trabalhar em

domingos, para compensar a ausência nos sábados. O motivo invocado para suspender essa concessão – ter que mandar um encarregado para supervisionar os reclamantes no domingo – não parece um sacrifício muito grande para a empresa. Sacrifício incomparavelmente maior é obrigar os reclamantes a agir contra a sua consciência e sua fé.

É visível a desproporção entre o sacrifício exigido da empresa (que é irrelevante) para manter íntegro o direito fundamental dos reclamantes e o sacrifício exigido dos autores (que é descomunal) para preservar o poder diretivo da empresa. Em casos como este, não há dúvida de que o direito fundamental à expressão religiosa deve prevalecer.

Com esses fundamentos, considero injusta e ilegal a punição aplicada aos autores, acolhendo o pedido de sua anulação, bem como a tutela inibitória pleiteada, de modo que a empresa fique impedida de exigir dos reclamantes o trabalho do pôr-do-sol da sexta-feira ao pôr-do-sol do sábado.

No sentido do texto, encontramos a decisão a seguir transcrita, proferida pelo Juiz do Trabalho Carlos Rodrigues Zahlouth, no processo nº 1217-2006-010-08-00-4, em situação análoga à presente:

“É certo que a empresa tem o poder diretivo de determinar trabalho a seus funcionários, especialmente na categoria dos vigilantes, onde existem diversos postos de trabalho. Porém, esse poder não é absoluto, pois patente que o reclamante era judeu, onde é proibido por força religiosa o trabalho aos sábados, a ausência do autor, não foi deliberada e com o fito de abandono, mas sim por conjunturas sociais e religiosas.

(...)

É direito fundamental de toda pessoa não ser obrigada a agir contra a própria consciência e contra princípios religiosos. Segue-se daí, não ser lícito obrigar-se cidadãos a professar ou a rejeitar qualquer religião, ou impedir que alguém entre ou permaneça em comunidade religiosa ou mesmo a abandone. O direito de liberdade de consciência e de crença deve ser exercido concomitantemente com o pleno exercício da cidadania.

(...) Bem aponta Kant, em sua obra ‘Fundamentos para uma Metafísica dos Costumes’, que o homem é o único ser capaz de orientar suas ações a partir de objetivos

racionalmente concebidos e livremente desejados. A dignidade do ser humano consistiria em sua autonomia, que é a aptidão para formular as próprias regras de vida, ou seja, sua liberdade individual ou livre arbítrio.

Foi somente no século III d.C que a expressão liberdade religiosa - libertas religionis - foi, provavelmente, utilizada pela primeira vez, por Tertuliano, advogado convertido ao cristianismo e que passou a defender a liberdade religiosa em face dos abusos do Império Romano. A liberdade religiosa é, como se sabe, um direito humano fundamental, assegurado pelas Constituições dos diversos Estados democráticos e, também, por importantes declarações e tratados internacionais de direitos humanos.

A liberdade religiosa comporta pelo menos três acepções: jurídica, teológica ou eclesiástica e bíblica.

No que se refere à liberdade religiosa na acepção jurídica, a mesma compreende, essencialmente, a liberdade religiosa como um direito fundamental da pessoa humana. Nesse sentido, Segundo Jorge Miranda, a liberdade religiosa ocupa o cerne da problemática dos direitos humanos. Ora, no curso da história da humanidade, o direito à liberdade religiosa representa uma conquista extremamente recente. Pode ser identificada nas três fases da era dos direitos, mencionadas por Norberto Bobbio. Segundo o autor italiano, os direitos humanos ‘nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais’. Como direito natural, a liberdade religiosa surgiu no século XVIII, com as primeiras declarações de direitos de 1776 (americana) e 1789 (francesa). Como direito efetivamente tutelado, a liberdade religiosa surgiu com a Constituição Americana. Como direito internacional, a liberdade religiosa surgiu no Segundo Pós-Guerra, com o desenvolvimento do sistema global de proteção aos direitos humanos ligado à Organização das Nações Unidas - ONU.

(...) Para a esmagadora maioria dos cidadãos do País,

que são cristãos e que guardam o domingo, não haverá trabalho, provas ou concursos no dia que consagram. O que se defende é o tratamento igual àqueles que guardam o sábado. Não se fere, portanto, o princípio da isonomia. Ademais, a própria Constituição, protetora do princípio da igualdade, também autoriza certas limitações à mesma liberdade como na previsão da chamada ‘escusa de consciência’, nos termos do artigo 5º, inciso VIII, visando à garantia das liberdades de pensamento e opinião.

Assim, é evidente que a obrigação de praticar atividade no sábado, ao ser descumprida porque decisão da empresa assim impôs, ao não fixar uma alternativa, não fere a norma constitucional; ao contrário respeitar tal posição, propicia a liberdade de convicção sem feri-la.

(...) Neste sentido, cita-se o constitucionalista português Jorge Miranda que ressalta a importância da liberdade religiosa, e afirma que ela está ‘no cerne da problemática dos direitos humanos fundamentais, e não existe plena liberdade cultural nem plena liberdade política sem essa liberdade pública, ou direito fundamental’.

Rui Barbosa também preconizava, ‘de todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa.’

Portanto, somente nos casos de obrigações legais, não se pode opor restrições religiosas, mas não no caso de trabalho, quando a empresa, de grande porte em sua área de atuação em Belém, deveria por força constitucional adequar o horário de trabalho do autor para não coincidir aos sábados, ainda mais que a questão está consolidada por mais de seis anos.”

A conduta da empresa impingiu aos autores uma tortura psicológica que poderia ter sido evitada, pois eles se viram diante de uma escolha de Sofia. Ou obedeciam ao seu Deus e desobedeciam à ordem injusta da empresa, colocando o seu emprego e sua subsistência em risco, ou se sujeitavam à ira de Deus (na ótica deles) para manter a fonte de sua sobrevivência.

O direito da empresa a exercer o poder diretivo e disciplinar foi

exercido de forma abusiva, pois violou sua função social. Com efeito, como ensina Edilton Meireles, “pelo critério da função social se tem que o ato é abusivo quando este se desvirtua do instituto jurídico que foi criado, o qual integra. Isso porque, todo e qualquer instituto jurídico tem uma destinação social. Todo instituto jurídico é criado, não só ‘para o movimento das riquezas do mercado’, ou para fins meramente egoísticos, mas, principalmente, para servir à coletividade” (*Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 77).

É certo que a empresa tem o direito de exigir o trabalho e dirigir a prestação de serviço. No entanto, esse direito não pode ser exercido de forma absoluta e ilimitada, mas observada a sua destinação social. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes diz que “a regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da atividade cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana” (*apud* Edilton Meireles, *ob. cit.*, p. 78).

Assim, a empresa, ao exercer o seu poder diretivo, não pode desprezar a dignidade dos seus subordinados. Não pode esquecer que eles, além de empregados, são pessoas humanas, cidadãos com direitos fundamentais. “Nesta trilha, farta doutrina cita como violadores da função social todos os atos que ofendem os direitos fundamentais, em especial os direitos da personalidade, incluindo-se entre estes últimos tudo o que está relacionado ao homem em função de sua própria natureza, a exemplo da vida, integridade física e psíquica, corpo, honra, identidade, sigilo, liberdade, imagem, voz, recato, pensamento, intimidade, sentimento religioso, crenças, manifestações do intelecto (direitos autorais), etc. Em suma, os direitos físicos, os direitos psíquicos e os direitos morais do ser humano. Assim, o contrato, de mero instrumento de circulação de riquezas, transformou-se em instrumento de proteção dos direitos fundamentais, pois não se concebe o ‘homem como sujeito isolado (indivíduo-livre) senão como membro ativo de uma sociedade plural na qual todos são igualmente livres. (...) Em suma, ‘a valorização da pessoa passa a ser a preocupação principal, e não o patrimônio’. Pode-se afirmar, ainda, que a ‘função social do contrato, enfim, garante a humanização dos pactos, submetendo o direito privado a novas transformações” (Edilton Meireles, *ob. cit.*, p. 79-81).

Com isso, o abuso de direito da empresa (subespécie do ato ilícito em sentido amplo) traz como consequência o dever de indenizar os autores pelos danos morais decorrentes do sofrimento psicológico a que foram submetidos. Note-se que não é necessária a “prova” do dano moral, que é presumível na

hipótese dos autos.

Assim, considerando-se a natureza e a gravidade da ofensa, o nível econômico dos envolvidos, o grau de culpa do ofensor e, sobretudo, o intuito pedagógico da condenação, arbitro a indenização por danos morais em R\$ 5.000,00 para cada autor.

Em virtude da verossimilhança da alegação e do risco de dano aos reclamantes, defiro o pedido de antecipação da tutela, para suspender a eficácia da advertência escrita e determinar à empresa que se abstenha de exigir dos autores o trabalho aos sábados.

São devidos honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Com efeito, a legislação processual trabalhista não tem norma específica que trate dos honorários advocatícios em todas as situações, mas apenas nos casos de assistência sindical (Lei 5.584/70), e tão-somente para estabelecer o destinatário dos honorários. Esta omissão leva à aplicação subsidiária do princípio da sucumbência do processo civil, plenamente compatível com o processo do trabalho, inclusive com o “jus postulandi” das partes.

O entendimento contido na Súmula 219 do C. TST não se coaduna com a atual ordem constitucional, que não recepcionou a assistência sindical estabelecida pela Lei 5.584/70, incompatível com a liberdade sindical e a obrigação do Estado, não do sindicato, de prestar assistência jurídica aos necessitados.

Mesmo que esse entendimento fosse compatível com a Constituição, ele não poderia ser mantido após o advento da Lei 8.906/94, que destinou os honorários advocatícios ao advogado, não ao sindicato. Por outro lado, a Lei 10.288/2001 passou a disciplinar a assistência judiciária no processo do trabalho, revogando tacitamente a Lei 5.584/70, na parte que tratava desse tema. Posteriormente, a Lei 10.537/2002 alterou a redação da CLT, que deixou de prever a assistência judiciária no processo do trabalho, retirando, assim, por completo, o suposto respaldo legal para o entendimento da Súmula 219 do C. TST.

Como se isso não bastasse, os honorários advocatícios foram trazidos para o direito material pelo novo Código Civil, fincados no princípio da restituição integral, cuja aplicação ao Direito do Trabalho é incontestável.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, a jurisprudência cristalizada na Súmula 219 tornou-se ainda mais insustentável, pois a concessão de honorários advocatícios apenas nas lides oriundas da relação de trabalho em sentido

amplo e nas demais lides sujeitas à competência desse ramo do Judiciário, excluindo-se apenas as lides oriundas da relação de emprego, fere os princípios da isonomia e da razoabilidade.

O pagamento dos honorários de sucumbência pelo vencido tem a nobre função de possibilitar um julgamento justo, com a reparação integral do dano, evitando que o trabalhador tenha que retirar uma parte de seu crédito alimentar para pagar os honorários de seu advogado. Além disso, a ausência dos honorários de sucumbência faz com que o crédito trabalhista seja o mais barato de todos, desestimulando o seu adimplemento e fazendo com que o empregador dê preferência à quitação de dívidas de outra natureza, que são acrescidas de honorários advocatícios quando cobradas.

Acrescente-se que, no caso dos autos, os reclamantes estão assistidos pelo sindicato de sua categoria. Assim, mesmo que não se aplicasse o entendimento acima, os honorários advocatícios seriam devidos.

Isto posto, ACOLHO os pedidos formulados por Rosiel Pereira da Silva, Djailson Barbosa da Silva e Maurício de Paula Barbosa em face de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), para:

I – em sede de tutela antecipada:

a) suspender a punição disciplinar que lhes foi aplicada em virtude da ausência ao trabalho no dia 6 de dezembro de 2008 (sábado), bem como qualquer punição que porventura tenha sido aplicada após essa data, com o mesmo fundamento;

b) determinar à empresa que se abstenha de exigir o trabalho dos autores do pôr-do-sol da sexta-feira ao pôr-do-sol do sábado, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 por reclamante em caso de descumprimento.

II – em caráter definitivo:

a) anular a punição disciplinar que lhes foi aplicada em virtude da ausência ao trabalho no dia 6 de dezembro de 2008 (sábado), bem como qualquer punição que porventura tenha sido aplicada após essa data, com o mesmo fundamento;

b) determinar à empresa que se abstenha de exigir o trabalho dos autores do pôr-do-sol da sexta-feira ao pôr-do-sol do sábado, sob pena de

multa de R\$ 50.000,00 por reclamante em caso de descumprimento;

c) condenar a reclamada a pagar aos reclamantes indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 para cada um.

Honorários advocatícios pela reclamada, no importe de 20% do valor da condenação, que poderão ser compensados pelos reclamantes com eventuais honorários contratuais que deva a seu advogado.

Custas pela reclamada no importe de R\$ 360,00, calculadas sobre o valor da condenação, de R\$ 18.000,00, inexigíveis, em virtude da sua equiparação legal à Fazenda Pública.

Não há incidência de contribuições previdenciárias e imposto de renda.

Expeça-se imediatamente ofício ao Ministério Público do Trabalho para que tome conhecimento dos fatos narrados nos autos e adote as providências que entender cabíveis.

João Pessoa/PB.

ALEXANDRE ROQUE PINTO
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 - 2010

ALFREDO RANGEL RIBEIRO

CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE

EDUARDO RAMALHO RABENHORST

FRANCISCO JOSÉ GARCIA FIGUEIREDO

HUMBERTO HALISON B. DE CARVALHO E SILVA

JULIO CÉSAR BEBBER

NOEMIA APARECIDA GARCIA PORTO

PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA

RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO

SÉRGIO CABRAL DOS REIS

SÉRGIO TORRES TEIXEIRA

WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO