

Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 21ª Região - ESMAT 21
Associação dos Magistrados do Trabalho da 21ª Região - AMATRA 21

Revista Complejus

NATAL / RN
Julho/Dezembro de 2011

1. CONSELHO CONSULTIVO

Juiz Alexandre Érico Alves da Silva
Juiz Hamilton Vieira Sobrinho
Juiz Luciano Athayde Chaves
Juíza Simone Medeiros Jalil
Juiz Zéu Palmeira Sobrinho

2. CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Prof. Dr. Ailton Siqueira da Fonseca (UERN)
Prof. Dra. Adriana Goulart de Sena (UFMG)
Prof. Dra. Aurea Baroni Ceccato (UFPB)
Prof. Dr. Cláudio Pedrosa (UFPB)
Prof. Dr. Zéu Palmeira Sobrinho (UFRN)

3. REVISÃO LINGUÍSTICA

Inglês: Prof. Victor Romero

4. ASSESSORIA ADMINISTRATIVA:

Ana Flávia Machado
Helene Palmeira

5. DIAGRAMAÇÃO

Gustavo Luz

6. FOTO CAPA

Victor Romero

7. TIRAGEM

700 exemplares

AMATRA 21 - Associação dos Magistrados do Trabalho da 21ª Região.

R. Raimundo Chaves, 2182 Sl. 302. Candelária
Natal/RN. Telefone (84) 3231-4287
E-mail: revistacomplejus@amatra21.com.br

As afirmações e conceitos emitidos nos trabalhos são de responsabilidade de seus autores.

R454 Revista Complejus – v.1. n.2 (2011) – Natal: Queima-Bucha, 2011-

v.1. n.2 (jul./dez. 2011); 15 x 21cm.
Semestral
ISSN 2177-4048

1. Direito. 2. Direito do Trabalho. I. Associação dos Magistrados do Trabalho da 21ª Região (AMATRA 21). II. Escola Superior da Magistratura do Trabalho (ESMAT 21).

CDU: 34
CDD: 340

Bibliotecária: Keina Cristina Santos Sousa e Silva
CRB15 120



ALEXANDRE ÉRICO ALVES DA SILVA
Presidente

MARIA RITA MANZARRA DE MOURA GARCIA
Vice-Presidente

DILNER NOGUEIRA SANTOS
Diretor Financeiro

DERLIANE REGO TAPAJÓS
Diretora Secretária

HAMILTON VIEIRA SOBRINHO
Diretor da Escola de Magistratura

SIMONE MEDEIROS JALIL
Diretora da Escola de Magistratura – Mossoró

ANTONIO SOARES CARNEIRO
Membro do Conselho Fiscal

ISAURA MARIA BARBALHO SIMONETTI
Membro do Conselho Fiscal

RACHEL VILAR DE OLIVEIRA VILLARIM
Membro do Conselho Fiscal (Suplente)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	06
A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior.....	08
A DEPRESSÃO ENCARADA COMO DOENÇA OCUPACIONAL Zéu Palmeira Sobrinho.....	36
FUNDAMENTOS PARA UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E ADOÇÃO DE UMA CULTURA PACIFICADORA Humberto Lima de Lucena Filho.....	63
O DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO: DE 1934 ATÉ 1988 Waldeny Pereira Filho; Filizolina Elba Araujo Moura Raulino.....	83
ASPECTOS RELEVANTES DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL DO JUS POSTULANDI: da possibilidade de concessão de honorários advocatícios à sua compatibilização com o princípio da inafastabilidade de jurisdição. Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira.....	100
A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR PELOS DANOS CAUSADOS AO EMPREGADO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO Nayandra Kelly Remígio Vieira.....	112
UMA LEITURA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS CAPITALISTAS Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira.....	140
A BUSCA PELA EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE Celeste Aída de Aro Garcia Rubinho.....	155
LICENÇA-PATERNIDADE E NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR RURAL BRASILEIRO Eneida Lima de Almeida.....	161
DISPENSA DO TRABALHADOR ESTABILIZADO PELO ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS E A INAPLICA-	

BILIDADE DAS REGRAS RELATIVAS AO INQUÉRITO PARA A APURAÇÃO DE FALTA GRAVE Cláudio Dias Lima Filho.....	169
OS COROLÁRIOS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A IN(PLICABILIDADE) DO IN DUBIO PRO OPERARIO EM MATÉRIA DE ÔNUS DA PROVA Isabelle Liane Galvão de Medeiros; Mariana Gurgel de Medeiros; Vanessa Medeiros de Oliveira.....	190
A RECENTE REFORMA DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E SUAS IMPLICAÇÕES NA SEARA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRABALHISTAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS Michelly Shenna Almeida de Medeiros.....	205
ENTREVISTA – Juíza Elizabeth Florentino Gabriel de Almeida.....	225
CARLINHOS ZENS RECEBE O PRÊMIO ESMAT CULTURA.....	229

APRESENTAÇÃO

O leitor mais uma vez é agraciado com a Revista Complejus, fruto de um esforço da Amatra 21, em articulação com os professores e estudiosos das questões que afetam os direitos sociais, e com a colaboração do GESTO - Grupo de Estudos de Seguridade Social e Trabalho, da UFRN.

A publicação que ora se renova é uma dupla demonstração: primeiro revela a continuidade de um trabalho que, a julgar pelo número anterior, ganhou a aceitação e a confiança do leitor; segundo, evidencia que a Revista veio para ficar, ocupando uma lacuna em relação ao espaço de dialogicidade e crítica no âmbito das relações sociojurídicas.

O perfil dos novos protagonistas do mercado mundial e a recente crise da economia, com particular destaque para os desdobramentos sobre a Europa e África, vêm reproduzindo o afrouxamento e o desmantelamento em relação aos direitos sociais, colocando em xeque os fundamentos que orientam a defesa da progressão social e o aperfeiçoamento da aplicação do princípio da dignidade humana.

Observa-se que crescentemente as forças do mercado levantam-se para impor condicionalidades à sociedade civil e ao Estado, rebaixando direitos e comprometendo negativamente a qualidade da vida no planeta em nome da competitividade e do lucro. Compreender e combater estas imposições são desafios que demandam espaços críticos de interlocução, de análises teóricas e de produção do saber. Nesse contexto, a Complejus tenta proporcionar significativa contribuição ao despertar o leitor para a atualidade de tais questões em consonância com os temas debatidos no corpo dos artigos ora apresentados.

A revista aporta em seu primeiro artigo uma reflexão sobre a ação civil pública como mecanismo de defesa do meio ambiente. O referido texto de abertura, escrito pelo professor Sérgio Alexandre, foi merecedor da Medalha Reis Magos, prêmio máximo ofertado em razão do concurso de artigos científicos promovidos pela AMATRA-21. O trabalho evidencia a importância de efetivação de instrumentos para a promoção dos interesses metaindividuais e, em particular, aqueles relacionados à defesa do meio ambiente do trabalho.

As temáticas exploradas no campo da saúde do trabalhador merecem ser destacadas, notadamente a partir do texto sobre a responsabilidade objetiva do empregador em decorrência do acidente do trabalho, escrito pela advogada Nayandra Vieira. Ainda no tópico referente à saúde, o professor da UFRN e magistrado Zéu Palmeira Sobrinho abrilhanta a edição ao apresentar um significativo estudo sobre a depressão, propondo a adoção de posturas imprescindíveis à superação das severas sequelas que tal transtorno psíquico acarreta.

Como reforço à reflexão sobre a relação entre os direitos sociais dos trabalhadores e a dignidade humana, a revista traz à lume auspiciosos debates sobre o direito constitucional do trabalho, o princípio da proteção no âmbito laboral, a licença paternidade, a estabilidade trabalhista e a responsabilidade subsidiária no contexto da Súmula 331, do TST. Na seara processual, a presente publicação traz ainda uma abordagem sobre os aspectos relevantes da sistemática processual e um ensaio sobre a busca da efetividade da execução trabalhista. Há, também, dois outros instigantes textos postos à disposição do leitor: um sobre os fundamentos para uma interpretação constitucional da solução de conflitos e adoção de uma cultura pacificadora; e o outro sobre os direitos humanos e as relações de trabalho capitalistas.

Ressalte-se, ainda, a importante entrevista com a magistrada Elizabeth Florentino, que se abre para a Revista e fala sobre a carreira na magistratura, além de declinar as suas percepções sobre o funcionamento do Judiciário e os aspectos mais relevantes da formação e recrutamento de juízes.

Enfim, encerrada nova etapa de edição, cabe a AMATRA 21 agradecer as pessoas que contribuíram para mais um número da Revista Complejus, em especial, ao professor Victor Romero, ao editor Gustavo Luz e às colaboradoras Ana Flávia e Helane. Merece registro o empenho dos juízes Alexandre Érico e Zéu Palmeira que não mediram esforços para tornar a presente edição uma realidade. Há que se consignar ainda a inestimável contribuição do professor Ailton Siqueira pelo valioso suporte na parte científica. Por último, o Conselho Editorial da Revista deseja que todos tenham uma ótima leitura e desfrutem o máximo dos significantes textos ora publicados.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Sergio Alexandre de Moraes Braga Junior¹

RESUMO: A discussão ambiental assume dimensão concernente ao espaço físico, seja no que pertine ao meio ambiente natural ou artificial, já que há em qualquer prisma o direito subjetivo ao ambiente saudável e equilibrado. Dentro deste prisma, agrega-se, na classificação geral de meio ambiente, o meio ambiente do trabalho. A Ação Civil Pública, por sua vez, utilizada como instrumento de proteção de direitos difusos, quais sejam, relativos ao meio ambiente, direitos do consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações à ordem econômica. Todavia, constantemente, agregam-se correntes no sentido de admitir a propositura da Ação Civil Pública, em se tratando de interesses metaindividuais, caracterizados pela indisponibilidade ou homogêneos pela origem comum, tendo como referencial típico, o direito ao meio ambiente do trabalho. Sendo assim, viável a guarida às normas sobre segurança, saúde e medicina no trabalho. O Ministério Público, constitucionalmente autorizado para atuar em defesa da sociedade, nas hipóteses elencadas no art. 1º da Lei nº 7.347/85, passa ter maior destaque nos anseios coletivos. Todavia, ainda se discute acerca da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a propositura da Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE DO TRABALHO - DANO MORAL

ABSTRACT: In discussions regarding environmental issues, the work environment is also present. The public civil action, used as a means of protecting certain rights such as consumer or economic ones, is under study to extend such rights to a good work environment. However, this article discusses the legitimacy of the Public Ministry to propose a Public Civil Action regarding such new legislations on labour environments.

KEYWORDS: PUBLIC CIVIL ACTION – WORK ENVIRONMENT – MORAL DAMAGE

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No estudo da ordenação trabalhista verificamos que o Direito do Trabalho originou-se a partir das inúmeras lutas da classe trabalhadora contra a opressão dos empregadores. Percebe-se, logo, no Direito do Trabalho o viés

¹Doutor em Direito pela UFPE e Professor da UFRN e da UERN.

protecionista ao trabalhador, tendo em vista que uma gama de agressões foram praticadas contra os mesmos por séculos, originadas na Revolução Industrial, guarnecidas pelo sistema liberal.

A massa obreira durante longo tempo foram ofendidos em sua dignidade, social-política e juridicamente desguarnecidos, precisando de proteção do Poder Judiciário. Esta atuação ocorreu com a intervenção do Estado na seara econômica, de forma a manter-ou pelo menos ordenar- o equilíbrio entre as relações entre empregadores e empregados, vez que originou o surgimento da sociedade de massa, com interesses de natureza conflitantes.

Deste desajuste social surge a necessidade do direito adjetivo, logo, encontrar vias adequadas para proporcionar salvaguardas justas e eficazes às mazelas típicas deste novo paradigma de sociedade emergente, enaltecendo, deste modo, aos nominados interesses difusos e coletivos, visto que no processo, temos como instrumento da função jurisdicional do Estado, ou busca-se, através dele a concretização a restauração da paz social, quando tolhidas por conflitos de interesses.

O Direito do Trabalho, na seara jurídica, preocupou-se com as relações entre empregados e empregadores, ordenando dissídios coletivos de forma originária e fundamental. Desta forma, vocacionou uma melhor instrumentalização e democratização de novos mecanismos jurídicos capazes de combinar as tutelas jurisdicionais em satisfações coletivas. Neste contexto, o melhor mecanismo para a defesa de interesses individuais e coletivos, é a Ação Civil Pública, especialmente, no que pertine ao meio ambiente do trabalho.

Este trabalho originou-se da visão Constitucional e da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), complementada pelo Código do Consumidor, sobre Meio Ambiente e suas relações com o Direito do Trabalho até concluir com as peculiaridades do próprio Direito Processual do Trabalho.

2. HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública tem sua originalidade na “class action” americana, no qual, no mesmo paradigma surgem também a “action d’intérêt publique” francesa, a “representative action” inglesa e o “Odhasionprozess” alemão.

A class action americana ordena-se de um processo iniciado numa corte estadual ou federal por um grupo de pessoas com semelhante interesse legal, tornando mais lógica e econômica a solução do litígio, especialmente nas questões de direito do consumidor, nas quais o interesse meramente individual é pequeno demais para empolgar uma ação individual.

No intuito de salvaguardar, todavia, os interesses individuais dos representados pela instituição, associação ou classe que promove a ação, a Suprema Corte americana normatizou regras restritivas ao uso da “class action,” ao julgar dois “leading cases” em 1973 e 1974, concernentes à alçada com base na estimativa da lesão individual e a cientificação dos potenciais prejudicados.

Em nosso país, o primeiro texto legal a dispor sobre a Ação Civil Pública foi a Lei Complementar Federal 40, de 14 de dezembro de 1981, em seu art. 3º, inciso III, antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Contudo, a Ação Civil Pública não foi o primeiro instrumento de defesa dos interesses difusos no Brasil, haja vista a instituição da ação popular, disciplinada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. A ação popular poderá ser utilizada para defesa do meio ambiente, embora a ação civil pública seja o meio processual mais apropriado (Lei nº 7.347/85). Esta lei tutelava, primordialmente, os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, porém, o termo “outros interesses difusos”, constante do art. 1º, inciso IV, foi vetado. Juridicamente, a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, já trazia em seu bojo, a possibilidade de instauração do dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho, pelos sindicatos, pela Presidência do Tribunal do Trabalho e pela Procuradoria da Justiça do Trabalho (Ministério Público do Trabalho).

Todavia, desejava-se encontrar um instrumento para tutelar de modo mais eficiente os interesses difusos.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 129, III, veio a admitir a defesa de “outros interesses difusos e coletivos” não elencados cabalmente, o que fez ressuscitar a análise do dispositivo anteriormente vetado. Entendimento semelhante se dá ao denotarmos o art.5º. Par2o. da Constituição Federal

Dentre as normativas infraconstitucionais, a Lei 8.078/90, ao instituir o Código de Defesa do Consumidor, deu ao inciso IV do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública a sua redação originalmente aprovada pelo Congresso Nacional, o que acalanta inserir os interesses difusos e coletivos de natureza trabalhista entre aqueles passíveis de serem esgrimidos através desse instrumento processual.

3. CONCEITO

Edis Milare² adverte o processo de socialização do processo e a necessidade de intervenção estatal:

Numa sociedade como essa – sociedade de massa – há que existir igualmente um processo civil de massa. A ‘socialização’ do processo é um fenômeno que, embora não recente, só de poucos anos para cá ganhou contornos mais acentuados, falando-se mesmo em normas processuais que, pelo seu alcance na liberalização dos mecanismos de legitimação ad causam, vão além dos avanços verificados nos países socialistas. ‘Tudo é público e qualquer pessoa pode tutelar direitos.

A Ação Civil Pública se diferencia da ação não-penal proposta pelo Ministério Público, pois a titularidade ativa da Ação Civil Pública é estabelecida ao Ministério Público para que este exerça então sua função jurisdicional. O Ministério Público possui o poder de propor a ação, entretanto outros co-legitimados ativos poderão fazê-lo, são eles: pessoas jurídicas de direito público interno, associações e outros órgãos e entidades desde que seu objeto seja a tutela de interesses difusos e coletivos, tal ampliação deve-se ao art. 129, § 1º da Constituição Federal, pelo qual estabelece a regra de não exclusividade do Ministério Público³.

Carlos Henrique Bezerra Leite⁴ expressa a definição como sendo “o meio constitucionalmente assegurado ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei, para promoverem a defesa judicial dos interesses ou direitos metaindividuais.”

Para Hely Lopes Meirelles⁵:

A Ação Civil Pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade.

Gianpaolo Poggio Smanio⁶ leciona que a Ação Civil Pública “...é aquela que tem por objeto os interesses transindividuais ou metaindividuais”

A lei nº 7.347/85 e o instrumento que ela propicia – ação civil pública – servem para amparar direitos de interesse difuso, coletivo e, atualmente, homogêneos; trata-se de mecanismo criado com a finalidade de reparar danos referentes ao art. 1º da lei e dos demais interesses difusos e coletivos, conforto introduziu o Código do Consumidor.

Como o acesso à justiça no Brasil sempre foi questionado, temos maior responsabilidade social com a Ação Civil Pública. Na verdade, o acesso à justiça, na alcinha de Boaventura Sousa Santos⁷ é um “direito charneira”,

³ Art. 129, §1º da Constituição Federal: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impedem a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

⁴ LEITE, C.H.B., Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: LTR, 2008, p.14

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.p. 170

⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses difusos e coletivos, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1991, v. I, p. 51

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça, in Direito e a Justiça. A função social do

² MILARÉ, Édís. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, São Paulo: Ed. LTR, 2001, , pág. 03

é um direito altruísta, pois sua vocação é permitir a existência dos demais direitos. Por isso, o acesso à justiça não pode se compadecer com uma concepção meramente abstrata.

Essa garantia de possibilidade efetiva de gozo de direitos é permitida pelo Estado Democrático de Direito, porque este é fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana⁸. Sem estas metas o Direito perde a alma, e se presta veicular qualquer tipo de valor sem se cogitar de sua essência, e pode servir como um bonito invólucro para um conteúdo qualquer.

Nesta percepção, Estado Democrático de Direito assegura, assim, o direito a ter direitos⁹, exercido concretamente como possibilidade de se recorrer a um cardápio variados de mecanismos de proteção que promovam a tutela preventiva e repressiva da agressão aos direitos, ensejando um pleno acesso à justiça.

Importante ressaltar, para entender o instituto da Ação Civil Pública, e especialmente a Ação Civil Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, compreender a definição e distinguir o que seja interesse individual homogêneo, interesse coletivo e interesse difuso.

4. INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Interesse, na concepção jurídica, designa-se como a busca intencional de satisfação de uma necessidade, por meio de bens ou vantagens que sejam proveitosas para o fim almejado. Deste modo, percebe-se que existem interesses aglutinados que não podem ser atribuídos a uma única pessoa, posto que pertencem à uma coletividade ou grupo de pessoas.

François Ost¹⁰ delimita quatro matizes na diferenciação e caracterização de interesses. Em primeiro lugar, o interesse, estando na base dos principais conceitos jurídicos mesmo na de direito subjetivo tem, assim, um caráter onipresente, aparecendo, desta forma, para além das pretensões asseguradas pela ordem jurídica. Paralelamente a esta onipresença e, talvez, em consequência mesmo desta presença contraste a noção de interesse se caracteriza por uma imprecisão no seu significado, o que implica uma recorrente confusão, e mesmo, identificação entre interesse e direito.

De outro lado, o interesse adquire, como noção funcional ou operatória,

judiciário. Coordenador José Eduardo Faria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.45

⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil pública e Termo de ajustamento de conduta. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pag.33

⁹ BENJAMIM, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor, in Ação Civil Pública (Lei 7347/85- reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação). Coordenador edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.77

¹⁰ OST, François Apud José Luiz Bolzan. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo5) PP.106-107

uma leveza(souplesse) que contrasta com a rigidez própria do direito subjetivo. Assim é que, à titularidade exclusivista do direito subjetivo, se contrapõe a titularidade difusa, indeterminada ou coletiva dos interesses, da mesma forma, os interesses estão vinculados a valores novos especificados, apontando para objetivos abertos, ampliados. Por fim, o interesse se incorpora um traço subversivo, apontando novos ativos, novos objetivos, bem como implica uma relativização de direitos tradicionais – caso da propriedade que vê agregada a noção de função social, assumindo um interesse difuso da coletividade – é exemplar.

Neste prisma teremos que diferenciar, didaticamente, o conjunto de interesses. A definição desses interesses está mais claramente descrita no Código de Defesa do Consumidor¹¹, em seu art. 81, incisos I, II e III do parágrafo único.

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, o a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa será exercida quando se tratar de:
I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”

O interesse individual homogêneo é todo aquele interesse decorrente de origem comum – Lei nº 8.078/90, art. 81, III), ou seja, é aquele interesse cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é integralmente divisível e cindível.

Por sua vez, “coletivos seriam interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado”, no dizer de Celso Ribeiro Bastos.

Deste modo, trata-se de categoria intermediária os interesses que não são nem públicos e nem privados, segundo Teresa Cristina de Deus¹², compreendendo direitos que devem ser protegidos coletivamente, porque se referem a uma categoria ou agrupamento de pessoas – por exemplo, os empregados de um mesmo patrão ou associados de um sindicato.

¹¹ Código de Defesa do Consumidor - CDC Lei nº 8.078/90

¹² DEUS, Teresa Cristina de, A Tutela da Flora Em Face do Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 14/23

É verificável, desta forma, observar que, a sociedade é considerada como unidade e quem intenta as medidas cabíveis à proteção de seus interesses é o legitimado legal para tal finalidade¹³. Sendo assim, percebe-se que o autor não é titular do direito material. Todavia, busca-se advertir que os direitos coletivos não se justapõem aos direitos individuais, são direitos distintos, devendo haver equilíbrio entre os bens tutelados pelos mesmos.

E, difuso, ressalta-se como sendo todo aquele interesse de cunho transindividual¹⁴, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica” – Lei nº 8.078/90, art. 81, II.

Para Geisa de Assis Rodrigues¹⁵ as características fundamentais dos interesses difusos:

a) Indeterminação de seus titulares; b) a ausência de vínculo jurídico que ligue os detentores do direito; c) a sua incindibilidade objetiva, pois não se pode separar parcelas de do interesse difuso; d) a sua indisponibilidade, corolário lógico da indeterminação subjetiva e da sua natureza indivisível; e) a sua natureza extrapatrimonial, uma vez que os direitos difusos não podem ser expressos em medida monetária, o que origina, quando impossível a restituição ao estado anterior, a sua ressarcibilidade indireta, f) a sua tutela pode representar “conflittualità massima”, ou seja os direitos difusos concorrem com outros direitos difusos.

Adverte Paulo Bessa Antunes¹⁶ que só ocorre essa conflituosidade entre direitos difusos, quando os direitos em questão sejam favoráveis ao interesse social, mas não quando estamos na presença de um interesse corporativo, caso em que um direito coletivo se configura, como na pretensão dos madeireiros de explorar área indígena.

Percebemos, então, desta análise, que nos interesses difusos, ao contrário dos interesses coletivos, inexiste um vínculo jurídico entre os seus titulares, mas, tão somente um elo embasado em uma situação de fato.

5. INTERESSES DIFUSOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Observando-se de interesse difuso, qualificamos como espécie de interesse metaindividual, predominando interesses de natureza genérica, de impossível determinação, disperso na organização produtiva como um todo.

¹³ JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo na Constituição Federal São Paulo: RT.2011p.47

¹⁴ Que Carlos Henrique Leite chama de Jurisdição Metaindividual, na vocação da trilogia da Constituição Federal, Lei da Ação Cvil Pública e Código de defesa do Consumidor. LEITE, C.H.B. Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2008, passim.

¹⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil pública e Termo de ajustamento de conduta. Rio de Janeiro: Forense, 2002, P.48

¹⁶ ANTUNES, Paulo Bessa Antunes. Ação Civil pública, meio ambiente e terras indígenas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, PP.8/9

O dito interesse pode pertencer à qualquer associação, constituída há um ano, ainda que sem natureza sindical, uma vez vindo a ser representados pela associação, uma vez que indeterminados, estejam ligados entre si por uma mera circunstância de fato, caracterizando-se pela indeterminabilidade dos sujeitos e pela indivisibilidade do seu objeto.

Canotilho delibera que qualquer ramo do Direito é possuidor da missão da defesa ambiental, ao professar:

Finalmente, o Estado de ambiente é um Estado de justiça ambiental¹⁷. De novo, a justiça aponta para as exigências de igualdade, sob pena de os riscos ambientais representados por indústrias, resíduos, descargas, serem deslocados para zonas deprimidas ou para Estados sem defesas ecológicas. As fórmulas plásticas utilizadas nos direitos do ambiente, na legislação interna, internacional e comunitária, como as do <<poluidor pagador>>, <<produtor-poluidor-pagador>>, <<proibição de turismo de resíduos>>, pretendem condenar algumas normas de conduta ambiental onde, justamente com exigências técnicas e científicas, não são alheios os princípios materiais de justiça ambiental.

Pela própria supremacia do interesse público sobre o particular, deriva a predominância do interesse geral, não podendo ser especificado o individual. A impossibilidade de nomenclaturar ou numerar todos os agentes atingidos ou vitimados pelo possível dano ambiental, por exemplo, reforçam a indeterminabilidade como característica singular do interesse difuso.

6. OBJETO E NATUREZA JURÍDICA

A Ação Civil Pública, com a Carta Magna de 1988, assumiu postura constitucional de meio processual indicado não só no tocante aos já citados interesses, como também, em maior abrangência, aos interesses sociais e individuais indisponíveis– CF, art. 127, caput, como à proteção ao patrimônio artístico e cultural.

No que pertine ao objeto, no ensinamento de Helly Lopes Meirelles¹⁸, a Ação Civil Pública não se presta a amparar direitos individuais (outros, que não delimitados ou especificados, pelo ordenamento jurídico pátrio), nem, por outro lado, se arvora à reparação de prejuízos causados a particulares pela parte, conduta, comissiva ou omissiva do réu.

Comunga-se, logo, a idéia que a natureza jurídica da Ação Civil Pública, é de ação pública de caráter civil, estando sujeita, enquanto tal, às garantias

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Fundação Mario Soares. 2000.P.45
¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.p. 170.

e pressupostos processuais inerentes a toda ação. Diferencia-se, então, das demais por ser uma ação pública protetiva dos interesses metaindividuais.

7. LEGITIMIDADE

Possui legitimidade para propor a Ação Civil Pública, na Justiça do Trabalho, tanto o Ministério Público do Trabalho – CF, art. 129, III, quanto os Sindicatos – CF, art. 129, 1º; art. 8º, III, sendo que a Lei nº 7.347/85, art. 5º, também confere essa legitimidade aos entes públicos. Caracteriza-se, desta forma, como legitimidade concorrente, em que o enfoque de atuação é, no entanto, distinto, pois, enquanto o Ministério Público do Trabalho defende a ordem jurídica protetiva (genericamente) do trabalhador, os Sindicatos defendem os obreiros protegidos pelo ordenamento jurídico-laboral (conjugadamente à categoria).

Sendo assim, de acordo com a positivação do § 1º, do art. 129 da Constituição Federal, não há como se sustentar, invocando-se o art. 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, que a legitimidade para propor Ação Civil Pública seria exclusiva do Ministério Público e, obviamente, que estaria limitada à defesa de interesses coletivos.

A Lei Complementar n. 75/93, art. 84, inciso II delibera que cabe ao Ministério Público do Trabalho a possibilidade de “instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sem que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores”. O objetivo da instauração é reunir material suficiente para averiguação da existência de circunstâncias que possibilitarão a aplicação das normas legais concernentes à responsabilidade do empregador relativamente ao local, método e condições de trabalho a que expõe o trabalhador ao seu serviço.

A vigente Constituição Federal, no art. 5º, XXI e LXX, ampliou significativamente o leque dos legitimados a propor a Ação Civil Pública (legitimados ativos), uma vez que passou a abranger associações comunitárias e/ou profissionais não-estatais que demonstrem, de forma inequívoca, interesse legítimo na ação, desde que preenchidos determinados pressupostos: associação constituída há pelo menos um ano e que inclua a proteção e preservação dos interesses difusos no campo de seus objetivos institucionais.

Reportando-se aos entes de Direito Público Interno, em qualquer nível da hierarquia das esferas de poder (federal, estadual ou municipal), as entidades federativas, também são legitimados para propor a Ação Civil Pública, em conformidade com o disposto no art. 12, incs. I e II, da Lei dos Ritos vigente.

8. COMPETÊNCIA MATERIAL E FUNCIONAL

O foro adequado para proposição da Ação Civil Pública, assim como de suas medidas cautelares, é o local ou âmbito territorial da lesão ao interesse tutelado, tendo em vista a facilidade na produção de provas, materiais ou testemunhais, perícias, etc.

A competência, por sua vez, para processamento da Ação Civil Pública é de natureza funcional (Lei nº 7.345/85, art. 2º), e, portanto, absoluta e improrrogável. Ressalte-se que se houver hipótese de lesão ou ameaça de lesão aos interesses tutelados em mais de uma Comarca, qualquer uma das Comarcas é competente no que tange ao processamento e julgamento da Ação Civil Pública, desde que tenha havido a prevenção. Neste prisma, verifica-se que a Vara do trabalho é competente para conhecer, instruir e julgar a ação em comento, ressaltando que o TRT, no que tange a competência originária constituem exceção não aplicando desta forma via analogia.

9. INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública é tida como indisponível. Os entes, antes designados, com legitimação extraordinária não podem transigir, renunciar ou desistir da ação, uma vez que não são os titulares dos interesses ou direitos materiais que estão a defender judicialmente. E, logicamente, o Ministério Público, embora o artigo 81 do Código de Processo Civil lhe atribua os mesmos direitos e ônus das partes, não se submete a estes, tampouco à obrigatoriedade de prestar depoimento pessoal, à condenação em custas e honorários advocatícios, além da ação não estar sujeita à reconvenção. O artigo 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/85 denota ao Ministério Público a assunção da titularidade ativa da ação quando esta for abandonada por associação legitimada, incumbência que se faculta às demais pessoas jurídicas nomeadas, extraordinariamente legitimadas.

No que tange à Ação Civil Pública Trabalhista, é preciso inicialmente ponderar que a Lei nº 7.347/85 não faz qualquer remissão expressa à defesa dos interesses difusos e coletivos relacionados às relações trabalhistas. Todavia, no ordenamento jurídico nacional, não existe um diploma legal específico sobre a Ação Civil Pública Trabalhista, como ocorre, por exemplo, com a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre a Ação Civil Pública para a defesa dos direitos de portadores de necessidades especiais, com a Lei 7.913/89, que disciplina a Ação Civil Pública para apuração de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de capitais e com a Lei 8.069/90, que dispõe sobre a Ação Civil Pública para proteção dos interesses difusos e coletivos das crianças e dos adolescentes.

Comunga-se que seja verdadeira a afirmação por análise da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, que, trouxe a preocupação com os direitos metaindividuais. No entender de Nelson Nery Junior¹⁹, a Ação Civil Pública nada mais representa, do que uma “forma de defesa na Justiça do Trabalho, de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”, não sendo no entanto, uma nova espécie de Ação Civil.

A princípio, quando da instituição da Ação Civil Pública houve um acirrado embate sobre a possibilidade de seu ajuizamento na Justiça do Trabalho. Entretanto, na atualidade, de acordo com o inc. III, do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras são unânimes no que tange ao entendimento de que é cabível Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho quando os direitos trabalhistas difusos e coletivos, previstos em nosso ordenamento jurídico, forem violados ou estejam ameaçados de lesão.

10. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA

Permeia-se a propositura da Ação Civil Pública de índole Trabalhista nas seguintes hipóteses: a) Ação civil pública com o objetivo de eliminar eventuais causas de acidente do trabalho nos locais de trabalho; b) Ação civil pública visando à proteção do meio ambiente de trabalho ou a punição de lesões ao meio ambiente laboral e c) Ação civil pública para apurar responsabilidade oriunda de greve abusiva.

Carlos Henrique Bezerra Leite²⁰ designa que existem muitas outras hipóteses desta ação de vocação trabalhista-ambiental, proteger ditames do meio ambiente do trabalho: a) observância das normas de proteção à sadia qualidade de vida no ambiente laboral (dignidade, vida, saúde, medicina, higiene, segurança); b) para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente, exigir estudo prévio de impacto ambiental, mormente nas atividades de risco ambiental; c) determinar que o empregador promova educação ambiental no âmbito da empresa; d) manutenção ou preservação da incolumidade física, psíquica e moral dos trabalhadores, e) interdição ou desfazimento de obras, locais de trabalho ou de toda a empresa, f) dentre tantas outras vocações²¹.

Dentre tantas possibilidades de proteção ambiental trabalhista, há a, evidente, possibilidade de cumulação dos pedidos.

¹⁹ JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: RT, 2011, p.304.

²⁰ LEITE, C.H.B., Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2008, p.36.

²¹ Suspensão de atividades nocivas à incolumidade física, psíquica ou moral dos trabalhadores; Remoção de equipamentos ou pessoas; Utilização de equipamentos de proteção quando impossível a eliminação da nocividade; Instalação de CIPAS; Danos materiais (adicionais, v. g.) e morais coletivos. Id. Ibidem.

A competência²² para apreciar a Ação Civil Pública Trabalhista é, ainda hoje, matéria discutível, em sede doutrinária, quanto em sede jurisprudencial laboral.

Contempla-se uma primeira corrente que sustenta a tese de que a competência originária para apreciar e julgar a Ação Civil Pública Trabalhista é da Vara do Trabalho ou do Juiz de Direito investido em jurisdição trabalhista²³.

Em contraposição, temos a segunda que sustenta a tese de que a Ação Civil Pública Trabalhista é de competência originária dos Tribunais Regionais ou do TST, caso o litígio seja em âmbito regional ou nacional. Sendo assim, não se poderá entender que os efeitos da sentença, prolatados em Ações Civis Públicas, restrinjam-se à área territorial da jurisdição do seu prolator, mesmo porque, continua em vigência o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável consoante artigo 21 da Lei nº 7.347/85.

A Ação Civil Pública denota fundamental atenção perante a Justiça do Trabalho justamente porque permite que se defenda direitos de muitos em um mecanismo processual concentrado e, teoricamente, mais rápido e benéfico aos empregados – primordialmente pela possibilidade de inversão do ônus de prova, já que a responsabilidade é objetiva.

O núcleo crucial do debate apresentado está na preservação do Meio Ambiente do Trabalho idôneo, de tal forma que preserve o Direito Constitucional à saúde do trabalhador, e, em caso de dano ou mesmo ameaça a este direito, que haja um modo de guarida, mitigação ou compensação pelos danos eventualmente sofridos.

Todavia, vislumbra-se no estudo que se fosse somente este o caso, não seria necessária uma Ação Civil Pública, acontece que, num mesmo ambiente de trabalho se encontra mais de um único empregado, ou uma única classe de empregados, de tal forma que todos necessitam de proteção ou de uma(possível) restituição pelos danos sofridos.

Desta forma, a proteção à saúde²⁴, direito social essencial tratado neste trabalho, deve ser defendida por todos os meios processuais cabíveis, entre eles, a Ação Civil Pública do Trabalho.

²² Por fim, cabe salientar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar uma Ação Civil Pública. O Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário RE-206220/MG, tendo como relator o Ministro Marcos Aurélio, reconheceu que a Justiça do Trabalho possuía competência para conhecer e julgar pedidos de Ação Civil Pública versando condições do trabalho em que os pedidos voltavam-se para o meio ambiente do trabalho e aos interesses dos empregados. Entendimento que já advogávamos, mesmo antes da emenda constitucional No.45.

²³ E Súmula 183do STJ: “Compete ao Juiz Estadual nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar Ação Civil Pública, ainda que a União figure no processo”.

²⁴ Artigo 196, da Constituição Federal. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

11. DIFERENÇA ENTRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO COLETIVA

No que tange a Ação Civil Pública, no processo do trabalho, difícil é fazer-se a devida diferenciação entre Ação Coletiva destinada à persecução de melhorias nas condições laborais e notadamente compulsória, visto que a Ação Civil Pública Trabalhista também preocupa-se com a defesa de interesses ou direitos coletivos não oriundos da relação jurídica de trabalho.

A Ação, pela sinonímia clássica de interpretação, que o portador de legitimação extraordinária propuser ou será civil para a defesa de interesses ou direitos nascidos das relações desta ordem entre as pessoas, individuais ou coletivas, ou será uma Ação para a defesa de interesses ou direitos nascidos das relações havidas entre o capital e o trabalho, ou seja, trabalhistas disciplinadas pela legislação do trabalho²⁵.

Os sindicatos, como não podiam deixar de ser, preponderam na atuação em Ações Coletivas chamadas de dissídios coletivos representando a expressão da categoria.

O Ministério Público, por sua vez, conforme disposto no art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85: se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, visto que a atuação do membro do Ministério Público do Trabalho²⁶ no terreno da Ação Civil Pública Trabalhista, portanto, é sempre obrigatória, já que se não ajuizar a ação, deverá intervir no processo compulsoriamente na qualidade de *custus legis*, protetor constitucional da ordem jurídica trabalhista.

12. INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil é um instituto jurídico importante e inovador no Direito Brasileiro, pois foi criado pela Lei n. 7.347/85 e consagrado no art. 129, III, da Constituição de 1988. É um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público, cujo objeto consiste essencialmente na coleta de elementos de convicção que lhe sirvam de base à propositura de uma ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais ou para a defesa do patrimônio público e social - ou seja, destina-se a colher elementos de convicção para que, à sua

²⁵ Na concepção de Carlos Henrique Leite, na análise da lei da Ação Civil Pública, o papel da CLT e do CPC são meramente subsidiários. LACP - art. 19 - Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o CPC, naquilo em que não contrarie suas disposições. Já o CDC - art. 90 - Aplicam-se às ações previstas nesta lei as normas da LACP e do CPC, naquilo que não contrariar suas disposições. E a CLT - Inversão da regra do art. 769.

²⁶ STF libera transporte de amianto em SP. Por maioria de votos, o Plenário do STF (Supremo Tribunal Federal) deferiu em parte a medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 234, ajuizada na Corte pela Associação Nacional do Transporte de Carga e Logística contra a Lei paulista 12.684/2007, que proíbe o uso e o transporte de amianto no estado. Durante o julgamento, ao atuar como *amicus curiae* (amigo da Corte), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho se manifestou no sentido de que a lei paulista, que proíbe uso e comercialização do amianto é matéria relativa ao direito à saúde, ao direito ambiental, hipótese que revela competência legislativa concorrente. A União fixa um piso mínimo de proteção, mas nada impede que os estados e municípios estabeleçam proteção mais rigorosa, disse o advogado da entidade. www.observatorioeco.com.br/stf-libera-transporte-de-amianto-em-sp, disponível em 05 de setembro de 2011

vista, o Ministério Público possa *identificar ou não* a hipótese em que a lei exige sua iniciativa na propositura de alguma ação civil pública a seu cargo²⁷.

O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça aprovou o ato normativo nº 484²⁸, de 5 de outubro de 2006, que disciplina o inquérito civil e demais investigações do Ministério Público, *in litteris*, o define, no art.2º.:

O inquérito civil é investigação administrativa, de caráter inquisitorial, unilateral e facultativo, instaurado e presidido pelo Ministério Público e destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou outros que lhe incumba defender, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

Embora seja o inquérito civil um instrumento de atuação exclusivo do Ministério Público, sem dúvida conhecer seus principais princípios e regras passa a interessar a toda o estudioso do direito.

O inquérito civil não é pressuposto processual para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a concretização das demais medidas de sua competência própria.

13. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), também conhecido como Compromisso de Ajustamento de Conduta, há mais de 20 anos, tem sido um instrumento de resolução negociada de conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos muito usado pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, principalmente pelo Ministério Público.

A utilização do art. 211 da Lei nº 8.069/1990, normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente expressa: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Em seguida, o art. 113 do Código de Defesa do Consumidor -Lei nº 8.078/1990-acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (LACP): “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia jurídica de título executivo extrajudicial”. Neste íterim, o termo se tornou admissível para quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, entre os quais, evidentemente, os do consumidores, e passou a prever cominação de multa para o seu descumprimento.

²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. <http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=76>, disponível em 05 de setembro de 2011

²⁸ https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3009/1/Ato_normativo_disciplina_inqu%C3%A9rito.pdf, disponível em 05 de setembro de 2011

O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça aprovou o ato normativo nº 484²⁹, de 5 de outubro de 2006, que disciplina o inquérito civil e demais investigações do Ministério Público, *in litteris*, o define, no art.4º.:

Art. 4º. O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento formal, podendo ser celebrado nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório de inquérito civil, para adequação de suas condutas às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos da legislação específica.

A utilização deste é feita, grandemente, no âmbito extrajudicial, nos autos de inquérito civil ou procedimento similar, instrumento destinado a investigar lesão ou perigo de lesão a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos de consumidores.

O objeto do TAC é prevenir, fazer cessar ou buscar indenização do dano aos interesses acima mencionados. Quando o desejo do mesmo é prevenir ou fazer cessar dano aos interesses em questão, a obrigação a ser assumida é de fazer (obrigação positiva) ou não fazer (obrigação negativa ou de abstenção).

Os direitos que podem ser objeto do TAC são, entre outros, os referentes ao meio ambiente, ao consumidor e à ordem urbanística.

O termo³⁰ é um instrumento legal destinado a colher, do causador do dano ao consumidor coletivamente considerado, um título executivo extrajudicial de obrigação de fazer, não fazer ou de indenizar, mediante o qual o compromitente assume o dever (ou obrigação) de adequar sua conduta às exigências legais, sob pena de sanções fixadas no próprio termo de ajustamento de conduta.

A Resolução nº 23 – CNMP, de 17.11.2007: disciplina no âmbito do MP o IC – art. 14 estabelece que:

“O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, a compensação ou indenização pelos danos que não possam ser recuperados”.

Entretanto, não prevê a cominação para o descumprimento do mesmo.

²⁹ https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3009/1/Ato_normativo_disciplina_inqu%C3%A9rito.pdf, disponível em 05 de setembro de 2011

³⁰ ZANELLATO, Marco Antonio. http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2008_mpconsumidor_marcoantoniozanellato.pdf, disponível em 05 de setembro de 2011

14. DANO MORAL EM RAZÃO DO DIREITO DIFUSO

Na percepção mais robustecida de nosso Ordenamento Jurídico verificamos que o mesmo não protege apenas os valores morais individuais, mas os valores morais coletivos, pois o que pretendemos provar é a existência de um dano superior, ou seja, aquele que afeta de forma exclusiva os titulares do direito difuso.

Muito embora o assunto sobre danos morais coletivo não seja nada inovador, a verdade é que já foi expressamente tratada na Lei de 11 de setembro de 1990.

Ressaltamos que, o dano moral individual, não pode ser confundido com o dano moral ambiental, até pelas suas características singulares, que entendemos ser difuso por excelência³¹.

Neste prisma, identifica-se o direito ao meio ambiente como difuso, uma vez que estamos diante de um bem de uso comum do povo³², se privarmos os titulares desse bem, estará claramente configurado típico dano ambiental³³.

A Lei 7.347/85, alterada com a nova redação dada pela Lei 8.884/94, no seu art. 1º que:

Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente;...IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. (grifo nosso).

Percebe-se, claramente, que a normativa consagrou a reparação do dano coletivo ou difuso, inclusive o não patrimonial.

Deste modo, é visível que a coletividade tem pleno direito de exigir a reparação do dano que venha sofrer, sejam eles de ordem patrimonial ou não, toda vez que houver lesão a um interesse difuso, primordialmente, no momento, que estivermos frente de um direito fundamental da pessoa humana, como ao meio ambiente ecologicamente³⁴ equilibrado.

Esta compreensão surge quando diante de um prejuízo ambiental, a sociedade como um todo pode ser afetada quanto aos seus valores eminentemente imateriais, ou seja, aquele que diz respeito ao sentimento coletivo de perda venham a ser afetados.

³¹ ANTUNES, Paulo Bessa Antunes. Ação Civil pública, meio ambiente e terras indígenas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, P.78

³² Constituição Federal de 1988, 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”

³³ ANTUNES, Paulo Bessa Antunes. Dano ambiental: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.35

³⁴ Art.3º. da Lei 6.939/81- PNMA- Política Nacional do Meio Ambiente O art.3º, I, da Lei 6.938/81, definiu meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”

A Lei nº 8.078/90 ou chamado Código de Defesa do Consumidor, já previra, em seu art. 6º, incs. VI e VII prevê o dano extrapatrimonial, tanto na hipótese de violação de direitos individuais, quanto coletivos e difusos.

Neste enfoque, sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado considerado essencial a dignidade social humana, evidente que, a minoração ou prejudicialidade da qualidade de vida, em decorrência da degradação ambiental, causa danos irreversíveis à coletividade. Em conseqüência, uma vez ocorrido, este dano moral será passível de indenização.

15. TUTELA ESPECÍFICA

A responsabilização sobre o meio ambiente requer a reparação específica dos danos causados, ou preferencialmente, sua prevenção, porque as lesões são irreparáveis ou de difícil reparação. Sendo assim, procura-se estipular o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, tendentes a reparação específica do dano ou a prevenção de sua ocorrência que poderemos resguardar uma interpretação ampliativa na seara ambiental.

Fiorillo³⁵ defende neste prisma que:

a aplicação do art. 84 do Código do Consumidor não está restrita somente aos casos de ações que tiverem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, já que sua função precípua é apenas demonstrar a preocupação do Código do Consumidor com o princípio da efetividade da tutela de direitos transindividuais, ou seja, de que sempre exista a coincidência entre o direito e sua realização.

Este entendimento adéqua-se a idéia que os direitos e garantias fundamentais(art.5º.par.2º.) não obtiveram do legislador originário uma compreensão exaustiva e sim exemplificativa, por excelência.

16. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A doutrina ambientalista caracterizou a distinção entre as matizes ambientais de forma qualificá-las em meio ambiente físico ou natural, cultural, artificial e do trabalho. O Meio ambiente físico ou natural é constituído pela flora, fauna, solo, água, atmosfera etc, incluindo os ecossistemas (art. 225, §1º, I, VII CF/88). Meio ambiente cultural constitui-se pelo patrimônio cultural, artístico, arqueológico, paisagístico, manifestações culturais, populares etc (art.215, §1º e §2º CF/88). Meio ambiente artificial é o conjunto de edificações particulares ou públicas, principalmente urbanas (art.182, art.21,XX e art.5º, XXIII CF/88) e meio ambiente do trabalho é o conjunto de condições existentes no local de trabalho relativos à qualidade de vida do trabalhador (art.7, XXXIII e art.200 CF/88).

³⁵ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p.245/246

O meio ambiente do trabalho pode ser entendido como “o conjunto de fatores físicos, climáticos ou qualquer outro que interligados, ou não, estão presentes e envolvem o local de trabalho da pessoa”³⁶.

O termo ambiente tem origem latina – ambiens, entis: que rodeia³⁷. É sempre o que envolve; o que está em torno. De tal forma que o conceito de meio ambiente está incluso na Lei n. 7.347/85, art. 1º, I. Percebe-se que há um conceito natural e um artificial desta expressão, correspondendo a diferentes prismas sob os quais o meio ambiente pode ser visualizado.

O labor ou trabalho designa uma forma que o homem vem utilizando para gerar renda ou satisfazer suas necessidades, o que acaba por intervir no meio ambiente, criando um meio artificial que, por sua vez, passa a ter uma íntima relação com a natureza e o próprio ser humano, daí a razão de ser do Direito Urbanístico³⁸. Os ofícios ou misteres, ainda, demonstram as singularidades do povo e da época no qual está inserido, estando implícito na cultura presente no espaço-tempo em que se desenvolve.

A Carta Política ao tratar da temática do meio ambiente do trabalho, relata em seu art. 200, inciso VIII³⁹ combinado com o art. 225 e seus respectivos parágrafos e incisos. Objetivando verificar que o bem ambiental tutelado é a própria saúde da pessoa humana, o exercício de toda e qualquer atividade laboral não pode lesionar ou tolher a sanidade física ou mental do trabalhador.

No meio ambiente do trabalho o obreiro poderá se deparar em diversos meios, exposto a diversos agentes – físicos, químicos ou biológicos -, pode ficar estressado, influir e receber influências, naturalmente, de todos os fatores ambientais que o rodeia. Desta forma, a não observância das condições adequadas para o exercício das atividades laborais, pode-se tornar o local inadequado para a saúde humana e a prestação de ações preventivas, uma das hipóteses de degradação ambiental.

Deste modo, o meio ambiente laboral deve perquirir a preservação da saúde integra da pessoa do trabalhador, porém, não só da saúde física, mas deve conservar a incolumidade psico-emocional, pois são abundantes as agressões psíquicas sofridas pelos hipossuficientes, caracterizadoras dos danos, nomenclaturados de assédio moral.

³⁶ SANTOS, Antônio Silveira R. dos. Meio ambiente do trabalho: considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1202>>. Acesso em: 19 set. 2011

³⁷ CINTRA, Geraldo de Ulhoa ; CRETELLA JR., J. Dicionário latino-portugues APUD MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, p. 89.

³⁸ SILVA, José Afonso. Direito urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros.2000; LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar.2001

³⁹ No art. 200 são conferidas várias atribuições ao Sistema Único de Saúde: VIII- colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) reporta-se à segurança e saúde do trabalhador no art.154 e seguintes do Tít. II, Cap.V e no Tít. III (Normas Especiais de Tutela do Trabalho, além das Portarias do Ministério do Trabalho e a Lei Orgânica da Saúde(Lei8.080/90). Contempla o mesmo diploma legal, a obrigatoriedade das empresas terem que instituir as CIPAs – Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (art.163,CLT) e a adequação do Programa de Controle Médico e de Saúde Ocupacional e o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais.

17.PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Os Princípios são construções teóricas que procuram desenvolver uma base comum nos instrumentos normativos de polícia ambiental. Os Princípios não têm que estarem cabalmente positivados. São eles grandes vetores, as bases, os rumos, que influenciam e podem direcionar a construção normativa.

Os princípios ambientais têm apoio em muitas declarações internacionais, o que acarreta a crescente potencialidade de se tornarem normas costumeiras, quando não se transformarem em normas jurídicas oriundas de convenções.

Na percepção de Paulo Bessa Antunes⁴⁰:

Resulta daí que os princípios do Direito Ambiental se tornam mais relevantes e importantes, pois é a partir deles que as matérias que ainda não foram objeto de legislação específica podem ser tratadas pelo Poder Judiciário e pelos diferentes operadores do direito.

Denota-se, claramente, que o Direito Ambiental conjuga-se com o Meio Ambiente do Trabalho, já que, a visão antropocêntrica encontra-se superada. O Direito Ambiental segundo José Afonso da Silva⁴¹“refere-se não apenas a produção de bens, mas a toda relação e comportamento do homem em sociedade, numa perspectiva de mediação com a natureza. Trabalho, lazer produção, consumo são atividades em sociedade e com a natureza e é nessa relação que se localiza o campo de ação do direito ambiental”.

São, portanto, os princípios que regem o meio ambiente quanto ao Direito Ambiental e, por consequência, o Direito do Trabalho quando se trata de meio ambiente do trabalho:

a)Desenvolvimento Sustentável:

Definido como aquele que atende às necessidades do presente sem

⁴⁰ ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental. 9ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.24

⁴¹ SILVA, José Afonso da, Direito Ambiental Constitucional, p. 80/81.

comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.

Se há o direito dos povos à busca do desenvolvimento, este não se deve efetivar à custa da degradação do meio ambiente. A busca do desenvolvimento sustentável implica no uso de ações racionais que preservem os processos e sistemas essenciais à vida e à manutenção do equilíbrio ecológico.

A Declaração da ECO-92⁴² sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada através da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, delimitou em seu Princípio 8:

Para se alcançar um desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos os povos, os Estados deverão reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e de consumo e promover políticas demográficas apropriadas.

O referido princípio permeia, na visão Castro⁴³, em :

Um dos mais importantes pilares da temática jus-ambiental, compondo o núcleo essencial de todos os esforços empreendidos na construção de um quadro de desenvolvimento social menos adverso e de um cenário de distribuição de riquezas mais equânime. Numa visão eco-integradora, trata-se de estabelecer um liame entre o direito ao desenvolvimento, em todas as suas dimensões(humana, física, econômica, política, cultural, social), e o direito a um ambiente sadio, edificando condições para que a humanidade possa projetar o seu amanhã.

Na proteção laboral do meio ambiente, deve-se observar o art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, que permeia a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas à saúde, higiene e segurança, coibindo-se a degradação das condições ambientais. Assim, é direito fundamental da pessoa humana ter assegurada sua vida⁴⁴ e a saúde⁴⁵ no meio em que desenvolve suas atividades laborais.

b) Princípio do Poluidor-Pagador:

Em primeiro lugar devemos perquirir que o pagamento⁴⁶ de quaisquer proventos(como taxas) não exime ou substitui a necessidade de reparar os danos causados ao meio. O elemento preponderante no meio ambiente do

⁴² ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento <http://www.abdl.org.br/article/view/1824/1/247> , disponível em 01 de setembro de 2011

⁴³ CASTRO, Nicolao Dino de; Neto, Costa. Op.cit.p.55

⁴⁴ Artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

⁴⁵ Artigo 6º, da Constituição Federal.

⁴⁶ Não podemos confundir o princípio do poluidor pagador com o do usuário pagador. A definição de usuário-pagador tem em conta a necessidade de internalização dos custos ambientais, atinentes à manutenção ou recuperação da qualidade do bem ambiental utilizado, além da conscientização acerca do valor dos bens ambientais (utilizados no processo produtivo ou consumidos), visando a racionalização do uso de tais bens.

trabalho é a proteção da saúde do trabalhador, considerando o equilíbrio dos meios, local e método do trabalho.

Tal equilíbrio resulta do aparecimento de danos ou ameaças de danos à saúde física e psíquica do que exerce suas funções em determinado ambiente. Logo, o valor indenizatório deve guardar correspondência com o elevado patamar que os direitos à vida, à saúde e ao meio ambiente equilibrado ocupam na Constituição Federal.

Ademais, o dito princípio não possui exclusivamente o enfoque retrospectivo, mas primordialmente almeja a prevenção com o desestímulo à perpetuação das práticas econômicas danosas para a ambiência. Neste sentido, Edis Milaré pontua que :” O princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita a compensar os danos causados, mas sim precisamente, evitar o dano ao meio ambiente”.

A Declaração da ECO-92⁴⁷ sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada através da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, delimitou em seu Princípio 16 que:

As autoridades nacionais deverão esforçar-se por promover a internalização dos custos ambientais e a utilização de instrumentos econômicos, tendo em conta o princípio de que o poluidor deverá, em princípio, suportar o custo da poluição, com o devido respeito pelo interesse público e sem distorcer o comércio e investimento internacionais.

Não se concebe o prejuízo ou desgaste ambiental, nem se permite que se gere prejuízo⁴⁸ à vida, saúde e dignidade da pessoa humana mediante pagamento de indenização, mas de norma de cunho preventivo e repressivo, visando coibir condutas que colocam em risco bens de difícil ou mesmo de impossível recuperação⁴⁹.

c)Prevenção:

A preservação⁵⁰ atua como regra inquestionável à proteção ambiental

⁴⁷ ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento <http://www.abdl.org.br/article/view/1824/1/247> , disponível em 01 de setembro de 2011

⁴⁸ Impõe ao poluidor o dever de arcar com o custo ambiental que a sua atividade gera, seja de forma preventiva ou reparadora. O poluidor deve não só pagar, mas reparar o dano.Sua origem está na Europa, está previsto na Declaração do Rio/92 (princípio 16) e está positivado no Brasil no art. 225, § 3º da CF/88 e art. 14 da Lei 6938/81.

⁴⁹ CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. DANO AMBIENTAL. PERIGO DE DANOS DECORRENTES IRREVERSÍVEIS. NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO. URGÊNCIA. DETERMINAÇÃO LIMINAR. POSSIBILIDADE. 1. A recuperação dos danos ambientais causados encontra amparo nos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral, que informam o direito ambiental. Caso em que se impõe ao réu, por decisão liminar, a adoção de medidas urgentes para a recuperação de desmatamento realizado ao longo de rio, a fim de evitar o assoreamento e erosões decorrentes da falta de proteção natural da vegetação, pois, do contrário, esses prejuízos decorrentes podem se tornar irreversíveis. 2. Agravo de instrumento a que se dá provimento. Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO - Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200401000449934 -Processo: 200401000449934 UF: RO Órgão Julgador: SEXTA TURMA - Data da decisão: 02/02/2007 Documento: TRF10242874

⁵⁰ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEIO AMBIENTE. MANUTENÇÃO DE REGISTRO E AUTORIZAÇÃO PARA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DO PRODUTO CHOPE EM GARRAFA PET (POLIETILENO TEREFTALATO) OU

para evitar os possíveis danos. Profilaxar, prevenir, coibir, antecipar e evitar são ações que buscam a não ocorrência do dano. “... a preservação é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis”⁵¹.

Edis Milaré⁵² detecta uma tênue diferença entre prevenção e precaução relatando que:

podemos dizer que a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com risco certo, a precaução vai além e se preocupa com risco incerto. Ou ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo que precaução envolve perigo abstrato.

A regulamentação deste princípio pode ser encontrada na Consolidação das Leis do Trabalho e na Portaria n. 3.214/78 do Ministério Público do Trabalho. Existem outros meios que buscam prevenir o dano, como, por exemplo, a CIPA – Comissão de Prevenção de Acidentes do Trabalho, cabe a ela zelar pela manutenção do equilíbrio ambiental no trabalho, percebendo problemas e encontrando soluções, orientando os empregados na adoção de comportamentos adequados ao risco ambiental. Além da CIPA, há a SESMT – Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho, que identifica riscos físicos, químicos, biológicos e ergonômicos, presentes nos mais variados setores de atuação dos empregados.

d) Participação :

Para a resolução dos problemas do ambiente deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, através da possibilidade de participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução da política ambiental.

O princípio da participação comunitária consiste na coletivização da ação decisória no que concerne à gestão ambiental. Noutros termos, refere-se à busca de uma maior participação da sociedade civil(sejam pessoas individualmente

OUTRAS EMBALAGENS PLÁSTICAS POTENCIALMENTE POLUIDORAS. CONDICIONAMENTO A ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E DE MEDIDAS EFICAZES PARA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE.

I - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV).Processo: 200634000095127 UF: DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA Data da decisão: 11/06/2007 Documento: TRF10254643 TRF 1ª região

⁵¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 30.

⁵²MILARÉ, Edis. Op. Cit., p.823

consideradas, sejam organizações sociais) “ nos processo de definição, implantação e execução de políticas públicas ligadas à proteção ambiental”⁵³.

Acrescente que no Direito Ambiental há uma variabilidade de conceitos, diferindo, tão somente da terminologia empregada. Fato este comprovado com Paulo Bessa Antunes⁵⁴ que qualifica o princípio da informação como “princípio democrático”.

Está prevista na Declaração do Rio 92⁵⁵ (princípio 10), e no art. 225, caput, da CF/88, que prescreve ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. O direito à participação pressupõe o direito de informação. Pertine ao Poder Público e à coletividade o dever de atuar na proteção do meio ambiente⁵⁶. No tocante ao meio ambiente do trabalho não cabe somente aos órgãos públicos, mas aos sindicatos e os próprios trabalhadores e empregadores a proteção do meio ambiente do trabalho.

Faz-se necessário uma ação conjunta nas diversas esferas em que está situado este interesse da sociedade – sobre a saúde do trabalhador em seu ambiente de trabalho. A própria Consolidação da Lei do Trabalho traz em diversas passagens o dever de informação do empregador e o direito do empregado a ser informado e treinado para o desempenho de suas atividades e como proceder para que sua saúde seja preservada enquanto exerce suas funções. Exemplo disso é o art. 183 que diz: “As pessoas que trabalhem na movimentação de materiais deverão estar familiarizadas com os métodos racionais de levantamento de cargas”.

e) Educação Ambiental

Como redimensionamento da questão ambiental brasileira, foi referenciada a luta política por uma legislação ambiental e ações estatais que visem ao controle social sobre o meio ambiente. Para que este fim seja alcançado, será evidenciada a importância da consciência ambiental entre os cidadãos, através da educação ambiental, mas que ela consista em reeducação ambiental, permitindo ao cidadão superar os limites do cotidiano, vendo a si mesmo como parte de um mundo vivo. Foi objeto de nosso artigo Jurisgaia,⁵⁷ em 2006.

⁵³ CASTRO, Nicolao Dino de; Neto, Costa. Op.cit.p.39

⁵⁴ ANTUNES, Paulo Bessa. Op.cit. p.29 et seq

⁵⁵ Princípio 10 -A melhor forma de tratar as questões ambientais é assegurar a participação de todos os cidadãos interessados ao nível conveniente. Ao nível nacional, cada pessoa terá acesso adequado às informações relativas ao ambiente detidas pelas autoridades, incluindo informações sobre produtos e atividades perigosas nas suas comunidades, e a oportunidade de participar em processos de tomada de decisão. Os Estados deverão facilitar e incentivar a sensibilização e participação do público, disponibilizando amplamente as informações. O acesso efetivo aos processos judiciais e administrativos, incluindo os de recuperação e de reparação, deve ser garantido.

ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento <http://www.abdl.org.br/article/view/1824/1/247>, disponível em 01 de setembro de 2011

⁵⁶ Artigo 225, da Constituição Federal.

⁵⁷ BRAGA JUNIOR, Sérgio Alexandre M. . Jurisgaia: a questão ambiental e os limites de sua invocação. Revista de Direito e Liberdade, v. 4, p. 411-429, 2006.

É objetivo desta análise doutrinária contribuir para o debate sobre alternativas à posição do Estado e das Organizações Não-Governamentais ambientalistas, fortalecendo o papel do cidadão não como sujeito de direitos, mas como parte do aparato social.

Para este fim, foi criada a Lei 9.795, de 27 de Abril de 1999⁵⁸, que dispõe sobre a Educação Ambiental. Esse projeto de Lei, por sua vez, durante a sua tramitação, contou com a análise de vários segmentos sociais (órgãos do governo como MEC, IBAMA, MMA, organizações não-governamentais, universidades, dentre outras) diretamente interessados na matéria, e que apresentaram várias sugestões ao documento.

f) Ubiquidade:

O ato de degradação atinge a própria vida da sociedade e no seu equilíbrio⁵⁹, não sendo possível conter suas consequências ou mesmo delimitá-los a um determinado espaço geográfico⁶⁰, pois serão projetados direta ou indiretamente para o meio social. Logo, um número indeterminado de pessoas poderão ser atingidas pelos danos causados a um desastre ambiental

A partir do final do século XX e início do XXI nova reapropriação discursiva⁶¹ da ubiquidade vem se elaborando a partir do viés ambiental. Aliás, no âmbito do direito ambiental, a ubiquidade vem adquirindo novo contorno técnico-científico, superando a onipresença meramente territorial típica das apropriações feitas por outros sub-ramos do direito, para alçá-la a uma abrangência temática referente a questões fundamentais para a vida do ser humano: a proteção e preservação do meio ambiente..

A Declaração da ECO-92⁶² sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada através da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, delimitou em seu Princípio 12 que :

Os Estados deverão cooperar na promoção de um sistema econômico internacional aberto e apoiado que conduza ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável

⁵⁸ Art. 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=20&idConteudo=967>, disponível em 05 de setembro de 2011

⁵⁹ É a necessidade de avaliação de todas as implicações de uma intervenção ao meio ambiente, buscando-se adotar uma solução que melhor concilie um resultado globalmente positivo. Sopesar consequências previsíveis da adoção de uma medida, para que a mesma possa ser útil à comunidade e não importar em gravames excessivos aos ecossistemas e à vida humana.

⁶⁰ A Constituição Brasileira, em seu art. 4º, IX, estabelece como princípio nas suas relações internacionais a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, sendo uma das áreas de interdependência entre as nações a proteção do ambiente. Lei nº 9.605/98 ao dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dedicou o Capítulo VII à “cooperação internacional”, visando intercâmbio quanto à produção de provas, exame de objetos e lugares etc.

⁶¹ OLIVEIRA, Raul José de Galaad. A emergência da ubiquidade como novo princípio do direito administrativo. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 53, 31/05/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2638. Acesso em 03/09/2011.

⁶² ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento <http://www.abdl.org.br/article/view/1824/1/247>, disponível em 01 de setembro de 2011

em todos os países de forma a melhor tratar os problemas de degradação ambiental. As medidas de política comercial motivadas por razões ambientais não devem constituir um instrumento de discriminação arbitrária ou injustificada ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. As ações unilaterais para lidar com desafios ambientais fora da área de jurisdição do país importador devem ser evitadas. **As medidas ambientais para lidar com problemas ambientais trans-fronteiriços ou globais devem, tanto quanto possível, ser baseados num consenso internacional.** (Grifos nossos)

A ubiqüidade retrata , então, a dimensionalidade do trato da questão ambiental em sua vocação extra-territorial.

18. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temos evidentemente uma pluralidade normativa que identificam na saúde do trabalhador uma matriz de estudo do Direito ambiental, Direito do Trabalho e do Direito Processual do trabalho. Esta gigantesca proteção legislativa conferida pela Constituição Federal, pela Consolidação das Leis do Trabalhador e pela Lei da Ação Civil Pública, além de outros dispositivos identificados no decorrer do trabalho.

Sendo assim, percebe-se na busca da proteção à saúde do empregado, utilizando-se de normas ambientais que permitem a adequação do meio social às necessidades humanas individuais, resguardando-se sua integridade física e psíquica, em foco, às do trabalhador enquanto exerce suas funções laborais.

Procura-se evitar, através da prevenção, a ocorrência do dano a saúde por meio de normas e medidas profiláticas, evitando-se a lesão, não só a saúde do trabalhador, mas ao meio ambiente que ele trabalha, prejudicando-o indiretamente.

A responsabilidade ambiental é claramente objetiva, permitindo ao trabalhador um instrumento eficaz de confronto contra o poder econômico dos empregadores, liberando-se da necessidade de comprovação de culpa, que muitas vezes torna-se impossível devido a sua hipossuficiência. Na justiça do trabalho temos a inversão do ônus da prova como meio de resguardo ao interesse coletivo, inclusive.

Observa-se, ainda, que há garantias judiciais e não judiciais que guranecem o meio ambiente do trabalho, o que publiciza que mesmo sendo o acesso ao Poder Judiciário gratuito, nem sempre se faz necessário tal providência. Outrossim, a jurisdição civil coletiva contempla concentrar em uma única demanda o interesse de um número indeterminado, de trabalhadores lesionados, tutelando direitos sociais fundamentais, como, por exemplo, a saúde.

A Lei Ação Civil Pública agregou-se ao Código do Consumidor, tornando concretizável a efetividade da tutela no qual o meio ambiente do trabalho pode ser objeto de uma ação que envolva direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, restabelecendo prontamente a preservação do bem material, ou seja, a saúde do trabalhador.

Deste modo, devemos observar, ao final desta exposição, que a vida cotidiana não esta isenta de agressões ao meio ambiente, em especial, ao do trabalhador, e muitas vezes há de ocorrer sacrifícios a sua saúde ou mesmo vida, todavia, as normas buscam nortear as ações do Estado e da coletividade, para que se compreenda que cada vida humana tem seu valor .

O homem, a cada ano, vêm descobrindo novas formas de crescimento, seja econômico, seja social. O mundo massificado na ação globalizante pede essa constante reformulação. O meio ambiente, neste quadro de “crescimento econômico”, tem sido relegado ou desprezado. Isto se reflete no meio ambiente do trabalho.

A Ação Civil Pública nos é extremamente útil, como instrumento de proteção de direitos difusos, sejam eles, auferíveis ao meio ambiente, direitos do consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações à ordem econômica. Titularidade do Ministério Público, é cristalina, na leitura de sua normativa institucional, e constitucionalmente autorizado para atuar em defesa da sociedade, nas hipóteses elencadas no art. 1º da Lei nº 7.347/85.

No entanto, ainda se discute acerca da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a propositura da Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente do trabalho. Entendemos como aceitável, diante da análise da Lei Orgânica do Ministério Público em consonância com o art. 127, da CF.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Laura Martins Maia de. Meio Ambiente do Trabalho e a Ação Civil Pública Trabalhista. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo/SP, 2003.
- ANTUNES, Paulo Bessa . Ação Civil pública, meio ambiente e terras indígenas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- _____. Dano ambiental: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. Ação Civil Pública, meio ambiente e terras indígenas. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1998.
- _____. Direito Ambiental. 9ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BRASIL. Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943 Consolidação das Leis do Trabalho BRASIL. Lei nº. 6.939/81- PNMA- Política Nacional do Meio Ambiente
- BRASIL Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil pública;
- BRASIL Lei nº. 8.080/90 - Lei Orgânica da Saúde
- BRASIL Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente
- BRASIL Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor
- BRASIL Lei nº 9.795/93 – Lei da Educação Ambiental.

BRASIL Lei nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais

BENJAMIM, Antonio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor, in Ação Civil Pública (Lei 7347/85- reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação). Coordenador Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

BRAGA JUNIOR, Sérgio Alexandre M. . Jurisgaia: a questão ambiental e os limites de sua invocação. Revista de Direito e Liberdade, v. 4, p. 411-429, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa : Fundação Mario Soares. 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública: comentário por artigo: Lei 7.347/85. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

CASTRO, Nicolao Dino de; Neto, Costa. Proteção jurídica do meio ambiente. São Paulo: Del Rey, 2010

CINTRA, Geraldo de Ulhoa ; CRETELLA JR., J. Dicionário latino-portugues APUD MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, p. 89.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Editora Atlas S.A., 19ª edição. São Paulo/SP, 2006.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Editora Saraiva, 35ª edição. São Paulo/SP, 2005.

DALAZEN, João Oreste. Competência material trabalhista. São Paulo: Ltr, 1994, pp. 229-232, apud LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ministério Público do Trabalho: Doutrina, Jurisprudência e Prática. 2. ed., São Paulo: LTr, 2002.

DEUS, Teresa Cristina de, A Tutela da Flora Em Face do Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

GAMA, Lúcia E. P. Jaramillo. Interesses tutelados em ação civil pública. In Revista Jurídica da Puccamp, vol. 16, nº 01, 2000. https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3009/1/Ato_normativo_disciplina_inqu%C3%A9rito.pdf , disponível em 05 de setembro de 2011

JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo na Constituição Federal São Paulo: RT.2011

LEITE, C.H.B., Ação Civil Pública na perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2008.

LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar.2001

MACHADO, Paulo Afonso de Leme Machado. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. Editora Jurídico Atlas, 27ª edição. São Paulo/SP, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. <http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=76>, disponível em 05 de setembro de 2011

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____. Mandado de Segurança. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004.

MELO, Sandro Nahmias. Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental. São Paulo: Ed. LTR, 2001.

MILARÉ, Édis. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, São Paulo: Ed. LTR, 2001,

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=20&idConteudo=967>, disponível em 05 de setembro de 2011

MIRANDA, Ersio. Ação Civil Pública Trabalhista. São Paulo: LTR, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 32 edição, Ed. LTr, 2006, São Paulo/SP.

OBSERVATÓRIO ECO. www.observatorioeco.com.br/stf-libera-transporte-de-amianto-em-sp, disponível em 05 de setembro de 2011.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. Ação Civil Pública – Enfoques Trabalhistas, São Paulo: Revista

dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Raul José de Galaad. A emergência da ubiquidade como novo princípio do direito administrativo. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 53, 31/05/2008 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2638. Acesso em 03/09/2011.

ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento <http://www.abdl.org.br/article/view/1824/1/247> , disponível em 01 de setembro de 2011.

OST, François Apud BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil pública e Termo de ajustamento de conduta. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Antônio Silveira R. dos. Meio ambiente do trabalho: considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1202>>. Acesso em: 19 set. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia de administração da justiça, in Direito e a Justiça. A função social do judiciário. Coordenador José Eduardo Faria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros. 2010.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Editora Malheiros. São Paulo/SP, 2006.

_____. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros.2000;

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses difusos e coletivos, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1991, v. I, p. 51

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. www.stj.gov.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br

ZANELLATO, Marco Antonio. http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2008_mpcconsumidor_marcoantoniozanelato.pdf, disponível em 05 de setembro de 2011.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

A DEPRESSÃO ENCARADA COMO DOENÇA OCUPACIONAL

Zéu Palmeira Sobrinho¹

Resumo: O presente artigo objetiva analisar as possíveis conexões entre os fatores laborais e a depressão, sob uma perspectiva interdisciplinar. A abordagem envolve o debate teórico, com especial atenção para o chamado “suicídio acidental”. Por último, o autor discute como a depressão pode estar relacionada ao contexto social e psicológico vivido pelo trabalhador e qual a posição da Previdência Social diante da necessidade de caracterização do fenômeno depressivo como doença ocupacional.

Palavras-chave: trabalho; doença ocupacional; depressão; “suicídio acidental”.

Abstract: This article intends to analyze the possible relation between depression and workplace factors. It involves an academic discussion, highlighting the so-called “accidental suicide”. The author discusses how depression may be related to the social and psychological context experienced by the worker. Also, he talks on how the social security services should position themselves, as they need to label depression as an occupational disease.

Key words: work; occupational disease; depression; “accidental suicide”.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo identificar a relação de causalidade entre a atividade laborativa e a depressão. Antes de tal empreitada, propõe-se uma abordagem breve sobre esse tipo de transtorno mental que afeta muito mais do que o humor do indivíduo, mas toda a sua sociabilidade. Não se vislumbra aqui a pretensão de estudar com profundidade os aspectos clínicos da doença, já que tal propósito está fora do objeto da presente obra e do alcance do autor. Todavia, torna-se importante destacar aspectos sobre a depressão que certamente podem ajudar os juristas à compreenderem os reflexos deste fenômeno psíquico sobre as relações jurídicas.

Embora a depressão seja um mal da atualidade, os seus efeitos são sentidos como um antigo problema da humanidade. Na antiguidade, Hipócrates (460-370 a.C) foi um dos pioneiros em identificar a melancolia como o sintoma central para a caracterização da depressão. Durante longo tempo, principalmente na Idade Média, perdurou a concepção de que as doenças mentais tinham misteriosas causas demoníacas. Somente no

¹ O autor é Juiz do Trabalho do TRT-RN, professor da UFRN, mestre e doutor em Ciências Sociais (área de Sociologia do Trabalho), Coordenador do GESTO (Grupo de Estudos Seguridade Social e Trabalho, da UFRN, e autor de vários livros, dentre os quais: Acidente do Trabalho - crítica e tendências (Ed. LTr); Terceirização e reestruturação produtiva (Ed. LTr); Estabilidade (Ed. LTr); Contrato coletivo de trabalho (Ed. FGD), etc

século XIX, com Kraepelin (1855-1926) e outros a ciência médica preocupou-se em estudar a diversidade das causas científicas dos transtornos mentais. No século XX, Sigmund Freud (1856-1939) e Melanie Klein (1882-1960) contribuíram decisivamente para o avanço dos estudos sobre a depressão, notadamente nos contextos das perdas, das posições mentais e do desenvolvimento emocional do deprimido. Paralelamente a evolução dos estudos sobre o diagnóstico da doença, o maior impacto no tratamento das pessoas portadoras de depressão ocorreu após a 2ª Guerra Mundial com o surgimento dos antidepressivos.

O tema da depressão vem sendo recolocado constantemente na agenda da saúde pública, por ser a doença mais recorrente dos últimos tempos. Há estimativas da OMS (Organização Mundial de Saúde), divulgadas durante a Cúpula Global de Saúde Mental, realizada em 2009, em Atenas, na Grécia, no sentido de que a depressão será a doença que mais acarretará custos para as empresas e governos nas próximas décadas, posto que se trata de um transtorno mental que, na maioria dos casos, tende a se reproduzir ao longo da vida dos indivíduos. Por essa razão surge a necessidade de todos, empregadores e empregados, reaprenderem – sob uma perspectiva transdisciplinar - a adoção de posturas preventivas e terapêuticas adequadas e eficazes para a superação das severas sequelas que a depressão acarreta.

Segundo a OMS (Organização Mundial de Saúde) vem aumentando os casos de episódio depressivo maior (MDE - *major depressive episode*, na sigla em inglês), figurando a mesma como a quarta principal causa de invalidez, com projeções que asseguram que em 2020 ela será segunda maior causa. A depressão é caracterizada pela mencionada instituição como a “epidemia silenciosa” porque o número de pessoas que sofrem de tal agravo é maior do que a quantidade dos que são atingidos pelo vírus HIV e pelo câncer. Sob esse aspecto, as estatísticas da OMS apontam o seguinte:²

- Atualmente 450 milhões de pessoas no mundo são seguramente consideradas como portadoras de transtornos depressivos;
- Estima-se que em 2030, a depressão será a doença que demandará maior gastos para a saúde.
- Um dos desdobramentos da depressão tem se revelado no número de suicídios que, nos chamados países periféricos ou em desenvolvimento, é de aproximadamente um milhão por ano;
- Mais da metade dos casos de suicídios envolvem pessoas com idade entre 15 e 44 anos;
- 25% das famílias no mundo tem pelo menos uma pessoa que sofre de

depressão: _____

² Todos os dados apresentados estão contidos no documento da OMS intitulado “*Invertir en salud mental*”, publicado em 2004.

- O custo com o tratamento dos transtornos mentais consome valores equivalentes a quase 4% do PIB dos países desenvolvidos;
- Nos países desenvolvidos, quase 90% das pessoas com transtornos mentais não recebem tratamento;
- Os custos para tratamento do trabalhador incapacitado por depressão podem ser aproximadamente quatro vezes maior do que o valor despendido para custear o acidentado lesionado por causas traumáticas;
- Nos EUA, na década de 1990, 59% dos trabalhadores afastados por incapacidade tem relação com a apresentação de transtornos mentais. Em segundo lugar, com 34%, vem o afastamento por causas relacionadas ao consumo abusivo de álcool;
- Ainda nos EUA, conforme dados coletados pela Escola de Medicina da Universidade de Havard, o absenteísmo no trabalho gerado pelos transtornos mentais, chegou a ser de 6 dias por mês para cada 100 trabalhadores;
- Segundo dados da Universidade de Laval, de 2002, no Canadá o absenteísmo no trabalho, decorrente de causas psicológicas, aumentou 400% no período compreendido entre 1993 e 1999.

Conforme Kessler (2011), em artigo publicado em 26.07.2011 na Revista BMC Medicine, a OMS encomendou a realização de pesquisa sobre depressão envolvendo países de baixa renda, dentre os quais Brasil, Colômbia, Índia, China, Líbano, México, África do Sul e Ucrânia. Constatou-se que o Brasil foi o que apresentou o maior índice de pessoas com depressão nos últimos 12 meses anteriores à pesquisa, afetando 10,4% da população investigada em solo brasileiro. Outro dado do estudo revela que a prevalência da depressão é duas vezes maior entre as mulheres.

Para a OMS, a depressão é geralmente ignorada porque os estudos médicos não são suficientes para diagnosticar com precisão o momento em que os fatores desencadeantes do transtorno mental começam a interferir na saúde do paciente. Algumas vezes, a depressão ao invés de apresentar-se visível, eclode sob o manto de uma sequela física que a secundariza. Além disso, as pessoas depressivas ou não admitem a doença ou, quando a admitem, dissimulam o quanto podem os sinais da enfermidade. Agem assim já que, em regra, as pessoas deprimidas não gostam de serem vistas como fracas e nem sempre admitem serem tratadas como o alvo da compaixão alheia.

Uma forma de tentar enfrentar todas essas dificuldades para se diagnosticar a depressão relacionada aos fatores laborais, apresenta-se o desafio de uma abordagem transdisciplinar, conforme será objeto de debate no item a seguir.

2. A perspectiva transdisciplinar e a sistematização das doenças ocupacionais

Além da sociologia do trabalho, da ergonomia, da engenharia de produção, da medicina do trabalho, a psicopatologia do trabalho tem se ocupado do debate sobre a relação entre os quadros clínicos de distúrbios psíquicos e os fatores causais ligados ao trabalho. Porém, as pesquisas existentes sobre o assunto tendem a reproduzir controvérsias não apenas no campo científico, mas sobretudo no campo sociopolítico. Disso decorre que a falta de um padrão explicativo hegemônico vem retardando o posicionamento das instituições governamentais em relação à conexão existente entre o trabalho e o psiquismo.

Os motivos da falta de consenso no tocante a uma sistematização das doenças ocupacionais são apresentados por Seligman-Silva (2005, p. 1142):

“As razões de ordem sociopolítica, que tornaram difíceis os avanços para um consenso, dizem respeito às próprias correlações de poder político e econômico dentro da sociedade, passando ainda pelas relações sociais de trabalho, as quais, por sua vez, definem em grande parte a organização do mesmo. Barreiras de ordem cultural também têm sido assinaladas, como será comentado adiante. (...) Em síntese: o fato de coexistirem, no plano internacional, distintos modelos teóricos com relação ao assunto vem trazendo dificuldades para a clínica e para a prevenção. Em primeiro lugar, porque diferem os pontos de referência adotados para interpretar os sintomas e demais alterações observadas. Em segundo lugar, constata-se que diferem as designações aplicadas a síndromes em que a patogenia, os quadros clínicos e a evolução apresentam características muito similares. E em terceiro, torna-se, assim, extremamente difícil obter uma sistematização dos distúrbios psíquicos vinculados ao trabalho, que seria valiosa para legitimar o reconhecimento desta vinculação e fundamentar práticas de atenção à saúde dos trabalhadores.”

Seligman-Silva (2005) afirma que as causas neuropsíquicas, embora precedam às causas psicossociais, somente restam evidenciadas a partir do surgimento destas últimas. A autora exemplifica que a patogenia decorrente do contato do trabalhador com o mercúrio tende a gerar a perda de memória e de autocontrole emocional. Tais reflexos são potencialmente agravados quando o trabalhador passa a desenvolver um quadro depressivo como resposta ao fato de ser repreendido ou criticado pela falta de equilíbrio emocional ou de esquecimento.

As condições de trabalho vêm sendo moldadas segundo estratégias organizacionais que influenciam o surgimento de transtornos mentais. Tais agravos – em alguns casos específicos – coincidem com a aceleração de um processo de dependência química, seja por meio da utilização exagerada de antidepressivos, bebidas alcoólicas, drogas ilícitas, etc.

Diante de um trabalhador que apresenta quadro depressivo torna-se recomendável à empresa adotar as seguintes posturas: contribuir para aliviar a sintomatologia com o apoio psicológico, material e solidário ao doente e à sua família, coibindo-se assim posturas que incentivem a exclusão, o isolamento e a discriminação.

Prosseguindo na abordagem sobre o tema, urge conceber o conceito e as espécies de depressão, como ferramenta básica para a compreensão da questão e dos seus reflexos no âmbito das relações ocupacionais.

3. Conceito e espécies de depressão conforme a CID-10

a) O conceito de depressão

O termo depressão é originário do latim *deprimere*, que vem da junção dos vocábulos *de* e *primere*, que quer significar oprimir, baixar. O vocábulo surge na Inglaterra no século XVIII, em texto do poeta Richard Blackmore. No século XIX, o que antes era estudado como melancolia foi substituído pelo termo depressão, por sugestão de Adolph Meyer.

No senso comum deprimir é decair, desvanecer, tornar-se angustiado, melancólico. Segundo Francisco Palácio Espasa (2005, p. 453), a depressão pode ser conceituada como a perturbação do humor decorrente de um conflito intrapsíquico que coincide com o aparecimento da baixa autoestima.

O Protocolo de Procedimentos Médicos-periciais, do INSS, caracteriza a depressão como o fato episódico do transtorno mental:

“Os episódios depressivos, nas variedades leve, moderada ou grave, caracterizam-se por humor deprimido, perda do interesse e prazer e energia reduzida, levando a uma fadigabilidade aumentada e atividade diminuída, sendo comum uma sensação de cansaço acentuado após esforços leves. Também podem estar presentes uma redução da concentração e atenção; da autoestima e autoconfiança; ideias de culpa e inutilidade; visões desoladas e pessimistas do futuro; ideias ou atos autolesivos ou suicídio; sono perturbado e apetite diminuído. Manifestações atípicas são relativamente comuns, fazendo com que em alguns casos, surjam ansiedade, angústia, e agitação motora.”

Tanto o Protocolo mencionado quanto a literatura internacional sobre a depressão são unânimes em sustentar que o doente tem dificuldades para compreender ou admitir as causas da sua doença. As causas da depressão, embora sejam identificáveis em ambientes ocupacionais, geralmente são referenciadas a fatores de ordem neurológica ou orgânica, decorrência - por exemplo - dos níveis reduzidos de neurotransmissores nas sinapses.

Segundo a psicanalista Maria Salete Lopes Legname de Paulo (2005, p. 37), o comum ao deprimido, além da tristeza, é o abatimento da sua capacidade de reagir diante dos problemas cotidianos:

“A depressão começa com sentimento comum de tristeza que se vai agravando. Uma pessoa normal tende a recuperar sua esperança e energia após situações adversas, mas na deprimida a disposição para reagir está limitada e o quadro avança interferindo negativamente na esfera do trabalho, relacionamentos afetivos e sociais, causando um desequilíbrio psicológico interno que leva a uma vida insatisfatória. O deprimido sente-se incapaz, revela desânimo, reage de forma pessimista e desqualifica-se, expressa uma tensão interna desagradável acompanhada de dor psíquica, que compreende angústia, desespero, raiva e medo.”

A visibilidade da depressão tende a aumentar com o avanço das possibilidades de seu diagnóstico, embora seja consenso na comunidade científica a afirmação de que há muito que se progredir na identificação dos complexos fatores que desencadeiam os transtornos que constituem o quadro depressivo. Outro consenso na área da medicina preventiva é o de que quanto mais se souber prevenir ou tratar eficazmente a depressão, inclusive como objeto de política de saúde pública, mais se tende a combater com sucesso outras doenças, tendo em vista a relação existente entre o quadro depressivo e o rebaixamento do sistema imunológico.

b) Espécies de Depressão

Conforme a CID-10 (Classificação Internacional de Doenças), a depressão, cujo quadro típico é caracterizado pelo rebaixamento do humor, a redução da energia e a diminuição da atividade, pode ser de três espécies: leve, moderada ou grave. Essa classificação parece não ser uniforme na doutrina médica, na qual autores falam ainda em depressão maior e depressão menor.

Em comum aos diversos graus de depressão, podem comparecer os seguintes sintomas: apatia social; fadiga crônica; desinteresse em realizar as atividades que habitualmente exercia (anedonia); falta de concentração; lentidão psicomotora; redução ou falta de apetite; perda de peso; redução ou perda da libido; baixa autoestima; perda da autoconfiança; sentimento de culpa; e insônia.

A depressão leve (CID F32.0) é chamada de circunstancial ou episódica, posto que o paciente, apesar de apresentar dois ou três dos sintomas mencionados, não deixa de desempenhar as suas atividades normais.

A depressão moderada (CID F32.1) é caracterizada pela presença de no mínimo quatro dos sintomas mencionados e se torna evidente a dificuldade de o paciente continuar a desempenhar as suas atividades de rotina.

A depressão grave pode manifestar ou não sintomas psicóticos. Na depressão grave sem sintomas psicóticos (F32.2), o deprimido apresenta-se agitado, angustiado, com sentimento de culpa e com baixa autoestima, tornando-se ainda propenso a atos suicidas. Na depressão grave com sintomas psicóticos (F32.3), o deprimido desloca-se da realidade e passa a ter alucinações, ideias delirantes e condutas propensas à desnutrição, desidratação e suicídio.

No âmbito previdenciário, conforme o Protocolo de Procedimentos Médicos-periciais, do INSS, a depressão é classificada por graus ou níveis que vão do 1 ao 5:

Grau ou Nível 1 - Não se nota deficiência ou disfunção.
 Grau ou Nível 2 - Disfunção ou deficiência leve, mas o nível é compatível com o exercício da maioria das funções sociais úteis.
 Grau ou Nível 3 - Disfunção ou deficiência moderada: os níveis de disfunção ou deficiência são compatíveis com algumas, mas não todas funções sociais úteis.
 Grau ou Nível 4 - Disfunção ou deficiência marcantes: os níveis de disfunção ou deficiência impedem significativamente as funções sociais.
 Grau ou Nível 5 - Disfunção ou deficiência extremas: os níveis de deficiência impedem totalmente as funções sociais úteis (são impeditivas).

A depressão geralmente evidencia uma polaridade linear ou unipolar, cuja permanência do quadro clínico reflete a previsibilidade do comportamento melancólico. Há, todavia, a depressão bipolar, também conhecida como transtorno bipolar do humor, que outrora foi denominada de doença maníaco-depressiva, é caracterizada pelas manifestações alternadas de euforia e de tristeza. A depressão unipolar diferencia-se da bipolar, conforme o quadro abaixo:

Depressão unipolar	Depressão bipolar
Início tardio	Início precoce
Poucos episódios	Episódios repetidos
Início geralmente gradativo	Início agudo
Maior incidência nas mulheres	Incidência equivalente em homens e mulheres
Maior agitação psicomotora	Letargia
Sintomas típicos	Sintomas atípicos
Insônia	Hipersonia
Menor propensão ao suicídio	Maior propensão ao suicídio
Menor probabilidade de sintomas psicóticos em jovens	Maior probabilidade de sintomas psicóticos em jovens
História familiar de depressão	História familiar de mania e depressão
Normalidade da concentração intracelular livres de íons de cálcio	Aumento da concentração intracelular livres de íons de cálcio
Tabela elaborada a partir de Hales et Yudofsky (2008, p. 446)	

Nem todo quadro de rebaixamento do humor caracteriza a depressão. Há situações em que, apesar do rebaixado humor de uma pessoa ser algo recorrente, a intensidade e os reflexos de seu comportamento não são suficientes para a caracterização do comportamento depressivo.

4. A Síndrome do sobrevivente e a autoculpabilização: a tendência do sofrimento psíquico desencadear o transtorno mental

Desde a reestruturação produtiva iniciada na década de 1970, os trabalhadores mundiais enfrentam a depreciação das suas condições laborais e os reflexos de uma onda gerencialista produtora de estresse. O impacto das transformações sobre o modo de vida da sociedade, as metamorfoses nos processos produtivos e na gestão da força de trabalho vêm demandando – não raramente – um profundo comprometimento da saúde do trabalhador, já que deste se exige crescentemente múltiplas funcionalidades num contexto marcado pela alta rotatividade e a intensificação dos ritmos de trabalho.

Além do aspecto mencionado, acrescenta-se ainda que o incremento contínuo do exército de reserva, a redução do papel do Estado como provedor dos bens sociais, a precarização das relações de trabalho e a flexibilização, interna e externa, que afetam o vínculo de emprego, vêm contribuindo para o desgaste físico e psicológico do trabalhador. Este se vê constantemente submetido ao medo, a chantagem e a ameaça do desemprego. Esse quadro de insegurança tende a banalizar-se e a proporcionar um oportunismo suficiente para influenciar o “consentimento” do trabalhador como alvo de uma violência psíquica. Em suma, tal “permissibilidade” vem colocando a vítima diante do dilema que consiste em resistir ou continuar a consentir com o processo de violentação da sua saúde e integridade física.

O fenômeno em questão já foi batizado como sendo a Síndrome do Sobrevivente (Survivors Syndrome), a qual designa o estado de sujeição que relembra a Síndrome do Campo de Concentração, característica que outrora marcou o quadro de submissão enfrentado pelos judeus durante a experiência nazista.

A Síndrome do Sobrevivente, segundo a doutrina médica,³ pode ser conceituada como o processo de autoculpabilização do empregado que, após escapar à redução do quadro de pessoal perpetrada pelo seu empregador, passa a apresentar sintomas de medo, insegurança e ansiedade. Cuida-se, portanto, de um complexo sintomatológico que pode estar associado a uma maior somatização da instabilidade emocional, à fragilização das

³ “Survivor syndrome is mainly characterized by feelings of guilt, for having survived the layoff, and anxiety, reduced motivation and risk taking due to the insecurity of further layoffs. It is a side effect of downsizing that is detrimental to both the individual survivors, and to the organization, since productivity may also be compromised.” (Appelbaum et alli, 2000, p. 333).

defesas imunológicas e à crescente vulnerabilidade aos riscos ocupacionais. A recorrência da Síndrome, conforme discorre Appelbaum (2000), tende a coincidir com o desencadeamento da cronificação do transtorno mental.

A Síndrome mencionada também é conhecida como transtorno de estresse pós-traumático (TPET) e vislumbra-se o agravo sobre a saúde do trabalhador na medida em que este é testemunha da “morte” ou “perda” de pessoas da sua convivência. A vítima acometida da Síndrome rememora o trauma quase que incontroladamente, sentindo-se autocondenada e decepcionada consigo por não ter feito algo para livrar os companheiros que sucumbiram.

A analogia fenomênica entre a prática nazista e a “anorexia corporativa” dos tempos atuais vem sendo reforçada em face do recorrente processo de downsizing, o qual consiste na estratégia empresarial de atingir uma competitividade a começar pela modificação da gestão da força de trabalho e do enxugamento do quantitativo de trabalhadores empregados.

5. A depressão grave e o desencadeamento do “suicídio acidental”

As pressões por produtividade e eficiência pessoal, além da instabilidade dos trabalhadores em seus postos de trabalho, coincidem com a banalização do assédio moral e com a erosão dos padrões éticos nas relações laborais. A coação psicológica objetivando os resultados no âmbito das corporações e a atomização do contato entre os representantes do capital e do trabalho têm provocado o desespero, a revolta, a apatia e, por fim, a depressão.

O recorrente número de casos de trabalhadores deprimidos que cometem suicídios tem levado a OMS a tornar permanente a sua Campanha Mundial de Prevenção ao Suicídio. Aqui a noção de suicídio deve ser compreendida nos termos da definição dada por Durkheim (2003, p. 15): “Chama-se suicídio⁴ todo o caso de morte que resulte direta ou indiretamente de um ato positivo ou negativo, praticado pela própria vítima, sabedora de que devia produzir esse resultado”.

O suicídio como decorrência de fatores laborais há bem pouco tempo não tinha visibilidade, porquanto o ato suicida geralmente ocorria no espaço extralaboral. Atualmente já se tornam frequentes as mortes no próprio local de trabalho. Essa reespecialização da arena suicida tem um significado de gritante repercussão, pois representa a morte não apenas de um trabalhador, mas de um modelo de relações de trabalho. Morrer no local de trabalho representa simbolicamente a desistência da luta em um mundo em que o respeito à dignidade do trabalhador cede ao medo hostil. Entre 2006-2007, por exemplo, ocorreram na fábrica Renault pelo menos cinco casos de suicídios no ambiente do trabalho.

⁴ O vocábulo suicídio deriva da composição sui, que quer dizer si mesmo, e cidio que significa morte.

A primeira novidade é que cada vez mais os trabalhadores suicidas não têm um histórico de vulnerabilidade psicológica e a pressão sobre os mesmos tornou-se um ingrediente incorporado às tecnologias de gestão da força de trabalho.

Outro avanço das pesquisas sobre a depressão, decorrente de fatores relacionados ao trabalho, é que se tornam minimamente visíveis as possibilidades de caracterização do suicídio como acidente do trabalho. Sob tal aspecto, destacam-se alguns casos que se tornaram a expressão de tal visibilidade do fenômeno acidental. A propósito, a empresa France Telecom reconheceu o nexos entre o fator laboral e o suicídio de um empregado, ocorrido em 14 de Julho de 2009. A vítima, um trabalhador com 51 anos, tirou a sua própria vida após ter escrito uma carta narrando as suas angústias em relação ao ambiente laboral. Ao fato citado, complementa-se que, entre 2008 e 2009, aproximadamente 50 (cinquenta) trabalhadores da mencionada corporação francesa cometeram suicídio. Os dois últimos casos de suicídio de trabalhadores da aludida organização evidenciam o nível de comprometimento da saúde ocupacional nos tempos atuais. A propósito, em setembro de 2010 um trabalhador, chamado Yonnel Dervin, apunhalou-se numa reunião em frente a 15 (quinze) colegas. Em 26.04.2011, outro fato desolador: um obreiro da filial de Bordeaux cometeu suicídio ateando fogo ao corpo e imolando-se no pátio da empresa.⁵

Observa-se que o fenômeno do suicídio como ato de fuga tem sido uma constante em diversas empresas que exploram o outsourcing. Por exemplo, a fabricante de eletrônicos Foxconn, de Taiwan, responsável pela produção do Iphone e Ipad, registrou em 2009 pelo menos 11 tentativas de suicídio. Como resposta ao fenômeno, a empresa resolveu convocar monges para orar pelas almas dos suicidas e para abençoar a companhia. A recorrência de suicídios na empresa, segundo a ONG americana China Labour Watch, não é por falta de oração, mas pelo ostensivo processo de “militarização” das condições de trabalho na linha de produção da empresa. A denúncia respingou para a Apple, contratante da Foxconn, que exigiu desta as explicações sobre as mortes no trabalho. *Ya li*, que em mandarim quer significar pressão, é a palavra que mais atormenta os trabalhadores da Foxconn. No ano de 2010, 14 (quatorze) empregados da empresa citada não aguentaram a pressão e “optaram” pelo suicídio. Enfim, a corporação adotou uma “medida preventiva”: colocou grades nas janelas e redes de proteção nas áreas abertas, além de exigir que cada trabalhador assinasse um termo comprometendo-se a não cometer suicídio.⁶

⁵ “France Télécom: mettre fin à la vague de suicides va demander un effort quotidien” (Le Monde, 27.4.2011).

⁶ “Las ONG se quejan también del trato que reciben los empleados y aseguran que quienes realizan mal las tareas son públicamente humillados delante de sus colegas. Los dormitorios para los trabajadores están llenos con hasta 24 personas, sujetas a normas estrictas. Denuncian también que a raíz de una ola de suicídios en las fábricas de Foxconn el verano pasado, a los trabajadores se les pidió firmar una declaración comprometiéndose a no quitarse la vida. Se instalaron además redes antisuicidio bajo las ventanas de los dormitorios.” (El País, 01.05.2011 - Dos ONG acusan a una empresa china abastecedora de apple de explotación laboral).

O clima de hostilidade no trabalho que coincide com o crescente número de suicídios reporta-se a um modelo de gestão dos recursos humanos de índole precipuamente quantitativa. O trabalhador é pressionado a cumprir metas impossíveis e é cobrado pelos resultados. Nesse modelo, o ser humano passa a ser considerado “um número” impelido a produzir outros números, pois é assim que ele é encarado, medido, fracionado. A qualidade é vista como um discurso, a quantidade como sendo uma exigência. Nessa perspectiva não se torna interessante que uma peça seja fabricada com qualidade. É preciso que seja fabricada em quantidade e velocidade tais que a própria ideia de ser produtor ceda ante a construção social de um ser maquinal, desenraizado dos seus elos humanizantes. É nesse contexto que a regra de convivialidade no trabalho passa a ser condicionada pela lógica de guerra, pela necessidade de mentir, de dissimular, emergindo então um trabalhador triturado na contradição que o coloca como a anulação de si. Esse sentimento de apatia de si é reflexo de uma melancolia profunda que leva o trabalhador ao suicídio.

O pesadelo do desemprego revela para o trabalhador deprimido um futuro enigmático, incerto e estúpido. Retrata, porém, um presente recheado de extrema pressão, de concorrência intraoperária e de quebra da solidariedade entre os trabalhadores. Se antes a ofensa a um trabalhador era capaz de mobilizar as autodefesas de uma categoria, atualmente a ruptura do sentido de classe tornam os trabalhadores mônadas indefesas, inseguras, desleais e carreiristas. Cada trabalhador apresenta-se no mercado competitivo como um candidato a traír ou a ser traído.

Coincidência ou não, no primeiro grande estudo científico feito sobre o suicídio, Durkheim asseverou que a presença da solidariedade no seio da categoria profissional deve ser vista como um fator indispensável para o combate ao suicídio anômico.

O estilhaçamento ético verificado no ambiente de trabalho coincide – no plano relacional - com a destruição da autoestima e da lealdade, além de evidenciar no plano individual o desmoronamento do Eu, cujo momento trágico revela-se na superação do instinto de autopreservação. Segundo o psiquiatra francês Christophe Dejours, autor da obra *Suicide et Travail: Que Faire?*, verifica-se a crescente tendência de cada trabalhador, em algum momento de sua carreira, ver-se impelido a ser o espião do seu colega, violentando-se ao perceber que o outro representa um perigo à sua subsistência. O que é mais recrudescente no ambiente do trabalho é quando se percebe que a convivibilidade resta comprometida não apenas pela conduta dos colegas, mas em decorrência das práticas de gestão dos recursos humanos, as quais contemplam o adestramento das gerências a fazerem uso do assédio moral como estratégia gerencial de resultados, conforme ilustra Dejours (2010):

“(…) Posso contar, por exemplo, o caso de um estágio de formação em França em que, no início, cada um dos 15 participantes, todos eles quadros superiores, recebeu um gatinho. O estágio durou uma semana e, durante essa semana, cada participante tinha de tomar conta do seu gatinho. Como é óbvio, as pessoas afeiçoaram-se ao seu gato, cada um falava do seu gato durante as reuniões, etc.. E, no fim do estágio, o director do estágio deu a todos a ordem de... matar o seu gato. (...) Só que aqui ninguém estava a apontar uma espingarda à cabeça de ninguém para o obrigar a matar o gato. Seja como for, um dos participantes, uma mulher, adoeceu. Teve uma descompensação aguda e eu tive de tratá-la – foi assim que soube do caso. Mas os outros 14 mataram os seus gatos. O estágio era para aprender a ser impiedoso, uma aprendizagem do assédio. Penso que há bastantes empresas que recorrem a este tipo de formação – muitas empresas cujos quadros, responsáveis de recursos humanos, etc., são ensinados a comportar-se dessa maneira.”

O suicídio tem sido mais um sinal da estupidez fascista que tomou conta de parte das corporações atuais. Em algumas situações, verifica-se que o empregado tende a tornar-se suspeito de não querer vestir a camisa da empresa. Assim sendo, todo suspeito tem que se autoencorajar a acreditar que o seu comportamento pessoal está diretamente relacionado ao possível sucesso ou fracasso do empreendimento. Os empregados sofrem por antecipação somente por ficarem na expectativa se a empresa vai conseguir aumentar a sua produtividade e se vai crescer. Essa autointrojeção da alienação intensificada termina atuando como chantagem e vai se metamorfoseando em processo de adoecimento generalizado que, em algum momento, pode eclodir como transtorno mental capaz de levar à ideia de autodestruição.

O suicídio – visível expressão de uma sociedade deprimida – está relacionado, aos olhos de um homem desesperado, à perda de sentido do trabalho e da vida; trata-se de um sintoma de que a nossa civilização está necrosada, carcomida pela ganância e indiferença. A morte vem como um grito de desespero de um novo homem-bomba que explode quase que instantaneamente com o modo de produção vigente.

Se o trabalho, em sua acepção ontológica, pode ser admitido como a categoria fundante da subjetividade humana, sob a voracidade do capitalismo ele se torna um fator de tormento, desconfiança e descrença no futuro. O suicídio, portanto, vem revelando a perversão histórica de um modelo de exploração desumanizante.

Ao investigar-se a correlação entre os fatores laborais e os motivos que influenciam o suicídio, cabe ao intérprete evitar reduzir o fenômeno do “suicídio acidental” a mero ato de autolesão.

A exemplo do que apregoa parte da psicanálise, o suicídio também não pode ser reduzido a um reles sentimento de vingança de alguém que, na busca de mudança, vê na autodestruição o meio para se retirar de cena o objeto alvo da violência do outro, isto é, torna-se um simplismo conceber o suicídio como um ato de violência cuja finalidade é a destruição do outro no interior do Eu.

Ao intérprete é imperioso pesquisar se há uma ligação entre as condições laborais e o que parece *prima facie* ser um ato de consciência doentia e viciada. Urge evitar-se ainda equiparar o suicídio a uma chantagem ou fraude, pois inexiste racionalidade que explique o ato de suicídio como tal. A rigor, quem faz chantagem espera receber algo em troca. O ato de suicidar-se implica num transtorno mental que se evidencia não como uma chantagem, já que quem assim procede não ganha nada a mais, pelo contrário, perde tudo com o desaparecimento da vida.

A jurisprudência espanhola apresenta diversos casos do que aqui – nesta obra – ousa-se denominar de “suicídio acidentário”. Com efeito, o Tribunal Superior de Justiça de Galícia, por meio da Turma de Direito Social, considerou como acidente do trabalho o suicídio de empregado confinado e que prestava há vários dias as suas atividades em embarcação em alto mar (TSJ, origem: Vara de Direito Social, Proc. 482/1999, número 2 de Pontevedra, julg. 06.11.1999, Relator José Elías López Paz).

Existem outros dois casos emblemáticos de “suicídio acidentário” que foram apreciados pela justiça espanhola e que são de grande importância para o mundo jurídico, posto que na Espanha a caracterização do suicídio acidentário implica também no reconhecimento do direito dos herdeiros às prestações devidas pela Seguridade Social. Um desses casos esteve sob a análise do Tribunal Superior de Justiça da Cataluña e tratava de uma situação em que uma médica residente, conhecida por Dra. Victória, em 10.03.2000, num rompante de depressão vinculada à sobrecarga de trabalho, atirou-se do nono andar da edificação hospitalar em que laborava. Dias antes do acidente, a médica mencionada havia se consultado com um psiquiatra do mesmo hospital em que trabalhava, apresentando na ocasião um quadro de profunda angústia em decorrência das condições de trabalho, caracterizadas por jornadas extenuantes e forte pressão emocional. Por meio do acórdão nº 6244/2002, de 3 de outubro de 2002, o tribunal citado afirmou:

Hemos de hacer notar que en ninguno de estos casos se daba la trascendental circunstancia que concurre en el supuesto de autos en el que el suicidio se ha producido en el tiempo y lugar de trabajo, con la esencial consecuencia jurídica que esto comporta en orden a la aplicación de la presunción del art. 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, lo que en el

primero de los supuestos referenciados no impidió concluir que igualmente se trataba de un accidente de trabajo. CUARTO.-La aplicación de estos mismos criterios al caso enjuiciado conduce a confirmar en sus términos la sentencia de instancia que ha calificado como accidente de trabajo la muerte de la trabajadora, toda vez que no solo no ha quedado desvirtuada por prueba en contrario la presunción legal que en tal sentido establece el art. 115.3º de la Ley General de la Seguridad Social cuando el hecho se produce en el tiempo y lugar de trabajo, sino que además se ha demostrado que la fallecida carecía de antecedentes por trastornos psicológicos y en los días inmediatamente anteriores al suicidio atravesaba una situación de angustia y ansiedad por temor a enfrentarse al trabajo, que requirió tratamiento farmacológico antipresivo y antianginoso, por más que no hubiere llegado a solicitar la baja médica por tal motivo.

Seguindo o mesmo caminho adotado pela Corte catalã, o Tribunal Superior de Justiça de Extremadura, em 14 de dezembro de 2003, por meio do acórdão nº 603, reconheceu “que el suicidio se produjo debido a los trastornos depresivos que le habían causado al trabajador las difíciles situaciones por las que atravesaba en la empresa.”

No Brasil, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho - TST⁷ condenou a Infraero (Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária) a pagar uma indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 200.000, (duzentos mil reais), aos dependentes de um empregado alcoolista que cometeu suicídio após ser dispensado imotivadamente. No caso em questão o TST entendeu que a indenização era devida em face da dispensa abusiva, agravada pelo fato do suicídio Tal abusividade, segundo a Corte, teria consistido no fato de que o empregado estava acometido de uma doença grave – o alcoolismo – e por isso não poderia ter o seu contrato rescindido, posto que nos termos do arts. 20 e 118, da Lei nº 8.213/91, o empregado doente é detentor da garantia de emprego.

6. A identificação do transtorno mental e os direitos do paciente

O diagnóstico do quadro depressivo é complexo e permeado de dificuldades ante a carência de um padrão científico dotado de eficácia incontroversa. Na prática, conforme discorre a doutrina médica mais ⁷RECURSO DE REVISTA. DOENÇA GRAVE. ALCOOLISMO. DISPENSA ARBITRÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. 1. Trata-se de hipótese de empregado portador de síndrome de dependência do álcool, catalogada pela Organização Mundial de Saúde como doença grave, que impele o portador à compulsão pelo consumo da substância psicoativa, tornado-a prioritária em sua vida em detrimento da capacidade de discernimento em relação aos atos cotidianos a partir de então praticados, cabendo tratamento médico. 2. Nesse contexto, a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa da empresa, ainda que sem justa causa, contribuiu para agravar o estado psicológico do adicto, culminando em morte por suicídio. 3. A dispensa imotivada, nessas condições, configura o abuso de direito do empregador que, em situação de debilidade do empregado acometido de doença grave, deveria tê-lo submetido a tratamento médico, suspendendo o contrato de emprego. 4. Desse modo, resta comprovado o evento danoso, ensejando, assim, o pagamento de compensação a título de dano extrapatrimonial ou moral. 5. O dano moral em si não é suscetível de prova, em face da impossibilidade de fazer demonstração, em juízo, da dor, do abalo moral e da angústia sofridos. O dano ocorre -in re ipsa-, ou seja, o dano moral é consequência do próprio fato ofensivo, de modo que, comprovado o evento lesivo, tem-se, como consequência lógica, a configuração de dano moral, exsurto a obrigação de pagar indenização, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 1ª Turma, acórdão unânime, processo RR 1957740-59.2003.5.09.0011, julgamento 15.12.2010, Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa).

abalizada, não existe uma avaliação biológica, exame químico ou avaliação laboratorial que instantaneamente permita uma precisão no processo de caracterização da depressão de determinado paciente. Existem, porém, testes que apontam probabilisticamente para pistas que podem levar a um diagnóstico sugestivo de depressão. Essa dificuldade diagnóstica no tocante à etiologia dos transtornos mentais é reflexo do desafio enfrentado pela própria psiquiatria, a qual se vê mergulhada em crise por falta das provas científicas ou dos chamados marcadores biológicos, fato que torna possível a diferentes psiquiatras tratarem arbitrariamente e de forma diversa um mesmo paciente, num jogo onde estão presentes a tentativa e o erro.

Nesse sentido, o neurobiólogo e psiquiatra Eric Kandel, prêmio Nobel de Medicina no ano de 2000, esclarece que quanto mais se avança nos estudos mais se verifica a dificuldade da psiquiatria em estabelecer diagnósticos objetivos de transtornos mentais:

“A preocupação com a objetividade foi introduzida há uns 20 anos quando houve uma tentativa de validar os critérios do manual para descrever transtornos. Isso foi extremamente importante para que diferentes psiquiatras pudessem dar o mesmo diagnóstico a um mesmo paciente. O que é triste é que não houve muitos avanços desde então. Uma das razões para isso é que os psiquiatras não têm os chamados “marcadores biológicos” à disposição. Se você diagnostica diabetes ou hipertensão, pode usar medições objetivas, independentes. Não precisa se basear apenas naquilo que o paciente lhe conta. Nós, psiquiatras, ainda temos que recorrer à história do paciente. O único grande avanço foi o trabalho de Helen Mayberg sobre depressão e a área chamada 25 do córtex cerebral. Ela descobriu que pessoas deprimidas tendem a ter hiperatividade nesta área. Quando os pacientes são tratados e os sintomas reverterem, isso pode ser observado na área 25. Em pacientes para os quais drogas ou psicoterapia não haviam funcionado, ela descobriu que a estimulação cerebral [com sinais elétricos] poderia ter sucesso. Mas, à exceção do trabalho de Mayberg, não temos outros exemplos. Precisamos desesperadamente de bons marcadores biológicos. Sem isso, podemos publicar quantas edições quisermos do manual, que não chegaremos a lugar nenhum.”⁸

Além da dificuldade de padronização do diagnóstico, o psiquiatra e os demais profissionais de saúde, que lidam diretamente com pacientes com depressão, têm de enfrentar outro desafio que gravita no campo ético. Sob tal aspecto, no tocante à identificação do transtorno mental urge que, por um lado, os direitos do paciente sejam devidamente respeitados, mas por outro o profissional médico seja respeitado em sua autonomia. A propósito, o Código de Ética Médica, particularmente em seus artigos 7º e 8º, declara intangíveis a autonomia e a liberdade do profissional de medicina, mormente quando

⁸ In: Folha de São Paulo, Caderno Saúde, 2.11.2011, pág. C8. *Psiquiatria está em crise por falta de provas científicas*. Entrevista de Eric Kandel ao repórter Rafael Garcia.

este adota como imperativo ético a humanização da assistência à pessoa acometida de transtorno mental. Com efeito, a Resolução nº 1.407/94, do Conselho Federal de Medicina, elenca os “princípios para a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e para a melhoria da assistência à saúde mental”, corroborando nesse particular as mesmas as diretrizes já chanceladas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 17.12.91.

Conforme o anexo da Resolução mencionada, a ONU considera que a “Assistência à Saúde Mental” contempla, além da análise do estado psíquico de uma pessoa, o tratamento, o cuidado e a reabilitação desta, ainda que o quadro diagnóstico inicial do paciente seja de mera suspeita de transtorno ou problema de saúde mental.

Importante acentuar que a verificação do transtorno mental não deve ser tarefa que se esgota em um ato judicial. Cabe precipuamente ao profissional de saúde, utilizando-se dos padrões médicos legalmente aceitos pela comunidade científica internacional, determinar se há ou não um quadro de transtorno mental. Nessa perspectiva, o fundamento determinante da caracterização do quadro de transtorno deve se basear no quadro clínico do paciente, e não em sua condição econômica, moral, social, cultural ou política. Sob tal aspecto, o princípio número 4, adotado pela Assembleia das Nações Unidas, estabelece o seguinte:

PRINCÍPIO 4 - DETERMINAÇÃO DE UM TRANSTORNO MENTAL

1 - A determinação de que uma pessoa é portadora de um transtorno mental deverá ser feita de acordo com os padrões médicos aceitos internacionalmente.

2 - A determinação de um transtorno mental nunca deverá ser feita com base no status econômico, político ou social, ou na pertinência a um grupo cultural, racial ou religioso, ou em qualquer outra razão não diretamente relevante para o estado de saúde mental da pessoa.

3 - Nunca serão fatores determinantes para o diagnóstico de um transtorno mental: os conflitos familiares ou profissionais, a não-conformidade com valores morais, sociais, culturais ou políticos, ou com as crenças religiosas prevalentes na comunidade da pessoa.

4 - Uma história de tratamento anterior ou uma hospitalização como usuário não deverão por si mesmas justificar qualquer determinação presente ou futura de um transtorno mental.

5 - Nenhuma pessoa ou autoridade classificará uma pessoa como portadora, ou indicará de outro modo, que uma pessoa apresenta um transtorno mental, fora dos propósitos diretamente relacionados ao problema de saúde mental ou suas consequências.

O mencionado documento da ONU aponta uma série de direitos do paciente com transtornos mentais, destacando-se dentre outros os seguintes:

o acesso à assistência e ao tratamento humanizantes e não discriminatório; o direito de não sofrer qualquer tipo de exploração, seja, sexual, econômica, etc; o direito de exercer todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais reconhecidos pelos diplomas jurídicos internacionais; o direito de confidencialidade, de modo a evitar a exposição do paciente e de sua família, etc.

É consenso na comunidade científica que o enfrentamento da depressão, em face da complexidade de suas variantes causais, demanda a atuação de equipe multiprofissional, seja na fase preventiva ou de tratamento. Nesse contexto, segundo a ONU, o “profissional de saúde mental significa um médico, psicólogo clínico, enfermeiro, assistente social ou outra pessoa adequadamente treinada e qualificada, com habilidades específicas relevantes para a assistência à saúde mental.”

7. Depressão e nexos de causalidade

Identificar a ligação causal entre a atividade laboral e a depressão, caracterizando-a como doença ocupacional é o antecedente lógico para se determinar a gravitação da discussão sob a ótica da legislação acidentária.

a) As causas da depressão

As causas da depressão podem ser classificadas em dois grandes grupos: ambientais ou exógenas; e orgânicas ou endógenas. A classificação ora encetada tem efeito meramente didático, posto que o quadro de depressão tende a evidenciar um complexo de fatores que caracterizam o seu perfil de concausalidade.

As causas ambientais são baseadas em fatores externos ao indivíduo, tais como os decorrentes das relações sócio-afetivas que envolvem o doente e o seu mundo real, destacando-se a sua relação com a cultura organizacional, com os familiares, os vizinhos, os seus superiores hierárquicos, os colegas de trabalho, enfim, o mundo exterior. Os fatores emocionais decorrentes de perda de um objeto ou de uma pessoa querida podem influenciar no desenvolvimento do quadro depressivo. A depressão pode ser desencadeada ainda pela utilização de substâncias químicas, tais como as drogas lícitas ou ilícitas.

As causas orgânicas decorrem de elementos internos, tais como o fator genético, que determina a predisposição para a doença, ou metamorfoses hormonais. Os fatores orgânicos estão relacionados à alteração dos impulsos nervosos, no âmbito das fendas sinápticas, que são responsáveis pela alimentação do fluxo de informação cerebral entre os milhares de neurônios, provocando o desequilíbrio bioquímico. Isso se dá quando o

mencionado fluxo coincide com o rebaixamento dos níveis de atuação de importantes neurotransmissores, a exemplo da dopamina e da serotonina. A descompensação química gerada pela baixa incidência de tais substâncias resulta em perturbação do humor. Essas causas internas são as mais difíceis de serem identificadas isoladamente, posto que tendem a associarem-se a fatores ambientais.

As pesquisas mais recentes na área de neuropsicologia demonstram que a alteração dos níveis de leucócitos em pessoas com depressão revela a associação que existe entre o fenômeno depressivo e os quadros inflamatórios. Ademais, já se sabe que a depressão não provoca distúrbios meramente neurológicos explicáveis somente por fatores monoaminérgicos. Os estudos mais atuais evidenciam que a doença da depressão vem também sendo caracterizada pelas conexões diretas com os problemas endócrinos e imunológicos, consoante esclarece Vismari (2008, p. 196-197):

“Por mais de três décadas, as bases biológicas dos transtornos depressivos têm sido explicadas por meio da hipótese monoaminérgica da depressão. Essa teoria propõe que a depressão seja consequência de uma menor disponibilidade de aminas biogênicas cerebrais, em particular de serotonina, noradrenalina e/ou dopamina. Tal proposição é reforçada pelo conhecimento do mecanismo de ação dos antidepressivos, que se baseia, principalmente, no aumento da disponibilidade desses neurotransmissores na fenda sináptica, seja pela inibição (seletiva ou não) de suas recaptações, seja pela inibição da enzima responsável por suas degradações (inibidores da monoaminoxidase) 2,3. No entanto, apesar de muitos estudos nesta e em outras direções, a etiologia da depressão permanece ainda incerta. Assim, além da teoria monoaminérgica de depressão e de todos os seus desdobramentos (cascatas de sinalização intracelular, modulação da expressão dos genes, participação de fatores neurotróficos, tais como o BDNF), estão sendo discutidas, nos dias atuais, outras hipóteses; entre estas, ganha destaque aquela que enfoca a participação dos sistemas endócrino e imune 4,5.”

A depressão passa a ter um caráter ocupacional se uma das causas ambientais estiver relacionada ao trabalho, ainda que o quadro mórbido não esteja descrito no rol ordinário das doenças exemplificadas na legislação vigente (veja anexo no final do artigo). Em tal hipótese configura-se o acidente do trabalho conforme os termos do inciso I e do § 2º, do art. 20, da Lei 8213/1991:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:
I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo

.....
.....
§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

Registre-se, ainda, que a depressão será considerada como acidente do trabalho se ficar comprovado que o fator ocupacional apenas agravou ou precipitou o surgimento do quadro depressivo. Em tal hipótese o fator ambiental atuará como concausa, atraindo assim a aplicação do inciso I, do art. 21, da Lei 8213/1991.

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

A fadiga, os sentimentos de injustiça, de indiferença, de discriminação, enfim, as situações que caracterizam o assédio moral constituem fatores ocupacionais que desencadeiam o quadro de depressão. Nesse sentido, a jurisprudência tem evoluído a admitir que a pressão psicológica a que é submetido o trabalhador pode configurar uma causa concorrente da manifestação do quadro depressivo, ainda que em sua origem esteja evidente a presença de um fator orgânico. A concausalidade que evidencia tal elemento de ordem ocupacional é uma demonstração de que a depressão tem causas de múltiplas dimensionalidades, razão pela qual o diagnóstico – ao invés de seguir uma lógica matematizante - há que levar em consideração os fatores probabilísticos que, envolvidos nas condições de vida e de trabalho do doente, tendem a comparecer na configuração do transtorno mental.⁹

⁹ EMENTA: DOENÇA PSÍQUICA – ACIDENTE DO TRABALHO – CONCAUSA – DANO MORAL. A avaliação técnico-pericial de doenças ocupacionais de ordem psíquica tem privilegiado, no mais das vezes, uma interpretação determinística do estado de saúde do trabalhador vitimado, apesar de esta ser uma das questões científicas mais tormentosas tanto para a ciência como para a filosofia desde que se passou a sistematizar o conhecimento humano: a de saber se o homem nasce com características inatas ou se o meio é que é determinante para a conformação de seu ser, de personalidade e de tudo que lhe diz respeito, inclusive doenças anímicas. Mas, há sinceras dúvidas sobre se o meio ou a hereditariedade é prevalecente. A opção por uma ou por outra é deliberadamente um ato de vontade já que no estágio em que se encontra o conhecimento ainda não se pôde ter certeza disto. As conclusões periciais adotaram claramente o pressuposto preponderantemente determinístico. Mas, para resolver a questão nem é preciso dar um passo no escuro, do ponto de vista jurídico. É que a legislação acidentária prescreve explicitamente que se caracteriza o acidente quando as condições de trabalho contribuem para o desencadeamento de doença cuja causa não seja propriamente a atividade laboral. Eis a concausa. No entanto, o reconhecimento e a aplicação desta regra costumam encontrar sérios obstáculos por conta da tendência científica de se considerar como doença ocupacional ou do trabalho apenas aquelas que importam em manifestação física, com deliberado desprezo pelas doenças psíquicas. Não sendo estas mensuráveis em conformidade com o método científico tende-se a considerá-las insignificantes sob o ponto de vista de suas consequências jurídicas. O que ocorre é que a metodologia científica é inadequada para o tratamento de fenômenos não palpáveis e quantificáveis pelo método empírico, como é o caso da perícia quem tem por objeto a doença psíquica que, não raro, chega mesmo a ser qualificada como simples "manha". Com isto, um conjunto de doenças anímicas, dentre elas aquelas que podem ensejar consequências e sofrimento humano muito mais grave que as doenças físicas, têm permanecido à margem da proteção trabalhista. Esta realidade precisa ser modificada se se quer um direito do trabalho condizente com os fundamentos da República, especialmente a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Sob este enfoque não há dúvida de que o desencadeamento da doença do autor foi provocado pelas condições de trabalho adversas a que foi submetido, à luz

As modificações no processo de gestão da produção e da força de trabalho têm provocado: a intensificação da jornada de trabalho; a supressão de pausas e descansos; o aumento da informalidade; a precarização do vínculo de trabalho; a pressão competitiva entre os trabalhadores; a elevação dos níveis de exigência e qualificação; a erosão da subjetividade operária; o estilhaçamento da carreira e da consequente falta de mobilidade social; a cobrança pelo cumprimento de metas, etc.

Embora se saiba que a esfera do trabalho interfere no comportamento do trabalhador, não se tem como padronizar com uma certeza inabalável um diagnóstico para se vincular a depressão ao meio ambiente do trabalho. Não raro o que surge como doença comum pode mascarar a relação causal com a ocupação do indivíduo.

A Portaria GM/MS nº 1339, de 18.11.1999, listou 12 espécies de transtornos mentais e do comportamento relacionados ao trabalho (Grupo V da CID-10), (veja o anexo na parte final do presente texto).

Pelas informações apresentadas no quadro acima, observa-se que a caracterização da depressão ocupacional está ainda na dependência da abrangência do nexo que a relaciona como efeito da exposição do trabalhador a determinadas substâncias tóxicas ou a condições de trabalho estressantes (ex: má adaptação à organização do horário de trabalho; assédio moral; ritmo de trabalho penoso, etc).

b) A especulação sobre o nexo causal

As condições de trabalho, objetivas e subjetivas, não de ser analisadas como esferas interdependentes e inseparáveis, mas não superpostas. Por vezes, o elemento chave da depressão ocupacional pode não ser decorrência direta de um fator organizacional, mas algo agravado pelo contexto social e psicológico vivenciado pelo trabalhador.

Para a investigação quanto ao nexo causal entre a depressão e a atividade laboral, torna-se imprescindível que o perito leve em consideração a história clínica e ocupacional do trabalhador, com ênfase no ambiente de trabalho, na cultura organizacional e nas práticas preventivas. Constitui medida de extrema relevância, a identificação dos riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos e, por fim, de ordem emocional. A esse respeito merece destaque a Resolução 1488, do Conselho Federal de Medicina, que recomenda ao expert identificar os fatores estressantes no ambiente de trabalho.

da desprezada figura da 'concausa' (arts. 20, I e § 2º e 21, I, Lei 8.213/91). Evidenciado o dano moral eloquentemente manifesto no quadro depressivo profundo que conduziu o autor à invalidez e a culpa da reclamada é devida a reparação indenizatória. (TRT 3ª Região, Turma Recursal de Juiz de Fora, Proc. 0661-2008, pub. DJ 15.04.2009, Juiz Relator : Juiz Convocado Antonio G. de Vasconcelos).

Torna-se importante que o julgador tome como referência a dimensionalidade social que integra o indivíduo ao seu mundo real, de modo que é pelo trabalho que a subjetividade humana é constituída, de sorte que o profissional do direito ou da medicina ao analisar a depressão como fator ocupacional, ante a hesitação possível, deve levar em conta a suposição de que o trabalho e a vida do indivíduo são facetas amalgamadas que - em regra - se tocam e se influenciam.

O trabalhador com depressão ocupacional tem a sua capacidade laborativa comprometida, não podendo ser considerado apto no exame demissional, razão pela qual, ao invés de ser dispensado, deve ser encaminhado ao órgão previdenciário para a percepção do benefício previdenciário cabível. É obstativa a dispensa do empregado acometido de depressão, mormente quando milita a presunção de concausalidade do fator ocupacional para o surgimento ou agravamento do transtorno mental. Comungando da mesma posição, há julgados que decretam a nulidade da dispensa e determinam a reintegração do trabalhador doente.

DOENÇA OCUPACIONAL. DISPENSA OBSTATIVA DE GOZO PREVIDENCIÁRIO. REINTEGRAÇÃO. Restando patente a permanência do estado de ansiedade e depressão do autor, em razão das atividades desenvolvidas, provocando a progressão dos sintomas que o levaram a fazer uso de antidepressivos e ansiolíticos por tempo indeterminado, conforme relato do médico que acompanhava o seu tratamento psiquiátrico ambulatorial, permanecendo o mesmo estado após a dispensa, conclui-se que o reclamante não estava apto para o exercício de suas funções quando do exame médico demissional, sendo realmente obstativa a dispensa do reclamante, que ficou impedido de gozar os benefícios previdenciários, mostrando-se correta a decisão que determinou a reintegração do reclamante ao emprego. (TRT 3ª Reg., 3ª Turma, Processo: 02014-2006-140-03-00-2 RO, julg. 29.08.2007, Relator: Bolívar Viégas Peixoto).

Enfim, sob o aspecto trabalhista, conforme já foi comentado em capítulo anterior, o trabalhador acometido de doença ocupacional deve ser encaminhado para o órgão previdenciário, com o objetivo de viabilizar o recebimento do seu auxílio-doença, sem prejuízo do direito à estabilidade no emprego, conforme os termos do artigo 118 da Lei nº 8.213/91.¹⁰

A importância de compreender-se a depressão como doença ocupacional requer o esforço para a superação da visão atomizada que parte da suposição de abstrair o trabalho e o seu meio ambiente em relação à doença que acomete a pessoa do trabalhador. Essa fragmentação resulta em considerar a saúde do indivíduo como elemento separável da socialidade. Para superar essa

¹⁰ Art. 118 da Lei nº 8.213/91: "O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente".

tendência reducionista, recomenda-se que o expert faça sempre a ligação entre os transtornos mentais, as condições psicossociais do trabalhador e as suas condições de trabalho. Desse modo algumas pistas exemplificativas podem surgir para caracterizar atividades potencialmente geradoras de transtornos, seja em decorrência do confinamento (ex: petroleiros), do risco (ex. profissionais de saúde suscetíveis à síndrome de Burnout), da tensão (ex. controladores de voo) e de outras situações em que o stress apresentasse em estado latente.

8. A posição da Previdência Social e as diretrizes da perícia médica

A literatura médica caracteriza a depressão como transtorno mental. A consequência imediata decorrente de tal classificação atraiu a atenção do legislador que por meio da Lei nº 10.216, de 06.04.2001, estabeleceu ser direito subjetivo do doente de não ser discriminado, ainda que o grau de gravidade de sua doença seja elevada ou o tempo de evolução de seu transtorno seja demorado. O parágrafo único do art. 2º, da mencionada lei, estabelece que são direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
- IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Observa-se especificamente do item II, acima transcrito, que a doença cria para o trabalhador o direito subjetivo à reinserção no trabalho.

No âmbito institucional da Previdência Social há a Resolução INSS/DC nº 10, de 23.12.1999 (DOU 20/04/2000), que estabelece um Protocolo de Procedimentos Médicos-periciais para os casos de transtornos mentais e do comportamento que podem estar relacionados com o trabalho. No anexo V do aludido ato normativo consta o rol dos transtornos que podem, segundo o órgão previdenciário, apresentar relação de causalidade com o trabalho destacam-se:

ANEXO 5 - TRANSTORNOS MENTAIS E DO COMPORTAMENTO QUE PODEM ESTAR RELACIONADOS COM O TRABALHO	
I.	Demência em Outras Doenças Específicas Classificadas em Outros Locais (F02.8)
II.	Delirium, não Sobreposto a Demência (F05.0)
III.	Transtorno Cognitivo Leve (F6.7)
IV.	Transtorno Orgânico de Personalidade (F07.0)
V.	Transtorno Mental Orgânico ou Sintomático não Especificado (F09.-)
VI.	Alcoolismo Crônico Relacionado com o Trabalho (F10.2)
VII.	Episódios Depressivos Relacionados com o Trabalho (F32.-)
VIII.	Estado de "Stress" Pós-Traumático" (F43.1)
IX.	Neurastenia (Inclui a "Síndrome de Fadiga) (F48.0)
X.	Outros Transtornos Neuróticos Especificados (Inclui a "Neurose Profissional") (F48.8)
XI.	Transtorno do Ciclo Vigília-Sono Devido a Fatores Não-Orgânicos" (F51.2)
XII.	Sensação de Estar Acabado ("Síndrome de Burn-Out"; "Síndrome do Esgotamento Profissional") (Z73.0)

Observe-se que pelo item VII, o INSS admite a depressão ocupacional, mas a reconhece somente com base na Classificação de Shilling,¹¹ segundo a qual o transtorno mental só poderá ser considerado como doença do trabalho se o fator laboral for a causa necessária.¹²

Na investigação da relação causal entre o agravo e o ambiente do trabalho, incumbe ao perito não descurar da literatura e das pesquisas atuais que ora inclui ou exclui novos elementos de análises dos riscos ocupacionais. Assim, cabe ao expert, nos termos do art. 337, do Decreto 3.048/99, realizar o levantamento da história clínica e ocupacional do paciente, além de proceder ao estudo do local de trabalho, do processo organizacional e da presença de dados epidemiológicos.

O Protocolo reconhece a depressão como doença do trabalho quando se comprovar que o trabalhador esteve exposto a substâncias químicas tóxicas, tais como: brometo de metila; chumbo ou seus compostos tóxicos; manganês e seus compostos tóxicos; mercúrio e seus compostos tóxicos; sulfeto de carbono; tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos; tricloroetileno, tetracloroetileno, tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados ou neurotóxicos.

Em relação ao processo de construção da análise e do raciocínio médico-pericial, o Protocolo recomenda dez quesitos considerados essenciais:

¹¹ Segundo a classificação de Schilling, o processo de análise donexo causal deve levar em conta três diferentes grupos: o grupo I refere-se às típicas "doenças profissionais". Ex: neurointoxicações ocupacionais; o grupo II contempla as hipóteses em que o trabalho pode ser um fator de risco que contribui para o agravo. Ex: transtorno do estresse pós-traumático (F43.1); no grupo III, o trabalho é visto como um fator desencadeador de um distúrbio latente. Ex: episódios depressivos (F32.).

¹² Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7.202/2010, que visa reconhecer a natureza acidentária do transtorno incapacitante decorrente de assédio moral. Conforme o relator do projeto, Deputado Vicentinho (PT-SP), o objetivo é reforçar os argumentos dos que defendem o direito do assediado ao auxílio-doença, independentemente de expedição da CAT.

- I. Natureza da exposição: o "agente patogênico" é claramente identificável pela história ocupacional e/ou pelas informações colhidas no local de trabalho e/ou de fontes idôneas familiarizadas com o ambiente ou local de trabalho do Segurado?
- II. "Especificidade" da relação causal e "força" da associação causal: o "agente patogênico" ou o "fator de risco" podem estar pesando de forma importante entre os fatores causais da doença?
- III. Tipo de relação causal com o trabalho: o trabalho é causa necessária (Tipo I)? Fator de risco contributivo de doença de etiologia multicausal (Tipo II)? Fator desencadeante ou agravante de doença pré-existente (Tipo III)?
- IV. No caso de doenças relacionadas com o trabalho, do tipo II, foram as outras causas gerais, não ocupacionais, devidamente analisadas e, no caso concreto, excluídas ou colocadas em hierarquia inferior às causas de natureza ocupacional?
- V. Grau ou intensidade da exposição: é ele compatível com a produção da doença?
- VI. Tempo de exposição: é ele suficiente para produzir a doença?
- VII. Tempo de latência: é ele suficiente para que a doença se desenvolva e apareça?
- VIII. Há o registro do "estado anterior" do trabalhador segurado?
- IX. O conhecimento do "estado anterior" favorece o estabelecimento do nexocausal entre o "estado atual" e o trabalho?
- X. Existem outras evidências epidemiológicas que reforçam a hipótese de relação causal entre a doença e o trabalho presente ou progresso do segurado?

Conforme as respostas às questões ora apresentadas sejam no sentido afirmativo, o resultado da análise tenderá a ser conclusivo quanto à existência de nexotécnico da relação causal entre o agravo e o trabalho.

9. Conclusão: A depressão como doença ocupacional: um mal Sísifo dos tempos atuais

Além da velocidade das transformações desencadeadas no contexto das inovações tecnológicas, a hegemonia da ideologia capitalista, a despeito de reproduzir uma relação social excludente e desigual, vem difundindo a obrigação social do indivíduo ser o único responsável pelo seu sucesso. O fracasso ou o temor deste tem provocado no homem contemporâneo a cronificação dos quadros de ansiedade, de angústia, de distorção da sua autoimagem, além de difundir no cotidiano do ser social o abandonismo e o medo. Esses sentimentos, que refletem a hegemonia de uma sociedade marcada pelo risco e a incerteza, estão contribuindo para a erosão da subjetividade dos humanos, fazendo-os mergulhar na chamada melancolia profunda.

A melancolia profunda de que falam os psicanalistas tende a continuar afetando crescentemente mais e mais trabalhadores, notadamente aqueles que estão em idade produtiva. Nesse contexto, torna-se inquietante que a falta de conhecimento sobre a doença leve a alguns trabalhadores acometidos de depressão a serem estigmatizados de preguiçosos, rabugentos ou indolentes. Diante dessa suspeita, segundo Marie-France Hirigoyen (2002, p. 160), “com muita frequência o trabalhador deprimido disfarça os sintomas para seus próximos, até mesmo para seu médico, pois se sente culpado de não estar mais à altura das expectativas de sua hierarquia.”

Enquanto muitos discutem a origem sobrenatural ou social da depressão, esta continua sendo uma das marcas do homo sapiens, um signo quase imperceptível e por vezes transbordante em seus efeitos, a afetar a saúde individual e coletiva nos mais variados ambientes e situações.

As sequelas que ficam do estresse da vida contemporânea tem se associado aos mais angustiantes esforços da ciência para combater a irresistível força que vem abatendo os espíritos e que, embora não irrompam num local privilegiado, manifestam-se com frequência nos ambientes familiar e profissional.

Enfim, a metáfora de Sísifo é uma alegoria razoável para se compreender a depressão. O depressivo, submerso geralmente em um quadro de melancolia oscilante, sente-se como um condenado a rolar eternamente uma enorme pedra montanha acima.

A montanha de Sísifo é a representação da própria dificuldade de livrar-se da ingloria da doença que, a despeito de ser tão visível, continua sendo incompreendida, inclusive pela ciência médica, que apesar dos avanços mais recentes, ainda é um tanto vacilante em relação à identificação das causas e ao diagnóstico dos quadros depressivos, sem falar nas inúmeras críticas que são feitas aos tratamentos ministrados em clínicas e hospitais.

Se há algo que é demasiadamente humano é o modo singular de o homem conceber a sua universalidade, seja por meio das carências, dos medos, dos sentimentos e, enfim, de tudo que está em cada um, mas que se reproduz em todos. Os reflexos da realidade sobre os homens não raramente vem sendo interpretados ao estilo das tragédias gregas, ora como um castigo, ora como sina, ambas as circunstâncias submetendo a condição humana aos caprichos de um ente desconhecido ou sobrenatural. Precisamos, portanto, nos conhecermos melhor e compreendermos que a pedra de Sísifo está fora dele mas, paradoxalmente, habita o seu íntimo; a pedra, portanto, ou é o próprio Sísifo ou a nossa ignorância e alienação.

10. ANEXO:

DOENÇAS	AGENTES ETIOLÓGICOS OU FATORES DE RISCO DE NATUREZA OCUPACIONAL
Demência em outras doenças específicas classificadas em outros locais (F02.8)	<ul style="list-style-type: none"> • Manganês (X49.-; Z57.5) (Quadro 15) • Substâncias asfixiantes: CO, H2S, etc. (sequela) (X47.-; Z57.5) (Quadro 17) • Sulfeto de Carbono (X49.-; Z57.5) (Quadro 19)
Delirium, não sobreposto a demência, como descrita (F05.0)	<ul style="list-style-type: none"> • Brometo de Metila (X46.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 13) • Sulfeto de Carbono (X49.-; Z57.5) (Quadro 19)
Outros transtornos mentais decorrentes de lesão e disfunção cerebrais e de doença física (F06.-): Transtorno Cognitivo Leve (F06.7)	<ul style="list-style-type: none"> • Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro 3) • Chumbo ou seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.5) (Quadro 8) • Tricloroetileno, Tetracloroetileno, Tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro 13) • Brometo de Metila (X46.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 13) • Manganês e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.5) (Quadro 15) • Mercúrio e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 16) • Sulfeto de Carbono (X49.-; Z57.5) (Quadro 19) • Outros solventes orgânicos neurotóxicos (X46.-; X49.-; Z57.5)
Transtornos de personalidade e de comportamento decorrentes de doença, lesão e de disfunção de personalidade (F07.-): Transtorno Orgânico de Personalidade (F07.0); Outros transtornos de personalidade e de comportamento decorrentes de doença, lesão ou disfunção cerebral (F07.8)	<ul style="list-style-type: none"> • Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro 3) • Tricloroetileno, Tetracloroetileno, Tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro 13) • Brometo de Metila (X46.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 13) • Manganês e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.5) (Quadro 15) • Mercúrio e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 16) • Sulfeto de Carbono (X49.-; Z57.5) (Quadro 19) • Outros solventes orgânicos neurotóxicos (X46.-; X49.-; Z57.5)
Transtorno Mental Orgânico ou Sintomático não especificado (F09.-)	<ul style="list-style-type: none"> • Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro 3) • Tricloroetileno, Tetracloroetileno, Tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro 13) • Brometo de Metila (X46.-; Z57.5) (Quadro 13) • Manganês e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.5) (Quadro 15) • Mercúrio e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 16) • Sulfeto de Carbono (X49.-; Z57.5) (Quadro 19) • Outros solventes orgânicos neurotóxicos (X46.-; X49.-; Z57.5)
Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso do álcool: Alcoolismo Crônico (Relacionado com o Trabalho) (F10.2)	<ul style="list-style-type: none"> • Problemas relacionados com o emprego e com o desemprego: Condições difíceis de trabalho (Z56.5) • Circunstância relativa às condições de trabalho (Y96)
Episódios Depressivos (F32.-)	<ul style="list-style-type: none"> • Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro 3) • Tricloroetileno, Tetracloroetileno, Tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro 13) • Brometo de Metila (X46.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 13) • Manganês e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.5) (Quadro 15) • Mercúrio e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 16) • Sulfeto de Carbono (X49.-; Z57.5) (Quadro 19) • Outros solventes orgânicos neurotóxicos (X46.-; X49.-; Z57.5)
Reações ao “Stress” Grave e Transtornos de Adaptação (F43.-): Estado de “Stress” Pós-Traumático (F43.1)	<ul style="list-style-type: none"> • Outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho : reação após acidente do trabalho grave ou catastrófico, ou após assalto no trabalho (Z56.6) • Circunstância relativa às condições de trabalho (Y96)
Neurastenia (Inclui “Síndrome de Fadiga”) (F48.0)	<ul style="list-style-type: none"> • Tolueno e outros solventes aromáticos neurotóxicos (X46.-; Z57.5) (Quadro 3) • Tricloroetileno, Tetracloroetileno, Tricloroetano e outros solventes orgânicos halogenados (X46.-; Z57.5) (Quadro 13) • Brometo de Metila (X46.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 13) • Manganês e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.5) (Quadro 15) • Mercúrio e seus compostos tóxicos (X49.-; Z57.4 e Z57.5) (Quadro 16) • Sulfeto de Carbono (X49.-; Z57.5) (Quadro 19) • Outros solventes orgânicos neurotóxicos (X46.-; X49.-; Z57.5)

DOENÇAS	AGENTES ETIOLÓGICOS OU FATORES DE RISCO DE NATUREZA OCUPACIONAL
Outros transtornos neuróticos especificados (Inclui "Neurose Profissional") (F48.8)	• Problemas relacionados com o emprego e com o desemprego (Z56.-): Desemprego (Z56.0); Mudança de emprego (Z56.1); Ameaça de perda de emprego (Z56.2); Ritmo de trabalho penoso (Z56.3); Desacordo com patrão e colegas de trabalho (Condições difíceis de trabalho) (Z56.5); Outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho (Z56.6)
Transtorno do Ciclo Vigília-Sono Devido a Fatores Não-Orgânicos (F51.2)	• Problemas relacionados com o emprego e com o desemprego: Má adaptação à organização do horário de trabalho (Trabalho em Turnos ou Trabalho Noturno) (Z56.6) • Circunstância relativa às condições de trabalho (Y96)
Sensação de Estar Acabado ("Síndrome de Burn-Out", "Síndrome do Esgotamento Profissional") (Z73.0)	• Ritmo de trabalho penoso (Z56.3) • Outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho (Z56.6)

11. Referências

- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). PhysicianMedGuide for Depression. Disponível em <http://www.psych.org/Share/Parents-Med-Guide/HTML-Physician-Depression.aspx>, capturado em 17.fev.2010.
- APPELBAUM, Steven H. *et al.* The realistic downsizing preview: a management intervention in the prevention of survivor syndrome. In: *Career Development International*, v. 5, Iss: 7, p. 333-350, 2000.
- DEJOURS, Christophe de. Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal. Ana Gerschenfeld. público. Disponível em http://www.publico.pt/Sociedade/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal_1420732. Capturado em 26.07.2010.
- DURKHEIM, Emile. O suicídio. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- ESPASA, Francisco. Palácio Espasa. Dicionário internacional de Psicanálise. Vebete: depressão. Alain de Mijolla (org). Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- HALES, Robert E; YUDOFKY, Stuart C. Tratado de Psiquiatria Clínica. 4 ed. Barcelona: Masson, 2005.
- HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. (tradução: Rejane Janowitz). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- KESSLER, Ronald *et al.* Cross-national epidemiology of DSM-IV major depressive episode. *BMC Medicine*, pub. 27.7.2011. Disponível em: <<http://www.biomedcentral.com/1741-7015/9/90>> Acesso em: 7.9.2011.
- PSIQUIATRIA ESTÁ EM CRISE POR FALTA DE PROVAS CIENTÍFICAS. Entrevista de Eric Kandel ao repórter Rafael Garcia. Folha de S. Paulo. Caderno Saúde, 2.11.2011, p. C8
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. Invertir em salud mental. Genebra: Suíça. 2004.
- PAULO, Maria Salete Lopes Legname de. Depressão e psicodiagnóstico interventivo. São Paulo: Vetor, 2005.
- SELIGMANN-SILVA, E. Psicopatologia e psicodinâmica no trabalho. 2 ed. In: MENDES, R. Patologia do trabalho. São Paulo: Ateneu, 2005.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

FUNDAMENTOS PARA UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E ADOÇÃO DE UMA CULTURA PACIFICADORA

Humberto Lima de Lucena Filho^{1**}

Resumo: Aborda o presente trabalho os fundamentos para uma interpretação constitucional da solução de conflitos e adoção de uma cultura pacificadora. Assume como premissa as específicas orientações principiológicas e valorativas da Constituição Federal atinentes à pacificação dos litígios, em especial aquelas inseridas no Preâmbulo e no art. 4º, VII do Texto Maior. Nesse sentido, as tradicionais concepções da condução dos litígios sob o manto da jurisdição monopolizada pelo poder estatal e, portanto, com decisão traumática para uma das partes na relação conflituosa devem ser revisadas à luz de um parâmetro constitucional de pacificação. Expõe, portanto, o presente escrito a superação dos modelos clássicos de distribuição de justiça e da necessidade de se adotar uma interpretação constitucional sistêmica e espiritualista no novo cenário de insatisfação com as decisões judiciais. Para tanto, delimita o tema, tece considerações básicas sobre a interpretação, aborda o neoconstitucionalismo e a hermenêutica constitucional, bem como a adoção do método científico-espiritual como paradigma metodológico.

Palavras-chave: Fundamentos Constitucionais. Solução. Conflitos.

Abstract: The current paper approaches the foundations for a constitutional interpretation of the conflicts solutions and a pacifications culture adoption. It admits as premise the Federal Constitution specific principles and values orientations towards the litigations solution, especially those inserted in the Preamble and the article 4º, VII, of the Greater Text. In this way, the traditional conceptions about the litigations conduction over the State monopoly and, therefore, traumatic for one of the litigants should be reviewed under a constitutional pacification parameter. The paper exposes, thus, the classical justice distribution overcoming and the need of adopting a systematic and spiritual interpretation in the new scenario of insatisfaction about the judicial decisions. In order to achieve the aims, it delimits the theme, explains basic considerations about the interpretations, approaches the neoconstitucionalism and the constitutional hermeneutics, as well spiritual and scientific method as methodological paradigm.

Keywords: Constitutional Foundations. Solutions. Conflicts.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Pesquisador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis Nº 36 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - PRH-36 ANP/MCT/UFRN (2005-2006). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Potiguar - UnP/Laureate International Universities. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Professor do curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

1. INTRODUÇÃO

O homem é um indivíduo caracterizado pela sua vocação para a socialidade e singularidade de formação e comportamento². Em razão disto, é natural que as relações intersubjetivas e até mesmo intergrupais sejam marcadas por divergências de ordens diversas (emocionais, sociais, políticas, ideológicas, familiares e profissionais), as quais podem ser definidas como a gênese de um dos fenômenos mais comuns e recorrentes de qualquer sociedade: o conflito.

Justificada pela inegável existência de interesses contrapostos no tecido social e necessidade de proteção contra a própria barbaridade humana convencionou-se a criação de normas de convivência capazes de regular as relações humanas e aplicar sanções aos violadores do seu conteúdo em face de um descumprimento, qual seja o Direito³. Extrai-se daí, portanto, o famoso brocardo de que *não há sociedade sem direito (ubi societas ibi jus)*.

Independente das forças influenciadoras do conteúdo normativo e da nítida reprodução do modelo impositivo dos valores e interesses dos grupos dominantes em vários modelos sociais há certo consenso doutrinário quanto à missão do Direito: promover a paz social. Sendo o detentor de uma função ordenadora de interesses difusos, deve perseguir, ainda, a cooperação entre os indivíduos e “harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste”⁴.

Todavia, a simples existência de uma ordem jurídica é insuficiente para materializar o ideal de justiça, afinal, o Direito é operado pelos homens e, se a estes não couber ação promotora dos anseios eleitos como importantes e reconhecidos pela coletividade (norma) inútil será o catálogo de regras existentes. O mecanismo de resolução deste impasse foi o surgimento evolutivo de técnicas de solução de conflitos, a saber, a autotutela⁵, autocomposição⁶, arbitragem⁷ e jurisdição⁸.

Com o fortalecimento do Estado como ente abstrato dotado de capacidade

² Aristóteles e Hugo Grócio dedicaram estudos ao tema da natureza social do homem e a inclinação inata deste à vida em sociedade aplicada à concepção de criação do Direito, Poder Constituinte e do Estado. SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Poder Constituinte (a natureza e titularidade do Poder Constituinte Originário)**. p.28-29.

³ Imperioso destacar que tais normas podem ser escritas ou meramente consuetudinárias.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* **Teoria Geral do Processo**. p. 25.

⁵ “Trata-se de solução do conflito de interesses que se dá pela imposição da vontade de um deles, com o sacrifício do interesse do outro”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. p. 74.

⁶ “É a forma de solução de conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em desfavor do interesse alheio. *Ibidem*. Pp. 75

⁷ “Prática alternativa, extrajudiciária, de pacificação de conflitos de interesses envolvendo direitos patrimoniais e disponíveis, fundada no consenso [...], através da atuação de terceiro, ou de terceiros, estranhos ao conflito, mas de confiança e escolha das partes em divergência, por isso denominado árbitros [...]”. LIMA, Cláudio Vianna. **A arbitragem no tempo: o tempo na arbitragem**. In: A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.5.

⁸ “É uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* p. 147

de organização político-institucional com o fim de reconhecimento e proteção universais dos seus nacionais, sucedeu-se um incremento do seu poder na disciplina das relações privadas e, por conseqüência, a importância da participação da jurisdição como meio de solução de litígios. Ademais, com o desenvolvimento dos meios tecnológicos e a dinamicidade socio-econômico-científica, constatou-se a necessidade de se ter órgãos consolidados, dotados de independência e imparcialidade com o fito de solucionar lides cada vez mais complexas.

Na atualidade, por motivos incabíveis de explanação neste trabalho, a jurisdição - monopólio estatal na distribuição de justiça (o que não invalida a utilização de outros meios alternativos na composição dos conflitos) - tem sido praticamente o único meio utilizado pelos indivíduos na solução de suas contendas e funcionado como um poderoso instrumento na garantia e concretização de direitos encartados nas Constituições. Porém, ainda nesse mesmo cenário também é possível detectar uma supervalorização dos métodos oficiais distribuidores de justiça, fato este que se concretiza com o depósito de esperanças individuais e coletivas no Poder Judiciário, visto como um verdadeiro superórgão capaz de resolver todas as diferenças existentes entre os indivíduos. No descrito contexto edifica-se a crise do sistema judicial brasileiro, especialmente pela sua incapacidade em atender aos anseios dos jurisdicionados e a explosão de litigiosidade na sociedade brasileira⁹.

Ocorre que os instrumentos de viabilidade da jurisdição – o direito de ação e o processo – têm servido por vezes de vinganças personalíssimas, tornando o Poder Judiciário não apenas de aplicador da lei abstrata e impessoal, mas de palco de rixas pessoais, íntimas e odiosas, quando não uma verdadeira loteria jurídica, *ad exemplum* a ‘indústria dos danos morais’. Em agravo a esta realidade, os órgãos responsáveis pela distribuição de justiça não conseguiram acompanhar o processo de globalização que bate às portas também dos provimentos jurisdicionais. Enquanto empresas, trabalhadores, consumidores e Estados interagem entre si num ritmo assaz célere, potencializando o surgimento de lides, os tribunais encontram-se afogados em milhares de processos e estes, por sua vez, baseados em legislações processualistas truncadas e de cunho protelatório. Tem-se também uma quantidade de magistrados, servidores e bens insuficientes para atender ao tratamento constitucional dado aos processos judiciais e administrativos.¹⁰

⁹ O relatório sintético do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2009 apontou 25.509.463 novos processos (11.865 novos processos a cada 100.000 habitantes) aliados a 61.120.888 pendentos de resolução. O mesmo relatório trouxe como dado que a taxa de congestionamento (busca mensurar se a Justiça consegue decidir com presteza as demandas da sociedade, ou seja, se as novas demandas e os casos pendentos do período anterior são finalizadas ao longo do ano) no mesmo ano foi de 71%, isto é, De cada cem processos em tramitação, apenas 24 foram finalizados até o final do ano.

¹⁰ Art. 5º Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB) de 1988: 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: (...) 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;

Abstraídas questões de ordens infra-estruturais e técnicas, bem como procedendo a uma análise inicial, é tranqüila a afirmação de que, embora a jurisdição tenha como alvo magno a pacificação social e solução do caso concreto submetido ao Estado-juiz há distorção de valores no manejo dos conflitos tanto por parte dos sujeitos ativos e passivos da relação processual quanto dos próprios membros do aparato estatal. Nesse sentido, pertinente o escólio de Cândido Rangel Dinamarco *et al*¹¹:

A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a idéia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da sociedade.

Isso não quer dizer, contudo, que seja essa mesma a motivação que leva as pessoas ao processo. Quando a pessoa pede a condenação do seu alegado devedor, ela está a buscando a satisfação de seu próprio interesse e não, altruisticamente, a atuação da vontade da lei ou mesmo a paz social. Há uma pretensão perante outrem, a qual não está sendo satisfeita, nascendo daí o conflito – e é a satisfação dessa sua pretensão insatisfeita que o demandante vem buscar no processo. A realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesmas, não das partes. E o Estado aceita a provocação do interessado e sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até o final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.

Sem maiores esforços interpretativos clara, de acordo com a lição transcrita, é a dupla função da jurisdição: pacificação social e composição justa do caso concreto. A problemática surge quando há um desvirtuamento da atividade jurisdicional para atender apenas o segundo objetivo.

No atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro, é débil qualquer estudo sobre tema jurídico que olvide de tratar da manifestação constitucional sobre a matéria. Isto porque nos tempos hodiernos de neoconstitucionalismo, conforme já tão incessantemente lecionado pela doutrina, a Constituição é a norma ápice do sistema jurídico, dotada de supremacia e com natureza normativa e vinculante. É nela onde estão presentes todos os fundamentos e valores que irradiam o direito infraconstitucional e de fato como este deve ser inspirado, lido e aplicado¹².

¹¹ *Idem*. p. 149-150.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção*

Logo, feita a contextualização até aqui delineada, emerge o questionamento *Qual a direção constitucional acerca do conflito? Quais os valores da Constituição que devem ser obedecidos pelo legislador ordinário na política de produção legislativa, tal qual pelo magistrado, partes, membros do ministério público e auxiliares da justiça na condução dos processos?*

Em resumo, o presente trabalho tem como finalidade e corte epistemológico analisar qual a vontade constitucional em relação aos conflitos nascidos no seio social sob dois aspectos principais. O primeiro refere-se à constitucionalização da solução dos conflitos e o segundo a uma política estatal de composição destes. Para tanto, necessário é trilhar os caminhos da interpretação e hermenêutica constitucional. Afinal, não é possível aferir qual o espírito da Constituição sem interpretá-la sistematicamente-cientificamente.

O presente escrito não objetiva abordar as mais diversas teorias tocantes à função jurisdicional e minuciar as formas de solução de conflitos, mas, partindo da premissa que o conflito é recorrente nas relações subjetivas, estudar qual o tratamento, dispensado pela Lei Fundamental aos litígios e suas respectivas resoluções. Como construção de um raciocínio lógico da matéria far-se-ão breves conceituações acerca da interpretação, posteriormente considerações acerca do fenômeno neoconstitucionalista e suas influências na interpretação de todo o arcabouço e atos normativos à luz da Constituição e, finalmente, buscar-se-á aferir qual a *vontade da Norma Normarum* em relação ao tema ora tratado a partir do critério científico-espiritual como paradigma metodológico.

2. INTERPRETAÇÃO: ALGUMAS DEFINIÇÕES NECESSÁRIAS

Já que o objeto de estudo se propõe a defender uma interpretação constitucional do conflito em busca de uma cultura pacificadora, é indispensável que se traga à baila alguns aportes teóricos sobre a interpretação para que se delineie um raciocínio dedutivo responsável numa matéria de responsabilidade ímpar – a interpretação constitucional.

Inicie-se pela distinção entre interpretação e hermenêutica. Embora constantemente sejam utilizadas como sinônimos tratam-se de institutos diversos, pois a interpretação é objeto e finalidade da Ciência da Hermenêutica, a quem cabe “sistematizar os processos interpretativos do direito”¹³¹⁴.

do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 362

¹³ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de Petição – Garantia Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2004. p.55.

¹⁴ Interessante o apontamento de Ferreira Pinto ao esclarecer que a locução *interpretação* procede do latim *interpres*, “que significa adivinho, pessoa que descobria e desvendava o futuro pelas entranhas dos animais imolados em oferendas aos deuses”. Pondera o juspublicista que em sentido restrito, “interpretação é sinônimo de Hermenêutica, do grego *hermeneutês* (interpretar), daí a forma *interpretatio*” e no sentido amplo corresponde à parte da ciência do Direito responsável pela sistematização dos processos interpretativos. FERREIRA, Pinto. p. 2.

Não há consenso doutrinário em relação ao conceito de interpretação jurídica, havendo variação em relação à época de estruturação do conceito ou quanto à Escola influenciadora do doutrinador. Adotar-se-á no corrente texto a definição de Luis Roberto Barroso¹⁵¹⁶:

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente com o fim de solucionar problemas.

Veja-se que a interpretação, segundo o autor, consiste em atribuir um sentido – sendo possível a plurissignificação - a determinado enunciado textual terminando por construir o que se denomina de norma de decisão, a qual será aplicada a determinada situação. Numa versão mais atualizada do conceito é adequado afirmar que, além da atividade atributiva, modernamente a interpretação é, antes de tudo, concretização da norma jurídica. Porém, o enunciado – ponto de partida na maioria dos casos¹⁷- não é uma abstratificação suspensa no sistema jurídico, amorfa e sem elementos que o integrem. Nesse sentido, Raimundo Bezerra Falcão relaciona o sentido, o valor e a linguagem como pontos-chaves da Hermenêutica.

O sentido, tomado na acepção subjetiva, compreende uma explicação sensorial, ou seja, a possibilidade de captar de forma imediata ou intuitiva os fenômenos naturais, psicológica existencial e de bom senso. Por outro lado, a vertente objetiva do sentido “é o significado de uma coisa em si mesma, mas que não se faz nela, porém no espírito do sujeito cognoscente”¹⁸ e nela ocorre a interpretação.

O valor, por seu turno, é sintetizado pelo professor Falcão como tudo o que

não obstante nascido no espírito humano, é apto a acionar nesse mesmo espírito, como que de revés e quase simultaneamente, os mecanismos admiráveis da adesão, do aplauso, da aceitação ou do afeiçoamento [...]”¹⁹

Tem-se, então, que disseminado num enunciado textual ou num sistema jurídico há valores que o alimentam e lhe dão sustentáculo. Interpretar sem observá-los é esvaziar a própria norma do que deveria ser sua essência. Afinal, a posituação dos valores, mediante princípios ou regras, é apenas o meio de atribuir-lhes normatividade. O autor ainda os classifica quanto à amplitude (universais, sociais, nacionais e particulares), ao tempo (permanentes,

¹⁵ Barroso. p.269.

¹⁶ Interessante a tese de Erick Wilson Pereira acerca da interpretação como “decisão da vontade para o bem ou para o mal; para o legal ou o ilícito; para o justo ou injusto”. PEREIRA, Erick Wilson. p.135

¹⁷ Pelo menos naqueles em que haja previsão textual.

¹⁸ Falcão. p. 29.

¹⁹ *Ibidem*. p.20

duradouros e efêmeros), à legitimidade (positivos ou negativos) e quanto à matéria (morais, políticos e econômicos).

Por fim, a linguagem revela-se ligada à tradução que se dá aos signos. Ludwig Wittgenstein foi o grande projetor da filosofia enfatizadora da linguagem e da lógica e, partindo de suas premissas, afirma-se que não há direito sem linguagem²⁰. A comunicação entre o Direito e o intérprete operacionaliza-se através de uma linguagem jurídica, dotada de símbolos, a qual pode ser analisada sob um plano sintático, semântico ou pragmático, sendo esta última sugerida por Erick Wilson Pereira como a mais adequada para uma hermenêutica eleitoral, mas que é perfeitamente cabível na matéria ora tratada²¹²². É dizer que não se pode desprezar a linguagem utilizada pelo ordenamento, pois, conforme já é tranquilo entre os estudiosos da Hermenêutica, *não há palavra desnecessária* na lei, em especial na Constituição.

Os conceitos até aqui elencados são aplicáveis à interpretação legal dos textos legais em geral. Porém, já que se busca uma interpretação constitucional para o conflito, deve-se, além, dos pressupostos até aqui explanados, aclarar outros peculiares do processo de interpretação da Constituição. Porém, para assimilar as modernas técnicas de interpretação constitucional, é necessário contextualizar como a ciência da Hermenêutica foi moldada e sofreu alterações no atual cenário neoconstitucionalista.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

As Constituições e textos legais sempre foram passíveis de algum tipo de interpretação, ainda que literal, visto que onde está o homem aí está presente a interpretação²³. Porém, com o advento do neoconstitucionalismo o papel da hermenêutica adquiriu novo significado perante o novo quadro sócio-político desenhado, principalmente da idéia jusnaturalista retomada pelas Constituições de vinculação entre Direito e Moral com um fim de concretização dos direitos, mediante a força normativa das Constituições.

Embora existam diversas Escolas interpretativas com as devidas especificidades, utilizar-se-á neste trabalho três principais categorias para fins de comparação de paradigmas interpretativos: o formalismo jurídico, o positivismo e a interpretação neoconstitucionalista.

²⁰ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis e no mundo globalizado*. p. 63.

²¹ PEREIRA, Erick Wilson. *Direito Eleitoral: Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais-Eleitorais*. p.120.

²² O autor potiguar, para justificar sua escolha, faz referência ao ensinamento de Paulo de Barros Carvalho, que segue: “Verificaremos, desde logo, que a interação ocorre num contexto extremamente complexo, pois há múltiplas possibilidades de utilização das palavras, individualmente consideradas, assim como numerosos são os usos das construções fráscas que a gramática de cada língua permite compor, sem que as regras sintáticas venham a ter caráter decisivo para o esclarecimento da específica função em que a linguagem está sendo empregada. [...] Ora, se os objetivos daquele que expede o comunicado são tão importantes, é de convir que a decodificação da mensagem se dá, em grande parte, no plano pragmática da linguagem” CARVALHO *apud* PEREIRA, Erick. p. 120-121.

²³ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. p. 146.

A Escola formalista, pujante nos séculos XVIII e XIX, encarava a interpretação como instrumento “(...) da decisão como subsunção ao caso sob a égide do direito positivo”²⁴, revelando um verdadeiro culto à lógica jurídica em detrimento de uma atuação criadora e verdadeiramente jurisprudencial dos magistrados. As marcas deste pensamento teórico são a reverência religiosa à lei, desconfiança do Judiciário e apego à literalidade Luis Roberto Barroso aponta como exemplos do formalismo jurídico a Escola da Exegese, na Franca, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha²⁵.

O positivismo, por seu turno, capitaneado por Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart, ainda que tenha adotado algumas premissas do formalismo, afastou-se do modelo mecânico de interpretação. Criam os doutrinadores desta corrente numa separação nítida entre Direito e Moral e a negativa de subordinação da legislação para com uma lei natural, numa tentativa de criar uma Ciência do Direito neutra. Seria a interpretação constitucional, na lição de Kelsen, uma ato volitivo de natureza política, isto é, numa escolha das várias possibilidades permitidas pela norma²⁶. Tratava-se, ainda, de processo e não resultado, alheia a tudo que não lhe fosse pertinente²⁷²⁸.

No campo estritamente interpretativo, a essência da interpretação tradicional reside no predomínio sujeito-objeto, isto é, a fundamentação prevalecendo sobre a compreensão. A linguagem tem uma função meramente instrumental, relegada a segundo plano e justificadora do que Hans-Georg Gadamer criticara no processo interpretativo tradicional: compreensão, interpretação e aplicação²⁹. Os métodos e conceitos clássicos aplicados à interpretação constitucional são o gramatical, sistemático, histórico e teleológico

A última tipologia decorre da crise moral do positivismo e da incapacidade das técnicas clássicas de enfrentarem barbaridades institucionalizadas, em especial na Europa Continental. É robusto nessa fase o retorno aos valores e orientação dos sistemas jurídicos por orientações axiológicas básicas como a dignidade da pessoa humana e atribuição de uma força vinculante e normativa das normas constitucionais nunca antes experimentada: nasce o neoconstitucionalismo³⁰.

²⁴ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e o Poder Judiciário: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 123

²⁵ Barroso, Luis Roberto. p.274-275.

²⁶ Barroso, p. 277.

²⁷ Cristina Queiroz. p. 132

²⁸ Mesmo que se possa vociferar contra este modelo de silogismo da justiça, deve-se alertar que qualquer concepção de Estado, Direito, Constituição e, por consequência, métodos de interpretação está intrinsecamente ligado ao contexto histórico e político vivido. Não foi diferente na construção Kelseniana. Em meio a uma crise do parlamentarismo e da Constituição, com ataques sucessivos e violentos a esta, o método proposto, à época, significando muito mais uma defesa e garantia constitucional do que outra finalidade que se pretendia mais importante.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica jurídica nos vinte anos da Constituição*. p. 64-65.

³⁰ A título de exemplificação, Luis Roberto Barroso cita como expoentes desta nova fase doutrinadores como Konrad Hesse, John Rawls, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli e Robert Alexy.

Não se abordará aqui pormenorizadamente esta nova fase do constitucionalismo, visto o tema ser rico e merecedor de estudo próprio. Porém, dentre as diversas mudanças proporcionadas pelo novo Estado Constitucional Democrático de Direito e sua relação com a superação do positivismo estrito, o campo interpretativo e hermenêutico também recebeu influências dos novos parâmetros. Conhecer tais mudanças é essencial para realizar uma interpretação adequada e contextualizada não apenas da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, ter acesso fiel aos seus ditames relacionados à abordagem dos conflitos, mas de qualquer ato normativo ou administrativo infraconstitucional tangente à matéria em foco, sob a iluminação valorativa da Constituição.

Compreender as diversas modificações patrocinadas pela mudança paradigmática de encarar o ordenamento jurídico e as relações dele decorrentes demanda o estabelecimento de algumas premissas necessárias para a adequada situação do intérprete na era pós-moderna. Convém, de início, estabelecer uma premissa de que a interpretação no movimento neoconstitucionalista adota necessariamente a Constituição como elemento gravitacional do sistema jurídico e essencialmente multivalorativa. Nesse sentido, Carlos Wagner Dias Ferreira assevera³¹:

Na Era pós-positivista ou do neconstitucionalismo, nascido na segunda metade do século XX, a Constituição vem assumindo o centro da órbita de um sistema aberto de regras e princípios, admitindo a influência valorativa de ideários, opiniões, pensamentos e interesses plúrimos da sociedade, com repercussões no campo da interpretação constitucional, daí a considerá-la uma ordem objetiva de valores, especialmente no tocante aos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, retomando o tema da linguagem como elemento participante do processo de interpretação e aplicação do Direito, tem-se o vencimento das palavras e conceitos como apenas instrumentos disponíveis ao intérprete. Ciente da incapacidade do legislador prever todas as situações possíveis para a vida cotidiana, a substantivação do Direito remete a uma tarefa eminentemente hermenêutica, na qual a linguagem, segundo Lenio Luis Streck, em vez de instrumento transforma-se em condição de possibilidade³².

Outra observação a ser pontuada consiste na premissa da Constituição como ponto de partida e chegada, pode-se afirmar, primariamente, a supremacia material e formal da Constituição ou, ainda nas palavras do juspublicista cearense Paulo Bonavides, “o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a *Lex Legum*, ou seja,

³¹ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Interpretação constitucional e argumentação jurídica*. p. 229.

³² STRECK, Lenio Luis. p. 70.

a mais alta expressão jurídica da soberania³³. A garantia e defesa da referida supremacia são operadas pela denominada Justiça Constitucional³⁴, tendo esta um papel fundamental na preservação da necessária superioridade da Constituição enquanto documento jurídico-político de organização do Estado e detentor de um catálogo de direitos fundamentais. A consequência da defesa é de suma importância para a manutenção da unidade e coerência do sistema jurídico e adoção irradiante dos valores por ela eleitos, justificando, destarte, a crescente constitucionalização do Direito – realidade presente no século XX³⁵.

A partir da superioridade constitucional, procede-se ao quarto, e mais importante deles, fundamento neopositivista para o campo da interpretação constitucional consiste no reconhecimento de força normativa dos princípios constitucionais. A mudança principiológica se dá a partir do momento da saída dos princípios de um campo meramente valorativo para a categoria de norma jurídica, com sua devida eficácia. Logo, o princípio, para efeitos neoconstitucionais, diferencia-se do valor, enquadra-se no campo das normas, ao lado das regras³⁶, e pode ser conceituado como³⁷³⁸:

(...) toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que as pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

A supradita normatividade dos princípios reverberou no que Luis Roberto Barroso denomina de *nova interpretação constitucional*, esclarecendo que uma nova mentalidade interpretativa demanda dar respostas constitucionais à luz do caso concreto, visto sob uma ótica tópica, bem como o juiz assume um novo papel de complementariedade ao legislador, posto que não mais se resume

³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 296.

³⁴ Cf. TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005; KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. Roberto J. Brie. 2ª Ed. Madrid: Editorial Technos; 2002.

³⁵ Entenda-se a força irradiante aqui como “projeção para dentro do sistema jurídico, revisando o seu sistema de fontes e reestruturando continuamente seus pilares deontológicos, sobretudo por meio da subtração da autonomia e privilégio concretizante do legislador ordinário (...). SAMPAIO, José Adércio Leite. *Mito e História da Constituição: Prenúncios sobre a Constitucionalização do Direito*. p. 200.

³⁶ Segundo Luiz Roberto Barroso, “as regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor complete setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação”. Por outro lado, os princípios são dotados de maior carga valorativa com uma diretriz a seguir. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p.330.

³⁷ CRISAFULLI *apud* Bonavides, Paulo. *Idem*. p.257.

³⁸ Os valores constitucionais, em obediência ao ensinamento de Antonio Enrique Perez Luño, consistem nas preferências expressadas pelo Poder Constituinte como prioritárias e fundamentais para a convivência coletiva. Possuem uma tripla dimensão: fundamentadora, orientadora e crítica e, Segundo o professor espanhol distinguem-se dos princípios em razão de sua (in) determinação, haja vista não serem aplicados em situações específicas, informando todo o texto constitucional. LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid/Espanha: Tecnos, 2003. p. 288.

a mero reproduzidor de conhecimento técnico, outrossim, faz adequações das cláusulas abertas e indeterminadas das normas constitucionais através de valorações de sentido³⁹. Isto não implica em abandono completo dos tradicionais métodos interpretativos, até mesmo porque o atual estágio de interpretação tomou como referência básica a interpretação tradicional e seus postulados. Proclama-se uma evolução, atualização e compatibilidade da Hermenêutica com a atual formulação do binômio intrínseco Estado *versus* Constituição.

Nesse contexto, a reaproximação entre Direito e Ética conduz a uma Hermenêutica Filosófica, não mais abrigada nas antigas técnicas de interpretação já apontadas, mas calcada em promover materialmente os postulados básicos aclamados como relevantes para determinada sociedade. Isto só é possível graças à conquista do *status* de normas jurídicas pelos princípios e sua aplicação mediante o critério de ponderação de interesses quando haja conflitos entre eles, isto é, não se decide um caso escolhendo um ou outro princípio, mas fazendo sacrifícios recíprocos no intuito de preservar o máximo de eficácia aos valores neles implícitos ou explícitos.

A Nova Interpretação fundada no poder vinculante e compulsoriedade de observação dos princípios deu origem a uma hermenêutica moderna e com instrumentos capazes de por em prática a teoria material da Constituição e difundir seus valores em todas as relações desenvolvidas no seio social. Sob esse aspecto, o Direito é considerado um sistema aberto de valores – de natureza suprapositiva - sendo a Constituição “um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los”⁴⁰.

De tudo até aqui exposto, já se tem algum substrato teórico acerca dos conceitos atinentes à interpretação constitucional, sua relação com o neoconstitucionalismo, sendo possível arrolar alguns pressupostos necessários ao alcance dos objetivos almejados pelo trabalho *in casu*.

Em primeiro lugar, uma leitura da linguagem esboçada pela Constituição no tocante ao temário *conflitos* é necessária, especialmente em razão da superação da instrumentalidade da linguagem e de sua colocação como possibilidade para a concretização da Constituição material.

Também é pertinente aferir se há valores ou princípios adotados pelo Constituinte de 1988 informadores e aplicáveis aos litígios e de que forma estes vinculam o legislador ordinário na criação de leis e atos normativos genéricos incidentes sobre os mecanismos estatais e extrajurisdicionais resolutórios de contendas.

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. In: A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris p. 212-216.

⁴⁰ BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 334.

3.1. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ainda que seja composta de normas jurídicas e a interpretação de seus comandos faça remissão à teoria geral da interpretação, a Constituição tem a peculiaridade de necessariamente promover os valores nela esposados e concretizar os direitos fundamentais consagrados de maneira positiva. A atividade de interpretar a norma de maior hierarquia do sistema jurídica refletirá na compreensão e aplicação de todos os outros ramos do Direito, dada a adoção da Teoria do Direito por Degraus, construída por Hans Kelsen, pelos sistemas jurídicos modernos.

Conforme já apontado, a força normativa dos princípios foi o grande diferencial patrocinado pelo movimento neoconstitucionalista aos processos interpretativos. Daí, Barroso afirmar categoricamente que o ponto de partida do intérprete da Constituição deve sempre os princípios. A referência a uma nova forma de ler a Constituição e os ramos do Direito nela fundamentados permitiu à doutrina e jurisprudência detectar princípios explícitos e implícitos nos textos constitucionais.

Em solo nacional, seguindo uma tendência da doutrina constitucionalista mais avançada, os ensinamentos mais abalizados têm sistematizado princípios específicos da interpretação constitucional. São eles: supremacia da Constituição (já explanado), da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição, razoabilidade, proporcionalidade e efetividade⁴¹. Todos eles devem, na medida do possível, ser aplicados em conjunto, evitando-se ao máximo suas colisões, sendo estas decididas pela técnica de ponderação de bens.

O tema em destaque pode e deve ser encarado à luz dos princípios constitucionais, em especial o da unidade e da efetividade constitucional, tratados conexamente com o assunto abordado no próximo item.

Portanto, todo o raciocínio, constatações e premissas apontadas até aqui funcionarão como suporte para a aplicação de um método de interpretação constitucional específico aqui adotado, qual seja o científico-espiritual, arquitetado pelo jurista alemão Rudolf Smend. Ciente de que a Carta Magna é norma jurídica, dotada de uma linguagem e que não dispensa interpretação - que deve ser essencialmente principiológica - resta, por último, integrar estes conceitos para obter qual o espírito da Constituição Federal de 1988 e seus valores tangentes à solução dos conflitos.

⁴¹ Barroso. p. 155-280.

4. SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL: O MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL COMO PARADIGMA METODOLÓGICO

Para se obter resultados na Ciência, necessita-se de um objeto e obrigatoriamente um método. A atividade interpretativa, finalidade precípua da Hermenêutica, inclui-se nesta premissa e ao longo do tempo foi tratada sob diferentes aspectos de acordo com os métodos incidentes sobre sua concretização. Utilizar um método implica filiar-se a um conjunto de procedimentos lógicos que levem a um resultado desejado. Em sede jurídica, em regra, trata-se de se filiar a uma corrente doutrinária consolidada e baseada em raciocínios aceitos pela ciência, em face de sua plausibilidade e aplicabilidade quanto ao objeto, o que não afasta a cientificidade e respeito por outros existentes. Cabe ao jurista posicionar-se e, como todo processo de interpretação e aplicação do Direito, fundamentar suas conclusões.

No campo da Hermenêutica Jurídica, diversos são as metodologias existentes para a interpretação. Pinto Ferreira sistematiza os principais deles, a saber: o método hermenêutico clássico e o apego à literalidade, defendido por Ernst Forthoff e a utilização dos elementos filosóficos (literal, gramatical, textual), sistemático, histórico, teleológico e genético⁴²; o método tópico, defendido por Viehweg, suportado pela técnica de pensar o problema a partir de pontos de vista, raciocínio e argumentação; o método hermenêutico-concretizador, de Konrad Hesse, com a defesa da interpretação como a concretização da norma jurídica, sendo o intérprete um mediador entre o enunciado e a norma resultado; o método jurídico normativo-estruturante, de Friedrich Muller, que, segundo Pinto Ferreira consiste em⁴³:

Investigar as diversas modalidades de realização dos textos constitucionais na legislação, administração e jurisdição. Pretende em segundo lugar captar a transformação de normas em decisões práticas. Além disso, a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto, com o sentido da normatividade e os processos de concretização, com funções jurídico-práticas. Ademais, a interpretação deve partir da não-identidade entre norma e texto normativo, pois o texto de um preceito jurídico é somente a parte descoberta do *iceberg normativo* (*Normprogram*)

Por último, tem-se o método científico-espiritual ou valorativo, preconizado por Rudolf Smend na sua obra *Verfassung und Verfassungsrecht*, durante a década de 50 do século XX, na Alemanha. A base da espiritualidade constitucional de Smend, também denominada de método integrativo, parte de alguns pressupostos dignos de comentário em apartado.

⁴² Os tradicionais entendem a interpretação da Constituição como uma mera interpretação legal. Logo, as técnicas clássicas aplicáveis às leis seriam suficientes à interpretação constitucional

⁴³ Pinto Ferreira. p 66.

O primeiro deles, de origem sistêmica, tem na Constituição “um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade”⁴⁴. Todos os fatores integrativos contribuem para o a representação do *todo* constitucional, isto é, a compreensão do sentido global da Constituição.

Posteriormente, segundo Bonavides (2009), o poder do método integrativo reside na necessidade do intérprete dever observar à realidade que se manifesta diariamente e de forma latente na sociedade. Isto implica numa obrigatoriedade em analisar qualquer instituto em harmonia com o espírito da Constituição.

Em terceiro lugar, a integração constitucional arremete à compreensão dos valores subjacentes a *Lex Fundamentalis* e é de importância singular compreendê-los, já que qualquer interpretação que tenha a Constituição como parâmetro de constitucionalidade precisa estar sintonizada com o espírito daquela.

As normas, no método de Smend, têm natureza mais elástica e possibilitam ao intérprete extrair dos enunciados ou até mesmo do conjunto dos valores implícitos e explícitos da Constituição com uma abertura dos conceitos nela presentes e conseqüente atualização e adequação da interpretação ao momento que se vive. Em última instância, o formalismo se vê superado e as técnicas de atribuição de sentido retomam sempre a Constituição como sistema valorativo a ser preservado.

Portanto, um método científico-espiritual resulta numa interpretação sistemática, que, nos termos de Juarez Freitas, “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro”, visto que “qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e valores constituintes da totalidade do sistema jurídico”⁴⁵. O doutrinador em comento chega até ao limite de afirmar que interpretação jurídica só seria válida se fosse sistemática, pelo que a hermenêutica sistematizante tem a capacidade de transformar realidades e promover os valores da Constituição quando da consideração conjunto dos princípios, normas ou precedentes jurídicos⁴⁶.

Mas qual a grande conquista e riqueza da metodologia científico-integradora-sistemática para a Hermenêutica Constitucional? Ela retoma as forças valorativas inseridas na Constituição pelo Poder Constituinte (Originário ou Derivado), respondendo coletivamente aos destinatários das normas – que em última *ratio* foram seus legitimadores – no sentido de afirmação dos bens morais definidos como relevantes para o povo. A promoção axiológica movimenta a essência da Constituição. Afinal, de que serviriam as regras,

⁴⁴ Bonavides. p. 478

⁴⁵ Juarez Távora *apud* Alexandre Pasqualini. *Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. p. 89

⁴⁶ *Ibidem*. p. 90-101

princípios e atos normativos se eles não se destinassem a concretizar e afirmar o que lhes impulsiona?

Neste ponto e com os já suficientes requisitos conceituais, renascem os questionamentos: quais os valores constitucionais que tangenciam a solução dos conflitos? Já que se é apologeta de uma constitucionalização dos litígios e sua respectiva interpretação, qual o espírito da Constituição acerca disto?

As respostas para estas indagações devem ser dadas sob um critério lógico.

Ora, se se estar a tratar de conflitos, por óbvio há uma questão de justiça e este é um dos valores fundamentais da Constituição de 1988, permeados por todo o texto constitucional. Não se divagará aqui acerca das variadas concepções de justiça existentes na Filosofia do Direito, até porque tarefa fácil esta não é por ser uma definição fluida e variável. Talvez mais fácil fosse identificar o que seria uma injustiça, decorrência de um fato/ato que ataca o senso de existência tranqüila e moralmente correta existente ao menos no turvo conceito de *homem médio* ou, quiçá, defini-la nos termos *kelsenianos* e não menos abertos como a felicidade social⁴⁷.

De bom alvitre, todavia, destacar, assim como John Rawls o fez, que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade o é para o pensamento⁴⁸. É nela que se assenta o Direito e força motriz das esperanças das sociedades no tocante ao alcance de um outro valor: a igualdade.

Inegável a constatação de que a justiça equivale a um dos eixos centrais do ordenamento jurídico nacional, tendo sido prevista, por exemplo, no preâmbulo da Constituição, ao prevê-la como um valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Mais adiante, no artigo 3º, III, vê-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil uma sociedade *justa* (grifo nosso). Ademais, o termo justiça e seus derivados são recorrentes, de forma implícita ou explícita na Lei Maior Brasileira.

Em especial, o *acesso à justiça* é assegurado no art. 5º, inciso XXXV, como forma de institucionalizar os conflitos – transmutando-os à condição de lide - e tê-los compostos por uma autoridade estatal, bem como a previsão de uma série de órgãos jurisdicionais com a competência para apreciar os casos concretos. Verifica-se, a respeito deste aspecto, um déficit, no Brasil, de justiça substantiva. Se a justiça é valor e, assim sendo, de acordo com a definição já proposta, deve haver reconhecimento público e sentimento de admiração social quando manifestado, tal testificação tem sido escassa em solo nacional,

⁴⁷ KELSEN, Hans. *O Que é Justiça?* [tradução Luís Carlos Borges e Vera Barkow]. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 5.

⁴⁸ RAWLS, John. *A theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p.3.

pelo menos a, por assim dizer, justiça judiciária⁴⁹. O valor da justiça em relação à solução dos conflitos há tempos é ignorado pelos distribuidores de “justiça”, seja pela deficiência na prestação jurisdicional ou pelo trauma causado por uma decisão imposta, por vezes decorrente de uma produção probatória raquítica, o que acaba por se tornar uma injustiça institucionalizada.

Logo, aparenta razoável concluir, *a priori*, que o valor *justiça* aplicado aos conflitos pode ser concretizado mediante sua solução em tempo razoável e célere, em obediência, inclusive, à garantia constitucional verbalizada no art. 5º, LXXVIII⁵⁰.

A segunda ponderação a se fazer diz respeito ao espírito da Constituição relativo ao grau de trauma gerado das decisões terminativas dos litígios. O acesso à justiça e, por consequência, à jurisdição tem como efeito resultante uma decisão imposta pelo Estado que, *via de regra*, agrada uma das partes da relação processual, mas que deixará a outra insatisfeita. Natural a irrisignação da parte vencida numa relação processual e o arcabouço normativo prevê um sistema recursal aplicável aos casos, mas o ponto central do trauma aqui tratado revela-se no sentido de que, ainda que no exercício da jurisdição a Constituição preconize um princípio e um valor para a solução dos conflitos e que devem ser considerados na condução do caso concreto: a solução pacífica das controvérsias e a paz social. Para fins sistemáticos, estas serão abordadas sob o aspecto da jurisdição estatal e de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

O art. 4º, inciso VII, aponta a solução pacífica dos conflitos como um dos princípios regentes da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Uma interpretação estritamente positivista defenderia que tal princípio seria específico das relações internacionais em que o Brasil tivesse parte, mas, sob o método científico-espíritual integrativo, deve-se levar em conta os valores intrínsecos da Constituição. Nessa esteira e já apontado aqui, o próprio preâmbulo constitucional de 1988 prevê que a República Federativa do Brasil é comprometida, na ordem **interna e externa**, com a solução pacífica das controvérsias (destaque nosso)⁵¹. Se o corpo textual da Constituição prevê um princípio de solução pacífica para os litígios na

⁴⁹ No ano de 2009, a Fundação Getúlio Vargas, em parceria com o Instituto Brasileiro de Economia ouviu 1.636 pessoas de diferentes classes sociais em sete capitais (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Recife, Brasília e Porto Alegre) e constatou que, por amostragem, metade dos brasileiros tem percepção negativa do Poder Judiciário. Notícia disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/2009/09/01/ult5773u2306.htm>>. Acesso em 02 de dezembro de 2010.

⁵⁰ 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: 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

⁵¹ Ainda que o preâmbulo não seja necessariamente norma constitucional e, portanto, não integrar o bloco de constitucionalidade segundo a melhor doutrina, ele funciona como elemento integrativo e interpretativo, sinalizando o conjunto de valores básicos que informam o Poder Constituinte Originário e são diretrizes para o presente e futuro do Estado Brasileiro. Há precedente do Pretório Excelso nesse sentido. Cf. ADI nº 2.076/AC – Rel. Min. Carlos Veloso. Decisão em 15 de agosto de 2002. Publicação no Diário da Justiça em 08 de agosto de 2003. Cf. também BASTOS, Celso; GANDRA, Ives. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1. p. 409-410.

ordem internacional, mas há um valor (paz social) insculpido no preâmbulo e conforme já esclarecido que o princípio abriga normativamente um valor, não resta outra interpretação senão a de se posicionar no sentido de que a pacificação dos conflitos deve ser observada na ordem interna e externa.

Ademais, não há palavras desnecessárias na Constituição, de maneira que existe uma linguagem constitucional clara para o tema- que aponta para a busca da superação da litigância em favor de um ideal de pacificação – e, se utilizada adequadamente no plano pragmático, tem a capacidade de inspirar uma nova ótica de tratar a matéria. Portanto, considerados estes fatores e aliados ao método sistêmico de valores, o qual aponta para a formação de um espírito que tende a manter a unidade constitucional, é dedutível que toda a atividade jurisdicional resguardada as devidas proporções, possibilidades e casos concretos, na medida em que integra as formas de solução dos conflitos deve prezar pela sua pacificação.

Mas como pacificar dentro de um contexto essencialmente litigioso? Tentar-se-á apontar diretrizes e não soluções específicas, pois tal esforço demandaria uma articulação própria. Visualiza-se, no âmbito jurisdicional, a tomada das fases de conciliação nos processos judiciais civis e trabalhistas não somente como parte de um conjunto de procedimentos, todavia como uma maneira de concretizar um valor constitucional. Isto implica em qualificação dos membros do Judiciário e seus servidores e capacitação substancial no intuito de formar o que Pablo Lucas Verdú denomina de *sentimento de constitucionalidade* notadamente quanto à pacificação das controvérsias⁵². Também representa uma compatibilização do princípio da proporcionalidade quanto às determinações judiciais, em especial para a adequação e necessidade das medidas tomadas e, por fim, a formação de uma parceria institucional entre a Ordem dos Advogados do Brasil, o Poder Judiciário, Ministério Público, sindicatos, associações, organizações não-governamentais, igrejas, dentre outros setores da sociedade civil organizada, para fins de incentivo de atuações extrajudiciais sólidas e fundamentadas numa consciência das instituições de um valor constitucional da paz.

Por outro lado, na seara extrajudicial, em razão do princípio da solução pacífica dos conflitos, que, no cenário neoconstitucional, tem natureza normativa e vinculante para o legislador, Administradores do Estado e particulares, sugere-se uma ampla política pública de pacificação, sobretudo de fortalecimento dos mecanismos não-jurisdicionais de solução de litígios (arbitragem, mediação, comissões de conciliação porventura criadas fora do seio estatal). As obrigações prestacionais e programáticas estatais não podem nem devem ser extraída meramente de enunciados normativos, inclusive por

⁵² VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª Edição, 2004.

terem por objeto a materialização de direitos e garantias fundamentais e, assim sendo, a CF/88, nos termos do art. 5º, § 2º da CF/88, dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos **princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (grifo nosso).

No Brasil, por se ter uma cultura de litigiosidade exacerbada, há uma descrença, mas, além disso, desconhecimento destes mecanismos. O investimento numa política educacional, propagandística, encampada pelas três esferas de governo e Poderes da União, sem o prejuízo da participação dos atores sociais acima ditos, configuraria, sem dúvidas, um avanço sem precedentes na história brasileira e proporcionaria efeitos que transcenderiam as relações de divergências de interesses, *ad exemplum*, a redução dos gastos públicos com o aparato jurisdicional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo o exposto, só cabe reafirmar a existência de valores carentes de concretização na Constituição Federal de 1988, em especial a paz social, que nada mais é do que a coletivização de sua existência nas relações intersubjetivas. A Pós-modernidade aponta uma crise de valores e no campo jurídico um déficit de constitucionalidade. Há princípios e valores que ainda estão por se tornar realidades perceptíveis e significantes no cotidiano de cada um dos brasileiros e a constitucionalização – em crescente ascensão – do direito das relações privadas é irrigada por uma leitura de todos os ramos e atos da vida jurídica por intermédio da filtragem constitucional.

Inegável que controvérsias sempre existirão, pois é fenômeno corriqueiro na história da humanidade. Impende ressaltar também que a violação de direitos deve sim ser reparada. A defesa de uma interpretação constitucional dos litígios não representa uma anulação de direitos subjetivos ou até mesmo da jurisdição. É dizer que, mesmo havendo o conflito, a Constituição dispensa um princípio e um valor a serem respeitados na resolução daqueles. Discordamos, portanto, parcialmente do pensamento de Rudolf Von Ihering ao afirmar que “o fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. [...] A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos”⁵³. No atual contexto, considerar a luta (leia-se em tempos hodiernos *jurisdição*) e seus instrumentos impositivos como a única ferramenta de se alcançar a paz é ignorar os valores e princípios da Constituição e relegar uma cultura constitucional da paz, por ela prevista, a um segundo plano.

⁵³ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.27

6. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. In: A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 212-216.
- BASTOS, Celso; GANDRA, Ives. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v1.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição – Garantia Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2004.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009 – Indicadores do Poder Judiciário – Panorama do Poder Judiciário Brasileiro**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/jn2009/re_l_sintetico_jn2009.pdf>. Acesso em 01 de dezembro de 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2010.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. V.1. 10.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Interpretação constitucional e argumentação jurídica**. In: O novo constitucionalismo na Era Pós-Positivista – Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 227-241
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KELSEN, Hans. **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Trad. Roberto J. Brie. 2ª Ed. Madrid: Editorial Technos; 2002.
- _____. **O Que é Justiça?**. Tradução de Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LIMA, Cláudio Vianna. **A arbitragem no tempo: o tempo na arbitragem**. In: A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid/Espanha: Tecnos, 2003.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral – interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e o Poder Judiciário: sobre a**

epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
RAWLS, John. **A theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
SAMPAIO, José Adércio Leite. **Mito e História da Constituição: Prenúncios sobre a Constitucionalização do Direito**. In: A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.177-201.
SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Poder Constituinte (a natureza e titularidade do Poder Constituinte Originário)**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica jurídica nos vinte anos da Constituição**. In: O novo constitucionalismo na Era Pós-Positivista – Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. p.59-83.
_____. **Hermenêutica Constitucional e(m) crise**. 7.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005
Universe Online. **Metade dos brasileiros avalia mal a Justiça, diz pesquisa da FGV**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/2009/09/01/ult5773u2306.jhtm>>. Acesso em 01 de dezembro de 2010.
VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª Edição, 2004.

**ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012**

O DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO: DE 1934 ATÉ 1988

**Waldeny Pereira Filho¹
Filizolina Elba Araujo Moura Raulino²**

RESUMO: Este trabalho busca fazer uma abordagem histórica do Direito Constitucional do Trabalho, tendo como marco inicial a Constituição de 1934, referência no Constitucionalismo brasileiro, com a instituição de direitos sociais para os trabalhadores. Para tanto, descrever-se-ão os principais momentos políticos, enfatizando a influência dos movimentos sociais, que culminaram com a Revolução Constitucionalista de 1932, motivada pela necessidade de reforma social e a plena restauração do regime democrático. Na mesma esteira, apresenta-se a ação política “Diretas Já”, ativismo político de clamor nacional, que possibilitou a redemocratização do País, permitiu a abertura política, concedendo a anistia aos opositores do antigo regime, além de convocar, extraordinariamente, a Assembléia Nacional Constituinte. O estudo ora apresentado consiste na análise comparativa das constituições, tecendo correspondência das matérias relevantes relativas ao Direito do Trabalho, tendo como fundamentos os textos constitucionais, publicação literária, jurídica, sociológica e documentos históricos. Sobre o assunto, constatou-se que a legislação trabalhista já existia de forma parca no âmbito infraconstitucional, sendo, porém, positivada na Constituição de 1934, o que possibilitou mudanças consideráveis em benefício da classe operária, criando-se um constitucionalismo social, paradigma corporificado nas constituições posteriores. A constituição atual superou as demais, revelando um texto moderno, importante para o constitucionalismo brasileiro e até mundial.

PALAVRAS-CHAVE: Revolução Constitucionalista de 1932. Direito do Trabalho. Salário Mínimo. Poder Constituinte.

ABSTRACT: This project aims to make a historic approach about the Constitutional Labor Law, which starts in the Constitution of 1934, reference to the Brazilian Constitutionalism by the inclusion of social rights for the workers. For reaching this, it will describe the main political moments, emphasizing the influences of social movements that culminated in the Constitutional Revolution, in 1932, which was motivated by the social changing need and the complete restoration of the democratic regime. In the same way, it's going to present the political action called “Diretas Já”, politic activism of national clamor that made possible the Brazilian (re)democratization process and the political opening. “Diretas já” also gave amnesty to the oppositors of the

¹ Waldeny Pereira Filho, Acadêmico do 7º Período, do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. (thalan@ig.com.br).

² Filizolina Elba Araujo Moura Raulino, Acadêmica do 7º Período, do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. (elbarau@gmail.com).

ancient regime, and, besides all mentioned, it called up – extraordinarily – the National Constituent Assembly. This study consists on a comparative analysis of the Constitutions, building a correspondence between the relevant issues of Labor Law, and justifying them throughout constitutional quotes, literary, sociologic and legal publications, and historic documents. On this matter, it was seen that the labor legislations already existed, but in a meager way inside the infra-constitutional environment. However, in the Constitution of 1934, social rights for workers were inserted, and this inserting enabled considerable changes in benefit to the working class, creating a social constitutionalism – a paradigm embodied in the Constitutions to come. The current Constitution overcame the others; it is a modern text, very important to the Brazilian – and global – constitutionalism.

Keywords: Constitutional Revolution, in 1932. Labor Law. Living wage. Constituent Power.

1. INTRODUÇÃO

O estudo ora apresentado constitui-se no levantamento aprofundado das normas do Direito do Trabalho, introduzidas nos momentos de elaboração das constituições republicanas, as quais exprimem uma evolução legislativa correspondente ao período aproximado de cinquenta e quatro anos de constitucionalismo brasileiro. Cronologicamente, é muito personificado o poder de sedução do legislador constituinte originário pelo fenômeno da mobilização social, aportes manifestados nas ações continuadas e coletivas das pessoas, motivadas por interesses comuns, isto é, pelo desejo de estabelecer o regime democrático e inserir direitos trabalhistas nos textos constitucionais.

O objeto de análise é a eficácia social das normas constitucionais, dentro do contexto histórico das leis trabalhistas, indicando aquelas que trouxeram, pelo menos, em tese, benefícios para a classe operária, referentes à estabilidade do empregado, salário mínimo, distribuição de renda, organização sindical, idade mínima permitida para o exercício da profissão e implantação dos órgãos da justiça do trabalho. Além disso, descrever, em cada novo texto constitucional, os resultados práticos almejados, os quais possibilitaram, na teoria, uma distribuição equitativa de renda, com melhoria das condições laboratoriais, considerando, para tanto, as mudanças na qualidade de vida e social para o trabalhador, na cidade e nos campos.

A pesquisa submete-se ao método analógico comparativo, o qual nos autoriza apontar as semelhanças e divergências entre uma norma da Constituição anterior, com a nova ordem jurídica constitucional, fazendo

uma correspondência das matérias relevantes para o Direito do Trabalho, de maneira que possamos mensurar, numa escala de equivalência em abstrato, não somente a sua aplicabilidade prática. Em outras palavras, se essas normas produziram efeitos concretos, pelo menos, no plano das idéias, valores e opiniões, como também se trouxeram benefícios para os trabalhadores.

A incorporação das normas trabalhistas no contexto constitucional representa relevância legislativa sobre a matéria, considerando, nesse raciocínio analógico, todos os aspectos desse ramo do direito. Dessa forma, a nossa apreciação parte do pressuposto de que o trabalho persistente do constituinte originário, cujas características se revelaram revolucionárias, acolheu, em tese, aos anseios da sociedade civil, estimulados pelo ativismo político e social, pautados nos movimentos populares de expressão nacional, que propulsaram, de maneira gradual e progressiva, a constitucionalização desses direitos sociais. Principalmente, em momento de comoção nacional, diante de grave e iminente instabilidade institucional, pois, estabeleceu uma nova ordem jurídica constitucional.

É bem verdade que o constituinte originário é partidário de renovações políticas, morais ou sociais, muito embora predomine as características de ilimitado, incondicionado e desfrute de autonomia legislativa. Mesmo assim, nada impede, todavia, que esse legislador primário institua normas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Ou seja, normas cujos efeitos estão condicionados a legislação infraconstitucional, visto que em todas as constituições, há um distanciamento dos direitos inseridos no Estatuto Político com a realidade social. Circunstanciais que indicam a existência de normas constitucionais de eficácia limitada³, as quais necessitam de leis complementares para a regulamentação dos seus dispositivos e, conseqüentemente, produzir efeitos concretos, o que nem sempre é possível, em decorrência da inércia do poder público em regulamentar tais normas.

2. REVOLUÇÃO CONSTITUCIONALISTA

A Revolução Constitucionalista foi o episódio insurgente mais importante para a história do constitucionalismo brasileiro. O movimento exigia uma Constituição democrática, contrapondo-se aos ideais do presidente Vargas. Embora, oficialmente, existam divergências numéricas quanto ao contingente e arsenal empregados, a insurreição apresenta dados desproporcionais e exorbitantes, entretanto, historiadores afirmam que a revolta armada

³ Tradicional a classificação das normas constitucionais, dada por José Afonso da Silva em relação a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, cominda e limitada. (...) normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam "aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade". SILVA, José Afonso, (1982) apud MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo. Atlas, 2008. p.12.

arregimentou pessoas oriundas de diversos seguimentos da sociedade civil, de forma que alguns doutrinadores chegaram a classificá-la como guerra civil. Para o constitucionalista Ramon Tácio de Oliveira⁴, “foi preciso até um movimento armado em São Paulo, chamado Revolução Constitucionalista de 1932, para que se convocasse a Assembléia Constituinte em 1933.”. De forma minuciosa, Velloso⁵ complementa esse raciocínio.

No dia 9 de julho, o estado de São Paulo comemora o aniversário do Movimento Constitucionalista de 1932. A data representa um marco importante na história do estado e do Brasil. O movimento exigiu que o país tivesse uma Constituição e fosse mais democrático. [...] o Brasil assistiu ao início de seu maior conflito armado, e também a maior mobilização popular de sua história. Homens e mulheres - estudantes, políticos, industriais-participaram da revolta contra Getúlio e o governo provisório de São Paulo. [...] Cerca de 135 mil homens aderiram à luta, que durou três meses e deixou quase 900 soldados mortos no lado paulista [...] Seu principal resultado foi a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, dois anos mais tarde [...].

Essas transformações sociais consubstanciaram-se nas conseqüentes manifestações contrárias ao fascismo, impulsionadas pela insatisfação pública e coletiva dos grupos politicamente organizados, não somente carente de reformas política, social e trabalhista, como também investidos dos deveres cívicos, cujos simpatizantes, em nome da democracia, afrontavam o governo reacionário, que, apesar de resistir aos anseios da população, permitiu a convocação da Assembléia Nacional Constituinte. No entanto, as proposições discutidas no parlamento, não contemplavam as diversidades dos interesses da sociedade. Segundo Raul Horta Machado⁶, “Conflitos ideológicos, rivalidade regionais, as resistências a sucessão presidencial, o temor do assalto ao poder [...] acabaram conduzindo por maquiavélica manipulação, à destruição da Constituição de 1934.”.

Nesse aspecto, não se pode questionar a diversidade ideológica do Poder Constituinte originário, em razão da quantidade de matérias apresentadas, deliberadas e aprovadas. De sorte que foram reveladores os direitos constitucionalizados pela primeira vez no Brasil, graças à extraordinária competência dos parlamentares constituintes, autênticos representantes da manifestação da vontade soberana da sociedade, os quais compartilharam seus trabalhos com uma mulher principiante, tornando-se parte integrante no processo parlamentar, momento histórico para o constitucionalismo brasileiro. “Desde que o Código Eleitoral foi aprovado, em 1932 e as mulheres puderam ir as urnas e também se candidatar - a exemplo da médica paulista Carlota Pereira de Queirós, única mulher deputada eleita para a Assembléia Nacional

Constituinte, em 1934⁷. Complementa essa informação o Professor Paulo Bonavides, em co-autoria com Paes de Andrade⁸.

Os constituintes eram em número de 214, entre os quais uma inovação e peculiaridade: 40 deputados “classistas”; 18 representantes dos empregados, 17 dos empregadores, três dos profissionais liberais e dois dos funcionários públicos. As correntes de pensamento mais diversas estavam aí representadas [...].

3. CONSTITUCIONALISMO PÁTRIO (1934-1988)

Vale a pena anotar que os direitos enunciados na obra do Poder Constituinte originário de 1934, foram uma exaltação ao sentimento nacionalista, uma verdadeira demonstração do Estado Social, uma vez que a nova propositura legal, pela primeira vez, assentou regras aplicáveis ao Direito do Trabalho, pois instituiu um salário que garantia a subsistência do trabalhador; vedou a diferença salarial para o mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; impediu o trabalho para os menores de 14 anos; concedeu o repouso semanal, estabeleceu férias anuais remuneradas, convencionou indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa e, por último, institucionalizou a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante. “Todas as Constituições brasileiras, desde a de 1934, passaram a ter normas de direito do trabalho.”, esclarece Amauri Mascaro Nascimento⁹,

Além disso, o texto constitucional estabelecia a criação da Justiça do Trabalho¹⁰, à qual, entretanto, não chegou a ser criada por lei. Mais à frente, também privilegiou a organização sindical e as associações profissionais¹¹, sendo a única Constituição da República a admitir um sistema de pluralidade sindical. Para isso, exigia-se a elaboração de uma lei regulamentadora, todavia, essa não foi apreciada pelo parlamento, em vista disso, alguns juristas afirmam que houve a tentativa de implantar uma representação corporativa, influência do regime fascista que crescia na Europa. De acordo com a exposição de Paulo Bonavides¹², “nosso país conheceu em seu Congresso uma representação profissional — a bancada classista, recrutada nas organizações trabalhistas e patronais, fora do critério político tradicional de seleção pelo sufrágio popular.”.

Nas palavras do professor Celso Ribeiro Bastos¹³

⁷ Nota histórica publicada na página inicial do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, tendo como título, Direito ao voto feminino comemora 75 anos. De Ana Amélia Queirós a Ellen Gracie, exposição revela trajetória da conquista feminina ao voto. 2007. p. [n.p.].

⁸ ANDRADE, Paes de, BONAVIDES, Paulo. História constitucional do Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: OAB, 2002. p. 325.

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 34. ed. São Paulo: LTR, 2009. p.50.

¹⁰ Art. 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

¹¹ Art. 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

¹² BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 284.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.62-63.

⁴ OLIVEIRA, Ramon Tácio de. Manual de Direito Constitucional. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 32.

⁵ VELLOSO, Renato Ribeiro. Revolução constitucionalista de 1932. 131 ed. Uberaba/MG, Boletim Jurídico 1985. p. [n.p.].

⁶ HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. ed. 5. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 59.

O trabalho desenvolvido pelos Constituintes, em função do alto nível de seus membros, dos acirrados debates travados e perpetuados nos Anais da Constituição de 1934, acabou por traduzir-se em fonte de grande significação jurídica, de alto valor científico. A Constituição foi promulgada após a aprovação final da redação, em 16 de julho de 1934.

Entre outros aspectos relevantes para o Direito do Trabalho, é incontestável que um dos traços marcantes da Constituição de 1934, foi a constitucionalização de direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, rotulados pela doutrina como direitos sociais¹⁴ (art. 113 e seguintes), incrementados no campo político, econômico e social, destinados a prover o assistencialismo em benefício dos mais necessitados economicamente. Nessa acepção, argumenta Celso Ribeiro Bastos¹⁵, seu traço dominante “foi seu caráter democrático, com certo colorido social, trazido no esforço, que acabou se mostrando infrutífero, de conciliar a democracia liberal com o socialismo.”.

Sobre a constituição de 1934, disserta Alice Monteiro de Barros¹⁶:

[...] foi a primeira a tratar da ordem econômica e social, dispondo, no art. 120, que os sindicatos e associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei. Em seguida, no art. 121, estabelece que a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.

De característica corporativista, a Carta Magna de 1937 criou condições propícias para intervenção do Estado nas instituições privadas, implicações da outorga constitucional do poder absoluto e arbitrário do governante, cujo núcleo estratégico do Estado encontra respaldo legal nas Forças Armadas, instituições hierarquizadas e disciplinadas, que serviram de sustentáculo dos poderes constituídos. A lei estabeleceu a unidade sindical, todavia, manteve o vínculo da entidade com o Estado, de forma que as funções dos dirigentes eram por delegação do Poder Público, com possibilidade de intervenção estatal em suas atribuições. Afirma Nascimento¹⁷ que “o Estado criou as corporações com o propósito de impedir o exercício do direito de greve, no pressuposto de que conseguiria resolver o problema social e redistribuir melhor a riqueza, objetivo que se mostrou inatingido.”.

¹⁴ Conforme dispõe Alexandre Moraes, Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um estado social de direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do estado democrático, pelo art. 1º, IV, da constituição federal. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo. Atlas, 2008. p. 193.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro (1989), apud MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; p.190.

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso do Direito o Trabalho, 6. ed. São Paulo: LTr. 2010. p.70.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p.55.

A respeito do tema, suscitou-se polêmica, conforme informa José Afonso da Silva¹⁸:

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

Por esse motivo, a greve e o lock-out¹⁹ foram considerados condutas anti-sociais, ou seja, nocivos ao trabalho e ao mesmo tempo ao capital, por revelarem-se, de acordo com a conveniência do governo, incompatíveis com os interesses da produção nacional²⁰. Dessa forma, percebe-se que essa limitação da manifestação coletiva dos trabalhadores, impede o exercício dos legítimos e eficazes mecanismos de reivindicação de direitos da classe operária. Para o jurista Sergio Pinto Martins²¹. “Foi criado o imposto sindical, como uma forma de submissão das entidades de classe ao Estado, pois este participava do produto de sua arrecadação.”. De acordo com Arnaldo Süssekind²², a Constituição de 1937,

No campo do direito coletivo do trabalho, depois de enunciar que “a associação profissional ou sindical é livre”, deu ao sindicato reconhecido pelo Estado: a) o privilégio de representar a todos os que integram a correspondente categoria e de defender-lhes os direitos; b) a prerrogativa de estipular contratos coletivos de trabalho; c) o poder de impor contribuições e exercer funções delegadas do poder público (art. 138).

A Magna Carta de 1946 surge em meio à desorganização generalizada, após o término da Segunda Guerra Mundial. Nessa época, a república passava por momentos de incertezas políticas, proliferada pela incidência da crise institucional, que culminou com a derrocada da Era Vargas. Logo, a sociedade, de forma arregimentada, promove ação política em favor da redemocratização do Brasil. De modo que foi promulgada um novo Estatuto Político, cujos direitos dos trabalhadores, preexistentes no Estado Novo, foram incorporados ao novo texto constitucional, com alguns acréscimos. Segundo Nascimento²³, o constituinte de 1946 “flexibilizou o direito do trabalho, dando-lhe caráter menos rígido, embora mantendo vínculos fortes entre o Estado e a organização sindical; foi sob a sua vigência que a Justiça do Trabalho, até então administrativa, foi incluída como órgão do Poder Judiciário.”. Nas precisas palavras de Martins²⁴,

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.83.

¹⁹ Ação do empregador no sentido de impedir o acesso dos trabalhadores ao local de trabalho, com o fim de forçá-los a aceitar determinadas condições. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Século XXI, versão digital. 2005.

²⁰ Art. 139. A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10.

²² SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.35.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 1997. p.203-204.

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.11.

A Constituição de 1946 é considerada uma norma democrática, rompendo com o corporativismo da Constituição anterior. Nela encontramos a participação dos trabalhadores nos lucros (art. 157, IV), repouso semanal remunerado (art. 157, VI), estabilidade (art. 157, XII), direito de greve (art. 158) e outros direitos que estavam na norma constitucional anterior.

Projetada num sistema de governo discricionário, a Constituição do Brasil de 1967 foi promulgada durante a crise institucional de ordem política, social e econômica que se propagava desde meados do ano de 1964. Nesse período ditatorial, o governo criou o Comando Militar Revolucionário, cujas atividades eram voltadas ao exercício do poder de polícia, para manter a Ordem Pública e a Segurança Nacional. Apesar de muitas indecisões, os direitos trabalhistas da Constituição anterior foram mantidos, outros foram consolidados. É o caso, por exemplo, dos atributos essenciais para a composição do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais, órgãos extremamente relevante para a Justiça do Trabalho. Sobre o assunto, salienta Martins²⁵, “A Constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas estabelecidos nas Constituições anteriores, no art. 158, tendo praticamente a mesma redação do art. 157 da Constituição de 1946, com algumas modificações.”.

Complementa a informação o professor Sússekind²⁶, o Estatuto Político inovou:

E foi além: a) definiu a composição do Tribunal Superior do Trabalho e a dos Tribunais Regionais, com juizes togados vitalícios e juizes classistas temporários, entre aqueles garantida, nas proporções indicadas, a participação de magistrados de carreira, advogados e membros do Ministério Público do Trabalho (I e S do art. 141); b) limitou o recurso para o Supremo Tribunal Federal aos casos em que a decisão da Justiça do Trabalho contrariar a Constituição (art. 143).

Denominado EC nº 1 à Constituição de 1967, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1969 apresenta características autoritária, em razão disso, é considerado pela doutrina constitucionalista majoritária, como um mecanismo de outorga do governo, porque rompeu com a ordem jurídica constitucional, impondo sua autoridade pela força. Divergências doutrinárias a parte, ante o inequívoco caráter reacionarista do governante, o importante é que as normas inseridas na Constituição anterior foram mantidas e até ampliadas, uma vez que se constitucionalizou a estabilidade do trabalhador, impondo nesse caso, uma indenização na hipótese de demissão ou o pagamento do fundo de garantia equivalente, de acordo com o texto legal²⁷.

²⁵ Id., *Ibid*.

²⁶ SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.37-38.

²⁷ Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente;

De maneira simplificada, o Professor Afonso Arinos de Melo Franco²⁸, citado por Gilmar Ferreira Mendes, descreve com precisão as características da Constituição de 1969,

[...], foi uma Constituição de tipo instrumental, destinada tão-somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato; há, dentro dela, um núcleo, por assim dizer, tradicional, que reconhece a realidades históricas e políticas da formação nacional, e, por isso mesmo, é sua parte duradoura; afora isso, o seu texto é de escassa, ou mesmo, nenhuma importância.

A doutrina constitucionalista majoritária faz apreciação desfavorável sobre esse texto constitucional, tanto pelas circunstâncias do momento delicado que passava o Estado brasileiro, quanto pela falta de sensibilidade do governante, quando impunha suas vontades literalmente, pois contava com a aprovação das Forças Armadas. Apesar de haver críticas, os direitos e benefícios previdenciários para o trabalhador foram inseridos no texto constitucional, por exemplo, instituiu-se o Salário Família; também limitou o trabalho aos menores de doze anos, ou seja, reduziu o limite de idade, inserto nas duas constituições anteriores, o qual era de quatorze anos. Por fim, elevou ao status de norma constitucional o FGTS²⁹, tal qual era facultativo. Sobre a constituição de 1969, disserta Barros³⁰:

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, introduziram a cogestão e o regime do FGTS que, de início, conviveu com o da estabilidade e o da indenização, competindo ao empregado a “opção” por um deles. O salário-família foi assegurado aos dependentes do trabalhador. A idade mínima para o trabalho foi reduzida para 12 anos, ao contrário dos outros textos. A mesma Constituição (1967), no inciso XX, garante a aposentadoria da mulher aos 30 anos de trabalho, com vencimento integral.

Sob o slogan das “Diretas Já”, o Brasil conheceu um dos movimentos civis mais atuantes da década de oitenta, iniciando sob o clima de insegurança jurídica, a mobilização nacional em favor da redemocratização do país possibilitou a realização de eleições e convocação para a Assembleia Nacional Constituinte. Nessa esfera legislativa, o Congresso Nacional aprovou normas que permitiram a abertura política, com eleições gerais e, conseqüentemente, anistia aos opositores do antigo regime autocrata. Declara José Afonso da Silva³¹, “A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começou assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história

²⁸ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. (1986) Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.201.

²⁹ Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente.

³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso do Direito o Trabalho*, 6. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 77.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.88.

política do Brasil”. Com o advento da nova ordem constitucional, o clima de harmonia e esperança dos trabalhadores sensibilizou a atuação do Poder Constituinte originário, que respondeu a altura os anseios da sociedade civil organizada. A propósito, nas palavras de Luciano Martinez³², a Constituição de 1988,

No que diz respeito especialmente ao direito laboral, é de registrar que a Carta de 1988 reconheceu o valor social do trabalho como fundamento da República (art. 32, III), oferecendo, por essa razão, uma especial proteção aos direitos sociais (art. 62), notadamente a um conjunto de direitos mínimos conferidos a trabalhadores urbanos rurais (art. 72 1 a XXXIV) e domésticos (parágrafo único do art. 72).

4. CORRESPONDÊNCIA OBJETIVA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A evolução dos direitos referentes ao salário mínimo e distribuição de renda do trabalhador, inseridos nas constituições de 1934 até ano de 1988, apresenta, na teoria, constantes variações em relação ao tempo e ao espaço, ou seja, dependendo da região onde o trabalhador prestava seus serviços, ele receberia um salário com valor diferenciado. Segundo Martins³³, “o Salário mínimo era fixado por região, pois entendia-se que os valores das utilidades que o integravam variavam de forma diversa em cada região do país, envolvendo diversos aspectos do custo de vida, que não eram uniformes”. Para o autor³⁴, o salário mínimo foi criado em 1930, pelo Decreto nº 388, sendo fixado por comissões regionais paritárias, compostas por empregados e presididas por conselhos técnicos em assuntos socioeconômicos.

Na sistemática da remuneração, constata-se que nas constituições de 1934³⁵, e 1937³⁶, o salário mínimo atendia apenas as necessidades normais do trabalhador. Entretanto, de 1934 até 1969, (art. 165, inc. – I), ele continua sendo regionalizado, ou seja, as próprias constituições permitiam a disparidade salarial. A partir da Constituição de 1946³⁷ até 1969, (art. 165, inc. - I) o constituinte originário preocupou-se com as famílias dos trabalhadores, ao estabelecer que o salário mínimo atendesse as necessidades normais do trabalhador e de sua família. Em síntese, a nossa análise indica que o constituinte de 1988³⁸ foi mais diligente, porque instituiu um salário mínimo,

³² MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.p.49.

³³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.327.

³⁴ Id., *ibid.* op. cit.

³⁵ Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. (...)

b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador.

³⁶ Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...)

h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho.

³⁷ Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família.

³⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes

não mais regionalizado, como também, que esse, atendesse às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família, e vai além, enumerando essas necessidades de forma gradual. Sobre a isonomia salarial, disserta Arnaldo Sússekind³⁹:

O salário igual para trabalho igual foi garantido em termos amplos pela Constituição de 1934: proibição da diferença salarial “por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (art., 121, b). A de 1937 foi omissa a respeito. A de 1946 repetiu a norma de 1934. A de 1967 estendeu a não-discriminação, antes limitada a salários, aos critérios de admissão, mas só mencionou “motivo de sexo, cor e estado civil” (art. 165, III).

No que diz respeito ao desenvolvimento temático dos direitos referentes à idade mínima permitida para o exercício da profissão, catalogados nos textos constitucionais de 1934 até 1988, constata-se que de 1934 até o ano de 1967, o limite mínimo de idade para o ingresso no mercado de trabalho era de quatorze anos. Entretanto, na Constituição de 1946⁴⁰, o legislador admitiu exceções, ou seja, desde que sejam observados dois requisitos legais, quando estabelecidas em lei e quando admitidas pelo juiz competente.

Nesse sentido, o constituinte de 1969⁴¹ mostrou-se perverso com adolescência dos nossos jovens, ao permitir seu ingresso no mercado de trabalho aos maiores de doze anos, ou seja, a idade mínima para o trabalho foi reduzida de quatorze para doze anos, contrariando os textos constitucionais anteriores. Em compensação, os congressistas de 1988 perceberam essa insensatez, corrigindo-a, quando vedou a possibilidade de qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, além disso, a partir de quatorze anos de idade.

As normas constitucionais que disciplinam as organizações sindicais e as associações profissionais registram a fragilidade da democracia brasileira, em cada período do constitucionalismo. Isto porque, restringem as manifestações públicas e coletivas dos trabalhadores, em defesa dos seus direitos, sendo essa expressão pública e coletiva, analisadas pelo poder soberano do governante, como uma ameaça as instituições governamentais, ou para os mais criteriosos, ato de subversão. Por isso, na Constituição de 1934 os sindicatos e as associações profissionais eram reconhecidos em conformidade com a lei, (art.

periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

³⁹ SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.38.

⁴⁰ Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

(...)

IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente;

⁴¹ Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

(...)

X - proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de doze anos.

120), essa exigência constitucional permaneceu nas constituições seguintes até 1969, (art. 166). Adverte Alice Monteiro de Barros⁴²: “A Constituição de 1934 foi a única a instituir no País o sistema da pluralidade sindical, (art. 120, parágrafo único), o qual não chegou a ser regulamentado.”

No entanto, a partir de 1937⁴³ até 1988, as associações profissionais ou sindicais passaram a ser livres, não obstante, dentro de certos limites legais. Em contrapartida, a partir do texto constitucional de 1937, foram instituídos os contratos coletivos de trabalho, os quais passaram a ser obrigatórios para todos os associados. Depois disso, todas as constituições posteriores limitaram o exercício das funções das entidades que representam as classes dos trabalhadores, as quais passaram a ser por delegação do Poder Público, sendo mantido até o advento da Constituição de 1969.

De mesma forma, as convenções coletivas de trabalho surgiram com o texto da Constituição de 1946⁴⁴, de forma que permanecem até mesmo no texto da Constituição atual, (art. 8º, inc. VI). Essa foi, sem dúvida, no entendimento da doutrina especializada, a mais benevolente com as organizações sindicais e as associações profissionais, porque retirou do Estado àquela exigência legal para a autorização do funcionamento das entidades de classe, além de vedar a interferência do Poder Público na organização sindical⁴⁵, para o fortalecimento da democracia trabalhista.

Apesar de haver previsão constitucional desde 1934, a regulamentação e funcionamento dos Tribunais do Trabalho, órgãos incumbidos de resolver os litígios trabalhistas entre empregadores e empregados, carecia de lei infraconstitucional para produzir efetividade. Não obstante, a Justiça do Trabalho foi consolidada em todo o país em 1º de maio de 1941, introduzida através do Decreto-Lei nº 1.237/39, que criava sua organização. Porém, como órgão integrante da Administração Federal, embora sendo vinculado ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Para Alexandre de Moraes⁴⁶, “A Justiça trabalhista passou a ter os contornos hoje consagrados, a partir da Constituição Federal de 1946, que a colocou como Órgão do Poder Judiciário destinado a solução dos conflitos de interesses trabalhistas.”. Arnaldo Süssekind⁴⁷ esclarece esse momento histórico para o Direito do Trabalho.

⁴² BARROS, Alice Monteiro de. Curso do Direito do Trabalho, 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 72.

⁴³ Art. 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

⁴⁴ Art. 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.

⁴⁵ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

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

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo, Atlas, 2008. p. 579.

⁴⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.37.

A Constituição de 1934 previu a instituição da Justiça do Trabalho (art. 122), a qual, entretanto, não chegou a ser criada por lei. A Carta Magna de 37 repetiu o preceito (art. 139) e a 1º de maio de 1941 a Justiça do Trabalho era instalada em todo o país, como parte da Administração Federal, vinculada ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

A estabilidade para o trabalhador surgiu pela primeira vez no texto da Constituição de 1934, art. 121, alínea g, que atribuía uma indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, o que foi inserido em todas as constituições posteriores. A partir disso, na Carta de 1937, no seu art. 137, alínea f, preconiza que nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, quando o trabalhador não der causa e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço.

Da igual forma, o legislador constituinte de 1946, preceituou no art. 157, inc. XII, a estabilidade na empresa, ou no setor produtivo de exploração rural, impondo uma indenização ao trabalhador despedido, nas condições que a lei estatuir. Diferentemente do texto constitucional de 1967, que preconizou no art. 158, inc. XIII, a estabilidade no emprego, ao estabelecer uma indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente. A Constituição de 1969, art. 167, inc. XIII reproduziu o texto constitucional anterior.

Nessa concepção, ressalte-se, contudo, que a Constituição vigente, ao contrário das anteriores, inseriu a estabilidade na relação de emprego no art. 7º, inc. I, II e III, estabelecendo a segurança do trabalhador, contra a dispensa arbitrária, ou sem justa causa, fixando uma indenização compensatória, além do seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário e o fundo de garantia por tempo de serviço. Além disso, mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, atribuiu, através do inc. IV, do art.114, a competência para a Justiça do Trabalho, processar e julgar os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição. Com relação ao direito e segurança no emprego, esclarece Alexandre de Moraes⁴⁸:

Consagra a Constituição Federal o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos, impedindo-se, dessa forma, a dispensa injustificada, sem motivo socialmente relevante.

Muito embora seja objeto de controvérsia e estudo da doutrina trabalhista e também da jurisprudência dos tribunais, quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, principalmente, aquelas de eficácia limitada,

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo, Atlas, 2008. p.194.

cuja ausência de norma regulamentadora impede o efetivo exercício de um direito. Por exemplo, as normas que regulamentam o direito de greve no serviço público, art. 37, inciso VII⁴⁹, da Constituição Federal, as quais limitam a autonomia do operário de professar o seu direito fundamental de greve. Havendo, no caso específico, a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para garantir esse direito, enquanto não for editada a lei complementar.

De modo igual, há de se ressaltar, portanto, que inexistente Lei Complementar que estabeleça regras e condições para a aposentadoria especial do trabalhador no servidor público, aquele que trabalha em atividades de risco à saúde ou à integridade física, art. 34⁵⁰, § 4º, impedindo com isso, que esses labutadores possam aposentar-se. Não custa lembrar, por último, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para garantir esse direito.

É nesse contexto que se colocam os problemas decorrentes das relações deficitárias das normas constitucionais, isso porque, seus efeitos produzem somente expectativa normativa, comprometendo a capacidade de ampliação de direitos fundamentais dos trabalhadores. Entende parte da doutrina, que essas normas acabam virando “letra morta”, já que não há quem a possa colocá-la em prática, a menos que uma norma infraconstitucional regulamente seus dispositivos. Como visto, trata-se de matéria complexa a ser disciplinada pelo constituinte reformador, pois envolvem interesses do Estado e da sociedade. Segundo Renato Saraiva⁵¹, “o STF vinha entendendo que o art. 37, VII, da CF/1988 era uma norma de eficácia limitada, ou seja, para a Suprema Corte os servidores públicos somente poderiam exercer o direito de greve após edição de lei específica dispondo sobre a matéria”. Para o autor⁵², houve uma mutação constitucional na interpretação do art. 37, inc. VII pelo STF.

[...] o Plenário do STF, em 25 de outubro de 2007, por unanimidade (MI 670-708 e 712), declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional de editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, decidiu aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente ao setor privado, [...] em função dessa decisão o STF passou a entender que o art. 37, VII, da CF/1988, encerra uma norma de eficácia contida, podendo o servidor público exercer o direito de greve, aplicando-se, no que couber, a Lei 7.783/1989.

Com alusão as normas de eficácia limitada, a investigação aponta para

⁴⁹ VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

⁵⁰ § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

⁵¹ SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho Para Concursos Públicos. 10. ed. Método. São Paulo. 2009. p. 398.

⁵² Id., Ibid. op. cit.

um déficit legislativo imposto pelo constituinte originário, de modo que o moderno constituinte derivado recebeu a incumbência legislativa de encontrar novas formas de atender os anseios da sociedade, uma vez que existe uma desconexão, entre a realidade social e o texto constitucional. A intenção do constituinte originário é fazer com que o constituinte reformador acompanhe as idéias e valores sociais dos indivíduos ao seu tempo. Ou seja, o Direito é mutável, por via de consequência, a norma constitucional segue a evolução da sociedade.

Na realidade, é necessário examinar com precisão a competência legislativa para a iniciativa do projeto de lei, pois, esse divergir de opiniões, não somente desgasta a imagem do Poder Executivo, como também do Congresso Nacional, razão pela qual, ambos se mostram inertes, em consequência dessa omissão, ou morosidade, como prefere alguns autores. Logicamente, de acordo com a Lei Maior, é do Presidente da República a iniciativa de encaminhar ao Congresso Nacional, conforme preconiza o art. 61⁵³, os projetos de leis complementares, relacionadas ao regime jurídico do serviço público, bem com a aposentadoria desses servidores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que analisamos, asseveramos que o processo de mudança histórica que culminou com a promulgação da Constituição de 1934 e, conseqüentemente, a Carta Cidadã de 1988, foram frutos de muita pressão da sociedade, carente de reformas constitucionais. A experiência constitucional aqui investigada, pelo tempo correspondente aos fatos e pelas circunstâncias determinadas do momento, nos habilita a descrever uma evolução de direitos, os quais foram paulatinamente instituídos em cada um dos textos das constituições brasileiras. De forma que capacitamo-nos a identificar, objetivamente, não somente benefícios para o trabalhador, mas também os inequívocos reflexos dos Direitos do Trabalho, ocorridos no Brasil, em cada momento do constitucionalismo pátrio.

Conseqüentemente, pela grande diversidade dos assuntos tratados nas normas constitucionais, o estudo pormenorizado indica que as condições impostas ao trabalhador, em cada nova Constituição, representam um progresso para os padrões sociais desse momento histórico. Das primeiras conquistas de direitos, até o momento atual em que vivemos, fica patenteada a luta da classe operária pela igualdade material e por melhores condições trabalho, renda e de vida. Em vista disso, é importante esclarecer que o atual constitucionalismo brasileiro representa para a Comunidade Internacional

⁵³ § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.

relevância mundial, sendo, inclusive, referência para outros países, isso porque, sustenta sua base constitucional, na busca constante pela dignidade humana através do trabalho.

Por conseguinte, apesar de sofrer duras críticas de conservadores recalitrantes em aceitar as reformas constitucionais. Seguramente, não se pode deixar de reconhecer, mesmo de forma teórica, que o Direito do Trabalho constitucionalizado representa de forma explícita, em todos os textos analisados, uma segurança jurídica para o trabalhador. Por esse motivo, percebe-se, em tese, que nesses cinquenta e quatro anos de história, houve uma evolução legislativa substancial, tanto na melhoria da qualidade de vida do operário, quanto nas condições de trabalho. Muito embora, existam críticas de setores sociais de pensamento liberal, visto que muitas dessas normas, segundo a melhor doutrina, são “letra morta”, significa dizer, não produzem efeitos práticos, por não haver consonância normativa com a realidade social.

Vale destacar, por último, que estamos diante de uma Constituição inovadora, a qual além de manter direitos clássicos, os quais regulamentam a vida das pessoas em sociedade, também introduziu os mecanismos de políticas públicas, que determinam os fins propostos pelo Estado. Nesse aspecto, é importante observar que foram constitucionalizados novos direitos, assegurando ao trabalhador, um salário mínimo que possibilite a distribuição equitativa de renda; vedou a interferência do Poder Público na organização sindical, ao contrário dos textos anteriores; limitou a idade mínima permitida para o exercício da profissão e manteve a estabilidade do trabalho, entre outros direitos, igualmente consagrados na CLT. Por tudo isso, conforme anuncia a doutrina moderna, a Constituição atual superou as demais, tanto pela criação de novos direitos, quanto na proteção e garantia dos direitos individuais e coletivos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paes de, BONAVIDES, Paulo. História constitucional do Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: OAB, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 2000;

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso do Direito o Trabalho**, 6. ed. São Paulo: LTr. 2010.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em:> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm.> Acesso em: 25 out. de 2011;

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Notícia - **Direito ao voto feminino comemora 75 anos. De Ana Amélia Queirós a Ellen Gracie**, exposição revela trajetória da conquista feminina ao voto. 2007. Disponível em: <http://www.tre-ba.gov.br/default/noticias/detalhenoticia.do?acao=detalhe&codigo=160>. > Acesso em: 29 out. 2011;

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em:> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm.> Acesso em: 12 out. 2011;

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em:> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.> Acesso em: 12 out. 2011;

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em:> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm.> Acesso em: 12 out. 2011;

BRASIL. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 17 de outubro de 1969. Disponível em:> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm.> Acesso em: 12 out. 2011;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.> Acesso em: 12 out. 2011;

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. ed. 5. Belo Horizonte: Del Rey, 1999;

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: : Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 1997

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Ramon Tácio de. **Manual de Direito Constitucional**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000;

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho Para Concursos Públicos**. 10. ed. Método. São Paulo: 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VELLOSO, Renato Ribeiro. **Revolução constitucionalista**. de 1932. Boletim Jurídico, 131 ed. Uberaba/MG, a. 2, no 84. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=677>.> Acesso em: 12 out. 2011.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

ASPECTOS RELEVANTES DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL DO *JUS POSTULANDI*: DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO

Autor: Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira¹.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo perscrutar o instituto do *jus postulandi* em sua aplicação na sistemática do processo do trabalho. Para tanto, o referido instituto é posto em análise sob a ótica constitucional do acesso à justiça da parte em correlação com o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Averigua-se a conceituação do *jus postulandi* e suas disposições legais, bem como também uma concisa definição da espécie de honorários advocatícios e seu contexto de aplicação geral no direito comum em comparação com sua aplicabilidade restritiva no processo trabalhista ocorrida justamente em função do *jus postulandi*. Trata das implicações práticas da jurisprudência trabalhista a respeito do tema, que apesar de se focarem estritamente nos requisitos obrigatórios da existência dos honorários advocatícios deixam de maneira subliminar, embora indelével, marcado o entendimento pela prevalência do *jus postulandi* nessa seara. Afere-se a questão da compatibilização do princípio da inafastabilidade da jurisdição em face do instituto do *jus postulandi*, analisa-se se a prevalência da postulação própria do indivíduo perante o poder judiciário é um instrumento efetivo para a concreção de um meio justo ou se na verdade ele se torna uma via díspar na construção desse ideal do acesso ao Poder Judiciário especializado em dissídios trabalhistas.

Palavras-chaves: *Jus Postulandi*. Honorários Advocatícios. Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição.

ABSTRACT This work intends to scrutinize the institute of *jus postulandi* and its appliance in the labor law procedural systematic. So on, this institute the aforementioned institute is analyzed under the veil of constitutional access of the party to the justice system and its relation with the principle of the right of judicial decisions. It inquires the concept of *jus postulandi* and its legal dispositions and terms, as well as it also tries to posits a definition to the legal fees, its context of general use in common law systems and its particularities in the labor law system, due to the *jus postulandi* effect. Considers the practical

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ). Mestrando em Filosofia (PPGFIL-UFRN). Autor dos livros: Teoria Geral do Direito e da Política (Edipro, 2010), Filosofia do Direito (Edipro, 2010) e Ética e Estatuto da Magistratura (Edipro, 2011). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8447713849678899>

implications of the labor law jurisprudence about this theme, which one, even though focuses only on the obligatory requisites, leaves the impression of the prevalence of *jus postulandi* on this legal field. Infirms a way to harmonize the principle of the right of judicial decisions with *jus postulandi* in its procedural aspect, analyzing how the own presentation in court, by the party, can be an effective mechanism of access to the justice system or if it becomes a disparity way in the construction of an ideal access in the labor law system.

Key-words: *Jus Postulandi*. Legal Fees. Principle of the Right of Judicial Decisions.

1. INTRODUÇÃO

A questão do cabimento ou não dos honorários advocatícios de sucumbência no direito do trabalho é algo que suscita as mais acaloradas discussões na comunidade jurídica. Em primeiro plano, isto ocorre basicamente porque envolve termos monetários de grande valia, principalmente para os advogados, os mais interessados neste ponto de discussão.

Todavia, o imbróglio em tela não se resume a uma breve pendenga econômica, ela se aprofunda em princípios constitucionais, como o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, emanado do art. 5º, XXXV, bem como outros princípios relevantes como o da Proteção ao Trabalhador, da Assistência Judiciária e o próprio princípio do *jus postulandi*.

Seguindo essa linha de raciocínio afigura-se imperioso na etapa inicial de averiguação do presente trabalho traçar uma breve conceituação dos principais institutos analisados, como, por exemplo, o princípio do *jus postulandi* e suas disposições legais, bem como também uma concisa definição da espécie de honorários por ora analisados e seu contexto de aplicação geral no direito comum em comparação com sua aplicabilidade restritiva no processo trabalhista.

Outro tópico a ser aqui delineado trata das implicações práticas da jurisprudência trabalhista a respeito do tema, que apesar de se focarem estritamente nos requisitos obrigatórios da existência dos honorários advocatícios deixam de maneira subliminar embora indelével marcado o entendimento pela prevalência do *jus postulandi* nessa seara.

No tópico seguinte será abordada a questão da compatibilização do princípio da inafastabilidade da jurisdição em face do instituto do *jus postulandi*, isto é, será analisado se a prevalência da postulação própria do indivíduo perante o poder judiciário é um instrumento efetivo para a concreção de um meio justo ou se na verdade ele se torna uma via díspar na construção

desse ideal do acesso. Desta feita, há de se averiguado se há mitigação da inafastabilidade da jurisdição quando há a prevalência do *jus postulandi* e se ela é realmente válida.

2. CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *JUS POSTULANDI* E SUA POSITIVAÇÃO NA SEARA TRABALHISTA

O Princípio do *jus postulandi* na seara trabalhista está estatuído no *caput* do artigo 791 da Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT), *in verbis*: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

Conceito bem acurado acerca do instituto é trazido por Carlos Henrique Bezerra Leite², o qual enuncia que:

O jus postulandi, no processo do trabalho, é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postular diretamente em juízo, sem necessidade de serem representadas por advogado.

Outra conceituação de transcrição deveras relevante é feita por Délio Maranhão³ o qual doutrina dizendo que: “o *jus postulandi* é o direito de praticar todos os atos processuais necessários ao início e ao andamento do processo: é a capacidade de requerer em juízo”. Ou seja, esta é uma definição bastante sintética para expressar toda a riqueza de detalhes que o instituto em comento requer, dadas as suas repercussões práticas no campo processual do trabalho.

Assim sendo, tal princípio possibilita por em juízo as questões referentes à materialidade do direito do trabalho de maneira direta pelas partes, *rectius*, empregados e empregadores (com uma pequena ressalva que será exemplificada mais adiante), sem a necessidade de se pleitear o direito por meio de advogado.

Desta feita, há de se inferir que existem argumentos plausíveis tanto no sentido de apoio a este princípio, quanto argumentos fortes desejosos pela sua aniquilação no atual ordenamento jurídico brasileiro. Tentar-se-á tracejá-los com a devida imparcialidade para, posteriormente, com respaldo na jurisprudência dominante verificar qual a sua atual situação na ordem jurídica brasileira.

2.1 A Sistemática Argumentativa do *Jus Postulandi*

² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 374.

³ MARANHÃO, Délio; CARVALHO; Luiz Inácio B. *Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, p. 430.

Cabe destacar que a possibilidade postulatória na Justiça do Trabalho não é feita sem nenhuma limitação objetiva. Mesmo tendo em conta a miríade de contendas agora contempladas na competência desse ramo da Justiça, só se aplica o *jus postulandi* às lides decorrentes de relação empregatícia, e, em sede excepcional supracitada, a hipótese contida no art. 652, alínea *a*, inciso III, que é o caso dos dissídios que envolvam pequenos empreiteiros. Sendo vedada a aplicação deste princípio a qualquer outra espécie de lide, mesmo que esta tramite na Justiça do Trabalho. Esse também é o tratamento dispensado pela Instrução Normativa (IN) nº 27 de 2005 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). O parágrafo 3º do artigo 3º da supracitada IN assevera que: “Salvo nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas”. Já seu artigo 5º dispõe que: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência”. Estas são na verdade trilhas jurisprudências formadas após o advento da Emenda Constitucional nº 45, uma vez que mesmo tendo ocorrido o elastério na competência da Justiça do Trabalho⁴, manteve-se a integridade interpretativa do *jus postulandi* restrito às relações empregatícias, embora haja certas excepcionalidades providas pela própria lei.

Já no tocante aos limites de recorribilidade do *jus postulandi* salienta com propriedade Renato Saraiva⁵ que:

[...] em caso de eventual recurso extraordinário para o STF, ou mesmo recurso encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça (para examinar, por exemplo, conflito de competência), deve ser subscrito por advogado, sob pena de o apelo não ser conhecido.

Nesse sentido, também é o posicionamento da maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência⁶, uma vez que ao haver a interposição do referido recurso de índole extraordinária esgota-se a jurisdição atinente ao processo trabalhista (LEITE, 2006). O fato de haver esse esgotamento, argumenta-se doutrinariamente, já é suficiente o bastante para que seja espargida qualquer forma de atuação da parte, sem que seja premente e indispensável a atuação técnica de um causídico a representá-la legalmente em seus praticados em juízo.

Dentre os argumentos favoráveis à aplicação do *jus postulandi* existem

⁴ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE MINAS GERAIS – 3ª REGIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MERA SUCUMBÊNCIA. Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência, consoante orientação do artigo 5º da Instrução Normativa nº 127 do Col. TST, aprovada pela Resolução nº 126/2005, DJU de 22/02/2005. (RO nº 00228-2006-040-03-00-6. Data de Publicação: 24/06/2006. Órgão Julgador: Quinta Turma. Juiz Relator: Juiz Convocado Rogerio Valle Ferreira).

⁵ SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 42.

⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *JUS POSTULANDI* – RECURSO – ATO PRIVATIVO DE ADVOGADO – LEI n.º 8.906/94 – A simples personalidade jurídica ou capacidade de ser parte não são suficientes para autorizar o exercício, por si, de atos processuais próprios e especificados em lei, privativos de advogados. O disposto no art. 791 da CLT, *jus postulandi*, concede, apenas o direito de as partes terem o acesso e acompanharem suas reclamações trabalhistas pessoalmente, nada mais. Uma vez ocorrido o acesso, o juiz fica obrigado por lei (art. 14 a 19 da Lei n.º 5.584/70) a regularizar a representação processual. Nos termos do art. 1º da Lei n.º 8.906/94, o ato de recorrer é privativo de advogado” (AG-E-RR 292.840/1996-1 – SBDI-1 – Relator Ministro Francisco Fausto – DJU 12.03.1999) (Grifado)

dois argumentos que exibem maior destaque. O primeiro deles defende que, pelo fato de se ter uma acessória jurídica ser algo bastante dispendioso, isto é, é uma expensa deveras onerosa, deve ser mantida a possibilidade do próprio empregador ou empregado postular em causa própria nos casos admitidos em lei. Para contra-arrazoar tal argumento usualmente se coloca que, apesar do fato que a maioria das pessoas que buscam socorro na tutela jurisdicional, dada a realidade miserável de nosso país, não possuem condições financeiras para arcar com os custos do processo (incluindo aqui o custo da atividade advocatícia), a Assistência Jurídica deve ser prestada (ao menos nesses casos de miserabilidade) de maneira irrestrita pelo Estado.

Isso, possivelmente, não passa de uma utopia, pois é sabido que é irreal acreditar que haja uma assistência estatal preparada, minimamente aparelhada e capacitada para atender essa carência de acompanhamento jurídico dos cidadãos. Se, por vezes, alguns casos trabalhistas já são complexos o bastante para serem lidados por profissionais que concluíram o seu bacharelado em direito, quanto mais há de se compreender a complexidade de um desses casos a ser tratado por uma pessoa totalmente leiga, que não dispensou seus préstimos intelectuais por aproximadamente cinco anos apenas se preparando para exercer o seu mister. Outrossim, a mera vontade de se defender em juízo não é uma forma de análise da capacidade científica que alguém possui em efetivamente prestar uma boa defesa (argumentativamente falando), ainda que essa ação de defender um argumento seja em prol de si mesma. Não que esteja-se, por ora, tentando defender a ideia que a processualidade do direito seja apenas um exercício retórico de relativização e de persuasão argumentativa, mas, é óbvio, que os advogados trabalhistas se encontram em um patamar de preparo técnico mais avançado que as partes que se propõem a litigar na seara laboral, seja qual for o polo em que elas se encontrem, a dificuldade de defesa sem a assistência de um profissional gabaritado é semelhante para ambas.

O outro argumento que se relaciona à receptividade do *jus postulandi* se refere a dizer que, dada a complexa formação técnica exigida para labutar na atividade jurídica, não se encontra quem se disponha a exercê-la em certos recônditos do nosso país de proporções continentais. Contudo, tal argumento, além de padecer de certo anacronismo, resta-se abalado por duas questões responsivas, uma questão de fato e outra questão de cunho legal.

Outro ponto a ser enfrentado se refere à figura do advogado e seu exercício profissional. É sabido que existe disposição constitucional asseverando sobre o caráter essencial do advogado e de seu múnus público (artigo 133 da Constituição Federal), e que alguns doutrinadores como Piero Calamandrei⁷

chegam a elaborar verdadeiras odes aos causídicos, como ao dizer que os advogados são: “as antenas supersensíveis da justiça”, todavia, esse ponto deve ser sopesado com parcimônia, dosando a atividade do advogado com o direito de acesso à justiça da parte diretamente posto. Assim, tal previsão constitucional que instituiu e garantiu a essencialidade do advogado para a administração da Justiça, trouxe-se à sociedade um velho e antigo conflito, o exercício profissional em atrito com o *jus postulandi*.

A questão de fato, talvez de grande expressividade no âmbito nacional, é que há uma verdadeira “epidemia” de cursos jurídicos no Brasil⁸. Isto porque, dada o desenvolvimento nacional, é uma situação bastante comum encontrar faculdades de direito em várias localidades do interior do país, algo que vem contribuindo, sobremaneira, para a difusão do conhecimento jurídico e, que, conseqüentemente, algumas cidades que antigamente não dispunham de causídicos para defender certas causas (fosse por desinteresse naquela seara, ou até mesmo por falta de especialização e desconhecimento de algumas matérias em específico) agora esteja aparelhadas para fornecer essa mão-de-obra específica. O que importa é saber que com o grande aporte de advogados nas mais diversas localidades é muito difícil que o argumento de que não há advogados suficientes para atuar em todas as causas demandadas se sustente. Restando-se, portanto, superado esse argumento meramente quantitativo de ausência de advogados para laborar nas causas trabalhistas.

A outra contraposição argumentativa a isto é de índole legal, e, se encontra inserta no artigo 36 do Código de Processo Civil (CPC), *in verbis*: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”. Assim sendo, nas hipóteses previstas neste artigo há a possibilidade de se defender diretamente sem o auxílio do advogado, asseverando que essas hipóteses são cabíveis na seara trabalhista, isto porque há lacuna quanto a isto na CLT, e o próprio sistema laboral não veda a aplicação deste dispositivo. Há de se fazer uma pequena ressalva que apesar de haver a plena efetividade do *jus postulandi* não é facultado ao advogado atuar na Justiça do Trabalho sem o instrumento mandatário, uma vez que o direito de postular já descrito é da parte, e não pode dar azo a um exercício irregular da profissão⁹.

⁸ Este fato embora possa ajudar aqueles que defendem a aplicação do *jus postulandi* é certamente um golpe incomensurável no cômputo geral da qualidade do exercício da advocacia. Pela grande facilidade que é “abrir” um curso jurídico (é necessário apenas uma biblioteca com uma determinada quantidade de livros jurídicos estipulada pelo MEC e alguns professores com mestrado e/ou doutorado) cursos do tipo “pagou-passou” proliferam. Todavia, se alongar mais nesse assunto seria desvirtuar o tema posto, ficando aqui apenas um breve comentário sobre o mesmo.

⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO Embora na Justiça do Trabalho seja admitido o *jus postulandi* nas reclamações trabalhistas, em se tratando de mandado de segurança, aplicáveis subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil. **Inadmissível, pois, ao advogado procurar em juízo sem instrumento de mandato, salvo exceção de urgência contida no artigo 37 do CPC.** (AIRO - 152/2001-000-15-00.0. Data de

⁷ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1960, p. 182.

2.2. A Sistemática Jurisprudencial do Jus Postulandi e os Requisitos de Cabimento dos Honorários Advocatícios

Desta feita, estão postados os argumentos favoráveis e contrários ao referido princípio do *jus postulandi*. No tocante à palavra final dos pronunciamentos oficiais dos órgãos judicantes a tem-se por consubstanciada na súmula do TST nº 219¹⁰, *in verbis*: “I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família”.

Logo, é de mais-valia para a compreensão desta súmula esclarece que a assistência judiciária na seara trabalhista é feita essencialmente pelos sindicatos dos empregados – por determinação do art. 18 da Lei 5.584/70 – (não que a mesma seja vedada à defensoria pública, embora, em termos práticos não haja nada neste sentido) e os honorários pagos se reverterem sempre em favor do próprio sindicato.

A referida súmula coloca um limite quantitativo nos honorários de 15% (em contraposição aos 20% máximos do processo comum) além de outras condições de ordem social. Ela bem clarifica que os honorários não decorrem da simples sucumbência e que para que eles sejam arbitrados se faz necessário uma alternatividade entre o empregado receber menos que duas vezes o salário mínimo vigente, ou, não lhe ser possível litigar sem que reste comprometida a sua própria sobrevivência em decorrência dos custos do processo. Com um pequeno parêntese para se ter em conta que esse reconhecimento pode ser deferido tanto ao empregado quanto ao empregador, por uma questão de isonomia, e, o mesmo pode ser deferido *ex officio* pela possibilidade inserta no §3º, 790 da CLT.

Percebe-se rapidamente que esta súmula é peremptória, salvo nos casos que ela própria ressalva, os honorários são incabíveis no processo do trabalho¹¹ (embora a polêmica seja tamanha que esta súmula teve que ser ratificada por outra súmula do TST, a nº 329, *in verbis*: “Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho”.)

Aqueles que invocam a inconstitucionalidade deste entendimento se lastreiam Julgamento: 08/10/2002, Relator Ministro: Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 18/10/2002.)

¹⁰ Publicada na Resolução nº 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005.

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – A condenação ao pagamento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho é restrita à hipótese do Enunciado nº 219/TST. Revista conhecida e provida. (RR - 360076/1997. Data de Julgamento: 15/03/2000, Relator Ministro: Vantuil Abdala, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 07/04/2000) (Grifado).

nos artigos 389 e 404 do Código Civil de 2002. Isto porque este diploma legal, nos supracitados artigos, exara a determinação que quando inadimplida a obrigação e no caso das obrigações de pagamento em dinheiro serão sempre devidos os honorários advocatícios. O detalhe nesta questão é que, como já discutido em questão anterior desta disciplina, só cabe aplicar subsidiariamente a legislação comum (por disposição do art. 8º da CLT) quando houver lacuna no diploma consolidado, não que não se possa vislumbrar uma lacuna ontológica ou axiológica neste referido caso, todavia, creio eu, será muito difícil fomentá-la, dada a reiterada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que até reafirmou o entendimento outrora sumulado.

3. A PREVALÊNCIA DO JUS POSTULANDI E A SUA APARENTE CONTRAPOSIÇÃO PARA COM O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO EM SUA ACEPÇÃO REVERSIVA

O argumento contrário à aplicação do *jus postulandi* que se afigura mais forte é o que se diz que a ausência de assistência técnica por parte de advogado pode ser algo crucial no desenrolar do processo. Podendo ser, e, na verdade geralmente sendo, prejudicial à própria parte que deveria se beneficiar do referido princípio. Seria o caso de o próprio sortilégio se contrapor ao druida que o lançou, isto é, aquilo que seria um meio de acesso à justiça finda por configurar um entrave à sua realização. É justamente esse ponto de aparente paradoxo que será analisado mais acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição e a própria prevalência do *jus postulandi*.

De tal sorte, há quem sustente que o *jus postulandi* pode até vir a ser uma afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da isonomia e da paridade de armas entre os litigantes. Como bem assevera Mozart Victor Russomano¹²:

O Direito Processual do trabalho está subordinado aos princípios e aos postulados modulares de toda ciência jurídica, que fogem à compreensão dos leigos. É um ramo do direito positivo com regras abundantes e que demandam análise de hermeneuta, por mais simples que queiram ser. O resultado disso tudo é que a parte que comparece sem procurador, nos feitos trabalhistas, recai em uma inferioridade processual assombrosa. Muitas vezes o juiz sente que a parte está com o direito a seu favor. A própria alegação do interessado, entretanto, põe por terra sua pretensão, porque mal fundada, mal articulada, mal explicada e, sobretudo, mal defendida. Na condução da prova, o problema se acentua e agrava. E todos sabemos que a decisão depende do que os autos revelarem e que o que os autos revelam é o que está provado. No processo trabalhista, às linhas mestras da nossa formação jurídica; devemos tornar obrigatória a presença do procurador legalmente constituído em todas as ações de competência da Justiça do Trabalho, quer para o empregador, quer para o empregado.

¹² RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 853.

Nessa mesma esteira, Amauri Mascaro Nascimento¹³, com bastante clareza em seus enunciados, aponta que:

O tecnicismo das leis adquire uma especial importância, precisamente no cumprimento dos atos processuais, que, para poder conseguir a sua finalidade, devem desenvolver-se segundo certas formas rigorosamente prescritas, cujo conhecimento não se adquire senão através de larga prática: de maneira que a intervenção do jurista parece indispensável, não só para encontrar as razões defensivas que a parte não saberia encontrar por si mesma, e apresentá-la em termos jurídicos, mas também para realizar em seu nome os atos do processo que ela não estaria em condições de cumprir por si na ordem e sob a forma prescrita pelas leis processuais. Essas razões psicológicas e técnicas demonstram que a presença dos patrocinadores responde, antes de tudo, ao interesse privado da parte, a qual, confiando ao *expert* não só o ofício de expor suas razões, mas também o de cumprir de sua parte os atos processuais, escapa dos perigos da própria inexperiência e consegue o duplo fim de não incorrer em erros, de forma a ser melhor (*sic*) defendida em sua substância.

Tal passagem expressa de maneira bastante clara as “intempéries jurídicas” que a parte pode vir a enfrentar em caso opte por litigar diretamente sem o auxílio de um causídico, expondo como elas se afiguram “incapazes de expor com clareza suas pretensões”¹⁴ em termos de raciocínio jurídico, algo que indubitavelmente representa uma apresentação qualitativamente baixa para um adequado provimento jurisdicional. Algo que pode vir a comprometer toda a efetividade de tal provimento, uma vez que sua base expositiva teórica se vê deveras prejudicada e defasada.

Desta feita, muitos se perguntam como que uma pessoa qualquer (no caso o empregado) sendo leigo de toda a sorte em assuntos e ciências jurídicas conseguiria enfrentar toda uma sorte de percalços que envolvem as minúcias processuais. Esse é justamente o pensamento de Mauro Cappelletti e Garth Bryant, quando eles dizem¹⁵ que:

[...] na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa”. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais. Até muito recentemente, no entanto, os esquemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados. O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência judiciária eram ineficientes.

Como já discutido anteriormente sobre a assistência judiciária, não há mais o que comentar que seja de grande relevância sobre isto para o

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 188.

¹⁴ Op. Cit. p. 190.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 32.

presente trabalho, todavia, é certo que a complexidade do processo não pode ser um impeditivo estanque para que a inafastabilidade da jurisdição sofra de o que se poderia chamar de um auto-revês. Ou seja, a deficiência essencial na exposição da matéria em juízo pode configurar um verdadeiro decréscimo qualitativo para o acesso ao Poder Judiciário, o que viria a ser na verdade uma forma de afastamento da concreção plena da análise das demandas propostas.

Assim sendo, a não ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição deve vir acompanhada da análise da própria sistemática jurisprudencial feita pelo TST (como já analisada) bem como pelo Supremo Tribunal Federal, que ocorreu justamente quando este se pronunciou acerca da ADI nº 1.127-8. Tal ação direta de inconstitucionalidade visou, dentre outros pedidos, a inconstitucionalidade de um artigo em específico do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil que de maneira classista e buscando sua reserva de mercado pugnava pelo fim do *jus postulandi*. O entendimento dos ministros foi no sentido que além de outros casos de postulação direta (juizados especiais, juízo de paz e alguns outros) tal possibilidade ainda estava afeita diretamente ao processo do trabalho¹⁶.

Desta feita, seguindo esse raciocínio, há de se pensar a mitigação do princípio da inafastabilidade da jurisdição em sua vertente da sua aplicação em auto-revês (seu caráter *negativo* ou *reverso* próprio da hermenêutica da efetividade do provimento jurisdicional) como descrito anteriormente. Isto é, o fato de a postulação direta promover, ao menos em tese, um maior aporte processual na Justiça do Trabalho não deve se entender que a menor capacidade técnica dos postulantes venha a ser um decréscimo ao próprio acesso a Justiça.

É provável que isso venha a ocorrer em algumas vezes, isto é, os imbrincamentos da sistemática processual e as chicanas das estruturas jurídicas por vezes ludibriam até mesmo os bacharéis, quiçá o próprio interessado, em regra, o empregado. Todavia, aplicando-se a técnica do **sopesamento** do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) atinge-se um meio adequado para a consecução do direito fundamental

¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PECULIARIDADES NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Os honorários advocatícios, nesta Justiça Especializada, continuam sendo devidos tão-somente em favor do Sindicato de Classe que prestar assistência judiciária ao trabalhador que perceber remuneração inferior a dois salários mínimos, ou comprovar insuficiência econômica para arcar com as despesas do processo, nos termos do art. 14, da Lei nº 5.584/70, recepcionado pela CF/88, conforme iterativa, notória e atual jurisprudência do Colendo TST (Enunciados nºs. 219 e 329). **A eficácia do art. 1º, I, in fine, da Lei nº 8.906/94 foi suspensa pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, não só em relação à Justiça do Trabalho, mas também quanto aos Juizados Especiais Cível, Criminal e de Paz, em liminar concedida na ADIn nº 1.127-8 DF, DJU 14.10.94, assegurando o *jus postulandi* das partes. Sendo a reclamação trabalhista julgada improcedente, não tem lugar a imposição de pagamento de honorários advocatícios pelo vencido.** Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 3321/2002-906-06-00-5 Data de Julgamento: 15/12/2004, Relator Juiz Convocado: José Antônio Pancotti, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 11/02/2005) (Grifado).

visado¹⁷, isto é, a postulação própria atende ao anseio primordial dos direitos sociais dos trabalhadores expressos no artigo 7º da Constituição, e seus decorrentes incisivos, até porque a própria satisfação do crédito se dará de pronto.

Assim, o *jus postulandi* deve ser compreendido – tal como se opera na sistemática jurisprudencial do TST – como uma forma de aproximação do ente laboral com o próprio processo no qual se integra. Ou seja, uma clara manifestação da simplicidade do próprio processo trabalhista, que prima por bases restritas de formalidade para que haja a sempre uma efetivação de seus provimentos jurisdicionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, por mais polêmica e controvertida que seja a questão, e por mais que a advocacia seja uma atividade essencial ao bom funcionamento dos órgãos jurisdicionais (artigo 133 da Constituição da República de 1988), não há de se falar em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, ressalvadas as hipóteses contidas na súmula 219 do TST, até porque este é o entendimento pacífico na instância decisória superior em matéria trabalhista. Podem restar reclamações, indignações e outros sentimentos de revolta por parte dos advogados que se auto-intitulam “militantes”, mas, esses honorários não são cabíveis na esfera trabalhista por se tratar de uma ostentação da parte em arcar com os préstimos advocatícios, quando estes o são na verdade uma faculdade. Uma vez que a parte poderá acompanhar o processo na Justiça do Trabalho até o fim sem a sua coadjuvância.

Isto é, apresentada a sistemática argumentativa há de se concluir que os elementos contrários ao *jus postulandi* soçobram justamente na exaltação exacerbada da advocacia, como um pressuposto necessário da Justiça, algo que nem sempre, como demonstra efetivamente a particularidade do instituto em tela, afigura-se verdadeiro. Seguindo esse mesmo horizonte, há de se reiterar, converge a sistemática jurisprudencial do instituto, como demonstrado amplamente por meio de excertos jurisprudenciais dos mais diversos colegiados trabalhistas, o *jus postulandi* é deveras prestigiado e mantém a sua posição de essencial ao micro-sistema trabalhista, favorecendo a própria prestação jurisdicional desse ramo da justiça especializada.

De outra banda, a questão acerca do acesso limitado, ou limitável tecnicamente pela possibilidade do manejo pessoal e não assistido por causídico não é uma inexorável deficiência *ad processum* do litigante. Isto posto, verifica-se que existem certas aplicações de ordem hermenêutica

17 MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 330.

que facilitam a mais acurada e acertada aplicabilidade do instituto, que de forma alguma visa a restrição do acesso a justiça, e sim, em seu âmago, a proliferação de sua extensão e de sua capilaridade nos mais diversos meandros sociais, sempre fomentando o acesso ao provimento jurisdicional adequado e mais próximo o possível do que se pode chamar de Justiça, principalmente quando se trata de causas trabalhistas as quais carregam ínsitas sempre o caráter alimentício do crédito, desdobramento lógico de uma prestação rápida e efetiva para uma satisfação adequada do próprio processo analisado.

REFERÊNCIAS

- CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: E.J.E.A., 1960.
- CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2006.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO; Luiz Inácio B. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 1994.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2006.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR PELOS DANOS CAUSADOS AO EMPREGADO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO

Nayandra Kelly Remígio Vieira¹

RESUMO. Este artigo versa sobre acidente do trabalho nas atividades de risco, e um dos seus principais efeitos na esfera jurídica – a responsabilização civil, que se destaca pela possibilidade do empregado pleitear uma reparação de danos, em face do seu tomador de serviço. Inicialmente, traça um esboço histórico da legislação acidentária brasileira, bem como dos diversos sistemas de proteção à saúde do obreiro, e aborda a questão da abrangência conceitual de acidente do trabalho, suas espécies e seus sujeitos. Em seguida, passa ao estudo das teorias da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, indicando os seus elementos e possíveis excludentes, com fulcro de estabelecer suas diferenças. Por fim, trata das hipóteses de cabimento e dos pressupostos da responsabilização objetiva do empregador em face de acidente do trabalho nas atividades de risco, com fundamento nos instrumentos normativos responsáveis pelo disciplinamento da matéria, na doutrina e na jurisprudência aplicada pelos principais tribunais trabalhistas.

Palavras-chave: Acidente do trabalho. Atividades de risco. Responsabilidade objetiva.

ABSTRACT. This article focuses on work accidents in risky activities, and one of its main effects on the legal - to civil liability, which is highlighted by the possibility of an employee claim damages, in light of its policyholder service. Initially, he draws an outline history of Brazilian legislation related accidents, and various systems of worker health protection, and addresses the conceptual scope of work accidents, their species and subject. It then passes to the study of theories of liability subjective and objective, indicating the possible elements and exclusive, with fulcrum settle their differences. Finally, it discusses the appropriateness of hypotheses and assumptions of the objective responsibility of the employer in the face of labor accident in risky activities, on the basis of normative instruments responsible for the ordering of matter, in doctrine and case law applied by the main labor courts.

Keywords: Occupational accidents. Risk activities. Strict liability.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo analisa as hipóteses de incidência da responsabilidade

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Advogada.

objetiva do empregador pelos danos causados ao empregado em virtude de acidente do trabalho, oriundos da prática de uma atividade de risco.

A importância deste estudo reside na lamentável realidade brasileira à respeito do elevado número de acidentes do trabalho, em especial a partir de 1975², quando o país apresentou índices muito superiores à média mundial. Refletindo, assim, o descaso com a proteção à vida e a promoção da segurança e saúde nas relações do trabalho.

Apesar do avanço dos últimos anos da legislação nacional ao inserir dispositivos constitucionais e princípios jurídicos atinentes a dignificação do trabalho, a ocorrência de acidente do trabalho é constante, nos mais diversos setores de produção, por motivo do descumprimento dessas normas, tais como: imposição de sobrecarga diária ao empregado; falta de programas de capacitação e conscientização do empregado quanto à importância das normas de proteção à saúde; ausência de uma política de responsabilidade social das empresas; e, desprezo às regras de ergonomia ou de outras relacionadas com o meio ambiente do trabalho, ocasionando as Lesões por Esforço Repetitivo (LER) e os Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (DORT).

Uma grave consequência disto é o absenteísmo, que corresponde a um termo bastante abrangente, mas pode ser conceituado pela ausência do obreiro ao trabalho por causa de um acidente do trabalho. Provocando, assim, uma eventual suspensão do contrato de trabalho, com repercussões danosas para o trabalhador, sua família, a empresa e a sociedade.

Já outro importante efeito produzido na esfera jurídica pelo acidente do trabalho, refere-se ao campo da responsabilização, seja a previdenciária, com o recebimento do benefício de auxílio-doença acidentário; ou a civil, que consiste na possibilidade do empregado pleitear uma reparação de danos, em face do seu tomador de serviço. Sendo devidamente irrestrita a cumulação das duas indenizações – securitária e civil, tendo em vista a natureza jurídica divergente dos dois institutos.

Ressalta-se, entretanto, que essa última responsabilização prevista expressamente no art. 7º, XXVIII da CF/88, provoca intensas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto a sua aplicação, pois para alguns juristas que defendem apenas a responsabilidade subjetiva, o texto constitucional garante a indenização no caso de comprovação do dolo ou culpa do empregador, enquanto, outros, com base no novo código civil (art. 927, parágrafo único), alegam pela incidência da responsabilidade objetiva do empregador em casos de risco acentuado na atividade.

² Em 1975, dos 12.996.796 de trabalhadores com registro formal no Brasil, sofreram acidente do trabalho mais de um milhão, e com 4.001 vítimas fatais (OLIVEIRA, 2009, p. 27).

O presente artigo se propõe a debater de forma favorável sobre a responsabilidade civil de natureza objetiva nas indenizações por acidente do trabalho.

Para demonstrar o aludido acima, primeiramente, traçar-se-á um bosquejo histórico das leis acidentárias brasileira, bem como dos diversos sistemas de proteção à saúde do obreiro, além de abordar a questão da abrangência conceitual de acidente do trabalho, suas espécies e seus sujeitos.

Posteriormente, abordar-se-ão a natureza do dano e as teorias da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, através de um breve apontamento sobre a evolução de cada uma para indicar os seus elementos e possíveis excludentes, com fulcro de estabelecer suas diferenças.

Por fim, tratar-se-ão das hipóteses de cabimento e dos pressupostos da responsabilização objetiva do empregador em face de acidente do trabalho nas atividades de risco, com base nos instrumentos normativos responsáveis pelo disciplinamento da matéria, na doutrina especializada e na jurisprudência aplicada pelos principais tribunais trabalhistas.

2. ESCORÇO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ACIDENTÁRIA NO BRASIL

Primeiramente, cumpre evidenciar que o surgimento das normas de proteção à saúde e segurança do obreiro sempre foi fruto de intensas reivindicações sociais, que por meio da eclosão de movimentos intelectuais e de trabalhadores representavam uma grave ameaça à estabilidade das instituições liberais e ao processo de desenvolvimento econômico, obrigando, com isso, a classe patronal a reconhecer tais exigências.

Diante deste cenário, desenvolveu-se a construção do panorama histórico das leis acidentárias no Brasil e no mundo. Apresentando, como marco inicial, na Inglaterra, em 1802, a Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes (Moral and Health Act) que estabelecia limitação na jornada de trabalho para 12 horas diárias, proibição ao trabalho noturno, limpeza da fábrica, de no mínimo, duas vezes ao ano pelo empregador e adoção de medidas referentes à ventilação do local de trabalho³.

Já em 1833, ainda na Inglaterra, foi editado o *Factory Act*⁴, considerado como a primeira norma eficiente de proteção ao trabalhador, que representou um conjunto de leis aplicado ao ramo da indústria têxtil, disciplinando, por exemplo, a idade mínima de 09 anos para o trabalho e a jornada semanal em 69 horas.

³ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 45.
⁴ Termo utilizado na doutrina sem tradução específica, mas que pode ser definido por Atos de Fábrica, tendo em vista a sua edição ter objetivado o regramento das relações trabalhistas na indústria têxtil com o emprego da força hidráulica e a vapor, no final do século XIX, na Inglaterra.

Também merecem destaque as primeiras regulamentações da infortunistica do trabalho na Alemanha, como o Seguro contra acidente de trabalho de 1884, cujo modelo foi seguido pelos demais países europeus, e as Encíclicas editadas pela Igreja Católica no final do século XIX, em especial a *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de conteúdo social, que influenciou a criação de normas de proteção social ao trabalhador.

Indubitavelmente, foi com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, pelo Tratado de Versailles, que se consolidou o Direito Internacional do Trabalho e a internacionalização dos direitos humanos.

Sendo, esse organismo internacional o responsável por promover convenções e recomendações de conteúdo geral sobre o direito do trabalho aos seus Estados-membros, particularmente acerca da proteção em face dos acidentes do trabalho e de condutas adequadas à saúde, higiene e segurança do trabalho, bem como estabelecer programas mundiais, como por exemplo, o Programa Internacional para Melhorar as Condições de Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho – PIACT.

Por sua vez, no plano interno, sobre a legislação constitucional, a Magna Carta de 1934, foi a primeira a trazer em seu bojo dispositivos de ordem social, ao estabelecer o salário mínimo, a jornada de oito horas diárias, a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante e o seguro previdenciário nos casos de velhice, invalidez, maternidade e acidente do trabalho ou de morte.

A Constituição de 1937, praticamente, manteve, com algumas restrições, as disposições mencionadas na Carta anterior, ampliando apenas os direitos ao repouso semanal remunerado e a indenização por critério de antiguidade ao empregado estável.

Já a Constituição de 1946, além de preservar as garantias sociais anteriormente previstas, também concretizou o direito ao adicional noturno e às férias e as normas previdenciárias, principalmente, sobre o acidente do trabalho⁵.

Com a Constituição de 1967, ocorreu uma extensão às garantias de proteção social ao trabalho, por tratar da higiene e segurança do trabalho, da isonomia salarial, do seguro-desemprego e do seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho.

⁵ CF/46, art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.

No texto constitucional vigente se localiza uma série de vantagens ao trabalhador, pois, o constituinte de 1988, ao dedicar um capítulo exclusivo para catalogar os principais direitos dos obreiros dentro do Título que evidencia os direitos e garantias fundamentais, internalizou, assim, o posicionamento da ordem internacional acerca da temática social.

Sobre isso, cabe frisar o pensamento de um dos maiores juristas do Direito Internacional, Antônio Augusto Cançado Trindade, que aponta:

Longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o Direito Internacional e o direito interno passaram efetivamente a interagir, por força das disposições de tratados de direitos humanos atribuindo expressamente funções de proteção aos órgãos do Estado, assim como da abertura do Direito Constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionalmente consagrados⁶.

Acerca dos dispositivos constantes na CF/88 que regulam expressamente contra os infortúnios laborais, estes se localizam no art. 7º, XXII e XXVIII, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Com efeito, este último supracitado inciso representa um importante avanço na proteção ao trabalhador, tendo em vista, prever a possibilidade da responsabilização subjetiva do empregador nos casos de acidente do trabalho, sem detrimento do recebimento do seguro acidentário; tema este, a ser tratado com maior profundidade posteriormente.

No campo infraconstitucional, a primeira legislação brasileira a tratar de acidente do trabalho foi o Código Comercial de 1850, ao prever nos seus arts. 79 e 560, respectivamente, a reparação aos prepostos por até 03 meses contínuos e aos marítimos no curso da viagem⁷.

Em seguida, foi criada a primeira lei acidentária brasileira, o Decreto Legislativo 3724, de 1919, onde obrigava o empregador ao pagamento das indenizações acidentárias.

⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Direito Internacional em um mundo em transformação. São Paulo: Renovar, 2002. p. 642.

⁷ Código Comercial de 1850, *in verbis*: “art. 79. Os acidentes imprevistos e inculcados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a habilitação não exceda a 3 (três) meses contínuos. (...) art. 560. Não deixará de vencer a soldada ajustada qualquer indivíduo da tripulação que adoecer durante a viagem em serviço do navio, e o curativo será por conta deste; se, porém, a doença for adquirida fora do serviço do navio, cessará o vencimento da soldada enquanto ela durar, e a despesa do curativo será por conta das soldadas vencidas; e se estas não chegarem, por seus bens ou pelas soldadas que possam vir a vencer”.

Já segunda lei acidentária, instituída pelo Decreto nº 24.637, de 1934, entendeu que as doenças profissionais atípicas também faziam parte do conceito de acidente do trabalho, além de forma pioneira, obrigar os empregadores a proporcionar segurança e higiene do trabalho, protegendo os empregados especialmente contra as imprudências que resultassem do exercício habitual da profissão.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 7036/44 ampliou ainda mais o conceito de acidente do trabalho, pois passou a englobar as concausas e o acidente *in itinere*. Todavia, o fato preponderante advindo desse Decreto-lei foi, pela primeira vez, uma previsão legal possibilitar a acumulação dos direitos acidentários com a indenização civil.

Nesse sentido, em 1963, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula 229, que diz: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”. Consagrando, portanto, a responsabilidade subjetiva do empregador pelo dano causado ao empregado em decorrência de um acidente do trabalho.

Contrária a essa evolução, no entanto, perdurou por seis meses, um incrível retrocesso em matéria acidentária, devido o surgimento do Decreto-lei nº 293, de 1967, que tornou o seguro de acidente do trabalho totalmente privado, retirando, destarte, a competência do extinto Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) de promover essa cobertura ao acidentado.

Naquele mesmo ano foi promulgada a Lei nº 5.316 que restabeleceu a estatização do seguro por acidentes do trabalho, assim como, traçou um plano específico de benefícios previdenciários acidentários.

Depois, foi editada a lei nº 6.367, de 1976, a sexta e última legislação específica no tocante à matéria, eis que todas as normas jurídicas que vieram posteriormente a disciplinar o infortúnio laboral passaram a integrar a lei de benefícios da Previdência Social⁸.

A inovação daquele diploma normativo se deve a inclusão da doença proveniente da contaminação eventual dos trabalhadores da área de saúde como situação equiparada a acidente do trabalho, ou seja, ocorreu um aperfeiçoamento e nova ampliação da definição de acidente do trabalho e das concausas.

Atualmente a matéria se encontra disciplinada em dois diplomas normativos, as Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 1991, que dispõem acerca

⁸ COSTA, Hertz Jacinto. *Acidentes do trabalho. Teremos nova lei acidentária?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 664, 1 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6662>>. Acesso em: 19 abr. 2010.

da Seguridade Social e dos Planos de Benefícios da Previdência Social. Elas são constituídas por um conjunto de dispositivos de caráter previdenciário em sentido estrito e da infortunística laboral, todos consonantes com as diretrizes da CF/88.

Assim, muito embora se configure no plano formal pela ausência de uma legislação própria para a matéria de acidentes do trabalho, não se deve retirar a importância das normas regulamentadoras vigentes que cumprem muito bem a sua função na proteção ao trabalhador.

Conforme restou demonstrado, os dispositivos disciplinadores da infortunística laboral, na esteira da tradição que ficou sedimentada em nossa legislação especial, são fruto de um longo e árduo processo de conquistadas.

3.ACIDENTE DO TRABALHO

Para estabelecer em quais hipóteses é cabível a responsabilização objetiva pelo empregador em decorrência de um acidente do trabalho com o seu empregado, torna-se necessário, primeiramente, conceituar com precisão este termo. Sendo essa uma das maiores dificuldades do presente artigo, pois, a legislação traz consigo várias definições, originando, assim, espécies de infortúnios laborais.

Inicialmente, cumpre ressaltar acerca dos sujeitos integrantes da relação jurídica elencada nos termos do art. 7º, XXVIII, da CF/88, ou seja, identificar quais são os trabalhadores e os empregadores que, respectivamente, devem receber os benefícios do seguro acidentário e a indenização civil, e, por sua vez, pagá-los.

Em conformidade com os termos elencados pelo art. 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para caracterizar a relação de emprego é necessária a presença dos cinco elementos: subordinação, habitualidade, onerosidade, pessoalidade e ser exercido por uma pessoa física.

Assim, estes empregados abrangidos pelo dispositivo acima mencionado, ao sofrerem um acidente do trabalho, fazem jus ao recebimento do seguro previdenciário e indenização civil. Também estão incluídos nesses direitos os trabalhadores avulsos, tendo em vista a disposição constitucional (art. 7º, XXXIV, CF/88) que assegura a estes as mesmas garantias dos trabalhadores com vínculo de emprego permanente.

São excluídos da legislação acidentária, conforme previsão expressa do art. 7º, parágrafo único, da CF/88, os empregados domésticos, bem como os

trabalhadores sem vínculo de emprego (estagiários, cooperados, autônomos, empreiteiros, representantes comerciais e prestadores de serviço em geral).

Restando a esse grupo, portanto, apenas o direito ao recebimento do benefício cabível (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou pensão por morte) e da indenização por responsabilidade civil decorrente de qualquer ato ilícito do tomador dos serviços, quando estiverem presentes os pressupostos do dano, nexo-causal e culpa, mas ficando totalmente dispensado o enquadramento do evento como acidente do trabalho em sentido técnico-legal.

Essas exclusões merecem ser criticadas, pois gera benefícios ao empregador, já que retira a possibilidade da incidência das sérias consequências jurídicas quando o acidente laboral tem como vítima um trabalhador com vínculo de emprego.

As exclusões podem exonerar o empregador das seguintes penalidades: a obrigação de reembolsar o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) pelos dispêndios com o benefício pago (auxílio-doença acidentário, auxílio-acidentário, aposentadoria por invalidez acidentária ou pensão por morte) no caso de comprovada sua culpa na ocorrência do evento; a incidência maior da alíquota do Seguro Acidente do Trabalho (SAT)⁹, e a facilidade do deferimento ao acidentado das indenizações por responsabilidade civil.

Após essa breve análise dos sujeitos que compõem a relação jurídica decorrente do evento infortuito, cabe, doravante, detalhar as definições legais vigentes sobre acidente do trabalho e seus tipos.

3.1.Espécies

O conceito de acidente do trabalho se encontra no art. 19, caput, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Da leitura acima, depreende-se que a norma somente definiu o acidente

⁹ O SAT tem sua base constitucional prevista nos arts. 7º, XXVIII; 195, I e 201, I, que garantem ao empregado o seguro contra acidente do trabalho. Apresenta como fonte de custeio o pagamento pelo empregador de adicionais às contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários. Já no plano infraconstitucional, a contribuição ao SAT é disciplinada pela Lei nº 8.212/91, que determina, em seu art. 22, II, o recolhimento da contribuição destinada ao financiamento das prestações decorrentes de acidente do trabalho com aplicação das alíquotas de 1%, 2% ou 3%, conforme o grau de risco da atividade preponderante seja considerado leve, médio ou grave, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos. Entretanto, os valores das alíquotas podem ser alterados para mais ou menos, de acordo com o Fator Acidentário de Prevenção (FAP) que reduz em até 50% ou amplia em até 100%, dependendo do desempenho da empresa em relação à ocorrência de acidente do trabalho.

do trabalho propriamente dito, também conhecido por acidente típico ou acidente-tipo, como aquele decorrente de um evento repentino e danoso.

Segundo Sebastião de Oliveira¹⁰, pelo conceito legal, para se configurar um acidente do trabalho deve ocorrer um evento danoso, produto do exercício do trabalho a serviço da empresa, que provoque lesão corporal ou perturbação funcional e cause morte ou perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade laborativa.

Assim, é fundamental que a atividade do empregado e o acidente tenham relação de causa e efeito, ou seja, evidencie-se o nexo etiológico ou nexo causal – termo este explicado posteriormente.

Já as demais hipóteses causadoras da incapacidade laborativa – enfermidades decorrentes do trabalho; concausas; acidentes ocorridos no local do trabalho, porém sem ligação direta com o exercício da atividade profissional; acidentes ocorridos fora do local da prestação dos serviços, mas com vínculo direto ou indireto com o cumprimento do contrato de trabalho, e acidentes no trajeto de ida ou volta da residência para o local de trabalho - foram apenas equiparadas ao acidente típico¹¹.

A primeira das espécies de acidente atípico refere-se às doenças ocupacionais que são conseqüências da execução do trabalho, pela atividade ou pelas condições ambientais, e são subdivididas em doenças profissionais e doenças do trabalho.

As doenças ocupacionais se encontram conceituadas no art. 20, da Lei nº 8.213/91:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

A doença profissional, idiopatia, doença profissional verdadeira ou tecnopatia propriamente dita surge pelo exercício profissional peculiar a determinada atividade, ou seja, é típica de alguma atividade, própria da profissão e reconhecida pela Previdência Social.

¹⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doenças ocupacionais*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 43.

¹¹ *Ibid.*, p. 39.

Como exemplo, tem-se a enfermidade pulmonar originada da inalação habitual de partículas minerais ou metálicas em suspensão, como ferro (siderose), asbesto (asbestose), algodão (bissinose) e amianto (fibrose pulmonar)¹².

Já a doença do trabalho, mesopatia, moléstia profissional atípica, doença indireta profissional ou doença do meio decorre das condições especiais em que o trabalho é realizado, ou seja, não possui no trabalho a sua única ou exclusiva causa, contudo, é desse modo classificada porque o meio ambiente do trabalho é o fator que origina a morbidez em condição de produzir alguma lesão incapacitante.

Como exemplo de doença profissional, tem-se as LER e DORT, pois podem ser adquiridas em qualquer atividade, sem mesmo haver uma vinculação direta a determinada profissão¹³.

A diferença primordial entre as duas espécies de doenças ocupacionais reside no fato da doença profissional atípica não ter o nexo etiológico presumido com o trabalho, sendo necessária, portanto, a sua comprovação através de provas pericial, testemunhal e indiciária.

Ressalta-se ainda sobre as doenças ocupacionais, a previsão imposta pelo art. 20, I, da Lei nº 8.213/91 que determina para a caracterização de uma doença profissional ou do trabalho a sua prévia existência na relação do Anexo II do Regulamento da Previdência Social (RPS)¹⁴. Contudo, hodiernamente, entende-se pela natureza exemplificativa deste rol, com base no próprio § 2º do mencionado dispositivo, que impõe à Previdência Social considerar como acidente do trabalho, a doença não incluída na relação do Anexo II do RPS, se ela resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente.

Existem, todavia, doenças dispostas taxativamente pela lei que não podem corresponder à doença de origem ocupacional, segundo informa o art. 20, § 1º, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

- a) a doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;
- c) a que não produza incapacidade laborativa;
- d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

¹² CAIRO JÚNIOR, José. *Acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 5ª ed. – São Paulo: LTr, 2009. p. 161.

¹³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doenças ocupacionais*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 46

¹⁴ O Anexo II do RPS foi instituído pelo Decreto nº 3.048/99 e alterado recentemente pelo Decreto nº 6.042/07. Ele elenca inúmeras doenças ocupacionais, tais como: tuberculose, carbúnculo, brucelose, dermatofitose, hipotireoidismo devido a substâncias exógenas, transtornos mentais decorrentes de lesão e disfunção cerebrais e de doença física, neurastenia, distúrbios do Ciclo Vigília-Sono, entre outros.

O motivo dessa disposição é pelo fato do legislador infraconstitucional acreditar que doenças degenerativas (Alzheimer), inerentes a determinados grupos etários (senescência auditiva), sem interferência na capacidade laborativa (doença celíaca) ou endêmicas próprias da região (doença de Chagas) são adquiridas em razão da condição especial do empregado ou ainda da região onde o trabalho é realizado, portanto, sem nexos causal com o labor.

Por fim, é possível evidenciar a distinção entre acidente-tipo e doenças ocupacionais. Conforme foi demonstrado, o acidente se caracteriza pela subitaneidade, violência e simultaneidade entre causa e efeito, enquanto que, as doenças ocupacionais decorrem de um lento, silencioso e mediato processo, cujos efeitos são sentidos, em geral, internamente pelo empregado.

Continuando a análise das espécies atípicas de acidente do trabalho, têm-se as hipóteses legais de equiparação, de acordo com os incisos do art. 21, da Lei nº 8.213/91, que correspondem aos casos de infortúnios ligados indiretamente com o trabalho prestado pela vítima.

Inicialmente, o dispositivo supramencionado trata das denominadas concausas ou causas concorrentes com o acidente, conforme demonstrado a seguir:

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

Para Cavalieri Filho “a concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça [...]”¹⁵, isto é, a concausa é uma circunstância que concorre para o aumento do dano, mas se isolada da conduta principal não é capaz de gerar o evento danoso.

As concausas são classificadas em preexistentes, concomitantes ou supervenientes, de acordo com a causa que originou o acidente ou a doença ocupacional.

A primeira, também conhecida por anterior, prévia ou predisponente, refere-se à causa não relacionada com o trabalho, mas que, se a ele associado, produz a lesão capaz de levá-lo à redução de sua capacidade laborativa ou à morte. Como exemplo, cita-se o caso em que um empregado sofre um pequeno corte, porém, pelo fato de ser hemofílico, falece por causa do infortúnio.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58.

A concausa concomitante ou simultânea é a qual os sintomas da enfermidade coincidem com o momento do acidente. Como exemplo, tem-se o fato do empregado desmaiar por um motivo desvinculado ao trabalho, durante a execução do seu labor e sofrer uma lesão cortante na máquina que estava operando.

A concausa superveniente ou posterior é aquela que surge depois da ocorrência do acidente. É o caso, por exemplo, do empregado que sofre um corte no trabalho e, em consequência disto, é levado ao hospital, e neste contrai uma infecção, causando-lhe a morte.

Não pode ser considerada concausa superveniente, entretanto, a lesão resultante de acidente de outra origem que agrave ou complique às consequências da anterior, advinda de um acidente do trabalho, conforme exposto no § 2º, do art. 21, da Lei nº 8.213.

Outra hipótese de equiparação legal ao acidente de trabalho é a presente no inciso II, do mesmo dispositivo, *in verbis*:

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

- a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
- b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
- c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
- d) ato de pessoa privada do uso da razão;
- e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

Assim, o referido inciso traz as inúmeras situações de agressão ao empregado, provocadas por atos de terceiros não relacionados diretamente com a execução do trabalho, sendo, portanto, resultado do empregado se encontrar no local ou no horário de trabalho.

A terceira hipótese se refere à enfermidade proveniente da contaminação ocasional do empregado no desempenho do seu trabalho:

Art. 21 [...]

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

Trata-se da situação de contágio, infecção ou doença adquirida pelo empregado de forma imprevista, casual, fortuita durante o exercício de sua atividade, dentro do ambiente e horário de trabalho, ou mesmo no trajeto, nos

intervalos e durante as refeições, desde que comprovado o nexo causal entre a contaminação acidental e o trabalho.

Como exemplo, evidencia-se o caso de médicos que atuam diretamente com pacientes portadores de vírus, e os contraem em decorrência do seu exercício laboral.

Por último, existe a equiparação das lesões sofridas pelo empregado, mesmo fora do local e horário de trabalho, com o acidente típico, de acordo com o inciso transcrito abaixo:

Art. 21 [...]
IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:
a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;
d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

Merece destaque, dentre as hipóteses elencadas acima, a última alínea, pois descreve o denominado acidente de trajeto, acidente *in itinere*, acidente de itinerário ou acidente de percurso, que corresponde ao acidente ocorrido quando o trabalhador se encontra no caminho de ida ou volta do trabalho, em seu itinerário habitual ou rotineiro.

A justificativa para este amparo legal reside na necessidade do empregado se deslocar de sua residência para o seu local de trabalho, sujeitando-se, então, aos riscos inerentes ao percurso.

Há certa divergência doutrinária acerca do fato do trabalhador abandonar a rotina diária, tomando caminho diverso do percurso costumeiro. Para alguns autores, por exemplo, José de Oliveira, neste caso não se deve falar que o acidente é de percurso. Já outros, como Cláudio Brandão, defendem que o ligeiro desvio no trajeto, como passar em uma padaria para comprar pão a fim de levar para casa, não rompe com o nexo causal entre o acidente e o retorno do trabalho¹⁶.

¹⁶ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 193.

Face à argumentação mais lógica, o presente artigo se mostra mais favorável ao segundo posicionamento, tendo em vista, considerar insuficiente e irrelevante, o pequeno desvio para descaracterizar o acidente *in itinere*.

3.2. Natureza dos danos

No próximo tópico serão abordados os pressupostos definidores para a incidência da responsabilidade civil, contudo, neste momento é imprescindível evidenciar quais os tipos de danos sofridos por um empregado em decorrência de um acidente do trabalho.

Como visto, a caracterização de um acidente do trabalho se dá, entre outros fatores, com o resultado morte, perda ou redução, transitória ou definitiva, da capacidade laborativa. E é justamente nesta lesão onde se sedimenta o dano, que apresenta várias modalidades, cabíveis perfeitamente na relação de trabalho.

Inicialmente, é salutar conceituar dano, que, para Cavalieri Filho, corresponde a uma subtração a determinado bem jurídico, independentemente da sua natureza, material ou moral¹⁷. Já Sebastião de Oliveira entende que “dano abrange qualquer lesão a um bem tutelado pelo Direito”, podendo também apresentar espécies diversas, desde que represente um prejuízo¹⁸.

Existem dois grandes grupos de dano, aquele de conteúdo patrimonial e outro de cunho extrapatrimonial. O primeiro corresponde à lesão que atinge os bens pertencentes ao patrimônio da vítima, sejam eles presentes ou futuros. A partir deste conceito se origina a subdivisão do dano material em dano emergente e lucro cessante.

O dano emergente é reflexo da imediata redução dos bens materiais da vítima, ou seja, fundamenta-se nos bens perdidos efetivamente. Enquanto que o lucro cessante representa o patrimônio que a vítima provavelmente não irá obter em virtude da lesão, mas que tinha uma razoável expectativa e potencialidade de adquirir.

Nos casos de acidente do trabalho, quando o empregador é responsabilizado civilmente, conforme a situação, não há problema de se identificar na sentença condenatória a configuração do dano patrimonial e seu arbitramento, tomando como base tanto o dano emergente quanto o lucro cessante.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 71.

¹⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doenças ocupacionais*. 5ª ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 205.

Ao contrário dos demais danos, que por exigirem um exame mais acurado do órgão julgador, podem não ser reconhecidos, diante da dificuldade de demonstrá-los, ou se identificados, não terem um valor justo da sua indenização, pois há uma ausência de critérios objetivos na formação do seu cálculo¹⁹. Todavia, a jurisprudência tem avançado na matéria, como será verificado adiante.

No tocante ao outro grupo de danos – os extrapatrimoniais -, encontra-se o dano moral, que envolve os direitos da personalidade e sua integridade psicofísica. O CC, no seu art. 186, acolheu-o expressamente, ao dizer:

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

Para o ilustre autor Aguiar Dias, “dano moral é a reação psíquica, a dor que o homem experimenta em face da lesão, o desdobramento imaterial da lesão, a sua repercussão sobre a honra, sobre o sentimento²⁰.”

Dano moral ocorre quando uma lesão interfere negativamente no patrimônio pessoal da vítima, ou seja, ao violar sua intimidade, sua família, seu psicológico, sua vida social, sua honra, sua imagem, enfim, seus atributos pessoais.

Vislumbra-se também o cabimento do dano moral decorrente do infortúnio laboral, isto porque, o art. 7º, XXVIII, da CF/88, não limitou a indenização apenas aos aspectos materiais, além do mais, há previsão expressa no diploma infraconstitucional acerca do dano moral, o CC, em seus arts. 186, 948 e 949. Assim, por ser questão pacificada na doutrina e jurisprudência, pode ser incluída a indenização pelos danos morais do acidentado ou de seus dependentes, conforme esta ementa:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRABALHO. “LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO - LER”. DANO MORAL. PROCEDÊNCIA DA VERBA. I. Para a indenização por dano moral motivada por doença profissional, bastante a prova do fato, do qual decorre, no caso, a óbvia repercussão psicológica sobre a trabalhadora que se vê atingida e frustrada em face da sua incapacidade para continuar exercendo a atividade laboral para a qual se preparou e concretamente desempenhava, integrada à classe produtiva de seu país. II. O valor do ressarcimento deve ser fixado em patamar razoável, a fim de evitar enriquecimento sem causa. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp 329.094/MG, 4ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ de 17/06/2002).

¹⁹ A despeito disso, existe o Projeto de Lei nº 150 de 1999, aprovado no Senado e atualmente aguarda votação na Câmara dos Deputados, que estabelece os critérios para a fixação do valor dos danos morais.

²⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 146.

Além dos danos patrimoniais e morais, também se admite hodiernamente, mesmo diante de algumas controvérsias, outro tipo de dano, o estético, que se configura pela alteração física para pior, modificando a aparência e o bem-estar. Mas é clarividente que a comparação estética deve ser feita em relação à forma anterior do lesado e não ao estereótipo de beleza.

É possível também sua aplicação na seara trabalhista, quando, por exemplo, a lesão resultar de um acidente do trabalho que comprometa ou pelo menos altere a harmonia física da vítima. Sendo o caso da perda de algum membro, de uma cicatriz ou de qualquer mudança corporal que cause repulsa, afeição ou atenção por ser diferente.

Em última análise, cabe frisar que o prejuízo estético não caracteriza um terceiro gênero de danos, e sim, uma espécie de dano moral. Mas o que não impede o recebimento distinto das duas indenizações, segundo recente Súmula do STJ, nº 387: “É possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral.”

O entendimento, destarte, é pela cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração separada, com causas inconfundíveis.

Para reforçar este posicionamento, tem-se a seguinte ementa do TST:

CUMULAÇÃO DO DANO ESTÉTICO E DANO MORAL - POSSIBILIDADE JURÍDICA. I - O dano moral constitui lesão a direitos da personalidade e sua configuração se efetiva com o abalo sentimental da pessoa em sua consideração pessoal ou social, enquanto o dano estético pressupõe seqüela física, tratando-se de lesão que compromete ou altera a harmonia física da vítima. II - Apesar de não haver distinção ontológica entre o dano moral e o dano estético, esse se constitui numa subespécie daquele, visto que inconfundíveis os bens cuja reparação se procura obter, circunstância que dilucida a possibilidade jurídica da cumulação das respectivas indenizações, sem que se materialize o coibido *bis in idem*. Recurso conhecido e desprovido. (TST, RR 78003/2005-092-09-00.0, Data de Julgamento: 23/04/2008, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 30/05/2008).

Conforme restou demonstrado, a lesão de um acidente do trabalho poderá representar um dos tipos de danos e, com isso, apresentar a chance de incidência da responsabilidade civil, desde que os demais requisitos sejam atendidos, como os provados a seguir.

4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR PELOS DANOS CAUSADOS EM FACE DO ACIDENTE DO TRABALHO

Nas palavras do renomado autor Rui Stoco, responsabilidade civil:

é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*.²¹

Cavaliere Filho estabelece a diferença entre obrigação e responsabilidade civil, afirmando que aquela corresponde sempre a um dever jurídico originário, enquanto esta é um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação da obrigação²².

Para Sebastião de Oliveira, a responsabilidade civil se baseia na pretensão de ressarcimento de quem sofreu as conseqüências do infortúnio, ou seja, ela corresponde ao instrumento de manutenção da ordem social, tendo em vista, utilizar-se do patrimônio do causador do dano para restaurar o equilíbrio rompido, bem como desestimular possíveis violações futuras²³.

O fundamento legal do instituto da responsabilidade civil é identificado no art. 927, do CC, *in verbis*: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Sendo o conceito de ato ilícito dado no mesmo diploma infraconstitucional, arts. 186 e 187²⁴.

As causas jurídicas que podem ensejar uma obrigação de indenizar são as mais variadas, tais como: uma lesão antijurídica e culposa dos comandos a serem observados por todos; um inadimplemento contratual; uma violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela legislação àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas, ou uma violação aos deveres especiais de uma determinada relação jurídica (pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados)²⁵.

Têm-se, assim, duas espécies de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual ou aquiliana. A primeira decorre de um vínculo obrigacional preexistente, cujo inadimplemento provoca o dever de indenizar. Já a última

corresponde a um dever de indenizar que aparece com a lesão a um direito subjetivo de outrem, sem a necessária relação jurídica preexistente.

E inserido no campo da responsabilidade civil extracontratual, há a divisão em responsabilidade subjetiva e objetiva. Aquela apresenta como pressupostos a conduta culposa do agente (presumida ou comprovada), o dano e o nexo causal. Em contrapartida, a responsabilidade objetiva se sedimenta apenas nos pressupostos da conduta do agente, ausente do elemento culpa em sentido amplo, do dano e do nexo causal.

Como o presente artigo se fundamenta na responsabilidade civil extracontratual objetiva, serão detalhados somente os requisitos essenciais para sua configuração.

O primeiro deles é a conduta do agente que se resume ao comportamento humano voluntário exteriorizado por uma ação ou omissão, produzindo, assim, conseqüências jurídicas. Contudo, ausente da análise do elemento culpa *lato sensu* (dolo ou culpa em sentido estrito).

Quanto ao dano, este já foi examinado no ponto anterior, restando, portanto, a abordagem do último pressuposto, o nexo causal, que corresponde ao vínculo entre a conduta e o resultado (dano). E para se provar o nexo causal utiliza-se da teoria da causalidade adequada. Segundo esta teoria, causa será o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado.

Existem casos que, de maneira geral, provocam o rompimento do nexo causal, sendo eles: caso fortuito ou de força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. Portanto, mesmo diante da ocorrência de um acidente do trabalho com a presença de algum desses fatores, o empregador poderá se isentar de qualquer responsabilização civil, conforme ementa exemplificativa a seguir:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. Restando provado que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima, não há como se imputar à reclamada o dever de indenizá-la. (Processo 0100200-85.2005.5.05.0192 RO, ac. nº 015438/2006, Relator Desembargador JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, DJ 14/07/2006).

Sendo assim, a teoria da responsabilidade objetiva, também conhecida como teoria do risco, prescinde da prova da culpa, desvincula-se do dever de reparar o dano da idéia de culpa, transferindo, por sua vez, esse dever ao risco. E ela se tem revelado cada vez mais apropriada para solucionar casos

²¹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 112.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 02.

²³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doenças ocupacionais*. 5ª ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 73.

²⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 6.

em que a aplicação da teoria tradicional da culpa se mostrava incompetente, como por exemplo, no exercício de atividades que apresentavam perigo à vida, à saúde e a outros valores protegidos pelo direito, seja em função da sua natureza ou em razão dos meios utilizados.

Iniciada no final do século XIX, ela se faz presente expressamente no ordenamento jurídico pátrio. O CC, no seu art. 927, parágrafo único, o define dizendo:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conforme se verifica, o dispositivo acima criou hipótese de responsabilidade sem culpa, no exercício de atividade perigosa e de risco, quando esse perigo for inerente à própria atividade, independentemente do modo de seu exercício e, ainda, sem importar que essa atividade seja legítima ou não, porém exigindo-se que se trate de um risco anormal e especial.

Evidencia-se claramente a sua adoção na atualidade em diversos casos, como nos contratos de transporte, na responsabilidade civil do Estado, na responsabilidade civil por dano ambiental e nas relações de consumo. Merece destaque esta última hipótese, pois a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) representou um marco no campo da responsabilidade civil, tendo em vista, fixar a responsabilidade objetiva como a principal, deixando de lado o que antes era exceção passando a ser regra.

Atribui-se, então, esta influência do CDC as demais áreas do direito, como na relação trabalhista. Entretanto, existem sérias divergências a respeito da aplicação da responsabilidade objetiva do empregador em relação aos danos sofridos pelo seu empregado em decorrência de um infortúnio laboral.

Para os juristas contrários a adoção da responsabilidade objetiva nas hipóteses de acidentes do trabalho, como os autores Rui Stoco, José Cairo Júnior, Cavaliere Filho, entendem que a responsabilidade civil nestes casos está expressamente prevista na CF/88, art. 7º, XXVIII, e como a Carta Magna garante somente aos trabalhadores o seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, e a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa, não existe a possibilidade de uma norma infraconstitucional, como o CC, revogar preceito constitucional.

Já para parte da doutrina, como Cláudio Brandão, Henrique Gomes Batista, Antônio Elias de Queiroga e Rodolfo Pamplona Filho, favorável à

incidência da responsabilidade objetiva, a qual o presente artigo se filia, defende a possibilidade dos acidentes do trabalho serem enquadrados como intercorrências que ensejam responsabilidade independente de culpa do empregador, com supedâneo no citado art. 927, parágrafo único, do CC, quando o empregado exercer atividade perigosa ou que o exponha a riscos²⁶.

Esta parte da doutrina argumenta que Direito do Trabalho surgiu com fulcro de tentar equilibrar a desigual relação entre empregado e empregador, então, deve se utilizar sempre da norma mais favorável para o trabalhador, muito embora ela pertença ao Direito Comum, e não a sua base, como por exemplo, o Direito Civil.

Conforme previsão expressa do art. 7º, caput, parte final, da CF, onde exalta a qualificação dos direitos por ele elencado nos seus diversos incisos como mínimos, autorizando, por isso, a possibilidade de outros serem somados, desde que sejam para provocar a melhoria da condição social do trabalhador.

O reconhecimento desta responsabilização sem culpa do empregador naquelas atividades desenvolvidas no empreendimento que expõe a um risco considerável e extraordinário o empregado, é justamente um novo mecanismo para promover essa melhoria.

Além do mais, o próprio STF já se demonstrou favorável a inexistência de incompatibilidade entre a CF e a possibilidade de inserção de novos direitos ao trabalhador em diploma normativo de hierarquia inferior, através de inúmeros julgados, como na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 639, de Relatoria do Min. Moreira Alves.

Nesse sentido, então, se o empregado exerce atividade potencialmente perigosa ou de risco, deve-se apenas impor a comprovação da existência do fato ocorrido durante o exercício da atividade laboral ou de proteção, e da ocorrência do resultado lesivo e do nexo de causalidade entre um e outro.

Acrescenta-se ainda, outra passagem no próprio texto constitucional que estabelece a responsabilidade objetiva, através do risco criado, como nas atividades nucleares, ao fixar como princípio, no art. 21, XXIII, 'd', da CF/88, a responsabilidade civil por danos nucleares independentemente da existência de culpa.

Também no atual CC de 2002, como exceção à regra da

²⁶ Apesar de serem termos parecidos, é preciso distinguir atividade perigosa da atividade de risco. E a doutrina aponta esta diferença, ao afirmar que a primeira se trata daquela em que o perigo decorre da sua própria natureza ou dos meios utilizados, já a última se refere a uma notável potencialidade danosa com uma grande probabilidade de originar danos à saúde do empregado.

responsabilidade subjetiva, que admitiu a possibilidade de reparação do dano, independentemente de culpa, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem, consagrando a responsabilidade objetiva por força da teoria do risco.

Como se verifica, nos últimos anos o Direito brasileiro evoluiu no sentido de desenvolver a teoria da guarda e da incolumidade. E tem se mostrado cada vez mais a favor da valorização do trabalho e da proteção integral do trabalhador, pois somente assim, que se alcançará a paz social, o desenvolvimento econômico sustentável da nação e a erradicação da miséria e da violência.

Com fulcro de demonstrar que este último posicionamento se mostra como o mais adequado, primeiramente, serão definidas as subespécies das teorias existentes sobre o risco e, em seguida, quais as hipóteses ocasionadoras da responsabilidade objetiva nos casos de acidentes do trabalho.

4.1. Teorias sobre risco e sua aplicação ao contrato de trabalho

A doutrina da responsabilidade objetiva decorre da idéia de socialização da noção do risco. E segundo a teoria do risco, todo prejuízo advindo do exercício de uma atividade perigosa deve ser atribuído ao autor do dano e reparado por quem o causou, independentemente de ter agido com culpa.

Nesse diapasão, surgiram algumas modalidades da teoria do risco, sendo elas: do risco-proveito, do risco profissional, do risco de autoridade, do risco excepcional, do risco criado e do risco integral.

A primeira teoria defende a reparação, independente de culpa, por aquele que cria ou mantém um risco em proveito próprio. E sua incidência na relação trabalhista fica bem óbvia, quando se analisa as vantagens e os lucros ganhos pelo empregador ao explorar o seu empregado em uma atividade danosa, devendo, destarte, também se onerar pelos riscos causados.

Já a teoria do risco profissional diz que o dever de indenizar surge do prejuízo decorrente do desempenho da atividade laborativa ou profissional. Também se aplica aos casos de acidente do trabalho, pois a sua origem se justifica justamente no risco inerente a natureza de determinada profissão.

Há ainda, apesar das críticas²⁷, a teoria do risco de autoridade, a qual se fundamenta na simples condição de subordinação do empregado ao empregador. Para os adeptos desta modalidade, ela se aplica nos casos de acidente de trabalho, porque, mesmo o risco não sendo imanente do

²⁷ O doutrinador Cláudio Brandão entende que esta subespécie da teoria do risco estaria em desuso, haja vista, a tendência atual ser de proteger cada vez mais os trabalhadores também sem vínculo de emprego.

exercício da profissão, quando o empregado sofre um infortúnio laboral no cumprimento de uma ordem do seu patrão, este deve se responsabilizar.

Quanto à teoria do risco excepcional, esta indica que o dever de reparar nasce da verificação de que algumas atividades provocam um excepcional risco, fora da atividade normalmente exercida pela vítima, como por exemplo, os casos de rede elétrica de elevada tensão e de exploração da energia nuclear. Assim, essas atividades impõem àqueles que a exploram o dever de indenizar, mesmo sem comprovada a sua culpa para o evento.

A teoria do risco criado se remete ao caso das atividades e profissões que, de algum modo, originam um perigo, abstraindo a necessidade de demonstrar que tal atividade traz proveito ou vantagem ao seu agente. Portanto, aplica-se aos infortúnios laborais, independente da idéia de culpa para desencadear uma reparação, sendo suficiente a demonstração do risco criado.

Por último, a teoria do risco integral consagra o dever de reparar plenamente por aquele que obtém proveito da atividade explorada, ainda que ausente o nexo causal e seus elementos de rompimento (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior).

4.2. As hipóteses de acidentes do trabalho que possibilitam a responsabilização objetiva do empregador

Não é possível afirmar que todas as atividades de risco determinam o reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador. O objetivo deste artigo é estabelecer por meio da doutrina especializada na matéria e da jurisprudência quais seriam estes casos.

Num primeiro momento, ressaltam-se as hipóteses em que não deve estabelecer, de forma geral, a manutenção dos critérios da responsabilização objetiva do empregador, pois há o rompimento do nexo causal do infortúnio com a atividade normalmente exercida, como por exemplo: no acidente ocorrido quando o empregado se encontra em viagem a serviço da empresa, desde que o meio de transporte não pertença ao empregador; os acidentes decorrentes das concausas, sem vínculo algum com o trabalho; o acidente *in itinere*, mas que o transporte não seja fornecido pelo empregador; e, o acidente ocorrido nos períodos da refeição, do descanso ou da satisfação de outras necessidades fisiológicas²⁸.

Para ilustrar um dos casos elucidados acima, tem-se a seguinte ementa:

²⁸ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 320.

ACIDENTE DE TRABALHO. TRAJETO ENTRE A RESIDÊNCIA DO EMPREGADO E A EMPRESA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AUSÊNCIA DE REQUISITOS ENSEJADORES. Não obstante o artigo 21, IV, d, da Lei n. 8.213/91, classifique como acidente de trabalho o infortúnio sofrido pelo empregado no percurso da residência para o trabalho, ou deste para aquela, que acarrete ao trabalhador lesão corporal ou perturbação funcional que cause danos como morte ou redução permanente ou temporária de sua capacidade laboral, não se há falar em indenização decorrente de dano moral, porquanto a Constituição da República em seu art. 7º, inciso XXVIII, segunda parte, ao versar sobre o acidente de trabalho, assegura ao empregado o direito à indenização pelo empregador quando este 'incorrer em dolo ou culpa.' Ademais o instituto da responsabilidade civil subjetiva impõe resem caracterizados os seguintes requisitos: a) a ação ou omissão do agente; b) relação de causalidade; c) existência de dano; d) dolo ou culpa do agente. No caso em comento, a ocorrência do dano, sem a presença dos demais requisitos, afasta a responsabilidade do empregador. Recurso a que se nega provimento. (TRT23. RO - 00845.2007.021.23.00-5. Publicado em: 02/04/08. 2ª Turma. Relator: DESEMBARGADORA MARIA BERENICE).

Existe ainda o caso elucidado pelo autor Cláudio Brandão, no qual também não incide, a princípio, a responsabilidade objetiva do empregador, quando se trata de acidente sofrido pelo empregado, no local e no horário de trabalho, por ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou colega de profissão, bem como nos casos fortuitos ou de força maior.

Admite-se, contudo, exceção quando se referir a um acidente típico, decorrente do risco inerente à atividade normalmente desenvolvida, como por exemplo, na hipótese da ementa colacionada abaixo:

DANO MORAL. ASSALTO A BANCO. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. Revela-se totalmente previsível ao senso comum que, com os atuais níveis de violência, os bancos que não providenciem proteção privada para seus funcionários, ocupantes de cargo de confiança, resultem em culpa (negligência). Em tais condições, tendo o gerente sofrido agressões físicas e psicológicas durante assalto, deve o banco indenizá-lo do dano moral sofrido. Ademais, na sistemática do novo Código Civil, o parágrafo único do art. 927 introduziu a chamada teoria do risco, segundo a qual aquele que cria um risco de dano pelo exercício de sua atividade obriga-se a repará-lo, independentemente de culpa (responsabilidade objetiva), a qual é presumida. (TRT 18ª R., RO 00345-2003-051-18-00-9, Relatora: JUIZA IALBALUZA GUIMARÃES DE MELLO, Data de Julgamento: Goiânia, 25/11/2003).

Superada esta etapa inicial, doravante serão indicadas, de maneira geral,

as atividades, cujas espécies de infortúnio tornam possível a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva: as atividades de risco acentuado. Estas correspondem às atividades cujo risco está acima daquele proporcionado normalmente pelo trabalho, a fim de tornar possível a definição dos critérios para a aplicação ao contrato de trabalho da teoria da responsabilidade objetiva.

De início, cumpre ressaltar a diferença entre um risco genérico e um risco específico. Aquele corresponde ao risco comum da atividade de viver, no qual se encontram todas as pessoas, enquanto que o risco específico nasce de uma determinada situação, como, por exemplo, dos agentes causados pelo trabalho.

A respeito desse último risco, tem-se o fato do trabalhador de uma mina produtora de potássio, que se encontra sujeito aos mais diversos riscos: de ser acometido por uma doença respiratória, de sofrer um atropelamento no interior da mina, de se lesionar com as pedras ou mesmo com a detonação de explosivos, dentre outros²⁹.

O presente artigo se fundamenta no risco específico acentuado ou, simplesmente, risco acentuado, para determinar ao empregador a responsabilidade pelos danos independentemente de culpa quando esse grau de risco se mantiver em patamar superior a média observada para o agrupamento social que se encontra sujeito aos mesmos agentes.

Nesse sentido, a ementa seguinte demonstra com exatidão este pensamento:

DOENÇA DO TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO ACENTUADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). Há atividades em que é necessário atribuir-se um tratamento especial, a fim de que sejam apartadas do regime geral da responsabilidade, em virtude do seu caráter perigoso, sempre presente na execução cotidiana do trabalho. Nesses setores não se pode analisar a controvérsia à luz da teoria da culpa; há risco maior e, por isso mesmo, quem o cria responde por ele. (Processo 0109700-58.2005.5.05.0134 RO, ac. nº 010961/2007, Relator Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO, 2ª. TURMA, DJ 29/05/2007)³⁰.

Não é possível prever um rol taxativo de atividades de risco, apenas exemplificativo, tendo sempre como referência aquelas que tenham como praticamente certa a ocorrência de eventos danosos.

Pode-se apontar como atividades de risco acentuado: as atividades

²⁹ Ibid., p. 314.

³⁰ Em igual sentido, veja ainda: TRT 10ª R - nº 00351-2005-802-10-00-7 RO, Relatora Desembargadora Flávia Simões Falcão, 2ª TURMA, DJ 14/12/2005.

perigosas elencadas pelo art. 193 da CLT, as atividades insalubres do art. 192 da CLT e descritas pela Norma Regulamentadora (NR) -15, as atividades constantes no Anexo II do RPS, as atividades penosas e as atividades de notório risco (transporte de valores e de passageiros, segurança e vigilância, geração e distribuição de energia elétrica, exploração de minas em subsolo, demolição, uso de armas de fogo e trabalho em alturas).

Mas não é toda execução de atividade de risco acentuado que pode originar a responsabilidade objetiva do empregador. Para o autor Cláudio Brandão, os possíveis casos são aqueles decorrentes de um acidente-tipo, de doenças ocupacionais e de acidentes ocorridos no local e horário de trabalho, onde há presença de fatores de risco habitual³¹.

Sobre o acidente-tipo, este se justifica pelo fato de se originarem em decorrência da exposição constante do empregado aos fatores de elevado risco, seja pela natureza do produto, pelo processo de fabricação ou, simplesmente, pelas condições de labor. E as ementas a seguir demonstram tal posicionamento:

ACIDENTE DO TRABALHO. VAQUEIRO. MANEJO DE ANIMAIS. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). Em virtude dos aspectos naturais decorrentes do manejo de animais, da ausência de controle da reatividade e da imprevisibilidade do comportamento a eles inerentes, o trabalho do vaqueiro pode ser reconhecido como de risco acentuado, o que autoriza a incidência da regra prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, e, conseqüentemente, caracteriza a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos causados em virtude de acidente do trabalho. (Processo nº 01147-2004-531-05-00-0 RO, ac.24876/06, Relator Desembargador Cláudio Brandão, TRT 5ª R., 2ª TURMA, DJ 02/10/2006).

DIREITO CIVIL – DIREITO DO TRABALHO – DANO MATERIAL E MORAL – ACIDENTE DE TRABALHO “LATU SENSU – CORTADOR DE CANA – Quando se analisa a responsabilidade civil, faz-se mister apurar a existência de conduta dolosa ou culposa do agente causador do dano, bem como o nexo causal, o que, por conseguinte, vai determinar a reparação, ou não, do dano (art. 186, CC). No que concerne ao dano decorrente de acidente de trabalho, a responsabilidade do empregador encontra respaldo na Carta Maior, nos termos do art. 7º, XXVIII. Portanto, impõe-se considerar da aplicação, ou não, do art. 927, CC, dada a atividade desenvolvida, se de risco. A conjugação da NRR3, com a NR 5 e NRR4, leva à conclusão de enquadramento da empregadora no Grau de risco 3. Conseqüentemente, a atividade da Reclamada está enquadrada como atividade de risco, cuja responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 927, parágrafo único, CC, bem como arts. 12 e 18, CDC, por

³¹ Ibid., p. 320.

aplicação subsidiária. O fornecimento unicamente de luvas para o desempenho da função de cortador de cana não exime a Reclamada da culpa objetiva. Recurso provido no particular. (TRT 15ª R. – RO 1123-2005-103-15-00-6 – (47343/06) – 3ª C. – Rel. Juíza Luciane Storel da Silva – DOESP 06.10.2006)³².

Já a respeito do segundo caso, que se refere às doenças ocupacionais, a aplicação da responsabilidade objetiva se explica porque o empregador possui o dever de adotar todas as medidas necessárias para eliminar ou reduzir a incidência do risco acentuado inerente ao exercício da atividade laborativa. Diferenciando-se do primeiro caso, pois neste o dano é causado de forma mediata e gradual.

Como exemplificação, a ementa transcrita abaixo demonstra com vigor o posicionamento supramencionado:

DOENÇA DO TRABALHO. MONTAGEM DE ANDAIMES E ESTRUTURAS TUBULARES. ATIVIDADE DE RISCO ACENTUADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). Há atividades em que é necessário atribuir-se um tratamento especial, a fim de que sejam apartadas do regime geral da responsabilidade, em virtude do seu caráter perigoso, sempre presente na execução cotidiana do trabalho, tal como ocorre com a atividade de montagem de andaimes e estruturas tubulares. Nesses setores, não se pode analisar a controvérsia à luz da teoria da culpa; há risco maior e, por isso mesmo, quem o cria responde por ele. (Processo 0010100-65.2008.5.05.0132 RO, ac. nº 000339/2010, Relator Desembargador CLÁUDIO BRANDÃO, 2ª. TURMA, DJ 29/01/2010).

Por fim, o caso do acidente ocorrido no local e no horário do trabalho, quando for próprio do meio ambiente do trabalho, os fatores de risco habituais, justifica-se a incidência da responsabilidade objetiva tomando como parâmetro o alto grau de risco a qual se sujeita o empregado no exercício de sua atividade para proporcionar proveito ao empregador, conforme demonstrado por estes julgados:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. Se existe nexo de causalidade entre a atividade de risco e o efetivo dano, o empregador deve responder pelos prejuízos causados à saúde do empregado, tendo em vista que a sua própria atividade econômica já implica situação de risco ao trabalhador. Assim, constatada a atividade de risco experimentada pelo autor, não há como se eliminar a responsabilidade do empregador, pois

³² Neste mesmo sentido, também os seguintes julgados: TRT 5ª R nº 00689-2003-161-05-00-4 RO, Relator Desembargador Cláudio Brandão, 2ª TURMA, DJ 16/05/2006 e TRT 5ª R nº 00275-2007-027-05-00-0 RO, Relator Desembargador Cláudio Brandão, 2ª TURMA, DJ 15/01/2008.

a atividade por ele desenvolvida causou dano ao empregado, que lhe emprestou a força de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido (TST, 6ª Turma, RR-1239/2005-099-03-40, Min. Aloysio C. da Veiga, DJU 30.11.2007)³³.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito pátrio assegura a possibilidade de acumulação do seguro acidentário com a reparação civil, conforme previsão expressa no art. 7º, XXVIII, da CF/88. E da leitura desse dispositivo, infere-se que a concessão de um benefício acidentário concedido pelo INSS não elide a possibilidade do empregador ser condenado a pagar uma indenização fundada na legislação cível, de acordo com a Súmula 229 do STF.

No caso de um infortúnio laboral caracterizado, além das garantias já anteriormente estabelecidas, como a segurança no emprego por doze meses, subseqüentes ao término do seguro acidentário e o direito ao recolhimento dos depósitos do FGTS relativos ao período, o trabalhador também poderá obter uma indenização de natureza cível. Contudo, a norma constitucional somente conjecturou a indenização decorrente da culpa ou dolo do empregador, ou seja, a responsabilidade subjetiva.

Mais tarde, com o advento do CC de 2002, que reconheceu a teoria da responsabilidade objetiva já amplamente utilizada pelas normas de cunho consumerista, surgiu o imbróglio sobre a sua aplicação ser estendida também às relações trabalhistas, em especial às decorrentes de um acidente do trabalho.

Apesar de ser uma discussão ainda recente, já existem doutrina e jurisprudência consolidadas em afirmar pela possibilidade da incidência desta teoria objetiva. Pois, para os favoráveis a este pensamento, segundo as normas insculpidas no Novo Código Civil, no seu art. 927, parágrafo único, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo empregador implicar, por sua natureza, risco para outrem, a reparação dos danos daí decorrentes deve ser apreciada à luz da responsabilidade objetiva.

Nessa seara, como é cediço, não se questiona a existência de culpa, porquanto a demonstração do dano e do nexa causal é suficiente para estabelecer a obrigação de indenizar.

A justificativa para aplicação da responsabilidade objetiva reside, principalmente, no fato do texto constitucional permitir a ampliação do rol

³³ Há ainda, em igual posicionamento: Vara do Trabalho de Assu/RN nº 492/2007, RT, Juiz Titular Luciano Athayde Chaves, data da publicação em 10 de abril de 2008 e TRT 23. nº 00805.2006.086.23.00-8 RO, Relator: DESEMBARGADORA LEILA CALVO, 2ª Turma, Publicado em: 25/04/08.

dos direitos ao trabalhador por meio da legislação infraconstitucional, tendo em vista o art. 7º, caput, parte final, da CF, exaltar a qualificação dos direitos por ele elencado nos seus diversos incisos como mínimos, possibilitando, portanto, a inserção de outros.

Ademais, o Direito do Trabalho, que apresenta como objetivo precípua o de equilibrar a desigual relação entre empregado e empregador, deve se utilizar sempre da norma mais favorável para o trabalhador, e a aplicação da teoria objetiva representa o reflexo disso, ao representar na prática mais uma vantagem ao obreiro vítima de um acidente laboral.

Em conformidade ao que foi demonstrado no presente artigo, o empregador somente deve responder objetivamente pela reparação dos danos, se a natureza do empreendimento oferecer risco acentuado à integridade física do trabalhador, e configurando-se em um dos casos decorrentes de um acidente-tipo, de doenças ocupacionais ou de acidentes ocorridos no local e horário de trabalho, onde há presença de fatores de risco habitual.

Por fim, ressalta-se que a despeito de toda esta proteção ao trabalhador, com base nesta legislação reparatória, o almejado é que o acidente do trabalho não ocorra, devendo, para tanto, poder público, empresa e trabalhador observarem, rigorosamente, as normas legais preventivas.

REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.
- CAIRO JÚNIOR, José. *Acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- COSTA, Hertz Jacinto. *Acidentes do trabalho. Teremos nova lei acidentária?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 664, 1 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6662>>. Acesso em: 19 abr. 2010.
- DELGADO, José Augusto. *A Constituição Federal e o acidente de trabalho: interpretação do art. 7º, inciso XXVIII, da CF de 1988*. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/bibliografiaselecionadas/acidentedetrabalho>>. Acesso em: 01 de abr. de 2010.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1993. p. 81.
- FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. *Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doenças ocupacionais*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. São Paulo: Renovar, 2002.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

UMA LEITURA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS CAPITALISTAS

Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira¹

Resumo: O presente estudo aborda os direitos humanos como produto cultural. A partir disso, concebe-se que, no contexto do capitalismo, as relações de produção, que objetivam o lucro, alienam a classe dos trabalhadores, refletindo um direito próprio que cumpre o papel ideológico de estabilizar as relações trabalhistas fundadas no capital e comprometidas com este sistema. Destarte, investiga-se a hipótese de pesquisa de que o direito à igualdade e os direitos (humanos) fundamentais, sobretudo, os sociais, não têm a efetivação radical pela incompatibilidade destes com as bases do capitalismo meritocrático, apoiado na divisão social do trabalho e na alienação dos trabalhadores.

Palavras-chave: Direitos humanos; relações trabalhistas; capitalismo; alienação; ideologia.

Abstract: This study discusses human rights as a product of the culture, taking that, in a capitalist setting, the relations of production alienate the working class. It analyzes the research idea that basic human rights (especially the social rights) will not be radically effective by its inconsistency with meritocratic capitalism, which is founded by the alienation of the labourers and division of labour.

Keywords: human rights; labour relations; capitalism; alienation; ideology

APRESENTAÇÃO DAS CATEGORIAS FUNDAMENTAIS À PESQUISA

Este escrito foge à divisão estrutural convencional de artigos científicos (introdução, desenvolvimento e conclusão), embora a existência de uma estrutura seja perceptível, em termos de conteúdo, a partir da evolução da leitura.

A pesquisa pretende refletir sobre categorias teórico-reais (esta terminologia serve para explicar que são conceitos que as ciências sociais empregam, mas serão utilizadas aqui com maior concretude possível) relacionadas ao trabalho e ao sistema capitalista.

Pelo contexto de realização desta investigação, o presente estudo não logrará todos os aprofundamentos que a problemática requer, mas tentar-se-á alcançar um nível de análise crítica sustentável, contando, para tanto, com aporte em pensadores que enfocam a temática que envolve os direitos humanos num contexto capitalista, em que a alienação e a

¹ Pós-graduando do Curso de Especialização em Direitos Humanos, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERJ). Servidor Público Estadual. Advogado. Contato: ramonreboucas@yahoo.com.br.

ideologia decorrentes das relações de trabalho são evidentes e capazes de se reinventarem para superação das críticas teóricas e das reinvenções concretas².

Como principal categoria, o trabalho (para Lukács, categoria fundante do ser social)³ pode ser entendido como o atuar humano sobre a natureza, uma apropriação tecnológica da realidade, o que compreende também o trabalho sobre o imaterial e as obras intelectuais. Num contexto de mercado capitalista, sem proceder a retornos históricos evolutivos, o trabalho produz mercadorias que são valoradas economicamente pelos indivíduos e organizações (de indivíduos) inseridas neste sistema de produção para operar trocas e compras.

Para ser vantajoso, no tráfico de mercadorias, o lucro é visado e medido a partir da diferença entre o preço de troca (“a expressão monetária desse valor, que oscila também pela relação entre a oferta e a procura”) e a força de trabalho necessária para produção de mercadorias (“o tempo de trabalho socialmente necessário para sua produção”)⁴.

As crises do capitalismo são estimuladas pelas relações de oferta e procura. Quando em escassez da produção, o valor é elevado e a procura idem, assegurando-se lucro. Todavia, com o acréscimo da capacidade produtiva, com tecnologias (geralmente, gerando desemprego), a abundância faz o preço cair e, assim, os burgueses cuidam de contradizer suas relações produtivas para manter o lucro, realizando cortes no custo da produção (via de regra, flexibilizando direitos dos trabalhadores).

A essa forma de exploração, Mészáros⁵ chama “produção destrutiva”, porquanto para gerar mais-valia precisa prejudicar a si mesmo e a humanidade.

Nesse ponto, interessa pontuar a diferença que há entre lucro e mais-valia. Esta é sempre concreta e decorre de um trabalho excedente; aquele não decorre, necessariamente, do trabalho excedente, já que pode ser um lucro virtual. A virtualidade do lucro é evidenciada pelas bolsas de valores, por exemplo. Pode se sustentar a ideia de que o lucro é decomposto da mais-valia.

Os burgueses (o uso de burguesia embora pareça antiquado é válido, tendo em vista a capacidade de transmitir o sentido e identificar a classe social a qual se refere) exploram a força produtiva do proletariado (classe dos destituídos dos bens de produção), o qual vende sua capacidade de trabalho por um valor que, para garantir-se a viabilidade do empreendimento burguês, deve ser inferior ao custo da produção.

² Sobre as transformações sofridas pela relação trabalho-capital, conferir PANIAGO, Maria Cristina Soares. **Capital e Trabalho** – uma relação de subordinação hierárquica incontornável e incontrolável.

³ LESSA, Sergio. **Lukács**: Trabalho, Objetivação, Alienação. Disponível em: <http://www.sergiolessa.com/artigos_92_96/trabalho_objetivacao_alienacao_1992.pdf>. Acesso em 16.08.11.

⁴ LESSA, Sergio. **Trabalho e sujeito revolucionário**: viva a classe operária? Disponível em: <http://sergiolessa.com/CapLivros08_09/Fiocruz2008_site.pdf>. Acesso em 16.08.11.

⁵ LESSA, Sergio. **Trabalho e sujeito revolucionário**: viva a classe operária? Disponível em: <http://sergiolessa.com/CapLivros08_09/Fiocruz2008_site.pdf>. Acesso em 16.08.11.

Daí o conceito marxista de mais-valia, como a apropriação do excedente pelo capitalista⁶. Como decorrência, o trabalhador se comporta como mercadoria (vendável), explorado para produzir bens que se tornam inacessíveis a ele mesmo, produzindo, assim, a alienação, por esse meio de produção.

Para Lukács⁷, o momento de objetivação, necessário para a criação ontológica e que cria novas relações entre os homens e as coisas produzidas, não se pode eliminar, distinguindo o criador e o produto do trabalho, ao que denomina ser o fenômeno da alienação. Outras posturas acerca da concepção de alienação são adotadas, mas, pelos marxistas, em que pesem discordâncias em alguns aspectos, sempre é visualizada com esse sentido negativo.

Em meio a essa exploração, o passo revolucionário parte da tomada de consciência desse estado de alienação, conforme idealizado por Marx e Engels. Historicamente, em que pesem as grandes frustrações com sistemas ditos comunistas e socialistas, atuações operário-sindicalistas alavancaram conquistas sociais, políticas e jurídicas que valem ser acentuadas.

Nesse contexto, interessante notar a colocação de Lessa⁸ ao afirmar que o Estado de Direito não foi conquista dos trabalhadores, mas uma forma da burguesia garantir a mais-valia, uma vez que o proletariado não levou ao debate radical o desemprego e a escassez, mantendo-se num estado reformista e não revolucionário, frustrando-se uma ofensiva socialista.

Com enfoque sobre o jurídico, pode-se dizer que o Estado de Direito (burguês, é de bom alvitre não olvidar), sob a égide da legalidade e dos influxos constitucionalistas, obteve uma segurança desejável em relação aos caprichos absolutistas, ao passo que também regulou as relações entre capital e trabalho.

Com a positivação do direito, a cada golpe ou pressão proletária, a burguesia hegemônica, para assegurar o domínio, cede, calculadamente e com grande eficácia simbólica (sem compromissos reais com os trabalhadores), registrando dispositivos normativos em legislações e tratados.

Critica Mészáros⁹ o fato do trabalhador se mostrar, nesse contexto, um parceiro do burguês e não um anticapitalista, que reforça sua identidade classista. Desse modo, as reformas pontuais são apenas ajustes capitalistas às novas forças produtivas e demandas de mercado. Cria-se, assim, uma máscara de capitalismo humano! (pode-se sustentar ser uma contradição em termos, se considerada a forma exploratória como destrutiva, como visto acima).

⁶ BULLA, Leônia Capaverde. **Relações sociais e questão social na trajetória histórica do serviço social brasileiro**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/947/727>>. Acesso em 16.08.11.

⁷ LESSA, Sergio. **Lukács**: Trabalho, Objetivação, Alienação. Disponível em: <http://www.sergiolessa.com/artigos_92_96/trabalho_objetivacao_alienacao_1992.pdf>. Acesso em 16.08.11.

⁸ LESSA, Sergio. **Trabalho e sujeito revolucionário**: viva a classe operária? Disponível em: <http://sergiolessa.com/CapLivros08_09/Fiocruz2008_site.pdf>. Acesso em 16.08.11.

⁹ LESSA, Sergio. **Trabalho e sujeito revolucionário**: viva a classe operária? Disponível em: <http://sergiolessa.com/CapLivros08_09/Fiocruz2008_site.pdf>. Acesso em 16.08.11.

Como produto cultural, o direito que nasce de conflitos capitalistas, não rechaça o modo de produção do capital, pelo que permanece sendo um estabilizador social das mesmas relações de exploração do trabalho pela burguesia, dado que o capitalismo permanece hegemônico. Não se trata de revolução, pois a alienação do trabalhado persiste, mas de reformas que, ideologicamente, cumprem a função social de um direito capitalista.

Nas palavras de Marcus Ferreira¹⁰, “o Direito nasce da realidade, do processo histórico e dos valores que, num dado momento, são positivados na ordem jurídica”, mas continua dizendo que o direito é oriundo de lutas e transformações sociais, inclusive, “**quando isso é possível**, dos padrões impostos pelos grupos de dominação” (destacou-se).

Do padrão econômico do capital, o direito contemporâneo não se esquivou, tendo em vista que o capitalismo tem se reinventado, não se podendo enxergar um direito socialista efetivo, quando muito influxos dialéticos do próprio capitalismo em reconstrução para se manter.

Corroborando com a tese sustentada, interessante nota de Adams e Pfeifer¹¹ sobre a questão, para os quais “o Estado de Bem-Estar Social representa uma intervenção no social, decorrente do caráter antagonístico do capitalismo, de suas estruturas desiguais, sendo, contudo, um Estado social que é antes capitalista, e a cidadania que promove apresenta fins de legitimação”.

O Estado de bem-estar social, após os insucessos dos projetos socialistas e comunistas, levou a própria classe operária a não enxergar alternativas ao capitalismo. Num panorama de “pós-modernidade”, em que se esfacelam as relações e as lutas coletivas, transforma-se em Estado neoliberal, com suas repúblicas democráticas e sofisticados aparelhos burocráticos estatais, com racionalidade própria. A falta de coesão entre os trabalhadores faz com que todos concorram pelo emprego que resta e se individualizem perante o burguês, enfraquecendo-se como categoria.

A respeito da classe trabalhadora, Ivo Tonet¹² a define como a que se origina da venda da força de trabalho, para extração da mais-valia pelo burguês, transformando-se o ser humano em mercadoria, pelo que pontua:

Os indivíduos pertencentes a esta classe encontram-se numa situação tal que, para poderem realizar-se como seres genuinamente humanos, se vêem obrigados a destruir a sua própria condição de classe e, para isso, a própria sociedade de classes. Daí porque ela é uma classe cujos interesses mais

¹⁰ FERREIRA, Marcus Moura. **O direito ao trabalho no conjunto mais amplo dos direitos humanos**: aspectos de sua proteção jurídica no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_60/Marcus_Ferreira.pdf>. Acesso em 16.08.11.

¹¹ ADAMS, José Rodrigo Barth; PFEIFER, Mariana. Ampliando e (des)ampliando a cidadania. Disponível em: <<http://www.cce.udesc.br/cem/simposioudesc/anais/st4/st4mariana.doc>>. Acesso em 16.08.11.

¹² TONET, Ivo. **Marxismo para o século XXI**. Disponível em: <http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/Marxismo_para_o_Seculo_XXI.pdf>. Acesso em 16.08.11.

essenciais não são particulares, mas universais. Daí porque ela tem necessidade de um outro tipo de conhecimento, um conhecimento que vá até a raiz das desigualdades sociais, um conhecimento que permita intervir na realidade social de modo a alcançar aqueles objetivos universais.

Assim como as mercadorias são avaliadas e variam de preço, conforme pressões e variações mercadológicas, sem afastar a mais-valia e a exploração do proletariado pela burguesia, o direito se adequa e se adapta para contemporizar os conflitos antagonísticos, sem, contudo romper o compromisso com o capital.

Qualquer mudança jurídica, no sistema capitalista, que despreze a manutenção e viabilidade do capitalismo não encontra força de legitimação, sobretudo, econômica, espalhando-se pelos meios de propagação ideológica do capital, como as escolas, a família, as religiões, as artes, moda, consumismo, luxo, etc.

CONTEXTUALIZAÇÃO CAPITALISTA DOS DIREITOS HUMANOS

Pela conjuntura histórica apresentada, seria ingênuo pensar que as declarações de direito, como as de direitos humanos, ou as constituições dos Estados teriam compromissos de realizar concretizações anticapitalistas, sendo apenas a liberdade e a igualdade os pseudônimos das limitações e desigualdades do capital expressas juridicamente (ideologicamente) como conquistas.

Neste artigo, se propõe uma leitura sobre como as relações laborais capitalistas se incompatibilizam com a efetivação radical (porquanto se procede a uma eficácia tecnológica que avalia o custo-benefício) dos direitos humanos sociais, a partir da crítica ideológica dirigida ao direito à igualdade, pressuposto dos direitos fundamentais sociais, em face do fundamento capitalista da meritocracia e da divisão social do trabalho (clarividente diferenciação necessária para processamento das relações capitalísticas).

Nesse enredo, Adams e Pfeifer¹³ compartilham do mesmo pensamento, relacionando o insucesso do Estado do bem-estar ao triunfo do neoliberal, que tem se mostrado um pós-social, pelo fato de não retirar de seu discurso jurídico-retórico os direitos sociais: “Fortalece-se a lógica de desmonte das políticas sociais e configura-se o quadro de redução do direito à economia, em prol do projeto neoliberal. A afirmação dos direitos de liberdade individuais se dá em detrimento dos direitos sociais coletivos de cidadania”.

Com efeito, a divisão social do trabalho, essencial ao funcionamento do sistema capitalista, numa fragmentação entre classes dos detentores e excluídos dos bens de produção, além da pulverização dos próprios

¹³ ADAMS, José Rodrigo Barth; PFEIFER, Mariana. Ampliando e (des)ampliando a cidadania. Disponível em: <<http://www.cce.udesc.br/cem/simposioudesc/anais/st4/st4mariana.doc>>. Acesso em 16.08.11.

membros do proletariado em subcategorias profissionais, provoca uma notória desigualdade econômica (e, então, social e cultural, etc.) que o direito (capitalista) à igualdade, previsto com força normativa e da forma que aplicado pelos tribunais, não consegue – até porque não foi positivado para essa finalidade – suplantar.

Conforme apresenta Capaverde¹⁴, tratando das ideias de Karl Marx, o sistema capitalista, além da exploração, significa a alienação do homem, de diversas formas: a religiosa, a filosófica, a política e a socioeconômica.

Especificamente sobre a alienação econômica e social, a autora citada exemplifica que se processa por meio da: **separação** entre o homem e seu trabalho (sem poder de decisão); **separação** entre o homem e o produto de seu trabalho (falta de controle da produção e sobre os resultados dela); **separação** entre o homem e seu semelhante, gerando relações de **competição**. Enfim, conclui que “essas formas de alienação se fundamentam na **divisão social do trabalho**, na propriedade privada e na decorrente **divisão** da sociedade em classes (destacou-se)”.

A base central do capitalismo é a divisão, a diferenciação, a concorrência, e não a igualdade e o equilíbrio, pois a equivalência do preço “justo” arruína a mais-valia tão desejada. O lucro capitalista, nesse sentido, se contrapõe à justiça social, pois aquele se sustenta pela meritocracia e pelo individualismo, que destaca o poder do esforço pessoal e da capacidade do ser humano de se beneficiar pelas suas criações e exigir lucro e não apenas um preço na medida do esforço, até mesmo pela dificuldade em se precisar, aprioristicamente, monetariamente, o uso da força de trabalho, seja intelectual ou manual, papel que é exercido pelo mercado. É salutar não esquecer: o mercado não é algo em si, não é uma realidade autônoma, mas uma construção dos seres humanos, embora seja “pregado” ou ensinado como um espaço soberano sobre as pessoas, que avalia os seus criadores e não o contrário.

Da mesma maneira, o “trabalho burguês” de explorar as forças produtivas – controlar os meios de produção – é remunerado de acordo com o “mercado”, sempre tendente a resguardar a mais-valia (o lucro é salário do patrão).

Nesse sentido, Canotilho¹⁵, ao abordar a concepção de desenvolvimento político, no contexto do aparecimento do Estado, apresenta diversas formas de conceber aquele desenvolvimento, dentre as quais como “como realização de práticas consideradas modernas (legalidade, meritocracia, participação)”.

Interessante ao debate sobre o capitalismo a nota de Hannah Arendt¹⁶, em seu livro *Da Violência*, quando relaciona este fenômeno social à meritocracia: Mas Chomsky está inteiramente correto ao levantar a questão:

¹⁴ BULLA, Leonia Capaverde. *Relações sociais e questão social na trajetória histórica do serviço social brasileiro*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/947/727>>. Acesso em 16.08.11.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 40.

¹⁶ ARENDT, Hannah. *Da violência*. Trad. Maria Cláudia Drummond Trindad. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 64.

“De forma muito geral, que fundamentos existem para se supor que aqueles cuja reivindicação do **poder se baseia no conhecimento e na técnica** serão mais benignos no exercício do poder do que aqueles que o reivindicam com base em **riquezas materiais** ou em sua origem aristocrática?” (op. cit, p. 27). E existem razões para que seja levantada a pergunta complementar: que base existe para se supor que o ressentimento contra uma **meritocracia**, cujo domínio se baseia exclusivamente em dons “naturais”, isto é, na **capacidade intelectual**, não será mais perigoso, ou mais violento do que o ressentimento de grupos oprimidos anteriormente, que tinham pelo menos o consolo de que a sua condição não fora causada por sua própria culpa? Não será plausível supor que esse ressentimento irá abrigar todas as inclinações assassinas de um antagonismo racial, distinto de meros **conflitos de classe**, visto que se relacionará também a dados naturais que não podem ser mudados, e daí a condição da qual alguém só se libera através da exterminação daqueles que possuem um **Q.I. mais alto**? E já que o poder numérico daqueles em desvantagem será esmagador e a **mobilidade social** quase que ausente, não será provável que o perigo de demagogos, de líderes populares, será tão grande que a **meritocracia** seria forçada à tirania e ao despotismo? (destacou-se).

Para assentar a posição acerca do que seria, propriamente, meritocracia, segue-se noção, weberiana de Chiavenato¹⁷:

A burocracia é uma organização na qual a escolha das pessoas é baseada no mérito e na competência técnica e não em preferências pessoais. A seleção, a admissão, a transferência e a promoção dos funcionários são baseadas em critérios de avaliação e classificação válidos para toda a organização e não em critérios particulares e arbitrários. Esses critérios universais são racionais e levam em conta a competência, o mérito e a capacidade do funcionário em relação ao cargo. Daí a necessidade de exames, concursos, testes e títulos para admissão e promoção dos funcionários.

Diante do quadro em que o diferente é estimulado, como esperar um direito, subproduto do capitalismo, que iguale, por meio de aparelhos capitalistas do poder estatal?

A realidade da desigualdade não se mascara com a juridicidade positiva, haja vista que a normatividade é construída num contexto em que uma decisão contrária ao sistema é repelida, deslegitimada e repulsiva.

Portanto, um texto legislativo (resultado de uma decisão política de “textualizar” um anseio, que pode não ter compromisso real efetivo) ou mesmo uma decisão judicial ou do executivo que se funde num retórico direito à igualdade, no contexto da economia capitalista, não importa em igualização

¹⁷ CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 264.

dentre os seres humanos, mesmo considerando a famigerada medida das diferenças.

Tem-se por ilegítima, nas esferas sociais de maior normatividade, dada sua insuportabilidade pela estrutura de mercado, uma decisão que realize direitos humanos (especialmente, os sociais, que são os mais caros) sob o preço do prejuízo. Aniquilar a mais-valia em favor das pessoas corresponde à contramão do sistema, o qual enxerga nos indivíduos a força produtiva efetiva ou o exército de reserva e não sua finalidade, que é o lucro pela exploração daqueles, sendo este lucro obtido quando o valor social da mercadoria supera o custo dos esforços para sua criação.

Evidentemente que, mediante pressões de membros das classes exploradas (com projetos, cada vez mais, individualizados, o que decorre da própria alienação capitalista entre os seres humanos), podem se processar melhorias reais na qualidade de vida de alguns indivíduos, fruto de conquistas, que podem também ser visualizadas como concessões econômicas para manutenção do capitalismo, o qual se fortalece pelas próprias contradições, uma vez que a proposta dos oprimidos não é revolucionária, mas dentro de limites do risco capitalista, estruturado para suportar crises e inovar-se.

Para justificar a racionalidade desse comportamento “humano anti-humanitário” do capital, criam-se instituições como se fossem coisas em si mesmas e não organizações de pessoas com vontades e consciências (afetadas pela alienação). A burocracia governamental e empresarial são regramentos teóricos que inculcam um pensamento idealista, que culmina por processar um afastamento da realidade através de modelos de Estado, sua legalidade, divisão de poderes, democracia representativa, estruturas administrativas, hierarquias, etc.

A relação entre os seres humanos e suas relações com suas elaborações se tornam ideológicas, pervertendo o sentido real dos fatos, haja vista que o ser humano não se enxerga como produtor de sua realidade, mas de forma passiva e acrítica, rendendo-se aos “avanços” culturais e civilizatórios, como se estes fossem insuperáveis e veneráveis.

Em relação às supracitadas contradições do capitalismo, que terminam por reforçar sua renovação e não sua eliminação, Atilio Boron¹⁸ registra uma questão interessante sobre a contradição entre o sistema capitalista, defensor da propriedade privada, e a defesa dos direitos humanos, encontrada em Locke:

A principal contradição de Locke e dos liberais contemporâneos decorre da sua incondicional defesa dos direitos naturais (civis ou humanos) e do direito de propriedade. Essa dualidade deu lugar a que, tanto os reformistas radicais quanto os ultra

¹⁸ BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna*. De Hobbes a Marx. En publicacion: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006. ISBN: 978-987-1183-47-0. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/filopolmpt.pdf>>. Acesso em 16.08.11.

conservadores, se apoiassem em seus ensinamentos e extraíssem dela diferentes aspectos para fundamentar suas posturas. Nas palavras de George Novak: “os escritos de Locke personificaram de forma clássica o conflito insuperável entre os direitos humanos e as exigências da propriedade privada, conflito que persistiu ao longo de toda a trajetória da democracia burguesa. Ao colocar os direitos de propriedade no mesmo nível que a proteção das liberdades civis e inclusive por cima delas, Locke estava destinado a servir de mentor do liberalismo burguês assim como ao *laissez-faire* econômico e da livre empresa” (Novak, 1996: p. 119).

Dada a “insuportabilidade” de posturas anticapitalistas, as decisões são produtos de análises de custo-benefício (tecnológicas, na terminologia de FERRAZ JR., 2007), inclusive pelo fato do poder estatal se apoiar numa estrutura de hegemonia capitalista, não se podendo esperar, ingenuamente, que Judiciário, Legislativo e Executivo, como poderes constituídos e institucionalizados, arisquem decidir, sistematicamente, de forma antieconômica, enfraquecendo-se enquanto centros de decisão (em sentido amplo) e percam a adesão social necessária ao seu discurso (jurídico-retórico).

Desse modo, os direitos humanos, como compromissos de justiça social e de radical dignificação do ser humano, são, na prática, amenizados em sua capacidade concreta de modificar a realidade socioeconômica, mas são indispensáveis à retórica argumentativa das decisões judiciais, estatais como um todo.

A secular tensão entre capital e trabalho, na qual o sistema capitalista sempre tem sido hegemônico, pois a alienação e a mais-valia continuam a ser constantes, revela que eventuais “conquistas” são resultados de adaptações do próprio sistema capitalista, uma vez que continua a ser combatido: sinal que não foi superado.

Em termos de garantia efetiva, realização concreta, dos direitos humanos sociais, é preciso notabilizar-se que a eficácia real dos direitos possui um custo financeiro, levando a discussão para o campo da economia. Daí, a análise orçamentária, seja por parte do erário ou das contas de particulares (empresas e organizações capitalistas), é indispensável.

Logo, não se tem como legitimar uma decisão de realizar os direitos sociais pelo preço do prejuízo, do abandono da mais-valia em favor dos explorados, da bancarrota por uma questão humanitária. Assim, mudanças pontuais são negociadas, avanços são postergados. Seja o que for feito, não se pode é se antagonizar ao capitalismo a ponto de vencê-lo. Não através dele mesmo ou de seu próprio direito, senão por conquistas revolucionárias que conscientes da alienação e exploração capitalista não proponham, mas exijam e efetivem as mudanças no modo de produção dos bens e na forma

de consumo destes. Qualquer outra opção, não parece ser uma ruptura de sistema de exploração em que o lucro é o fim maior, no qual o ser humano é coisificado e subvalorizado em relação às mercadorias e bens de produção **(um aparelho de laboratório ou um veículo automotivo é apreciado em preço superior à remuneração paga pela jornada de trabalho de toda a vida de bilhões de seres humanos)**. Enquanto o fetiche for da mercadoria e não pelo bem-estar do ser humano, não se pode esperar um produto cultural diverso do que o capitalismo consegue ofertar pelo preço de sua própria manutenção.

CONCEPÇÃO CAPITALISTA PREDOMINANTE DOS DIREITOS HUMANOS

A parte final deste estudo direciona-se a reafirmar como a concepção hegemônica de direitos humanos, propagada pelo Ocidente como universal, não passa de uma produção moderna inserida num contexto que a explica como reação cultural.

Seguindo o pensamento de Joaquín Herrera Flores¹⁹, pode-se sustentar a ideia que os direitos humanos são uma resposta social referente a circunstâncias históricas, haja vista que “toda formação social constitui um processo cultural, ou seja, uma forma particular e concreta de reagir diante dos entornos de relações que seus componentes mantêm entre eles, consigo e com a natureza”.

Neste artigo, dispensa-se trazer a lume diversas definições e conceituações doutrinárias a respeito de direitos humanos, porquanto bastante repisadas em qualquer escrito sobre o tema, assim como a exposição da tese defendida nesta investigação já exige a crítica a outras concepções, que são, de certo modo, apresentadas.

Ao tratar de direitos humanos, numa perspectiva culturalista (não necessariamente na forma dos culturalismos jurídicos), processa-se o que Herrera Flores²⁰ registra:

Uma série de questões surge de imediato: estamos diante de algo eterno que esteve latente em nossos interiores até que a Constituição Internacional de Juristas presidida por Eleanor Roosevelt formulou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos? Todas as formações sociais, em cujo interior reage-se culturalmente de um modo diferente diante dos entornos de relações que constituem suas próprias realidades, reclamam-se herdeiras da concepção dos direitos que se proclama em referida Declaração? **Não será que, quando utilizado o conceito de direitos humanos, estamos nos referindo a uma forma específica de reagir – funcional ou antagonicamente – diante dos sistemas de relações que**

¹⁹ HERRERA FLORES. Joaquim. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

²⁰ HERRERA FLORES. Joaquim. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2.

predominam em um contexto particular concreto (por exemplo, o Ocidente), mas que com o objetivo de outorgar-lhes mais força simbólica os propomos como universais? Por fim, são os direitos humanos um produto cultural surgido num contexto específico de relações ou um produto natural que levamos inscritos em nossa história genética? (destacou-se).

A forma como é expandida a noção de direitos humanos, universais mesmo sem realização efetiva, carregada de teor retórico-simbólico, é de funcionalidade indubitável ao sistema globalizador que prepondera na sociedade fundada no capital.

Ora, os direitos humanos são “produto cultural surgido em um contexto concreto e preciso de relações que começa a expandir-se por todo o globo – desde o século XV até estes incertos inícios do século XXI – sob o nome de modernidade ocidental capitalista”²¹. Paradoxalmente, os mesmo direitos humanos foram categorias que, em dados momentos, “desempenharam o papel de mobilização popular contra a hegemonia das relações que o capital veio impondo durante seus cinco séculos de existência”²².

Dado grau de poder simbólico dos direitos humanos, merece registro a passagem de Marcelo Neves²³:

A referência simbólica a determinado instituto jurídico caracterizado por um alto grau de ineficácia normativo-jurídica serve tanto ao encobrimento dessa realidade e mesmo à manipulação política para usos contrários à concretização e efetivação das respectivas normas, quanto a uma ampla realização do modelo normativo no futuro.

Por certo, estes direitos não compreendem um fenômeno natural e/ou metafísico, transcendente à própria práxis humana, como creem e pregam algumas concepções, mas a expressão de um viver social de enfrentamentos e ajustes dinâmicos.

No caso dos direitos humanos, tal qual a concepção hegemônica difundida pelo Ocidente nele mesmo e investida para o Oriente, é preciso notar que surgiram e funcionam como categorias legitimadoras e antagonicas de vida digna que prevalece na formação social capitalista.

Ou seja, discutir dignidade humana, nesta cultura do capital, não permite anular a mais-valia, a meritocracia, a divisão social do trabalho, a alienação, a exploração do trabalho dos que não detêm meios de produção por aqueles que os possuem.

²¹ HERRERA FLORES. Joaquim. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2.

²² HERRERA FLORES. Joaquim. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.

²³ NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em 16.08.11.

Para romper com essa realidade do capital, os direitos humanos precisam-se reinventar (os seres humanos precisam reinventar), mas não como tem sido feito, adequando-os ao modo de produção e seu discurso não mais liberal, porém neoliberal; com um direito não mais positivista, mas pós-positivista. Frise-se que os “pós” e “neos” são usados de modo irônico, dado o teor crítico do texto em relação ao discurso que se modula para ajudar a reproduzir práticas semelhantes. Em suma, as diferenciações não podem permanecer nas teorizações e retóricas, mas na implantação de uma nova práxis comprometida em modificar a ideologia dominante nas esferas sociais (direito, educação, política, economia, etc.).

A concepção acerca dos direitos humanos nem sempre é a que se percebe como hegemônica, contudo, a modernidade ocidental apresenta uma visão de mundo baseada na forma hegemônica de relações social que tem, desde suas origens, “uma vocação expansiva e globalizadora de muito maior força que as dominantes em outras formas de percepção do mundo e da vida humana”²⁴.

Desde a segunda metade do século XV até a atualidade, não foram nações africanas nem asiáticas que se apresentaram como metrópoles, fazendo colônias em países europeus, impondo sua organização política ou objetivos econômicos.

Essa tendência europeia, americanizada (pelos EUA), tem caráter expansivo e jusglobalizador do sistema de relações baseado no capital, impondo-se não só economicamente, mas criando uma ideologia-mundo a partir da qual se enxerga e se atua na realidade.

Mesmo diante da ciência destas coisas, como justificar a inércia da sociedade em combater o sistema a ponto de arruiná-lo? Noutros termos, como se sustenta a ineficácia real e o discurso retórico dos direitos humanos?

Joaquín Herrera Flores²⁵ conceda uma pista:

Depois de sessenta anos de vigência de uma declaração de direitos humanos que se autoproclama como universal, os direitos humanos seguem sem cumprir-se em grande parte de nosso mundo. E isso, por que ocorre? Só por falta de vontade dos governos representados na Assembleia Geral da ONU? Ou não será melhor dizer que o contexto das relações sociais dominado pela forma econômica dominante no sistema-mundo impediu sua real e concreta colocação em prática? [...] Por muito que as filosofias idealistas e jusglobalizadoras que predominam em tal texto tentem escamotear o peso fatal dessa realidade, esta irrompe em nossas vidas cada vez que abrimos os olhos e contemplamos o que ocorre ao nosso redor. Os idealismos

²⁴ HERRERA FLORES. Joaquim. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.3.

²⁵ HERRERA FLORES. Joaquim. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.4.

e espiritualismos que se proclamam a encarnação da condição humana (abstráida, está claro, de seus contextos e circunstâncias particulares) nunca poderão substituir o real. O real nos fala e nos interpela constantemente a partir das situações de injustiça, de opressão e de desigualdade que proliferam nos contextos onde as pessoas reais – não sujeitos idealizados – vivem.

O real, aproveitando a citação, remete a um duro sistema econômico que se espalha para o modo de fazer político e impregna os sentidos jurídicos. Por essa razão, os instrumentos aptos a romperem com essas amarras são lutas ideológicas surgidas da concretude, dos fatos contra teorias e práticas comprometidas apenas com o capital e suas teorias idealistas, sejam mascaradas de republicanas, democráticas ou qualquer predicado que a modernidade veicula como suprema conquista histórica a ser preservada a todo custo.

Acompanhando a crítica de Joaquín Herrera Flores²⁶, apresentam-se as noções acerca dos direitos humanos, com as quais não se concordam:

todo humanismo abstrato que proponha uma ideia da condição humana como algo eterno e uniforme que se vai esclarecendo por si mesma – ou apoiada por alguma racionalidade privilegiada e universal – ao longo dos séculos; uma condição humana sustentada na tripla garantia moral (um bem absoluto), metafísica (uma espaço transcendental alheio a qualquer ação humana) e a-histórica (postulando um fundamento originário e um *telos* intocáveis pela capacidade humana de transformação de seus entornos de relações). Nós apostamos em um humanismo concreto...”.

Tal como temos hodiernamente, os “direitos humanos são, pois, o produto cultural que o Ocidente propõe para encaminhar as atitudes e aptidões necessárias para se chegar a uma vida digna no marco do contexto social imposto pelo modo de relação baseado no capital”²⁷. A partir disso, percebem-se ações regulatórias ou ideológicas, ora tratando os direitos humanos no sentido naturalista ou no sentido metafísico e transcendental, fugindo aos problemas concretos da realidade prática, funcionando como justificadores da forma capitalista de sociabilidade.

Como visto, esse modo de relação capitalista, fundado na mais-valia, propriedade privada, meritocracia, divisão social do trabalho, apoiado por um direito que lhe é próprio, ou seja, capitalista, não se revela apto a proporcionar a dignidade de vida prometida pela retórica do direito à igualdade, dos direitos humanos e fundamentais sociais.

²⁶ HERRERA FLORES. Joaquim. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

²⁷ HERRERA FLORES. Joaquim. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, José Rodrigo Barth; PFEIFER, Mariana. **Ampliando e (des)ampliando a cidadania**. Disponível em: <<http://www.cce.udesc.br/cem/simposioudesc/anais/st4/st4mariana.doc>>. Acesso em 16.08.11.
- ARENDT, Hannah. **Da violência**. Trad. Maria Cláudia Drummond Trindad. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- BORON, Atilio A. **Filosofia política moderna**. De Hobbes a Marx. En publicacion: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006. ISBN: 978-987-1183-47-0. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/filopolmpt.pdf>>. Acesso em 16.08.11.
- BULLA, Leonia Capaverde. **Relações sociais e questão social na trajetória histórica do serviço social brasileiro**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/947/727>>. Acesso em 16.08.11.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERREIRA, Marcus Moura. **O direito ao trabalho no conjunto mais amplo dos direitos humanos**: aspectos de sua proteção jurídica no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_60/Marcus_Ferreira.pdf>. Acesso em 16.08.11.
- HERRERA FLORES, Joaquim. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LESSA, Sergio. **Lukács**: Trabalho, Objetivação, Alienação. Disponível em: <http://www.sergiolessa.com/artigos_92_96/trabalho_objetivacao_alienacao_1992.pdf>. Acesso em 16.08.11.
- _____. **Trabalho e sujeito revolucionário**: viva a classe operária? Disponível em: <http://sergiolessa.com/CapLivros08_09/Fiocruz2008_site.pdf>. Acesso em 16.08.11.
- NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-MARCELO%20NEVES.pdf>>. Acesso em 16.08.11.
- PANIAGO, Maria Cristina Soares. **Capital e Trabalho** – uma relação de subordinação hierárquica incontornável e incontrolável. Disponível em: <http://www.cristinapaniago.com/Textos_bak/Capital_e_Trabalho.rar>. Acesso em 16.08.11.
- TONET, Ivo. **Marxismo para o século XXI**. Disponível em: <http://www.ivotonet.xpg.com.br/arquivos/Marxismo_para_o_Seculo_XXI.pdf>. Acesso em 16.08.11.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

A BUSCA PELA EFETIVIDADE NA EXECUÇÃO TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Celeste Aída de Aro Garcia Rubinho¹

Abstract: This article discusses the effectiveness of implementing Labour under the principle of speed brought about by Constitutional Amendment no. 45 of 2004. Raises questions of difficulty faced by the Brazilian legal system to bring the labor process to completion, giving the winner the right way to change reality and not just speaking and writing the right, but effecting it, forcing fulfill its primary role that is to deliver the good life, fulfilling the obligation to do, actually paying the value of the title that appears in the judgments, and to discourage the loser to disobey a court order. It discusses the report of good labor practices in order to encourage speed in the implementation phase of labor by stimulating the Judge of Labour to be bolder in interpreting the laws, and be careful with the intention of the Superior Labor Court, which seeks to meet the social claims, giving more agility in providing results to the courts. It passes by the brief presentation of the draft bill to modify some articles of the Consolidation of Labor Laws, a clear demonstration of the Labour Court and make effective the implementation labor.

Keywords: play, work, effectiveness, speed, enforcement, adjudication.

1. INTRODUÇÃO

A Justiça do Trabalho completa 70 anos e comemora por suas muitas ações favoráveis aos trabalhadores, no entanto enfrenta problemas na entrega do direito conquistado pelo vencedor, posto que a execução trabalhista não tem se mostrado efetiva.

O relatório “Justiça em Números 2009 – Indicadores do Poder Judiciário – Justiça do Trabalho (CNJ, 2010)”², realizado pelo Conselho Nacional de Justiça e publicado em dezembro de 2010 demonstra, dentre outros dados, o volume de execuções trabalhistas em sua página 196 quando relata o número de *casos novos* de execução no 1º Grau que é de 752.020, os *casos pendentes* de execução no 1º Grau, alcançando o valor de 1.972.784, os *incidentes* em execução no 1º Grau na monta de 123.676, e os *incidentes* em execução *pendentes* em 1º Grau que é de 59.069, totalizando 2.907.549 casos envolvendo a execução que deverão ser apreciados por um total de 2.664 Magistrados, cabendo à cada um 1.091 processos, não contabilizando os processos na fase cognitiva, indicando claramente um problema a ser enfrentado pelo Juízes e Tribunais Trabalhistas.

¹Professora da Faculdade de Direito da Facex, Natal-RN.

² Departamento de Pesquisa Judiciária. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Justiça em Números 2009: Indicadores do Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Disponível em <http://www.conamp.org.br/Estudos/Justica%20em%20numeros%20CNJ%202009/relejustica_trabalho.pdf> Acesso em 30 de maio de 2011.

Importa ressaltar que o número de magistrados por habitante no país, segundo esse relatório gerado em 2009 é de 8 magistrados para cada grupo de 100 habitantes, refletindo como é extenuante a tarefa do Juiz do Trabalho, que precisa ser contemplada e solucionada para que este possa realizar com melhores condições o desempenho de suas funções.

2. Breve histórico

O tema reza sobre o processo de execução na Justiça do Trabalho no Brasil, que tem suas origens na *actio iudicati* do Direito Romano, segundo (GANDRA, 2010)³, através da qual o credor, passados 30 dias do não cumprimento espontâneo de uma decisão judicial, podia exigir a intervenção estatal para compelir o devedor a pagar o débito.

Na atualidade, a execução trabalhista é cabível de sentença condenatória, qual seja, a que impõe determinada condenação ao réu, afirmando a existência do direito, reconhecendo a sua violação e dirigindo ao demandado uma sanção no formato comum na área cível que é cumprir com a obrigação.

A execução trabalhista é disciplinada por quatro normas, sendo a Consolidação das Leis do Trabalho Decreto-lei 5.5452 de 1943; a Lei 5.584 de 1970; a Lei 6.830 de 1980 e o Código de Processo Civil (CPC). No entanto, como estamos a tratar da Justiça especial, a execução deve, primeiramente, servir-se da CLT, e por último, no caso de omissão das Leis mencionadas, utilizará de forma subsidiária os preceitos contidos no CPC, desde que não afrontem os princípios do Direito do Trabalho.

Assim sendo, transitada em julgado a decisão do Juiz do Trabalho, ou interpondo recurso sabendo o efeito somente devolutivo, regra no processo trabalhista, cabe iniciar a execução, que é a somatória dos atos direcionados a fazer valer a eficácia da sentença.

3. O Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo e a Execução Trabalhista

O Princípio Processual chamado de a razoável duração do processo, foi trazido pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que visa, segundo o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Brasileira, assegurar aos cidadãos a razoável duração do processo e, conseqüentemente trabalhar com todas as ferramentas que possam ser utilizadas para a celeridade de sua tramitação, sendo a redação original:

³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual de direito e processo do trabalho. São Paulo, Saraiva. 2010.

“Art. 5º(...)

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Assim, no âmbito da Justiça do Trabalho, o reclamante tem o direito de receber uma resposta no menor espaço de tempo possível, pois o crédito trabalhista tem natureza alimentícia, e o reclamado goza do mesmo direito a ver o fim da demanda, pois sendo pessoa jurídica, sua administração e imagem ficam vulneráveis podendo prejudicá-lo.

Ocorre que o processo de cognição tem trâmite razoavelmente célere, mas quando a sentença não é cumprida espontaneamente pelo demandado, segue-se a execução forçada, que enfrenta uma série de dificuldades para atender o princípio da celeridade.

Ressalta-se que a busca pela razoabilidade na duração e celeridade da tramitação do processo não abrange tão somente o processo de conhecimento, mas o processo compreendido em um só conjunto de ações, em todas as suas fases, findando com a entrega do bem da vida que foi perseguido com a petição inicial.

O preceito constitucional deve ser interpretado de modo a compreender que a celeridade somente pode ser aferida quando o demandante receber o crédito advindo de título judicial ou extrajudicial, caracterizando então.

4. As boas práticas em favor da execução trabalhistas

Aplicar uma política judiciária nacional destinada ao enfrentamento do problema do baixo índice de efetividade da execução na justiça do trabalho tem norteado a Justiça do Trabalho.

O relatório final elaborado pela comissão (ATO nº 066, 2010)⁴, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho que se propôs a avaliar “as melhores práticas realizadas nos processos de execução trabalhista”, envolveu três juízes do Trabalho indicados pela Associação dos Magistrados do Trabalho - Anamatra e visa o que segue:

O relatório apresenta sugestões de medidas de aperfeiçoamento da execução, a serem adotadas pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho e pelos TRTs, além de um banco de boas práticas para utilização direta pelos órgãos de primeiro grau de jurisdição. O objetivo da Comissão com o trabalho é de fornecer

⁴ ATO nº 066/2010. ANAMATRA. Relatório Final. Disponível em <<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00002637.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2011.

subsídios, inclusive para o estabelecimento de uma política judiciária nacional destinada ao enfrentamento do problema do baixo índice de efetividade dos processos de execução.

O relatório retro mencionado é subdividido em três temas, sendo o primeiro Política Judiciária, que não inova, mas sim demonstra a necessidade de fortalecer a aplicação de práticas comuns na Justiça do Trabalho, e também ressaltou a importância dos convênios com entidades públicas e privada visando localizar os bens para que possam satisfazer a ordem judicial. O segundo tema é a Identificação e constrição de bens a fim de servir de estímulo ao uso das ferramentas virtuais e adquirir maior grau de aptidão no seu manuseio. E por fim o terceiro tema que é a Expropriação abordando o leilão eletrônico, incentiva a alienação particular ou por corretor credenciado, dentre outras práticas.

5. Proposta de alteração da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT

A importância da efetividade na execução trabalhista e a intenção de aplicar o princípio da razoabilidade do processo e da celeridade alcançaram patamares mais altos, sinalizando a busca real da Justiça do Trabalho pelo cumprimento do princípio processual constitucional da celeridade, concretizado no anteprojeto de Lei para alteração da CLT, um conjunto de medidas que atualiza todo o capítulo V da CLT, que passa a ser chamado “Do cumprimento da sentença e da execução dos títulos extrajudiciais”⁵.

Ele vem estimular práticas mais agressivas que impulsionarão o devedor do crédito trabalhista a cumprir com sua obrigação ao invés de protelar seu dever de pagar, causando transtornos muitas vezes irreversíveis na vida do demandante.

O anteprojeto que foi analisado e aprovado pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho – TST, e efetua mudanças, dentre tantas, as que vão ampliar a execução provisória, e promover de ofício como segue:

Art. 878 Incumbe ao juiz, de ofício, adotar todas as medidas necessárias ao integral cumprimento da sentença ou do título extrajudicial. (CLT – Anteprojeto).

Ainda podemos ressaltar que no anteprojeto indica-se para a possibilidade do parcelamento da condenação em dinheiro em até seis vezes, mediante depósito de 30% do valor, para que o demandado tenha maior possibilidade de entregar o crédito ao vencedor.

A Justiça do Trabalho está caminhando a passos largos para a real

⁵ Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <http://ext02.tst.gov.br/pls/NO1/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=12359> Acesso em 26 de maio de 2011.

efetivação da execução e contribuição para a celeridade processual, conferindo ferramentas hábeis para manipular o processo em favor do vencedor – reclamante, para que este além de ganhar o direito, leve também o crédito contribuindo com a dignidade da pessoa humana.

5. Conclusão

Como síntese deste breve ensaio em busca da efetividade da execução trabalhista à luz do princípio da celeridade, parece-nos claro o empenho da Justiça do Trabalho em atender aos clamores da sociedade e dos próprios Juizes do Trabalho, fornecendo melhores ferramentas para que o vencedor do processo de cognição prossiga e conclua, na fase de execução, recebendo o bem da vida, razão de ser do Direito.

Colimando para a efetividade do princípio processual da celeridade, a Justiça do Trabalho garante ao demandante possuidor de uma sentença exequenda favorável considerar-se vencedor por concluir o processo em tempo razoável findando com o crédito trabalhista em mãos, e o direito cumprindo seu papel de mudar a realidade.

6. Bibliografia preliminar

- ADEODATO, João Maurício. O Problema da Legitimidade – no Rastro do Pensamento de Hanna Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Direito, Justiça Social e Neoliberalismo. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.
- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de direito judiciário do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. I e II v.
- BIAVASCHI, Magda Barros. O direito do trabalho no Brasil. 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas. São Paulo: LTr e Jutra, 2007.
- COSTA, Coqueijo. Direito processual do trabalho. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 7. ed. LTr, 2009.
- DUARTE, Radson Rangel F. Execução Trabalhista. São Paulo: AB EDITORA, 2002.
- DURKHEIM, Émile. Da Divisão Social do Trabalho. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREDIANI, Yone. Direito processual do trabalho: execução e procedimentos especiais. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2007.
- FARIA, José Eduardo. Direitos Sociais e Justiça. In: ORTIZ, Maria Helena Rodrigues (org.). Justiça Social: Uma Questão de Direito. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 107-126.
- GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. Direito processual do trabalho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CABALCANTI, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito processual do trabalho. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.
- LAMARCA, Antonio. Execução. Rio de Janeiro, ed. Trabalhistas, 1968.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado. São Paulo: Saraiva, 1952.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Sistema legal e judiciário brasileiro. São Paulo: LTr, 2000.
MARTINS FILHO, Ives Gandra et al. Direito e processo do trabalho em transformação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual de direito e processo do trabalho. São Paulo, Saraiva, 2010
MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
MEIRELES, Edilton. Inovações Da Execução Trabalhista E Previdenciária. São Paulo:LTr, 2002.
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
OLIVEIRA, Francisco Antonio. A execução na Justiça do Trabalho. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1978.
SOUZA, Marcelo Papaleo de. Manual Da Execução Trabalhista. São Paulo: LTr.
WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
Departamento de Pesquisa Judiciária. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Justiça em Números 2009: Indicadores do Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Disponível em <http://www.conamp.org.br/Estudos/Justiça%20em%20números%20CNJ%202009/re_l_justica_trabalho.pdf> Acesso em 30 de maio de 2011.
ATO nº 066/2010. ANAMATRA. Relatório Final. Disponível em <<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00002637.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2011
Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=12359> Acesso em 26 de maio de 2011.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

LICENÇA-PATERNIDADE E NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR RURAL BRASILEIRO

Eneida Lima de Almeida¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo investigar os avanços e falhas na negociação sindical do setor rural quanto às questões de licença-paternidade. Para tanto analisamos instrumentos coletivos registrados no Ministério do Trabalho e Emprego desde o ano 2007 até 2010. O texto sempre focalizando o fenômeno do “descanso-paterno”, estrutura-se, ademais, no exame de: projetos de leis em trâmite no Congresso Nacional, legislação pátria vigente, campanhas públicas, costumes enraizados em nossa sociedade e normas estrangeiras européias. Momento em que concluímos que vários foram os passos dados, mas nos resta ainda um longo caminho a perfazer.

Palavras chave: licença-paternidade; negociação coletiva; categoria rural.

ABSTRACT: This study aims to investigate the advances and failures union bargaining in the rural sector on matters of license-paternity. To analyze both instruments recorded in the collective Ministry of Labour and Employment from the years 2007 to 2010. The text always focusing on the phenomenon of “rest-father” is structured, moreover, of the examination of bills pending in Congress, existing national legislation, public campaigns, customs rooted in our society and European foreign standards. Time when concluded that there were several steps, however, remains in a long way to making.

Keywords: license-paternity; collective bargaining; rural category.

1. Introdução

“Dá licença, eu sou pai!”. Essa é uma das campanhas pela ampliação da licença paternidade². Conjuntos de ações dessa natureza existem muitos. Projetos de lei, também. Acordos e convenções coletivas sobre licença do pai empregado se propagam. O que está acontecendo?

O homem em geral, não só o brasileiro, está pouco a pouco se interessando na criação e na relação com os filhos do que em décadas anteriores. Os cuidados com estes não são direcionados exclusivamente à mãe como os foram outrora e, em consequência, os reflexos destas mudanças na sociedade são percebidos claramente. Várias são as manifestações legislativas preocupadas com as questões paterno-filiais, entre outras: a Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009, trata da presunção de paternidade quando o homem se nega a fazer o exame de DNA, confirmando o entendimento

¹ Doutoranda em Direito do Trabalho e Trabalho Social pela Universidade de Salamanca - Espanha. E-mails: eneidala@gmail.com ou eneida@usal.es

² Disponível em: <<http://www.promundo.org.br/wp-content/uploads/2010/03/advocacy-carta2.pdf>> Acesso em: 11 maio. 2011.

que já vinha tendo o STJ por meio da súmula nº 301³; a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, permite que a adoção seja feita por maiores de 18 anos, independente do estado civil, inclusive pais solteiros⁴.

Agora é hora do direito laboral acompanhar esta evolução societária parental e, para isso, temos vários instrumentos, dentre eles, a negociação coletiva. Mas será que os acordos e convenções coletivas, meios de ação hábeis de adquirir melhores condições para os empregados, estão cumprindo papel tão relevante? Infelizmente, a resposta é negativa e antes de demonstrar o porquê, iremos traçar algumas observações a respeito de tão importante tópico.

2. Legislação nacional vigente e pontos controversos

O instituto da licença-paternidade no Brasil é muito jovem. Sua criação data de 1988, com a promulgação da Constituição Federal que inovou outros tantos direitos sociais, especialmente os trabalhistas⁵. O artigo 7º, inciso XIX, ao estabelecer este descanso, reza que será nos termos fixados em lei. No entanto, esta ainda não existe, razão pela qual questionam sua auto-aplicabilidade. O artigo 10º, §1º do ADCT visando suprir esta lacuna determinou que o prazo da referida licença será de 5 dias até o surgimento de lei que venha a disciplinar o disposto no texto constitucional. Antes da Carta Magna vigente, no entanto, a situação era pior e a única licença que o pai empregado tinha está prevista no artigo 473, inciso III da CLT que autoriza o empregado pai a faltar um dia de trabalho, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana.

Para alguns, no entanto, este inciso está revogado. Entendimento da Instrução Normativa da SRT/MTb nº 01/88⁶ e de Godinho quem nos explica: “o art. 473, III, CLT, tradicionalmente sempre se referiu a “...um dia, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana”. O mais largo prazo constitucional obviamente absorveu o mais curto prazo do art. 473, CLT, já que se fundam na mesma motivação (a propósito, tal critério de absorção da vantagem menor pela maior posterior, motivadas ambas, basicamente, pelos mesmos fundamentos e objetivos, já é clássica na jurisprudência: Súmulas 145 e 202, TST)⁷”.

³ “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame do DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

⁴ Outros exemplos: a Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008, (Lei de Alimentos Gravídicos) garante o direito de a criança receber alimentos mesmo estando ainda na barriga da mãe; a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, (Lei da Guarda Compartilhada) disciplina a guarda compartilhada de filhos menores no caso de separação judicial do casal ou divórcio.

⁵ Modificações expressivas foram, entre outras, a redução da jornada semanal de 48 horas para 44 horas, o aumento em 1/3 da remuneração das férias...etc.

⁶ “A licença-paternidade deve-se entender como ampliação da falta legal por motivo de nascimento de filho, de 1 (um) para 5 (cinco) dias (inciso III, art. 473 da CLT), até o advento de legislação posterior”.

⁷ GODINHO, Mauricio Delgado. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 983.

Os que não compartilham desta corrente, argumentam que o artigo celetista tem por objetivo fazer com que o pai inscreva o nascimento do filho em registro público conforme o artigo 9º, inciso I, do Código Civil e artigo 50 da Lei nº 6.015 de 1973. Por outro lado, a garantia constitucional, tem por objetivo que o empregado mantenha contato com seu filho recém-nascido além de auxiliar sua esposa nestes primeiros momentos e, assim sendo, são direitos diversos e que se acumulam⁸, tendo pois, natureza jurídicas diversas. Objetivando, então, atenuar o rigor do texto consolidado, as Disposições Transitórias (art.10, §1º) da Constituição da República de 1988 asseguram a licença-paternidade de cinco dias, como outra hipótese de interrupção contratual, que deverá coexistir com a do art. 473, III, da CLT. Isto porque a primeira destina-se aos cuidados com a família e a segunda ao registro do filho⁹.

Em definitivas e discussões à parte, seja cinco ou seis dias (no caso de acumulação), o certo é que esse número de dias para a finalidade a que se propõe, está muito aquém do exigido pela sociedade hodierna brasileira.

3. Licença-paternidade e legislação estrangeira

Debates semelhantes aos que comentamos retro, também existem na doutrina espanhola, pois da mesma forma entendem que constituem duas medidas de conciliação da vida familiar e laboral de natureza distinta, mas compatíveis entre si. É dizer, o descanso retribuído cujo custo econômico corre a cargo do empresário, comporta uma licença por uns dias para que o trabalhador possa acompanhar a mãe no momento do parto e resolver os trâmites para registrar o recém-nascido. Por rumo diverso, a suspensão do contrato de trabalho por licença-paternidade está prevista para um período mais largo, protegida por uma prestação da Previdência Social, e sua finalidade é buscar a co-responsabilidade dos pais tanto na assunção das obrigações familiares como nas próprias perdas laborais que daí possa advir¹⁰.

Continuando em “terras” ibéricas, a instituição do descanso paterno na Espanha é tão jovial quanto a nossa, posto que até o começo dos anos 70 os pais não existiam para a legislação trabalhista desse país, a não ser a previsão nas “*Leyes del Contrato de Trabajo*” de 1931 e de 1944, de uma simples licença quando da ocasião do parto. Atualmente, o “*Estatuto de los Trabajadores*”, no artigo 48. *bis* trata da suspensão do contrato de trabalho

⁸ Nesse sentido: “O empregado tem direito a um dia para registro do filho no decorrer da primeira semana do nascimento e mais cinco dias para cuidar da criança, totalizando seis dias de afastamento”. MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 465.

⁹ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 875.

¹⁰ COLLADOS, María Belén Fernández. La suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, diferentes y compatibles. Revista Aranzadi Social, Navarra, v. 2, n. 1, p. 5, abr. 2009.

por paternidade, estabelecendo que nos casos de nascimento, adoção ou guarda judicial, o trabalhador terá direito a 13 dias ininterruptos. Caso sejam múltiplas estas situações, será o descanso ampliado em dois dias a mais por cada filho a partir do segundo. Outrossim prevê a possibilidade de cumulação pelo pai empregado das licenças destinadas aos pais com as reservadas para as mães.

Em Alemanha, conforme o artigo 1.3, do *Bundeselternge- und Elternzeitgesetz*- BEEG- de 05 de dezembro de 2006, o descanso por paternidade pode ser desfrutada não somente pelo pai biológico ou adotivo, mas por qualquer pessoa que tenha a seu cargo uma criança recém-nascida ou ainda, algum parente até o terceiro grau nas hipóteses de enfermidade, incapacidade ou falecimento dos seus pais¹¹. Em Rússia, por sua vez, no Código do Trabalho, de 30 de dezembro de 2001, há interessantes particularidades: uma delas é a possibilidade da mulher usufruir da licença por paternidade por 3 anos nos casos em que tão longo período é admitido; além disso, poderá gozar total ou parcialmente do descanso paterno os avós do menor, tutor ou qualquer outro parente que tenha a criança a seu encargo¹².

4. Acordos e convenções coletivas do setor rural

Em relação ao exame dos instrumentos coletivos brasileiros da categoria rural ora analisados¹³, as melhorias encontradas são praticamente quase insignificantes. De norte a sul do país, encontramos apenas um ACT¹⁴ no estado do Mato Grosso do Sul fixando uma licença-paternidade de sete dias. Todos os outros ACTs e CCTs simplesmente reproduzem o texto legal do artigo 10, §1º do ADCT. A única diversificação entre eles está em que alguns estabelecem que os cinco dias serão corridos, enquanto outros asseguram ser laborais. Há ainda os que determinam que pelo menos três dias dos cinco devem ser úteis. Tal variação resulta da discrepância que há na doutrina a respeito. Argumenta, por exemplo, Pinto Martins que os cinco dias da licença-paternidade a serem gozados pelo empregado serão contínuos e não úteis, pois nada é determinado na Constituição nesse sentido¹⁵.

Fora isso, apenas uma novidade nas negociações coletivas do setor: o ACT¹⁶ do Paraná ao estabelecer que o pai gozará de garantia no emprego

¹¹ RODRÍGUEZ, Ilsen. Conciliación de la vida personal y profesional en Alemania: aproximación a la nueva regulación del permiso de paternidad. Revista Iuslabor, Barcelona, n. 2, p.17, 2007.

¹² Outras particularidades curiosas dessa legislação se pode obter por meio da Sentença do Tribunal Europeu de 07 de outubro de 2010. JUR/2010/339430, Demanda núm. 30078/2006.

¹³ Vid. instrumentos coletivos pesquisados: BA000170/2008; BA000097/2010; BA000102/2009; DF000317/2009; DF000117/2010; DF000129/2009; DF000116/2010; DF000112/2009; DF000162/2010; DF000044/2008; DF000163/2010; GO000100/2008; MS000087/2010; PA000038/2009; MG002068/2009; MG002857/2009; MG000100/2007; MS000087/2010; RJ001136/2009; SP004475/2010; SP004476/2010; SP000782/2008; SP000077/2008; SP000855/2009; SP002251/2009; SP004656/2010; SP009409/2009; PR000732/2010; PR000732/2010; TO000035/2009; TO000018/2007.

¹⁴ MS000087/2010.

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *op. cit.* p. 466.

¹⁶ PR000732/2010.

pelo prazo máximo de dois meses, o que é fenomenal se compararmos ao que lhe é assegurado na legislação trabalhista brasileira. Podemos dizer, inclusive, se tratar de uma discriminação de gênero a ausência deste direito, e mais que isso, é uma forma de perpetuar a idéia de que somente a mulher é a responsável ou a “adequada” para estar próxima da criança nos seus primeiros meses de vida. Não proporcionar ao pai uma estabilidade é arriscar, em algumas ocasiões, o próprio sustento econômico da família quando somente dele vier o provimento do lar. Portanto, grande acerto a introdução desta cláusula em tal instrumento coletivo.

Quando a lei que prevê o artigo 7º, inciso XIX, do Estatuto Supremo brasileiro que trata do tema for promulgada, talvez a situação seja melhorada e adaptada às necessidades da sociedade moderna. Então, o papel dos sindicatos consistirá, *exempli gratia*, em advogar por ampliações e criações de medidas garantidoras do desfrute de tal benefício sem temor a possíveis retaliações por parte do empregador. A propósito da questão, a Lei Orgânica de Igualdade espanhola, relativa à aplicação do princípio de igualdade de oportunidades de trato entre mulheres e homens em tema de ocupação e emprego, determina algumas regras. Tais consistem no direito de nulidade da demissão do empregado na época em que estiver desfrutando da licença-paternidade ou esteja voltando da mesma, sempre que não haja transcorrido nove meses da data de nascimento, adoção ou guarda judicial de filho¹⁷. Está aí uma boa medida a ser defendida pela categoria rural por duas principais razões: co-responsabilidade com os deveres familiares e evitar o “terror” total quando for o pai o único provedor da família.

5. Legislações complementares e projetos de leis

Deparamo-nos, em verdade, com mais inovações benéficas para os servidores estatutários em suas respectivas legislações. Neste momento são 818 as leis complementares que tratam do assunto e algumas valem à pena citar: o artigo 3º da Lei nº 2694, de 15 de dezembro de 2008, município de Biguaçu- SC, assegura a seus funcionários uma licença paternidade de 15 dias contados a partir da data de nascimento, da adoção ou da obtenção de guarda judicial de crianças, sejam elas recém-nascidas ou de até oito anos de idade; o artigo 124- B da Lei nº 73, de 11 de dezembro de 2007, de Paranaguá-PR, determina que pelo nascimento ou adoção do filho, o servidor terá direito a licença paternidade de 15 dias consecutivos; o artigo 6º da Lei nº 4505, de 29 de dezembro de 2009, alterando o artigo 123-A da Lei Municipal de Osório-RS, estabelece que a licença paternidade será de 15 dias, a contar da data do nascimento do filho, sem prejuízo da remuneração.

¹⁷ Em se tratando de novidades, o mesmo se passa com os, pelos menos, Artigos 53.4 e 55. 5 do “Estatuto de los Trabajadores” e artigos 122.2 e 108.2 da “Ley de Procedimiento Laboral”.

10 projetos de lei que estão tramitando no Congresso Nacional para modificar as regras da licença-paternidade. O projeto de Lei nº 3.935, de 2008, merece ser comentado em destaque, posto que avança a passos rápidos nas Casas Legislativas. Em certo e com fé em Deus, é possível que estará em vigor antes de expirar a vigência dos ACTs e CCTs rurais examinados, acrescentando os artigos 473-A a 473-C à CLT para regulamentar a licença do pai empregado a que se refere o artigo 7º, inciso XIX, da Carta Suprema.

A referida *propositione* dispõe que a licença-paternidade será de 15 dias consecutivos, sem prejuízo do salário e do emprego, vedando a sua dispensa imotivada pelo prazo de 30 dias. Inicia a sua contagem na data do nascimento da criança, salvo se parto ocorrer na época em que o empregado estiver desfrutando das férias, hipótese em que se começará a contar a partir do primeiro dia útil após o seu término. Ademais, assegura o mesmo direito ao pai adotante, independentemente da idade da criança, igualando assim, ao direito assegurado da mãe adotante, posto que tal não foi estendido pela legislação laboral brasileira ao empregado nesta mesma situação. Como vemos, há previsão de ampliação do prazo e dos beneficiados (pai adotante e criança adotada), estabilidade de 30 dias e garantia do salário.

Outro que merece ser comentado sobre este assunto é o Projeto de Lei nº 5.473 de 2005, pelo qual é pretendida a concessão em dobro dos direitos e benefícios vinculados à paternidade no caso de gravidez gemelar¹⁸. É cediça a enorme dificuldade que pais e mães têm no processo de criação de seus filhos, sendo tais acentuadas nos primeiros meses de vida quando se requer conciliação com a vida laboral. Assume, porém, complexidade de proporções maiores em gravidez que dá origem a gêmeos, encontrando-se, nesse contexto, sua justificação. Desafortunadamente, depois de tramitar nas mesas legislativas por mais de 4 anos, foi arquivado no ano retrasado (2009) em 3 de setembro, e proposições com este mesmo teor no momento não há.

6. Conclusões

Infere-se diante do exposto que a licença-paternidade, tanto na legislação trabalhista nacional como na negociação coletiva da categoria rural, infelizmente, está bem abaixo do almejado para que o pai exerça o papel que lhe corresponde nas primeiras semanas de vida dos filhos e, além disso, que se consiga a igualdade na distribuição de responsabilidades familiares entre o homem e a mulher. As cláusulas dos instrumentos coletivos analisados nem sequer se manifestaram sobre questões que seguem sendo discutidas na jurisprudência e doutrina como ser ou não a licença-paternidade remunerada, ou da possibilidade de transformá-la em pecúnia quando não for possível seu gozo, ou ainda sobre a proibição de coincidir este período com

¹⁸ Por este projeto também se concede em dobro os direitos e benefícios vinculados à maternidade.

o das férias, o que de fato, seria uma desvantagem para o trabalhador, e que, portanto, deveria estar proibido¹⁹.

Ainda quanto a ser remunerado ou não, o que se argumenta por parte dos autores é que o inciso XIX do artigo 7º da Constituição apenas fala em licença-paternidade, nos termos fixados em lei, mas não versa sobre pagamento. O §1º do artigo 10 do ADCT menciona apenas que o prazo desse descanso é de 5 dias, mas tampouco prevê um pagamento. Ao contrário, o inciso do artigo 473 da CLT reza que o empregado pode deixar de comparecer ao serviço por um dia de serviço, “sem prejuízo de salário”, mostrando que esta falta é remunerada. Se a Constituição não determina em nenhum dos seus dispositivos acima indicados que a licença-paternidade é remunerada, o empregador não tem obrigação de pagá-la²⁰. A jurisprudência, contudo, tem entendimento diverso²¹.

Em definitiva, dos sindicatos rurais, esperamos hoje e no futuro, mais iniciativa na luta em melhorar as condições sociais de seus representados, propondo mais tempo de estabilidade, maior duração e outras garantias que por fim consiga, quem sabe também, uma plena igualdade formal entre as licenças de maternidade e paternidade, como sugere a doutrina espanhola²² e o que de fato já está implantado em outros países europeus²³.

7. Referências Bibliográficas

AROCHENA, José Fernando Lousada. *Permiso de Paternidad y Conciliación Masculina*. 1ª ed. Albacete: Editorial Bomarzo, 2008.

CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

COLLADOS, María Belén Fernández. *La suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, diferentes y compatibles*. *Revista Aranzadi Social, Navarra*, v. 2, n. 1, abr. 2009.

¹⁹ DACRUZ, Efrén Borrajo. Permiso por paternidad y vacaciones coincidentes. *Revista Actualidad Laboral*, Madrid, n. 20, p. 2416, nov. 2010.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *op. cit.* p. 465. Em sentido contrário: “Discordamos dessa opinião. De fato, a Constituição Federal não menciona que a licença-paternidade deva ser remunerada. Porém, a imposição remunerada desse direito decorre de uma visão sistemática da ordem jurídico-trabalhista. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 4ª ed., Tomo I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 659.

²¹ Licença-paternidade- É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito (SALVAT). Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável (Celso-Digesto, Liv. 1º) que melhor corresponda às necessidades da prática (Juliano, Digesto, Liv. 50) e seja mais humano, benigno, suave, (Savigny). Pretender-se que a ‘Lex Major’ somente assegure a licença sem o respectivo pagamento é concender-se o acessório sem o principal, é transformar-se o benefício em castigo. Acórdão: 02960383065- Turma: 05- Data Julg.: 30/07/1996. Data Pub.:12/08/1996. Processo: 02950145854. Relator: Juiz Francisco Antonio de Oliveira. Licença-paternidade. Criada com a promulgação da Carta Política de 1988, constituiu-se mais uma conquista obreira, considerando-se como licença remunerada. (AC. da 3ª T. do TRT da 3ª R., RO 5722/90, Rel. Juiz Michel Francisco Melin Abujerri, j. 11-9-91, Minas Gerais II 27-9-91, p. 52).

²² LÓPEZ-IBOR, Albert Rocio et al. El permiso de paternidad y la desigualdad de género. *Propuestas de reforma para el caso de España*. *Revista EAWP: Economical Analysis Working Papers*, v. 7, n. 13, p.2, 2008.

²³ Caso de Eslovénia. *Idem*, p. 9.

DACRUZ, Efrén Borrajo. Permiso por paternidad y vacaciones coincidentes. Revista Actualidad Laboral, Madrid, n. 20, nov. 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

DURÁN, Carolina Gala. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres: las novedades incorporadas en el cambio de la maternidad, la paternidad y los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural. Revista Iuslabor, Barcelona, n. 2, 2006.

FERNÁNDEZ, María Belén Collados. El permiso por paternidad como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos críticos y propuestas de mejora. Civitas- Revista española de derecho del trabajo, Madrid, n. 139, 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 4ª ed. Tomo I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÓPOZ-IBOR, Albert Rocío; Mangas, Lorenzo Escot; Fernández Conejo, José Andrés; Poza Lara, Carlos. El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de reforma para el caso de España. Revista EAWP: Economical Analysis Working Papers, v. 7, n. 13, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

NAVARRETE, Cristóbal Molina. La “novela” sobre el permiso de paternidad: ¿acaso puede “hacerse el amor de padre” con el “desamor” de la ley? Revista de trabajo e seguridad social. n. 321, diciembre 2009.

PANTOJA, Pilar Fernández (coord.); BLANCA, María José Cruz (coord.); CAÑADA, Isabel María Villar. La Ley Orgánica de igualdad de oportunidades y la seguridad social. Más allá del permiso de paternidad. Igualdad de Oportunidades y Conciliación: una visión multidisciplinar. Jaén: Universidad de Jaén, 2007.

RODRÍGUEZ, Ilsen. Conciliación de la vida personal y profesional en Alemania: aproximación a la nueva regulación del permiso de paternidad. Revista Iuslabor, Barcelona, n. 2, 2007.

VIÑA, Jordi García. El permiso de paternidad: cuestiones laborales y de Seguridad Social. Revista Actualidad Laboral, Madrid, n. 16, set. 2009.

<<http://www.promundo.org.br/wp-content/uploads/2010/03/advocacy-carta2.pdf>> Acesso em: maio 2011.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

DISPENSA DO TRABALHADOR ESTABILIZADO PELO ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS E A INAPLICABILIDADE DAS REGRAS RELATIVAS AO INQUÉRITO PARA A APURAÇÃO DE FALTA GRAVE

Cláudio Dias Lima Filho^{1*}

RESUMO. O texto analisa os aspectos relativos à configuração constitucional da estabilidade do trabalhador albergado pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Tendo em vista que esse trabalhador tem regramento jurídico distinto do trabalhador estável regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não é possível aplicar-lhe as mesmas garantias jurídicas. A partir de um estudo calcado no Direito Processual do Trabalho, no Direito do Trabalho, no Direito Constitucional e no Direito Administrativo, objetiva-se, com base numa análise qualitativa calcada nos métodos dialético e hipotético-dedutivo, demonstrar que esse trabalhador pode ser dispensado tanto pela via do processo administrativo quanto pelo processo judicial, sendo inaplicáveis a ele as regras atinentes ao inquérito para a apuração de falta grave. Como resultado dessa análise, obtém-se a comprovação da hipótese, demonstrando-se que é equivocado o posicionamento da doutrina e de parte da jurisprudência a respeito do assunto, e que o Estado empregador, para dispensar o empregado estabilizado pelo art. 19 do ADCT, não necessita manejar o inquérito para a apuração de falta grave.

PALAVRAS-CHAVE. Inquérito para a apuração de falta grave. Empregado estabilizado. Estabilidade constitucional. Estabilidade decenal.

ABSTRACT. The text analyzes the constitutional aspects of the configuration of the stability of worker regulated by art. 19 of the Temporary Constitutional Provisions Act of the Brazilian Constitution. In view of the fact that this worker has his own legal regulation, which does not to be confused with the legal discipline of the employee with ten-year stability, ruled by Consolidated Labor Laws, it is impossible to extend the same legal guarantees to that employee. From a study based on the Procedural Law of Work, Labor Law, the Constitutional Law and Administrative Law, the text, leaving from a qualitative analysis based in the dialectical method and in the hypothetical-deductive method, aims to demonstrate that this stabilized employee can be dispensed through administrative proceedings and also by legal process. Consequently, the rules relating to inquiry for investigation of willful misconduct are inapplicable to the dismissal of that worker. As a result of this analysis, the study achieves

^{1*}Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procurador do Trabalho com lotação na PRT da 5ª Região (Salvador/BA). Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC).

to prove this hypothesis, and demonstrates that the positioning of the doctrine and some jurisprudence about this subject is mistaken, and that the state employer doesn't need use the inquiry for investigation of misconduct to dismiss the employee stabilized by art. 19 of the Temporary Constitutional Provisions Act of the Brazilian Constitution.

KEYWORDS. Inquiry for investigation of misconduct. Stabilized employee. Constitutional stability. Ten-year stability.

1. Introdução

O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabelece que os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, que estivessem “em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

A “forma regulada no art. 37” é, como se sabe, a admissão por meio de concurso público, conforme dispõe o respectivo inciso II, o qual ressalva dessa regra “as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Apesar da ausência de submissão a concurso público, a esses trabalhadores estendeu-se, pelo texto constitucional de 1988, o direito à *estabilidade no serviço público*, típico de servidores públicos *concurados*. E, em razão dessa ampliação, adotada pela própria Constituição, doutrina e parte da jurisprudência firmaram-se no sentido de que a terminação do vínculo desses trabalhadores com o Estado, em caso de iniciativa patronal, somente poderia ser efetivada se houvesse o ajuizamento de demanda específica na Justiça do Trabalho, denominada pela Consolidação das Leis do Trabalho de *inquérito para a apuração de falta grave*, disciplinada pelos arts. 853 a 855 da CLT.

Este estudo pretende demonstrar que essa formulação é equivocada. Para a demonstração dessa tese, é necessário abordar a disciplina jurídica do instituto da estabilidade na Constituição, a estabilidade decenal prevista na CLT, a configuração da relação de trabalho entre o trabalhador apontado no art. 19 do ADCT e o Estado, além da normatização respeitante ao inquérito para a apuração de falta grave. Alicerçado nas concepções extraídas dessa digressão, o presente texto apontará que essa dispensa *pode ser efetuada após decisão em processo administrativo*; e que não é necessário, nesse

caso, o ajuizamento *da demanda denominada “inquérito para a apuração de falta grave”*, mostrando-se inaplicáveis ao caso, pois, os artigos 494 e 853 da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. Os trabalhadores não concursados nas ordens constitucionais anteriores

A análise das regras relacionadas aos servidores públicos ao longo dos anos permite verificar que sempre foi comum o péssimo hábito dos gestores públicos de lidarem com o serviço público de forma a atender seus interesses pessoais, por motivos pouco nobres como o aumento da renda da família, a retribuição por favores político-partidários, dentre outros. E essa prática também atingiu a manipulação da legislação de acordo com interesses totalmente desvinculados dos anseios da coletividade.

A exigência constitucional mais efetiva para garantir o mínimo de profissionalização das carreiras estatais é, sem dúvida, o concurso público, que somente veio a ser consagrado constitucionalmente pelo texto de 1934 (art. 169). Essa exigência, contudo, somente era aplicável à “primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas” (art. 170 § 2º). A bipartição entre “cargos” e “empregos” na Administração Pública somente foi implementada na Constituição de 1946: o “cargo” seria ocupado por “funcionário público” enquanto o “emprego” seria expressão destinada a entidade autárquica, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público (art. 181 § 3º e art. 209, Parágrafo Único, IV). Somente se exigia concurso público para investidura em “cargo de carreira e em outros que a lei determinar” (art. 186).

Daí em diante, até a Constituição de 1988, a contratação de pessoal para o Estado sempre prescindiu de concurso público, ressalvados apenas os casos de servidores efetivos estatutários, que eram a minoria do quadro funcional, exatamente porque o concurso representava um “engessamento burocrático” na dinâmica da mão-de-obra estatal (leia-se: o concurso e a estabilização do servidor reduziam a margem de livre seleção e dispensa dos trabalhadores, que, assim, eram massa de manobra fluida, atrelada aos resultados das eleições, quando estas existiam, ou à vontade da pessoa do administrador que houvesse sido indicado por alguém).

O aspecto fundamental que justificou a popularização do regime celetista na Administração Pública, especialmente a partir da década de 1970, foi a *brecha constitucional aberta pelo art. 97 § 1º da Constituição de 1967, com redação atribuída pela Emenda Constitucional n. 1/69* (“a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso

público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei”). Propagou-se o entendimento de que o texto constitucional permitiria a livre contratação de trabalhadores sem concurso público, desde que não ocupassem “cargo público” e que não estivessem sendo investidos pela primeira vez nesse posto. Disseminou-se, assim, a lógica de que, segundo a Constituição, *o concurso público seria a exceção e a contratação livre seria a regra*, bastando que não se tratasse de “primeira investidura em cargo público”, entendimento que encontrou ressonância na permissiva interpretação do STF em relação a esse dispositivo constitucional².

O mecanismo que respaldaria essa “contratação livre” seria a admissão de trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sendo assim, considerando-se que para os “empregos” estatais não havia determinação constitucional para o recrutamento de pessoal pelo concurso público, a CLT tornou-se a norma-padrão de regência da vinculação entre Estado e trabalhador. Apesar de a CLT dispor expressamente que suas normas não se aplicavam aos funcionários públicos³ – o art. 7º exclui a aplicabilidade da Consolidação aos funcionários estatais e também aos extranumerários⁴ –, essa norma foi subvertida, graças à possibilidade, aberta pela própria CLT, de que norma em sentido contrário poderia disciplinar

² “Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Vínculo empregatício. Concurso público. Não exigência pela Constituição anterior. Alegação de ofensa ao art. 37, II, § 2º. Não conhecimento. Agravo regimental não provido. Precedente. Sob a égide da Constituição anterior não era exigível aprovação em concurso público para provimento em emprego público” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 290.014 AgR/RJ*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 06 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=299831>. Acesso em: 23 jun. 2010). No mesmo sentido: “A suposta contrariedade ao art. 97, § 1º, da Carta de 1969, sobre ser estranha tanto ao acórdão recorrido, como ao RE e ao próprio recurso de revista – o que torna aplicáveis, de um lado, a Súmula 282 e, de outro, a jurisprudência do STF que não admite a inovação de fundamento em sede de agravo regimental –, tem assento em premissa de todo equivocada, uma vez que o processo seletivo do art. 6º, da Lei 7.231/84, não visava ao preenchimento de cargo público, em sim de emprego público disciplinado pela legislação trabalhista e do FGTS. De maneira que, como quer que se entenda a ressalva contida na parte final do § 1º do mencionado art. 97 da Carta de 1969, não há como identificar na Lei 7.231/84 a legislação ali referida” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 236.373 AgR/DF*, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=290745>. Acesso em: 23 jun. 2010).

³ “Art. 7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam (Redação dada pelo Decreto-lei n. 8.079, de 11.10.1945): [...] c) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições (Redação dada pelo Decreto-lei n. 8.079, de 11.10.1945); d) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos (Redação dada pelo Decreto-lei n. 8.079, de 11.10.1945)”.

⁴ Denominavam-se *extranumerários* os trabalhadores admitidos a título precário para o desempenho de atribuições previamente determinadas, cuja disciplina jurídica construiu-se à margem das normas constitucionais precedentes. Sua existência origina-se da concepção acerca dos servidores ditos “contratados”, que eram classificados pelo art. 1º do Decreto n. 871/36 em três categorias: 1) os que prestavam serviços transitórios ao Estado, limitando-se o período a um ano; 2) os que desempenhavam atribuições de cargos técnicos que não pudessem ser incluídos no quadro do funcionalismo; e 3) os demais trabalhadores que exerceriam funções permanentes ou não, que fossem admitidos por portaria de Ministro ou por diretores e chefes de serviço, mediante autorização escrita do titular da respectiva pasta. Essa disciplina de contratação estatal foi alterada pelo Decreto-Lei n. 240/38, que disciplinou o pessoal da Administração Pública em dois grandes grupos: os servidores ocupantes de cargo (“funcionários públicos”) e os *extranumerários*, que eram divididos em quatro subgrupos: os *contratados* (para o desempenho de funções técnicas especializadas em relação às quais houvesse carência de funcionários públicos na mesma repartição); os *mensalistas* (admitidos temporariamente para suprir carência de pessoal permanente, sendo trabalhadores “substitutos”); os *diaristas* (para o desempenho de funções auxiliares ou transitórias) e os *tarefeiros* (que exerciam funções estipuladas pelo diretor da repartição e recebiam remuneração baseada na produção por unidade). Somente no ADCT da Constituição de 1946 é que se disciplinou, em sede constitucional, algo a respeito desses trabalhadores, e, mesmo assim, a normatização destinava-se apenas a efetivá-los no serviço público, desde que exercessem funções de caráter permanente há mais de cinco anos (contados, retroativamente, a partir da promulgação desse texto constitucional). Essa efetivação, promovida pelo art. 23 do ADCT do texto constitucional de 1946, equiparava os extranumerários a funcionários públicos.

essa restrição de maneira a neutralizá-la⁵. Assim, *a utilização da CLT como regramento normativo dos trabalhadores estatais também se transformou em regra, estando o estatuto dos funcionários públicos* (que, na União, era a Lei n. 1.711/52) *relegado ao papel de “exceção”, tal como aconteceu com o concurso público*.

Ficou claro, assim, o intuito de permitir o loteamento de ocupações estatais tomadas por indicações político-partidárias, o que prejudicou sobremaneira a profissionalização das carreiras estatais no Brasil⁶.

3. A disciplina da Lei n. 6.185, de 11 de dezembro de 1974

A manipulação das diretrizes constitucionais e celetistas ganhou ainda mais vulto com a edição de normas que se mostravam cada vez mais voltadas para a vinculação trabalhista e para a “livre” contratação e dispensa de trabalhadores e cada vez menos preocupadas com o concurso público. Não por acaso esse era o teor dos três primeiros dispositivos da Lei n. 6.185/74:

Art. 1º. Os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor.

Art. 2º. Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias, Procurador da Fazenda Nacional, Controle Interno, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e obrigações sejam os definidos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal (Redação dada pela Lei n. 6.856, de 1980).

Art. 3º. Para as atividades não compreendidas no artigo

⁵ A subversão decorre do fato de que o *caput* do art. 7º da CLT, embora vede a utilização dessa lei (*rectius*: Decreto-Lei) para reger a vinculação entre o Estado e o trabalhador estatal, permite que, quando for “expressamente determinado em contrário” (conferir nota anterior), a Administração Pública possa utilizar a Consolidação das Leis do Trabalho como regramento de suas relações com o servidor. Assim, basta que – como diversas vezes se verificou – o Estado estipule que determinadas ocupações serão regidas pela legislação trabalhista, caso em que se configura a subversão do que a lei estipula, embora não haja revogação nem antinomia.

⁶ “Desde que institucionalizado, nos primórdios da civilização, o governo reconheceu a necessidade de servidores públicos de carreira, para movimentar sua máquina e assegurar a implementação e realização das políticas públicas. Isso contrastava com o emprego de amadores, e assemelhados, que se revelaram inadequados, não-qualificados, incompetentes, não-confiáveis ou até mesmo corruptos. Caracterizou-se o erro ao acreditar que o trabalho governamental fosse tão simples que qualquer um pudesse desempenhá-lo. Realmente, era bastante complexo e requeria considerável aptidão e experiência para bem executá-lo, como muitos constataram no decorrer dos anos. Equivocaram-se ao imaginar que lealdade cega, ou laços de sangue, ou amizade, ou identificação ideológica somente fossem suficientes para prevenir desídia, fraude, descaso, furto ou outros atos criminosos. Errou-se ao supor que amadores agiriam no melhor interesse dos governantes ou dos governados, em vez de velar por seus próprios interesses irresponsáveis e perigosos. Com frequência, incompetentes desertaram de seus postos, enganaram os militares, venderam-se a estrangeiros, apropriaram-se de fundos, premeditaram traições, provocaram guerra ou desobediência civil, em resumo, destruíram os negócios públicos. Entretanto, a despeito da estarrecedora evidência histórica, os governantes ainda ignoram a profissionalização e têm apenas a si mesmos para culpar quando ocorre o desastre. Um vívido exemplo recente é o que aconteceu na Albânia quando a lei e a ordem virtualmente entraram em colapso. O governo enredou-se em monstruosos esquemas, que tornaram o regime em plutocracia dirigida pela elite do crime organizado, por falta de uma infra-estrutura profissional de serviço” (CAIDEN, Gerald E.; VALDÉS, Daisy de Asper y. A essência do profissionalismo no Serviço Público. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, ano 35, n. 138, p. 141-142, abr./jun. 1998).

precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Parágrafo único. Os servidores a que se refere este artigo serão admitidos para cargos integrantes do Plano de Classificação, com a correspondente remuneração⁷.

Em face dessas normas, é possível deduzir a dinâmica pretendida pelos governantes da época: somente nas atividades ditas “inerentes ao Estado”, sem correspondência no setor privado, é que seria necessário o provimento de cargo público (art. 2º da lei), o que implica afirmar que, a teor do disposto no art. 97 § 1º da Constituição de 1967, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 1/69, esses carreiras deveriam ser providas por servidores *concurados*. Essa circunstância, no entanto, nem sempre realmente ocorria, já que o mesmo art. 97 § 1º da Constituição de 1967 (com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 1/69) dispunha que “a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, *salvo os casos indicados em lei*”. Bastava, portanto, que o “estatuto próprio” dos servidores das carreiras mencionadas no art. 2º da Lei n. 6.185/74 dispensasse-os da exigência de concurso público, que então se teria servidores exercendo atribuições “inerentes ao Estado”, compulsoriamente vinculados ao regime estatutário (e afastados, pois, da vinculação trabalhista), mas possivelmente não concursados, um verdadeiro contrassenso.

Para as demais ocupações estatais – maioria absoluta das carreiras existentes no quadro funcional do Estado – somente seriam admitidos trabalhadores regidos pela CLT e legislação trabalhista correlata (art. 3º da lei).

De acordo com o já transcrito art. 3º da Lei n. 6.185/74, para as atividades não inerentes ao Estado “só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Esse dispositivo legal, circunscrito, como todo o texto dessa lei, ao âmbito da Administração Federal⁸, não mais subsiste, seja porque a Constituição impede a pluralidade de regimes funcionais (redação original do *caput* do art. 39 revigorada por decisão do STF na ação direta de inconstitucionalidade n. 2135-MC/DF), seja porque os direitos de greve e de sindicalização atualmente estão assegurados tanto aos trabalhadores da iniciativa privada

⁷ BRASIL. *Lei n. 6.185, de 11 de dezembro de 1974*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/1970-1979/L6185.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

⁸ A confusa ementa afirma que a lei dispõe “sobre os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, e dá outras providências”.

(arts. 8º e 9º da Constituição) quanto aos servidores públicos (art. 37, incisos VI e VII, do texto constitucional). Infraconstitucionalmente, a Lei n. 8.112/90 impõe a adoção de um regramento uniforme aos servidores públicos federais, sem distingui-los quanto às atividades exercidas, restando, pois, revogado tacitamente o art. 3º da Lei n. 6.185/74.

Mesmo com a revogação desse dispositivo, remanesce o interesse em abordar o seu alcance, haja vista a projeção que sua interpretação veio – indevidamente – a atingir. A origem do problema divide-se em duas frentes: numa *primeira via*, vislumbra-se a ideia da livre dispensa do trabalhador estatal regido pela legislação trabalhista e, numa *segunda via*, discute-se a modalidade de acesso do trabalhador ao emprego estatal. Nenhuma dessas duas interpretações criadas a partir desse dispositivo deve persistir, no entanto, pelas razões expostas a seguir.

O art. 3º da Lei n. 6.185/74 dispõe, na parte final do seu texto, que aos empregados estatais seriam aplicadas “as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”. Aparentemente o texto apresenta uma obviedade constrangedora, pois é evidente que o trabalhador regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente quem seja o seu empregador, será beneficiário do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), haja vista a existência de norma constitucional expressa nesse sentido (art. 7º, III, da Constituição de 1988). Essa realidade, contudo, não era a mesma que existia à época da edição da lei.

A Constituição de 1967 assegurava aos trabalhadores, no art. 158, XIII, o direito à “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente”. Esse dispositivo foi renumerado pela Emenda Constitucional n. 1/69 – passou a ser o art. 165, XIII. Percebe-se que o texto constitucional, ao utilizar o disjuntivo “ou”, firmou a premissa de que *estabilidade e fundo de garantia* eram benefícios *alternativos* ao trabalhador, nunca cumulativos. Cristaliza-se, portanto, a interpretação de que *ou o trabalhador seria beneficiado com a estabilidade, ou teria direito ao fundo de garantia (do tempo de serviço)*.

O *caput* do art. 158 da Carta de 1967 (mantido e renumerado, pela Emenda Constitucional n. 1/69, passando a ser o *caput* do art. 165), no entanto, estipulava que os direitos relacionados nos incisos não prejudicavam a concessão de outros direitos que visassem à *melhoria* da condição social dos trabalhadores, consagrando, assim, o princípio da *proibição do retrocesso* na ordem constitucional então vigente⁹. Essa norma foi reiterada no *caput* do

⁹ Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social [...].

art. 7º da atual Constituição, praticamente sem alterações¹⁰, e é fundamental para que se aponte a primeira impropriedade dessa interpretação: é certo que a Constituição estabeleceu a alternatividade entre estabilidade e fundo de garantia, mas *não* impediu que outros direitos fossem incrementados ao patrimônio jurídico do trabalhador, visto que a *melhoria da condição social* do empregado foi, e ainda é, um princípio constitucional expresso. É, portanto, possível asseverar que *nada impediria que o trabalhador fosse beneficiado concomitantemente com a estabilidade e o fundo de garantia do tempo de serviço*, pois essa providência, longe de agredir o texto constitucional, significaria a implementação efetiva de uma de suas mais relevantes normas – a melhoria da condição social do trabalhador.

No direito positivado infraconstitucional tinha-se, contudo, a alternatividade entre a *estabilidade*, prevista no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual “o empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas” e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), implementado pela então vigente Lei n. 5.107/66¹¹. Ocorre que essa alternatividade referia-se à *estabilidade decenal* prevista no art. 492 da CLT, e não à *estabilidade constitucional assegurada aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos* (art. 188 da Constituição de 1946; art. 99 da Carta de 1967; e art. 100 dessa mesma Carta, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 1/69).

Assim, o art. 3º da Lei n. 6.185/74, ao dispor que os empregados estatais seriam abrangidos pelas “normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço” pretendeu, na verdade, extirpar qualquer dúvida a respeito da possível estabilização (fundada no art. 492 da CLT e não na Constituição, frise-se) desses trabalhadores no serviço público: se vigorava constitucionalmente a alternatividade entre estabilidade decenal e FGTS, e se a opção política adotada foi a de impedir que o trabalhador, admitido para prestar serviço ao Estado, fosse estabilizado no serviço público, concluiu-se que *o teor do art. 3º da Lei n. 6.185/74 não significou a exclusão dos empregados estatais da prerrogativa constitucional da estabilidade funcional, mas sim impediu que os empregados pudessem optar pelo benefício da estabilidade decenal estipulado pelo art. 492 da CLT*. Com essa providência, todos os trabalhadores alcançados pelo art. 3º da Lei n. 6.185/74 foram tidos

¹⁰ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]”.

¹¹ Os arts. 1º e 16 dessa Lei estipulavam que o empregado poderia optar pelo FGTS, caso em que não lhe seria assegurada a estabilidade referida no art. 492 da CLT (denominada de *estabilidade decenal*, pois pressupunha a prestação de serviço por dez anos ou mais, relativa ao mesmo empregador), mas lhe seriam devidos os valores depositados na conta vinculada, os quais, no entanto, somente poderiam ser sacados em poucas hipóteses legalmente estabelecidas, ou se manter no regime da Consolidação das Leis do Trabalho, que lhe assegurava indenização por tempo de serviço calculada à razão de um mês de remuneração para cada ano (ou fração superior a seis meses) trabalhado, sendo, porém, indevida qualquer indenização em caso de rompimento contratual antes do primeiro ano de emprego (art. 478 da CLT).

como “optantes” do FGTS, embora, obviamente, não houvesse opção: as normas da Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei n. 5.107/66) abrangiam esses trabalhadores de maneira compulsória.

Mesmo que o art. 3º da Lei n. 6.185/74 pretendesse também alcançar a estabilidade constitucional, para excluí-la *a contrario sensu* com a imposição do FGTS, a norma seria inócua: pelos arts. 100 e 109, III, da Constituição de 1967, com a redação que lhes foi conferida pela Emenda Constitucional n. 1/69, a estabilidade somente alcançaria o *funcionário público concursado*, nos termos da lei, a qual, à época, somente conferia estabilidade ao *funcionário ocupante de cargo efetivo* (art. 82 da Lei n. 1.711/52). Tanto o concurso quanto a efetivação eram realidades distantes dos trabalhadores estatais regidos pela legislação trabalhista. Vê-se, pois, que o art. 3º da Lei n. 6.185/74 não necessitaria excluir os empregados da estabilização constitucional no serviço público, pois essa restrição já decorria da ordem constitucional e infraconstitucional então vigente. E se adotasse a solução contrária – ou seja, estabilizar no serviço público os empregados estatais – haveria nítida inconstitucionalidade.

Constata-se, pois, que a norma do art. 3º da Lei n. 6.185/74, equiparando esses empregados estatais a “trabalhadores privados”, retirava desses indivíduos qualquer garantia de emprego: o art. 3º da Lei n. 6.185/74, que “impunha a opção”(!) pelo FGTS como direito inafastável desse trabalhador, impedia qualquer possibilidade de aquisição da estabilidade decenal prevista do art. 492 da CLT, exatamente pela “alternatividade” entre estabilidade e fundo de garantia prevista na ordem constitucional então vigente (art. 158, XIII, na Carta de 1967, e art. 165, XIII, depois da Emenda Constitucional n. 1/69). A isso deveria ser acrescido o fato de que a Constituição então vigente somente reservava a estabilidade no serviço público ao *servidor ocupante de cargo efetivo*, o que alijaria o empregado estatal tanto da estabilidade decenal quanto da *constitucional*.

4. A estabilidade prevista no art. 41 da Constituição de 1988

Como já se viu, o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispõe que os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, que estivessem “em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados *estáveis no serviço público*”. Cabe, aqui, indagar: qual a extensão do conceito de estabilidade utilizado por esse dispositivo constitucional?

No tópico anterior, foi firmado o entendimento segundo o qual *nenhuma das estabilidades possíveis – decenal ou constitucional – foi estendida ao celetista contratado pelo Estado*. A Constituição atual universalizou o FGTS (art. 7º, III), sem qualquer “alternatividade” nem menção à estabilidade decenal, de modo que, a esse respeito, a possibilidade de aquisição de estabilidade *decenal* não foi sequer tangenciada pelo texto constitucional de 1988.

A Constituição vigente previu, contudo, a estabilidade constitucional aos servidores públicos no seu art. 41, o qual apresentava, em sua redação original, o seguinte teor:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º. Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Em *nenhum momento* a Constituição refere-se à estabilidade decenal prevista no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho (“o empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”). É a conclusão a que se chega a partir de uma interpretação fundada na noção jurídica de *sistema*, seguindo os ensinamentos de Claus Wilhelm Canaris¹²:

Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja com determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de

¹² CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução e introdução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 22.

facto, imediatamente, na ideia de direito (como o conjunto dos valores jurídicos mais elevados).

A partir dessa construção sistemática, e tendo em vista que a Constituição de 1988 *ignora a estabilidade decenal prevista na Consolidação das Leis do Trabalho*, constata-se ser irrefutável a noção de que o conceito de *estabilidade* (ou melhor, de “estáveis no serviço público”) *deve ser, no caso dos trabalhadores apontados no art. 19 do ADCT, o mesmo adotado pelo art. 41 da Constituição*. Essa é a *única* modalidade de estabilidade funcional prevista pela Constituição; e ela *não se confunde com a estabilidade decenal prevista no art. 492 da Consolidação das Leis do Trabalho*.

Esse panorama não foi modificado pela Emenda Constitucional n. 19/98, que alterou o art. 41 da Constituição – as conclusões até então expostas podem ser reafirmadas diante do atual texto desse dispositivo. Veja-se o seu teor após a modificação promovida por essa Emenda:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º. Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º. Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

As modificações introduzidas pela Emenda n. 19/98 no regime jurídico da estabilidade constitucional mantêm incólumes as considerações feitas até o momento quanto ao regramento constitucional dos trabalhadores indicados no art. 19 do ADCT: a extensão do prazo para a aquisição da estabilidade (de dois para três anos) em nada afeta a situação desses trabalhadores, pois, afinal, eles detêm a estabilidade desde a promulgação da Constituição de 1988; e a avaliação periódica de desempenho, que seria mais uma

hipótese de mitigação da estabilidade, é, até o momento, inaplicável, haja vista a inexistência da lei complementar exigida pelo art. 41, § 1º, III, da Constituição.

Esses servidores, no entanto, embora tivessem sido agraciados com a prerrogativa da estabilidade, mesmo sem se submeterem a concurso, não são considerados *efetivos*, porque a própria Constituição estipula que “o tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo *será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação*, na forma da lei” (art. 19 § 1º do ADCT – destaques meus).

Embora pareça ser uma situação inusitada – estabilidade sem efetivação – esse contrassenso é apenas aparente. Esclarece Dirley da Cunha Júnior que “efetivo [...] é o cargo, não o servidor que o titulariza. O servidor que titulariza um cargo efetivo pode ser, isso sim, *estável*”¹³.

Com efeito, *em regra o servidor ocupante de cargo efetivo é o único que pode ser beneficiado com a prerrogativa da estabilidade*, conforme bem aponta o art. 41 da Constituição. Mas é possível que um aspecto exista independentemente do outro: *há servidor ocupante de cargo efetivo que não é estável*, como ocorre com os servidores que se encontram no período de estágio probatório, e *é possível também que haja servidores estáveis sem efetivação*, e essa é a hipótese do art. 19 do ADCT.

A norma permissiva do art. 3º da Lei n. 6.185/74 acabou por “universalizar” a contratação trabalhista sem concurso no Estado brasileiro, restringindo as hipóteses de recrutamento de servidores concursados apenas aos cargos do Estado “sem correspondência no setor privado”. Embora a lei restringisse seus efeitos aos “servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica” (art. 1º da Lei n. 6.185/74), essa prática era disseminada por todos os Estados e Municípios. Aproveitava-se a brecha do art. 97 § 1º da Constituição de 1967 (com a Emenda Constitucional n. 01, de 1969), segundo a qual “a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei”: como a Constituição não impunha a obrigatoriedade de concurso público para outras ocupações estatais que não fossem *cargo* (e mesmo assim havia a possibilidade de a lei *ressalvar* cargos que não necessitariam de concurso para que fossem providos), essa modalidade precária de contratação foi utilizada maciçamente antes da Constituição de 1988 – e depois dela também, só que de forma inconstitucional.

Sendo pessoal estatal que, em sua maioria, compunha *massa de manobra político-eleitoral*, os critérios de admissão e dispensa eram livres do

¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 253.

gestor de então, o que explica o fenômeno da “popularidade” da contratação celetista à época. Esses trabalhadores não tinham, pois, qualquer garantia de estabilização na função, situação que foi alterada pela atual Constituição, não sem que antes fosse reconhecida a existência de mais um *trem da alegria*, como afirma Gilberto Guerzoni Filho:

A utilização do regime celetista, celebrado como o moderno, em contraposição ao estatutário, arcaico, teve tal sucesso que, no momento da implantação do regime jurídico único pela Lei n. 8.112, de 1990, dos cerca de 700.000 servidores civis ativos da União, não mais de 150.000 ainda eram regidos pela Lei n. 1.711, de 1952. O que ocorreu, na prática, foi que grande parte dos servidores admitidos pelo regime celetista o foram sem concurso público e sem direito à estabilidade. De fato, praticamente a totalidade dos servidores admitidos pelas fundações, forma jurídica em que se constituíram grande parte das entidades criadas na época, entrou no serviço público, na melhor das hipóteses, por um processo seletivo simplificado, em que não esteve presente o pressuposto da impessoalidade, nem qualquer mecanismo institucional de avaliação de mérito. Esses servidores foram, muitas vezes, admitidos para prestar serviços na Administração direta. De fato, algumas fundações não passavam de verdadeiras intermediárias de mão-de-obra, aproveitando-se do fato de que não precisavam admitir por concurso e tinham ampla liberdade de fixação da remuneração de seus servidores. Ainda hoje, é possível observar, nos quadros de algumas fundações, um número desproporcional de servidores cedidos à Administração direta, alguns que, durante longo tempo, inclusive, somente tinham comparecido à sua entidade de origem, quando muito, para assinar o contrato de trabalho¹⁴.

Nem todos os que foram admitidos sem concurso, porém, receberam a benesse da estabilidade. O art. 19 do ADCT somente reserva esse benefício àqueles trabalhadores que contavam com pelo menos cinco anos de serviço público contínuos à época da promulgação da Constituição. A eles foi concedido o direito à estabilidade do art. 41 da Constituição, com as mesmas garantias e restrições que regem a estabilidade do servidor concursado após 05 de outubro de 1988. Àqueles que não contavam com esses cinco anos contínuos, não haveria qualquer garantia de manutenção nos quadros funcionais estatais.

5. As possibilidades de dispensa dos trabalhadores referidos no art. 19 do ADCT

Desenvolveu-se neste trabalho, até este ponto, a ideia de que a *estabilização* promovida pelo art. 19 do ADCT equipara-se à estabilidade do art. 41 da Constituição. Em outras palavras: a estabilidade do

¹⁴ GUERZONI FILHO, Gilberto. Análise da Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a contratação de servidores públicos pela CLT. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 146, p. 28-29, abr./jun. 2000.

art. 19 do ADCT é idêntica à estabilidade do servidor estatutário concursado, ocupante de cargo efetivo, cuja estabilidade tem sede *constitucional*.¹⁵

Tem-se, portanto, firmada a conclusão de que, *sendo a estabilidade dos trabalhadores referidos no art. 19 do ADCT a mesma prevista para os demais servidores estáveis nos termos do art. 41 da Constituição, não se pode condicionar a possibilidade de perda da função pública ao ajuizamento de inquérito para a apuração de falta grave*, exatamente porque a estabilidade decenal e a constitucional não se confundem: somente aquela impõe a necessidade de reconhecimento da falta grave por meio de sentença proferida nessa demanda. A estabilidade constitucional, porém, *pode ser elidida tanto por decisão proferida em processo administrativo quanto por decisão judicial transitada em julgado*, conforme autoriza o art. 41, § 1º, da Constituição de 1988. E essa decisão *não necessita ser proferida nos autos do inquérito para a apuração de falta grave*.

Não é essa, porém, a orientação que se colhe da doutrina especializada. Veja-se como se posiciona Sérgio Pinto Martins:

[...] os arts. 853 a 855 da CLT não estão revogados pela Constituição, visto que ainda podem ser utilizados pelos detentores da estabilidade decenal (titulares de direito adquirido), ou até mesmo para os servidores públicos civis contratados pela CLT e que tinham cinco anos de serviço na data da promulgação do Estatuto Supremo, passando a ser estáveis (art. 19 do ADCT).¹⁶

No mesmo sentido escreve Carlos Henrique Bezerra Leite:

Há, porém, alguns trabalhadores em situações especiais que só podem ser despedidos se praticarem falta grave devidamente apurada nos autos do inquérito judicial ora focalizado, como é o caso dos servidores públicos celetistas não concursados que, na data da promulgação da CF/88, contavam com cinco anos ou mais de serviço público contínuo (ADCT, art. 19) [...].¹⁷

Outros autores sustentam idêntico entendimento, como Renato Saraiva¹⁸, e Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante¹⁹.

¹⁵ De acordo com a antiga redação do art. 41 da Constituição, a estabilidade seria adquirida “após dois anos de efetivo exercício”. Durante o biênio o servidor seria mantido em “estágio probatório” (art. 20 da Lei n. 8.112/90), período durante o qual ele seria avaliado quanto à sua aptidão e capacidade para o desempenho do cargo (não do emprego, insista-se). Apesar de mencionar o lapso temporal a partir do qual o servidor público adquire a estabilidade, o art. 41 da Constituição, antes e depois da Emenda Constitucional n. 19/98, não se refere em nenhum momento a “estágio probatório”. Daí se constata que as regras que disciplinam o estágio probatório são infraconstitucionais, previstas nos estatutos funcionais de cada um dos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Mas o prazo previsto para a aquisição da estabilidade decorre de estipulação constitucional.

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 486.

¹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2004, p. 727.

¹⁸ SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 750.

¹⁹ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O Empregado Público*. São Paulo: LTR, 2002, p. 194.

Embora seja pouco comum o enfrentamento específico desse tema no Tribunal Superior do Trabalho, também o TST chegou a firmar a sua jurisprudência nesse sentido, como se percebe:

SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE. O artigo 19 do ADCT considera estável o servidor contratado pelo regime da CLT, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados e que não tenha sido admitido na forma regulada no artigo 37 da Constituição Federal. O servidor detentor da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT só pode ser despedido pela apuração da falta grave apurada em inquérito judicial, ficando afastada a necessidade de instauração prévia de inquérito administrativo. Recurso de revista conhecido e provido.²⁰

SERVIDOR PÚBLICO REGIDO PELA CLT – ESTABILIDADE – ARTIGO 19 DO ADCT – DISPENSA POR FALTA GRAVE – INQUÉRITO JUDICIAL – IMPRESCINDIBILIDADE. O empregado admitido sem concurso, sob o regime trabalhista, e beneficiário da estabilidade do artigo 19 do ADCT, somente pode ser dispensado, por justa causa, após regular inquérito judicial. Impertinente juridicamente a invocação de inquérito administrativo, na forma prevista no artigo 41, § 1º da Constituição Federal, para legitimar a dispensa, de vez que referido instituto tem por destinatário o servidor nomeado em virtude de concurso para cargo público e, portanto, sujeito às regras de natureza estatutária. Recurso de embargos não conhecido.²¹

O equívoco dessas construções parte da mesma premissa: a de que a Constituição, ao considerar “estáveis no serviço público” os trabalhadores apontados no art. 19 do ADCT, referiu-se à *mesma espécie de estabilidade prevista infraconstitucionalmente pela CLT*, o que não corresponde à realidade. Não é porque a expressão é a mesma (“estabilidade”), que o regramento será comum entre Constituição e CLT: torna-se necessário observar e analisar o plexo de normas de modo sistematizado, de forma a conferir *unidade à Constituição*, integrando seus dispositivos numa verdadeira *ordem constitucional harmônica*, maximizando a eficácia da Constituição quanto ao reconhecimento de direitos e garantias²². E nessa perspectiva, a

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 536766-18.1999.5.04.5555*. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 07 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20536766-18.1999.5.04.5555>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

²¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em recurso de Revista n. 325154-34.1996.5.09.5555*. Relator: Ministro Milton de Moura França. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 07 de maio de 2001. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-E-RR%20-%20325154-34.1996.5.09.5555>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

²² “O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar.”

única conclusão possível a respeito é que a estabilidade referida no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é *idêntica à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição, que não condiciona a dispensa do trabalhador estável ao ajuizamento de inquérito para a apuração de falta grave*. Tanto assim o é que, demais disso, a estabilidade referida no art. 41 da Constituição *também concebe a possibilidade de elisão em caso de conduta grave do servidor comprovada em regular processo administrativo*. E esse regramento é mais um argumento que comprova o equívoco da tese prevaletente na doutrina e na jurisprudência a respeito: se a Constituição pretendesse estender a estabilidade decenal a esses trabalhadores, deveria ter feito menção expressa a respeito, já que, além do art. 19 do ADCT, a *previsão constitucional sobre estabilidade funcional encerra-se no art. 41, que não condiciona a elisão da estabilidade apenas à decisão judicial, permitindo também que a decisão proferida em processo administrativo possa suplantar a estabilidade*.

Relembre-se, ainda, que *nenhum trabalhador estatal regido pela CLT antes da Constituição detinha direito à estabilidade, seja decenal ou constitucional*. A primeira estava definitivamente excluída pela “opção forçada” feita pelo art. 3º da Lei n. 6.185/74. E a segunda era vedada pelo próprio texto constitucional anterior, que somente reconhecia a estabilidade, após dois anos de exercício, aos “funcionários nomeados por concurso” (art. 100, *caput*, da Constituição de 1967 com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 01, de 1969), entendendo-se “funcionário” como “ocupante de cargo público”. Daí sucede que o conceito de “estável”, invocado no art. 19 do ADCT, *não pode ser, em nenhuma hipótese, equiparado à estabilidade decenal prevista no art. 492 da CLT, seja porque a ordem jurídica anterior a 1988 vedava expressamente a aquisição desse direito (art. 3º da Lei n. 6.185/74), seja porque a Constituição de 1988 em nenhum momento refere-se a “estabilidade” nos contornos consignados pela CLT*.

A isso se acrescenta o fato de que, se o art. 19 do ADCT estendeu, aos trabalhadores não concursados que estavam em exercício há pelo menos cinco anos continuados, a *estabilidade constitucional* que se refere ao servidor concursado ocupante de cargo efetivo, *não há porque os*

Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 226). No mesmo sentido: “O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que ‘uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. [...] Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: ‘o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal’ (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 182).

trabalhadores estabilizados do art. 19 do ADCT terem um regramento acerca da estabilidade mais rígido do que os servidores concursados. Admitir-se o contrário significaria consolidar uma incoerência jurídico-constitucional indefensável. O alcance da estabilidade constitucional para uns e para outros é o mesmo. E, sendo assim, o servidor estável, na Constituição (seja ele regido pelo art. 41, seja pelo art. 19 do ADCT) deve ter idêntica disciplina quanto à estabilidade, o que torna imperioso afirmar que, em ambos os casos, *a estabilidade constitucional pode ser elidida por processo administrativo, sendo desnecessário o ajuizamento de inquérito judicial para a apuração de falta grave*, entendimento este consentâneo com a mais atualizada jurisprudência a respeito, como se constata a partir dos arestos abaixo:

RECURSO DE EMBARGOS. SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE. ARTIGO 19 DO ADCT. DEMISSÃO. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. O artigo 19 do ADCT consagra a estabilidade extraordinária ou excepcional no serviço público, que se assemelha àquela delimitada no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, em que o servidor estável tem a garantia de não ser demitido senão em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa, sendo desnecessário, pois, a instauração do inquérito judicial previsto no artigo 853 da CLT para apuração da falta grave, que era exigido nos casos de dispensa de empregados detentores da estabilidade decenal ou definitiva garantida aos trabalhadores antes da Constituição Federal de 1988. Recurso de embargos conhecido e não provido.²³

INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ESTABILIDADE. ART. 19 DO ADCT DA CF/88. 1. A lei somente exige e autoriza o manejo de inquérito para apuração de falta grave no caso de empregados portadores da antiga estabilidade decenal (artigo 492, CLT) e da estabilidade assegurada aos dirigentes sindicais (art. 543, § 3º, da CLT). Não há tal exigência, pois, em se tratando de empregado titular da estabilidade prevista no art. 19 do ADCT da CF/88. Aplica-se, a propósito, o princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II). 2. Em caso de empregado amparado por tal estabilidade, à semelhança do cipeiro e tantos outros, assiste ao empregador o direito de despedir diretamente o empregado, por justa causa, independentemente de aquiescência judicial e, se acionado, cabe-lhe o ônus de provar os fatos que determinaram a despedida motivada. 3. Recurso de revista não conhecido.²⁴

Consigne-se, por derradeiro, que a decisão judicial que elide a *estabilidade desse trabalhador, caso o Estado não prefira dispensar o*

²³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 481730-84.1998.5.09.5555*. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 28 de maio de 2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-ED-RR%20-%20481730-84.1998.5.09.5555>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

²⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 611233-43.1999.5.12.5555*. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 05 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20611233-43.1999.5.12.5555>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

trabalhador estabilizado pela via do processo administrativo, não necessita ser proferida nos autos da demanda do inquérito para a apuração de falta grave. Como se sabe, essa demanda destina-se à dispensa de empregado estável nos termos do art. 492 da CLT, segundo o que dispõe a própria CLT (arts. 494 e 853). Outras hipóteses de dispensa somente viabilizadas pelo inquérito são aquelas em que a *legislação expressamente impõe essa necessidade*, como ocorre com os empregados eleitos para órgãos de direção das entidades sindicais, titulares e suplentes, desde o registro da candidatura até um ano após o final do mandato (art. 8º, VIII, da Constituição²⁵ e art. 543 § 3º da CLT²⁶); com os empregados eleitos diretores de cooperativas por eles criadas (art. 55 da Lei n. 5.764/71²⁷); com os empregados titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social, até um ano após o término do mandato (art. 3º § 7º da Lei n. 8.213/91²⁸); com os empregados titulares e suplentes da representação dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS, até um ano após o término do mandato (art. 3º § 9º da Lei 8.036/90²⁹); e com os empregados eleitos para participarem, como representantes dos trabalhadores, nas Comissões de Conciliação Prévia instituídas no âmbito das empresas, sendo vedada a dispensa deles, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei (art. 625-B § 2º da CLT³⁰). Silente a lei a respeito da necessidade do inquérito – como sói acontecer com o empregado estabilizado pelo art. 19 do ADCT – mostra-se desnecessária a adoção dessa medida, sendo, pois,

²⁵ “Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”.

²⁶ “Art. 543. [...] § 3º. Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”.

²⁷ “Art. 55. Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho”.

²⁸ “Art. 3º. Fica instituído o Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, órgão superior de deliberação colegiada, que terá como membros: I – seis representantes do Governo Federal; II – nove representantes da sociedade civil, sendo: a) três representantes dos aposentados e pensionistas; b) três representantes dos trabalhadores em atividade; c) três representantes dos empregadores (Redação desses incisos dada pela Lei n. 8.619, de 1993) [...] § 7º. Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial”.

²⁹ “Art. 3º. O FGTS será regido por normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo. [...] § 9º. Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial”. Em relação a este dispositivo, Sergio Torres Teixeira faz as seguintes ponderações: “Quanto à forma de comprovação do ato faltoso, o legislador utilizou a expressão ‘processo sindical’, instituto desconhecido do direito pátrio. Alguns juristas passaram a defender a ideia da instituição de um novo tipo de inquérito administrativo, desenvolvido perante representante das entidades sindicais. Atualmente, no entanto, uma reflexão mais profunda levou à constatação de que ocorreu apenas um pequeno deslize terminológico do legislador na redação do § 9º, cuja finalidade era submeter a concretização da despedida ao mesmo procedimento solene exigido na estabilidade sindical: o inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho” (TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 1998, p. 282).

³⁰ “Art. 625-B. A Comissão instituída no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, e observará as seguintes normas: I – a metade de seus membros será indicada pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional; II – haverá na Comissão tantos suplentes quantos forem os representantes titulares; III – o mandato dos seus membros, titulares e suplentes, é de um ano, permitida uma recondução. § 1º. É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei”.

inaplicáveis essas regras à pretensão estatal de obter autorização judicial para a extinção do vínculo do empregado estabilizado pelo art. 19 do ADCT.

Assim sendo, caso o Estado pretenda obter o reconhecimento da possibilidade de terminação do vínculo empregatício na Justiça do Trabalho, em relação a esse trabalhador estabilizado, deve o ente estatal promover demanda na Justiça do Trabalho seguindo o procedimento ordinário previsto na CLT (intitulando sua postulação como bem entender, a exemplo de “ação trabalhista para a perda de função pública” ou “ação declaratória de insubsistência da estabilidade”, dentre outras denominações que em nada impactam o resultado da demanda). Observando-se o procedimento ordinário, o empregador estatal não precisa observar o prazo de trinta dias em caso de suspensão do empregado (art. 853 da CLT) – havendo, porém, o risco de sua inércia configurar o perdão tácito da falta cometida pelo empregado.³¹ E a prova testemunhal será limitada à oitiva de *até três testemunhas*, não se aplicando o limite de seis depoimentos previsto para o inquérito no art. 821 da CLT.

6. Considerações finais

Diante dessa abordagem, é possível firmar posição no sentido de que doutrina e parcela da jurisprudência partem de pressupostos equivocados no que tange à exigência do inquérito para a apuração de falta grave destinado à elisão da estabilidade dos trabalhadores apontados no art. 19 do ADCT. Não há correlação alguma entre a estabilidade prevista nesse dispositivo e a estabilidade decenal consignada na CLT, esta sendo a única (juntamente com outros casos em que esse regramento é expressamente referido pela legislação) a exigir o inquérito para a efetivação da dispensa. Assim, tendo-se por fundamento a noção de que a estabilidade prevista no art. 19 do ADCT é idêntica à estabilidade funcional prevista no art. 41 da Constituição, e que o texto constitucional permite a elisão dessa estabilidade tanto por processo administrativo quanto por processo judicial (que *não é o inquérito para a apuração de falta grave*), conclui-se que *são inaplicáveis as regras do inquérito* (arts. 494 e 853 da CLT, em suma) às dispensas de empregados estabilizados que sejam autorizadas judicialmente.

³¹ A Consolidação das Leis do Trabalho *não* estipula o lapso temporal máximo que pode transcorrer entre a falta e a dispensa por justa causa. Firmou-se, no entanto, a noção de que “não há dúvida alguma de que a justa causa deve ser *atual*, isto é, contemporânea ao próprio ato de rescisão do contrato [...]”. Eis, em poucas linhas, o princípio da atualidade da falta grave para a cessação da relação de emprego” (MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 109. Destaque conforme o original). O empregador deve, portanto, adotar as providências que entender necessárias para sancionar o empregado pela conduta contrária ao disposto no art. 482 da CLT, de maneira que não se ultrapasse lapso temporal que venha a configurar *perdão tácito* em face da conduta do empregado. Essa construção teórica partiu do fato de que o Direito do Trabalho, fortemente informalista, estipula consequências para a inércia do titular da manifestação de vontade, imputando-se-lhe efeitos caso não haja uma postura contrária ao que estipula a lei – como ocorre com a contratação empregatícia, que pode ser caracterizada mesmo com o acordo tácito de vontades, nos termos do art. 442, *caput*, da CLT. Em reforço a essa tese, o Código Civil atualmente vigente conta com dispositivo expresso que respalda o acerto dessa formulação. Trata-se do art. 111, que estipula o seguinte: “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Como ao empregador cabe a manifestação de reprovação em face da ocorrência de conduta faltosa do empregado, seja para adverti-lo, seja para suspendê-lo, seja para despedi-lo, o dispositivo do Código Civil tem plena incidência nesses casos, reforçando a necessidade de o empregador não se quedar inerte diante dessa ocorrência.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- BRASIL. *Lei n. 6.185, de 11 de dezembro de 1974*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/1970-1979/L6185.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 290.014 AgR/RJ*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 06 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=299831>>. Acesso em: 23 jun. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 236.373 AgR/DF*, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=290745>>. Acesso em: 23 jun. 2010.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em recurso de Revista n. 325154-34.1996.5.09.5555*. Relator: Ministro Milton de Moura França. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 07 de maio de 2001. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-E-RR%20-%20325154-34.1996.5.09.5555>>. Acesso em: 14 abr. 2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 481730-84.1998.5.09.5555*. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Órgão julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Brasília, DF, 28 de maio de 2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-ED-RR%20-%20481730-84.1998.5.09.5555>>. Acesso em: 14 abr. 2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 536766-18.1999.5.04.5555*. Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen. Órgão julgador: Quarta Turma. Brasília, DF, 07 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20536766-18.1999.5.04.5555>>. Acesso em: 14 abr. 2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 611233-43.1999.5.12.5555*. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 05 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/proc-RR%20-%20611233-43.1999.5.12.5555>>. Acesso em: 14 abr. 2011.
- CAIDEN, Gerald E.; VALDÉS, Daisy de Asper y. A essência do profissionalismo no Serviço Público. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, ano 35, n. 138, p. 141-142, abr./jun. 1998.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução e introdução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O Empregado Público*. São Paulo: LTr, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- GUERZONI FILHO, Gilberto. Análise da Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a

- contratação de servidores públicos pela CLT. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 146, p. 28-29, abr./jun. 2000.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2010.
- TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

OS COROLÁRIOS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A IN(APLICABILIDADE) DO IN DUBIO PRO OPERARIO EM MATÉRIA DE ÔNUS DA PROVA

Isabelle Liane Galvão de Medeiros¹
Mariana Gurgel de Medeiros²
Vanessa Medeiros de Oliveira³.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar o princípio da proteção como elemento constitutivo do Direito do Trabalho. O estudo demonstra que o princípio protecionista desdobra-se em princípio da norma mais favorável, princípio da condição mais benéfica e princípio do *in dubio pro operario*. Defende-se que em virtude da própria natureza protecionista do Direito do Trabalho, o princípio da proteção orienta todo o Direito do Trabalho, repercutindo não só no direito material, como também no direito processual trabalhista, sobretudo em matéria de ônus da prova.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Princípio da proteção; Princípio da norma mais favorável; Princípio da condição mais benéfica.

ABSTRACT: This paper intends to discuss the protection principle as a key element of Labour Law. The study shows that the protectionist principles unfolds into the most favourable; the best condition; and the *in dubio pro operario* principles. Due to the Labour Law's own protectionist nature, the principle of protection guides all Labour Law, echoing in both material and processual labour law.

Keywords: Labor Law; protection principle; most favorable norm principle; Best condition principle.

1. INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho nasceu insculpido pelo princípio protetor. Fato é que o surgimento das leis trabalhistas objetivou proteger os trabalhadores explorados na França da Revolução de 1789 e, principalmente, nas fábricas inglesas à época da Revolução Industrial. Inegável, pois, que o protecionismo é o vetor de toda a doutrina trabalhista, estando presente desde a elaboração das normas até a interpretação e aplicação das mesmas.

Este ideal protecionista surgiu como meio de garantir uma igualdade substancial das partes no âmbito trabalhista, buscando, dessa forma, compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao

¹ Acadêmica do 9º período do curso de Direito - UFRN.

² Acadêmica do 9º período do curso de Direito - UFRN.

³ Acadêmica do 9º período do curso de Direito - UFRN.

empregado, assegurando uma superioridade jurídica a este último em face de sua condição hipossuficiente.

O artigo ora apresentado pretende, pois, analisar os corolários do princípio “âncora” do direito do trabalho, quais sejam: princípio da norma mais favorável, da condição mais favorável e do *in dubio pro operario*.

Após o exame de cada um desses desdobramentos, discutir-se-á acerca da possibilidade da aplicação do princípio do *in dubio pro operario* no âmbito processual e sua repercussão na disciplina do ônus da prova.

2. DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

A hipossuficiência do empregado, por vezes percebida nas relações trabalhistas, legitima a necessidade de um tratamento diferenciado, através do qual é possível garantir a paridade entre as partes – empregado e empregador.

Deste modo, conforme preceitua Godinho Delgado⁴, o objetivo desta verdadeira rede protetiva destinada à parte hipossuficiente ocorre como meio de atenuar no plano jurídico o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Não há que se falar, portanto, em quebra da isonomia. Pelo contrário, busca-se sopesar o manto protetivo assegurado ao empregado em face da desigualdade econômica e subordinação jurídica existente entre este e o empregador, de modo a concretizar não apenas a igualdade material, mas também a chamada igualdade substancial ou aristotélica.

Vê-se, pois, que o princípio da proteção é considerado a força motriz que impulsiona todo o direito do trabalho, possibilitando o reconhecimento dos direitos do trabalhador, bem como a valorização da dignidade da pessoa humana.

Para Américo Plá Rodriguez⁵, o princípio da proteção apresenta três dimensões distintas, quais sejam: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Passaremos a analisar adiante cada um desses corolários.

2.1. PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

O princípio da norma mais favorável consubstancia-se, assim como o da

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

condição mais benéfica, em uma das ramificações do princípio da proteção, instituído com o fito de igualar as partes desiguais no âmbito do Direito do Trabalho.

Primeiramente, é válido ressaltar que boa parte da doutrina considera o princípio da norma mais favorável como basilar para todo o Direito do Trabalho, uma vez que este possui natureza tríplice.

Tal princípio abrangeria, segundo esse preceito, a elaboração de normas jurídicas mais favoráveis ao trabalhador, a prevalência da norma mais benéfica ao mesmo no caso de haver diversos tipos de normas, hierarquicamente falando, e a função de interpretação das normas jurídicas de modo que existindo duas ou mais formas de interpretar a norma jurídica, será escolhida aquela que conduzir ao melhor resultado para ele⁶.

Já outros doutrinadores, como Alice Monteiro de Barros, ensinam que tal princípio se restringe à autorização da aplicação da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia. Excluir-se-ia deste, portanto, de acordo com o entendimento da supracitada autora, o caráter de elaboração e interpretação das normas, senão veja-se o trecho de sua obra que trata sobre este assunto:

O fundamento do princípio da norma mais favorável é a existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é objeto de polêmica. Esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia⁷.

Para Mauricio Godinho Delgado, a regra da norma mais favorável tem importância na fase pré-jurídica, tendo em vista que se trataria de fonte material formal, exercendo influência política clara na forma da norma. Na fase jurídica, por sua vez, o princípio atuaria como critério de hierarquia ou interpretação⁸.

Quanto aos critérios de aferição da norma mais favorável, a doutrina tem sido uniforme em dizer que existem três.

O primeiro critério é conhecido como teoria do conglobamento, segundo a qual “se prefere a norma mais favorável, após o confronto em bloco das normas objeto de comparação”⁹.

A citada teoria traz benefícios, uma vez que respeita a harmonia interna e a organicidade das fontes jurídicas, assim como a vontade de quem elaborou a norma, especialmente, quando se trata de convenções e acordos coletivos,

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 26.

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 181.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 44.

⁹ BARROS, Alice Monteiro de, op. cit., p. 181.

os quais, vale salientar, possuem conteúdo homogêneo e podem inserir cláusulas compensatórias ou outros institutos semelhantes que resultem no equilíbrio do conjunto.

Contudo, cabe frisar que essa técnica pode apresentar problemas quando a comparação se der entre normas de conteúdo heterogêneo, situação em que o melhor seria um cotejo por partes ou grupo de matérias¹⁰.

Quanto ao segundo critério, intitulado teoria da acumulação, é possível afirmar que ele colhe de cada norma as cláusulas mais favoráveis ao trabalhador, reunindo-as todas para aplicação ao caso concreto.

Ressalte-se que parte da doutrina atribui um caráter demagógico a esse segundo critério. Acerca do tema, Mauricio Godinho Delgado entende que “não pode o operador do direito romper com a lógica jurídica, não pode ser casuístico, acumulando somente preceitos favoráveis”¹¹.

Já Pinho Pedreira emite a seguinte opinião:

A legislação tem, usualmente e com efeito, coerência interna, uma estrutura, um jogo de freios e contrapesos. Rara vez ou nunca é uma soma de positivos, porém costuma compensar proveitos e requisitos, benefícios e deveres ou condições. A valoração de uma cláusula singular, para decidir se é ou não mais favorável ao trabalhador, de acordo com a lógica jurídica, deve ser efetuada com critérios sistemáticos, isto é, não a isolando do conjunto do contrato, mas considerando-a no contexto desse contrato, do qual faz parte e a respeito do qual não goza de autonomia¹².

Das imperfeições advindas das teorias do conglobamento e da acumulação, originou-se a teoria do conglobamento parcial, orgânico, mitigado ou por instituto, que se constitui o terceiro critério de aferição da norma mais favorável.

O supracitado critério “apresenta como solução uma comparação parcial entre grupos homogêneos de matérias, de uma e de outra norma”¹³ e foi o adotado pela legislação brasileira, o que se comprova da leitura do art. 3º, II, da Lei n. 7.064 de 1982, senão cite-se:

Art. 3º. A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:
I – (...);

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de, op. cit., p. 181.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho, op. cit., p. 45.

¹² SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. Salvador: Gráfica Contraste, 1996. p. 95.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de, op. cit., p. 181.

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

Noutro bordo, no que tange ao contexto atual do princípio da norma mais favorável, o seu afastamento fica cada vez mais potencializado diante das manifestações de flexibilização, desregulamentação e negociação coletiva *in pejus*.

Todavia, tais manifestações não podem fulminar a aplicação de um princípio que é base do Direito do Trabalho e, portanto, extremamente necessário para que se evite o cometimento de injustiças prejudiciais ao trabalhador.

2.2. PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA

Diferentemente do princípio da norma mais favorável, a regra da condição mais benéfica, segundo Alice Monteiro de Barros, “se direciona a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato, de forma expressa ou tácita, consistente esta última em fornecimentos habituais de vantagens que não poderão ser retiradas”¹⁴.

Tal princípio determina, portanto, a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis.

As condições mais favoráveis se dividem em: causais e concessivas. As primeiras são concedidas em razão de uma qualidade especial do empregado. As últimas, por sua vez, são outorgadas pelo empregador, sem o cunho contratual.

Sobre o assunto, ensina Alice Monteiro de Barros:

Estas últimas (concessivas) poderão ser compensadas com norma legal ou convencional posterior, como ocorreu com a gratificação natalina, que já era paga por algumas empresas quando da edição da Lei n. 4.019, de 13 de julho de 1962, instituidora do 13º salário (Súmula n. 145, hoje cancelada, e n. 87, do TST). O mesmo já não ocorre com as condições mais favoráveis causais, pois, dada a sua especificidade, não poderão ser absorvidas por normas gerais. A homogeneidade das vantagens é um requisito necessário à compensação¹⁵.

¹⁴ Op. cit., p. 182.

¹⁵ Op. cit., p. 182.

A aplicação da regra da condição mais benéfica pode operar de forma restritiva ou extensiva.

Segundo Plá Rodriguez, opera de forma restritiva, quando obriga o empregador a manter as condições que já asseguram situação mais vantajosa ao empregado, em face da nova regulamentação que supriria essa vantagem, e de forma extensiva, quando for possível às partes, ainda que de forma indireta, pactuarem condições mais benéficas ao trabalhador, superiores àquelas garantias mínimas legalmente fixadas¹⁶.

Já para Alice Monteiro de Barros, se tratam, na verdade de limites intrínsecos e extrínsecos, senão vejamos:

O limite intrínseco da condição mais benéfica justifica a não concessão de vantagens inseridas no regulamento interno da empresa ao empregado admitido após a sua revogação (Súmula n. 51 do TST). O desconhecimento dessa situação desautoriza o pleito. O limite intrínseco da condição mais benéfica não protege a incorporação ao contrato individual de trabalho das vantagens inseridas em norma coletiva (sentença normativa, convenção e acordo coletivo). Já o limite extrínseco seria a edição de norma posterior mais vantajosa do que a condição benéfica, implicando o desaparecimento desta última. O segundo limite extrínseco é o de que essas vantagens não se acumulam¹⁷.

Dessa forma, percebe-se que qualquer modificação das condições de trabalho importará em afronta à regra da *condição mais benéfica*, já que tal postulado repousa sobre a garantia constitucional de respeito ao direito adquirido, salvo as hipóteses que se enquadram nos limites intrínsecos e extrínsecos já referidos, as condições benéficas estabelecidas provisoriamente, as quais poderão ser suprimidas e, ainda, aquelas modificações que não importam em alteração de condição mais benéfica, tais como a supressão de labor em ambiente insalubre ou perigoso, trabalho noturno e extraordinário.

2.3. IN DUBIO PRO OPERARIO

O princípio conhecido como *in dubio pro operario* ou *in dubio pro misero*, encontra importante aplicação no campo do direito material do trabalho, orientando o intérprete para que, diante da dúvida, escolha, dentre as interpretações possíveis de uma norma, aquela que seja mais favorável ao trabalhador.

É de se destacar que o *in dubio pro operario* se constitui na mais polêmica faceta do princípio protetor, havendo, inclusive, quem negue sua existência, consoante se infere da obra do saudoso Valentin Carrion, para quem:

¹⁶ Op. cit., p. 93.

¹⁷ Op. cit., p. 183.

o princípio *in dubio pro misero* não existe; o que há é a proteção ao hipossuficiente pela própria norma legal, que para isso é posta. Menos ainda no direito processual. Busca-se o ônus da prova; quem o tinha, e não provou, será vencido na sentença.¹⁸

No que tange à sua aplicação, conforme linhas alhures traçadas, o *in dubio pro misero* implica na necessidade de, em caso de dúvida, interpretar a norma de maneira mais benéfica ao trabalhador.

Parcela da doutrina defende, que, em tal aspecto, o referido princípio se confunde com o princípio da norma mais favorável, sustentando que em tal dimensão ele restou esvaziado. Nesse sentido é o magistério de Maurício Godinho Delgado:

... o princípio *in dubio pro misero* tornou-se redundante e, por conseqüência, inútil. De fato, uma das dimensões da velha diretriz é aquela que informa que o operador jurídico, em situações de confronto entre interpretações consistentes de certo preceito normativo, deve optar pela mais favorável ao trabalhador. Ora, essa dimensão do velho princípio é válida e importante, sem dúvida, mas já está, hoje, atendida, com precisão, pelo princípio da norma mais favorável.¹⁹

Com a devida vênia, pensamos não ser exatamente assim.

Em verdade, o princípio da norma mais favorável foi concebido para orientar o julgador quando existirem duas ou mais normas aplicáveis a um mesmo caso. Não à toa o termo “norma *mais* favorável” pressupõe a existência de uma outra “*menos* favorável” e não simplesmente de um conflito entre as possíveis interpretações de uma única norma. Neste último caso, quando se estiver diante de uma norma única com diferentes possibilidades interpretativas, ganha aplicabilidade o princípio do *in dubio pro misero* e não o princípio da norma mais benéfica.

O Juiz e Professor Bento Herculano Duarte, em sua obra Manual de Direito do Trabalho destaca, de forma clara, a diferença existente entre o *in dubio pro operario* e os princípios da norma jurídica mais favorável e o da condição mais benéfica, senão vejamos:

a) princípio do *in dubio pro operário* – o princípio protecionista manifesta-se em três momentos: na elaboração da norma, na sua interpretação e na sua aplicação. No segundo momento, ou seja, na análise do alcance do texto legislativo o intérprete deve, quando esgotados todos os métodos cabíveis, persistindo a dúvida, dar alcance à norma da forma mais favorável ao trabalhador.²⁰

¹⁸ CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 18ªed. São Paulo: RT. p.587-588.

¹⁹ GODINHO, Maurício Delgado. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2009. p.197.

²⁰ DUARTE, Bento Herculano. Coordenador. *Manual de direito do trabalho*. Vários autores. Estudo em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros, São Paulo, LTr, 1998, p. 74.

Conforme se extrai da lição *supra*, o princípio do *in dubio pro operario* se concretiza na interpretação do texto legislativo, quando, persistindo a dúvida, o juiz deve dar alcance à norma mais favorável ao trabalhador, diferentemente dos demais princípios que se referem à elaboração e à aplicação da norma.

A despeito da controvérsia sobre *supra*, a grande polêmica acerca do princípio em comento toca à sua aplicação no processo do trabalho.

Para aqueles que defendem sua incidência no campo adjetivo laboral, o *in dubio pro misero* teria repercussão na disciplina do ônus da prova, exsurgindo daí a mais discutida influência do princípio em análise.

Por ter, então, maior destaque na doutrina, passemos a discorrer sobre os reflexos do *in dubio pro operario* no sistema de provas do processo do trabalho.

2.3.1. Da polêmica sobre a aplicabilidade do *in dubio pro operario* na distribuição do ônus da prova

Em matéria de ônus da prova, o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Diante da simplicidade da regra celetista, também se aplica no ponto, face o permissivo do artigo 769 da CLT, o artigo 333 do Código de Processo Civil, pelo qual:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
Parágrafo único. *Omissis*

Dessa forma, também no processo do trabalho, indiscutivelmente recai sobre o autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, bem como ao réu incumbe provar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, conforme, inclusive, sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho (súmula 06, VIII).

Para alguns doutrinadores²¹, a importação do dispositivo processual civil traz consigo a necessidade de, em havendo dúvida, o juiz decidir sempre contra quem não se desincumbiu do ônus da prova, tal qual ocorre no Direito Adjetivo Civil. É dizer: parte vultosa da doutrina defende que a importação do artigo 333 do CPC para o direito do trabalho teria de ser acompanhada de idêntica interpretação e aplicação do dispositivo, repudiando, assim, a possibilidade de, em havendo dúvida sobre o fato, o juiz inclinar-se em favor do operário (*in dubio pro misero*).

Os autores que assim se posicionam afirmam, portanto, que não há, pelo menos no que toca ao *ônus probandi*, qualquer reflexo do *in dubio pro misero*

²¹ Cf.GODINHO, idem e CARRION, op.cit.

no campo processual do trabalho, chegando a defender que sua aplicação macularia a cientificidade do direito do trabalho e feriria, até mesmo, o princípio da imparcialidade do juiz.

Nessa esteira de pensamento, Maurício Godinho assevera:

Na verdade, tal diretriz correspondia a uma fase rudimentar do direito do trabalho, em que esse ramo jurídico especializado ainda não havia conseguido incorporar um arsenal técnico-científico sofisticado no conjunto de suas normas, categorias e teorizações (...). Em conseqüência, havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica *in dubio pro operário*.²²

Consoante já mencionado, também ventila na doutrina a ideia de que a utilização do *in dubio pro misero* em tema de ônus da prova, quebrantaria o princípio da imparcialidade, na medida em que mitigaria a livre convicção do magistrado, impondo-o a necessidade de decidir em favor do trabalhador, quando exsurgida a dúvida.

Por outro lado, existem doutrinadores que defendem a plena aplicação do *in dubio pro operario* em tema de ônus da prova, principalmente quando o Juiz sentir dúvida na avaliação dessa.

Nessa linha de pensamento, defende Mozart Victor Russomano:

O princípio *in dubio pro operário* é muito amplo e deve ser aplicado sempre que o juiz se sentir em dúvida razoável. Não se trata de um gesto salomônico. É a saída natural aberta pelo Direito do Trabalho ao juiz, em face de sua complexidade. Em que pese críticas opostas ao nosso entendimento, continuamos sustentando, frontalmente, que se deve decidir em favor do empregado sempre que o juiz estiver, com fundados motivos, hesitante entre duas soluções opostas. E que essa dúvida resulte da interpretação da lei, quer resulte da avaliação crítica da prova, a conclusão do magistrado deve ser a mesma.²³

O fato é que, no âmbito do direito processual, ganharia espaço a aplicação desse princípio nos casos em que há o chamado “empate” de prova, ou seja, quando as provas trazidas ao processo pelas partes confirmam, cada qual, o fato objeto da prova, impondo ao magistrado a procura de outros meios que o auxiliem na apuração da verdade.

A doutrina defensora da aplicabilidade do *in dubio pro operario* na seara

²² Op.cit, p.197-198.

²³ Russomano, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. 13 ed.Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 43.

processual arguí que não se trata de negar a aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil, mas de pugnar pela sua adaptação às peculiaridades da justiça laboral.

Assim, alega-se que também no processo trabalhista, ao autor incumbe provar o fato constitutivo de seu direito, contudo não se pode utilizar essa regra como critério para decidir contra o empregado quando as provas produzidas no processo além de possuírem a mesma intensidade, corroboram, cada qual, uma das teses em litígio.

A aplicação da regra do ônus da prova constante do CPC sem qualquer adaptação às especificidades da justiça laboral provocaria um desvirtuamento do direito do trabalho e do próprio princípio protetor. Isso porque os dissídios trabalhistas geralmente são propostos pelo trabalhador, hipossuficiente, o qual no mais das vezes não têm acesso aos documentos referentes ao seu contrato de trabalho sendo difícil, por vezes, beneficiar-se inclusive da prova testemunhal, pois que seus colegas de trabalho, vinculados ainda à empresa, preferem não testemunhar em seu favor, temendo perderem seus empregos.

A respeito do tema, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, tem se inclinado pela tese da inaplicabilidade do *in dubio pro operario* à matéria do *ônus probandi*, como ilustram as decisões abaixo transcritas:

RECURSO DE REVISTA. PROVA EMPATADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERÁRIO NA SEARA PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. **Na seara processual trabalhista, não se aplica o princípio de direito material -in dubio pro operário-. Tal princípio é de aplicação restrita aos casos de dúvida quanto ao sentido das normas plurissignificativas no âmbito do direito material do trabalho.** Em matéria de prova, vigem os mesmos princípios advindos do processo civil, dentre eles o da igualdade das partes, o que impede ao juiz decidir em caso de dúvida gerada por ausência de prova. Na prova dividida, em que ambas se equivalem em contradição, deve o juiz apreender a que for mais idônea segundo o seu livre convencimento motivado, com amparo no artigo 131, do CPC. De outro lado, se o juiz que colhe a prova não for o mesmo que julga, o empate na prova se manifesta e a causa deve ser decidida em desfavor da parte a quem a lei processual atribuir o encargo probatório. Conhecido e provido. (destacou-se).

(TST. Recurso de Revista nº 55200-07.2006.5.05.0005. Relator Ministro Emmanoel Pereira. Julgamento em 06/10/2010. 5ª Turma. Publicação em 15/10/2010)

(...)

II MÉRITO

PROVA DIVIDIDA. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA.

A controvérsia dos presentes autos cinge-se à aplicabilidade do princípio do in dubio pro misero, em caso de prova dividida (colisão entre os depoimentos das testemunhas do reclamante e as do reclamado), e à definição da incumbência do ônus da prova.

Ora, a regra da distribuição do ônus da prova, nos termos do artigo 333 do CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho, é a de que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ademais, a teor do art. 818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Em tal contexto, o princípio in dubio pro misero não pode ser aplicado no presente caso, pois, ao alegar a invalidade dos registros de ponto, porque não era permitido o registro da real jornada laborada, o reclamante efetivamente atraiu para si o ônus de provar tal alegação.

Cita-se, aqui, manifestação doutrinária nesse sentido: (...) Quando, porém, na consciência do juiz não se formar a convicção, diante do absoluto e indestrutível conflito de provas, outra solução não existe senão a tradicionalmente seguida, fundada na razão, qual seja a de se absolver o réu". (Santos, Moacir Amaral. A Prova Judiciária no Cível e Comercial, vol. I - 5ª ed. - São Paulo. Editora Saraiva, 1983 - pp. 444/445). (...) (grifou-se)

(TST. Recurso de Revista nº 1168/2003-008-18-00. Rel. Min. Dora Maria da Costa. Publicado em 04.05.2009 pelo DEJT).

RECORSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS. REGISTROS DE FREQUÊNCIA. TARIFAMENTO DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE. JORNADA ARBITRADA. Como regra geral, não é admitido o tarifamento de provas, de vez que facultada ao Juiz a sua livre apreciação (CPC, art. 131). O cânone toma vulto, no Direito do Trabalho (e no processo que o instrumentaliza), onde impossível será a consagração da supremacia do valor probante de documentos, de vez que o princípio da primazia da realidade inspire norte absolutamente inverso. Evidenciando-se, por testemunhas, a irregularidade dos registros de frequência e o cumprimento de horas extras, imperativa será a condenação aos pagamentos pertinentes. Recurso de revista não conhecido. 2. HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. Incabível o recurso de revista quando a decisão recorrida está em consonância com a Súmula 85, III, desta Corte, no sentido de que -o mero não-atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.-. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT. Recurso de revista não conhecido. 3. INTERVALO INTRAJORNADA. NÃO CONCESSÃO INTEGRAL. EFEITOS. NATUREZA

JURÍDICA. 3.1. Nos termos da Orientação Jurisprudencial 307 da SBDI-1 do TST, -após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT)-. 3.2. Por outro lado, segundo o entendimento consolidado na Orientação Jurisprudencial 354 da SBDI-1 do TST, -possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais-. Recurso de revista não conhecido. 4. REFLEXOS DE REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS, INTEGRADOS POR HORAS EXTRAS, EM TÍTULOS TRABALHISTAS. Nos termos da OJ nº 394 da SBDI-1/TST, -a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de -bis in idem-. Recurso de revista conhecido e provido. 5. FÉRIAS. PROVA DIVIDIDA - CRITÉRIO DECISÓRIO. Constatada a existência de prova dividida para a comprovação de regular fruição de férias, o encargo probatório deve ser atribuído à autora, atribuição da qual não se desvencilhou, mediante prova robusta e insofismável. Portanto, deve-se acolher os depoimentos das testemunhas apresentadas pela ré, em detrimento daquelas indicadas pela autora, eis que, havendo colisão entre os depoimentos das testemunhas conduzidas ao juízo pelas partes, ocorrendo a chamada -prova dividida-, o julgador deve remeter-se a quem deveria se desincumbir do ônus de prova, no caso a demandante, por tratar-se de fato constitutivo de seu direito, conforme estabelecido nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido. 6. PRÊMIO-BÔNUS. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. O recurso de revista se concentra no direito posto em discussão. Assim, em tal via, já não são revolidos fatos e provas, campo em que remanesce soberana a instância regional. Diante de tal peculiaridade, o deslinde do apelo considerará, apenas, a realidade que o acórdão atacado revelar. Esta é a inteligência das Súmulas nºs 126 e 297 desta Corte. Recurso de revista não conhecido. 7. PRÊMIO-BÔNUS. NATUREZA JURÍDICA. A instância recorrida revelou que o pagamento do prêmio-bônus estava condicionado à aferição de resultado positivo. Ora, se a parcela é calculada em função do lucro obtido pela empresa, trata-se de participação dos lucros, na forma prevista no art. 7º, XI, da Carta Magna e, portanto, deve ser desvinculada da remuneração. Recurso de revista conhecido e provido. 8. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. Os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, têm o seu merecimento limitado aos casos de assistência judiciária a que alude a Lei nº 5.584/70, cabível esta não só quando o empregado perceber salário inferior ao dobro do

mínimo legal, mas também quando, mediante declaração hábil (Lei nº 1.060/50), não puder demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. Inteligência das Súmulas 219 e 329 do TST e da Orientação Jurisprudencial 304 da SDBI-1 desta Corte. Estando a decisão em conformidade com a jurisprudência desta Corte não prospera o recurso de revista (art. 896, § 4º, da CLT). Recurso de revista não conhecido. 9. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. -Os honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060, de 5.2.1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários.-(Orientação Jurisprudencial nº 348 da SBDI-1/TST). Recurso de revista conhecido e provido. (grifou-se)

(TST. Recurso de Revista nº 118500-69.2008.5.04.0014. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgamento em 23/02/2011. 3ª Turma. Publicação em 11/03/2011)

Vê-se, pois, que a doutrina ainda diverge acerca da possibilidade da aplicação do princípio do *in dubio pro operario* no âmbito da justiça trabalhista, enquanto que a jurisprudência do E. TST tem se firmado no sentido da inaplicabilidade.

Há também quem defenda que não há um princípio *in dubio pro misero*, já que ele estaria albergado pelo princípio da norma mais favorável. Unânime, contudo, a necessidade de proteção do trabalhador como forma de equilibrar a diferença de forças entre patrão e empregado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser visto, o princípio da proteção é o vetor principal do direito do trabalho, garantindo a possibilidade de concretização de uma igualdade social face às discrepâncias existentes no plano fático entre o trabalhador e o empregador.

Afirma a doutrina, que o princípio protecionista subdivide-se em princípio da norma mais favorável, princípio da condição mais favorável e princípio do *in dubio pro misero*.

O princípio da norma mais favorável aduz que, independentemente da hierarquia das normas em conflito, aplica-se, em cada caso, a que trazer mais benefícios ao operário. Há quem entenda que tal princípio engloba o princípio do *in dubio pro misero*, posição diversa da que adotamos, por entendermos que a norma mais favorável possui aplicação restrita aos casos em que há conflito de duas ou mais normas.

O princípio da condição mais favorável importa na necessidade de prevalência da condição mais vantajosa ao trabalhador, ainda que posteriormente advenha uma norma menos protetora.

A última e mais polêmica faceta do princípio da proteção é o *in dubio pro operario*. Como já exposto há quem entenda que ele sequer existe. Contudo, a maior parte da doutrina não discute sua existência, mas sim seu âmbito de aplicação.

Em verdade, a doutrina majoritária defende que tal princípio repercute na seara do direito material, impondo a necessidade de, em existindo dúvida acerca da interpretação da norma, prevalecer a que mais beneficie o empregado, sobrelevando-se a maior dúvida quanto à aplicação do dito princípio no campo adjetivo do direito laboral, principalmente no que concerne à distribuição do ônus da prova.

Parte da doutrina entende que em virtude da própria natureza protecionista do direito do trabalho é fundamental que se admita a utilização do *in dubio pro operario* no processo trabalhista, como forma de concretizar a proteção oferecida pelo direito material, garantindo às partes litigantes uma *parità di'arms* na defesa de suas teses.

Essa parcela da doutrina defende que tal princípio deve ser aplicado em matéria de prova quando o julgador deparar-se com uma situação de equivalência de força probante e se encontrar em estado de dúvida quanto à titularidade do direito pleiteado.

Nessa hipótese, afirma-se que não se poderia aplicar o artigo 333 do CPC sem qualquer adaptação ao direito do trabalho, posto que isso prejudicaria em demasia o trabalhador, já que este é, em regra, o proponente da ação da trabalhista e carregaria em seus ombros o ônus não de apenas provar a existência de elementos constitutivos de seu direito, mas de não deixar dúvidas quanto à prova desses elementos, sob pena de sucumbência.

Essa corrente doutrinária alega que não se trata de defender a inaplicabilidade do artigo 333 do CPC ao processo do trabalho, mas de se ponderar que quando as provas produzidas pelas partes possuírem equivalência de forças, o magistrado trabalhista não deve pronunciar-se simplesmente contra aquele que detém o ônus de provar o fato constitutivo do direito, devendo prevalecer o *in dubio pro misero*. Pensar em contrário seria não simplesmente impor ao trabalhador o ônus da prova, mas exigir-se que a prova tenha maior capacidade de convencimento do que a prova produzida pelo reclamado, não sendo suficiente ser a esta equivalente.

Enfim, o princípio protetor orienta todo o direito do trabalho e também repercute no direito processual trabalhista, com o intuito de manter em condições iguais no litígio, o empregado e o empregador, afastando a figura do hipossuficiente, para que seja possível alcançar a verdade real e concretizar o ideal de justiça.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 18ªed. São Paulo: RT,1994.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DUARTE, Bento Herculano. Coordenador. **Manual de direito do trabalho**. Vários autores. Estudo em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros, São Paulo, LTr, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34ªed. São Paulo: LTr, 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo, LTr: 1993.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. 13a ed, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. Salvador: Gráfica Contraste, 1996.

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

A RECENTE REFORMA DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E SUAS IMPLICAÇÕES NA SEARA DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRABALHISTAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Michelly Shenna Almeida de Medeiros¹

Resumo: A reforma da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), desencadeada após o julgamento da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo responsabilidade subsidiária subjetiva à Administração Pública quando da inadimplência das empresas prestadoras contratadas, no que concerne a direitos trabalhistas, traz à tona grande polêmica acerca dos privilégios concedidos ao Setor Público e até que ponto eles podem ofender princípios constitucionais garantidos em cláusulas pétreas da Constituição Federal. Dessa forma, o presente estudo se propõe a analisar, por meio de uma abordagem qualitativa e bibliográfica, utilizando-se do método dialético, de que maneira tal entendimento jurisprudencial pode prejudicar os direitos globais do trabalhador e de que forma o Poder Judiciário Trabalhista pode atuar (quando provocado) para garantir esses direitos, respeitando-se assim princípios basilares da atual Carta Magna, como a Dignidade da Pessoa Humana e o Valor Social do Trabalho, efetivando-se não somente o direito processual, mas principalmente o direito material.

Palavras-chave: Reforma da Súmula 331 do TST. ADC nº 16. Lei n. 8.666/73. Terceirização no setor público.

Abstract: The reform of the Abridgment n. 331 of the Superior Labor Court , unchained after the judgment of the ADC nº 16 by the Supreme Federal Court, conferring subjective subsidiary responsibility to the Public Administration in case of insolvency by the services providers companies contracted, concerning to labor laws, brings a great controversy about the privileges granted to the Public Sector and how they can offend constitutional principles guaranteed by fixed clauses of the Federal Constitution. In this way, the present study proposes to analyze, through a qualitative and bibliographic approach, using the dialectical method, how the current system can harm the worker global rights and how the Judicial Branch can act (when it is provoked) to guarantee these rights, respecting the fundamental principles from the current Constitution, such as the Human Dignity and the Social Value of the Labor , accomplishing not only the procedural law, but mainly the material right.

Keywords: Abridgment n. 331 reform. ADC nº 16. Act n. 8.666/93. Public Sector Outsourcing.

¹ Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: michellymedeiros@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O instituto da Terceirização está sendo cada dia mais utilizado pelas grandes empresas que buscam a redução de custos, o aumento da produtividade e a inovação da administração, ainda que, para isso, os direitos do trabalhador sejam precarizados, especialmente no tocante ao salário e vantagens eventualmente advindas de convenções e acordos coletivos².

Ocorre que, em meio a tais vantagens, resultou que o processo de terceirização também foi absorvido pela Administração Pública, especialmente porque, ao contrário do que ocorre com o âmbito privado, em que as empresas tomadoras de serviço respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das empresas prestadoras, o setor público goza do privilégio garantido pela Lei n. 8.666/93 – Lei de Licitações – que preleciona em seu artigo 71, §1º, que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento (...)”, (BRASIL, 1993).³

Tal privilégio trouxe indignação à seara trabalhista, razão pela qual foi reeditada a Súmula 331 do TST, passando a conferir responsabilidade objetiva também à Administração Pública quanto a estas verbas não adimplidas. Diante disto, foi ajuizada Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) n.16 com relação ao artigo 71 da Lei supramencionada, o qual o STF entendeu ser plenamente constitucional, desencadeando a posterior nova alteração de redação da Súmula 331 do TST, que agora exige que seja provada a culpa da Administração Pública.

É claro e notório que ao declarar a constitucionalidade do citado artigo 71, o STF desrespeita diretamente o clássico preceito constitucional responsabilizatório das entidades estatais – a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes – e nos faz refletir acerca do papel de “Guardião da Constituição” daquela Corte, que, por aspectos formais, pode chegar a violar princípios constitucionais definidos em cláusulas pétreas, como a dignidade da pessoa humana, inspiração da nossa atual Constituição Cidadã, e o do Valor Social do Trabalho, também declarado princípio fundamental republicano pelo legislador constituinte.

Nesse diapasão, o presente estudo se propõe a analisar, por meio de

² CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. A terceirização na administração pública e constitucionalidade do art.71, Lei n.8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). *Revista LTr*, São Paulo/SP, ano 75, n. 3, p. 276-281, mar. 2011.

³ BRASIL. Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Vade Mecum*. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel. 2011.

uma abordagem qualitativa e bibliográfica – utilizando-se do método dialético –, de que maneira o atual sistema pode comprometer os direitos globais do trabalhador e de que forma o Poder Judiciário poderia intervir (quando provocado) para efetivar os direitos e garantias insculpidos na Constituição Cidadã.

2. BREVES NOÇÕES SOBRE O SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

A doutrina mais abalizada consagra como período de surgimento dos Direitos Sociais aquele que remete à Segunda Geração de Direitos Fundamentais, quando se buscava a efetivação da garantia de liberdade trazida pela Primeira Geração.

O documento que simbolizou esta geração de proteção à liberdade foi, sem dúvida, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, proclamada no calor da Revolução Francesa, quando se buscava a condenação de todas as práticas tidas como arbitrarias, fruto da monarquia absolutista.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que se difundiam nos estados europeus e na América do Norte, esses ideais de direitos do homem e sua liberdade careciam de efetividade plena, mesmo com a adoção de Constituições liberais acompanhadas de Declarações de Direitos. Isso acontecia porque, embora positivados, esses direitos eram insuficientes para atender às necessidades da classe menos favorecida, perfazendo assim um paradoxo: a riqueza de garantias formais e a miséria da vida real.

Desta forma, criou-se a conscientização de que de nada valia a consagração de direitos liberais que na prática eram vazios, apresentando-se como meramente formais, já que o povo não tirava proveito deles. Esse pensamento ecoou principalmente na classe trabalhadora, conjuntamente com os socialistas que pregavam a cada dia mais a necessidade de revolução para a promoção da igualdade social.

A partir de então, os ideais reformistas, apadrinhados pela Igreja Católica – através do Cristianismo Social – e pela intervenção estatal, suscitaram uma nova declaração de direitos que visava assegurar uma vida digna e igualdade de oportunidades para todos. Surgiam então os Direitos Sociais, consubstanciados principalmente no Direito ao trabalho, à educação, à saúde, ao apoio ao idoso e ao lazer.⁴

Segundo autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁵ é grande

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵ FERREIRA FILHO (2009, p. 87-88).

a divergência doutrinária acerca do documento histórico que simboliza a consagração dos Direitos Sociais, sendo que alguns defendem ser a Constituição Mexicana de 1917, que trouxe todo um Título (IV) especialmente tratando acerca dos direitos do trabalhador e da previdência social; outros alegam ser a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada na Rússia em 1918 e alguns defendem ser o Tratado de Versalhes, em 1919, que instituiu a Organização Internacional do Trabalho.

Outrossim, para este mesmo autor, os Direitos Sociais se consagraram definitivamente através da Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919, também denominada “*Constituição de Weimar*”. Este documento, segundo o autor supracitado, foi elaborado preponderantemente pelos socialistas reformistas e pelos adeptos do cristianismo social, consagrava na sua Parte II, temas importantes como a Função Social da Propriedade (art. 153), a reforma agrária (art.155), a “socialização” das empresas (art.156), o direito à sindicalização (art.159) e à previdência social (art.161).

O professor Vital Moreira⁶, docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, assim define a *Constituição de Weimar*:

A constituição de Weimar de 1919 fora ela mesma uma constituição modelo, a “mãe de todas as constituições” de entre as duas guerras, como alguém afirmou na altura. A ela se deve a constitucionalização dos direitos sociais e da economia (“constituição económica”). Foi ela que pela primeira vez ensaiou um compromisso entre o sistema de governo parlamentar, com responsabilidade do Governo perante o Parlamento, com um Presidente da República directamente eleito, dotado de importantes poderes institucionais próprios. Mas algumas das suas soluções acabaram por favorecer a instabilidade política da República de Weimar e a tomada do poder por Hitler.

Noutro flanco, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, destaca a sua influência (a da Constituição de Weimar) sobre outras Constituições, senão vejamos:

Sua repercussão foi imensa – e este é o argumento decisivo. Serviu de modelo para as Constituições dos Estados então surgidos na Europa central e teve claro reflexo na Constituição brasileira de 1934. A este propósito, compare-se o texto do art.151 alemão, com o art. 115 do documento brasileiro. Em ambos é dito que a ordem económica deve ser organizada de acordo com os “princípios da justiça”, a fim de propiciar a todos os homens uma “existência digna”. É nesses limites que é “garantida a liberdade económica”. E o art. 170, *caput*, da Lei Magna brasileira em vigor, ainda faz o eco, ao reclamar o respeito aos “ditames da justiça social” e, sobretudo, ao atribuir como finalidade da ordem económica “assegurar a todos existência digna”.

⁶ MOREIRA, Vital. 50 Anos da Lei Fundamental Alemã. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 2, jun.1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm>. Acesso em: 12 out. 2009.

A consagração dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais fez nascer um protecionismo a um ramo do direito que há muito lutava por reconhecimento: o direito do trabalho.

3. O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Sérgio Pinto Martins (1995, p.13)⁷ associa o surgimento da terceirização ao desemprego na sociedade, quando, ao passar por crises econômicas, o empresário acaba por diminuir seus custos, especialmente com mão-de-obra.

Há na doutrina uma enorme variável de conceitos para a terceirização, sendo, para Maurício Godinho Delgado (2010, p. 414)⁸ uma expressão que resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário e interveniente. Já para Vólia Bomfim Cassar (2010, p. 480)⁹ a terceirização é similar ao instituto da *sous-traitance* adotado no Direito francês, uma espécie de empreitada, em que a empresa tomadora celebra com a outra pessoa jurídica ou física um contrato pelo qual esta última se encarrega da produção de um serviço, que a própria tomadora deveria executar para um cliente.

Em termos simplórios, esse fenômeno consubstancia essencialmente uma relação jurídica triangular, onde há trabalhadores que são subordinados diretamente à empresa prestadora e não à tomadora, existindo entre essas duas empresas um contrato de prestação de serviços regido pelas leis do Direito Civil, enquanto que entre a empresa prestadora e o trabalhador existirá um contrato de trabalho, com todos os seus direitos daí decorrentes.

No Brasil, esse é um fenômeno relativamente novo que veio a ter amplitude somente nas últimas três décadas, embora remonte à década de cinquenta, quando as primeiras multinacionais chegavam ao nosso país e tinham interesse apenas na essência de seus negócios, não se preocupando com atividades acessórias (MARTINS, 1995).

A terceirização foi se expandindo de tal forma que acabou por desencadear na criação de um “subtipo” denominado *quarteirização*, classificado como uma nova forma de terceirização gerenciada, que consiste na contratação de uma empresa especializada encarregada de gerenciar as empresas terceirizadas, tidas como parceiras (MARTINS, 1995, p.19).

Essa facilidade para a contratação de mão-de-obra foi adotada de modo

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

frenético pelas empresas privadas, que ansiavam por seus benefícios, tais como a modernização da administração empresarial, a redução dos custos, o aumento da produtividade e a criação de novos métodos de gerenciamento de atividade produtiva. Em contrapartida, esse modelo de contratação também possuía aspectos negativos a partir do momento em que reduzia direitos globais dos trabalhadores, como salário, promoção, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos (CAVALCANTE, 2011).¹⁰

Mesmo assim, a iniciativa privada passou a incorporar cada vez mais as práticas de terceirização da força de trabalho, independentemente até da existência de previsão legal para tanto. A exemplo disso, o trabalho de conservação e limpeza, submetido até hoje a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas. Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 417)¹¹ assim se posiciona:

Uma singularidade desse desafio crescente reside no fato de que o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho no país. Trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que se assista a esforço legiferante consistente para se sanar tal defasagem jurídica.

Já no âmbito do serviço público, esse fenômeno passou a receber regulamentação jurídica a partir do final da década de 1960, por meio do Decreto-Lei n.200/1967, que assim dispõe em seu artigo 10, § 7º, *verbis*:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Ora, da dicção do texto do artigo supracitado percebe-se a tendência da Administração Pública de desobrigar-se de tarefas executivas e “repassá-la” para a iniciativa privada, beneficiando-se do serviço, mas isentando-se de responsabilidades trabalhistas, ao contrário do que se tem no âmbito privado, em que a empresa tomadora é objetiva e subsidiariamente responsabilizada pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Essa discrepância de tratamento dada pela legislação será tratada no tópico seguinte.

¹⁰ *ibidem*, p.03

¹¹ *ibidem*, p.06.

4. A SÚMULA 331 DO C. TST E A RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS

A terceirização não trouxe somente benesses, mas trouxe consigo também a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. As reclamações se tornaram tão recorrentes que a jurisprudência trabalhista, nos anos de 1980 e 1990 passou a se debruçar sobre o tema, quando finalmente, diante da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais, o Tribunal Superior do Trabalho, na sua função uniformizadora, editou duas súmulas, a de 256, de 1986 e a de n.331, de dezembro de 1993, que até 23 de maio de 2011 possuía a seguinte redação, *verbis*:

Súm.331. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional.

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

O Enunciado 331 foi resultado da interpretação do TST acerca do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93, que afasta a responsabilização da Administração Pública, quando tomadora de serviços, pela inadimplência da empresa prestadora, senão vejamos:

Art.71. § 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Ora, o que se percebe aqui é uma completa discrepância de tratamento

pelo legislador quanto à responsabilização conferida aos âmbitos público e privado, o que desencadeia flagrante desrespeito aos Princípios Constitucionais do Valor Social do Trabalho e da Dignidade da Pessoa Humana, este último considerado como o norteador da atual Constituição Federal (a “Constituição Cidadã”).

Desta forma, sob o paradigma protecionista do direito do trabalho, a aplicação da Súmula 331 tornou-se uma constante nos tribunais, tornando os entes públicos da Administração Pública Direta e Indireta responsáveis subsidiários pelo inadimplemento da prestadora de serviços no tocante aos direitos trabalhistas de seus empregados. Essa posição do C.TST também encontra respaldo na própria Constituição Federal, que traz expressamente em seu artigo 37, §6º:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como se vê, a própria Carta Magna prevê a responsabilidade objetiva da Administração Pública quando seus agentes causam danos a terceiros, ou seja, esse artigo pode ser perfeitamente aplicável ao Estado quando, na condição de tomador, contrata empresa inidônea, que causa prejuízo a seus empregados, deixando de pagar-lhes direitos trabalhistas.

Além disso, a exclusão da responsabilidade estatal é ainda incompatível com o teor do próprio §2º, do artigo 71 da Lei de Licitações, que impõe responsabilidade solidária a essa mesma Administração Pública (contratante) pelos encargos previdenciários decorrentes da execução do contrato, o que demonstra uma incongruência lógica da lei, afinal, o direito previdenciário é tão social para o trabalhador quanto o trabalhista.

Diante de toda essa polêmica, o governador do Distrito Federal ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 16), a fim de que o Supremo Tribunal Federal se pronunciasse acerca da constitucionalidade do §1º, do artigo 71 da Lei n. 8.666/93. Nesse julgamento, vencido o Ministro Ayres Brito que o declarava inconstitucional, o posicionamento majoritário foi no sentido de declará-lo constitucional, oportunidade em que também foi analisado o inciso IV da Súmula 331 do TST, a qual, segundo o Ministro Cezar Peluso, relator da ADC, violaria a reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição, bem como afrontaria a Súmula Vinculante n.10, do STF, que tem a seguinte redação:

Viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Noutro flanco, os Ministros concluíram que a norma do §1º do art.71 da Lei n. 8.666/93 não fere a Constituição e deve ser observada pela Justiça do Trabalho, o que impediria a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, pela só constatação de inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada. No entanto, deixaram consignado também que essa declaração de constitucionalidade não afastaria a responsabilidade do Estado caso restasse comprovado que incidiu em culpa *in eligendo* ou *in vigilando* (AMORIM; DELGADO; VIANA, 2011¹²).

Segundo o ideal de Otavio Calvet¹³, Juiz do Trabalho, tem-se por culpa *in eligendo*, aquela em que o tomador de serviços incide ao contratar empresa inidônea, que não cumpre seu dever jurídico originário; já a culpa *in vigilando* configura-se como sendo aquela em que o tomador, mesmo tendo feito boa escolha, não fiscaliza o desenvolver da relação de serviços e a empresa prestadora não cumpre suas obrigações para com o trabalhador.

Sendo assim, baseando-se nisso, os Tribunais Regionais do Trabalho passaram a emitir decisões no sentido de relativizar o artigo 71, §1º da Lei de Licitações e responsabilizar a Administração Pública, com base principalmente na dita culpa *in vigilando*, como se depreende do seguinte julgado, oriundo do TRT da 21ª Região, *in verbis*:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - INADIMPLÊNCIA DO EMPREGADOR (PRESTADOR) - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR - MATÉRIA SUMULADA. O Colendo TST, tem cristalizado entendimento (Súmula 331, IV) de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial, mesmo que em face do art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993. VERBAS DEFERIDAS - ALCANCE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Reconhecida a responsabilidade subsidiária da litisconsorte pelo inadimplemento de obrigações contraídas pela reclamada principal, tem-se que tal reconhecimento abrange também as multas e as parcelas deferidas na sentença,

¹² AMORIM, H.; DELGADO, G.; VIANA, M. Terceirização – Aspectos Gerais – A última decisão do STF e a súmula n. 331 do TST – Novos enfoques. *Revista LTr*, São Paulo/SP, ano 75, n. 3, p. 282-295, mar. 2011.

¹³ CALVET, Otavio. A responsabilidade subsidiária na terceirização. *Curso Decisium*. Disponível em: <http://www.cursodecisum.com.br/artigos/responsabilidadesubsiarianaterceirizacao.htm>. Acesso em: 12 out. 2011.

devido a tomadora dos serviços responder subsidiariamente pela integralidade das parcelas objeto da condenação. MULTA DO ART. 475-J DO CPC - INAPLICABILIDADE AO ENTE PÚBLICO. O art. 475-J do CPC é inaplicável aos entes da administração pública, inclusive quando responsáveis apenas subsidiariamente, porquanto a Lei nº 11.232, de 22/12/2005, que acrescentou os artigos 475-A a 475-475-R ao CPC, instituindo a figura do cumprimento de sentença, em nada alterou o procedimento da execução contra a fazenda pública (artigos 730 e 731). Recurso conhecido e parcialmente provido. (RO nº 4300-10.2010.5.21.0013, Rel. Carlos Newton Pinto. DJET 15/04/2011) (Grifos acrescentados).

Como se vê, a Justiça Laboral caminhava no sentido de proteger o trabalhador, tido como hipossuficiente nessa relação jurídica, e, verdadeiramente, o maior prejudicado. No entanto, esse posicionamento passou a ser relativizado, especialmente após a alteração do Enunciado nº 331, como será tratado a seguir.

5. A DECISÃO DO SUPREMO E A ALTERAÇÃO NO ENUNCIADO Nº 331, DO TST

Embora a Justiça do Trabalho persistisse na aplicação da súmula 331, a decisão emanada pelo Supremo em sede da ADC nº 16 passou a ser o argumento norteador para interposição de recursos para os tribunais regionais e superior do trabalho, como se verificará a seguir.

Ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, na sessão de 24/11/2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria declarar a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93, isentando assim a Administração Pública da imediata e automática responsabilização pela pura inadimplência da empresa prestadora de serviços quanto às obrigações trabalhistas a si imputadas para com os terceirizados.

Dessa forma, 'pressionado' pelo Supremo, o TST modifica em 24 de maio de 2011 o Enunciado nº 331, para adequá-lo ao posicionamento do STF e adotar um novo viés na análise da responsabilidade do tomador de serviços na terceirização trabalhista: agora, seria necessária a efetiva comprovação da culpa – especialmente *in vigilando* – da Administração Pública, direta e indireta, nos temas referentes à inadimplência das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços para com os trabalhadores, conforme se infere da transcrição da reforma da súmula, *in verbis*:

Súm.331. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional.

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação. (grifos acrescentados)

A partir desse novo posicionamento da instância última da Justiça Laboral, inevitavelmente surge o questionamento: como comprovar a culpa da Administração Pública nesses casos? Fato é que, da análise da reforma da súmula transcrita, conclusão outra não há senão a de que o *onus probandi* passou a ser de quem reclama, ou seja, do trabalhador.

Isso vem a ser uma questão deveras preocupante, pois, a modificação no Enunciado n. 331, embora tenha vindo com o sentido de evitar que a Administração Pública torne-se uma “seguradora universal” da inadimplência contratual, acaba por retirar a eficácia de princípios constitucionais e processuais que consubstanciam o paradigma protecionista do direito laboral, na medida em que, indo de encontro à própria teoria da prova possível, coloca o trabalhador na posição de ter que trazer aos autos de um processo provas que, evidentemente, estão de posse das empresas contratantes, e não dele, flagrantemente hipossuficiente na relação de terceirização.

Idéia mais razoável não há, senão a de que quem efetivamente detém a prova, deva apresentá-la em juízo e assim, desincumbir-se das alegações que lhe são imputadas. Essa medida se coaduna perfeitamente com os

princípios da celeridade e economia processual, tão almejados na justiça do trabalho, que sempre primou pela efetividade da prestação jurisdicional.

Quanto ao dever de requerer tal prova, a opção mais lógica é a de que esta deve ser uma iniciativa do Magistrado e não do reclamante, especialmente quando se tem em mente o princípio do *Jus Postulandi*, que não permite que se exija demais de um trabalhador que, ao menos em tese, sequer está assistido por procurador legalmente habilitado.

No entanto, não obstante essas considerações, a polêmica a respeito da decisão do Supremo e seu reflexo na Súmula nº 331 surge fervorosa, causando divergência de julgamento tanto dentro dos próprios Tribunais Regionais do Trabalho, como até mesmo dentro do próprio TST que, recentemente, também tem proferido decisões no sentido de responsabilizar a Administração Pública pela ausência de comprovação de fiscalização da execução do contrato de trabalho, o que, como se percebe, vai completamente de encontro à decisão tomada pelo Supremo e reproduzida na nova súmula 331 do TST.

Nesse sentido, o Ilustre Ministro do TST, José Roberto Freire Pimenta, assim se pronunciou em um de seus julgados:

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

Na hipótese dos autos, constata-se não haver, no acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que era de seu exclusivo *onus probandi* e é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*, o que é suficiente para a manutenção da decisão em que se o condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Agravo de instrumento **desprovido**. (AIRR nº 90640-10.2006.5.03.0138, Rel. José Roberto Freire Pimenta. DJET 09/09/2011) (grifos no original)

Como se vê, a divergência está dentro do próprio Tribunal Superior do Trabalho, que trata como dever exclusivo de comprovar a devida fiscalização como sendo do ente público e não do trabalhador. Note-se que o termo empregado pelo Exmo. Ministro Relator (ao adjetivar o *onus probandi*) é “exclusivo” e não solidário.

Também no mesmo sentido, o Acórdão de lavra do Ministro Milton de Moura França, julgado em setembro do corrente ano, senão vejamos:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA - SÚMULA Nº 331, V, DESTA CORTE. A responsabilidade da Administração Pública de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações da empresa que contrata, para lhe prestar serviços, decorre de lei e da própria Constituição, na medida em que se utiliza de recursos públicos e, assim, seu desembolso exige o fiel cumprimento do contrato. Comprovado que a União não fiscalizou sua contratada, em típica culpa *in vigilando*, visto que obrigações trabalhistas não foram por esta regularmente satisfeitas, a sua responsabilidade subsidiária se impõe, ante o que preconiza a Súmula 331, V, da Corte e precedente do STF. **Agravo de instrumento não provido.** (AIRR – 48300-03.2009.5.15.0109, Rel. Milton de Moura França. DJET 14/09/2011) (grifos acrescentados)

Como se pode inferir do julgado supra, a responsabilização da Administração Pública apresenta-se aqui de forma eminentemente objetiva, tendo em vista que a simples constatação de que as obrigações trabalhistas não foram satisfeitas pela empresa contratada, já demonstraria a ausência de fiscalização por parte do ente público, posicionamento este que se evidencia mais “radical” ainda do que o do Ministro José Roberto Freire Pimenta, que todavia considerava a questão do *onus probandi*.

No entanto, como já dito alhures, a divergência persiste dentro do próprio TST, com posicionamentos no sentido de excluir a responsabilidade do ente público, como se pode aferir dos Acórdãos de lavra dos Ilustres Ministros Fernando Eizo Ono e Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *ipsis litteris*:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O Tribunal Regional condenou subsidiariamente o segundo Reclamado (Estado de Minas Gerais) a pagar os créditos do Reclamante, por ter sido o beneficiário direto dos seus serviços. No julgamento da ADC 16/DF, o STF decidiu que o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é constitucional e que isso não impede a responsabilização subsidiária de ente público, desde que caracterizada a culpa *in vigilando*. **No caso, a responsabilidade subsidiária do Estado de Minas Gerais foi reconhecida em virtude do não adimplemento das obrigações trabalhistas pela**

empregadora direta do Reclamante, sem que tivesse sido atribuída e demonstrada a negligência do Estado de Minas Gerais no tocante ao cumprimento dessas obrigações pela prestadora de serviços. Demonstrada possível violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para determinar o processamento do recurso de revista, observando-se o disposto na Resolução Administrativa nº 928/2003. **II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** No julgamento da ADC 16/DF, o STF decidiu que o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 é constitucional e que isso não impede a responsabilização subsidiária de ente público, desde que caracterizada a culpa in vigilando. No caso, a responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo foi reconhecida em virtude do não adimplemento das obrigações trabalhistas pela empregadora direta do Reclamante, sem que tivesse sido atribuída e demonstrada a negligência do Estado de São Paulo no tocante ao cumprimento dessas obrigações pela prestadora de serviços. Recurso de revista a que se dá provimento. (RR - 289200-79.2010.5.03.0000, Rel. Fernando Eizo Ono. DEJT 07/10/2011) (grifos acrescidos).

RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Diante da salvaguarda inscrita no art. 71 da Lei nº 8.666/93, a responsabilidade subjetiva e subsidiária da Administração Pública Direta ou Indireta encontra lastro em caracterizadas ação ou omissão culposa na fiscalização e adoção de medidas preventivas ou sancionatórias contra o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas prestadoras de serviços contratadas (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93). **Não evidenciada a culpa “in vigilando”, impossível a condenação.** Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 242-65.2010.5.03.0109, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. DJET 07/10/2011) (grifos acrescidos).

Como se infere dos julgados supramencionados, para os Ministros Relatores a culpa *in vigilando* deve restar devidamente evidenciada nos autos, ou seja, traz a idéia de que os autos já devem estar devidamente instruídos para a efetiva responsabilização do ente público, caso contrário, não haveria que se falar em responsabilidade subsidiária.

Ocorre que é difícil conceber a possibilidade de a Administração Pública ter efetivamente exercido o seu dever de vigilância e, ainda assim, ter ocorrido a inadimplência das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Isto seria uma posição visivelmente paradoxal.

Se quisesse efetivamente fiscalizar seus contratos, o Ente Público, na condição de tomador de serviços, poderia condicionar o repasse de verbas para a prestadora à comprovação, por meio de recibos, do efetivo pagamento

das obrigações trabalhistas. Desta forma, restaria cabalmente provado o cumprimento de seu dever fiscalizatório.

Noutro viés, há quem entenda que a responsabilidade subsidiária do ente público decorre da própria Teoria do Risco, contemplada no artigo 927 do Novo Código Civil. Neste sentido, assim tem se posicionado o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, conforme julgamento do Recurso Ordinário nº 0082600-37.2008.5.04.0010 (BRASIL, 2011), senão vejamos:

EMENTA: Responsabilidade subsidiária. Fundamento legal. Comprovado o descumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora, resulta que a tomadora dos serviços torna-se responsável pela reparação do dano. **Tal responsabilização decorre da teoria do risco, acolhida no art. 927 e seu parágrafo único do Código Civil**, inovação jurídica em relação à responsabilidade subjetiva antes adotada no ordenamento jurídico pátrio. **Assim, mesmo sendo legal a intermediação dos serviços, o tomador de serviços deve responder por eventuais créditos trabalhistas não satisfeitos.** Prevalece a proteção ao trabalho humano, tratado como direito fundamental na Constituição da República. (RO - 0082600-37.2008.5.04.001, Rel. Denise Pacheco. DJET 04/08/2011) (grifos acrescidos)

Como se vê, a diversidade de embasamento para as interpretações da súmula 331 é bastante considerável, e a dissidência dentro do próprio TST, sobre um enunciado que ele mesmo reeditou demonstra que as interpretações dadas à ADC nº 16 só contribuem para aumentar a insegurança jurídica em desfavor do principal prejudicado: o trabalhador.

6. AS IMPLICAÇÕES DE UMA INTERPRETAÇÃO RÍGIDA À ADC Nº 16 NO ÂMBITO DAS GARANTIAS TRABALHISTAS

Conforme o exposto acima, percebe-se que uma interpretação rígida do julgamento da ADC nº 16 iria totalmente de encontro aos valores e princípios norteadores do direito do trabalho, que emergem de cláusulas pétreas da Constituição, como a Dignidade da Pessoa Humana, consignado no artigo 1º, inciso III, e o Valor Social do Trabalho, presente no inciso IV. Além disso, indo mais ao âmago da matéria, poder-se-ia cogitar também de incompatibilidade com o inciso IV do artigo 3º da Carta Magna, na medida em que se verifica aqui uma verdadeira discriminação entre os créditos previdenciários e trabalhistas para fins de responsabilização.

Outrossim, o §1º, do artigo 71 da Lei de Licitações confronta diretamente com outros artigos da própria lei 8.666/93, como o artigo 58, inciso III, que impõe à Administração Pública o dever de fiscalização

do contrato, combinado com o artigo 67 que estabelece o modo e forma dessa fiscalização, bem como o artigo 78, VIII, que expressamente permite a rescisão unilateral do contrato por motivo de cometimento reiterado de faltas na sua execução.

Noutro flanco, percebe-se que a ADC nº 16 trouxe como conseqüência a insegurança jurídica quanto à efetivação dos direitos do trabalhador, que agora, mais do que nunca, se vê a mercê da própria sorte acerca de qual turma do TST irá analisar o novo conteúdo da Súmula 331, o que determinará ou não a responsabilização da Administração Pública pelos créditos trabalhistas. Desta forma, urge impor-se a conscientização da necessidade de proteção ao trabalhador, especialmente quando se tem um confronto entre uma norma infraconstitucional e vários princípios constitucionais, como é o caso.

O que se vê na verdade é a necessidade flagrante e imediata da preservação dos princípios quando da interpretação da decisão do Supremo, pois a necessidade de proteção emerge como ponto determinante na seara trabalhista e a preservação desse princípio deve se sobrepor à norma, ainda que esta tenha sido declarada constitucional pelo STF, senão estaria descaracterizado o fim maior da Justiça Trabalhista: o de primar pela defesa do valor social do trabalho.

Corroborando esse pensamento, Roque Antonio Carrazza, citado por Rodrigo Lanzi de Moraes Borges¹⁴ (2010, p.334), afirma que o princípio “vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”(sic). Nesse mesmo sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon, também citado por Borges¹⁵ (2010, p.334), defende que os princípios “são também normas jurídicas, mas de natureza anterior e hierarquicamente superior as ‘normas comuns’ (ou de ‘normas não principais’)”. (sic).

Sendo assim, a função vetorial de princípios constitucionais, como os já citados alhures, não pode ser menosprezada, sob pena de se perder a essência da própria norma, haja vista que todo o ordenamento jurídico foi criado sob a égide axiológica, vinculando assim, a própria interpretação das leis à interpretação prévia dos princípios a elas relacionados; do contrário, as garantias e os direitos assegurados tanto no texto constitucional quanto na Consolidação das Leis do Trabalho seriam vazios, sem nenhuma aplicabilidade prática, permanecendo no plano abstrato.

Quando a situação do trabalhador que sofre os danos decorrentes da

¹⁴ BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes Borges. Os princípios na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. *Revista de Processo*, São Paulo/SP, ano 35, n. 182, p. 334, abr. 2010.

¹⁵ idem.

inadimplência da empresa prestadora de serviços é analisada sob a égide do artigo 71, §1º da Lei de Licitações, agora “ratificado” pela ADC nº 16, o resultado é uma relação jurídica desproporcional, em que uma das partes, ainda que tida como hipossuficiente, acionando uma Justiça especializada e direcionada para a proteção ao trabalhador, acaba por ter os seus pleitos indeferidos por uma regra de ordem processual, qual seja, o *onus probandi* que sequer está ao seu alcance.

Vê-se então, que o enaltecimento às normas de natureza processual põe em risco a efetivação do próprio direito material e traz à baila o questionamento: seriam as normas processuais um instrumento para a efetivação do direito material ou seria o direito material uma consequência das normas processuais?

As decisões emanadas pelo STF, como a prolatada em sede da ADC supracitada, só vêm a corroborar o pensamento acima, haja vista que, se aplicada literalmente, resultará no indeferimento dos pleitos do reclamante em razão de ele não ter se desincumbido do ônus de provar a culpa da tomadora de serviços, o que seria uma aplicação contraditória, pois estar-se-ia desconsiderando o nexo de causalidade entre uma conduta manifesta da litisconsorte passiva – a falta de fiscalização – e o dano sofrido pelo empregado. Ora, se houve dano, salta aos olhos que houve, no mínimo, omissão da tomadora de serviços, razão pela qual essa conduta deve ser penalizada, especialmente quando se tem em mente que aquela que detém a capacidade de prova não o fez e isso é fruto da busca pela efetivação de outro princípio salutar na Justiça: o da busca pela verdade real.

Sendo assim, não há como conceber que uma norma de natureza infraconstitucional possa retirar a efetividade de princípios norteadores da própria Constituição Federal, especialmente quando se tem em mente o momento pós-positivista em que se encontra o Direito brasileiro.

Desta forma, percebe-se que a decisão do Supremo ao declarar a constitucionalidade do §1º, do artigo 71 só demonstra o flagrante caráter político que envolve as decisões desta suprema Corte, uma vez que, decidindo em prol da Administração Pública, causa um “desequilíbrio jurídico”, dada a condição de hipossuficiência do trabalhador, que definitivamente não está sendo levada em consideração. Ademais, como se não bastasse, a própria função do STF de “guardião da Constituição” demonstra-se deveras questionável quando este sobreleva uma norma infraconstitucional em detrimento de cláusulas pétreas, e pior, em detrimento daquele que constitui o maior fundamento da atual Carta Magna: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde constatar, embora o ideal de terceirização tenha ganhado amplitude somente nas últimas três décadas, nunca deixou de ser um tema preocupante para os defensores dos direitos trabalhistas, uma vez que consiste em uma forma de trabalho que vem, na verdade, precarizar direitos do trabalhador, ao passo em que serve de “mola propulsora” para as grandes empresas, ansiosas pelo alcance de mercado e pelo lucro desmesurado.

Nesse ínterim, com o surgimento da Lei de Licitações em 1993, a qual veda expressamente em seu artigo 71, §1º, a responsabilização da Administração Pública pela inadimplência da empresa contratada quanto às obrigações trabalhistas, surgiu também a necessidade de uma uniformização jurisprudencial, diante do grande volume de reclamações trabalhistas buscando salvaguardar os direitos de trabalhadores que se viam desprotegidos legalmente. Essa uniformização se deu através da edição do Enunciado 331, pelo Tribunal Superior do Trabalho, imputando à administração pública direta e indireta a responsabilização por esses direitos, à mesma maneira da iniciativa privada.

Diante disso, o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 16), ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, o qual reconheceu a constitucionalidade do §1º do citado artigo 71, desencadeou a reforma da Súmula 331 do TST, trazendo uma idéia de que a simples inadimplência da empresa contratada não conferia responsabilidade subsidiária ao ente público, havendo que se provar assim, a efetiva *culpa in eligendo* ou *in vigilando*.

Tal postura tomada pela Colenda Corte, não restou pacificada nem mesmo dentro do próprio TST, com decisões cada vez mais divergentes, ora imputando responsabilidade à Administração Pública, ora excluindo-a.

O que se extrai de toda essa celeuma, é o menosprezo da posição de hipossuficiente do trabalhador, passível de flagrante insegurança jurídica, ao passo em que se vê a mercê de ter de provar o cumprimento dos deveres imputados à Administração Pública pela própria Lei de Licitações, ou seja, encargo este impossível.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, ao se posicionar em casos como o da ADC nº16, subverte a própria ordem topológica do Texto Constitucional de 1988 ao privilegiar a Administração Pública em detrimento do trabalhador hipossuficiente e já terceirizado, o que vai de encontro a princípios constitucionais basilares como o da Dignidade da Pessoa Humana e o do Valor Social do Trabalho, tornando inevitavelmente questionável o seu papel de Guardião da

Constituição, ao passo em que nos vemos diante de um verdadeiro retrocesso à época da efetivação dos direitos fundamentais, onde as liberdades por si só eram direitos vazios. Da mesma maneira, os direitos do trabalhador se não efetivados, consubstanciarão meras liberdades, vazias e sem força cogente.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, H.; DELGADO, G.; VIANA, M. Terceirização – Aspectos Gerais – A última decisão do STF e a súmula n. 331 do TST – Novos enfoques. **Revista LTr**, São Paulo/SP, ano 75, n. 3, p. 282-295, mar. 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel. 2011.
- BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. FUNDAMENTO LEGAL. (RO - 0082600-37.2008.5.04.0010, Rel. Denise Pacheco. 10ª Turma. Julgamento: 28/07/2011. Data da Publicação: 04/08/2011)
- BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 21ª Região. Ementa: TERCEIRIZAÇÃO-CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - INADIMPLÊNCIA DO EMPREGADOR (PRESTADOR) - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR - MATÉRIA SUMULADA. (TRT 21, RO nº 4300-10.2010.5.21.0013, Rel. Carlos Newton Pinto. 2ª Turma. Julgamento: 23/03/2011. Data da Publicação: 15/04/2011). Disponível em: <<http://www.trt21.jus.br/asp/jurisprudencia/mostradoc.asp?codigodoc=107306&TipoFonte=Acordaos&MimeType=>>. Acesso em: 12 out. 2011.
- BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Ementa: I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. II - RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. (TST, RR nº 289200-79.2010.5.03.0000, Rel. Fernando Eizo Ono. 4ª Turma. Julgamento: 21/09/2011. Data da Publicação: 07/10/2011). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 289200-79.2010.5.03.0000&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADv7AAE&dataPublicacao=07/10/2011&query=não comprovada culpa in vigilando>>. Acesso em 13 out. 2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ementa: RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. (TST, RR - 242-65.2010.5.03.0109, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. 3ª Turma. Julgamento: 28/09/2010. Data da Publicação: 07/10/2011). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 242-65.2010.5.03.0109&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAC21AAK&dataPublicacao=07/10/2011&query=>> Acesso em: 13 out. 2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ementa: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA - SÚMULA Nº 331, V, DESTA CORTE. (TST, AIRR – 48300-03.2009.5.15.0109, Rel. Milton de Moura França. 4ª Turma. Julgamento:

14/09/2011. Data da Publicação: 07/10/2011). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 48300 03.2009.5.15.0109&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADv4AAN&dataPublicacao=07/10/2011&query=>>> Acesso em: 13 out. 2011. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ementa: TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, *CAPUTE* § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. (TST, AIRR nº 90640-10.2006.5.03.0138, Rel. José Roberto Freire Pimenta. 2ª Turma. Julgamento: 31/08/2011. Data da Publicação: 09/09/2011). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 90640-10.2006.5.03.0138&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADBVAAR&dataPublicacao=09/09/2011&query=>>>. Acesso em: 13 out. 2011. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº. 331. **Vade Mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel. 2011.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes Borges. Os princípios na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. **Revista de Processo**, São Paulo/SP, ano 35, n. 182, p. 334, abr. 2010.

CALVET, Otavio. A responsabilidade subsidiária na terceirização. **Curso Decisium**. Disponível em: <<http://www.cursodecisum.com.br/artigos/responsabilidadesubsiariaterceirizacao.htm>>. Acesso em: 12 out. 2011

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. A terceirização na administração pública e constitucionalidade do art.71, Lei n.8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). **Revista LTr**, São Paulo/SP, ano 75, n. 3, p. 276-281, mar. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA, Vital. 50 Anos da Lei Fundamental Alemã. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 1, n. 2, jun.1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm>. Acesso em: 12 out. 2009.

SILVA, Antônio Álvares da Silva. Responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações. **Revista LTr**, São Paulo/SP, ano 75, n. 3, p. 271-275, mar. 2011

ARTIGO RECEBIDO PELA COMISSÃO EDITORIAL EM 19.12.2011
APROVADO PARA PUBLICAÇÃO EM 10.02.2012

ENTREVISTA

A entrevistada desta edição da Revista Complejus é Elizabeth Florentino Gabriel de Almeida, Juíza titular da 9ª Vara do Trabalho de Natal. Nesse bate papo, a magistrada faz um breve resumo da sua vida profissional e oferta as suas percepções sobre temas importantes como acesso à Justiça e efetividade da prestação jurisdicional.

Dra. Elizabeth a Magistratura Trabalhista lhe proporciona uma realização profissional ?

Sim. Sou realizada profissionalmente porque amo o que faço. Sonhei em ser Magistrada do Trabalho desde a Universidade. Sonho que adiei, por força dos acontecimentos da vida, pois quando entrei na universidade já casada e com um bebê de um mês, então, esperei as crianças crescerem um pouco para me inscrever no primeiro concurso para magistratura trabalhista, mas já havia obtido aprovação em outros concursos, no âmbito federal, ingressando no serviço público como Agente Administrativo do IAPAS, quando ainda cursava o quarto período de Direito na UFRN; Assistente Jurídico do IAPAS, após conclusão do curso e nova seleção, entre 1986-1989; Advogada da UFRN entre 1989-1992; Técnico Judiciário do TRT 21, entre julho/92-24/01/92, na época o cargo era específico para bacharel em direito; além de ter exercido várias funções comissionadas nos órgãos por onde passei. Por fim, ingressei na tão sonhada magistratura trabalhista, em 25/01/1994, após aprovação no segundo concurso promovido pelo TRT da 21ª Região.

Qual o verdadeiro sentido da palavra justiça para a Senhora?

É de difícil conceito, mas tenho em mente que a justiça consiste na pacificação dos conflitos sociais pela aplicação da lei, da ética, da moral, e dos bons costumes, não olvidando dos princípios fundamentais, buscando-se a igualdade social, combatendo-se toda espécie de discriminação e de exploração degradante do ser humano. Infelizmente, no nosso país, a cultura, que em regra predomina, é a do descumprimento das leis. No caso das relações de emprego, a lei assegura os direitos mínimos ao trabalhador, protegendo-o, porque é o mais fraco da relação contratual. O tratamento desigual aplicado pela legislação obreira busca manter o equilíbrio entre trabalho e capital, para se obter a igualdade entre as partes, reduzindo-se a desigualdade social. Quando alguém se sente violado nos seus direitos busca o Estado Juiz na esperança de que lhe seja restituído esse direito, por essa razão é comum ouvir as pessoas usarem a expressão “quero que se faça justiça”. Como disse Piero Calamandrei “O juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete.” Ainda, é válido lembrar a lição do filósofo Sócrates, para quem “três coisas devem ser feitas por um juiz: ouvir atentamente, considerar

sobriamente e decidir imparcialmente”. Acredito que ouvindo cordialmente os litigantes, examinando com cuidado as provas produzidas, ponderando as considerações e decidindo com total imparcialidade, alcançamos a justiça.

Em sua opinião a legislação laboral brasileira é capaz de atender aos anseios da sociedade como um todo?

Não. É muito difícil atender a todos. Para alguns as leis trabalhistas engessam o crescimento econômico porque são inflexíveis, elevando o custo com a mão-de-obra. Discurso que considero ultrapassado, haja vista que em face de uma fiscalização mais rigorosa e da brilhante atuação do Ministério Público do Trabalho, por meio das Procuradorias Regionais, as empresas estão adotando, gradativamente, medidas preventivas contra acidentes e adoecimento do trabalhador, corrigindo irregularidades detectadas nas fiscalizações, e continuam crescendo, de forma mais saudável, o que leva à redução do índice de litigância e ao crescimento do negócio.

Na sua ótica qual a maior dificuldade na prestação da justiça no judiciário trabalhista?

A entrega da prestação jurisdicional. Infelizmente a cultura instituída no nosso país é de recorrer das decisões, o que torna o processo mais demorado e, ainda assim, depois de a sentença condenatória transitar em julgado, sem mais qualquer possibilidade de modificação, ao invés de pagar o devedor inicia uma nova ‘*via crucis*’ denominada de execução, utilizando todos os artifícios previstos na legislação processual para protelar a quitação do débito. É frustrante para o Juiz assegurar um direito ao cidadão trabalhador, mas não pagar o que lhe é devido.

Na sua visão o Poder Judiciário tem se imposto como Poder da Republica? Sua autonomia é efetivamente exercida?

Sim. Acho que o Judiciário sempre se impôs como um dos Poderes da República e, segundo pesquisas de opinião pública, ainda é o poder que detém o maior índice de confiança do cidadão, notadamente a justiça do trabalho, ante a celeridade dos atos processuais e o impulso do processo de ofício pelo Juiz.

As prerrogativas da Magistratura devem ser exaltadas como forma de reforçar a independência do Poder Judiciário?

Com certeza. Entendo que as prerrogativas asseguradas à magistratura são essenciais para se garantir à sociedade a imparcialidade do Juiz.

A influencia da politica no Judiciário contribui de forma positiva para o desenvolvimento da Justiça?

Acredito que não. A ingerência política no âmbito administrativo dos Tribunais não é saudável, porquanto pode comprometer a própria justiça.

A forma de acesso aos Tribunais poder ser aperfeiçoada?

Sim. Acredito que o modelo atual não é satisfatório, pois proporciona a ingerência política nos Tribunais, conforme já foi dito. Pela regra atual o ingresso dos juizes de primeira instância no Tribunal ocorre por meio de promoção, de forma alternativa, uma por merecimento e outra por antiguidade, cujos critérios são ditados por lei, em Resolução do CNJ e em Regimentos Internos dos Tribunais. O problema ocorre no processo de escolha dos candidatos, principalmente quando há ingerência política. Comungo com aqueles que buscam a extinção do quinto constitucional, principalmente a vaga reservada à OAB, porquanto o ‘candidato’ passa a exercer a magistratura sem qualquer preparação prévia, o que, particularmente, entendo necessária.

Na sua visão qual a maior conquista do povo brasileiro em relação ao Poder Judiciário?

Acredito que alcançar maior celeridade processual e a entrega da prestação jurisdicional.

Um Judiciário forte e harmônico internamente se traduz em garantia para o cidadão?

Claro. Acredito que a maior dificuldade enfrentada pelo cidadão é compreender qual o motivo que levou seu direito a ser negado, quando algum colega, postulando o mesmo direito, obtém sucesso na sua pretensão, seja na primeira instância ou, pior ainda, na segunda, considerando que para o leigo o Tribunal é um só, pois a sociedade, em regra, não tem noção que os Tribunais são compostos por turmas, seções especializadas, subseções, pleno, etc.

Qual a importância das Escolas Judiciais em relação a formação continuada dos Magistrados e Servidores do Judiciário?

A importância das Escolas Judiciais, instituídas com a Emenda Constitucional nº 45/2004, é enorme, principalmente na formação inicial. Sabemos que existem pessoas determinadas e que buscam conseguir aprovação em concurso público e ingressar em determinadas carreiras, por se sentirem vocacionadas para o cargo que almeja, porém, também existem outras que buscam uma ‘estabilidade financeira’, são os denominados ‘concurseiros’, os quais possuem como atividade principal a preparação para passar em diversos certames, seja para magistrado (federal ou estadual), procurador (federal, do trabalho, da receita, etc.), ministério público estadual, fiscal, dentre outros. Assim, uma vez obtendo aprovação e classificação para ingressar na carreira, após passar por seleção tão rigorosa, não se pode duvidar da capacidade técnica do candidato. Entretanto, nem sempre estão preparados para a magistratura, no nosso caso, e o papel da Escola Judicial é fundamental na formação desse Juiz para o exercício da atividade judicante.

Nesse sentido, também a formação inicial dos servidores, focada na atividade fim do órgão judicial. Seguindo esse raciocínio, também é de vital importância a formação continuada, pois o Juiz deve estar sempre preparado para apreciar e decidir as demandas que lhe são submetidas, acompanhando as mudanças das leis, costumes e jurisprudência, a fim de evitar o cometimento de equívocos capazes de levar a injustiça.

As escolas de direito tem formado bons profissionais para o mercado de trabalho?

Não. Acredito que a multiplicação das universidades de direito, aliada à ausência de fiscalização mais rigorosa quanto ao conteúdo e nível de aprendizagem, contribuem para a má formação. Porém, no caso dos bacharéis em direito, o exame da OAB faz a primeira seleção para o ingresso no mercado de trabalho. Depois, a pessoa que necessita dos serviços de um advogado encarrega-se de promover a segunda etapa da seleção.

Que conselho a Senhora daria a um estudante de direito que pretenda seguir a carreira da Magistratura?

Procure verificar se tem vocação; questione-se e busque respostas até se convencer de que é realmente a carreira que pretende ingressar; principalmente nos tempos atuais, com a fixação de metas quase impossíveis de se alcançar; constantes ameaças na redução das prerrogativas e garantias dos juizes, a magistratura se transforma gradativamente em um sacerdócio, ante a responsabilidade desproporcional que é atribuída ao magistr

CARLINHOS ZENS RECEBE O PRÊMIO ESMAT CULTURA

Por ocasião do VI Seminário de Seguridade Social e Trabalho, a AMATRA-21, em parceria com o GESTO-UFRN, prestou uma singela mas merecidíssima homenagem ao artista potiguar Carlinhos Zens, outorgando-lhe a estatueta Esmat Cultura 21.

Carlos Alberto de Freitas, conhecido por Carlinhos Zens, é compositor, flautista, arranjador, professor de música e abecedista. Zens, criado entre os bairros de Rocas e Santos Reis, desfrutou das brincadeiras de crianças e das peladas de futebol de sua meninice. Aos 12 anos deu início ao seu encantamento com a flauta e anos mais tarde começara a receber a lição do seu mestre José Melquíades.

Estudou na Escola de Música da UFRN, mas bacharelou-se em música na cidade São Paulo. Em 1983, ingressou na Banda Sinfônica da cidade de Natal. No ano de 1986 fez o primeiro recital de flauta e piano na capital potiguar. Entre os anos de 1988 e 1989 integrou a Banda Sinfônica do Estado de São Paulo. Ainda em 1989, participou da “3ª Semana Nacional de Música Brasileira”, na cidade de Vitória, Espírito Santo, apresentado-se ao lado da pianista Adriana Francato.

Na sua discografia destacam-se dentre outras produções: fuxico de feira; potiguara; trilha do auto do natal; arapué do cabelo; o tocador de flauta; ouvindo o coração.

Instrumentista que faz da imaginação a matéria prima do encantamento, Carlinhos faz a música tornar-se um arejamento do espírito e um bálsamo para todos aqueles que ouvem as melodias lapidadas pela sua flauta. Aliando a técnica e a improvisação, Zens utiliza-se do seu gênio criativo para contaminar todos os recantos onde ele se faz ouvir. Estudioso das músicas e dos costumes regionais, Carlinhos Zens vem demonstrando a uma geração de potiguares e brasileiros não apenas como ser um autêntico músico, mas sobretudo como ser profundamente humano, tornando-se uma referência e exemplo para os nossos dias e um refrigerio para a alma de um povo que acredita que nós nordestinos temos valor, valor para amar, cantar e ser feliz.

Em sua humildade e grandeza, Zens abre-se para as parcerias que encantaram os palcos brasileiros. Em nome da música ele cumpre à risca o dizer do músico Milton Nascimento: “vai até onde o povo está”. Há mais de três décadas compartilha a cena com músicos locais e tantos outros de renome nacional. Tocou com Dominginhos, Hermeto Paschoal, Zeca Baleiro, Tom Zé, Lia de Itamaracá, etc. Enfim, Carlinhos Zens é uma flauta que esbanja poesia e um coração que transborda música.

Victor Romero

Impresso na
Editora Queima-Bucha
Rua Jerônimo Rosado, 271
Centro - Mossoró RN
queimabucha@gmail.com
www.queimabucha.com