Vistos etc

Revista da Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA

COLABORADORES:
Adriana Brasil Vieira Wyzykowski
Andréa Presas Rocha
Edilton Meireles
Guilherme Guimarães Ludwig
Luana Lima Arapiraca
Luciano Athayde Chaves
Maria da Graça Antunes Varela
Maurício de Melo Teixeira Branco
Murilo C. S. Oliveira
Raymundo Pinto
Renato da Costa Lino de Goes Barros
Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda
Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira

Vistos etc

Revista da Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA

Amatra 5
Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – BA

Nº 12 | 2014
Salvador, BA

Conselho Editorial:

Andréa Presas Rocha
George Santos Almeida
Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale
Angélica de Mello Ferreira
Débora Maria Lima Machado
Agenor Calazans Silva Filho
Aloísio Cristovam Santos Júnior
Ivo Daniel Póvoas de Souza
Thais Mendonça Aleluia da Costa
Raymundo Antonio Carneiro Pinto

Sumário

Apresentação 7

A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho 11
Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Emenda Constitucional n. 72/2013 – Primeiras impressões 29
Andréa Presas Rocha

Acidente, morte, alimentos, prescrição e prisão civil do devedor 39
Edilton Meireles

Legalidade e eficiência na administração pública 47
Guilherme Guimarães Ludwig

O mito da proteção na justiça do trabalho: Aplicabilidade do princípio *in dubio pro operario* no processo do trabalho 55
Luana Lima Arapiraca

A Emenda Constitucional n. 24/99 e o processo do trabalho: mutações infraconstitucionais e ajustes conforme a constituição 71
Luciano Athayde Chaves

Fundamentação material dos direitos fundamentais na contemporaneidade 91
Maurício de Melo Teixeira Branco
Renato da Costa Lino de Goes Barros
Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho

Problematizando a história do Direito do Trabalho no Brasil 107
Murilo C. S. Oliveira

Assédio processual: tema ainda discutível 125
Raymundo Pinto

Visão crítica sobre a validade em juízo das provas produzidas no inquérito civil 131
Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda

O devido processo legal na despedida por justa causa: um convite a uma nova hermenêutica 153
Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira
Maria da Graça Antunes Varela

Apresentação

Prezados leitores,

É com imensa alegria que a atual direção da *Amatra5* lança o 12º volume da Revista Vistos Etc., dando continuidade a importante trabalho iniciado em gestões passadas.

A adoção de temática livre permitiu aos colaboradores apresentarem os mais variados temas nos artigos oferecidos à publicação.

Os estudos selecionados são profundos e envolventes, atingindo o objetivo de provocar a nossa reflexão sobre aspectos tão palpitantes do universo jurídico.

Por isso, apresentamos aos articulistas os nossos sinceros agradecimentos. Afinal, sem as suas valiosas contribuições, não seria possível a publicação de mais este número.

Esperamos que a leitura desta versão estimule outros tantos a participarem das próximas edições.

Bom proveito!

Salvador, setembro de 2014.

Andréa Presas Rocha

Presidente da Amatra-5

Vistos etc

Artigos doutrinários

Autores:

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Andréa Presas Rocha

Edilton Meireles

Guilherme Guimarães Ludwig

Luana Lima Arapiraca

Luciano Athayde Chaves

Maria da Graça Antunes Varela

Maurício de Melo Teixeira Branco

Murilo C. S. Oliveira

Raymundo Pinto

Renato da Costa Lino de Goes Barros

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho

Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira

A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski[1]

Sumário • 1. Introdução – 2. Os direitos trabalhistas à luz da autonomia privada: 2.1. Os direitos trabalhistas como direitos sociais; 2.2. Princípios do direito do trabalho: 2.2.1. Princípio da proteção; 2.2.2. Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas; 2.2.3. Princípio do não-retrocesso social – 3. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho: 3.1. Conceito de autonomia privada individual; 3.2. Relação de emprego como negócio jurídico e seus reflexos na autonomia privada individual – 4. Autonomia privada individual e negociação (ou disponibilidade) de direitos trabalhistas: 4.1. Grau fraco, quase inexistente: relações típicas, onde se constata desequilíbrio grande; 4.2. Grau médio: relações onde há alguma possibilidade de negociação; 4.3. Grau alto: garantia da liberdade negocial. Caso de empregados altamente especializados e celebridades – 5. Conclusões – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Uma das concepções mais difundidas do direito é aquela que o concebe como limitador da liberdade. Nesse sentido, ante sua estrutura relacional (direito como ordenador de condutas em caráter intersubjetivo), imporia que a limitação de liberdade de um sujeito corresponderia a oportunização a outro do exercício de sua liberdade.

No entanto, tal pensamento esquece que o direito não corresponde, muitas vezes, a um limitador da liberdade. Consagrado no caput do art. 5ª da Constituição Federal de 1988, a liberdade é vista sob a perspectiva de direito fundamental, fazendo parte do chamado mínimo existencial garantido a todo cidadão.

Noutras palavras, ao revés de limitar, o direito é fomentador da concretização plena da liberdade humana. Isso acontece, por exemplo, diante da autonomia privada, quando a liberdade negocial das partes permite a autorregulação de suas relações sociais.

Nesta senda, revela-se a importância da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, como expressão de um direito fundamental de liberdade e livre iniciativa consagrados no texto constitucional em seus artigos art. 5º, caput e art. 170.

Mas como compatibilizar essa liberdade negocial com os ramos do direito, onde há uma patente tutela protetiva?

No campo dos negócios jurídicos e contratos, a autonomia privada revela-se com extrema força, afinal nestas relações é visível a paridade dos sujeitos que desejam negociar e contratar. Dessa forma, a liberdade negocial ganha um destaque e importância, dada a sua característica de protagonista no desenvolvimento do negócio jurídico.

Já no campo do direito do trabalho, ramo considerado em sua essência protetivo, poder-se-ia pensar que a autonomia privada encontra-se mitigada ou mesmo inexistente. Deseja-se saber, ao longo da pesquisa, as verdadeiras interações entre a autonomia privada e a essência protetiva do direito do trabalho, pautando-se na relação individual de emprego.

1. Mestre em Direito Privado – Relações Sociais e Novos Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Professora Substituta da disciplina Legislação Social e Direito do Trabalho da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professora da Universidade Salvador – UNIFACS. Advogada. Email para contato: adrianawyzy@globo.com

2. OS DIREITOS TRABALHISTAS À LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada não se baseia somente na autodeterminação e liberdade dos sujeitos para a formação de negócios jurídicos, tal como era visto com a autonomia da vontade[2]. Na teoria da autonomia privada não bastaria o puro consenso suficiente para criar direito. É imprescindível ou que este consenso seja previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico, ou, ao menos, que este consenso não seja proscrito pelo ordenamento jurídico.

Noutras palavras, não bastaria a manifestação de vontade para que os sujeito se obrigassem, senão era necessária observância de certos pressupostos de validade[3].

Partindo-se do pressuposto de que a autonomia privada consiste numa liberdade de negociação dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, cabe por ora analisar a autonomia privada dentro da relação de emprego.

Primeiramente, tem-se que se ter em mente que os direitos trabalhistas são direitos fundamentais sociais, passíveis de proteção estatal. Tal proteção é vista sob um prisma intervencionista, de modo que o Estado consagra certos direitos trabalhistas, permitindo um melhor desenvolvimento da relação de emprego.

Ademais, observa-se que a relação individual de emprego é pautada no princípio da proteção, em razão da constatação de que a mesma encontra-se desequilibrada, como será abordado adiante. Ainda mais, os direitos trabalhistas estão sujeitos ao princípio do não – retrocesso social, de sorte que os direitos sociais já concretizados e efetivados não podem retroceder diante de normas ordinárias.

Questiona-se se a existência de tais princípios trabalhistas, aliados ao fato de se tratarem os direitos trabalhistas de direitos sociais, poderia aniquilar ou limitar substancialmente a autonomia privada ou se a mesma poderia conviver harmonicamente com tais princípios. Tratar-se-á disso agora.

2.1. Os direitos trabalhistas como direitos sociais

Não é incorreto afirmar que a origem dos direitos sociais confunde-se com a própria história do direito do trabalho, afinal o direito do trabalho nasce do confronto entre as disparidades sociais e o labor do período industrial. Ao mesmo tempo, tem-se o nascimento dos direitos sociais, pautados numa possibilidade de exercícios dos direitos garantidos pelo Estado[4].

Assim, os direitos sociais podem ser vislumbrados como direitos fundamentais[5] de segunda dimensão, decorrentes de transformações econômicas e sociais ocorridas nos séculos XIX e XX.

A revolução industrial proporcionou um crescimento econômico acelerado, desconhecido para as épocas próximas, muitas vezes regidas pela agricultura e tecelaria. No entanto, a prosperidade econômica visualizada na época não foi gozada por uma maioria. Essa grande quantidade de pessoas, em verdade, foi prejudicada pelo desenvolvimento industrial sob a ótica de que não puderam garantir a efetivação de seus direitos de liberdade e igualdade, ainda que formal, em sua plenitude.

O Estado já não era mais capaz de garantir uma harmonia nas relações sociais. Em razão disso, os séculos em questão foram palco de grandes manifestos por melhoras nas condições de trabalho enfrentadas pelos operários, por um direito à saúde, à educação, dentre outros. Segundo George Marmelstein, a própria Igreja Católica, que vinha se mantendo

2. A liberdade contratual das pessoas é trazida à baila por meio da autonomia da vontade, de sorte que as mesmas podem auto-regulamentar seus interesses. LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, ano 10, vol. 39, p. 33-50, jul/set, 2009, p. 35.
3. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007,p.52-53.
4. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 93.
5. Adotou-se nesta pesquisa a terminologia direitos fundamentais, em contraponto a expressões como direitos humanos, direitos de liberdade do homem, direitos do homem, etc. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, pode-se visualizar direitos fundamentais quando existem "direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado". SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

neutra nos conflitos entre os trabalhadores, publicou em 1891 a encíclica *Rerum Novarum,* na qual criticava as condições de vida das classes trabalhadoras e apoiava o reconhecimento de vários direitos trabalhistas – embora consideradas ideias disseminadas de Karl Marx[6].

É nesse contexto que surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão. O Estado não poderia mais se manter inerte diante das injustiças sociais. Deveria este atuar positivamente na efetivação dos direitos que garantissem as necessidades mínimas do ser humano, proporcionando o chamado Welfare State, ou Estado do bem-estar social.

Isso não significava que o Estado deveria abandonar o capitalismo. Pelo contrário, o Estado do bem-estar social partia da premissa garantidora dos alicerces do capitalismo, como a livre iniciativa e a garantia da propriedade privada, mas não se esquecia dos direitos garantidores de uma vida digna para o indivíduo.

Embora já houvesse notícias desses direitos nas Constituições francesas de 1793 e 1848, bem como na Constituição Alemã de 1849 e na Constituição Brasileira de 1824, foram as Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de Weimar que primeiro, efetivamente, positivaram esses direitos[7]. Verificam-se, pois, os chamados direitos sociais, direitos do indivíduo perante o Estado. São típicos exemplos desses direitos os direitos trabalhistas, direito à saúde, direito à educação, direito à assistência e previdência social.

Como assevera Ingo Sarlet, a nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, já que não se cuida mais da liberdade do e perante o Estado, senão da liberdade por intermédio do Estado[8].

A distinção entre a primeira e a segunda dimensões, basicamente, para Antonio-Enrique Pérez Luño, baseia-se no fato de que os direitos de primeira geração são considerados como direitos de defesa das liberdades do indivíduo, exigindo do Estado uma atitude passiva e de vigilância em termos de polícia administrativa, enquanto os direitos fundamentais de segunda geração, direitos de participação, exigem do Estado uma política ativa para garantir o seu exercício[9].

Vale ressaltar que os direitos de segunda geração abordam também as chamadas "liberdades sociais", como a liberdade de sindicalização e o direito a greve, representando um caráter negativo, de abstenção por parte do Estado, bem como o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores[10].

Desta forma, é fácil visualizar os direitos trabalhistas como direitos fundamentais sociais, afinal não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos trabalhistas, mas sim deve garantir os mesmos, de forma participativa, a fim de permitir o exercício destes direitos.

No momento em que o Estado passou a intervir, de uma forma ou de outra, no processo econômico e nas relações laborais, garantindo direitos trabalhistas de cunho social, inaugurou-se uma nova fase da história do trabalho, rompendo com o paradigma tão conhecido e disseminado na revolução industrial[11].

A intervenção estatal ganha força em razão da constatação de que a relação de emprego é, em sua gênese, desequilibrada. Tem-se, de um lado, o empregador, detentor de um poder social e econômico e, de outro, o trabalhador, parte débil da relação de emprego. A necessidade de expansão da legislação trabalhista no sentido protetivo vem do ideal marxista de que o proprietário era quem massacrava o operário e não lhe repassava o total daquilo que era por seu direito, colocando-o em situação de inferioridade e carente de proteção estatal[12].

6. MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 49.
7. Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2 Ed. São Paulo: Método. 2006, p. 89 a 92 e MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 49 e 50.
8. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.
9. LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las Geraciones de Derechos Humanos *In* **Revista del Centro de Estúdios Constitucionales** n. 10. Septiembre-Diciembre 1991. p. 205/206. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=qins0qjcsbmigxqpzog2ec55_407909&ART=15,21414,RCEC_10_201.pdf. Acesso em: 20 de março de 2009.
10. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.
11. HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos Humanos.** 2ª ed. São Paulo: Santuário, 2002, p. 186.
12. MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e Transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos

A legislação trabalhista vem justamente para equilibrar a relação de emprego, caracteristicamente desequilibrada. Com isso, o direito do Trabalho desenvolve alguns princípios, buscando a proteção do trabalhador e melhoras na prestação laboral. Exemplo disso é o princípio protetor.

2.2. Princípios do direito do trabalho

O direito do trabalho, como foi visto, nasceu da constatação de que não bastava ao Estado se abster de violar direitos. Era necessária a consagração destes direitos, dados os abusos existentes à época da revolução industrial.

O desenvolvimento do direito do trabalho, portanto, veio acompanhado do desenvolvimento de princípios protetivos, capazes de consagrar os direitos fundamentais do cidadão na sua condição de trabalhador e cidadão.

O pilar maior desses princípios é o princípio da proteção.

2.2.1. Princípio da Proteção

No contrato de trabalho é marcante a existência de uma relação desigual. Observa-se que os sujeitos da relação trabalhista estabelecem uma relação juridicamente igual, mas faticamente desigual, por diversos motivos. Um deles é a detenção do poder econômico pelo empregador.

Este pode ser traduzido em um poder social que advém de uma supremacia capaz de interferir na autodeterminação do empregado, tanto no momento de contratar, como durante a prestação do contrato de trabalho, já que o empregado é parte hipossuficiente, necessitado, a qualquer custo, daquele trabalho para seu sustento e de sua família[13].

Constata-se que deve haver uma proteção da parte mais débil da relação de emprego, dada a marcada inferioridade existente. É em razão da hipossuficiência do trabalhador que o princípio protetor surge no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de Plá Rodriguez[14], o "legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável."

Note-se que o autor reconhece existir uma desigualdade fática no contrato de trabalho, desigualdade esta capaz de ensejar uma proteção jurídica das normas de direito material favoráveis ao empregado, que é, repise-se, hipossuficiente na relação de emprego.

Segundo Pinho Pedreira[15], o motivo desta proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco.

Pinho traz a baila os ensinamos de Gerard Couturier, que afirma existir 3 espécies de inferioridade: a inferioridade constrangimento; a inferioridade ignorância e a inferioridade vulnerabilidade.

A inferioridade constrangimento afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Ele não é livre para aceitar ou recusar. É o que acontece na celebração do contrato de trabalho. Couturier fala em subordinação pré-existente ao contrato, reportando-se às considerações de G. Poulain sobre a desigualdade de fato, que desempenha um papel fundamental no limiar da relação de trabalho quando à dependência econômica se junta freqüentemente a desigualdade intelectual, pondo o trabalhador à mercê do empregador.

Essa inferioridade é chamada de subordinação virtual. Essa espécie de inferioridade não deve ser tomada em consideração somente quando da conclusão do contrato, mas também durante toda a relação de trabalho, quando o empregado se acha em face do empregador numa situação que não lhe permite exprimir uma vontade realmente livre.

princípios. **Revista LTr – Legislação do Trabalho.** São Paulo, v. 74, n. 02, Fev.190-224, 2010, p. 191.

13. AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho 2007 – RDT 128**, p. 125-154.
14. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio São Paulo: LTR, 1978, p. 16.
15. SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho.** São Paulo, LTR, 1999, p. 22-41.

A inferioridade ignorância ocorre quando um dos contratantes é um profissional e o outro é leigo. Nas relações de trabalho é de recear que ao trabalhador faltem informações sobre as condições de admissão e as características do emprego em vista. É essa inferioridade ignorância do empregado que explica o desenvolvimento no regime do contrato de trabalho de obrigações de informação e de um formalismo informativo.

A inferioridade vulnerabilidade se exprime em exigências de segurança física. Ainda é conseqüência da subordinação em que o contrato coloca o empregado. Esta e também mais precisamente certas obrigações contratuais particulares do assalariado são suscetíveis de por em causa suas liberdades fundamentais. Todas as precauções devem ser adotadas para que a subordinação do trabalhador fique limitada à prestação do trabalho e para que, mesmo na execução deste, o respeito à pessoa e às suas liberdades inalienáveis prevaleça.

Guardar-se-á a informação a respeito da inferioridade constrangimento para a discussão acerca da autonomia privada e o direito individual de trabalho.

Observa-se que outra justificativa para a existência de um princípio protetor é a subordinação jurídica como elemento da relação de emprego, de modo a conferir ao empregador certos poderes para alcançar os fins desejados no âmbito da relação de emprego.[16]

O artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – confere ao empregador poder diretivo, fiscalizador e sancionador. Estes poderes representam o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas à organização e estruturação empresarial, incluindo o processo de trabalho adotado na empresa, com estabelecimento de regras e orientações no tocante às condutas dos empregados dentro do estabelecimento[17].

Em síntese, o poder diretivo é o poder que o empregador tem de dar ordem de serviço ao empregado. Contudo, essas ordens devem obedecer os limites morais, legais e contratuais. Essas ordens devem ser fiscalizadas, de maneira a ensejar o poder fiscalizador. O poder de punir, por fim, é conferido ao empregador para que este estabeleça sanções diante de determinadas condutas praticadas pelo empregado.

O exercício desses poderes, aparentemente, não traria malefício algum ao empregado. Contudo, as formas de controle e fiscalização, o modo como essas são exercidas e o estabelecimento de certas punições de caráter vexatório ou ilegal podem extrapolar a proporcionalidade esperada, de modo a atentar ou violar direitos fundamentais do trabalhador.

Ainda a existência destes poderes pode deixar o trabalhador numa posição de inferioridade, afinal a ameaça de punição, por exemplo, poderia fazer com que o empregado deixasse de reivindicar certos direitos seus ou mesmo aceitasse certas condições de trabalho desfavoráveis.

Decorrentes do princípio da proteção, tem-se o princípio do *indubio pro operário,* da condição mais benéfica e da norma mais favorável.

De acordo com o princípio do *indubio pro operário,* na dúvida, a interpretação deve ser feita em favor do obreiro. Em todos os ramos jurídicos o princípio de do *indubio pro operario* tem a mesma causa determinante de interpretação: o favor pela parte mais fraca da relação jurídica[18].

Visualiza-se no direito do direito do trabalho, como parte mais fraca da relação de emprego, o obreiro, de sorte que o princípio de favor deve beneficiar tal classe diante de uma existente e real dúvida na interpretação da norma em questão.

De acordo com o princípio da norma mais favorável, em curta síntese, determina-se que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas[19].

16. Diante do aspecto ativo da subordinação jurídica observa-se a existência do Poder Diretivo, Poder de Fiscalização e Poder de Punição. A atividade do empregado consiste em se deixar guiar e dirigir, de modo que suas energias convoladas no contrato sejam conduzidas segundo os fins desejados pelo empregador. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho.**17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133.
17. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 5 ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 629.
18. SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho.** São Paulo, LTR, 1999, p. 41.
19. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio São Paulo: LTR, 1978, p. 42.

Já o princípio da condição mais benéfica revela que, diante de uma sucessão normativa, deve-se ter por permanente a condição mais favorável ao trabalhador. O princípio da norma mais favorável e da condição mais benéfica apresentam de comum um fato de depender a sua aplicação da existência de uma pluralidade de normas, diferenciando-se porque o princípio da norma mais favorável supõe normas com vigência simultânea e o princípio da condição mais benéfica sucessão normativa[20].

Em suma, enxerga-se no direito do trabalho um aparato principiológico na busca da proteção do obreiro. Destarte, as relações trabalhistas devem estar pautadas nessa proteção da parte mais fraca, em razão de sua inferioridade. Mas isso significa que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis? É o que se vê agora.

2.2.2. Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas

Primeiramente, cumpre salientar que é característica dos direitos sociais serem os mesmos inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Não há a possibilidade de transferência dos direitos fundamentais, seja a título gratuito ou oneroso. Por isso, observa-se nos direitos sociais a característica de serem inalienáveis, não estando à disposição do seu titular.

Observa-se ainda a notória imprescritibilidade dos direitos fundamentais, uma vez que estes não se perdem pelo decurso do prazo, sendo sempre exigíveis[21].

Afora isso, os direitos sociais não podem ser objeto de renúncias. Dessa característica, como entende Alexandre de Moraes, surge diversas discussões, como renúncia ao direito à vida e a eutanásia, aborto e suicídio[22].

A irrenunciabilidade, portanto, encontra-se presente no direito do trabalho, por ser o mesmo considerado um direito social. Segundo Américo Plá Rodrigues, a irrenunciabilidade consiste na impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio[23].

Segundo entendimento de Pinho Pedreira[24], a indisponibilidade, a imperatividade e conseqüente inderrogabilidade, todas de ordem pública e cogentes, como ainda a presunção de vício de consentimento nos atos jurídicos do empregado, resultante da sua subordinação ao empregador, conjugam-se para produzir a conseqüência da irrenunciabilidade de direitos do trabalhador como um dos princípios cardiais do mesmo direito.

Para o autor a irrenunciabilidade é a regra, afinal a finalidade do Direito do Trabalho imediata consiste na proteção jurídica ao trabalhador. E a legislação trabalhista não ficou à par de tal constatação. Consagra-se o princípio no artigo 9º da CLT, onde afirmar-se que "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Assim, quando o empregado renuncia seus direitos trabalhistas, favorecendo, em

20. SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho.** São Paulo, LTR, 1999, p. 99.
21. Confirmando esse entendimento, AgRg no REsp 893725 / PR AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0219140-9, Ministro Relator Humberto Martins, Segunda Turma, STJ, julgamento em 23/04/09: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – INDENIZAÇÃO – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – TORTURA – REGIME MILITAR – NÃO-INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/1932 – IMPRESCRITIBILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prescrição qüinqüenal não se aplica aos casos de reparação de danos causados por **violações dos direitos fundamentais que são imprescritíveis** (grifo nosso), principalmente quando se fala da época do Regime Militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento suas pretensões. Precedentes. 2. Ademais, o argumento referente à afronta ao Princípio da Reserva de Plenário foi trazido, tão-somente, nas razões do agravo regimental ora analisado, o que configura patente inovação da tese. "É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental." (AgRg no Ag 875.054/SP, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007, DJ 6.9.2007). Agravo regimental improvido.
22. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23. Contudo, é preciso chamar atenção que certos direitos fundamentais, chamados direitos da personalidade, podem ser objeto de parcial disposição do seu titular – por exemplo, quando o individuo dispõe de sua imagem para realização de uma campanha publicitária. Nada disso, porém, pode ser capaz de ensejar a renúncia ao direito fundamental ou a ofensa à dignidade da pessoa humana.
23. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio São Paulo: LTR, 1978, p. 142.
24. SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho.** São Paulo, LTR, 1999, p. 124.

regra, o empregador, há de se considerar tal ato de disposição nulo, afinal o obreiro, parte débil da relação, não estava em condição de exercer plenamente sua autonomia privada, de sorte que o ato pode ser considerado fraudulento, desvirtuativo ou impeditivo de consagração dos princípios trabalhistas.

Ainda o artigo 468 da CLT afirma que a alteração nos contratos individuais só é lícita por mútuo consentimento e se não causarem prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da referida alteração.

Dessa maneira, a irrenunciabilidade traz à baila que qualquer modificação prejudicial ao trabalhador será nula de pleno direito. No entanto, tal princípio é bastante discutido na seara trabalhista, sendo considerado, inclusive, por alguns, sem aplicabilidade.

Retornar-se-á a tal discussão quando se tratar da disponibilidade de direitos e autonomia privada.

2.2.3. Princípio do Não-Retrocesso Social

De maneira alguma uma norma pode ser um retrocesso às conquistas obtidas ao longo do tempo. Sendo marcante a característica da historicidade[25] dos direitos fundamentais, não comportam retrocessos, quer sejam por supressão desses direitos ou enfraquecimento.

Para Canotilho, seria inconstitucional qualquer medida que tendente a revogar direitos fundamentais já regulamentados, sem a criação de meios alternativos de compensação[26].

Em razão disso, as normas de direitos fundamentais são consideradas cláusulas pétreas por força do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988. O Constituinte criou, portanto, uma barreira às retrocessões no tocante aos direitos fundamentais, fomentando a atitude estatal no sentido progressista.

No tocante ao não-retrocesso social em seara trabalhista, observa-se que o mesmo possui sede constitucional, de acordo com a parte final do caput do artigo 7º da Constituição. Segundo este artigo, "são direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus diversos incisos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social".

Ora, a partir do momento em que a Constituição consagra a existência de direitos dos trabalhadores que melhorem sua condição social, proíbe que ocorra uma piora nestes mesmos direitos, constituindo o fundamento base para a existência do princípio do não-retrocesso social em seara trabalhista.

Nas palavras de Ana Cristina e Edilton Meireles:

> Ora, o que o legislador constitucional estabeleceu, no artigo 7º, foi uma série mínima e fundamental de direitos social-trabalhistas, preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que visem à melhoria de sua condição social. Daí se tem que não se pode admitir norma constitucional derivada (emenda) ou norma infraconstitucional que tenda a não gerar uma melhoria na condição social do trabalhador. Ela seria inconstitucional por justamente não preencher esse requisito constitucional da melhoria da condição social do trabalhador[27].

Assim, não se aceita, no direito do trabalho, um retrocesso diante dos direitos conquistados, de sorte que uma alteração prejudicial ao trabalhador implica em inconstitucionalidade ou invalidade do ato.

3. A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Viu-se linhas atrás que o direito do trabalho possui um arcabouço principiológico forte no tocante à proteção da parte mais débil da relação de emprego, quer seja o trabalhador.

3.1. Conceito de autonomia privada individual

Como foi visto, a autonomia privada consiste na observância dos pressupostos de validade para a constituição de uma relação jurídica.

25. A historicidade dos direitos fundamentais reflete o fato de serem os direitos fundamentais fruto de uma evolução histórica. Dessa maneira, observa-se que os direitos fundamentais não foram produtos de um momento histórico isolado, mas sim de uma mutação progressiva.
26. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina,[19--] p. 336.
27. MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos Direitos Trabalhistas.** São Paulo, LTR, 2009, P. 21.

Para o Luigi Ferri, autonomia privada é o poder de criar, dentro dos limites estabelecidos em lei, normas jurídicas. Para o autor, a autonomia privada não constitui expressão de uma simples licitude ou faculdade, mas manifestação do poder, especificamente, do poder de criar normas jurídicas dentro dos limites estabelecidos em lei[28].

Sendo o negócio jurídico forma de expressão da vontade, ele pode ser visto sob a perspectiva estatal, afinal a vontade privada não é fonte direta e imediata de efeitos jurídicos, mas tem sua eficácia subordinada à mediatização da lei, de sorte que o Estado pode atuar conformando esta vontade, mediante um limite positivo ou negando eficácia a essa vontade, por meio de um limite negativo[29].

Assim, não há uma necessária coincidência entre a vontade e a autonomia privada. Elas só irão coincidir na medida em que a vontade se consubstancie dentro dos ditames do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Enzo Roppo:

> Entre dogma da vontade e tutela da autonomia privada não há, de facto, coincidência necessária: nem sempre é verdade que para garantir o respeito substancial da autonomia, da liberdade e, portanto, dos interesses dos contraentes, seja preciso prestar absoluto e incondicionado obséquio às suas tornadas de posição psíquicas. Muitas vezes, inversamente, é verdade o contrário: isto é, acontece que a lógica da operação econômica levada a cabo pelas partes só possa ser salvaguardada, evitando dar excessiva relevância à sua vontade, entendida, no sentido restrito, como momento psicológico da iniciativa tomada[30].

Poder-se-ia ainda pensar numa relação entre autonomia privada e a ideia de densidade legislativa, maior ou menor, no poder de atuação da mesma. Desta maneira, a norma poderia trazer um estado de atuação maior ou menor para o ente privado, o que não descaraterizaria a liberdade negocial.

Deste jeito, haveria uma correlação entre a idéia de autonomia privada e a idéia de densidade, maior ou menor, da regulação legal dela decorrente. Autonomia privada consiste em liberdade de atuação, mas a norma pode deixar um espaço maior ou menor para esta liberdade[31].

Entende-se, assim, que a autonomia privada ganha espaço dentro de um ordenamento jurídico organizado, afinal os particulares só podem configurar relações jurídicas que sejam reconhecidas pelo ordenamento jurídico, que estejam em conformidade com o mesmo. Sem um ordenamento jurídico que consagre o mínimo de liberdade entre as pessoas, não se pode falar em autonomia privada[32], que é expressão do direito maior de liberdade.

E este ordenamento jurídico pode consagrar maior ou menor liberdade negocial, sem que isso aniquile a autonomia privada. Pelo contrário, quando um ordenamento conforma a autonomia privada com princípios outros como eticidade, boa-fé contratual, função social etc está, em verdade, reforçando a autonomia privada, afinal para que esta possa ser exercida em sua plenitude é necessário o respeito aos princípios constitucionais e legais, além dos trazidos pela doutrina e jurisprudência civilista.

Por fim, a autonomia privada encontra respaldo em diversos ramos do ordenamento jurídico e não só no direito civil. Com a pluralidade de relações existentes, vê-se que a liberdade negocial prospecta-se por diversos ramos outros do ordenamento, inclusive ramos considerados protecionistas e, conseqüentemente, de difícil acesso da autonomia privada.

Exemplo deste é o direito do trabalho, ramo marcado na individualidade pela relação entre o hipossuficiente e o empregador. Ainda com tais características, a autonomia privada encontra respaldo em certos casos. Ademais, no direito coletivo do trabalho, a autonomia privada assume papel de protagonista na negociação coletiva.

28. FERRI, Luigi *apud* SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 101-151, p. 112.
29. PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Lisboa: Almedina. 1982, P. 42-43.
30. ROPPO, Enzo. **O contrato.** Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 143.
31. PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia Privada E Negócios Jurídicos – Breves Notas. In: Flávia Portella Püschel. (Org.). **Organização das relações privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, v. , p. 293-307, p. 304.
32. CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. **Revista De Direito Privado,** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set.., 2004, p. 96.

Tais exemplos servem para demonstrar que a autonomia privada mantém-se, ainda hoje, e mesmo diante dos problemas referentes às desigualdades sociais, como parte importante do direito privado, de sorte que seu estudo é necessário, ainda mais sob a ótica dos ramos do direito onde se tem uma desigualdade marcante.

Nesta toada, o estudo da autonomia privada na relação de emprego faz-se demasiadamente necessária e interessante. No direito do trabalho, podemos visualizar uma subdivisão nesse conceito de autonomia privada.

Primeiramente, podemos pensar numa autonomia privada individual, que é aquela liberdade negocial, respeitando os primados de validade na constituição da obrigação, que se dá dentro da relação de emprego. Assim, a autonomia privada individual trabalhista se dá em relação aos sujeitos empregado e empregador, diante de um contrato individual de trabalho.

Podemos visualizar ainda a autonomia privada coletiva, que é aquela que se dá no âmbito coletivo das relações laborais. Neste caso, temos a atuação de um sindicato de trabalhadores, negociando diretamente com a empresa (acordo coletivo), ou com um sindicato empresarial (convenção coletiva).

Segundo Walkure Lopes Ribeiro da Silva, a autonomia privada e a autonomia coletiva diferenciam-se quanto aos fins e à estrutura que comportam. Quanto aos fins, é possível afirmar que a autonomia individual visa satisfazer um interesse individual, pertinente a pessoa singularmente considerada, enquanto a autonomia coletiva visa a realizar interesse coletivo, pertinente ao grupo. Quanto a estrutura, verifica-se que os limites internos e externos da autonomia são dados pelo grau de relevância dos interesses envolvidos, se privados, como ocorre com a autonomia individual e coletiva, ou públicos. Nesse ponto, diferencia-se interesse público, distinção que não é relevante para o trabalho[33].

Trataremos, neste ponto, da autonomia privada individual.

3.2. Relação de emprego como negócio jurídico e seus reflexos na autonomia privada individual

Antes de tratar da autonomia privada individual em si nas relações de emprego, cumpre salientar a natureza jurídica da relação de emprego. Chegaremos a conclusão de que a relação de emprego traz consigo a característica de ser contratual. Para tanto, percorreremos algumas teorias sobre o contrato de trabalho, sintetizadas por Maurício Godinho Delgado[34].

Elenca o Maurício Godinho Delgado dois grandes grupos de teoria contratuais acerca da natureza jurídica da relação de emprego. O primeiro grupo refere-se as teorias contratualistas tradicionais. Neste grupo, há um grande viés civilista. O contrato de trabalho é visto como ajuste de vontades que deve ser encaixado no direito civil. Divide-se em 4 subteorias.

A primeira delas chama-se teoria do arrendamento. Neste caso, o contrato de trabalho é visto como um contrato de locação ou arrendamento. É uma teoria que se inspira na locatio operarum (onde importava o serviço pactuado, assemelhando-se à locação) e locatio operis (onde tínhamos a contratação de um trabalhador por seu resultado, assemelhando-se à empreitada) do direito romano. Hoje é superada, afinal inexiste no contrato de trabalho a separação entre trabalhador e objeto do contrato (prestação do serviço).

A segunda teoria é aclamada pelo nome de teoria da compra e venda. Nela, o obreiro vende sua força de trabalho ao empregado que paga um preço. O contrato é visto como mercadoria. Também é superada, afinal o trabalho é de trato sucessivo, contínuo.

Uma terceira teoria é vista sob a perspectiva do mandato. O empregado seria mandatário do empregador. É precário, afinal não há nas relações de emprego transmissão de poderes do empregador com base na confiança, a não ser nos cargos de confiança.

Por fim, temos a teoria da sociedade, que considera a relação empregatícia como contrato de sociedade. Nota-se que tal teoria também não goza de aplicabilidade na seara

33. SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). **Curso de Direito do Trabalho. v. III**. São Paulo: LTr, 2008, p. 48-65).

34. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p.283-296.

trabalhista, afinal o contrato de trabalho não possui *affectio societatis*.

Outro grupo de teorias refere-se às teorias contratuais modernas. Nelas, aceita-se o caráter contratual, mas rejeita-se a ideia de inclusão do contrato de trabalho em uma das categorias de contrato civil. Aqui a vontade é tida como elemento essencial para a configuração da relação contratual.

De outro lado, tem-se a teoria anticontratualista, que acredita que o contrato de trabalho não pode ser considerado sob o viés do negócio jurídico. Orlando Gomes[35] critica veementemente as teorias anticontratualistas, pautando-se nos equívocos por ele analisados sobre esta teoria: confunde-se formação e conteúdo da relação, bem como confunde-se liberdade e vontade.

Para o autor, na formação da relação de emprego, é essencial o consentimento das partes, ainda que este seja por adesão, o que demonstraria a contratualidade ali existente. O trabalho é livre e não obrigatório, de sorte que o consentimento do trabalhador não pode ser dispensado.

No tocante à confusão liberdade e vontade, tem-se que a vontade de formar o vínculo sempre é manifestada, ainda que a liberdade esteja mitigada, em razão da necessidade daquele emprego. O obreiro não é totalmente livre para discutir as cláusulas contratuais, mas sempre manifesta vontade de contratar ou não.

Nesta perspectiva, nota-se que Orlando Gomes considera o contrato de trabalho um contrato de adesão, onde a vontade manifestada revela-se pela opção sim ou não, no tocante à formação do vínculo. Entende-se que o contrato de trabalho não poderia ser resumido a um contrato de adesão, afinal há como haver uma discussão no tocante ao seu conteúdo, ainda que minimamente. Ademais, não se demonstra, em todos os casos, que a vontade do trabalhador apenas consubstancia-se na recusa ou aceitação.

O que se tem por certeza é que o contrato de trabalho possui natureza contratual, de sorte a ser considerado um negócio jurídico.

Neste ponto, justifica-se o porquê da relação de emprego ser um negócio jurídico. Pautada na vontade dos contraentes, a relação de emprego deve preencher os requisitos legais para a sua configuração, quer sejam: pessoalidade, onerosidade, subordinação jurídica e não-eventualidade. Note-se que o preenchimento dessas características configura a relação de emprego, mas isso não é impeditivo da mesma passar pelo crivo dos planos da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos civis.

Como negócio jurídico que é, deve preencher as condições de validade para existir e possuir validade no ordenamento. A partir de tal constatação, observa-se que a relação de emprego é resultado de uma autonomia privada individual. Nesse sentido, Luciano Augusto de Toledo Coelho:

> A autonomia privada funda-se na capacidade de a pessoa autoregular autônoma e responsavelmente sua vida. Isso somente se torna possível quando uma parte na relação negocial não tem sobre a outra uma posição de supremacia e controle, de maneira a conformar a decisão do pólo mais fraco. É dado ao trabalhador, hoje, o direito de não contratar, desde que aceite as implicações de seu ato no mundo capitalista[36].

No entanto, questiona-se se a autonomia privada individual sofre limitações em razão da existência de um sistema protetivo trabalhista, por conta deste desequilíbrio na relação negocial. É este o ponto que será abordado adiante.

4. AUTONOMIA PRIVADA INDIVIDUAL E NEGOCIAÇÃO (OU DISPONIBILIDADE) DE DIREITOS TRABALHISTAS

Dado o fato de ser a relação individual de emprego marcada pela existência de um contrato de trabalho, questiona-se se haveria uma liberdade negocial plena diante da existência de direitos trabalhistas garantidos pelo Estado, bem como se esta autonomia privada se sustentaria diante do sistema protetivo característico do Direito do Trabalho.

A priori, é fácil entender que a autonomia individual na relação de emprego é mitigada,

35. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho.**17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 146-147.

36. COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de Trabalho e autonomia privada In: NALIM, Paulo (org.) **Autonomia Privada na Legalidade Constitucional:** contrato e sociedade, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 147.

em decorrência do princípio protetor. Contudo, tal afirmativa deve ser analisada sob outra perspectiva. Acredita-se que o sistema protetivo adentrou no ordenamento jurídico na busca de um reequilíbrio das partes. Deste modo, estando as partes em situação de igualdade, seria possível uma autonomia privada na realização do contrato de trabalho.

Dessa maneira, os princípios protetivos e os direitos trabalhistas consagrados na Constituição seriam vistos como um meio de se atingir a autonomia privada, afinal, estando os sujeitos contratantes em pé de igualdade, ter-se-ia uma liberdade negocial plena.

No entanto, esta não é o quadro que se vê na prática. A sociedade, como um todo, vive uma crise de desrespeito. Direitos fundamentais são constantemente violados, ainda mais na relação de emprego. Dado o fato de que não há um respeito aos princípios e direitos trabalhistas, as partes nunca se encontram numa situação igualitária para a negociação. Desta sorte, os princípios e direitos trabalhistas acabam por funcionar, em regra, como limites à autonomia privada, afinal a liberdade plena de negociação por vezes esbarra no princípio da proteção ou no leque de direitos fundamentais dos trabalhadores consagrados na Constituição.

Tratando-se de uma relação entre uma parte débil e outra detentora de um poder social, o respeito ao princípio protetor em face da autonomia privada não é uma limitação ruim, mas vem para garantir a fruição dos direitos fundamentais pelo trabalhador, enquanto trabalhador e cidadão. Assim, não atinge somente direitos trabalhistas, mas também direitos da personalidade do trabalhador, que devem se encontrar amparados pelo princípio protetor para que os trabalhadores possam ter uma vontade que seja livre, uma liberdade real, material.

Restrições à autonomia privada individual se justificam por se tratar de uma relação que é, historicamente, desigual. Ver-se-á, adiante, que esta premissa não se mantém diante da autonomia privada coletiva, onde, em regra, há entes iguais e a autonomia privada alcança sua plenitude.

Mas pode-se afirmar que em todos os casos a autonomia privada individual é restrita ou limitada, perante o contrato individual de trabalho?

Neste momento, busca-se inspiração na teoria defendida por Juan María Bilbao Ubillos, que defende graus de aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares. O autor defende que se deve ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular[37]. O autor ainda afirma que a desigualdade é elemento essencial para o desenvolvimento da eficácia imediata.

Reconhece-se a condição de desigualdade existente entre as partes, de maneira que, quanto maior for a desigualdade existente, maior deve ser a proteção à parte mais fraca daquela relação, admitindo-se a incidência dos direitos fundamentais para promover o equilíbrio entre as mesmas.

Transportar-se-á tal teoria ao direito do trabalho, de modo a se estabelecer graus de liberdade negocial diante dos direitos individuais trabalhistas.

4.1. Grau fraco, quase inexistente: relações típicas, onde se constata desequilíbrio grande

No tocante ao confronto entre autonomia privada individual e direitos trabalhistas, vê-se, a priori, a necessidade de garantia dos direitos sociais. A própria estrutura brasileira demanda uma atuação efetiva na proteção dos direitos fundamentais sociais, haja vista que o país ainda sofre com os problemas relacionados à desigualdade social. Fator importante no tocante a esta desigualdade é o trabalho. Não existe emprego para todos e estes, quando existentes, não são capazes de garantir o mínimo existencial para uma vida digna.

Sarmento salienta que as instituições brasileiras ainda preservam um ranço escravocrata[38], favorecendo ainda mais as desigualdades no âmbito das relações trabalhistas. O trabalhador, muitas vezes, não contesta tal postura por parte do empregador em razão da real necessidade que este possui de estar empregado, de possuir uma renda, ainda que mínima.

37. UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 316 e p. 322.
38. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.**7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009, p. 179.

A própria estrutura do contrato de trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais sociais no âmbito deste tipo de pacto, haja vista que o trabalhador, ao celebrar esse contrato, cede ao empregador sua força de trabalho, de modo a gerar uma relação de "dependência" entre estes[39]. O empregador depende da força laborativa do empregado para a realização de sua atividade enquanto o empregado depende daquele emprego para sua subsistência.

Evidentemente, esta relação encontra-se desequilibrada. No Brasil, faltam empregos e sobram pessoas que querem trabalhar. Para o empregador, a situação é bem conveniente, uma vez que este tem a opção de substituir o empregado. Já para o trabalhador, a situação é desesperadora. Este se submete a diversas ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da necessidade do emprego. Não se vislumbra, aqui, uma liberdade negocial plena, afinal como poderia o trabalhador negociar algo dada a sua premente necessidade do emprego?

Neste momento é importante se recordar da inferioridade constrangimento. Lembra-se que a inferioridade constrangimento afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Ele não é livre para aceitar ou recusar e isto é bem visto na celebração do contrato de trabalho. Há uma dependência do trabalhador daquele posto de trabalho, de modo que sua liberdade negocial fica praticamente anulada diante da celebração do contrato de trabalho.

Observa-se, em decorrência dessa relação de "dependência", diversas limitações à liberdade pessoal do trabalhador, bem como ofensas aos seus direitos fundamentais. Contudo, tais limitações e ofensas não podem ficar à mercê da vontade do empregador, devendo ser tuteladas pelo direito do trabalho. E é a partir desta constatação que surgem:

> derecho al trabajo con sus diferentes derechos especiales, tales como la libre elección de la profesión, los derechos a um puesto de trabajo, a un salario justo, a condiciones de trabajo adecuadas, a la protección para determinados grupos de personas (mujeres, adolescentes). al descanso, a un subsidio por desempleo, el derecho de coalición y de huelga, como así también el derecho de cogestión[40].

Assim, num confronto entre autonomia privada individual e direitos trabalhistas, diante de um contrato de trabalho padrão devem prevalecer os direitos trabalhistas, afinal não há como haver uma liberdade negocial plena dado o desequilíbrio patente existente na relação. Também não há como haver uma disposição de direitos trabalhistas pelo obreiro, afinal este é titular de direitos fundamentais individuais na condição de trabalhador e também é portador de direitos fundamentais na condição de cidadão, reconhecendo-se os direitos elencados na seara trabalhista (artigo 7º da CF), bem como aqueles direitos inerentes aos demais cidadãos previstos no texto constitucional[41].

Dessa maneira, garante-se a dignidade do trabalhador enquanto cidadão, evitando-se que o sujeito seja tratado como mera mercadoria integrante do contrato de trabalho. O empregado é muito mais do que somente uma força laborativa, que pode ser substituída a qualquer tempo. É um ser humano e como ser humano integrante do ordenamento jurídico deve ser tratado como tal, de maneira a serem assegurados direitos inerentes à sua condição de cidadão, bem como os direitos trabalhistas.

4.2. Grau médio: relações onde há alguma possibilidade de negociação

Viu-se, linhas atrás, que é princípio do direito do trabalho a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Viu-se, ainda, que esta irrenunciabilidade encontra-se consagrada em razão de um desequilíbrio existente no contrato de trabalho, que motiva as regras protetivas inerentes ao ramo objeto desta pesquisa.

No entanto, constatou-se que poderiam haver exceções à regra da limitabilidade da autonomia privada em sede de contrato de trabalho, afinal, diante de um caso concreto, poder-se-ia verificar um certo grau de negociação.

Gilberto Stürmer, embora não trate especificadamente do tema em debate, defende

39. AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2007, p. 81.

40. ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993, 429.

41. GOÉS, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. **Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário.** Porto Alegre, nº 37, Nov/dez, 2008, p. 53.

que o Estado não deve ter tamanha ingerência nas relações trabalhistas. Neste sentido:

> A verdade é que, com crise ou sem crise, ao final da primeira década do século XXI, o mais importante é lembrar que a tese de que capital e trabalho são inconciliáveis está fora de moda e de contexto no mundo globalizado. O moderno Direito do Trabalho é aquele que necessária e obrigatoriamente une o social e o econômico. As soluções já existem e dispensam a presença do "pai Estado"[42].

Nessa senda, os direitos trabalhistas e a liberdade negocial podem coexistir harmonicamente. Como já esposado anteriormente, entende-se que tal convivência só seria possível se a relação estivesse equilibrada, com sujeitos atuando no mesmo patamar.

Assim, dever-se-ia verificar, caso a caso, a existência de uma paridade de partes na relação contratual trabalhista, para então afirmar que naquela relação a um certo grau de autonomia privada. Este grau mediano traz consigo à ideia de que certos direitos poderiam ser negociados, enquanto outros não.

Mas como saber quais seriam os direitos com possibilidade de negociação na relação trabalhistas? Ao revés, quais direitos não poderiam ser negociados?

Tais indagações devem ser respondidas à luz dos princípios do direito do trabalho. Primeiramente, deve-se observar o princípio da proteção, de sorte que cláusulas contratuais que desvirtuem os preceitos trabalhistas sejam consideradas inválidas, tal como preconiza o art. 9º da CLT.

Ademais, deve ser observado o princípio do não-retrocesso social em seara trabalhista. Neste caso, a liberdade negocial só será considerada válida se respeitar as conquistas já obtidas no tocante aos direitos trabalhistas.

Afora tais aspectos, questiona-se se os direitos da personalidade[43] do trabalhador podem sofrer disposição parcial diante de um contrato individual de trabalho. Segundo André Rodrigues Corrêa, a autonomia privada também é espaço de atuação dos direitos da personalidade e, logo, de realização da dignidade humana. A ideia de dignidade, para o autor, é a base que se assentam os direitos da personalidade, de sorte que seu exercício só pode se dar de forma autônoma, ou seja, por intermédio da autonomia privada[44].

Diante de tal perspectiva, poderia o obreiro exercer seus direitos da personalidade por meio do contrato individual de trabalho. Neste caso, exige-se o consentimento do empregado na realização daquele negócio, bem como o respeito à sua honra.

Assim, a título de exemplo, a empresa pode utilizar-se da imagem do empregado como decorrência do contrato de trabalho, como, por exemplo, por meio de cláusulas que assegurem que a imagem do empregado pode ser veiculada para fazer propaganda da empresa. Neste caso, faz-se necessário um detalhamento do negócio jurídico, a fim de que tal uso do direito da personalidade seja fruído sem nenhum abuso. Nestes termos:

> Tais negócios devem ser formalizados da maneira mais complexa possível, mediante autorização expressa e escrita, detalhando como a pessoa deverá aparecer, em que trajes e posições, em quais lugares, com quem, com que objetos, quando, a que veículos de comunicação o uso da imagem se destina e por quanto tempo, além da remuneração, se for o caso. Dessa forma, garante-se a proteção aos direitos de personalidade da pessoa que autorizou o uso de sua imagem por terceiros e, ao mesmo tempo, permite-se a esse sujeito a fruição econômica do uso de seu direito à imagem[45].

---

42. STÜRMER, Gilberto. Proteção à relação de emprego: promessa, efetividade de um direito social e crise. **Revista LTr – Legislação do Trabalho.** São Paulo, v. 73, n. 11, Nov ,1334-1339, 2009, p. 1338.
43. Segundo Roxana Borges, no tocante aos direitos da personalidade: as recentes manifestações da doutrina e jurisprudência deságuam na percepção de que a personalidade jurídica deve ser interpretada como um valor jurídico, constante do ordenamento jurídica nacional, que influi no direito público e privado. Os direitos da personalidade são tratados como essenciais à pessoa humana, na medida em que protegem a dignidade da pessoa (inerente ao próprio ser humano, dada a sua simples condição humana). BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.14.
44. CORRÊA, André Rodrigues. Autonomia: razões e limites. In: Flávia Portella Puschel. (Org.). **Organização das Relações Privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 315-352, p. 337. Em sentido contrário, GONÇALVES, Carlos Alberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial:** direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965). Coord. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 350-351. Para o autor, os direitos da personalidade são direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio e que merecem proteção legal.
45. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161.

No entanto, poderia o empregador determinar, por meio de cláusula contratual, determinados tipos de comportamento ao empregado, tais como uso de certas vestimentas, de maquiagem, de corte de cabelo etc., limitando sua liberdade negocial sobre tais aspectos de sua personalidade?

Neste caso, entende-se, a priori, que a imposição pelo empregador de certos comportamentos ao obreiro encontra barreira nos direitos da personalidade do empregado, bem como no princípio da proteção. Primeiramente, não pode o empregador determinar a forma de exercício dos direitos da personalidade do empregado. Uma coisa é haver uma renuncia parcial daquele direito da personalidade, com a anuência e ciência do empregado sobre todas as condições em que se dará a renuncia. Outra coisa é a imposição, como condição para a celebração do contrato de trabalho ou permanência no emprego, de certos comportamentos. Aqui volta-se a uma situação de inferioridade na negociação, de sorte que a autonomia privada incidiria em sua versão mais fraca, exposta no ponto anterior.

Não se pode, contudo, generalizar a situação. Em certos casos, em razão da função exercida, pode-se haver a imposição de certos hábitos de vestimentas ou comportamentos. Exemplo disso são as trabalhadoras de shopping que devem utilizar vestimentas da loja como uniformes e devem utilizar maquiagem e cabelos muitas vezes considerados extravagantes. Tal comportamento se justifica em razão da função exercida, quer seja o labor com moda, onde se procura passar a visão daquela marca ou loja onde o trabalho é prestado.

Outro exemplo é a imposição de determinados comportamentos por questões sanitárias e de saúde. Trabalhadores de restaurantes devem manter cabelos presos, envoltos por uma tela de proteção que faça com que não haja contato com o alimento, barba, no caso de homens, e unhas devem estar curtas e higienizadas, dentre outros comportamentos.

Conclui-se, neste ponto, que a versão média da autonomia privada dependerá muito do caso em questão, de sorte que deve ser analisada com muita cautela, partindo-se sempre de uma relação paritária e com respeito aos princípios trabalhistas.

4.3. Grau alto: garantia da liberdade negocial. Caso de empregados altamente especializados e celebridades

Pensa-se, neste momento, numa versão forte da autonomia privada, de modo a consagrar uma ampla liberdade negocial entre empregado e empregador no âmbito do contrato de trabalho. Tal situação será possível quando as partes estiverem num parâmetro de equilíbrio contratual exacerbado, tal como ocorre com os empregados altamente especializados e celebridades.

Tais figuras de empregados encontram-se, muitas vezes, numa situação de supremacia no contrato de trabalho, afinal há uma dependência da empresa no tocante aos serviços prestados. Não raro, as empresas do ramo competem por este empregado, realizando um verdadeiro leilão sobre a prestação de serviços do obreiro. A empresa que se dispõe a pagar mais com condições privilegiadas sairá vencedora da disputa por estes empregados.

Diante de tal constatação, percebe-se que a liberdade negocial das partes opera-se de forma plena, afinal não há uma inferioridade ou dependência do empregado em relação ao empregador. Pelo contrário, o empregador é que depende daquela mão-de-obra altamente especializada ou daquela determinada celebridade para o anúncio de seu produto, por exemplo.

Neste ponto, é importante relatar o parecer proferido por Arion Sayão Romita, publicado na Revista de Direito do Trabalho sobre o contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte. Na consulta, o empregado havia passado ao cargo de Superintendente de Coordenação Empresarial, cargo este considerado estratégico para a empresa.

No ano de 1996, empregado e empregador firmara termo aditivo ao contrato de trabalho, onde definiu-se que, para o empregado deixar de ocupar cargo considerado estratégico para a Empresa, teria o prazo de 12 meses para decidir se exerceria advocacia externamente, assistindo a empresa e podendo assistir terceiros que não tivessem conflito de interesse com a Companhia. Fazendo esta opção, o empregado gozaria de um período de 3 anos de manutenção do contrato de trabalho, contados a partir da opção, exceto no caso de justa causa.

Desta maneira, firmou-se uma espécie de garantia de emprego de maneira contratual, pautada na autonomia privada entre as partes. Ocorre, no entanto, que o empregado fora demitido sem justa causa pela empresa em 1997. Assim, o empregado formulou a consulta à Arion Romita, no sentido de saber se era válida a estipulação contratual da garantia de emprego.

Verificou-se que a estipulação contratual de garantia de emprego era válida, ajustando-se ao mandamento do art. 444 da CLT, que afirma que as relações contratuais podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas, vedada apenas a violação das disposições de proteção ao trabalho, que não era o caso.

A estipulação contratual de garantia de emprego, para o autor, respeita a autonomia da vontade[46], sem ofender qualquer preceito protecionista do Direito do Trabalho:

> Expressão da livre deliberação consensual das partes interessadas, sem malferir qualquer disposição de ordem pública protecionista do trabalho, a garantia de permanência no emprego reverencia o secular princípio da autonomia da vontade, acolhido pelo Direito do Trabalho brasileiro. Portanto, a referida estipulação é válida, à luz do direito positivo vigente[47].

Entende-se que, por se tratar de um empregado especializado que foi posto em cargo estratégico da empresa e, por conseguinte, possuía informações privilegiadas sobre a companhia, a autonomia privada revelou-se no seu grau mais forte. Assim, a negociação sobre uma garantia de emprego fora plenamente válida, estando os sujeitos num grau de igualdade tal que possibilitaria a liberdade negocial em sua plenitude.

Entretanto, ainda em seu grau mais forte, a autonomia privada não pode ser utilizada sob a perspectiva de atentar contra os princípios protetivos constantes no Direito do Trabalho, sob pena de ter seu uso considerado abusivo e, consequentemente, ser invalidada a negociação.

5. CONCLUSÕES

A partir das considerações acima, podem-se extrair as seguintes conclusões:

1. A autonomia privada deve ser vista sob a perspectiva desta ordem de valores, fins e princípios consagrados no texto constitucional.

2. No direito do trabalho, a autonomia privada deve ser vista sob a perspectiva de serem os direitos trabalhistas direitos sociais, passíveis de proteção estatal.

3. O desenvolvimento do direito do trabalho veio acompanhado do desenvolvimento de princípios protetivos, capazes de consagrar os direitos fundamentais do cidadão na sua condição de trabalhador e cidadão.

4. Constata-se que deve haver uma proteção da parte mais débil da relação de emprego, dada a marcada inferioridade existente.

5. Os princípios e direitos trabalhistas acabam por funcionar, em regra, como limites à autonomia privada, afinal a liberdade plena de negociação por vezes esbarra no princípio da proteção ou no leque de direitos fundamentais dos trabalhadores consagrados na Constituição.

6. Reconhece-se a condição de desigualdade existente entre as partes, de maneira que, quanto maior for a desigualdade existente, maior deve ser a proteção à parte mais fraca daquela relação.

7. Desenvolvem-se, assim, graus de autonomia privada na relação de emprego.

8. O grau fraco ou quase inexistente ocorre quando se tem uma relação de emprego padrão, onde o desequilíbrio é latente. Neste, deve haver a proteção dos direitos sociais trabalhistas na relação laboral.

9. O grau médio ocorre quando há alguma possibilidade de negociação na relação de emprego, como se observa com os direitos da personalidade do trabalhador.

10. O grau forte revela-se diante da relação existente entre um empregado altamente especializado ou uma celebridade e o empregador. Neste caso, há um poder de negociação maior, de sorte que a autonomia privada consagra-se em sua forma plena.

46. Note-se que o autor utiliza a terminologia autonomia da vontade. Segundo entendimento já esposado, trata-se, em verdade, da autonomia privada.
47. ROMITA, Arion Sayão. Autonomia da vontade: contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte: validade. Inaplicabilidade de normas de direito administrativo (parecer). **REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO,** Curitiba: Genesis, n.79, p. 13-21, julho., 1999, p. 21.

REFERÊNCIAS

AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho 2007 – RDT 128**, p. 125-154

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2007

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. **Revista De Direito Privado,** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set.., 2004

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina,,[19--].

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de Trabalho e autonomia privada In: NALIM, Paulo (org.) **Autonomia Privada na Legalidade Constitucional:** contrato e sociedade, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

CORRÊA, André Rodrigues. Autonomia: razões e limites. In: Flávia Portella Puschel. (Org.). **Organização das Relações Privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 315-352.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 5 ed. São Paulo: LTr, 2006.

GOÉS, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. **Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário.** Porto Alegre, nº 37, Nov/dez, 2008.

GOMES, J. Miguel Lobato. Livre-iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar In: NALIM, Paulo (org.) **Autonomia Privada na Legalidade Constitucional:** contrato e sociedade, volume III. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho.**17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial:** direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965). Coord. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos Humanos.** 2ª ed. São Paulo: Santuário, 2002

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, ano 10, vol. 39, p. 33-50, jul/set, 2009.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las Geraciones de Derechos Humanos *In* **Revista del Centro de Estúdios Constitucionales** n. 10. Septiembre-Diciembre 1991. p. 205/206. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=qins0qjcsbmigxqpzog2ec55_407909&ART=15,21414,RCEC_10_201.pdf. Acesso em: 20 de março de 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos Direitos Trabalhistas.** São Paulo, LTR, 2009.

MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e Transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. **Revista LTr – Legislação do Trabalho.** São Paulo, v. 74, n. 02, Fev.190-224, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Autonomia Privada E Negócios Jurídicos – Breves Notas. In: Flávia Portella Püschel. (Org.). **Organização das relações privadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, v. , p. 293-307

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Lisboa: Almedina. 1982

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio São Paulo: LTR, 1978.

ROMITA, Aryón Sayão. Autonomia da vontade: contrato celebrado entre alto empregado e empresa de grande porte: validade. Inaplicabilidade de normas de direito administrativo (parecer). **REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO,** Curitiba: Genesis, n.79, p. 13-21, julho., 1999.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas.** São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.**7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009

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

_____. A autonomia coletiva e os direitos individuais dos trabalhadores. **Revista De Direito Do Trabalho,** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.99, p. 65-75, jul/set., 2000.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto. CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). **Curso de Direito do Trabalho. v. III**. São Paulo: LTr, 2008.

STÜRMER, Gilberto. Proteção à relação de emprego: promessa, efetividade de um direito social e crise. **Revista LTr – Legislação do Trabalho.** São Paulo, v. 73, n. 11, Nov ,1334-1339, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2 Ed. São Paulo: Método. 2006.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Emenda Constitucional n. 72/2013 – Primeiras impressões

Andréa Presas Rocha[1]

Sumário • 1. Introdução – 2. A aplicabilidade dos direitos reconhecidos – 3. Direitos que dependem de regulamentação infraconstitucional: 3.1. Legislação insuficiente: necessidade de edição de lei para regulamentação dos direitos ao salário família e ao seguro contra acidentes de trabalho; 3.2. Legislação suficiente: aplicação imediata dos direitos contidos nos incisos I, II, III, IX, XXV e na segunda parte do inciso XXVIII – 4. A CLT como norma geral em matéria trabalhista: revogação do art. 7º, 'a', da CLT, pela EC n. 72/13 – 5. Reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho – 6. Horas extras: limitação da jornada, prorrogação e compensação: 6.1. Controle de ponto; 6.2. Patrão que passa o dia fora de casa; 6.3. Sobreaviso – 7. Intervalos intrajornada e entre jornadas – 8. Despedida sem justa causa – 9. Adicional noturno – 10. FGTS e seguro-desemprego – 11. Responsabilidade civil do empregador – 12. PIS – Programa de Integração Social – 13. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

No último dia 02 de abril de 2013, o Congresso Nacional promulgou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 66/2012, apelidada de PEC do trabalhador doméstico, a qual, a partir de então, se transformou na Emenda Constitucional (EC) n. 72/2013.

O propósito da EC foi o de alterar o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, ampliando a gama de direitos reconhecidos aos trabalhadores domésticos, conforme quadro a seguir.

Antes da EC 72/13	Depois da EC 72/13
Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:	**Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.	Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

1. Juíza do Trabalho na Bahia. Ex-juíza do Trabalho em Pernambuco. Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Mestre e doutoranda em Direito Social pela UCLM-Espanha. Professora de graduação e de pós-graduação. Autora e coautora de livros e artigos jurídicos. Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/9091224057220913

Como se percebe da tabela, antes da EC 72/13, os trabalhadores domésticos tinham reconhecidos os direitos dos seguintes incisos:

> 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 periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
>
> VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
>
> VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
>
> XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
>
> XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
>
> XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
>
> XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
>
> XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; e
>
> XXIV – aposentadoria.

A partir da EC 72/13, foram ampliados os direitos dos trabalhadores domésticos, que, então, passaram a ter reconhecidos aqueles dos seguintes incisos:

> I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
>
> II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
>
> III - fundo de garantia do tempo de serviço;
>
> 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 periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
>
> VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
>
> VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
>
> VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
>
> IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
>
> X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
>
> XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
>
> XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
>
> XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
>
> XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;
>
> XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
>
> XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
>
> XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
>
> XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; e
>
> XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
>
> XXIV – aposentadoria.
>
> XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;
>
> XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
>
> 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;
>
> XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
>
> XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; e
>
> XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Diante da modificação legislativa, várias dúvidas se puseram, passando desde a celeuma em torno da inaplicabilidade imediata de alguns dos direitos reconhecidos, até a questão do controle da jornada de trabalho.

Neste estudo, buscaremos responder algumas das indagações ventiladas.

2. A APLICABILIDADE DOS DIREITOS RECONHECIDOS

O parágrafo único, art. 7º, da Constituição Federal reza que:

> "São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social".

Não há dúvidas de que os direitos contidos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII têm aplicação imediata, independendo, portanto, de qualquer regulamentação infraconstitucional.

Ou seja, a previsão na Constituição Federal é bastante, por si só, para fazer valer, de forma imediata, os direitos ao salário mínimo, à irredutibilidade e proteção salarial, ao décimo terceiro salário, à limitação da jornada de trabalho, às horas extras, às férias, à licença-maternidade, à licença-paternidade, ao aviso prévio proporcional, à redução dos riscos inerentes ao trabalho, à aposentadoria, ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos, à proteção contra discriminação, e à proteção do trabalho do menor[2].

O que vem causando posicionamentos os mais destoantes na doutrina diz respeito à aplicação dos direitos previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, pois, quanto a eles, a EC os assegura aos domésticos, porém, desde que "atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades".

Com efeito, uma parte da doutrina defende que, somente com o advento de legislação infraconstitucional superveniente é que os mencionados direitos produzirão eficácia, ao passo que uma outra parte preconiza a aplicabilidade imediata de alguns dos citados direitos, ante a existência de regulamentação infraconstitucional suficiente.

Estamos com os que abraçam este segundo ponto de vista.

3. DIREITOS QUE DEPENDEM DE REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Como visto, alguns dos direitos reconhecidos aos trabalhadores domésticos, quais sejam aqueles inseridos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, dependem de regulamentação infraconstitucional.

Cumpre, nesse passo, examinar se a legislação atualmente existente é suficiente para o reconhecimento da imediata eficácia de tais direitos ou se, ao revés, haverá necessidade da edição de lei posterior à EC.

Entendemos que uma parte dos citados direitos carece, efetivamente, de legislação regulamentadora, ao passo que um outro grupo está apto a produzir efeitos imediatamente, porquanto suficiente a legislação infraconstitucional atualmente existente.

Por isso, dividiremos o nosso estudo de acordo com esses dois grupos.

---

2. É proibido o trabalho de menor de 18 anos em serviços domésticos, de acordo com a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP – Trabalho Infantil Proibido), aprovada pelo Decreto n. 6.481/08, que regulamenta os artigos 3º, alínea 'd', e 4º da Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 3.597/00, que trata das piores formas de trabalho infantil.

3.1. Legislação insuficiente: necessidade de edição de lei para regulamentação dos direitos ao salário família e ao seguro contra acidentes de trabalho

Os direitos ao salário-família e ao seguro contra acidentes de trabalho (incisos XII e XXVIII) dependem da edição de lei infraconstitucional, haja vista a insuficiência da regulamentação atualmente existente.

A propósito do salário-família, a Lei n. 8.213/91 e o Decreto n. 3.048/99 preceituam que referido benefício deve ser pago diretamente pela empresa, sendo que os valores das cotas do salário-família pagas pela empresa deverão ser deduzidos quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários. No caso dos trabalhadores avulsos, o salário-família é pago pelo sindicato ou pelo órgão gestor de mão de obra, mediante convênio com o INSS, e no dos trabalhadores aposentados, o pagamento é efetuado diretamente pelo INSS.

Como se percebe, apesar da empresa realizar o pagamento, *ela se compensa* no momento do recolhimento das contribuições devidas ao Órgão Previdenciário, pelo que pode-se afirmar que incumbe ao INSS arcar com os custos do benefício.

Para o trabalhador doméstico, haverá, portanto, necessidade de regulamentação infraconstitucional, a fim de que se delimite a quem caberá o pagamento: se ao patrão, que poderá se compensar quando do recolhimento das contribuições previdenciárias, ou se diretamente ao próprio INSS, como hoje sói ocorrer no tocante ao salário-maternidade.

Sem que se defina esse procedimento, não se poderá impor ao empregador o ônus de arcar com o pagamento de tal benefício, sem que se lhe assegure a respectiva compensação.

Outrossim, o seguro contra acidentes de trabalho[3] é atualmente devido apenas pelas empresas e pelos empregadores pessoas físicas equiparados à empresa (art. 15 da Lei n. 8.212/91), de acordo com o disposto no art. 22, II, da Lei n. 8.212/91, e no art. 202 do Decreto n. 3.048/99, estando excluídos os empregadores domésticos.

Trata-se de seguro obrigatório, instituído por lei, mediante contribuição adicional a cargo do empregador, destinado à cobertura de eventos resultantes de acidente de trabalho.

Por se tratar de obrigação de natureza tributária (CF, art. 195, §6º), também neste particular, haverá necessidade de regulamentação legal, ou para se estabelecer a responsabilidade do empregador doméstico por tal pagamento, delimitando-se, inclusive, a sua base de incidência, ou mesmo para isentá-lo de referida contribuição, transferindo-se tal encargo, por exemplo, ao Estado.

3.2. Legislação suficiente: aplicação imediata dos direitos contidos nos incisos I, II, III, IX, XXV e na segunda parte do inciso XXVIII

É fora de dúvidas que o Legislador remeteu a aplicabilidade dos direitos previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII ao atendimento das "condições estabelecidas em lei".

Firmamos aqui o posicionamento de que, quanto àqueles direitos em que exista no ordenamento jurídico nacional lei estabelecendo as condições de sua atuação, a aplicação será imediata, não havendo necessidade de se aguardar qualquer regulamentação superveniente[4], em face da *eficácia imediata dos direitos fundamentais*.

Expliquemos.

O art. 7º da CF insere-se no Título II da Constituição Federal, que trata dos "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Disso decorre que a sua eficácia é plena e a aplicabilidade imediata[5], na esteira do art. 5º, §1º, da CF: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"[6].

Assim, por força de expressa determinação constitucional, os *direitos (sociais)*

3. A contribuição denominada SAT (Seguro de Acidente do Trabalho) passou a ser chamada de RAT (Riscos Ambientais do Trabalho) pela Lei n. 9.528/97.

4. Claro que o advento de regulamentação por lei posterior (se e quando esta sobrevier) será bem-vindo, até porque terá o condão de tratar a situação com a peculiaridade que merece.

5. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 271-274.

6. Esta regra do §1º, segundo Paulo Bonavides, "representa a explicitação de um entendimento doutrinário já amadurecido na teoria constitucional contemporânea, com base em formulações dos juristas autores da Carta de Bonn, e que entrou na lei maior brasileira com todo o imperativo de uma garantia constitucional de primeiro grau" (Curso de direito constitucional. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 553).

fundamentais assegurados nos diversos incisos do art. 7º do Texto Maior são, em princípio, bastantes por si sós, estando aptos, de antemão, a produzirem efeitos jurídicos, dispensando-se, assim, a edição de lei regulamentadora hierarquicamente inferior.

Poder-se-ia aqui argumentar que, no que tange a alguns dos direitos reconhecidos aos trabalhadores domésticos, *o Legislador quis condicionar* a sua eficácia à regulamentação por lei.

Vamos, então, admitir tal restrição.

Partindo-se, portanto, da premissa de que o Legislador quis condicionar o exercício de alguns direitos à regulamentação por lei infraconstitucional, resta a pergunta: a regulamentação por lei deve ser posterior à EC ou é possível o aproveitamento da legislação atualmente vigente?

Entendemos que, no caso dos direitos que tiveram condicionada a sua aplicação à regulamentação por lei, por se tratarem de direitos fundamentais, o reconhecimento da sua aplicabilidade imediata deverá ocorrer sempre que existir no ordenamento jurídico legislação infraconstitucional suficiente à sua plena realização.

Ressalte-se que tal reconhecimento ampara-se na moderna teoria da interpretação constitucional e nos seus princípios instrumentais[7], dentre os quais destaca-se o Princípio da Efetividade[8]:

> "Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. O intérprete constitucional deve ter o compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador"[9].

Portanto, havendo legislação infraconstitucional suficiente à atuação do direito fundamental, deve ser reconhecida a sua *aplicação plena e eficácia imediata*. E este é o caso dos direitos abaixo.

Inciso I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa: a regulamentação está contida no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT);

Inciso II – seguro-desemprego: a Lei n. 5.859/72 especifica as situações em que o empregado doméstico faz jus ao seguro-desemprego;

Inciso III – fundo de garantia por tempo de serviço: a Lei n. 5.859/72 define a forma de recolhimento do FGTS devido ao empregado doméstico; neste particular, deve-se compreender que a EC, ao assegurar o direito ao FGTS, tornou obrigatório o seu recolhimento pelo empregador, ficando, assim, revogada a expressão "é facultada" constante do art. 3º-A da Lei n. 5.859/72;

Inciso IX – adicional noturno: a CLT, norma geral em matéria trabalhista, disciplina, de forma minuciosa, no art. 73, o direito ao adicional noturno, estabelecendo, inclusive, o que se deva compreender por horário noturno;

Inciso XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas: o

7. "As normas constitucionais são normas jurídicas e, como conseqüência, sua interpretação serve-se dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral. Todavia, as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político. Em razão disso, desenvolveram-se ou sistematizaram-se categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional. (*omissis*) Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência" (BARROSO, Luis Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358-359).
8. Luis Roberto BARROSO e Ana Paula de BARCELLOS elencam os seguintes princípios instrumentais de interpretação constitucional: princípio da supremacia da Constituição; princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da unidade da Constituição; princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; e princípio da efetividade (ibidem, p. 360-363).
9. idem, ibidem, p. 364.

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) estabelece, no art. 54, como dever do Estado assegurar à criança o atendimento em creche e pré-escola, e, no art. 208, prevê a possibilidade do manejo de ações judiciais, para a proteção de direitos individuais, difusos e coletivos, por ofensa aos direitos da criança de atendimento em creches e pré-escola;

Inciso XXVIII – indenização a cargo do empregador, em casos de acidente de trabalho, quando incorrer em dolo ou culpa: a responsabilidade civil do empregador por danos decorrentes do acidente de trabalho vem disciplinada no Código Civil (arts. 186, 187 e 927 a 954).

4. A CLT COMO NORMA GERAL EM MATÉRIA TRABALHISTA: REVOGAÇÃO DO ART. 7º, 'A', DA CLT, PELA EC N. 72/13

Se antes da EC n. 72/13 ainda se podia cogitar da não-aplicação da CLT à categoria dos trabalhadores domésticos, por expressa vedação contida no seu art. 7º, 'a', e pelo fato da Lei do Trabalhador Doméstico (Lei n. 5.859/72) conter normatização suficiente, agora tal exegese não mais se sustenta.

Com efeito, a EC assegurou aos domésticos vários direitos reconhecidos aos trabalhadores de um modo geral, e que, conquanto não estejam previstos na Lei do Empregado Doméstico (Lei n. 5.859/72), encontram normatização infraconstitucional na CLT, a exemplo dos direitos às horas extras, ao adicional noturno, e ao pagamento das verbas rescisórias dentro de certo prazo (este último decorre do reconhecimento do direito à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa – CF, art. 7º, I).

Assim, porquanto incompatível interpretação que impeça a aplicação da CLT aos domésticos, deve-se compreender que o dispositivo no art. 7º, letra 'a', foi revogado pela EC 72/13.

Isso significa que, sendo o direito reconhecido pela Constituição Federal, e diante da ausência de regulamentação na legislação específica (Lei n. 5.859/72), deve o intérprete aplicar subsidiariamente a CLT, por ser esta a norma geral em matéria trabalhista.

5. RECONHECIMENTO DAS CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO

Um grande avanço propiciado pela EC 72/13 foi o de reconhecer as convenções e acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI).

Isso que dizer que, doravante, os sindicatos dos trabalhadores domésticos poderão, por meio de negociação coletiva, celebrar convenções coletivas de trabalho com os sindicatos patronais, ou acordos coletivos com um empregador ou um grupo deles (tome-se, como exemplo deste último, um grupo de moradores de um condomínio residencial).

Exemplificando, será agora possível a celebração de acordo coletivo de trabalho (ACT), seja por um único empregador individualmente, seja por um grupo de empregadores (ex.: moradores de um condomínio residencial), ou de convenção coletiva de trabalho (CCT), visando, por exemplo, à adoção de trabalho em regime de escala de 12 x 36 para cuidadores de idosos.

A despeito do reconhecimento constitucional, uma parte da doutrina encontra óbice à efetivação do citado dispositivo, ao argumento de que os empregadores domésticos não constituiriam "categoria econômica", nos termos da CLT (art. 511, §1º - A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica).

Pedindo vênia aos que pensam de forma contrária, entendemos que, à vista da inovação constitucional, o conceito de categoria econômica deva ser reinterpretado, para abarcar, também, os empregadores domésticos, pois, somente assim, se estará dando o devido alcance ao espírito da lei (*mens legis*).

Nessa senda, a norma que reconhece as convenções e acordos coletivos, além de ter sede constitucional, alberga direito fundamental. Por tal razão, deve ser interpretada à luz dos princípios de interpretação constitucional, dentre os quais aparece com maior relevo o Postulado da Máxima Efetividade, segundo o qual deve ser atribuído a uma norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê, cabendo ao intérprete, no caso de dúvidas, preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais[10].

Assim, para se que alcance o verdadeiro sentido da norma, o termo categoria econômica deverá compreender toda e qualquer atividade econômica, englobando-se, portanto,

10. CANOTILHO, J.J Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

a atividade no âmbito residencial, que não deixa de ser econômica (economia do lar ou doméstica), embora sem fins lucrativos.

Por fim, para uma melhor compreensão, é possível fazer-se uma analogia com as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, que, segundo entendimento pacífico, integram categoria econômica.

6. HORAS EXTRAS: LIMITAÇÃO DA JORNADA, PRORROGAÇÃO E COMPENSAÇÃO

Partindo-se da premissa de que a CLT é aplicável aos empregados domésticos, quando o direito reconhecido na Constituição Federal não estiver regulamentado na lei especial (Lei n. 5.859/72), temos que as regras atinentes à prorrogação e compensação de jornada, inseridas no art. 59 da CLT, aplicam-se às relações de trabalho doméstico.

Destarte, mediante acordo individual escrito, empregado e empregador poderão estabelecer a possibilidade de prorrogação da jornada de trabalho em até duas horas, bem como a compensação semanal das horas trabalhadas. Ou seja, poderão ajustar que o labor não excederá 10 horas por dia nem 44 horas por semana, mas desde que o façam por escrito, conforme, inclusive, autorizado na Súmula n. 85 do TST (http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85).

Em havendo necessidade de adoção de trabalho com jornada superior, será imprescindível que o ajuste se dê mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho. Assim, por exemplo, a adoção de trabalho em regime de escala de 12 x 36, somente será válida mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, na esteira da Súmula n. 444 do TST (http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-444).

6.1. Controle de ponto

De acordo com o art. 74, §2º, da CLT, somente tem obrigação de manter controles de ponto aqueles empregadores que possuam mais de 10 empregados.

Por isso, na imensa maioria das vezes, o empregador doméstico estará desobrigado de manter controles de ponto dos seus empregados.

Claro que se o empregador, mesmo não estando obrigado, optar por manter tais controles, a eles se vinculará, e, portanto, poderá lhe ser exigida a exibição de tais documentos.

Assim, numa eventual reclamação trabalhista, quando não existir controle de ponto, incumbirá ao trabalhador o ônus da prova da jornada de trabalho, em caso de ser contestada aquela apontada na petição inicial. Caso, no entanto, existam controles de ponto, o empregador ficará obrigado a exibi-los, sob pena de confissão, conforme reza a Súmula n. 338 do TST (http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338).

6.2. Patrão que passa o dia fora de casa

Muito se tem questionado sobre o controle da jornada do empregado, nas situações em que o patrão passa o dia trabalhando fora de casa.

No que toca ao patrão que trabalha em serviço externo, entendemos que valem para ele as mesmas considerações que valem para os demais empregadores.

A rigor, para a aplicação da exceção do art. 62, I, da CLT, deve haver *incompatibilidade* entre a atividade desenvolvida pelo empregado e a fixação de horário de trabalho.

Cremos não ser esse o caso do empregado doméstico, cuja fixação de horário é, não apenas possível, como recomendável. Saliente-se que *fixar horário* não é o mesmo que *controlar horário*. Pode-se fixar (ajustar) uma jornada de trabalho, sem que se faça o controle mediante cartões de ponto.

Assim, sendo possível, em princípio, a fixação de horário de trabalho do doméstico, entendemos que a ele não se aplica (em princípio, frise-se), a exceção do art. 62, I.

De todo modo, como o empregador doméstico, regra geral, não tem obrigação de manter controles de ponto (por contar com menos de 10 empregados), o ônus de comprovar o excesso da jornada, ainda mais nesses casos em que o empregado fica sozinho durante toda a jornada, será do trabalhador.

6.3. Sobreaviso

Aqui se enquadram as situações dos trabalhadores que dormem no serviço.

Os questionamentos dizem respeito à possibilidade do horário destinado ao descanso ser considerado como tempo à disposição do empregador (CLT, art. 4º), e, portanto, computado na jornada de trabalho, ou mesmo ser considerado como período de sobreaviso (CLT, art. 244, §2º).

Entendemos que, se o empregado efetivamente dorme no local de trabalho, o período de descanso não poderá ser considerado nem como tempo à disposição do empregador nem como de sobreaviso.

Todavia, se o empregado "dorme no serviço", mas está sujeito a ser demandado a qualquer momento, para atender, por exemplo, ao chamado de uma criança pequena, o tempo em que estiver "dormindo" poderá, sim, ser considerado como de sobreaviso, já que, a qualquer momento, o seu sono poderá ser interrompido para que trabalhe.

E mais: em havendo a convocação para o trabalho durante o período de repouso, este tempo deverá ser computado em sua jornada de trabalho. Assim, nesta hipótese, acaso o trabalhador já tenha cumprido as oito horas de trabalho ao longo do dia, as horas a mais de trabalho decorrentes da convocação durante o período de repouso, serão consideradas como extraordinárias e deverão ser pagas com o adicional de, pelo menos, 50%.

7. INTERVALOS INTRAJORNADA E ENTRE JORNADAS

Conforme art. 71, *caput*, da CLT, empregado e patrão poderão ajustar intervalos intrajornada superiores a duas horas, desde que o façam por meio de *acordo escrito*.

Entendemos que o acordo para a prorrogação do intervalo intrajornada para além de 2 horas, como ocorre, por exemplo, no caso dos trabalhadores em transporte escolar, motoboys-entregadores, garçons etc., pode ser feito de forma individual, até porque a CLT fala no art. 71 em "acordo escrito", exatamente a mesma locução utilizada no art. 59, que foi interpretada pelo TST, na Súmula 85, como correspondendo a "acordo individual".

Diante disso, cremos não haver necessidade do empregador buscar o sindicato profissional para a celebração de acordo coletivo prevendo a prorrogação dos intervalos intrajornada para além das duas horas.

Registramos, no entanto, que há posicionamento da jurisprudência no sentido de que, somente mediante acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, é possível a dilatação do intervalo intrajornada para mais de duas horas.

No que concerne ao intervalo interjornadas, é dizer, entre uma jornada e outra de trabalho, aplica-se ao trabalhador doméstico a regra geral de que entre uma e outra deve haver uma pausa mínima de 11 horas (CLT, art. 66).

8. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA

A partir da promulgação da EC n. 72/13, o empregado doméstico despedido sem justa causa terá direito à indenização de que cuida o inciso I, art. 7º, da CF, e que corresponde à denominada "multa" de 40% sobre os depósitos do FGTS, conforme promana do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Portanto, uma vez que existente regulamentação suficiente, aplica-se de imediato o direito em tela (inciso I, art. 7°, CF).

9. ADICIONAL NOTURNO

A EC 72/13 reconhece aos domésticos o direito ao adicional noturno, mas submete à regulamentação por lei.

Como a CLT (norma geral em matéria trabalhista) contém satisfatória regulamentação sobre o trabalho noturno, deve o direito ter aplicação imediata, na forma do art. 73 consolidado.

Por conseguinte, deve ser reputado noturno o trabalho ocorrido das 22h às 5h, bem como os seus prolongamentos (CLT, art. 73, §§ 2º e 5º; Súmula n. 60 do TST).

Outrossim, aplica-se o adicional noturno de 20%, bem como a redução fictícia da hora noturna, a qual contém 52 minutos e 30 segundos, ao invés dos regulares 60 minutos (art. 73, *caput* e §1º).

10. FGTS E SEGURO-DESEMPREGO

A própria Lei do Trabalhador Doméstico (Lei n. 5.859/72) contém regulamentação quantos aos direitos ao FGTS e ao seguro-desemprego.

Neste particular, deve-se compreender que a EC n. 72/13, ao assegurar o direito ao FGTS, tornou obrigatório o seu recolhimento pelo empregador, ficando, assim, revogada a expressão "é facultada" constante do art. 3º-A da Lei n. 5.859/72.

11. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

A responsabilidade civil do empregador (gênero) está disciplinada nos arts. 186, 187 e 927 a 954 do Código Civil, sendo despicienda a edição de nova lei para regulamentar as hipóteses de responsabilidade civil do empregador decorrente de acidente de trabalho (espécie).

Por conseguinte, também o dispositivo do inciso XXVIII tem aplicação imediata.

12. PIS – PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL

Mesmo após a EC n. 72/13, o trabalhador doméstico permanece excluído do programa do abono salarial referente ao PIS.

Somente tem direito ao abono do PIS, equivalente a um salário mínimo anual, o empregado que percebe até dois salários mínimos por mês de empregador que contribui para o PIS (Constituição Federal, art. 239, §3º). Ou seja, para ter direito ao abono do PIS, o empregado deve trabalhar para empregador que esteja obrigado a contribuir com o PIS. *A contrario sensu*, se o empregador não estiver obrigado a contribuir para o PIS, os seus empregados não terão direito ao abono anual.

De acordo com a Lei n. 9.715/98, a contribuição social para o PIS, que tem natureza de tributo (CF, art. 149 c/c art. 195, §6º), é devida pelas *pessoas jurídicas*, estando, portanto, excluídos os *empregadores pessoas físicas*.

Como o empregador doméstico é pessoa física, não está obrigado a contribuir para o PIS, e, em consequência, os empregados domésticos não têm direito ao abono anual referente ao PIS.

Deve-se, contudo, registrar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) n. 4071/12, que propõe a alteração da Lei n. 9.715/98, para incluir as pessoas físicas empregadoras rurais e urbanas entre os contribuintes para o PIS. Assim, em sendo aprovado o mencionado PL, os empregadores domésticos passarão a ser contribuintes para o PIS, e, como corolário, os empregados domésticos passarão a ter direito ao abono anual.

Para terem direito à percepção do abono anual do PIS, os empregados devem preencher os requisitos estabelecidos no art. 1º da Lei n. 7.859/89, quais sejam: I - perceberem de empregadores, que contribuem para o Programa de Integração Social (PIS) ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), até dois salários mínimos médios de remuneração mensal no período trabalhado, e que tenham exercido atividade remunerada pelo menos durante trinta dias no ano-base; e II - estejam cadastrados, há pelo menos cinco anos (art. 4°, § 3°, da Lei Complementar n° 26, de 11 de setembro de 1975) no Fundo de Participação PIS-Pasep ou no Cadastro Nacional do Trabalhador.

13. CONCLUSÃO

Em arremate, podemos concluir assentando que a grande parte dos direitos outorgados aos trabalhadores domésticos, a partir da promulgação da EC n. 72/13, tem a sua aplicabilidade imediata, não necessitando de qualquer regulamentação legal posterior, em face do reconhecimento da *eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais*.

Ad argumentandum, ainda que se parta da premissa de que o Legislador quis condicionar o exercício de alguns desses direitos à regulamentação por lei infraconstitucional, o reconhecimento da sua aplicabilidade imediata deverá ocorrer sempre que existir no ordenamento jurídico legislação infraconstitucional suficiente à sua plena realização. Em outras palavras, havendo legislação infraconstitucional suficiente à atuação do direito fundamental, deve ser reconhecida a sua *aplicação plena e eficácia imediata*.

Tal o que sucede aos seguintes direitos:

1. *Inciso I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa:* a regulamentação está contida no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT);

2. *Inciso II – seguro-desemprego:* a Lei n. 5.859/72 especifica as situações em que o empregado doméstico faz jus ao seguro-desemprego;

3. *Inciso III – fundo de garantia por tempo de serviço:* a Lei n. 5.859/72 define a forma

de recolhimento do FGTS devido ao empregado doméstico; neste particular, deve-se compreender que a EC, ao assegurar o direito ao FGTS, tornou obrigatório o seu recolhimento pelo empregador, ficando, assim, revogada a expressão "é facultada" constante do art. 3º-A da Lei n. 5.859/72;

4. *Inciso IX – adicional noturno:* a CLT, norma geral em matéria trabalhista, disciplina, de forma minuciosa, no art. 73, o direito ao adicional noturno, estabelecendo, inclusive, o que se deva compreender por horário noturno;

5. *Inciso XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas:* o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) estabelece, no art. 54, como dever do Estado assegurar à criança o atendimento em creche e pré-escola, e, no art. 208, prevê a possibilidade do manejo de ações judiciais, para a proteção de direitos individuais, difusos e coletivos, por ofensa aos direitos da criança de atendimento em creches e pré-escola;

6. *Inciso XXVIII – indenização a cargo do empregador, em casos de acidente de trabalho, quando incorrer em dolo ou culpa:* a responsabilidade civil do empregador por danos decorrentes do acidente de trabalho vem disciplinada no Código Civil (arts. 186, 187 e 927 a 954).

Por outro lado, de relação ao salário-família e ao seguro contra acidentes de trabalho (incisos XII e XXVIII), a conclusão é de que tais direitos dependem da edição de lei infraconstitucional, haja vista a insuficiência da regulamentação atualmente existente.

A propósito do salário-família, conforme previsão contida na Lei n. 8.213/91 e no Decreto n. 3.048/99, haverá necessidade de regulamentação infraconstitucional, a fim de que se delimite a quem caberá o pagamento: se ao patrão, que poderá se compensar quando do recolhimento das contribuições previdenciárias, ou se diretamente ao próprio INSS, como hoje sói ocorrer no tocante ao salário-maternidade, não se podendo impor ao empregador o ônus de arcar com o pagamento de tal benefício, sem que se lhe assegure a respectiva compensação.

Outrossim, o seguro contra acidentes de trabalho, por se tratar de obrigação de natureza tributária (CF, art. 195, §6º), também neste particular, haverá necessidade de regulamentação legal, ou para se estabelecer a responsabilidade do empregador doméstico por tal pagamento, delimitando-se, inclusive, a sua base de incidência, ou mesmo para isentá-lo de referida contribuição, transferindo-se tal encargo, por exemplo, ao Estado.

São essas, portanto, as nossas impressões preliminares sobre a EC n. 72/13.

Acidente, morte, alimentos, prescrição e prisão civil do devedor

Edilton Meireles[1]

Sumário • 1. Introdução – 2. Regra geral – 3. Os Credores dos alimentos – 4. Valor da pensão devida a quem o morto devia alimentos – 5. Alimentos in natura – 6. Idade provável – 7. Vítima menor ou solteira – 8. Pensão em favor do menor – 9. Prescrição do direito à pensão indenizatória – 10. Prescrição do direito aos alimentos devidos pelo falecido que recebia pensão indenizatória por lucros cessantes – 11. Prisão civil do devedor dos alimentos – 12. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Mesmo diante de regra antiga, existente no Código Civil de 1916 e repetida no atual Codex Civil de modo semelhante, ainda paira certa confusão em relação à pensão alimentícia devida pelo ofensor em caso de morte.

No presente trabalho procuramos contribuir para o debate derredor dos danos causados a terceiros em face da morte por culpa de outrem. Trataremos, porém, desta questão, dando ênfase ao acidente do trabalho, conquanto a regra aplicável seja eminentemente civil e, portanto, à generalidade dos casos de morte por culpa de outrem.

2. REGRA GERAL

No caso de morte, o art. 948 do Código Civil, prevê que a indenização consiste, "sem excluir outras reparações",

> "I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
>
> II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima".

A indenização, portanto, deve incluir, além de outras reparações eventualmente devidas, o ressarcimento havido com o tratamento da vítima, se for o caso delas ter ocorridos antes da morte. O dano aqui, se houver, seria causado à própria vítima, que arca com as despesas de tratamento. Logo, o direito ao ressarcimento se transmite ao Espólio e aos seus herdeiros.

Já na categoria de "outras reparações" (caput) se incluem os lucros cessantes do período de tratamento, bem como outros danos comprovados.

O que nos interesse, no entanto, neste trabalho, é analisar a regra do inciso II do art. 948 do Código Civil, que assegura a prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia se continuasse vivo.

3. OS CREDORES DOS ALIMENTOS

A lei prevê o pagamento de uma "prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia". Aqui o dano é gerado à pessoa a quem o morto devia alimentos. Parte-se do pressuposto de que, em abstrato, se vivo fosse, o devedor da prestação alimentícia iria pagá-la, logo o causador da morte deve assumir tal obrigação.

Destaque-se, de logo, que como a pensão é devida a quem o morto a devia, somente tais credores possuem legitimidade para reclamar os alimentos. Trata-se de direito próprio das pessoas a quem o falecido devia alimentos.

1. Desembargador do Trabalho na Bahia (TRT 5ª Região). Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBa). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal).

E aqui surge logo uma controvérsia. Isso porque, erroneamente, muitos pensam que esses credores seriam os dependentes previdenciários do falecido. Contudo, em verdade, não podemos confundir as regras que cuidam dos beneficiários de prestações previdenciárias daquelas que tratam da responsabilidade civil. E, neste aspecto, o Código Civil não se vale da lei previdenciária para definir os credores dos alimentos.

Assim é que, em abstrato, conforme regra do Código Civil, os alimentos são devidos, reciprocamente, entre cônjuges ou companheiros, entre pais e filhos, extensivo ainda a todos os ascendentes, na falta destes, aos descendentes e, faltando estes, aos irmãos, tanto os germanos como unilaterais (arts. 1.694, 1.696 e 1.697 do CC).

Esses são os credores a quem o art. 948, inciso II, do Código Civil se refere. Isso porque, em abstrato, caso continuasse vivo, o falecido devia alimentos a todas essas pessoas. Logo, descabe limitar a legitimidade material para demandar os alimentos às pessoas registradas junto à Previdência Social como dependentes do segurado.

Assim, para que a referida pensão seja devida não é necessário que se comprove a dependência econômica. Basta que o requerente demonstre que, em abstrato, seria credor da pensão alimentícia, em face de seu grau de parentesco ou conjugabilidade/companheirismo, para daí se extrair a legitimidade material para demandar alimentos. Se os alimentos serão devidos ou não, porém, já é outra questão a ser decidida no caso concreto.

Observe-se, ainda, que sequer cabe apreciar o pedido somente a partir das circunstâncias vividas no momento da morte. Isso porque, se hoje não preciso da pensão eventualmente devida por meu genitor, amanhã poderei precisá-la. E se o demandado foi quem causou a morte de meu genitor, logo ele, seja hoje, seja amanhã, poderá ser demandado para pagar a pensão alimentícia a quem o morto a devia.

Desse modo, em tese, o ofensor somente se livra do pagamento da pensão se demonstrar que o credor não o necessita no momento em que é demandado. E a hipótese, portanto, não é de o credor demonstrar que era dependente econômico do falecido ou que dele necessitava efetivamente dos alimentos, mas, sim, do ofensor demonstrar que o credor da pensão não precisa ou precisava desta por ter condições econômicas suficientes para seu sustento.

Em situação semelhante, aliás, está o nascituro, já que lhe é assegurado o direito de demandar alimentos após o nascimento.

Essa pensão alimentícia, por sua vez, como já é clara, tem natureza alimentar, mas com fundo indenizatório. Contudo, conquanto guarde a natureza indenizatória, ela se rege, na sua fixação, pelas mesmas regras pertinentes aos alimentos devidos por um parente ou cônjuge a outro.

A natureza alimentícia dessa parcela, devida a quem o morto a devia, fica clara no art. 475-Q do CPC, quando este dispõe que, no caso de pensão alimentícia, cabe ao devedor constituir capital para assegurar seu pagamento. Essa mesma natureza jurídica, ainda, extrai-se do § 1º do art. 100 da CF, ao estabelecer que é alimentar as indenizações devidas em caso de morte.

O legislador, por sua vez, ao estabelecer essa regra indenizante teve em vista que esses credores teriam perdido a chance de receber os alimentos de quem os devia. Contudo, como a morte decorre de culpa de outrem, no caso, a lei continua a assegurar o pagamento dos alimentos a quem o morto os devia, só que agora colocando o ofensor no lugar do falecido. Em suma, o ofensor assume, na relação obrigacional de alimentos, a mesma posição do morto. Há uma verdadeira sucessão jurídica na posição da parte na relação obrigacional decorrente do dever alimentar.

O juiz trabalhista, então, diante da demanda proposta pelo alimentando, há de apreciar a questão como se fosse um juiz de família numa ação de alimentos.

4. VALOR DA PENSÃO DEVIDA A QUEM O MORTO DEVIA ALIMENTOS

Quanto ao valor da pensão, algumas questões devem ficar esclarecidas.

A primeira delas é que a pensão não pode jamais equivaler ao total da renda que a vítima poderia perceber se vivo fosse. Isso porque uma parcela de sua renda, por certo, era destinada ao seu próprio sustento e somente uma parte poderia ser destinada ao pagamento da pensão alimentícia. Logo, aqueles que podem exigir a pensão alimentícia somente fazem jus ao valor que seria devido pelo morto se vivo

fosse. Aqui o juiz deve agir, a princípio, como se a ação fosse proposta contra o próprio devedor dos alimentos. Logo, por óbvio, que não pode o juiz assegurar ao alimentando quantia equivalente ao total da renda do alimentante.

Cabe, assim, ao juiz, em cada caso concreto, arbitrar o valor da pensão, tal como o juiz de família no arbitramento da pensão alimentícia, tendo em vista as circunstâncias que cercam a hipótese em apreciação.

Devem ser observadas, porém, duas regras postas no Código Civil, em seu art. 1.694, quais sejam, "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante" (§ 1º) e "os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia" (§ 2º).

Aqui as regras são claras: o valor da pensão deve ser proporcional à necessidade do alimentando "para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação" (art. 1.694, caput). Contudo, caso este tenha necessidade, mas ela resulta de sua culpa, como, por exemplo, não procura emprego, mantem-se na ociosidade, etc, apenas será devido os alimentos necessários à subsistência. De resto, caberá ao credor buscar obter renda para satisfazer suas demais necessidades.

Vale lembrar, ainda, que, no caso de viúva grávida, cabe assegurar os denominados alimentos gravídicos, isto é, as despesas "suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes", no que se referem à parte das despesas que deveria ser custeada pelo futuro pai, "considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos" (art. 2º da Lei n. 11.804/08).

A parte final do § º do art. 1.694 do Código Civil impõe ainda outra limitação, qual seja, de que os alimentos devem guardar proporção com os recursos da pessoa obrigada. Contudo, no caso da pensão indenizatória, essa regra de limitação do valor à capacidade da pessoa obrigada não se aplica em relação ao causador da morte. Isso porque, no caso de morte, a pensão alimentícia é devida como prestação também de natureza indenizatória, visando reparar o dano causado a outrem. E, em sendo assim, descabe levar em conta a capacidade econômica do causador da morte. O que o juiz deve ter em mente, em verdade, é a capacidade econômica do morto. A regra a ser aplicada, portanto, é a limitação do valor dos alimentos à capacidade econômica do falecido como se ele estivesse vivo.

Assim, no caso da demanda por alimentos indenizatórios, cumpre ao autor alegar (e comprovar) os fatos que devem ser considerados pelo juiz na fixação da pensão, a exemplo do sexo do credor, grau de parentesco, sua idade, educação, nível cultural, eventual ocupação ou ofício, posição econômica e social, potencialidade da ajuda econômica perdida, etc.

Cabe-lhe, igualmente, também alegar e comprovar as eventuais despesas correntes que o alimentando deve suprir com a pensão devida, de modo que ela não tenha uma redução em seu status social. Contudo, para tanto, o juiz deve se valer, tanto quanto possível, de elementos objetivos. Daí porque a importância do credor dos alimentos comprovar as despesas com a manutenção da residência (prestações de financiamento, IPTU, taxa de condomínio, energia, fornecimento de água, etc), com a educação, despesas com empregados necessários, etc.

Outrossim, é preciso deixar claro que os alimentos é direito individual de cada credor. Logo, descabe fixar essa pensão como se ela fosse devida à família do falecido. Cabe decidir, em verdade, em face de cada alimentando, isoladamente.

Daí se tira, ainda, a conclusão que descabe considerar qualquer direito de acrescer a parte da pensão porventura extinta. Aqui não se pode confundir os alimentos, regidos pelo Código Civil, com a pensão previdenciária. No caso da Previdência, a pensão é devida aos dependentes, revertendo-se "em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar" por força do que dispõe o § 1º do art. 77 da Lei n. 8.213/91. A lei previdenciária cuida da pensão como direito único devido a todos dependentes, rateando-se entre eles a prestação, quando for o caso.

Na hipótese de pensão alimentícia, mencionada no Código Civil, o direito é individual de cada pessoa a quem o morto devia

alimentos. Logo, a perda do direito de um não acresce ao outro.

Em verdade, o interessado cabe, a qualquer momento, pedir revisão do valor da pensão. Essa regra, inclusive, é clara no Código Civil, em seu art. 1.699, verbis:

> "Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo".

Assim, caso o obrigado a pensão alimentícia passa a ser detentor de uma condição financeira melhor, quando ocorre quando se exonera de alimentos devidos a uma pessoa, outro credor dos alimentos poderá demandar a revisão do valor pago a ele. Por exemplo: numa demanda na qual reclamam alimentos o cônjuge e três filhos, cabe o juiz fixar a pensão devida a cada um considerando as necessidades individuais dos demandantes. E, por óbvio, neste caso, o juiz pode limitar a pensão de um em face do devido ao outro reclamante, considerando o máximo da capacidade financeira do falecido, substituído pelo ofensor. Se, no entanto, um dia, um dos credores deixa de receber a pensão (dado seu falecimento, por exemplo), os demais poderão pedir a revisão dos alimentos percebidos, alegando, agora, que, se antes seu valor foi limitado em face da pensão devida ao outro credor, falecido supervenientemente, logo, diante da mudança das circunstâncias (morte do outro credor, v.g.), pode haver a majoração da prestação, o que, em outras palavras, significa no reconhecimento de um "direito de acrescer" indireto. Tal acréscimo, no entanto, depende de uma ação revisional.

Como já dito, na fixação do valor da pensão, portanto, o juiz da causa indenizatória deve agir como se fosse juiz de família, decidindo uma ação de cobrança de alimentos. E somente no caso concreto poderá definir o valor da pensão.

Uma questão, porém, não pode passar despercebida pelo juiz e que distingue, em diversas hipóteses, a demanda por alimentos em ação indenizatória daquela na qual o devedor da pensão ainda está vivo. É que, muitas vezes, o reclamante da pensão indenizatória coabitava com o falecido quando do evento morte, situação essa diversa daquela na qual o eventual devedor não mais convivia sob o mesmo teto.

Daí se tem que, na fixação dos alimentos em favor da pessoa com quem o falecido ainda coabitava (cônjuge, companheiro, filhos, etc), o juiz deve levar em conta que é presumível que, em sua maior parte, a renda do falecido era destinada ao sustento da residência e seus moradores. Renda essa, ao certo, superior aquela que ele destinaria caso não convivesse com o credor dos alimentos (ex-esposa, etc).

Assim, quando da fixação da pensão, o juiz (como se fosse mero juiz de família) não deve concluir que, por exemplo, a viúva deve receber uma pensão em valor semelhante aquela que lhe seria devido se fosse divorciada do falecido. Isso porque, no caso de ex-cônjuge, o juiz deve considerar que ao devedor dos alimentos deve ser reservada uma parcela de sua renda que lhe garanta o seu próprio sustento, inclusive nas despesas de moradia, etc. Daí porque, não raro, o juiz de família dificilmente fixa a pensão em percentual superior a 40% da renda do devedor dos alimentos. Em suma, uma maior parte da renda do devedor dos alimentos seria reservada para seu próprio sustento.

Contudo, na hipótese em que o falecido convivia com seu cônjuge, a situação fática, em regra, não é igual. Neste caso, é presumível que o falecido reservava uma quantia bem menor para as suas despesas pessoais, a exemplo com sua própria alimentação, vestuários, lazer, etc. Logo, em tal situação, cabe ao juiz considerar a situação fática existente no momento da morte, de modo a assegurar aos credores dos alimentos a manutenção do status quo ante ao evento morte. Não à toa, nestes casos, a jurisprudência tem assegurado ao cônjuge cerca de dois terços da renda do falecido a título de alimentos. Fosse uma demanda de alimentos de ex-cônjuge em face do antigo consorte, ao certo a pensão não passaria de 40% da renda do devedor alimentar.

Sendo assim, fazendo essa distinção em cada caso concreto, no mais, o juiz da ação indenizatória deve agir como se fosse um juiz de família.

5. ALIMENTOS IN NATURA

É preciso lembrar, ainda, que nada impede que o devedor da pensão alimentícia cumpra sua obrigação de forma in natura, dando hospedagem e sustento ao credor, "sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua

educação, quando menor" (art. 1.701 do CC). Neste caso, caberá ao juiz, "se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação" (parágrafo único do art. 1.701 do CC).

E aqui cabe bem destacar essa situação que muitas vezes passa despercebida e que serve, inclusive, de respaldo para a fixação do valor da pensão em favor da pessoa com quem o falecido coabitava.

Como sabido, a lei impõe a determinadas pessoas o dever de prestar alimentos. Esse dever, por sua vez, em geral, é prestado de forma in natura. Assim, por exemplo, quando o marido destina parte de sua renda para o pagamento das despesas da moradia da família, com alimentos da esposa e filhos, com educação destes, etc, ele, em outras palavras, está cumprindo com sua obrigação de prestar alimentos, fazendo-o de forma in natura.

Quando a pessoa, porém, deixa de cumprir com essa obrigação é que surge o momento de exigir o cumprimento do dever de prestar alimentos. Assim, por exemplo, se o marido sai de casa, deixando de arcar com as despesas da moradia, comprar os alimentos para esposa e filhos, etc, todos os credores dos alimentos poderão exigir a continuidade do adimplemento desta prestação. Em suma, podem demandar em juízo o pagamento da prestação alimentícia que o marido deixou de realizar. E nesta demanda o juiz tanto pode impor os alimentos in natura, como pode converter essa obrigação no pagamento de dinheiro suficiente para aquisição dos bens in natura necessários ao sustento dos alimentandos.

Daí se tem, então, que mesmo o causador da morte pode cumprir sua obrigação de alimentos a quem o falecido os devia através do fornecimento de prestação in natura. Por exemplo, se o falecido fosse empregado de uma entidade de ensino, a empresa responsável pela morte pode prestar parte dos alimentos em favor dos filhos do morto mediante a concessão de uma "bolsa de estudos" na própria empregadora.

6. IDADE PROVÁVEL

A pensão pós-morte, todavia, não é vitalícia. A lei menciona que a pensão será devida "levando-se em conta a duração provável da vida da vítima".

Aqui o legislador considerou que toda pessoa um dia morre. Logo, em tese, a lesão causada às pessoas a quem o morto devia alimentos somente se prorroga até a idade provável da vítima.

A jurisprudência é extremamente vacilante na definição dessa idade provável da vítima. Creio, no entanto, que, com o desenvolvimento das pesquisas estatísticas brasileiras, a melhor solução seja adotar o índice estabelecido pelo IBGE, divulgado por força do art. 2º do Decreto n. 3.266/99 (30/11/99), considerando a tábua de mortalidade média nacional única para ambos os sexos.

Tal estatística, divulgada todo ano no mês de novembro, estabelece a data provável de vida do brasileiro de acordo com a sua idade.

A tábua de mortalidade divulgada relativa ao ano de 2011, por exemplo, aponta a idade média do brasileiro (ambos os sexos) em 74,1 anos. Contudo, uma pessoa que contava com 50 anos, tinha uma perspectiva de vida de 29,2 anos, podendo, assim, chegar aos 79,2 anos de idade. E quem alcançava a idade de 79 anos, tinha uma perspectiva de duração provável de vida de mais 9,1 anos.

Tal tabela, pois, por ser oficial, deve ser considerada para definição da duração provável de vida da vítima na data de sua morte. Ela, inclusive, sana a dúvida de se estabelecer qual a duração razoável de vida da vítima quando ela morre em idade superior à média nacional.

Pode-se, se for o caso, se fazer opção, ainda, de aplicação da tábua de mortalidade de acordo com cada sexo, refletindo mais a realidade de duração de vida da vítima.

7. VÍTIMA MENOR OU SOLTEIRA

Em caso de morte de menor, a jurisprudência (Súmula n. 491 do STF) tem entendido que a pensão é devida aos pais a partir do momento em que a vítima completaria 14 anos, pois idade na qual ele poderia firmar contrato de emprego como aprendiz (STJ, REsp 586.443, Rel. Min. Castro Meira). A partir de então, a pensão seria devida até a idade provável da vítima.

Aqui se busca reparar o dano futuro, ou seja, aqueles previsíveis. E se já determináveis, podem, desde logo, serem assegurados pelo juiz.

Contudo, a jurisprudência do STJ também é dominante no sentido de que a pensão deve ser reduzida à metade após a data em que o menor completaria 25 (vinte e cinco) anos, pois "possivelmente constituiria família própria, reduzindo sua colaboração no lar primitivo" (STJ, REsp 586.443, Rel. Min. Castro Meira).

Esse último entendimento, aliás, pode ser aplicado em caso de morte de pessoa solteira maior de 18 e menor de 25 anos. Isso porque é certo que, provavelmente, após os 25 anos, o solteiro maior de idade também "possivelmente constituiria família própria, reduzindo sua colaboração no lar primitivo". Há decisão, mais recente, entretanto, reduzindo a pensão a 1/3 (um terço) após o menor completar 25 anos. "A pensão mensal indenizatória devida aos pais pela morte de filho menor deve ser fixada em valor equivalente a 2/3 do salário mínimo, dos 14 até os 25 anos de idade da vítima, reduzido, então, para 1/3 até a data em que o de cujus completaria 65 anos. Precedentes citados: AgRg no REsp 686.398-MG, Terceira Turma, DJe 18/6/2010, AgRg no Ag 1.132.842-RS, Quarta Turma, DJe 20/6/2012" (STJ, REsp 1.279.173-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 4/4/2013).

Já em relação ao solteiro maior de 25 anos seria o caso de se aplicar o mesmo raciocínio, mas considerando que num prazo de dois ou três anos ele iria constituir família.

De nossa parte, no entanto, entendemos extremamente equivocada a jurisprudência do STJ. Isso porque, em verdade, os alimentos são devidos enquanto o credor tiver necessidade. Logo, mesmo após os 25 anos o filho pode continuar a prover seus pais de alimentos.

Em sendo assim, o mais correto é condenar em alimentos até a idade provável da vítima, permitindo-se, como prevê o CPC e o Código Civil, a ação revisional ou de exoneração, sempre que houver alteração nas circunstâncias consideradas quando da fixação dos alimentos. Neste caso, então, caberá ao devedor, querendo, propor a ação revisional ou de exoneração sempre que diante dessa mudança de circunstâncias.

8. PENSÃO EM FAVOR DO MENOR

Há jurisprudência firmando o entendimento de que, em caso de pensão devida ao menor, a mesma deve ser limitada à idade em que o mesmo completar 25 (vinte cinco) anos. Parte-se do pressuposto de que esta seria a idade provável da cessão da dependência financeira dos filhos em relação aos pais.

Assim não entendemos. Cremos que, em verdade, deva se aplicar a regra do direito de família quanto ao pagamento da pensão (arts. 1.694 a 1.710 do CC). Ou seja, a pensão seria devida enquanto "quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença" (art. 1.695 do CC).

Uma vez fixada a pensão, pois, caberá ao obrigado a pagá-la comprovar, na devida ação revisional, que o credor já tem bens suficientes ou pode prover pelo seu trabalho sua mantença, de modo a se exonerar ou reduzir o valor dos alimentos. Em suma, se depois de fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os recebe, "poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo" (art. 1.699 do CC).

9. PRESCRIÇÃO DO DIREITO À PENSÃO INDENIZATÓRIA

Já foi dito que a pensão devida pelo ofensor a quem o morto a devia tem natureza alimentar, conquanto tenha caráter indenizatório. Em suma, tal pensão somente é devida às pessoas a quem o falecido, em abstrato, teria obrigação de fornecer alimentos.

Pode ocorre, todavia, de um parente do morto não ser seu dependente alimentar quando do evento causador do falecimento, mas que poderia sê-lo em momento posterior. Imagine-se a hipótese de um filho solteiro, capaz e que trabalhava, vivendo às próprias custas, quando do falecimento de seu pai, mas que, posteriormente, vem a se tornar inválido (o filho) devido a uma doença. Neste caso, a partir do momento em que não consegue mais trabalhar, está criada uma situação na qual este filho pode demandar seu pai pelos alimentos. Se for vivo o pai, pois, poderá o filho inválido demandar alimentos.

Aqui, então, surge a questão: e se nesta data o genitor já for morto devido a ato ilícito de outrem, a partir de qual momento se deve iniciar a contagem do prazo prescricional para a demanda ressarcitória? Do evento morte ou a partir da data em que o alimentando necessita dos alimentos?

Parece-nos ser claro que, em tais casos, o marco inicial da contagem da prescrição para a ação alimentar reparadora seja o da data na qual o alimentando passa a necessitar dos alimentos. Até porque, quando do evento morte, não sendo o filho do falecido seu dependente econômico, a demanda ressarcitória relativa à pensão seria totalmente descabida em face da não configuração do dano até então.

Neste caso, o filho somente sofre o dano quando passa a necessitar dos alimentos devidos por seu pai e se encontra diante da sua ausência em decorrência de ato ilícito praticado por outrem. Logo, a partir deste momento é que se deve considerar como violado o direito do alimentando superveniente, iniciando-se a contagem do prazo prescricional da sua pretensão reparadora.

Contudo, essa questão não se resolve tão simplesmente dessa forma. Isso porque o art. 1.707 do Código Civil dispõe que o credor dos alimentos pode não exercer seu direito, "porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos". Com isso, a lei permite que o credor da prestação alimentícia, a qualquer momento, possa demandar o obrigado. Em outras palavras, o direito em si à pensão é imprescritível. Prescrevem, porém, eventuais parcelas alimentares. Por exemplo, posso ser necessitado de alimentos, mas deixo de cobrá-las. Tal comportamento apenas me retira o direito de receber os alimentos que seriam devidos no passado. A pretensão de cobrar presentemente a pensão e no futuro, porém, não prescreve.

Pergunta-se, então: tal regra se aplica à pensão indenizatória? Cremos que sim. Isso porque, se em relação ao devedor dos alimentos, o credor pode demandar a qualquer momento, por certo que contra aquele que causou a morte do obrigado à pensão deve ser assegurada igual faculdade. Devemos, aqui, em verdade, considerar que o ofensor, causador da morte, faz às vezes do falecido, como se ele estivesse vivo, até a idade provável do morto.

Assim, na hipótese de demanda de pensão devida as pessoas a quem o falecido a devia, em tese, os alimentos, seria imprescritível a pretensão em si, sucumbindo, tão somente, as parcelas pecuniárias.

Lógico, no entanto, que a pensão somente será devida a partir do momento em que for requerida, neste caso dos alimentos devidos na forma do Código Civil. Descabe, assim, em matéria de alimentos, a condenação em parcelas anteriores à demanda.

Tal raciocínio, por sua vez, também deve se aplicar à pensão indenizatória. Isso porque aqui o ofensor, causador da morte, assume a posição jurídica do falecido. Logo, o ofensor somente seria obrigado a pagar o que, em tese, o falecido devia.

10. PRESCRIÇÃO DO DIREITO AOS ALIMENTOS DEVIDOS PELO FALECIDO QUE RECEBIA PENSÃO INDENIZATÓRIA POR LUCROS CESSANTES

Outra situação que pode surgir é aquela na qual a vítima processa o ofensor que lhe causou lesão à saúde e passa a receber deste uma pensão a título de lucros cessantes e, posteriormente, vem a falecer em decorrência da doença adquirida.

Basta imaginar a hipótese de uma pessoa que contrai uma doença, processa o ofensor, começa a receber a pensão e depois vem a falecer em face da lesão sofrida. Pergunta-se, então, a partir de quando os credores dos alimentos podem demandar pensão?

Neste caso, parece-nos óbvio que o alimentando poderá demandar a pensão a partir do falecimento da vítima, aplicando-se, no que couber, todas as lições expostas acima.

11. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DOS ALIMENTOS

É sabido que o devedor da pensão alimentícia pode ser preso em caso de inadimplemento de sua obrigação (inciso LXVII do art. 5º da CF).

Foi dito acima, outrossim, que o causador da morte passa a ser o devedor dos alimentos devidos pelo falecido, substituindo-o, do ponto de vista jurídico, na obrigação de pagar a pensão alimentícia. Em outras palavras, o causador da morte passa a figurar, na relação obrigacional de alimentos como o devedor dos alimentos, com todas as obrigações pertinentes.

Daí, então, surge a questão: pode esse devedor ter sua prisão decretada caso seja inadimplente na obrigação de pagar os alimentos?

De minha parte não tenho dúvidas em responder positivamente. Isso porque, em verdade, quis o legislador colocar o causador da morte na mesma posição jurídica do falecido em relação aos credores dos alimentos. Assim, como a prisão civil é medida de reforço ao cumprimento da obrigação alimentar, não tenho dúvidas que essa medida restritiva à liberdade também pode ser imposta ao causador da morte.

Aliás, seria até um contrassenso pensar de forma contrária. Isso porque se o credor dos alimentos pode pedir a prisão, por exemplo, de seu pai eventualmente inadimplente nos alimentos, muito mais razão haveria para pedir a prisão do terceiro causador da morte do genitor caso haja o inadimplemento da obrigação alimentar. Do contrário, o causador da morte ficaria numa posição jurídica mais favorável do que a do falecido, o que não se adequa com a lógica jurídica.

Não se afina com o direito, portanto, interpretar que o devedor originário dos alimentos pode ser preso caso se torne inadimplente nesta prestação, mas aquele que causa a morte do alimentante e passa a ter a obrigação de pagar a pensão alimentícia (em verdadeira sucessão obrigacional) é isento da pena de prisão civil!

Tal medida, portanto, *permissa venia*, seria plenamente cabível.

Uma dificuldade, porém, pode surgir. É que, em regra, em relação à pensão alimentícia devida pelo empregador este geralmente é uma pessoa jurídica. Daí surge a dificuldade em se definir se cabe, neste caso, pedir a prisão civil do representante da empresa.

Também não temos dúvidas de que, neste caso, assim como faz o direito penal, deve se imputar, em verdade, a responsabilidade à pessoa física que pratica o ato concreto. Logo, a pessoa responsável pela ordem de pagamento dos alimentos, quando devedora uma pessoa jurídica, é que pode ter sua prisão decretada caso haja o inadimplemento da obrigação alimentar. E, em geral, essa pessoa é o representante legal da pessoa jurídica. Cabe, porém, em cada caso concreto, apurar o responsável, que, em muitas situações, pode ser o gerente da filial, diretor financeiro, etc.

12. CONCLUSÕES

Podemos, então concluir, em resumo, que:

a) Os credores dos alimentos mencionados no inciso II do art. 948 do Código Civil são as pessoas a quem este diploma legal assegura a percepção de pensão alimentícia;

b) O causador da morte de outrem substitui o falecido na relação obrigacional alimentar;

c) O valor dos alimentos devem ser fixados segundo os mesmos parâmetros que seria utilizado pelo juiz de família numa ação de alimentos caso a pessoa obrigada ainda fosse viva;

d) Os alimentos são devidos até a idade provável do morto, devendo ser considerada nesta definição a tábua de mortalidade divulgada pelo IBGE;

e) O credor dos alimentos pode demandar o causador da morte a qualquer momento, já que o direito de alimentos é irrenunciável, prescrevendo apenas as parcelas vencidas;

f) Ficando o causador da morte na mesma posição jurídica do devedor dos alimentos na relação jurídica alimentar, também é cabível a sua prisão civil em caso de não pagamento desta prestação.

Legalidade e eficiência na administração pública

Guilherme Guimarães Ludwig[1]

Palavras-chave • legalidade administrativa – eficiência administrativa – princípios – Administração Pública.

Sumário • 1. Introdução. 2. Legalidade e pós-positivismo. 3. Nova disciplina dos princípios. 4. Eficiência administrativa no direito brasileiro. 5. Eficiência e discricionariedade. 6. Eficiência e legalidade. 7. Conclusões. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se destina a avaliar a convivência possível entre os constitucionalmente qualificados princípios da legalidade e da eficiência, enquanto norteadores da Administração Pública.

Para tanto, o estudo abordará inicialmente as transformações passadas pela vinculação à legalidade até a concepção pós-positivista, a nova disciplina dos princípios neste paradigma. Em seguida serão tratadas a previsão e a conformação do princípio da eficiência administrativa no direito brasileiro, bem assim a sua relação com a discricionariedade. Por fim, será investigado se há dicotomia entre legalidade e eficiência no ambiente da Administração Pública.

2. LEGALIDADE E PÓS-POSITIVISMO

Para entender a configuração da norma jurídica que prevê a vinculação à legalidade na atualidade torna-se necessário conhecer as modificações por elas sofridas desde a sua concepção no projeto da modernidade do liberalismo até o panorama atual do pós-positivismo jurídico.

O projeto da modernidade encampava o valor da liberdade no centro de uma composição filosófica mais ampla. Este pensar é que iria redefinir as relações entre Estado e cidadão, consignando a este um núcleo básico de direitos fundamentais. Em que pese a sua evidente importância para a democracia como forma de contenção do arbítrio e do despotismo, o liberalismo se consubstanciava em uma concepção política que privilegiava essencialmente interesses da classe burguesa em ascensão.

A vinculação à legalidade sempre foi verdadeiramente uma técnica a garantir, no paradigma da modernidade, a segurança jurídica para a classe burguesa, valor este sim a que correspondia o verdadeiro princípio em jogo. A legalidade era apenas um dos caminhos possíveis e foi o efetivamente adotado, por motivos de melhor adequação naquelas específicas circunstâncias históricas, para atingir este desiderato. Nunca se configurou como um fim em si mesmo.

Essa conformação à legalidade importava logicamente em menor recurso legislativo a normas de textura aberta e em diminuir a importância e o papel dos princípios, na medida em que estes instrumentos poderiam significar maior poder pela via interpretativa ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, condição esta última indesejável para a burguesia e seus interesses econômicos.

1. Juiz do Trabalho no TRT da 5ª Região/BA, Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – EMATRA5, Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região (2005-2011; 2013-), Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia - UNEB.

No contexto da modernidade de busca pela segurança jurídica e certeza no Direito foi concebido o positivismo jurídico: a tentativa de criação de uma ciência jurídica cognoscitiva da norma jurídica positivada. A almejada neutralidade (do Direito, de sua interpretação e do intérprete) passava a ser pressuposto da cientificidade do conhecimento jurídico. Eram recusadas as fontes metafísicas ou divinas, pois todo o Direito passava a ser oriundo exclusivamente das fontes formais estabelecidas. Buscava-se também com isso trazer racionalização à ciência jurídica, de modo a favorecer mecanismos concretos e previsíveis de controle sobre a interpretação e a aplicação do Direito.

Uma vez superado o antigo regime, todavia, o posterior desenvolvimento histórico do positivismo jurídico trouxe consigo o desgaste do modelo. A Corte de Nuremberg, instalada em 1945 para julgar os crimes contra a humanidade cometidos pelos oficiais nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, evidenciou a insuficiência da concepção de estrita vinculação à lei para sancionar a conduta daqueles que cometiam crimes sob o respaldo na legislação em vigor em seu Estado.

Diante desta perplexidade é que Luís Roberto Barroso afirma que "o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico". A quase total identificação entre Direito e norma, além da rígida separação do primeiro em relação à ética, não mais correspondiam ao estágio do processo civilizatório, nem tampouco aos anseios de quem patrocinava a causa da humanidade. Nesse exato contexto é que surge o pós-positivismo jurídico, não como desconstrução, mas autêntica superação do conhecimento convencional. Embora guardasse deferência quanto ao ordenamento positivo, nele reintroduziria a justiça e a legitimidade[2].

O panorama de manifesta perda de legitimidade da produção legislativa aponta em direção do enfraquecimento do papel da lei enquanto clássica limitadora do Estado e garantidora das liberdades individuais. Gustavo Binenbojm expõe cinco razões para o desprestígio da lei formal nesta conjuntura:

a) O excesso de leis, inspirado pelo mito da completude do ordenamento jurídico e do aumento das funções do Estado.

b) A constatação de que a lei poderia legitimar a barbárie.

c) A constitucionalização do Direito e os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.

d) Uma série de atos normativos do Poder Executivo, suficientes a disciplinar a atuação do Estado.

e) O controle pelo Poder Executivo do processo legislativo pela coalizão de forças[3].

Esvazia-se, assim, a argumentação em torno de uma pretensa identificação entre legalidade e segurança jurídica. Ao contemporizar a importância da vinculação à legalidade, o pós-positivismo jurídico conduz a uma adequação do Direito, introduzindo no campo jurídico mudanças profundas de perspectiva que conferiram maior poder e autonomia aos órgãos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que acarretaram consequentemente complexidade bem maior ao ato decisório.

Ao novo papel do operador do Direito que se descortina no pós-positivismo jurídico podem ser apontadas, em caráter preliminar, as seguintes características:

a) Interpreta e aplica o Direito não mais do ponto de vista meramente formal, mas pelo reconhecimento de um seu conteúdo ético e moral, que se evidencia na exata medida da concretização dos princípios e dos direitos fundamentais, especialmente aqui considerando o da dignidade humana enquanto vértice do ordenamento jurídico.

b) Interpreta os conceitos indeterminados e as normas de textura aberta no propósito de conferir, em sua maior medida, um sentido atual e socialmente compartilhado ao ordenamento jurídico, sem perder de vista os ideais de justiça e de legitimidade que devem conferir unidade e harmonia ao sistema jurídico como um todo.

c) Não mais se encontra vinculado aos restritos termos da legalidade, mas à noção mais abrangente de juridicidade, entendida

2. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus navigandi*, Teresina, ano 6, n.59, out. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista>. Acesso em: 02 jul. 2012, p.12.

3. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.127-136.

como a necessária conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, composto de regras e princípios.

3. NOVA DISCIPLINA DOS PRINCÍPIOS

Pode ser afirmado, diante das considerações supra, que o pós-positivismo jurídico confere a verdadeira dignidade normativa aos princípios, situando-os em patamar igual ou superior àquele outrora reservado exclusivamente às regras de Direito. Neste momento é que ocorre o resgate dos valores para dentro do Direito, equilibrando a relação entre segurança e correção jurídicas.

É importante frisar que a previsão literal dos princípios atende bem mais à cultura legalista clássica, que apenas reconhece efeitos jurídicos ao quanto expresso literalmente por intermédio de um enunciado normativo. Se todo princípio é uma decorrência do sistema de normas, pela redução sucessiva e retroativa de juízos prescritivos, a simples circunstância da ausência de consignação expressa assume ares de um irrelevante jurídico, na medida em que não afeta a existência ou não do princípio, nem tampouco influi no seu potencial de gerar efeitos. E o inverso também é verdadeiro. A simples denominação expressa de "princípio" no seio de um enunciado normativo não transforma algo em princípio.

Para Robert Alexy, princípios são normas porque formulados por intermédio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, funcionando, tanto quanto as regras, como razões para juízos concretos de dever-ser. Embora reconheça que o critério da generalidade é o mais utilizado para distinguir princípios de regras, informa que entre estas duas espécies normativas não existe uma diferença de grau, mas qualitativa[4]. Para ele:

> princípios são, [...], *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
>
> Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível[5].

Enquanto o conflito de regras se resolve pelo reconhecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração da validade de uma em detrimento da validade de outra – essa por intermédio de critérios da cronologia, da hierarquia ou da especialidade –, a colisão de princípios significa apenas que um deles tem precedência sobre o outro. Trata-se aqui da relação de precedência condicionada (ou ainda concreta ou relativa), na qual o conflito é resolvido pelo sopesamento dos interesses em choque, de modo a definir qual deles, embora os respectivos valores abstratos estejam no mesmo nível, apresenta um peso maior conforme as circunstâncias do caso concreto.

Não há soluções prontas e acabadas, pois toda relação de precedência entre princípios é condicionada justamente pelas circunstâncias do caso concreto, o que, por si só, já acarreta a diversidade. O que a concretização da segurança jurídica nos moldes pós-positivistas reclama são, em verdade, consensos de argumentação – tão duradouros quanto as novas circunstâncias reais cambiantes lhes imponham que sejam – entre os operadores do Direito.

4. EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, acrescentou ao rol de princípios previstos expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da eficiência.

Desde 1967, em âmbito infraconstitucional, o Decreto-lei 200, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, já disciplinava normativamente no setor público a eficiência administrativa, ao estabelecer o âmbito de controle de resultado das atividades da Administração (art. 13), a racionalização do trabalho administrativo mediante a simplificação de processos e a supressão

4. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.87-90.

5. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91.

de controles puramente formais ou cujo custo fosse evidentemente superior ao risco (art. 14), entre outras medidas.

Por outro lado, independente da referida Emenda Constitucional, é verificado que a eficiência administrativa já se encontrava implícita no texto constitucional brasileiro desde a sua promulgação em 1988, na medida em que este, ao tratar, por exemplo, da fiscalização da Administração Pública previa expressamente que os três Poderes deveriam manter, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e *eficiência*, da gestão e da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 74, II). Se à Administração Pública desde então competia demonstrar que havia agido de forma eficiente em sua gestão, se torna claro que o direcionamento de sua conduta já se encontrava ali vetorizado por um mandamento otimizador no sentido da eficiência.

Também são observadas referências diretas ou indiretas ao controle da eficiência nos art. 70, *caput*; 175, parágrafo único; e 144, §7º, todos do texto original da Constituição Federal. Em razão disto afirma-se que o princípio da eficiência administrativa se encontrava, mesmo antes da aludida Emenda, implícito no texto constitucional, pois perfeitamente inferido a partir do texto constitucional sistematicamente interpretado.

Aliás, seria mesmo o caso de indagar se tal princípio não teria origem no que Eros Roberto Grau denominaria de Direito pressuposto[6], aqui compreendido como todas as decorrências normativas da condição do Estado Democrático de Direito.

De fato, não há como se entender a funcionalidade estatal em um Estado Democrático de Direito (e consequentemente o seu direcionamento à consecução do interesse público) sem que se pressuponha necessariamente a eficiência administrativa. Nas democracias modernas é possível concluir que esta característica do agir estatal é transcendente ao texto positivado. A sociedade não delega aos seus representantes poder para que realizem menos do que o máximo possível e alcançável na satisfação do interesse do indivíduo e da coletividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

Para além de compromissos ideológicos ou político-partidários, a positivação do princípio da eficiência administrativa no texto constitucional representa, em verdade, no campo simbólico, bem mais um compromisso e uma expectativa da sociedade brasileira em um aparato estatal funcional, que realmente traduza o Estado Democrático de Direito e satisfaça ao interesse público, concretizando os direitos fundamentais.

O setor público apenas deve ser eficiente em favor da realização do interesse público e não para si mesmo. Aqui, somente por via oblíqua, é que eventualmente podem ser produzidos benefícios em favor dos interesses da própria Administração Pública. A racionalidade de métodos e procedimentos destinados à otimização de resultados se encontra direta e imediatamente vinculada ao atendimento dos interesses de toda a sociedade da melhor forma possível. Esta inversão de perspectiva permite deduzir a impossibilidade de adoção em sua inteireza da lógica da iniciativa privada, diante das diversas variáveis que condicionam e simultaneamente são condicionadas pelos resultados da atividade do Poder Público.

Segundo Sylvie Trosa, o Estado muda porque a sociedade muda. O bom desempenho da Administração Pública implica na passagem do universal abstrato a soluções específicas, o que pressupõe que os servidores disponham de meios para analisar o método e a gama de instrumentos mais adaptados. As respostas mais bem adaptadas às expectativas do usuário necessitam da reorganização dos serviços, da racionalização e simplificação dos procedimentos e do trabalho em equipe de projetos flexíveis[7].

A Administração Pública, consoante explica Onofre Alves Batista Júnior, encontra-se vinculada à busca pelo bem comum e à necessidade de assegurar a dignidade humana aos cidadãos, motivo pelo qual deve fomentar o arranjo otimizado de interesses públicos envolvidos no caso concreto, atuando de forma eficiente nas prestações estatais

6. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p.144-147.

7. TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o estado se compromete. Traduzido por Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.19, 40-41.

que garantam condições mínimas de existência digna[8].

É característica da eficiência administrativa um imperativo de maximização da funcionalidade da Administração Pública, ou seja, potencializar a sua atuação no sentido da consecução do interesse público e salvaguarda dos direitos dos cidadãos.

Trata-se de um compromisso permanente e obrigatório do agente público, em qualquer de suas atribuições, contra a má utilização e o desperdício de tempo e recursos materiais e humanos. Agir de forma eficiente no setor público significa assim empregar não mais que os procedimentos, as medidas e os recursos suficientes e estritamente necessários ao tempestivo e perfeito alcance da finalidade pública almejada em cada hipótese concreta.

Humberto Ávila sustenta uma espécie de relação entre proporcionalidade e eficiência, enquanto dois postulados normativos aplicativos. Para ele, no exame da adequação, a Administração Pública teria o dever de comparar os meios disponíveis, mas não seria necessário escolher o meio mais intenso, melhor ou mais seguro, e sim apenas aquele que promovesse minimamente o fim. Enquanto isso, o dever de eficiência corresponderia à exigência mínima de promoção dos fins atribuídos à Administração Pública, sendo vedada somente a escolha de meios que não promovesse os fins de forma satisfatória em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para além da mera adequação dos meios aos fins, seria exigida do administrador, pela eficiência, a promoção minimamente intensa e certa do fim[9].

Conforme Virgílio Afonso da Silva, no entanto, a proporcionalidade tem "a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo"[10]. Não é essa, contudo, a mesma natureza da norma que disciplina a eficiência administrativa, que, pelo contrário, exige que o seu valor substancial seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas.

O princípio da eficiência administrativa pode ser conceituado como aquele que *direciona a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.*

5. EFICIÊNCIA E DISCRICIONARIEDADE

Definido o que se entende por eficiência administrativa, é importante ressaltar que a aparente existência de vários sentidos possíveis, aceitáveis e razoáveis para um mesmo conceito indeterminado, tal como este, não autoriza concluir que haja rigorosamente uma escolha discricionária do operador do Direito, pois a delimitação de sentido envolverá sempre componente derivado de um entendimento consensual.

De acordo com Celso Luiz Braga de Castro, não há atrelamento entre os conceitos indeterminados e a discricionariedade administrativa. Para ele, a indeterminação de conceitos não confere amplitude de ação ao agente público, mas apenas *postura de interpretação*. Enquanto isso, a discricionariedade apenas ocorrerá na medida em que a lei a estabeleça, não como forma de conferir liberdade, mas como meio de avaliar contemporaneamente a conduta mais adequada aos fatos[11].

Em verdade, a única solução correta pressupõe uma apreciação racional a partir da interpretação do conjunto de normas do ordenamento jurídico, sistema este cujas notas de unidade e coerência são baseadas em princípios gerais e não permite concluir pela diversidade de tratamento para casos concretos singulares idênticos.

8. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 129-130.
9. ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 15 set. 2012, p.21-24.
10. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p.168.
11. CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvio de conduta na administração pública.* 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f., p.40-41.

Ao se redesenhar a vinculação à legalidade, para uma relação mais abrangente e de imprescindível conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, é evidente que o espaço de liberdade para atuação discricionária na esfera tipicamente administrativa tendeu naturalmente a diminuir. Mesmo diante da previsão legal do poder discricionário, o agente público se encontra vinculado à concretização do arcabouço de princípios implícitos e explícitos decorrentes do sistema jurídico, vale dizer, às balizas da juridicidade. A rigor, se encontra superado o clássico antagonismo entre conduta vinculada e conduta discricionária, passando a somente se tratar de graus distintos de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Para António Francisco de Sousa, as noções de boa administração e de "caráter técnico" de certas decisões são realidades inegáveis na Administração moderna, sempre devendo ser, porém, integradas no mundo jurídico. A lei quer e impõe a boa administração, sendo que as regras técnicas nada mais são do que instrumentos para se chegar a essa mesma boa administração. A escolha do critério ou regra técnica é uma questão igualmente técnica e integrada no mundo jurídico, não havendo quanto a elas verdadeira escolha, mas pura e simples vinculação ao critério correto ou, no mínimo, ao mais adequado[12].

No quadro pós-positivista, o princípio da eficiência administrativa se apresenta como um dos critérios de controle do poder discricionário. Trata-se de avaliar se, no exame da conveniência e da oportunidade em favor da sociedade, o agente público potencializou, na melhor medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolviam o caso concreto, os meios idôneos para a efetivação da solução que melhor atenda ao interesse público.

6. EFICIÊNCIA E LEGALIDADE

Há quem entenda em sede doutrinária que a eficiência administrativa jamais poderá sobrepor à legalidade. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, disserta que:

> tal princípio [da eficiência] não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência[13].

Paulo Modesto, por seu turno, destaca que:

> ao contrário de contrastar com o princípio da legalidade, ou legitimar sua atenuação, penso que o princípio da eficiência pode ser percebido como componente da própria legalidade, percebida sob um ângulo material e não apenas formal. [...] O princípio da eficiência compõe uma das faces materiais do princípio da legalidade da administração pública, destacado pela Constituição por razões pragmáticas e políticas[14].

No processo interpretativo, não é somente necessário apreciar o sentido e o alcance do princípio da segurança jurídica no caso concreto. Ao revés, entendendo que, por definição, não existem princípios absolutos, de modo a desconstituir a relação condicionada de precedência como solução do conflito entre princípios, deve ser também cotejada a importância de direcionar a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.

Entende-se aqui, porém, que a vinculação à legalidade não possui a natureza de um princípio, mas de uma regra instrumental que visa a concretizar o princípio que lhe é subjacente, o da segurança jurídica.

A segurança jurídica exige que não sejam frustradas as expectativas da sociedade, tanto em relação ao cumprimento dos comportamentos regrados, quanto na atuação do Estado de forma eficiente e garantindo resultados úteis. Em última análise, a certeza do cidadão quanto a uma resposta eficiente do aparato estatal também é materialização da segurança jurídica, tendo em vista o princípio da confiança na Administração. Logo, não há falar em dicotomia entre os valores da eficiência administrativa e da segurança jurídica.

12. SOUSA, António Francisco de. *«Conceitos indeterminados» no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.100.

13. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.122.

14. MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 15 set. 2012, p.6.

O agir estatal eficiente é transcendente ao texto positivado, justamente porque se configura como uma manifestação do próprio Estado Democrático de Direito, regido pelas diretrizes de proporcionalidade que impõem sempre equilíbrio numa relação de custo e benefício. É possível assim concluir que esta mesma eficiência sempre deve ser reconhecida como inerente a qualquer norma jurídica emanada deste Estado de Direito, seja a geral e abstrata oriunda do Poder Legislativo, seja a individual e concreta decorrente da atuação da Administração Pública. O trabalho interpretativo e aplicativo, portanto, há sempre de compatibilizar o sentido da norma que permita a única realização do máximo possível e alcançável quanto à satisfação do interesse do indivíduo e da coletividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso em análise.

Não se trata aqui – é importante frisar, para impedir um raciocínio reducionista – do afastamento puro e simples da regra de vinculação do administrador público à legalidade, todavia de uma atividade complexa de ponderação diante de manifesta ineficiência administrativa que *poderá*, conforme as circunstâncias do caso concreto, conduzir a este resultado. Como já sustentado, para afastar a aplicação de uma regra, devem ser também superados os princípios que fixam que as regras criadas pelas autoridades legitimadas devam ser seguidas e que a prática reiterada não deve ser relativizada sem motivos.

Nos moldes pós-positivistas do Direito, a concretização da segurança jurídica reclama, não mais uma vinculação estrita aos termos da lei, mas sim a princípios e consensos de argumentação entre os operadores do Direito. Não é somente necessário apreciar o sentido e o alcance do princípio da segurança jurídica no caso concreto. Ao revés, entendendo que, por definição, não existem princípios absolutos, de modo a desconstituir a relação condicionada de precedência como solução do conflito entre princípios, deve ser também cotejada a importância de direcionar a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.

7. CONCLUSÕES

1. Ao novo papel do operador do Direito que se descortina no pós-positivismo jurídico podem ser apontado que este não mais se encontra vinculado aos restritos termos da legalidade, mas à noção mais abrangente de juridicidade, entendida como a necessária conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, composto de regras e princípios.

2. Enquanto o conflito de regras se resolve pelo reconhecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração da validade de uma em detrimento da validade de outra – essa por intermédio de critérios da cronologia, da hierarquia ou da especialidade –, a colisão de princípios significa apenas que um deles tem precedência sobre o outro. Não há soluções prontas e acabadas, pois toda relação de precedência entre princípios é condicionada justamente pelas circunstâncias do caso concreto, o que, por si só, já acarreta a diversidade.

3. Não há como se entender a funcionalidade estatal em um Estado Democrático de Direito (e consequentemente o seu direcionamento à consecução do interesse público) sem que se pressuponha necessariamente a eficiência administrativa. A sociedade não delega aos seus representantes poder para que realizem menos do que o máximo possível e alcançável na satisfação do interesse do indivíduo e da coletividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

4. O princípio da eficiência administrativa pode ser conceituado como aquele que direciona a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.

5. No quadro pós-positivista, o princípio da eficiência administrativa se apresenta como um dos critérios de controle do poder discricionário. Trata-se de avaliar se, no exame da conveniência e da oportunidade em favor da sociedade, o agente público potencializou, na melhor medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolviam o caso concreto, os meios idôneos para a efetivação da solução que melhor atenda ao interesse público.

6. A certeza do cidadão quanto a uma resposta eficiente do aparato estatal também é materialização da segurança jurídica, tendo em vista o princípio da confiança na Administração. Logo, não há falar em dicotomia entre os valores da eficiência administrativa e da segurança jurídica.

7. O agir estatal eficiente é transcendente ao texto positivado, justamente porque se configura como uma manifestação do próprio Estado Democrático de Direito, regido pelas diretrizes de proporcionalidade que impõem sempre equilíbrio numa relação de custo e benefício. É possível assim concluir que esta mesma eficiência sempre deve ser reconhecida como inerente a qualquer norma jurídica emanada deste Estado de Direito, seja a geral e abstrata oriunda do Poder Legislativo, seja a individual e concreta decorrente da atuação da Administração Pública.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 15 set. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 15 set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus navigandi*, Teresina, ano 6, n.59, out. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista>. Acesso em: 02 jul. 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvio de conduta na administração pública*. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUSA, António Francisco de. *«Conceitos indeterminados» no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o estado se compromete. Traduzido por Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

O mito da proteção na justiça do trabalho: Aplicabilidade do princípio *in dubio pro operario* no processo do trabalho

***Luana Lima Arapiraca*[1]**

Resumo • Artigo que trata sobre o mito da proteção na Justiça do Trabalho e a análise sobre a aplicabilidade do princípio *in dubio pro operario* no Processo do Trabalho, objetivando reafirmar o caráter tuitivo da disciplina juslaboral e demonstrar a possibilidade de aplicação do princípio na seara processual. Para tal mister, , far-se-á uma análise aprofundada do principio objeto do presente trabalho, passando, contudo, por uma apreciação do princípio mais geral da proteção, do qual o anterior decorre. Abordará, ainda, as principais condições e limitações para aplicação do principio *in dubio pro operario*, bem como uma pesquisa acerca de sua aplicabilidade pelos Tribunais juslaborais, além de trazer à baila a teoria da distribuição dinâmica do *onus probandi,* como meio de garantir efetividade no momento da instrução processual. Conclui-se que o princípio cerne do presente trabalho encontra-se fortemente desvalorizado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, o que desmitifica a ideia de uma proteção sem limites no Processo Trabalhista.

Palavras-chave: Processo do Trabalho; Princípio *in dubio pro operario*,; Caráter protecionista, Mito.

Sumário • 1. Introdução – 2. Princípio *in dubio pro operario* – 3. Aplicação do *in dubio pro operario* no processo do trabalho: 3.1 Possibilidades e limitações da aplicação: 3.1.1 Aplicabilidade em matéria probatória; 3.1.2. Formas de aplicação; 3.2. A aplicação do princípio protetor pelos tribunais do trabalho em matéria processual – 4. Considerações finais – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É enunciado por uma grande maioria que a Justiça do Trabalho protege o trabalhador e que este, numa lide, é sempre vencedor. Contudo, ao longo da presente exposição, observar-se-á que a disciplina trabalhista passa por mudanças que afetam esse seu caráter tuitivo, retirando, assim, essa dita hegemonia do empregado quando em confronto com o empregador, sendo até possível enunciar que a tão propalada proteção é, em certos aspectos, apenas um mito.

Muitos juristas refutam o princípio protetivo, principalmente o *in perá pro perário*, na seara processual, em razão da isonomia que deve vigorar nas relações processuais, afirmando, portanto, que este é característico do direito material. Assim sendo, vislumbra-se que durante a lide laboral, os julgadores, em sua maioria, buscam afastar as variadas manifestações de caráter protecionista, objetivando homenagear a igualdade entre as partes, que é inegavelmente inexistente no processo do trabalho.

Dessa forma, é possível observar que perá de proteção irrestrita do trabalhador na Justiça do Trabalho é, em alguns aspectos, apenas um mito, um ideal pré-concebido, que não encontra, hodiernamente, guarida como no passado.

O tema, então, mostra-se atraente por ser bastante controverso tanto na doutrina como nos Tribunais juslaborais. Além disso, apresenta-se como mecanismo de resistência para enfrentar as modificações por que passa a disciplina.

Assim, objetivo do presente trabalho consiste na análise acerca da possibilidade de aplicação do princípio *in perá pro perário*,

1. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Email: luanalarapiraca@gmail.com. Artigo elaborado em setembro de 2013.

que é um dos desdobramentos do princípio mais geral de proteção, no Processo do Trabalho, como meio viável a efetivação ou fortalecimento da ontologia da disciplina, que é o seu caráter protetivo.

2. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO*

O presente tópico tem por finalidade o estudo em profundidade do princípio supramencionado, especificando suas principais características e finalidades, visando demonstrar a sua importância para a disciplina e para o ordenamento jurídico vigente.

No entanto, antes de adentrar no universo desse princípio, abordando as lições que o envolvem, é mister tratar de alguns aspectos do princípio da proteção, do qual o primeiro decorre, seja como regra ou como princípio.

O princípio *in perá pro oprerario* ou *in perá pro misero* é um dos desdobramentos do princípio mais geral da proteção, que denota uma das principais funções da disciplina, que é a proteção do trabalhador hipossuficiente.

Nem todos os tratadistas utilizam a mesma denominação para o princípio da proteção, já que não conseguem distinguir com clareza este princípio mais geral das suas várias formas de aplicação, fazendo com que muitas vezes se utilize a denominação genérica para fazer referência a uma de suas formas[2].

O princípio da proteção desdobra-se em três, conforme a classificação adotada por Plá Rodriguez[3], sendo estes: *in perá pro perário*, regra da aplicação da norma mais favorável, e regra da condição mais benéfica.

No entanto, assim como o jurista baiano Pinho Pedreira[4], para efeitos do presente trabalho, adotar-se-á a classificação por ele delineada, na qual o *in perá pro perário* é considerado princípio e não apenas uma regra decorrente do princípio da proteção.

O princípio da proteção, nos dizeres de Pinho Pedreira[5], é "o mais relevante e mais geral, dele constituindo os demais simples derivações". A proteção do trabalhador é o início e o fim do Direito do Trabalho, como se infere da história de sua constituição.

Enquanto nos outros ramos do direito há uma inclinação para se assegurar a igualdade entre as partes contratantes, o Direito do Trabalho tem por cerne a proteção de um dos lados, objetivando assegurar uma igualdade material, verdadeira entre as partes.

Muitos tratadistas ainda afirmam que a perá central do Direito do Trabalho não é, em verdade, assegurar qualquer igualdade, mas sim nivelar as desigualdades existentes.

Cesarino Jr[6]. Traz o fundamento da disciplina e a sua finalidade em uma sentença, afirmando que "sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do empregado, se em litígio com o empregador".

Assim, nos dizeres de Pinho Pedreira[7] que enuncia uma definição para o princípio da proteção, é possível afirmá-lo da seguinte forma:

> Podemos definir o princípio de proteção como aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores..

Após uma breve explanação sobre o princípio mais geral da proteção, é possível abordar os conceitos que cercam o princípio *in perá pro perário***.**

Pinho Pedreira[8] o conceitua da seguinte forma:

O principio *pro perário*, forma abreviada de *in perá pro perário* e modernizada de *in perá pro misero*, é um dos que, no Direito do Trabalho, são mandamentais e peculiares. Conforme ele, entre várias interpretações que comporte uma norma, deve ser preferida a mais favorável ao trabalhador. O princípio *pro perário* é derivado do mais geral da proteção e difere de dois outros, o de norma mais favorável e condição mais benéficas, porque tem como pressuposto uma única norma, suscetível de interpretações diversas, suscitando

2. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, pg. 86.
3. Ibid., p. 59.
4. SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, p. 20.
5. Ibid., p.26.
6. CESARINO, Jr., Antônio. **Direito Social Brasileiro**, 5ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p.117.
7. Ibid., p. 29.
8. Ibid., p. 41

dúvida, que deve ser dirimida em benefício do empregado, enquanto aqueles exigem, como fato antecedente, uma pluralidade de normas.

Plá Rodriguez[9], por sua vez, define a regra, por acreditar que se trata de uma regra, como "[...] o critério segundo o qual, no caso de que norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador".

Maurício Godinho Delgado[10] traz também um conceito sobre o princípio objeto da presente discussão, asseverando:

> Uma das mais antigas referências doutrinárias a princípios justrabalhistas está na diretriz *in perá pro misero*. Trata-se de transposição adaptada ao ramo justrabalhista do princípio jurídico penal *in perá pro reo*. Como o empregador é que se constitui em devedor na relação de emprego (e réu na relação processual trabalhista), adaptou-se o princípio à diretriz *in perá pro misero* (ou *pro perário*).

Assim, apesar de uma multiplicidade de conceitos, é possível inferir das definições acima delineadas que: se trata de um princípio derivado do princípio mais geral da proteção; é um princípio interpretativo que busca favorecer o trabalhador; e difere das demais derivações do princípio tuitivo, pois enquanto parte de apenas uma norma, os demais partem de uma variada quantidade de normas.

Conforme o apregoado acima, o princípio *in perá pro perário* é utilizado para a interpretação das normas juslaborais de uma forma geral.

No entanto, a singularidade deste princípio reside justamente na oposição linha adotada pelo Direito Privado de favorecimento ao devedor quando existe dúvida na interpretação de algum preceito. No ramo do Direito Público, por sua vez, o réu, igualmente, aproveita-se de regra interpretativa que o favorece, nos casos em que há dúvida.

Esse favorecimento é justificado pelo fato de que tanto o réu como o devedor, em regra, situam-se em um plano de inferioridade quando comparado ao credor ou ao acusador, o que gera, portanto, uma situação de latente desigualdade.

Nas relações juslaborais a desigualdade ocorre no plano inverso, já que, na maioria dos casos, o sujeito débil ou hipossuficiente encontra-se no pólo ativo, tendo em vista que os processos trabalhistas são encabeçados por trabalhadores, muitas vezes desempregados e em nítida situação de precariedade, por não possuírem mais sua fonte de subsistência.

Contudo, há no Direito privado uma exceção a esse favorecimento ao devedor, e essa exceção reside justamente no Direito do Consumidor. Entretanto, o que justifica o favorecimento do consumidor nas relações consumeristas é a sua situação de hipossuficiência, já consagrada no próprio Código de Defesa do Consumidor, e é neste aspecto que essa disciplina se aproxima do Direito do Trabalho, pois estas possuem em um dos pólos da relação jurídica sujeitos débeis.

Dessa forma, a aplicação dessa inversão em relação ao Direito Privado, em que modificam-se as regras *in perá pro devedor* e *in perá pro reo*, é justificada pelo cunho protecionista que possui o Direito do Trabalho.

Sobre essa mesma temática, aduz, de forma convincente, o jurista baiano Pinho Pedreira[11]:

> A singularidade do princípio interpretativo do Direito do Trabalho está em que ele constitui a inversão do seu congênere do direito comum, pois enquanto neste o favor, em caso de dúvida, é pelo devedor e pelo réu, no Direito especial a que estamos nos referindo se faz, na mesma situação, em benefício do empregado, que normalmente é credor e autor. Mas em todos esses ramos jurídicos, a causa determinante da regra de interpretação é a mesma: o favor pela parte mais fraca da relação jurídica.

Observa-se, portanto, que este princípio deriva da condição de hipossuficiência do trabalhador, que, por necessitar do seu emprego ou trabalho para a sua sobrevivência, aceita contratos leoninos, com cláusulas absolutamente desfavoráveis, submetendo-se às condições impostas pelo empregador, quase como num contrato de adesão, em que não se permite questionamentos ou mudanças.

Dessa forma, o princípio que favorece o credor é o que vige no Direito do Trabalho, já que neste a parte débil é o trabalhador, que geralmente é o credor da relação jurídica.

9. Ibid., p. 107.
10. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 6ª Edição, 2007, p. 212.
11. Ibid., p. 42.

Plá Rodriguez, em sua obra, traz ainda as condições de aplicação deste princípio expostas por Mário Deveali. Assim, só é aplicável o princípio do *in perá pro perário* quando presentes algumas condições, são elas: a existência de dúvida sobre o alcance da norma; e a impossibilidade de confronto com a vontade do legislador.

No que tange a primeira condição, o autor assevera que não há necessidade de maiores esclarecimentos, haja vista que o próprio enunciado do princípio traduz, por si só, o seu significado, sendo dispensável, portanto, maiores explanações.

Para Plá Rodriguez[12], o objetivo não é, de forma alguma, corrigir a norma ou integrá-la, mas sim de utilizar o princípio quando haja uma norma, em que se deve determinar o seu significado verdadeiro, dentre os possíveis existentes Nesse mesmo esteio, aduz, ainda, que:

> [...] De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar essa regra para afasta-se do significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto ou seu contexto.

Ludovico Barassi[13] aponta algumas ressalvas na utilização do *in perá pro perário*, asseverando que somente é possível fazer uso deste quando realmente houver dúvida sobre o alcance ou aplicabilidade da norma escrita. Este teórico firma entendimento no sentido que:

> [...] Não se deve crer que se possa sempre integrar a fórmula legislativa em homenagem ao fim protetor que se propõe a lei. Há silêncios e reticências legislativas não fortuitas, mas provavelmente meditadas, de modo que em tal hipótese é preciso agarrar-se ao critério – por si só tão mecânico e talvez falaz– oposto ao da analogia, e que é o de *ubi lex voluit dixit*[14].

Barassi ainda insiste que mesmo no caso das normas juslaborais, em que o legislador procura adotar práticas extremamente amplas que reforcem o caráter tutelar, é preciso entender que não se deve integrar às pressas uma lacuna ou o silêncio de uma lei, pois a adoção de um posicionamento unilateral pode excluir a possibilidade de que aquele silêncio tenha sido utilizado para criar um equilíbrio entre as partes contratantes.

Até mesmo De La Cueva, que é tão favorável ao trabalhador, faz algumas ressalvas na aplicação do princípio, afirmando que, havendo controvérsia, deve-se resolver em prol do trabalhador, contudo, a dúvida deve ser verdadeira, pois, se aplicada de forma irrestrita, a regra se prestaria a criação, pelas autoridades judiciais, de novos institutos.

Mário Deveali, no que tange a segunda condição, expõe que interpretação de forma literal é preferível àquela que leva em consideração a vontade do legislador, o espírito da lei. Para ele, em muitas ocasiões, o legislador observou não apenas os interesses da classe operária, mas também buscou harmonizar com os interesses patronais e da sociedade como um todo.

Assim, deve-se ter em mente, para este teórico, que, quando o legislador concedeu uma determinada vantagem ou benefício, ele preocupou-se também com as perápriocias ou inconvenientes causados por este. Só desse modo que se alcançaria a real vontade do legislador.

Assim, repisando as condições de aplicabilidade pacíficas na doutrina temos: a existência de dúvida e a observância do espírito da lei. Deste modo, a dubiedade da norma deve ser clara e explícita, conforme aduz Murilo Oliveira[15]:

> Vislumbrando-se várias interpretações, a dúvida (condição da regra pro operário) há de ser patente, eis que a mera existência de outras interpretações divergentes não suprime a necessidade de dubiedade. Este limite reforça a denominação in dúbio pro poderio em detrimento de principio *pro perário*" (2009, p 113).

A outra condição, que funciona mais propriamente como uma limitação e não como uma verdadeira condição em si, é o atendimento da *ratio legis*. Deve-se observar que a interpretação mais benéfica é aquela em consonância com o ordenamento vigente.

12. Ibid., p.110.
13. **BARASSI, apud RODRIGUEZ, 2002, p. 111- 112.**
14. Advém da expressão latina *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* que significa: "Quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio.
15. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re) Pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009, p. 113.

3. APLICAÇÃO DO IN DUBIO PRO OPERARIO NO PROCESSO DO TRABALHO

O tópico anterior teve por finalidade o estudo e delimitação do principio *in dubio pro operario*, analisando-o em profundidade. Assim, inicia-se a análise do tema central do presente trabalho, que é aplicação do principio *in dubio pro operario* no Processo do Trabalho.

Preliminarmente, cabe analisar as possibilidades e as limitações no que tange a aplicabilidade deste principio.

3.1 Possibilidades e limitações da aplicação

Inicialmente, cumpre analisar quais são as limitações propostas para o principio interpretativo do Direito do Trabalho. Segundo Plá Rodriguez, foram propostos três limites para a aplicação deste princípio, sendo estes: a possibilidade de aplicação do principio em matéria probatória; ante a possibilidade de dúvida sobre a direção ou a administração de uma empresa, a solução deve se inclinar em favor do patrão; e o referente às leis de previdência social.

Pinho Pedreira, por sua vez, também enumera alguns limites para aplicação do principio, no entanto, faz uma divisão entre os limites que seriam pacíficos e outros que seriam mais polêmicos. Dentre os limites que considera pacíficos à aplicação do principio *in dubio pro operario*, Pinho Pedreira enuncia a existência de dúvida real e o respeito a *ratio legis*. Já em relação aos limites polêmicos, este enumera limites similares aos apresentados por Plá Rodriguez, no entanto, apresenta um que é diferente que é limitação da aplicação do *in dubio pro operario* nas convenções e acordos coletivos.

Observa-se, portanto, que os limites tidos por pacíficos por Pinho Pedreira são as condições de aplicação demonstradas por Plá Rodriguez e estudadas a exaustão no tópico anterior. Assim, após a discriminação das principais limitações ao principio, deve-se passar a analisar a aplicabilidade do princípio em matéria probatória, por ser este limite o que possui maior reflexo na seara processual.

3.1.1 Aplicabilidade em matéria probatória

Este limite é considerado um dos pontos mais controvertidos na doutrina sobre a matéria. A opinião dos grandes teóricos é divergente sobre a aplicabilidade deste princípio em matéria probatória, restringindo a "possibilidade de invocação do princípio à interpretação jurídica, não a admitindo quando se trate de apreciação dos fatos ou, em outras palavras, de avaliação de prova"[16].

Ainda segundo Pinho Pedreira, existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial, utilizada por diversos países, que não aceita a aplicação deste princípio no que tange a interpretação dos fatos, limitando-se somente a interpretação do direito.

Benito Pérez, que tem seu posicionamento demonstrado por Plá Rodriguez[17], afirma que tal princípio não seria aplicável na apreciação das provas, porque o juiz deve ter contato com os fatos do modo como ocorreram, pois, para este, um coisa seria apreciar a norma para encontrar o seu alcance, e o outra seria a apreciação de um meio de prova para decidir a lide.

Vasquez Vilard[18], no mesmo sentido, assevera a impossibilidade de aplicação do principio em matéria probatória, pois segundo ele, na seara processual existem regras que colocam as partes em situação paritária, e que a situação de desigualdade do obreiro não afeta a produção probatória, e não se constitui como motivo suficiente para a quebra da igualdade processual.

No entanto, não há possibilidade de concordância com o posicionamento acima defendido. Do mesmo modo que é aplicado no direito material, este princípio pode e deve ser aplicado no direito processual, já que a situação de debilidade do trabalhador não é modificada, não devendo, portanto, a sua aplicabilidade se restringir ao direito material.

Não há que se falar em igualdade plena das partes no processo trabalhista, pois em diversas ocasiões a condição de debilidade do trabalhador reflete no processo judicial, já que o empregador pode se munir de melhor assessoramento jurídico, além da facilidade que possui na produção de provas, em especial a testemunhal, na qual pode se valer dos seus subordinados.

Santiago Rubinstein[19], por sua vez, que crê na aplicação do princípio, assevera:

16. SILVA, 1999, p. 55.
17. Ibid., p. 113 e 114.
18. VILARD, apud SILVA, 1999, p. 55
19. RUBINSTEIN, apud RODRIGUEZ,1999, p. 114.

> [...] a dúvida do julgador pode resultar da interpretação de um texto legal ou da aplicação de uma norma a um caso concreto e também da valoração das provas trazidas pelas partes ao processo, sendo aplicável dito principio a todas essas hipóteses, em especial, quando se pretende determinar tal ou qual norma corresponde a um fato concreto , ou seja, ' a subsunção do fato à norma ou sob a norma'. Os fatos no processo do trabalho adquirem importância fundamental e obrigam os juízes a sua análise e valoração, para obtenção da verdade e a eliminação da dúvida".

Por isso, defende-se o posicionamento daqueles que acreditam que "[...] o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho se transmite e vigora também no Direito Processual do Trabalho"[20].

Nesse mesmo esteio, Bezerra Leite[21], renomado processualista da seara trabalhista, aduz que o princípio da proteção deriva da própria essência do direito processual do trabalho, que foi criado para dar efetividade ao direito material, sendo este "[...] ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral".

Ainda na defesa da aplicabilidade do princípio em face do caráter tutelar do direito, há os que argumentam que o direito não é um fim em si próprio, mas deve ser o instrumento de resolução de conflito e pacificação social, garantindo a efetividade do direito material. Assim, o Direito Processual, apesar de disciplina autônoma, possui caráter instrumental, objetivando assegurar o que apregoa o Direito Material.

Wagner Giglio[22], fundamentando seu pensamento nas ideias defendidas por Ada Pelegrini Grinover, assevera ainda que "essas características do Direito Material do Trabalho imprimem suas marcas no direito instrumental, particularmente quanto à proteção do contratante mais fraco, cuja inferioridade não desaparece, mas persiste no processo".

Dessa forma, a principal característica do Direito do Trabalho, que é seu caráter tuitivo, afeta o Direito Processual do Trabalho, visando conferir efetividade a este, já que a hipossuficiência da parte obreira permanece no processo.

Coqueijo Costa[23], jurista baiano, afirmou ainda que o princípio da igualdade, característico do sistema processual, sofre uma inversão para desigualdade ou desequilíbrio dos indivíduos na lide trabalhista, o que torna necessária a especialização do Processo do Trabalho através da aplicação do princípio da proteção.

Plá Rodriguez, por sua vez, afirma que a parte mais tradicional da doutrina sustenta que o ônus da prova é de incumbência de quem alega ou afirma, somente sendo afastada essa regra se há presunção legal que suponha a inversão.

No entanto, tal doutrinador não demonstra estar de acordo com este pensamento, pois "com um maior conhecimento prático das realidades discutidas nos dissídios trabalhistas, começou a desenvolver-se, até se tornar predominante a posição que estende a regra *in dubio pro operario* inclusive a esse campo"[24]. Tal fato se deve, por considerar que o trabalhador merece, em razão de sua situação de debilidade, essa "condição especial".

Assim, para o jurista uruguaio, seria cabível utilizar-se da regra *pro operario*, nos casos de matéria fática, quando haja dúvida persistente, para que se possa valorar o significado ou alcance daquelas provas. Não devendo ser utilizado para suprir omissões, mas sim para que se possa analisar o conjunto probatório, observando-se as circunstâncias peculiares de cada caso.

Para Santiago Rubinstein[25], por sua vez, suprimir a aplicação do princípio *in dubio pro operario* no Processo do Trabalho, seria afastar a vigência social, já que, havendo paridade entre as provas, se deveria recorrer a tal princípio, pois para solucionar uma questão de desigualdade entre o empregado o empregador, torna-se necessário empregar medidas desiguais.

20. GLIGIO, Wagner; CORRÊA, Cláudia Gligio. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 16. Edição, 2007, p. 83 e 84.
21. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direto Processual do Trabalho**. São Paulo, Editora Saraiva, 9. Edição, 2011, p. 80.
22. Ibid., p. 84.
23. COSTA, apud SILVA, 1999, p. 56.
24. RODRIGUEZ, 2002, p. 116
25. RUBINSTEIN, apud RODRIGUEZ, 2002, p.114.

Já Benito Pérez[26] rebate o autor acima mencionado, pois para ele, dentre os que defendem a aplicação do princípio em matéria probatória, deve haver uma ressalva, já que não seria possível a utilização do principio para suprir ausência de provas, nem a inversão do ônus probatório, mas sim quando aja autêntica dúvida em relação aos fatos trazidos pelas partes.

Pinho Pedreira[27] acompanha o pensamento de Rubinstein, pois, segundo este, sua experiência jurídica demonstra que a aplicação deve ocorrer de forma mais ampla, já que nos casos de prova empatada, por exemplo, em que ambas as partes desincumbiram-se do *onus probandi*, a dúvida ou empate deve ser sanado em favor do trabalhador, pela maior dificuldade que este possui na produção de provas.

Dentre os autores brasileiros, Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão[28], Rodrigues Pinto, Maurício Godinho Delgado e Sérgio Pinto Martins[29] não aceitam a aplicação do *in dubio pro operario* em matéria probatória. Nesse sentido, enuncia Rodrigues Pinto[30]: "[...] não se admite, a nosso ver, estendê-lá até o campo da prova, no processo, o que redundaria num exagero e numa violação da regra processual autônoma de divisão do *onus probandi"*. No entanto, uma parte da doutrina acredita que tal princípio não pode, contudo, ser aplicado de forma indiscriminada, sem o dever de análise que o caso concreto exige.

Assim, é possível observar três posicionamentos divergentes na doutrina sobre a aplicação do principio em matéria probatória, quais sejam: os que repudiam completamente a aplicação, pois violaria frontalmente a isonomia das partes na lide; os que aceitam a sua aplicação, mas de forma mais moderada, devendo ser aplicado somente quando haja real dúvida para o magistrado acerca dos fatos trazidos pelas partes; e os que apóiam fortemente a aplicação deste princípio, em quaisquer hipóteses, em razão da condição de hipossuficiência do empregado que permanece no processo, e da sua grande dificuldade na produção das provas.

3.1.2. Formas de aplicação

Após o estudo das limitações à aplicação do princípio, a doutrina aponta algumas formas ou regras para a correta utilização deste.

De acordo com regras apresentadas por Pinho Pedreira, a primeira seria que a aplicação se prestaria tanto para conceder um benefício ao trabalhador, como poderia ser utilizada para reduzir um prejuízo, conforme as lições de José Martins Catharino.

A segunda, por sua vez, assevera que a aplicação deve se dar de forma moderada, evitando-se, assim, um subjetivismo desenfreado por parte dos tribunais, o que resultaria no afastamento da confiabilidade e certeza que os provimentos jurisdicionais exigem.

Alonso Garcia[31] traz uma consideração sobre a forma de aplicação quando haja dúvida de qual seria a interpretação mais adequada, afirmando que a equidade aconselharia deixar a cargo do trabalhador tal escolha, pois somente o próprio poderia decidir com propriedade o que seria melhor para si.

Por fim, registra-se o critério considerado mais adequado e ponderado dentre os apresentados. Martins Catharino[32], em sua obra, sustenta que a aplicação de tal preceito deveria se dar de forma decrescente, em razão da remuneração percebida pelo obreiro, assim, a intensidade na aplicação de tal preceito seria inversamente proporcional à remuneração percebida.

O autor ainda ilustra a situação, afirmando que seria impossível aplicar de um mesmo modo o preceito no caso de empregados de uma mesma empresa, mas que ocupem cargos e recebam remunerações totalmente diferentes. Assim, deve-se buscar a aplicação do princípio de forma ponderada, adaptando-o a situação concreta.

No entanto, Pinho Pedreira[33] discorda deste critério, pois segundo ele, o fato de perceber maior salário não retira a dependência econômica que o empregado possui, ou até

26. PÉREZ, apud RODRIGUEZ, 2002, p. 114.
27. Ibid., p.58.
28. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA; Lima. **Instituições de Direito do Trabalho- Vol.2**. 19ª Edição, São Paulo: LTr, 2000, p. 1391.
29. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 27ª Edição, 2011, p. 69.
30. PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 89.
31. GARCIA, apud RODRIGUEZ, 2002, p. 120 e 121
32. CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p. 113 e 114.
33. Ibid., p. 63.

mesmo a torna maior, pois esta pode ser a única ou principal fonte de renda do empregado, persistindo, portanto, sua condição de hipossuficiente.

Discorda-se em parte neste aspecto em relação ao defendido por Pinho Pedreira, pois o fato de perceber maior remuneração, em regra, resulta em um trabalhador com melhores condições sociais e educacionais, ciente dos seus direitos e apto para defendê-los de forma mais eficiente, o que muitas vezes não ocorre com um empregado que percebe um salário mínimo, por exemplo.

3.2. A aplicação do princípio protetor pelos tribunais do trabalho em matéria processual

Observa-se ao longo desta explanação que a aplicação do princípio *in dubio pro operario* em matéria processual é tema controvertido na doutrina e rechaçado pela maioria dos expositores, que se apóiam no lema da isonomia das partes e da imparcialidade do magistrado, características íntimas de um sistema processual, para negar vigência ao princípio em comento.

A aplicação pelos tribunais brasileiros, hodiernamente, é rara e escassa. A jurisprudência não tem aderido à utilização do brocardo em estudo, observa-se ainda que muitas decisões apenas determinam a inaplicabilidade do princípio, mas não se estendem na apreciação dos porquês. No entanto, ainda encontram-se decisões que privilegiam este princípio, aplicando-o, mesmo em face das limitações supracitadas.

Inicia-se, assim, a análise com julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Primeiramente, observar-se-á uma decisão em que se refutou a aplicação do princípio em matéria probatória, conforme se depreende do excerto abaixo:

> **HORAS EXTRAS**. Não provada a jornada alegada na inicial, não há que se falar em condenação em horas extras, vez que se trata de parcela que exige prova cabal e inconcussa, a cargo do empregado, do trabalho em sobrejornada.
>
> Recorre ordinariamente o reclamante contra a decisão que julgou improcedente a reclamatória que move contra a Comercial Rabelo Som e Imagem Ltda. **Assevera que deve ser aplicado o princípio "in dubio pro operario", que a empresa não negou o horário através de suas testemunhas e que restou demonstrado o trabalho em sobrejornada. [...] Inexiste qualquer norma no Processo do Trabalho que retrate o princípio acima citado. Na verdade, o Direito Laboral é que possui natureza protecionista, não o processo, o qual deve pautar-se pela igualdade das partes.**
>
> Recurso Ordinário n. 0152300-98.2003. 5.07.0008, Rel.: Desembargadora Lais Maria Rossas Freire, Pleno do Tribunal, DJ: 28. 05.2004 (grifos nossos).

Os argumentos utilizados pela Desembargadora nesta decisão apregoam a incompatibilidade do princípio em matéria processual, pois o caráter protetivo do direito material não poderia ser aplicado no processo, que tem como pressuposto a igualdade entre as partes.

No entanto, já foram apresentados argumentos alhures que desmistificam esse posicionamento estanque, pois, como seria possível conceber igualdade entre as partes numa lide em que as essas são essencialmente desiguais?

A alegação de impossibilidade de utilização do princípio *in dubio pro operario* por se tratar de principio de direito material, não sendo possível a sua aplicação em matéria processual também não merece guarida. Conforme os tópicos anteriores do presente trabalho, o processo deve se prestar como instrumento para a consecução do direito material.

No que tange a igualdade entre as partes, não merece subsistir tal argumento. Não basta a alegação de que o caráter protetivo do direito material deveria ser restrito a esta disciplina, pois, na lide trabalhista, o empregado permanece em condição de hipossuficiência, muitas vezes essa condição é agravada pelo fato do trabalhador encontrar-se desempregado.

Assim, argumentar a inaplicabilidade do princípio pelo simples fato de não se constituir num princípio de direito processual é restringir-se ao discurso genérico e pronto, e não observar as implicações sociais do direito. Ademais, existem manuais que tratam o princípio como se de direito processual o fosse, sendo, assim, descabido tal argumento.

Após os comentários relativos à decisão supra, passa-se a analisar um novo provimento judicial, que traz a baila novas questões sobre o princípio epicentro deste trabalho. Retornando o olhar às decisões do TRT da 7ª

Região, passa-se, agora, a analisar um provimento judicial em sentido totalmente diverso do que é normalmente apregoado pelos tribunais, consoante delineia o excerto abaixo:

> RECURSO ORDINÁRIO RELAÇÃO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. Em se tratando de verbas trabalhistas, **a dúvida quanto à comprovação dos fatos alegados, admitida a existência da prestação de serviço, beneficia o trabalhador; a favor de quem se aplica o princípio in dubio pro operario, expressado de forma inversa a vigente no direito comum** e na intenção de resguardar a parte presumidamente mais frágil da relação jurídica sob julgamento.
>
> ADMISSIBILIDADE Recurso tempestivamente interposto, contra-arrazoado, sem irregularidades para serem apontadas. PRELIMINAR Nada há para ser apreciado. MÉRITO Relação de Emprego. A respeito da alegada relação de trabalho no período de fevereiro a agosto de 2006, a recorrente alegou a existência de serviços meramente esporádicos, entre abril e maio daquele ano. Efetivamente a relação de trabalho existiu. **No entanto, limitada a prova a uma única testemunha de cada lado, encerrou-se a instrução probatória, no meu sentir, em meio à dúvida quanto ao período trabalhado e da natureza do vínculo entre as partes**. Mantenho a decisão de primeiro grau no concernente ao reconhecimento do vínculo de emprego. **A dúvida quanto à comprovação dos fatos alegados, a meu ver, beneficia o recorrido, segundo o princípio in dubio pro operario, que tem por objetivo proteger a parte, presumidamente, mais frágil da relação jurídica e, em se tratando de Direito do Trabalho, é cristalino que a parte mais fraca é o empregado-credor; a favor de quem deverá ser aplicado de forma inversa o princípio vigente no direito comum**. [...]
>
> Recurso Ordinário n. 0195900-49.2006.5.07.0014, Rel.: Desembargador Cláudio Pires Soares, Tribunal Pleno, DJ: 03.04.2007(grifos nossos).

Conforme se observa, essa decisão encontra-se desalinhada com o apregoado pela maioria dos tribunais, que não acatam a aplicação do princípio em matéria processual. Tal posicionamento, no entanto, deveria ser pensado como forma de dar efetividade ao direito, partindo-se de decisões como a que se encontra acima, é que se demonstra o cerne do presente trabalho.

Nesse julgado, o desembargador relator demonstrou ser plenamente possível a aplicação do principio em comento em matéria probatória. Em verdade, aplicou-se o que Pinho Pedreira[34] já afirmava e utilizava em seus votos como desembargador, conforme se depreende do excerto abaixo:

> Diversas vezes julgamos casos em que nos defrontamos com "prova empatada", isto é, em que não houve negligência do empregado, pois desimcumbiu-se do seu ônus, levando a juízo testemunhas no mesmo número e credibilidade igual as apresentadas pelo empregador, que ofereciam versão inteiramente contrária à das testemunhas do trabalhador , em processos nos quais não havia possibilidade de outra espécie de prova.Pelas maiores dificuldades que arca o empregado para produção da prova , numa situação como esta, a dúvida gerada no espírito do julgador há de ser dirimida *pro operario* e sempre foi nesse sentido o nosso pronunciamento.

Ampliou-se, portanto, o alcance do princípio *in dubio pro operario*, para enquadrá-lo nas hipóteses de prova dividida, como é o caso em análise. No caso em tela, as partes desincumbiram-se do ônus probatório, contudo, não houve nenhuma outra prova que fosse definitiva para a solução da lide, restando, portanto, uma real dúvida para o julgador.

Assim, diante de tal hipótese, aplicou o desembargador relator o principio *in dubio pro operario*, beneficiando a parte que seria mais frágil na relação jurídica, que no caso é o trabalhador, cumprindo, portanto, o caráter tuitivo do Direito do Trabalho.

Observe-se, assim, que os posicionamentos delineados pela doutrina no que tange a aplicação do princípio em matéria probatória refletem diretamente nas decisões dos tribunais.

No entanto, encontramos outras decisões que, em hipótese de prova dividida, não optaram pela aplicação do princípio *in dubio pro operario*, como é o caso dos arestos do TST e dos Tribunais Regionais da 5ª e da 2ª Região, respectivamente, colacionados abaixo:

> **HORAS IN *ITINERE*. PROVA DIVIDIDA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO. INAPLICABILIDADE.** O princípio in dúbio pro operario indica que, se na norma jurídica há sentido dúbio, o julgador deverá adotar a interpretação mais

34. Ibid., p. 58.

benéfica ao operário, em observância ao princípio da proteção legal do hipossuficiente; sendo, pois, de todo inaplicável quando há a inconsistência da prova (prova dividida).

RR. n.:141-42.2010.5.08.0124, Rel.: Ministro João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DJ: 16/08/2013.

MATÉRIA PROCESSUAL. PROVA DIVIDIDA. PRINCIPIO DO IN DUBIO PRO OPERARIO. INAPLICÁVEL. O princípio *in dubio pro operario* não se aplica em matéria processual. Pelo princípio supra mencionado cabe ao operador do direito, em situações de confronto entre interpretações consistentes de determinada norma, optar pela mais favorável ao empregado.

O caso é de prova dividida.

Foram ouvidas duas testemunhas, uma arrolada pelo autor e a outra pela ré, nas quais ratificaram as teses da inicial e da defesa, segue-se que a solução do conflito se dá pelo ônus da prova, uma vez que o princípio *in dubio pro operario* não se aplica em matéria processual.

Realmente. Pelo princípio supra mencionado cabe ao operador do direito, em situações de confronto entre interpretações consistentes de determinada norma, optar pela mais favorável ao empregado.

Com efeito, além da sua inquestionável aplicação em sede de direito material, admitia-se, também, a sua incidência em matéria processual numa fase em que não existiam normas claras sobre o ônus da prova. Hoje, contudo, não mais se justifica a sua aplicação em sede processual, uma vez que já existem normas expressas e claras sobre o ônus da prova, de sorte que havendo dúvida do julgador em face do conjunto probatório, deve decidir em desfavor da parte que tinha o ônus de provar o fato, sob pena de serem subvertidos preceitos constitucionais que regem o processo e resguardam a igualdade de tratamento da parte e a imparcialidade do julgador.

RO n. 0079800-87.2009.5.05.0005, Rel.: Desembargadora Dalila Andrade, 2ª Turma, DJ: 19/05/2010.

PROVA ORAL DIVIDIDA. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL. AFASTADA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO OPERARIO" EM MATÉRIA PROBATÓRIA. A prova oral produzida por ambas as partes, no tocante à irregularidade da marcação de ponto, restou dividida, de forma que não há como considerar que o autor desincumbiu-se do ônus de comprovar a alegada fraude, conforme a aplicação da distribuição do ônus da prova inserta no artigo 818 da CLT c/c artigo 333, I, do CPC, e em observância ao princípio da persuasão racional, já que afastada, em matéria probatória, a aplicação do princípio "in dubio pro operario".

RO n. 20120004566, Rel.: Desembargador Marcelo Freire Gonçalves, 12ª Turma, DJ: 30/03/2012.

A decisão TST demonstra que até mesmo na Corte Superior do Trabalho, o caráter protetivo da disciplina está abalado. Os Ministros consideram inaplicável o princípio em sede de matéria probatória, devendo-se utilizá-lo somente quando da interpretação de normas dúbias.

Nas decisões dos Tribunais Regionais, por sua vez, os julgadores declararam também a inadmissibilidade na aplicação do princípio *in dubio pro operario*. A primeira decisão inadmite o princípio por considerá-lo princípio de direito material, afirmando, ainda, que tal regra já havia sido utilizada no passado, mas hoje sua aplicação não é mais possível. A segunda decisão, por sua vez, alega que tal regra não aplicável em matéria probatória, ante a existência de regras próprias para o ônus da prova.

O contraste entre as decisões é notável. Enquanto a decisão do TRT da 7ª Região utiliza-se do princípio em comento para solucionar a lide, os julgados objetos da presente análise limitam-se em afirmar que tal regra não aplicável em matéria processual e que já existem regras que tratam do ônus probatório. Contudo, em seu voto, a desembargadora do Tribunal Regional da 5ª Região vai mais além, aduzindo que tal princípio era aplicável no passado, mas não na atualidade, pois já existem regras que delimitam o ônus da prova.

Assim, para a relatora, o princípio *in dubio pro operario* só seria aplicável em material probatória se inexistissem regras sobre o ônus da prova.

Em razão da existência dessas regras é que grande parte dos tribunais, assim como a doutrina, entende que é inaplicável o princípio *in dubio pro operario*, pois o ônus da prova deve ser solucionado conforme as regras estabelecidas pelo CPC e pela CLT, conforme apregoou o julgado do TRT da 2ª Região.

O processo do trabalho utiliza-se de forma subsidiária das regras postas no Código de Processo Civil, conforme enuncia o art. 769 da CLT, desde que estas sejam compatíveis com a disciplina trabalhista. Assim, o CPC traz a regra da distribuição estática do ônus da prova, esculpida no art. 333, que afirma que o ônus da prova será do autor quando tiver que provar fato constitutivo do seu direito, e que será da parte ré quando tiver que provar fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor. Tal artigo é aplicado de forma conjunta com o art. 818 da CLT, que também trata do ônus da prova.

Dessa forma, com base nessa distribuição, o indivíduo que deveria provar determinado fato e desse dever não se desincumbiu não logrará êxito em relação a esse pedido. É sobre tal regra que a eminente desembargadora relatora do voto faz referência. Parte da doutrina também traz esse mesmo entendimento, no entanto, essa distribuição do *onus probandi* parte da premissa de igualdade entre as partes, o que não ocorre no Processo do Trabalho, já que hipossuficiência do trabalhador não desaparece ao longo do processo.

Entretanto, o ônus da prova é rotineiramente utilizado como regra de julgamento, ignorando a condição de debilidade do trabalhador, recebendo, ainda, apoio de grande parte da doutrina. É nesse sentido que leciona Maurício Godinho Delgado, afirmando:

> Hoje, a teoria do ônus da prova sedimentada no Direito Processual do Trabalho, e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito, já franqueiam, pelo desequilíbrio do ônus probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviços), possibilidades mais eficazes na reprodução, no processo, da verdade real. 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 operario*[35].

Para melhor explicar os desdobramentos que envolvem essa regra de julgamento baseado no ônus da prova, faz-se necessário tecer breves comentários sobre a temática.

O ônus da prova pode ser subdividido em dois tipos: o ônus subjetivo e o objetivo. Enquanto o primeiro decorre de uma conduta das partes na instrução probatória, o segundo é uma regra de julgamento, que é dirigida ao magistrado.

O ônus objetivo é, portanto, uma regra para o magistrado, uma regra de julgamento. Após a instrução probatória, se não houver prova em relação a algum fato, por exemplo, o magistrado irá invocar o ônus objetivo. É aquele que distribui entre as partes do processo o risco pela não produção, pelo mau êxito de determinada prova.

Tal fato decorre do princípio da comunhão das provas, segundo o qual as estas pertencem ao processo, independentemente de quem seja o ônus subjetivo de provar, devendo o juiz formar seu livre convencimento a partir delas. Assim, o ônus objetivo é exatamente o risco que cada parte corre em caso de não conseguir produzir as provas referentes aos fatos apresentados.

Assim, no caso em análise, a desembargadora relatora utilizou-se dessa regra de julgamento, decidindo em desfavor de quem tinha o ônus de provar e não o fez. No entanto, considera-se tal aplicação no Processo do Trabalho injusta, já que, conforme enunciado alhures, o empregado possui maior dificuldade no momento de produção da prova, diferentemente do empregador que coibirá os demais empregados a testemunharam a seu favor, por exemplo, ficando desfavorecido o trabalhador hipossuficente.

No Direito do Consumidor, que conta também com uma parte mais frágil, o juiz poderá inverter o ônus da prova, *ope iudicis,* quando considerar verossímil a alegação do consumidor ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras de ordinárias de experiência, conforme o previsto no art. 6°, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Tal inversão facilita substancialmente a defesa do consumidor, mas ela só é possível na seara consumerista, o que se mostra absolutamente injusto, já que no processo do trabalho também há uma parte hipossuficiente.

Esse critério de inversão, por sua vez, deve observância às peculiaridades do caso concreto. Assim, existindo apenas uma ou as duas condições delineadas acima, o juiz poderá inverter o ônus da prova, favorecendo o consumidor.

35. Ibid., p. 214.

No entanto, existe outra teoria sobre a distribuição do ônus da prova que é chamada distribuição dinâmica do ônus da prova. Essa teoria é relativamente recente e não encontra guarida na legislação processual vigente, entretanto, é amplamente aceita no Brasil, sendo adotada inclusive pelo STJ[36], concretizando diretamente o princípio da igualdade.

Na distribuição dinâmica, o juiz pode redistribuir o ônus da prova para aqueles que mais bem possa suportá-lo, em face do princípio da igualdade. De forma sintética, essa teoria abarca os seguintes pressupostos: o encargo probatório deve ser distribuído de forma prévia e em abstrato; sua distribuição não pode ser inflexível; pouco importa quem assumirá o ônus, se réu ou autor; e não possui relevância a natureza do fato probando, ou seja, não importa se é modificativo, constitutivo ou extintivo[37].

É preciso esclarecer, contudo, o uso dessa teoria deve ser refutada se a redistribuição do *onus probandi* implicar em prova diabólica para a parte que restou com a incumbência probatória. Segundo Didier[38], trata-se de um pressuposto negativo para a aplicação da teoria.

O projeto do novo CPC, Projeto de Lei n. 8.046/2010, prevê expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme se depreende da análise dos artigos abaixo:

> **Art. 261.** O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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.
>
> **Art. 262.** Considerando as circunstâncias da causa e as , peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.
>
> **§1º.** Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.
>
> **§2º.** A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Verifica-se, portanto, que o intuito da distribuição dinâmica do ônus da prova, já utilizada por alguns magistrados, é fortalecer e homenagear a igualdade entre as partes no processo. É exatamente o mesmo que deseja o principio *in dubio pro operario* quando aplicado em matéria processual, já que o caráter hipossuficiente do trabalhador permanece atrelado ao processo, não havendo que se falar em isonomia entre as partes.

No entanto, os julgadores apresentam certa resistência ao princípio, baseando-se nos argumentos mais variados para negar-lhe aplicabilidade, dentre estes se destacam: a afirmação de que se trata de princípio de direito material e, por isso, não é aplicável no Processo do Trabalho; a alegação de que fere frontalmente a isonomia ou igualdade entre as partes no processo; a indicação de regras sobre o ônus probatório que prevaleceriam frente ao princípio, dentre outras.

No julgado abaixo, a desembargadora do TRT da 5ª Região, ao que parece, utilizou-se da teoria da distribuição dinâmica, mas preferiu nomeá-la de princípio da aptidão para a produção da prova, segundo o qual que o ônus de produção da prova caberia a quem possuísse melhores meios e condições de fazê-lo.

> **VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR.** A maioria da Turma julgadora entende que à luz do princípio da aptidão para a produção da prova, segundo o qual, o ônus de produzi-la cabe a quem tenha os melhores meios e condições de fazê-lo, compete ao empregador provar o desinteresse do empregado pela percepção do vale transporte. Isso

36. PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROCEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. REGRA GERAL DO ART. 333 DO CPC. INCIDÊNCIA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO.
[...]
'4. O processo monitório não encerra mudança na regra geral de distribuição do ônus da prova contida no art. 333 do CPC. O fato de, na ação monitória, a defesa ser oferecida em processo autônomo, não induz a inversão do ônus da prova, visto que essa inversão se dá apenas em relação à iniciativa do contraditório.
'[...]
6. **Apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitório admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**.
7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
REsp 1084371 / RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j.:01/12/2012, DJ:12/12/2011.
37. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil - Volume 2.** Salvador: Editora Jus Podivm, 6ª Edição, 2011, p. 97.
38. Ibid., p. 101.

> porque, ao empregado, é muito mais difícil provar que prestou as informações necessárias, do que ao empregador fazer prova de que o empregado descumpriu tal requisito.
>
> [...]
>
> **No entanto, revendo meu posicionamento, passei a entender que, à luz do princípio da aptidão para a produção da prova, segundo o qual, o ônus de produzi-la cabe a quem tenha os melhores meios e condições de fazê-lo, compete ao empregador provar o desinteresse do empregado pela percepção do vale-transporte. Isso porque, ao empregado, é muito mais difícil provar que prestou as informações necessárias, do que ao empregador fazer prova de que o empregado descumpriu tal requisito.**
>
> **No caso vertente, a reclamada não produziu qualquer prova, a fim de comprovar que a reclamante declarou não necessitar do benefício ou não tinha necessidade de utilização de transporte para o seu deslocamento residência-trabalho e vice-versa. Assim, deve-se presumir o interesse da empregada, parte hipossuficiente, em receber a parcela em comento.**
>
> [...]
>
> Recurso Ordinário n. 0143700-75.2009.5.05.0221, Rel.: Desembargadora Luiza Lomba, 2ª Turma, DJ: 26.08.10 (grifos nossos).

Pode-se observar, assim, no julgado em comento, que a aplicação dessa distribuição dinâmica do ônus da prova, certamente, garante maior efetividade ao processo. É o mesmo, sem dúvida, que se deseja com a aplicação do *in dubio pro operario* no Processo do Trabalho, já que, conforme mencionado alhures, o empregado, em decorrência da sua condição de hipossuficiência, encontra-se prejudicado, não conseguindo obter, muitas vezes, condições adequadas à defesa dos seus direitos.

No entanto, a hipossuficiência não pode servir de resguardo para aplicação sem moderação do princípio em comento. Não pode o trabalhador querer que sob a luz deste mesmo princípio lhe sejam concedidos todos os direitos, utilizando-se de modo desarrazoado deste, que é o que muitas vezes se observa. Talvez seja até mesmo por esta utilização desenfreada que tal princípio seja visto com "maus olhos" pelos julgadores.

Não se deve esquecer que moderação é uma das condições para aplicação do principio *in dubio pro operario*, não se pode esperar, portanto, que ele seja a panacéia para os trabalhadores, mas sim que seja aplicado observando as circunstâncias do caso concreto.

Assim, é reprovável quando se utilizam do princípio de forma errônea, pois, como já afirmado acima, este uso indevido o banaliza, conforme se observa em uma série de decisões. Dessa forma, muitas vezes a utilização devida desta regra não é recepcionada com seriedade pelos julgadores, o que resulta numa desvalorização do princípio.

São recorrentes os julgados em que se visualiza a enunciação do princípio *in dubio pro operario*, mesmo sem que haja nenhuma dúvida. Relembra-se, portanto, quais são as condições de aplicação enunciadas pela doutrina para que se utilize o princípio em comento, são elas: a existência de dúvida sobre o alcance da norma e a impossibilidade de confronto com a *ratio legis*.

Não deve ser possível, portanto, a utilização de princípio em estudo sem o comprometimento que este exige, devendo-se evitar a todo custo as aplicações descompromissadas, com intuito de vê-lo novamente prestigiado pela doutrina e jurisprudência.

Dessa forma, desconectadas com o objetivo do princípio são as utilizações em que a parte nada prova, não se sabe, no entanto, se por pura impossibilidade, mas apenas alega a aplicação do princípio, desejando que o seu caráter eminentemente protetivo se manifeste e garanta seus direitos de forma absoluta.

Este tipo de posicionamento ou conduta, definitivamente, não é o apregoado pelo presente trabalho, devendo, portanto, ser evitada, para que se caminhe à restauração do princípio *in dubio pro operario*, conferindo-lhe maior aplicabilidade do que hoje os tribunais lhe oferecem.

Assim, pode-se afirmar que os posicionamentos expostos ao longo do presente tópico foram resultado de uma extensa análise de decisões de diversos tribunais, mais de 80, dentre as quais se destacou algumas, por considerá-las mais interessantes ao debate proposto. Além dos acórdãos regionais, firmou-se ainda o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, que segue a mesma linha da inaplicabilidade no que tange a matéria probatória, adotando a teoria do *onus probandi*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise de todas as premissas teóricas que permeiam a matéria, bem como a discussão sobre a aplicação do princípio objeto do presente trabalho pelos Tribunais do Trabalho, destacam, por oportuno, as principais conclusões que se podem inferir deste estudo.

Ao analisar a aplicabilidade do *in dubio pro operario* no Processo do Trabalho, percebe-se que, hodiernamente, o princípio está desacreditado, ante a ausência de um estudo mais aprofundado sobre o tema.

Muitos doutrinadores e julgadores, ao analisar o princípio *in dubio pro operario*, afirmam que se trata de assunto referente ao direito material, não sendo possível a sua aplicação na seara processual, já que afetaria o princípio da isonomia, necessária a um processo, consoante observou-se na análise dos julgados. Contudo, conforme já argumentado ao longo do presente trabalho, processualistas renomados como Bezerra Leite e Wagner Gligio entendem plenamente aplicável o princípio protetor em sede processual.

Esse discurso pela inaplicabilidade segue sendo reproduzido sem que se pare para analisar a outra vertente, o que inviabiliza a entrega de uma prestação jurisdicional mais justa. Falar em isonomia das partes no processo do trabalho é uma falácia, já que hipossuficiência do trabalhador a este é inerente, não se desvinculando no momento processual. Trata-se, portanto de uma ideia que repetida muitas vezes tornou-se uma verdade praticamente incontestável.

A hipossuficiência que justifica a proteção do trabalhador no direito material também o afeta durante o processo, podendo-se dizer que até mesmo mais duramente, já que, na maioria dos casos, o obreiro no momento da ação judicial encontra-se desempregado, sem meios de arcar com a sua subsistência e de seus familiares.

Ademais, nota-se que essa hipossuficiência ainda se manifesta em um dos momentos mais importantes da lide trabalhista, que é a instrução probatória. O empregado possui muito mais dificuldade na produção de provas que o empregador, na prova testemunhal, por exemplo, ele conta com poucas possibilidades para provar algo que acontece no âmbito da empresa, por exemplo, pois só poderá contar, basicamente, com colegas que também já foram dispensados, já que muitos trabalhadores desejam evitar qualquer indisposição com o empregador, não se comprometendo, portanto, a auxiliar o colega. O empregador, por outro lado, na maioria dos casos, se valerá de seus empregados, em decorrência do poder diretivo que possui, além disso, dispõe ainda de uma vasta documentação, como cartões de ponto, contrato de trabalho, enfim, sua vantagem na seara probatória é inegável.

Desta forma, resta evidenciada a condição de debilidade do empregado no processo trabalhista, não havendo que se falar isonomia. Assim, do mesmo modo que o princípio da proteção atua no direito material, este deve ser posto em prática no direito processual, sob pena de não garantir a efetividade que se busca na prestação jurisdicional, pois, como já dito, o direito processual é, em última instância, instrumento para a consecução dos direitos dos trabalhadores.

Verifica-se, ainda, na análise das decisões, que muitos julgadores ao apreciarem a aplicação do *in dubio pro operario* no processo do trabalho apenas o refutam, afirmando-o como inaplicável, mas não rechaçam os argumentos que baseiam a sua aplicabilidade, muitos, até mesmo, nada mencionam, passando em branco, no que tange a esta questão.

Outros, por sua vez, aplicam a regra do ônus da prova objetivo, consubstanciada nos artigos 333 do CPC e 818 da CLT, que é critério de julgamento. Assim, caso haja dúvida na apreciação da matéria fática, ou haja prova dividida, julgar-se-á com base em que no critério de quem tinha o ônus na prova, mas desse não se desincumbiu, sendo-lhe, portanto, desfavorável a decisão neste aspecto.

Contudo, observa-se que este critério objetivo quando utilizado não oferece justiça às decisões, principalmente na lide trabalhista, em que o empregado possui dificuldades óbvias na produção da prova. Por isso, que se faz necessária a aplicação do *in dubio pro operário*, quando existentes as condições para a sua utilização, condições estas já expostas.

No entanto, observa-se, ainda, a existência decisões mais atinadas e consentâneas com a realidade do trabalhador, como é o caso da decisão da Desembargadora Luiza Lomba, que aplicou a distribuição dinâmica do ônus da prova, denominada por ela de princípio de aptidão para a produção da prova.

Mas, de um modo geral, as decisões mais recorrentes são, infelizmente, pela inaplicabilidade do princípio na seara processual, pelas razões mais diversas e expostas a exaustão pelo presente trabalho. Verifica-se, portanto, que o princípio protetor, assim, como seus consectários anda desvalorizado tanto pela doutrina como pelos Tribunais, ante os problemas que sofre a doutrina juslaboral, e, por isso, considera-se a propalada proteção durante a lide trabalhista, apenas um mito.

5. REFERÊNCIAS

CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

CESARINO, Jr., Antônio. **Direito Social Brasileiro**, 5ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil - Volume 2.** Salvador: Editora Jus Podivm, 6ª Edição, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 6ª Edição, 2007.

GLIGIO, Wagner; CORRÊA, Cláudia Gligio. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 16. Edição, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direto Processual do Trabalho**. São Paulo, Editora Saraiva, 9. Edição, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 27ª Edição, 2011.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re) Pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

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

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA; Lima. **Instituições de Direito do Trabalho- Vol.2**. 19ª Edição, São Paulo: LTr, 2000.

A Emenda Constitucional n. 24/99 e o processo do trabalho: mutações infraconstitucionais e ajustes conforme a constituição

Luciano Athayde Chaves[1]

Resumo • O presente estudo objetiva examinar, a partir do filtro da hermenêutica constitucional, os possíveis efeitos, de cariz intertemporal, da Emenda Constitucional n. 24/99, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho, sobre as regras de organização e funcionamento dos diversos órgãos deste ramo do Poder Judiciário da União, bem como sobre algumas regras procedimentais, ressaltando o poder-dever do intérprete e aplicador do Direito em proceder aos necessários ajustes na leitura e aplicação das normas eventualmente atingidas, diretas ou reflexamente, pelas alterações promovidas no texto constitucional pelo Constituinte Derivado.

Palavras-chave • Constitucional – Processo do Trabalho – Emenda Constitucional n. 24/99 – Representação Classista – Extinção – Efeitos.

Sumário • 1. Introdução; 2. Poder Constituinte Derivado: a força normativa da Constituição e seus efeitos sobre as normas processuais pré-constitucionais; 3. O novo desenho jurisdicional da Justiça do Trabalho: Juiz do Trabalho ou Vara do Trabalho?; 4. Sobre o procedimento de julgamento de exceções de suspeição (ou impedimento) opostas em face de Juiz do Trabalho; 5. Sobre a publicação das decisões monocráticas: forma, publicação e contagem do prazo (Súmula n. 197 do TST); 5.1. A forma das decisões monocráticas na Justiça do Trabalho de 1º Grau; 5.2. Publicação da sentença monocrática; 5.3. Contagem do prazo para eventual recurso ou para o trânsito em julgado da decisão: uma leitura conforme a Constituição (após a Emenda n. 24/99) da Súmula n. 197 do TST; 6. Ainda é necessária a designação automática de audiência para todos os processos em fase de conhecimento?; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Numa primeira leitura do título deste estudo, o leitor poderia, legitimamente, cogitar: por que escrever a esta altura sobre a Emenda n. 24, que é de 9 de dezembro de 1999? Por que não tratar do tema antes, mais cedo, mais consentâneo ao tempo dessa reforma constitucional?

Uma confissão e a oportunidade.

A **confissão**: há muito desejava escrever sobre esse assunto, nomeadamente pelas profundas alterações culturais – no que se refere ao *ethos* da Justiça do Trabalho - e procedimentais que se descortinavam diante da comunidade dos seus atores após a Emenda n. 24.

Após décadas de composição paritária, abria-se uma histórica oportunidade de ajustamento do perfil jurisdicional da Justiça do Trabalho com a exclusividade da profissionalização de sua Magistratura, mercê da complexificação das relações jurídico-sociais.[2]

Trata-se de um contexto que demanda maior interação hermenêutica diante das diversas (e muitas vezes antinômicas) fontes do Direito, de produção estatal ou profissional.

De outro lado, os anos 90 se revelaram de grande ebulição política, uma espécie de "tempo de transição" para o progressivo debate sobre alguns aspectos valorativos e éticos da vida pública nacional, do qual não escapou – por razões que não nos debruçaremos

1. Juiz do Trabalho da 21ª Região. Titular da 2ª. Vara do Trabalho de Natal/RN. Mestre em Ciências Sociais (UFRN). Professor de Direito Processual do Trabalho e de Hermenêutica e Teoria da Argumentação Jurídica (UFRN). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). E-mail: lucianoathaydechaves@gmail.com.

2. Sobre o tema, cf.: FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

aqui[3] – o problema da composição da representação classista na Justiça do Trabalho.

Quanto à **oportunidade**, devo sublinhar que a passagem do tempo talvez tenha contribuído para o amadurecimento da necessidade de se falar algo a respeito dos efeitos da Emenda n. 24 sobre o Processo do Trabalho, notadamente quando, mais de dez anos depois, praticamente nenhum ajuste legislativo foi perpetrado na parte processual da Consolidação das Leis do Trabalho, em ordem a promover a adequação de suas regras ao novo desenho político-institucional, projetado pelo Poder Constituinte Derivado para a Justiça do Trabalho.

Contemplando esse lapso temporal, é possível constatar a necessidade desse debate. Vários aspectos procedimentais – de maior ou menor relevo – ainda carecem de uma científica investigação após a mencionada reforma. O processamento das exceções de suspeição em face do Juiz do Trabalho, as formas processuais das decisões, a técnica dos julgamentos (publicação das decisões, contagem do prazo para recurso), a designação do órgão jurisdicional de Primeiro Grau, dentre outros, são temas que ainda precisam ser objeto de um cuidadoso olhar.

Passar em revista, portanto, o Processo do Trabalho após a Emenda n. 24, observando-se o que dispõe a hermenêutica constitucional acerca dos efeitos e a envergadura de uma reforma constitucional sobre a ordem jurídica que lhe é súdita[4], é medida cuja oportunidade ainda é atual e necessária.

2. PODER CONSTITUINTE DERIVADO: A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E SEUS EFEITOS SOBRE AS NORMAS PROCESSUAIS PRÉ-CONSTITUCIONAIS

Para pavimentar um apropriado exame dos efeitos da Emenda n. 24 sobre as regras processuais contidas, principalmente, no Título X da Consolidação das Leis do Trabalho, é importante sublinhar o que a *hermenêutica constitucional* dispõe a respeito do fenômeno intertemporal decorrente do advento de normas de estatura fundamental sobre o tecido normativo subalterno ou infraconstitucional.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho, a *condição hierárquico-normativa* das normas constitucionais se projeta em diversas dimensões.

Uma delas se constitui na ideia de *autoprimazia normativa*, no sentido de que "*as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior*" (*Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª. Edição, 2002, p. 1133).

Outra dimensão diz com a sua *força heterodeterminante*, nomeadamente na sua faceta *negativa*. É dizer: as normas hierarquicamente inferiores (Direito Ordinário) hão de se converter em "Direito Constitucional concretizado" (CANOTILHO, 2002, p. 1135), em ordem que a tessitura normativa infraconstitucional deve apresentar *conformidade formal e material* com a sua matriz fundante e legitimadora, que é a própria Constituição (na sua formulação originária ou reformada).

Nesse contexto, observa o jurista lusitano, o Direito Constitucional é concebido como parâmetro material de todos os ramos

3. Tive a oportunidade de aprofundar esse aspecto histórico da representação paritária na Justiça do Trabalho em outro texto (cf.: CHAVES, Luciano Athayde. *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 162 e ss.). Acresço, no entanto, que ainda são raros os estudos e os enfoques sobre esse capítulo da trajetória da Justiça do Trabalho. Muitas questões, mesmo à época em que vigente o modelo de magistratura tripartite, não foram adequadamente enfrentadas. Por exemplo: em alguns tribunais, o representante classista, além de receber igualmente a distribuição de feitos, conhecia e processava medidas cautelares, mandados de segurança, ações rescisórias, dentre outros procedimentos de caráter técnico, com direito, inclusive, a concessão de liminares. Tal prerrogativa, escudada em regimento interno, não encontrava, a meu ver, respaldo na legislação, na medida em que a simetria com o que sucedia em Primeiro Grau, onde os vogais não ostentavam qualquer prerrogativa semelhante, desautorizava a violação do princípio do juiz natural pela normatização interna do tribunal. Além disso, essa previsão regimental desaguava num paradoxo irrespondível: como cometer a um juiz-leigo o exame da abusividade ou não, em face do Direito, de uma decisão judicial hostilizada pela via mandamental? Apesar de pouco explorado, esse foi também um fator que contribuiu para o desgaste do sistema originalmente desenhado para a Justiça do Trabalho e que resultou na Emenda n. 24.

4. Trata-se do caráter da "supralegalidade" de que se reveste a Constituição, "*que a impõe sobre todos os textos legislativos, atos administrativos e jurisdicionais*" (DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 36).

do Direito, inclusive o processual, o qual é tido atualmente como "*materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais, e, nesse sentido, se fala da crescente 'constitucionalização' da ordem processual civil, e, sobretudo, penal*" (2002, p. 1135).

Delineada sua supremacia, temos que – sob o ponto de vista intertemporal -, não se cogita da eficácia de normas hierarquicamente inferiores em face da constituição, as quais passam por uma espécie de filtro: *a consideração hermenêutica de recepção*.

Essa ferramenta tem o mérito de não deslegitimar – a um só golpe – o tecido normativo pré-constitucional, quando da gênese de um novo paradigma constitucional. Em princípio, o chamado direito pré-constitucional pode seguir legitimado a ter eficácia, desde que guarde compatibilidade com o seu tronco legitimador.

O que sucede, porém, com frequência é que essa consideração de compatibilidade, no que se constitui o fenômeno da recepção, ganhe relevo em sua manifestação implícita, isto é, sem que haja qualquer disposição expressa da Constituição quanto a revogação ou não de normas inferiores.

Não se trata, portanto, de inconstitucionalidade superveniente, mas de revogação, diante da falta de recepção de normas infraconstitucionais em face da Constituição, e cujo controle é exercido de forma difusa, ou, excepcionalmente, pela via subsidiária da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), por meio da qual se pode perquirir sobre a conformidade de normas pré-constitucionais em confronto com os preceitos contidos na Constituição em vigor.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como estampa o seguinte aresto:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DE ATO ESTATAL EDITADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA CF/88. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de Constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova constituição, à tutela jurisdicional de Constitucionalidade *in abstracto* – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95/993 – 99/544) – foi reafirmado por essa Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. **A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores**. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade (STF, ADIQO-7/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.09.1992) (Grifei)

Tendo em conta esses conceitos e essas ferramentas hermenêuticas, cabe agora confrontar as alterações promovidas pela Emenda n. 24 com as disposições processuais do trabalho, examinando as possíveis antonímias derivadas do fenômeno intertemporal projetado pela atuação do Constituinte Derivado.

3. O NOVO DESENHO JURISDICIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO: *JUIZ DO TRABALHO* OU *VARA DO TRABALHO*?

Por certo que os debates políticos - que culminaram com a promulgação da Emenda n. 24 – gravitaram em torno da extinção, propriamente dita, da representação classista na Justiça do Trabalho, mas o resultado normativo das alterações promovidas sobre suas regras constitucionais de organização demandam uma olhar mais atento.

A primeira regra constitucional alterada pela Emenda n. 24 foi a inserta no art. 111, inciso III, cujo *caput* explicita quais são os órgãos da Justiça do Trabalho.

No plano do Primeiro Grau de Jurisdição, de que trata precisamente o inciso III, as "Juntas de Conciliação e Julgamento", órgãos colegiados, de composição tripartite (Juiz do Trabalho de carreira e dois vogais, um representante profissional e outro dos empregadores), foram substituídas apenas pelos "*Juízes do Trabalho*".

A jurisdição em Primeiro Grau passou, portanto, por uma aguda transformação de arquitetura jurisdicional, tendo a reforma constitucional em estudo introduzido um modelo semelhante ao que sucede nos demais ramos do Poder Judiciário (cf. art. 106, II; art. 118, III; art. 122, II, parte final; e 125, § 3º, CF), com o exercício monocrático da jurisdição pelo Juiz do Trabalho de carreira, apenas.

Uma nota importante: no lugar das Juntas, há, desde então, os Juízes do Trabalho, que são os órgãos jurisdicionais.

Algumas publicações da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como textos da literatura especializada, sem esquecer também de muitos julgados, não têm observado com a atenção devida essa peculiaridade, e indicam, como órgão judicante de Primeiro Grau, a *Vara do Trabalho*.

Sucede que, de acordo com a Constituição, *Vara do Trabalho* **não é órgão judicante**, mas apenas unidade organizacional onde atua(m) o(s) órgão(s) judicante(s): um ou mais de um Juiz do Trabalho.[5]

Isso porque o atual regime legal permite que, ao lado do Juiz Titular da Vara do Trabalho, também atue outro, em substituição legal ou em regime de auxílio (cf. art. 656, CLT, com a redação dada pela Lei n. 8.432/92).[6]

5. Talvez o equivocado uso da denominação "Vara do Trabalho" tenha sido conseqüência de **duas ordens** de consideração: a idéia de substituição da "Junta" por uma expressão mais aproximada de impessoalidade: a "Vara". Sucede que a Junta de Conciliação e Julgamento era órgão jurisdicional, ainda que não a única em 1º Grau, mesmo antes da Emenda n. 24. Isso porque os arts. 659, II, e 877 da CLT reservavam – e ainda reservam, por suposto – a atribuição de cumprimento das decisões ao Juiz (até o advento da Emenda n. 24 chamado togado ou de carreira). É dizer: as Juntas, enquanto órgão jurisdicional colegiado, apenas atuavam na chamada fase de conhecimento, e, mesmo assim, nas decisões de mérito. Os atos de impulsionamento do processo e as decisões interlocutórias sempre estiveram no rol de atribuições do então denominado Juiz Presidente da Junta, nos termos do rol de atribuições conferidas pelo já mencionado art. 659 da CLT. A **segunda consideração** possivelmente tem relação estreita a uma visão da pirâmide organizacional da Justiça do Trabalho. Visualizando-se os tribunais, a partir do 2º Grau de jurisdição, assenta-se uma tendência de se procurar um órgão igualmente impessoal no 1º Grau. Sucede que os tribunais, a rigor, carregam, sob a mesma denominação, duas projeções distintas: é órgão jurisdicional colegiado – quando em sua composição Plena -, mas é também unidade administrativa onde atuam outros órgãos fracionários de caráter jurisdicional, como, por exemplo: órgão especial, seções, câmaras ou turmas, presidência, corregedoria, etc. Aos tribunais, também sob a dimensão administrativa, estão vinculados os juízes do trabalho, sendo aqueles os órgãos de correição e disciplina. Essa natureza bifronte da expressão "tribunal" merece exata compreensão sempre que a utilizarmos.

6. Esse regime de auxílio, a depender de um sistema objetivo de lotação ou zoneamento de Juízes (cf. art. 656, § 1º, CLT; STF, MS 27.958, Rel. Min. Ricardo Lewandovsky), encontra-se, no caso do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, por exemplo, disciplinado pela Resolução Administrativa n. 48/2011 (disponível em www.trt21.jus.br), de cujo inteiro teor transcrevo os seguintes dispositivos: "Art. 1° A lotação, zoneamento e designação dos Juízes do Trabalho Substitutos da 21a Região, bem como a distribuição das atividades jurisdicionais e administrativas no Primeiro Grau, observam as normas contidas na presente Resolução Administrativa, que se orienta pelos seguintes princípios: I - efetividade na entrega da prestação jurisdicional, em prazo razoável; II - eficiência na gestão processual; III - governança dos Juízes nas atividades administrativas de Primeiro Grau; IV - cooperação; V - prestígio à antiguidade na carreira da Magistratura; VI - distribuição equitativa das atividades jurisdicionais [...] Art. 2° Para fins de lotação e zoneamento dos Juízes do Trabalho Substitutos, a jurisdição territorial do Tribunal Regional do Trabalho da 21a Região é dividida em três circunscrições: [...] Art. 3° Os Juízes Substitutos serão designados para atuar nas Unidades Judiciárias de primeiro grau do Tribunal Regional da 21a Região de acordo com a conveniência do serviço, os interesses da Administração e dos jurisdicionados, observando-se os seguintes regimes: I - Lotação, como Juiz Auxiliar, em caráter permanente, a ser prestada por Juízes do Trabalho fixos, lotados nas unidades judiciárias de Natal e Mossoró, independentemente da movimentação processual e, nas demais unidades, que contem com média de 1000 (um mil) processos distribuídos, nos últimos dois anos, para que haja planejamento das atividades judiciárias; II - Auxílio em caráter temporário, a ser prestado preferencialmente por Juízes do Trabalho da Reserva Técnica, objetivando execução de programas ou projetos específicos e em casos de acúmulo extraordinário de serviço na Unidade Judiciária; III - Substituição, em caráter temporário, a ser prestado preferencialmente por Juízes Substitutos da Reserva Técnica, quando a Unidade Judiciária para a qual for designado não contar com Juiz Titular em exercício ou este estiver afastado da jurisdição; IV - Zoneamento, a ser prestado em caráter permanente, preferencialmente por Juízes do trabalho zoneados na circunscrição, de forma compartilhada entre as Unidades Judiciárias. Art. 4° As Unidades Judiciárias que contem com o regime de lotação são atendidas por um Juiz Titular e um Juiz Auxiliar. Parágrafo único. A Corregedoria observará

Logo, por ausência de recepção, é necessário que o intérprete da legislação trabalhista faça **interpretação conforme a Constituição**, sempre que diante da expressão "Junta de Conciliação e Julgamento", tomando-se, no seu lugar, a força normativa da expressão "Juízes do Trabalho", de que trata o art. 111, III, reformado pela Emenda n. 24.

Desse modo, não é tecnicamente adequado se dirigir, em petições, por exemplo, à "Vara do Trabalho", tampouco é ajustado que o Magistrado do Trabalho consigne expressões do tipo "decide a Vara do Trabalho", dentre outras semelhantes.

Pessoalmente, tenho que, após a Emenda n. 24, os textos judicantes devem seguir a regência da primeira pessoa (decido, defiro, entendo, concedo, acolho, etc.). Além de se aproximar mais da ideia de órgão judicante unipessoal ou monocrático, projeta ao

a média de processos distribuídos, igual ou superior a 1000 (um mil), no período de dois anos, a fim de se verificar a necessidade de permanência do regime de lotação e a possibilidade de inclusão das demais Unidades Judiciárias neste regime. Art. 5° A distribuição dos Juízes Substitutos mediante lotação ou zoneamento será feita pelo Presidente e Corregedor e observará o critério da antiguidade - de acordo com a última lista de antiguidade publicada pelo Tribunal - e a preferência manifestada pelo interessado pela Circunscrição e, quando couber, pela Unidade Jurisdicional. § 1° O Presidente e Corregedor expedirá edital para que os interessados manifestem sua preferência por escrito, em oito dias, para ocupação da vagas disponíveis; § 2° Na manifestação tratada no parágrafo anterior, cada Juiz, ou procurador regularmente constituído, deve considerar todas as vagas disponíveis, e, de forma expressa, a ordem de preferência de cada uma das vagas. § 3° Os Juízes que não forem lotados ou zoneados, em razão do critério de antiguidade, constituirão a Reserva Técnica, ficando a critério da administração a sua atuação. § 4° Cabe ao Presidente e Corregedor designar o Juiz Substituto que permanecer em silêncio no prazo estabelecido pelo § 1° deste artigo. § 5° O Presidente e Corregedor do Tribunal Regional da 21a Região expedirá os atos de designação para atuação em regime de Lotação, Zoneamento ou Reserva Técnica. § 6° Nas distribuições subsequentes, a Presidência do Tribunal publicará edital para que os Juízes Substitutos, no prazo de cinco dias, manifestem interesse na ocupação das vagas abertas. § 7° O Juiz que exercer a preferência pela CAEX, de acordo com a antiguidade, será nela lotado, sem prejuízo de sua atuação jurisdicional em regime de auxílio temporário ou substituição nas Varas do Trabalho da Primeira Circunscrição, caso não haja disponibilidade na Reserva Técnica em razão da necessidade de serviço. § 8° Havendo necessidade excepcional, em razão de não disponibilidade de Juiz nos quadros da Reserva Técnica, o Juiz lotado ou zoneado poderá ser designado, em caráter temporário, para atuar em Vara diversa a correspondente a sua lotação ou abrangida pelo seu zoneamento, retornando à origem depois de cessada a causa [...] Art. 6° Os Juízes do Trabalho Titulares e Substitutos têm iguais condições materiais de trabalho e de recursos humanos disponíveis, cabendo ao Juiz Titular a administração da Unidade Judiciária, com auxílio do Juiz Substituto em todas as atividades de natureza administrativa. § 1° Providências administrativas urgentes podem ser adotadas pelo Juiz Substituto na ausência eventual do Juiz Titular, sujeitas a posterior ratificação por este. § 2° Cabe ao Juiz do Trabalho Substituto a administração da Unidade Judiciária na qual estiver lotado ou zoneado em caso de vacância da titularidade ou impedimento do Juiz Titular. § 3° Encontrando-se a Vara com dois Juízes Substitutos lotados simultaneamente, a administração da unidade judiciária competirá ao Zoneado. Não havendo juiz Zoneado, a administração será exercida pelo Substituto mais antigo, conforme a lista de antiguidade. § 4° Ao Juiz Auxiliar lotado na Unidade de Jurisdição compete a indicação de servidor para função comissionada de sua assistência. Caso não haja Juiz Substituto lotado na Vara a função comissionada poderá ser ocupada, temporariamente, por servidor indicado pelo Juiz Titular. § 5° Os Juízes Substitutos têm as mesmas funções jurisdicionais dos Juízes Titulares, devendo seu exercício pautar-se pelo auxílio mútuo e recíproco. § 6° As atividades da Secretaria da Vara do Trabalho são comuns ao Juiz Titular e ao Substituto que nela atuem. § 7° Os gabinetes dos Juízes são compostos, por, no mínimo, um assistente de Juiz e um estagiário, vinculados ao Juiz Titular e ao Juiz Substituto. Art. 7° A divisão de trabalho nas Varas em que houver regime de lotação é equânime, de acordo com as classes processuais, observando-se critérios objetivos de distribuição dos processos. § 1° Aos Juízes Titulares são encaminhados os processos com numeração final ímpar, desconsiderando-se o dígito verificador. Aos Juízes Auxiliares cabem os processos com numeração final par, desconsiderando-se o dígito verificador. § 2° Os processos têm sua tramitação determinada pelo Juiz respectivo, que tem liberdade na fixação da pauta de audiência. § 3° A identificação dos processos é providenciada mediante aposição das expressões "Juiz Titular" e "Juiz Auxiliar" na capa do processado, conforme a distribuição entre pares e ímpares. § 4° Os processos são distribuídos aleatoriamente, com compensações automáticas nos casos de suspeição e impedimento. Art. 8° Os Juízes lotados na Unidade Judiciária podem estabelecer, de comum acordo, compensações de serviços, respeitados os princípios da economia e da celeridade processual, prevalecendo o interesse jurisdicional. § 1° Nos casos de suspeição e impedimento, o processo é redistribuído ao outro Juiz lotado na Vara do Trabalho, com compensação. § 2° A homologação de acordo é providenciada pelo Juiz condutor do processo, salvo casos devidamente justificados, a fim de não prejudicar a prestação jurisdicional e a independência funcional de cada magistrado. § 3° Na eventual ausência do Juiz a quem couber o processo por distribuição cabe ao Magistrado em exercício na Unidade Judiciária apreciar as tutelas de urgência, remetendo-se, em seguida, ao Juiz para o qual o processo foi distribuído. [...]".

jurisdicionado compromisso institucional entre o que se decide e quem decide. Do ponto de vista estético-linguístico, pois, essa posição me parece melhor.

Também não me parece tecnicamente apropriado que se encaminhe processos ou expedientes "para a Vara do Trabalho", que não é órgão jurisdicional. E, mesmo como unidade administrativa, aloja diversos atores institucionais (juízes, diretor de secretaria, servidores), sendo de todo conveniente que se indique a quem se destina determinado expediente.

Ainda nesta parte, alguns rápidos registros acerca dos efeitos da Emenda n. 24/99 sobre os demais graus de jurisdição da Justiça do Trabalho.

Quanto ao Tribunal Superior do Trabalho, a Emenda n. 24, de forma expressa, também eliminou a presença dos representantes classistas, reduzindo-se o número de ministros para 17 (dezessete). A composição somente foi restaurada ao número de 27 (vinte e sete) com a Emenda Constitucional n. 45/2004.

No tocante aos tribunais regionais, a previsão de representação paritária foi eliminada (art. 113, CF), mas não houve expressa determinação quanto à (re)composição de seus quadros de magistrados. Por essa razão, com a chancela da interpretação do Supremo Tribunal Federal[7], os cargos antes destinados à representação do vocalato foram assegurados aos magistrados vitalícios.

Outra alteração levada a efeito pela Emenda 24 diz respeito à composição das turmas julgadoras nos tribunais, que ajustaram seus regimentos internos para permitir a atuação mínima de três julgadores, a despeito do que estatui os arts. 670, § 8 e 672, § 1º da CLT, atingidos pela extinção da representação classista.

Sobre o tema, oportuna a reprodução de aresto do Tribunal Superior do Trabalho:

> RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. QUÓRUM DE VOTAÇÃO DE TURMA JULGADORA NO TRT. MÍNIMO DE TRÊS MAGISTRADOS. ARTS. 672, § 1º, DA CLT E 555 DO CPC. Caso em que a Turma não conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante, no item relativo à preliminar de nulidade do julgamento do recurso ordinário em face da ausência de quórum mínimo no TRT, por entender que a aplicação subsidiária do art. 555 do CPC, apontado como violado, é incabível, na medida em que a matéria, no processo do trabalho, está disciplinada pelo art. 672, § 1º, da CLT. Consignou que, de acordo com o disposto no art. 769 da CLT, somente é aplicável o direito processual comum como fonte subsidiária, nos casos omissos e quando houver compatibilidade das normas previstas na CLT. Verifica-se, todavia, que inexiste a alegada incompatibilidade, visto que o dispositivo da CLT que trata da matéria faz referência à representação classista, a qual foi extinta pela Emenda Constitucional 24/99, o que confirma a possibilidade de também se adotar o art. 555 do CPC como fundamento para a exigência do *quorum* mínimo de votação de três magistrados nos tribunais trabalhistas. Constata-se, ademais, que a norma constante do CPC é uma repetição da norma prevista na CLT, com a exclusão da representação classista, o que afasta a suposta incompatibilidade. Considerando, pois, que o julgamento colegiado a ser

7. "MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CLASSISTA NA JUSTIÇA LABORAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 24/99. VAGAS DESTINADAS A ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE. 1 - Legitimidade do Presidente da República para figurar no pólo passivo do writ, tendo em vista ser ele o destinatário da lista tríplice prevista no § 2º do art. 111 da Constituição Federal, visando ao provimento dos cargos em questão. Precedente: MS nº 21.632, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 2 - Não aplicação, ao mandado de segurança coletivo, da exigência inscrita no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, de instrução da petição inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e da indicação dos seus respectivos endereços. Requisito que não se aplica à hipótese do inciso LXX do art. 5º da Constituição. Precedentes: MS nº 21.514, rel. Min. Marco Aurélio, e RE nº 141.733, rel. Min. Ilmar Galvão. 3 - Composição do Tribunal Superior do Trabalho. Proporcionalidade. Emenda nº 24/99. Artigos 111, § 1º, 94 e 115, caput da Constituição Federal. Por simetria com os TRF's e todos os demais tribunais de grau de apelação, as listas tríplices haverão de ser extraídas das listas sêxtuplas encaminhadas pelos órgãos representativos de ambas as categorias, a teor do disposto no art. 94, in fine. A regra de escolha da lista tríplice, independentemente de indicação pelos órgãos de representação das respectivas classes é restrita aos tribunais superiores (TST e STJ). Não procede a pretensão da impetrante de aplicar aos Tribunais Regionais do Trabalho a regra especial de proporcionalidade estatuída pelo § 1º do art. 111 da Constituição, alusiva ao Tribunal Superior do Trabalho. Segurança denegada" (STF, MS 23769, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 03.04.2002).

> realizado no âmbito dos tribunais trabalhistas é constituído de, no mínimo, três magistrados, exigência prevista também nos regimentos internos dos Tribunais, e que, no caso, consta da certidão de julgamento que o recurso foi julgado por apenas dois magistrados, visto que o terceiro presente à sessão absteve-se de julgar porque estava impedido para atuar no processo, impõe-se o reconhecimento da nulidade do acórdão regional por vício na composição da Turma julgadora. Recurso de embargos conhecido e provido (TST-E-ED-RR-64900-81.2005.5.01.0060, SBDI-I, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, divulgado no DEJT de 25/3/2011).

Em realidade, essa posição veio a pacificar uma inicial hesitação que pairou sobre a Justiça do Trabalho na leitura – após a Emenda n. 24/99 – dos mencionados dispositivos da CLT.

É que, em grande medida, a possibilidade de constituição de turmas com três magistrados abria, do ponto de vista institucional, uma janela de profundas modificações para os Tribunais Regionais, em especial aqueles de composição mínima ou de menor composição, que até então somente funcionavam na sua formação plenária.

A estabilização do tema fecundou uma nova apresentação de órgãos judicantes fracionários na Justiça do Trabalho, que tem contribuído para a melhoria da *performance* jurisdicional, na medida em que oportunizou uma maior dinâmica no julgamento dos recursos.

Assim, vê-se que a Emenda n. 24/99 contribuiu também para o processo histórico de concretização do preceito da duração razoável do processo, de cariz supralegal, porquanto se constitui tema não só consagrado pela ordem constitucional interna, mas também homenageada por conhecidas normas internacionais (*Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José*, art. 8º, 1; *Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, arts. 5º e 6º).

4. SOBRE O PROCEDIMENTO DE JULGAMENTO DE EXCEÇÕES DE SUSPEIÇÃO (OU IMPEDIMENTO) OPOSTAS EM FACE DE JUIZ DO TRABALHO

A mudança constitucional na estrutura dos órgãos da Justiça do Trabalho, levada a efeito pela Emenda n. 24, fez surgir dúvidas quanto à conformação procedimental da exceção de suspeição (ou impedimento[8]) em face do Juiz do Trabalho.

O modelo descrito na CLT (art. 802) estabelece o processamento e o julgamento pelo próprio órgão, já que parte da premissa de sua composição colegiada:

> Art. 802 - Apresentada a exceção de suspeição, o juiz ou Tribunal designará audiência dentro de 48 (quarenta e oito) horas, para instrução e julgamento da exceção.
>
> § 1º - Nas Juntas de Conciliação e Julgamento e nos Tribunais Regionais, julgada procedente a exceção de suspeição, será logo convocado para a mesma audiência ou sessão, ou para a seguinte, o suplente do membro suspeito, o qual continuará a funcionar no feito até decisão final. Proceder-se-á da mesma maneira quando algum dos membros se declarar suspeito.
>
> § 2º - Se se tratar de suspeição de Juiz de Direito, será este substituído na forma da organização judiciária local.

Apesar de não estar previsto expressamente, o costume judiciário se firmou, no âmbito do 1º Grau, no sentido de condução do processo, uma vez oposta a exceção, por outro membro da então Junta: se a exceção foi oposta, por exemplo, contra o Juiz Presidente, assumia a condução do processo o seu substituto legal.

É de lembrar ser um dever de o juiz dar-se por impedido ou declarar sua suspeição, inclusive por motivo de foro íntimo (art. 137, CPC).

8. Faço a referência, entre parêntesis, à outra hipótese de defesa indireta contra o processo, relativamente ao órgão julgador, porque a CLT não cogita, de forma expressa, a exceção de impedimento. No entanto, assentou-se, desde muito, a simetria, no particular, entre o Processo Comum, em homenagem à Teoria Geral do Processo, que admite processamento, como exceção, tanto as razões capituladas como suspeição, quanto aquelas tipificadas como impedimento. É que o art. 801 da CLT trata de temas próprios da suspeição do juiz (inimizade, amizade, interesse) e de impedimento (parentesco) sob o manto geral de "suspeição", em ofensa à melhor técnica contemporânea do processo geral. No Código de Processo Civil, o tema é apresentado de forma mais didática e técnica, descrevendo no art. 134 as situações que geram impedimento do juiz, e nos arts. 135 e 136, os motivos de sua possível suspeição.

Pois bem. Com o advento do novo modelo jurisdicional, **o art. 802 da CLT não se mostra recepcionado pela ordem constitucional** inaugurada pela Emenda n. 24, pelo menos no que se refere ao 1º Grau, já que em nada atinge os tribunais, que se regem pela colegialidade, e, portanto, ainda permitem a eficácia, conforme a Constituição, do referido dispositivo legal.

Não me parece razoável que a interpretação conforme permita que, no lugar do órgão colegiado, atue – no exame de impugnação ao julgador – o próprio juiz apontado como peitado ou impedido. Trata-se de solução que não se harmoniza com a Teoria Geral do Processo.

Mesmo a ideia de que teria a parte como impugnar a decisão do juiz, de não se abster de conduzir o processo, quando do recurso ordinário (impugnação diferida), não basta para acomodar os interesses fundamentais do processo, posto que constrangeria a parte a suportar a tramitação do processo, com todos os danos possíveis, por juiz sob a desconfiança do jurisdicionado.

Por certo que não desconheço a possibilidade de a exceção ser oposta apenas com o intuito de ver travada a boa marcha processual, em razão da suspensão do processo, como impõe o art. 799 da CLT ("*nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência*"), no que é simétrico ao art. 265, III do CPC. Contudo, estamos no terreno dos direitos fundamentais atinentes ao processo. Direito ao acesso à justiça e ao devido processo legal, que implica não só o juiz natural, mas também sua imparcialidade.

Assim, o tema se submete – pela ausência de recepção do art. 802 da CLT – à insuficiência normativa superveniente, abrindo-se espaço para a sua colmatação, atraindo, nos termos do art. 769 da CLT, a aplicação supletiva do rito descrito no Código de Processo Civil:

> Art. 312. A parte oferecerá a exceção de impedimento ou de suspeição, especificando o motivo da recusa (arts. 134 e 135). A petição, dirigida ao juiz da causa, poderá ser instruída com documentos em que o excipiente fundar a alegação e conterá o rol de testemunhas.
>
> Art. 313. Despachando a petição, o juiz, **se reconhecer o impedimento ou a suspeição**, ordenará a remessa dos autos ao seu substituto legal; **em caso contrário**, dentro de 10 (dez) dias, dará as suas razões, acompanhadas de documentos e de rol de testemunhas, se houver, **ordenando a remessa dos autos ao tribunal**.
>
> Art. 314. Verificando que a exceção não tem fundamento legal, o tribunal determinará o seu arquivamento; no caso contrário condenará o juiz nas custas, mandando remeter os autos ao seu substituto legal.

Essa solução, inclusive, é a recomendada pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, como se vê da sua Consolidação de Provimentos:

> Art. 13. Se o juiz de primeiro grau não reconhecer o impedimento ou a suspeição alegada, aplicar-se-á o procedimento previsto nos artigos 313 e 314 do Código de Processo Civil, exceto, quanto a este último, na parte relativa à condenação às custas ao magistrado. (Redação dada pelos Atos GCGJT n.os 004/2009, de 13/8/2009, e 002/2010, de 8/4/2010.)
>
> Parágrafo único. Acolhido o impedimento ou suspeição do juiz, será designado outro magistrado, que incluirá o processo em pauta no prazo máximo de 10 (dez) dias. (Introduzido pelo Ato GCGJT n.º 004/2009, de 13/8/2009.)

Há precedentes, também, na jurisprudência. Eis aresto:

> EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. JUIZ DO TRABALHO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. JULGAMENTO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL. O art. 802 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, encontrando-se revogado, não havendo mais espaço para se sustentar a sua aplicação, bem como para se declarar a competência do Juiz do Trabalho para apreciar a exceção de suspeição oposta contra sua pessoa, em especial de forma monocrática. O exame da exceção de suspeição, à luz da Constituição Federal, também deve observar o devido processo legal, o que pressupõe a imparcialidade do Juiz. Assim, o magistrado contra o qual foi levantada a exceção não pode participar do julgamento, mesmo porque, no caso, ele figura como parte no incidente e, a teor do disposto art. 135, I, do CPC, é defeso ao Juiz atuar em processo de que seja parte, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade e do devido processo legal. Destarte, o julgamento do incidente suscitado em face do Juiz do Trabalho de primeira instância, compete ao

> Tribunal a que ele está vinculado (Proc. n. 00093.2008.000.13.00-7, Rel. Juiz Edvaldo de Andrade, julg. 15.05.2008).

Ao que tudo indica, pois, a perda da eficácia do art. 802, na parte atinente aos Juízos de 1º Grau, encontra-se estabilizada.

5. SOBRE A PUBLICAÇÃO DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS: FORMA, PUBLICAÇÃO E CONTAGEM DO PRAZO (SÚMULA N. 197 DO TST)

5.1. A forma das decisões monocráticas na Justiça do Trabalho de 1º Grau

Vigora, entre nós, o *princípio da instrumentalidade das formas* processuais, cujo núcleo protege a eficácia do ato praticado, independentemente de sua apresentação formal, desde que atingido o objetivo a que se propõe o ator processual que o pratica e o propósito do ato em si.

Nada obstante, há aspectos dos atos processuais que merecem aperfeiçoamento, nomeadamente quando causam algum embaraço que, mesmo não comprometendo a essência do procedimento, abala a eficiência e o prestígio do processo como manifestação de administração racional da justiça.

Ao prever, a Constituição Federal, após a Emenda n. 24/99, o exercício monocrático da jurisdição no 1º Grau da Justiça do Trabalho, temos que ter como presentes algumas repercussões formais e estéticas que decorrem desse ajuste de arquitetura e de modelo de Justiça.

Logo, salta aos olhos que, mesmo após a reforma constitucional em tela, muitos Juízos trabalhistas continuem prolatando decisões em forma de "ata", de que trata o art. 851 da CLT, ainda que essa "ata de julgamento" seja, em essência, uma **decisão monocrática** redigida pelo Juiz do Trabalho **fora do ambiente de audiência** (no seu gabinete, por exemplo) e juntada em seguida aos autos pela Secretaria.

Creio se tratar da manifestação de um **fenômeno inercial**, próprio das formas, solenidades e expressões positivas do Direito, como já assentou Zagrebelsky, cujo resultado é sobrevivência de rotinas sem lastro conceitual ou valorativo contemporâneos, uma espécie de resíduo histórico que convive com os poros de renovação. Nas palavras desse autor:

> La supervivencia 'ideológica' del positivismo jurídico es um ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa de cambio de las circunstancias que originalmente las habían justificado. Antes de pasar a considerar su modo de componerse, es preciso prestar atención a las superaciones que constituyen La novedad fundamental de los ordenamientos jurídicos del siglo XX y que hacen del iuspositivismo [...] un puro e simple residuo histórico (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005. p. 41).

Há diversos problemas nesse procedimento:

a) o termo de audiência ou ata se constitui ato processual que reproduz os principais acontecimentos de uma reunião, de uma audiência judicial. Pode, como resumo de um feixe de atos processuais, conter diversos tipos de decisões interlocutórias, e até mesmo a sentença, resolutiva ou não resolutiva do mérito.

Não me parece, contudo, fazer sentido uma ata de sessão, destinada a prolação de uma sentença, que, no plano formal, esteja a indicar uma reunião do Juiz com ele mesmo, como se sessão pública aberta fosse.

Tanto é que, nessas condições, é comum o registro da expressão: "ausentes as partes". Em alguns casos, já cheguei a presenciar a indignação de jurisdicionado no setor de atendimento da Secretaria de uma determinada Vara do Trabalho, assinalando que só não esteve presente porque lhe foi dito que não precisava comparecer em audiência alguma, mas apenas receber, na própria Secretaria, uma cópia da sentença.

Em síntese: os atos processuais devem revelar aquilo o que, em substância, se pratica.

As formas processuais que se distanciam dessa necessária correspondência causam o desprestígio da jurisdição, e corroem a harmonia simbólica que dá a musculatura da legitimação da justiça.

b) há, acoplada a essa prática, um costume de designação de audiência para julgamento (inclusive com hora marcada), **meramente**

ficta, mas que confunde as partes litigantes, que, por vezes, se deslocam para o foro no intuito de participar dessa "sessão de julgamento".

Essa prática se expande, inclusive, para o julgamento dos embargos de declaração eventualmente opostos, para cuja publicação também – em alguns foros – costuma-se designar data e hora de uma audiência, também apenas no plano formal, já que materialmente inexistente.

c) implica, muitas vezes, a subscrição da decisão também pelo Diretor de Secretaria (art. 712, 'g', CLT), em ofensa ao **preceito da reserva de jurisdição**, na medida em que subscreve ato eminentemente jurisdicional que não tem atribuição constitucional para tanto[9]. Se não é certidão, mas substancialmente uma decisão monocrática, sua existência depende da assinatura do Juiz.[10]

Trata-se de procedimento que pode comprometer a ideia de eficiência e economia processual, máxime quando temos presentes as dificuldades das pessoas em se deslocar até os órgãos da Justiça do Trabalho.

Em realidade, o procedimento previsto no art. 851 se relaciona diretamente com duas realidades superadas pela Emenda n. 24/99: a) a colegialidade, que demanda a solução dos processos em sessões públicas; e b) o pronunciamento dos votos dos vogais classistas, a partir da proposta do Juiz do Trabalho, como determina o parágrafo único do art. 850 da CLT.[11]

Sem esses requisitos, superados pela Emenda n. 24, esse procedimento não mais se sustenta.

Soma-se a isso o fato de que, ao tempo do desenho do modelo processual trabalhista, era possível – e até comum – a realização de uma audiência una, na qual também era pronunciado o veredicto de mérito. Era outro momento, de menor rigor técnico e de maior simplicidade das pretensões, mercê do ainda emergente (e excludente) direito do trabalho.[12]

De um tempo a esta parte, não é mais possível supor um procedimento na Justiça do Trabalho que admita a possibilidade de realização de todos os atos em audiência, principalmente os julgamentos. O fracionamento,

9. O art. 712, 'g' revela uma época há muito perdida, pois cogita também de o Diretor secretariar as audiências (função hoje afeta a um servidor especializado), como de fato era no princípio da Justiça do Trabalho. Já faz longo tempo que essa realidade mudou, solapando a eficácia desse dispositivo. Atualmente, cabe a um servidor designado (não raro com uma função comissionada) para exercer essa atividade de "digitador ou secretário de audiência", modelo em que costuma o próprio Juiz assinar a ata. Nessa situação, mesmo sendo ata de instrução, e não de julgamento, não pode o diretor de secretaria subscrevê-la junto com o Juiz, seja porque não secretariou a audiência, seja porque a ata já está assinada pela autoridade judiciária, o que dispensa, para fins de fé pública, a firma de um membro da secretaria que a ele está subordinado. É dizer: a validade ou fé de um documento assinado pela autoridade subordinante não está a depender do concurso da firma de autoridade subordinada.
10. "EXECUÇÃO - RECURSO DE REVISTA - CABIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 896, § 2º, DA CLT - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PETIÇÃO SEM ASSINATURA. O artigo 896, § 2º, da CLT é claro ao dispor que "das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá recurso de revista, salvo na hipótese de ofensa direta à Constituição Federal". O dispositivo alude a ofensa direta à Constituição, ou seja, aquela que se aperfeiçoa sem a necessidade de se aferir, em primeiro lugar, a existência de lesão a norma legal de hierarquia inferior. A hipótese é de petição de embargos à execução não assinada, conforme consigna o Regional: "deve ser confirmado o despacho que não conheceu da petição apócrifa apresentada pelo executado, porque a ausência da assinatura torna inexistente o ato". Inviável, pois, a revista, porque, nesse contexto, o v. acórdão recorrido se limita a interpretar e aplicar preceitos de norma ordinária (arts. 13 e 284 do CPC). Logo, para se concluir pela ofensa direta e literal aos dispositivos da Constituição invocados, imprescindível, primeiro, seria a demonstração inequívoca de ofensa aos preceitos legais, procedimento incompatível com o recurso na fase de execução. Agravo de instrumento não provido" (TST, AIRR - 121000-80.1992.5.08.0007 , Rel. Min. Milton de Moura França, 11/02/2005).
11. É interessante perceber que a idiossincrasia do sistema original da CLT para a solução dos casos. A rigor, cabia ao Juiz do Trabalho, após a inteira condução da instrução processual, apenas sugerir uma proposta de solução da lide, que era, então objeto de deliberação dos vogais, cabendo o Juiz do Trabalho votar apenas em caso de empate entre estes, ou proferir voto médio, se for o caso. Em tese, poderiam os vogais adotar uma solução diferente da proposta, pelo que seria de constrangedora obrigação do Juiz do Trabalho lavrar a sentença, prerrogativa que era sua. Daí porque, nessa época, era mais facilmente identificada a diferença entre decisão e sentença, momentos que, aos olhos do jurisdicionado, não indivisíveis no modelo da decisão monocrática, embora exista fenomenologicamente.
12. Sobre o alcance social dos direitos do trabalho e sua eficácia, sugiro ao leitor consultar: FRENCH, John D. *Afogados em leis*: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

da instrução e do julgamento, ou apenas do julgamento, revela-se costume bastante sedimentado atualmente, em que pese a autoridade do art. 849 da CLT, que o posiciona apenas como exceção[13], e, mesmo assim, demandando sua continuação para a primeira oportunidade possível.

E mais: dependendo da complexidade do caso, é medida até mesmo salutar, em ordem a elevar a qualidade dos julgamentos, que se complexificam progressivamente, mercê da própria complexidade do mundo do trabalho, da legislação e das novas institucionalidades.

Isso não quer dizer que o Juiz não possa prolatar sua decisão em mesa, no exato modelo de que trata o referido art. 849 da CLT. Pode, mas, nesta hipótese, trata-se de sessão designada, com intimação prévia, para a leitura ou entrega da decisão às partes em mesa de audiência, com a presença do Juiz, procedimento que, a meu juízo, não se mostra consentâneo com a atual demanda jurisdicional, tampouco contribui para a eficiência dos trabalhos no Juízo, que demandam a atenção do Magistrado para outras tarefas de maior relevo, como a efetivação das tutelas em fase de cumprimento da sentença, por exemplo.

Em conclusão, nesta parte do estudo, tenho para mim que a sentença monocrática, na forma da tradição processual, é a mais apropriada para ajustar o procedimento trabalhista à conformação demandada pela Emenda n. 24/99.

5.2. Publicação da sentença monocrática

Como vimos, o procedimento original da CLT contava com a realização dos atos instrutórios e decisórios em audiência, com a presença das partes e do colegiado formado pelo Juiz do Trabalho e os vogais classistas. Desse modelo se ocupam os arts. 848 a 851 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sucede que, mesmo antes da Emenda n. 24/99, não era raro que a prolação da sentença tivesse lugar em panorama processual bem distinto.

O costume de se designar a chamada "audiência de julgamento", por meio da qual se oportunizava – a meu ver adequadamente – uma melhor análise da lide e uma elaboração da sentença de forma mais serena, não era acoplado à realização de uma solene sessão judicial, como se supunha.

Muitas vezes (em alguns Juízos, a regra), essa audiência significava, em realidade, a ciência da sentença pelas partes e dos interessados na Secretaria, quando se firmava o "ciente" nos autos. Se contumaz o réu, realizava-se a intimação postal, nos termos do art. 852, parte final, da CLT.

Esse procedimento, em realidade, já se traduzia no procedimento do processo comum de publicação das decisões, quando não proferidas em audiência, com a presença das partes (cf. art. 242 do CPC), e revela ductibilidade procedimental do Processo do Trabalho, que incorporou esse método com o evidente propósito de dar maior fluxo às rotinas processuais, concentrando-se na audiência apenas as causas que demandavam atenção instrutória do Juiz, ou mesmo ainda estavam no estágio de conciliação.

Noutras palavras, o Processo do Trabalho, pelo influxo da fenomenologia (criativa e experimental), ajustou-se, admitindo outra forma de publicação das decisões.

Nesse passo, passamos a ter duas formas, as quais, a rigor, não desapareceram:

a) **publicação da sentença em audiência**: embora não seja mais obrigatória, após a Emenda n. 24/99, que extinguiu a colegialidade do 1º Grau da Justiça do Trabalho, nada obsta que o Juiz do Trabalho profira sua decisão tão logo encerrada a instrução e recusada a 2ª. proposta de conciliação. Nesse caso, os termos da decisão se farão constar da ata de audiência, como sucede, aliás, em outros foros (juizados especiais, justiça ordinária, etc.).

E, prolatada a decisão, ela é dada como publicada no mesmo instante, pois presentes as partes perante a autoridade judicante que a prolatou. Se revel, a CLT possui regra para a intimação da parte (art. 852).

Essa técnica de publicação de decisões judiciais – na própria sessão em que proferidas – não é peculiaridade do Processo do Trabalho. O Processo eleitoral, por exemplo,

13. Art. 849 (CLT): "*A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação*".

utiliza-se da mesma técnica, como se vê do art. 11, § 2º da Lei Complementar n. 64/2010[14].

O que não me parece apropriado, por causar certos embaraços, é a designação de uma "audiência ficta", "pautando-se"[15] o processo apenas para a prolação da decisão, o que implica, não raro, o deslocamento das partes.

Essa medida, em ambiente de acesso aos atos processuais pela rede mundial de computadores (pelas partes e advogados) não tem, a meu ver, mais relação com o preceito da eficiência.

Se não fará o Juiz a leitura da sentença na presença das partes, melhor então que designe um dia[16] para a publicação da sentença em Secretaria.

b) publicação da sentença, nos autos, pela Secretaria: nessa outra possibilidade, atualmente bem mais comum, a publicação é feita com juntada da decisão nos autos, na forma do procedimento comum, com certidão da Secretaria, indicando com precisão a data dessa juntada.

Esse procedimento foi apropriadamente descrito por Humberto Theodoro Júnior da seguinte forma:

> Se a sentença não for proferida na própria audiência de instrução e julgamento, por inexistência desse ato, ou porque o juiz não se achou habilitado a prolatá-la de pronto, a intimação ficará subordinada à regra do art. 242, § 2º do Código de Processo Civil, se não designar-se outra audiência para esse fim.
>
> Inexistindo audiência, a publicação será feita em cartório, pelo escrivão, por meio de termo nos autos, seguindo-se da intimação na forma usual (art. 242, § 2º) (*Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 583).

Assim, se as partes foram intimadas da data da publicação, nenhuma outra providência será necessária, a não ser a disponibilização de cópia da decisão, para efeito de conhecimento de seus fundamentos e conclusão, ou seja, de seu inteiro teor, até mesmo para o exercício do direito fundamental ao devido processo legal e eventual interposição de recurso, se for o caso.

Se se tratar de publicação a destempo ou mesmo antecipação da data anteriormente indicada às partes, procederá a Secretaria à intimação das partes por meio da imprensa oficial ou pela via postal, segundo o comando judicial ou os costumes.

O que me parece essencial, quanto a este tema, principalmente após a Emenda n. 24/99, é que **não se conservem práticas sabidamente incompatíveis com a racionalidade e a eficiência judiciárias**, muitas vezes em homenagem ao modelo de rotinas que está evidentemente em desconformidade com a Constituição Federal.

Não é demais lembrar que é papel do intérprete e aplicador do Direito a conformação da ordem jurídica infraconstitucional.

14. Cuja redação é a seguinte: "*terminada a sessão, far-se-á a leitura e a publicação do acórdão, passando a correr dessa data o prazo de 3 (três) dias, para a interposição de recurso para o Tribunal Superior Eleitoral, em petição fundamentada*".
15. Agendar uma data para a publicação da decisão não implica, necessariamente, incluir ou manter o processo em pauta. A pauta é um plano de trabalho para a realização de sessões judiciais públicas, com a esperada (nem sempre possível) presença das partes, dos advogados e, obrigatoriamente, do Magistrado. A pauta não é um pré-agendamento de atos processuais, cuja realização observa, fora das sessões de audiência, prazos próprios. Por essa razão, mais impróprio, ainda, é incluírem-se decisões monocráticas de incidentes processuais na fase de execução de sentença (embargos à execução, embargos de terceiro, dentre outros), por exemplo, em "pauta de julgamento", medida que confunde as partes, que se deslocam até a sede do foro, imaginando trata-se de uma reunião pública com a autoridade judicial.
16. Uma nota pouco explorada pela literatura processual diz respeito a esse costuma de designação de dia para publicação de julgamento, mesmo quando presente que essa publicação não será feita em audiência com as partes. Na realidade, trata-se de costume que decorre do comando contido no art. 849 da CLT (que indica a necessidade de designação de audiência em prosseguimento para a conclusão do exame da pretensão), mas que ausente nos demais ramos do Poder Judiciário, os quais, como atualmente sucede na Justiça do Trabalho, também funcionam com o modelo monocrático em 1º Grau. A rigor, desaparecendo a colegialidade, não haveria razão para se tomar o preceito da obrigação de designação de audiência em prosseguimento para a prolação de julgamento. O costume, contudo, adotou essa prática na forma de um "agendamento" de decisão, de modo a observar um prazo razoável para a solução do litígio (prazo que é variável, no âmbito das diversas Regiões trabalhistas), e que, atualmente, constitui-se nota de qualificação e peculiaridade da Justiça do Trabalho.

5.3. Contagem do prazo para eventual recurso ou para o trânsito em julgado da decisão: uma leitura conforme a Constituição (após a Emenda n. 24/99) da Súmula n. 197 do TST

Outro aspecto que me parece conectar-se mais diretamente com o ajuste do Processo do Trabalho ao que resulta da Constituição Federal, após a Emenda n. 24/99, diz respeito à fluência do prazo para recurso.

Cuida-se de tema que também está ligado ao problema da publicação, que demanda uma apropriada distinção entre este fenômeno – o da publicação – com o da intimação da parte, a partir de quando inicia a efetiva contagem do prazo para eventual recurso ou para o trânsito em julgado da decisão.

Sobre esse assunto, esclarece, uma vez mais, Humberto Theodoro Júnior que:

> "é preciso não confundir publicações com intimação da sentença, embora em alguns casos os dois atos se dêem simultaneamente (publicação e intimação em audiência). De ordinário, são atos distintos e praticados separadamente: o escrivão publica a decisão, fazendo-a integrar o processo por meio de termo de juntada lavrado nos autos; em seguida, a intimação ocorre pela ciência dada às partes, segundo os diversos meios de comunicação autorizados em lei" (THEORODO JUNIOR, 2008, p. 583).

A partir do que já foi assentado neste estudo, temos diversos cenários possíveis quanto à questão da fluência do prazo para a **estabilização da sentença**:

I. **sentença publicada em audiência, com a presença das partes**: nessa hipótese, tendo em conta que as partes tomaram conhecimento dos fundamentos e conclusões do julgado, em direto contato com a autoridade judicial que o proferiu, tem-se como este – o dia da prolação da decisão – como dia da intimação, fluindo-se o prazo a partir de então, com a exclusão deste dia e a inclusão do dia final (cf.: art. 775, CLT), e desde que:

a) seja imediatamente disponibilizada cópia da ata de julgamento às partes, de modo a viabilizar, substancialmente, o exercício do direito a recurso;

b) seja essa ata juntada aos autos no prazo máximo de 48 horas, nos termos do art. 851, § 2º da CLT (na parte cuja eficácia não foi comprometida pela Emenda n. 24) e c/c art. 852-I, § 3º ("*as partes serão intimadas da sentença na própria audiência em que prolatada*").

II. **Sentença publicada em Secretaria, com data previamente designada**: nessa hipótese, a fluência do prazo se conta da data efetiva da juntada da decisão aos autos, desde que esta juntada se realize na data previamente agendada.

Intimadas as partes de que a sentença seja publicada em determinado dia, é seu dever diligenciar para obter seu conteúdo, seja na secretaria, seja por outro meio idôneo de divulgação de seu teor (cf. Lei 11.419/06). O prazo começará a fluir a partir desse dia, independentemente de intimação formal às partes com esse propósito.

Nesse sentido, **por analogia**, o entendimento contido na Súmula n. 197 do Tribunal Superior do Trabalho, assim vazada: "*o prazo para recurso da parte que, intimada, não comparecer à audiência em prosseguimento para a prolação da sentença conta-se de sua publicação*". Se o prazo começa a fluir a partir de uma audiência efetivamente realizada, para a qual foi intimada a parte, com a mesma razão deve começar a fluir quando designado dia para publicação em Secretaria.

III. **Sentença publicada em Secretaria, em data diversa da previamente agendada:** nessa hipótese, há de se ter em conta que a publicação da sentença se dá com a sua efetiva juntada aos autos.

Não é incomum a designação de data para a publicação, mas a juntada em dia diverso. Neste caso particular, tenho ser indispensável específica intimação da parte, **sob pena de violação a direito fundamental**.

Também aqui **não se aplica o disposto no art. 851, § 2º da CLT**, em ordem a autorizar a juntada da decisão no prazo máximo de até 48 horas, como se fosse possível um período de graça, ou um prazo diferido para a juntada, diverso da data agendada.

Um exame do dispositivo referido da CLT, e da própria Súmula n. 197 do TST, em **projeção histórico-evolutiva**, não me parece admitir aquela possibilidade.

Isso porque, tomada a hipótese de sua expressão fenomenológica, poderíamos ter a seguinte situação: designada a publicação

para um determinado dia, a sentença só foi juntada **dois dias depois**[17], do que resulta, substancialmente, um prazo **de apenas 6 (seis) dias** para a parte ou seu advogado interpor recurso, em flagrante violação a seu direito fundamental de ver observada a integralidade do prazo legal que lhe é conferido, na plenitude das condições cognitivas para exercer esse direito, é dizer: de posse dos fundamentos e das conclusões da sentença.

Logo, não socorre à tese da possibilidade de juntada *a posteriori* da sentença os preceitos legais mencionados, tampouco a Súmula n. 197 do TST.

Afora isso, é preciso considerar que a redação do art. 851, § 2º da CLT considerou o método sentencial colegiado, partindo-se do suposto de que as partes estavam sempre presentes (ou intimadas a se fazerem presentes) à audiência judicial pública em que prolatada a decisão.

Desse modo, desde aquele momento, já tomaram ciência de seus termos, de seus fundamentos, de suas conclusões.

Não sendo, pois, a hipótese de juntada da decisão na data efetivamente designada, tenho como necessária a intimação específica, a partir de quando será considerada a fluência do prazo recursal.

6. AINDA É NECESSÁRIA A DESIGNAÇÃO AUTOMÁTICA DE AUDIÊNCIA PARA TODOS OS PROCESSOS EM FASE DE CONHECIMENTO?

Estabelece o art. 841 da Consolidação das Leis do Trabalho que, por ato da Secretaria do Juízo, as partes serão notificadas, por ocasião do ajuizamento da ação, para comparecimento "*à audiência de julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias*".

Esse procedimento é bastante marcante no cenário processual trabalhista, constituindo um traço peculiar do seu procedimento. Há precedente do Tribunal Superior do Trabalho assentando até mesmo que é a audiência que promove a estabilização da lide, permitindo-se o aditamento da inicial até esse momento.[18]

17. Aqui trato do prazo em dias, apesar do art. 851, § 2º da CLT referir-se a prazo em horas, porque o prazo para os recursos, nos termos da Lei n. 5.584/70, é contado em dias. Logo, não tem qualquer conseqüência a consideração do problema em horas.

18. "ADITAMENTO DA INICIAL - APLICAÇÃO DO ART. 264 DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO - INVIABILIDADE - NOTIFICAÇÃO INICIAL FEITA DE OFÍCIO PELO DIRETOR DE SECRETARIA DA VARA DO TRABALHO - ESTABILIZAÇÃO DO PROCESSO COM A ENTREGA DA DEFESA EM AUDIÊNCIA. I - É cediço ser imprescindível à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Direito Processual do Trabalho, a teor do artigo 769 da CLT, o concurso dos requisitos ligados à omissão da CLT e à compatibilidade e adequação da norma alienígena aos princípios e regras normativas do Processo do Trabalho. II - Nesse sentido, a norma do artigo 294 do CPC preconiza que, "Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei". III - Malgrado o silêncio da CLT, tem-se não só que o Processo do Trabalho é regido pelos princípios da oralidade, da celeridade, da informalidade e da economia processual, como também é de se considerar que a notificação inicial, tal qual estabelece o art. 841 da CLT, é ato do diretor de Secretaria da Vara do Trabalho. Assim, na sistemática do Processo de Trabalho, o Magistrado só tem contato com a reclamação trabalhista na audiência inaugural. IV - À vista de tais peculiaridades, admite-se o aditamento da inicial até a apresentação da defesa em audiência, visto que é neste momento que se dá a estabilização da lide trabalhista, desde que seja permitido à parte complementar a sua defesa. V - Nesse passo, registrado pelo Regional que o recorrido aditara a inicial, posteriormente à citação e antes da apresentação da defesa, para acrescentar causa de pedir ao pedido de responsabilidade subsidiária da recorrente, cuja anuência fora negada, mas tendo a recorrente se valido da oportunidade do exercício do direito de defesa, pois contestou o pedido feito em aditamento, sobressai a certeza de que foi plenamente observado o devido processo legal. [...] (RR - 56200-18.2008.5.09.0892, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 27/10/2010, 4ª Turma, Data de Publicação: 12/11/2010)". Bastante interessante esse precedente, pois, de certa forma, amplia o que construído pela Teoria Geral do Processo sobre o tema, que admite o aditamento apenas até o instante da citação do réu. A partir daí, somente com a aquiescência da parte contrária. Porém, não se tratando de jurisprudência pacificada, é preciso considerar restrita essa posição, até mesmo porque há questões dela decorrentes que devem ser temperadas. Por exemplo: a inovação à *litiscontestatio* no momento da audiência nem sempre permite à parte reclamada simplesmente "complementar a defesa", uma vez que pode ser necessário recorrer à informações, dados e provas que não estão disponíveis naquele instante. Por outro lado, desafio o preceito fundamental do contraditório e ampla defesa a compulsoriedade de complementação de defesa fora do prazo de cinco dias assegurados pelo Processo do Trabalho. Por fim, a suspender a sessão para que esse prazo seja concedido, poderíamos ter outros problemas, como o arrefecimento da efetividade processual, comprometendo o valor da duração razoável do processo. O problema, pois, não é tão simples como sugere o precedente.

A literatura especializada, no entanto, revela dissonância.[19]

Parece-me, outrossim, forte entre nós a ideia-força de que a audiência trabalhista é palco da oralidade como técnica processual de grande relevo nos espaços da Justiça do Trabalho. Oralidade que é admitida desde a postulação até a prolação de atos decisórios.

Também é a audiência momento de contato dos jurisdicionados com a mediação do Juiz do Trabalho, de quem se espera os esforços de persuasão para uma possível conciliação entre as partes em litígio.

Suas qualidades não passaram despercebidas por outros microssistemas processuais, influenciando o rito sumário comum e o procedimento específico dos juizados especiais (Lei n. 9.099/95).

Nada obstante essa quadra, não se pode olvidar que a designação compulsória de audiência, no atual desenho competencial da Justiça do Trabalho, bem como diante do volume de suas demandas, produz disfuncionalidades que precisam ser objeto de adequado estudo e reflexão.

Sobre esse aspecto, pontua Wolney de Macedo Cordeiro:

> A característica inata ao processo do trabalho, mesmo que abreviando o curso processual, acaba por atribui ônus adicional aos litigantes, que devem, obrigatoriamente, comparecer às sessões previamente designadas, independentemente da presença de seus procuradores (art. 843, CLT). Nesse caso, a ausência dos litigantes gera efeitos contundentes no âmbito da relação processual, tendo em vista a imprescindibilidade da presença das partes (CORDEIRO, 2012, p. 620).

Dentro dos propósitos temáticos deste estudo, desejo apresentar ao leitor as seguintes hipóteses, a despeito da audiência:

a) o modelo processual trabalhista, antes da Emenda n. 24/99, somente concebia a cognição jurisdicional a partir da atuação de órgãos colegiados, inclusive no 1º Grau de jurisdição;

b) assim, a audiência se convertia não só na expressão de palco para a concentração de atos processuais, para a expressão da oralidade, ou para a realização dos esforços de persuasão para a conciliação, mas também, e sobretudo, para permitir o próprio funcionamento colegiado;

c) as alterações perpetradas pela Emenda n. 24/99, que estabeleceu a jurisdição monocrática, retira, ao menos em relação ao palco cognitivo, a necessária e ontológica relação entre audiência e cognição processual, na medida em que, monocraticamente, é perfeitamente viável que a relação processual se desenvolva em outros espaços processuais, inclusive documentais.

Essas premissas permitem cogitar que o art. 841 da CLT, a partir da mudança de perfil da Justiça do Trabalho, em virtude do fim da representação classista, **pode e deve merecer temperos**, em benefício de nítidas vantagens processuais de não concentrar esforços na realização de prescindíveis audiências, as quais, como já mencionado, demandam a reserva de energia e dedicação de magistrados, servidores, partes e seus procuradores.

A jurisdição monocrática determinada pela Emenda n. 24/99 não pode conviver com essa compulsoriedade. **É preciso aqui uma interpretação do art. 841 da CLT conforme a nova ordem constitucional**.

Essa ductibilidade, gestada a partir do ventre da própria Constituição, também atende, por outra banda, a tendência contemporânea de maior flexibilidade procedimental, reforçando o caráter instrumental do processo e lhe restaurando o vigor para a concretização dos preceitos fundamentais processuais contidos no Texto Fundamental da República.

Soma-se a isso o fato de que a nova competência da Justiça do Trabalho, antes e depois da Emenda n. 45/2004, agregou uma série de procedimentos especiais que não demandam, necessariamente, de realização de atos em audiência, ainda que esta possa ser designada, a critério do juiz.

Tal como as ações de rito especial, como o mandado de segurança, ações cautelares, impugnações e incidentes na execução, outras demandas podem perfeitamente observar um percurso procedimental sem a realização prévia de audiência para o aperfeiçoamento da lide.

Vejamos alguns exemplos:

19. Cf., por todos, CORDEIRO, Wolney de Macedo. 'Processo e procedimento na perspectiva trabalhista'. IN CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2ª. Ed., 2012, p. 615-6.

a) **demandas em face de entes públicos da administração direta, autárquica e fundacional**: como se sabe, o patrimônio público é revestido da propriedade especial de inalienabilidade e indisponibilidade. Logo, o administrador encontra na Constituição e nas leis limites para efetuar despesas e assumir obrigações legais.

Logo, diferente do que sucede com o particular, os representantes do Público precisam de disposição legal expressa para transacionar em juízo[20], razão pela qual, em linha de princípio, não se justifica a designação compulsória de audiência quando se tratar de ação em face de órgãos da administração pública, o que só se justificaria se presentes os requisitos para viabilizar essa solução amigável da lide.

Além disso, é também de cautelar medida que se observe se o ente público que busca conciliar se encontra sem qualquer pendência de precatórios e requisições de pequeno valor. Nessa hipótese, admitir o acordo – mesmo que autorizado por lei o administrador para firmá-lo – ofenderia o preceito da ordem cronológica de que trata o art. 100, que se expande para alcançar a assunção de qualquer outra medida de pagamento de obrigações posteriores, judicializadas ou não.

Portanto, tratando-se de lide envolvendo ente público da administração direta, autárquica e fundacional, é possível cogitar-se da desnecessidade de designação compulsória de audiência, ficando a critério do Juiz do Trabalho (art. 765, CLT) a oportunidade de designá-la, de acordo com as peculiaridades da lide.

Nessa hipótese, protocolada a ação, poder-se-ia, por despacho fundamentado do Juiz, conceder prazo para a apresentação de defesa em secretaria, observados os lapsos legais.

Essa hipótese foi, inclusive, objeto de tese (n. 9) aprovada em Encontro Regional dos Magistrados do Trabalho do Rio Grande do Sul, de autoria do Juiz Celso Fernando Karsburg, e assim resumida:

> A supressão da audiência inicial no processo do trabalho – e de qualquer audiência, quando a matéria em discussão for apenas de direito – com o recebimento da contestação em Secretaria, não deve ser vista como uma panacéia que irá desafogar ou resolver os problemas do Judiciário Trabalhista. É, antes de mais nada, uma medida de bom-senso, que visa evitar a realização de mera formalidade que já deu mostras de ter se exaurido.
>
> Tem aplicação, principalmente, naquelas Unidades Judiciárias onde é baixo (ou inexistente) o índice de acordos realizados na audiência inicial, ou quando envolver processos cujos réus, de regra, não têm o hábito de conciliar o processo nesta fase processual, ou não podem fazê-lo, como é o caso dos entes públicos (principalmente Municípios). E é neste contexto que deve ser analisada, visando evitar a prática de atos absolutamente inócuos que somente ocupam tempo da pauta e do Juiz, que normalmente intervém apenas como "despachante", recebendo a contestação em audiência e, eventualmente, sanando alguma irregularidade na representação de alguma das partes envolvidas na lide, antes de designar nova data para o prosseguimento ou diligência necessária (*In Cadernos da Amatra IV*, n. 7, edição eletrônica. Disponível em: www.amatra4.org.br. Acesso em 31.07.2012).

b) litígios que envolvam matéria exclusivamente de Direito: quando a lide não cogita de questões de fato, creio que fica ainda mais evidente a utilidade – na perspectiva da performance dinâmica do processo – do mecanismo de defesa em secretaria.

É que, nesses casos, a contumácia das partes – a gerar arquivamento ou confissão meramente relativa – em nada afeta, na dimensão meritória – a necessidade do exame da questão jurídica controvertida pelo julgador.

Deve o Juiz examinar a oportunidade, dentro do seu contexto forense, de adotar esse procedimento, até mesmo para evitar o esforço do comparecimento das partes e de seus procuradores apenas para elidir a contumácia.

Quanto a essa hipótese, há interessante precedente do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª. Região (MS):

> AUDIÊNCIA – NÃO-REALIZAÇÃO – MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO – AUSÊNCIA DE NULIDADE. Não há nulidade quando, tratando o processo de matéria exclusiva de direito, o juiz deixa de realizar audiência. Procedimento consentâneo com a disposição do art. 765

20. No âmbito federal, observe-se o disposto no art. 1º da Lei n. 9.469/97.

> da CLT. Recurso do reclamado a que se nega provimento (RO-01494-2005-002-24-00-4, Rel. Juiz André Luiz Moraes de Oliveira, DJ 11.07.2006).

Ora, não me parece razoável – e, portanto, de acordo com as expectativas das partes e da ordem jurídica – que, **em determinados casos**, observe-se o modelo de procedimento que exsurge do vetusto art. 841 da CLT apenas com o fito de causar às partes o desconforto do deslocamento até a sede do Juízo.

A título de exemplificação, gostaria de compartilhar com o leitor uma experiência vivida.

Quando jurisdicionava em dada comarca do interior do Rio Grande do Norte, recebi uma série importante de ações trabalhistas em face de um determinado Município, que distava cerca de 100 Km da sede da Vara do Trabalho. Tratava-se de um pedido de diferença de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), com prova eminentemente documental, e sem qualquer necessidade de dilação probatória em audiência. O Município-réu não reunia quaisquer das condições para a celebração de acordo.

Detalhe importante: os autores, servidores municipais, sequer tinham condições materiais de se deslocarem até a sede da Vara para a realização de audiência. Um ônibus escolar (!) da Prefeitura era destacado para fazer esse translado de 200 Km (ida e volta), possivelmente em ostensivo prejuízo à elada função desse veículo (desvio de finalidade).

Nem preciso mencionar que as audiências eram rapidíssimas – quase por turmas de autores – apenas e tão-somente para checagem da presença da parte. Causava até certo constrangimento a todos a falta de qualquer providência ou ato processual que demandasse a concorrência daqueles que se deslocaram de tão longe para ali estarem.

Ciente, portanto, desse quadro, proferi decisão fundamentada, ajustando o procedimento para as peculiaridades da lide, e indicando para o réu a possibilidade de oferecimento de defesa em secretaria. Eis o conteúdo da interlocutória:

> Vistos, etc.
>
> 1. **Autue-se** e **registre-se** o presente feito, observadas as cautelas de praxe.
>
> 2. Suspenda-se, por ora, a designação de audiência.
>
> 3. Isso porque, em que pese o disposto no art. 841 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, as peculiaridades da lide recomendam a adoção de um procedimento mais célere e econômico.
>
> 4. A matéria tratada nestes autos é eminentemente de direito e já é bem conhecida pelo réu e por este Juízo, que já prolatou dezenas de decisões, ora pela procedência, ora pela extinção sem resolução do mérito, ora pela improcedência; de acordo com a situação funcional de cada autor junto à Municipalidade.
>
> 5. As peças processuais, portanto, já são bem conhecidas.
>
> 6. Por outro lado, trata-se de Município que dista quase 100 Km da sede deste Juízo, sendo, dessa forma, muito dispendioso o deslocamento das partes para comparecimento em audiência onde não serão coletadas provas orais. Em audiências realizadas há aproximadamente um mês, foi necessário que o Poder Público disponibilizasse o transporte para as dezenas de reclamantes que se deslocaram até este Juízo.
>
> 7. Tampouco há que se falar em conciliação, pois o réu é ente de Direito Público interno, subsumido ao princípio da indisponibilidade de seus bens. Assim, ainda que houvesse lei expressamente autorizando a realização de acordos (o que se faz necessário), a tese que vem apresentando o réu é pela improcedência das demandas.
>
> 8. Assim, tenho que melhor atende aos ditames constitucionais do acesso à justiça e da duração razoável do processo (art. 5º, incisos LV e LVXXVIII, respectivamente), a adoção de um rito que, pelo menos num primeiro momento, prescinda do desforço da realização de tantas audiências, cujo fito tem sido o de, apenas, entregar a defesa e de se conceder prazo para a juntada de impugnação pela parte adversa quanto aos documentos, providências que podem ser atingidas de forma mais econômica.
>
> 9. Assento, por oportuno, que a adoção de procedimentos mais consentâneos com as peculiaridades da lide vem ganhando prestígio no Direito Processual Comparado. Sobre o tema, afirma Miguel Teixeira de Sousa, professor da Universidade de Lisboa, em Portugal, que há uma tendência de substituição do modelo processual de 'pré-formatação' (onde a tramitação do processo é definida, em termos abstratos e gerais, pela lei) pelo modelo da 'adequação', através da qual

"*a tramitação processual é determinada, caso a caso, pelo juiz*" (SOUSA, Miguel Teixeira. 'Um novo processo civil português: *à la recherche du temps perdu*'. *Revista de Processo*, v. 161. São Paulo: RT, 2008, p. 213).

10. Afora isso, a própria Teoria dos Direitos Fundamentais, aplicada aos preceitos processuais contidos na Constituição Federal, vem admitindo maior plasticidade aos procedimentos infraconstitucionalmente estabelecidos, de modo a garantir a plena efetividade aos postulados processuais de maior estatura, como o acesso à justiça de forma ampla e menos dispendiosa, e a duração razoável ao processo (sobre o tema, cf., por todos, ALEIXO. Pedro Scherer de Mello. 'O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um 'devido processo proporcional'. In MONTEIRO, A. P. *et alii* (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, n. 155. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

11. Assim, considerando o exposto, proceda a Secretaria, após a autuação e o registro do feito, **expedição de citação postal à parte ré**, a fim de que, no prazo de 20 (vinte) dias (art. 1º, inciso II, Decreto-Lei n. 779/69), querendo, apresente contestação na Secretaria deste Juízo, enviando-lhe a contra-fé da inicial.

12. Por medida de economia e racionalização judiciárias, expeça um único instrumento de citação, açambarcando todos os processos autuados nesta data, os quais deverão ser expressamente relacionados no corpo da intimação.

13. Esgotado o referido prazo, conceda-se vista ao advogado dos autores, para, querendo, pronunciar-se sobre a documentação por ventura juntada, no prazo de 5 (cinco) dias, por se tratar de matéria já conhecida.

14. Em seguida, conclusos os autos para as providências instrutórias finais.

15. Cumpra-se.

Não me parece que a necessidade de concessão de oportunidade para as partes firmarem acordo seja motivo para bloquear esse caminho, em especial quando se trata de ente público.

E mesmo entre particulares, não creio que guarde razoabilidade uma leitura excessivamente dogmática do art. 846 da CLT, que cogita da oportunização do acordo às partes. Esse acordo pode ser trazido ao conhecimento do juiz em qualquer fase do processo. E, em se tratando de matéria de direito, a *res dubia* deve receber, em princípio, um pronunciamento judicial, que é a atividade jurisdicional por excelência.

O escopo pedagógico que exerce a jurisdição (Dinamarco), em casos dessa natureza, recomenda o enfrentamento da questão controvertida, em ordem a balizar a partes envolvidas na relação obrigacional.

De outra parte, na própria dinâmica do procedimento, deve o seu condutor primar pelas *consequências* da aplicação da lei (MacCormick), aplicando-a de modo a prestigiar os preceitos também da eficiência e efetividade, elevando a facilitação do acesso e a redução dos esforços materiais desnecessários por parte de todos os envolvidos na questão judicializada.

c) **ações civis públicas**: as ações civis públicas estão subsumidas a um microssistema próprio das ações coletivas, da qual é expressão mais contundente a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Nessa quadra, tendo em conta as funções extraprocessuais do Ministério Público (cf. Lei Complementar n. 75/93), dentre as quais se situa a de firmar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), parece-me que não se faz necessária a designação compulsória de audiência para a concretização do contraditório inicial.

No curso do processo, se assim demanda a lide, pode o juiz do trabalho designar audiência de instrução, para a qual as partes serão intimadas.

d) **outros procedimentos**: também me parece que ações que tratam de representação sindical, eleições sindicais, cobrança de contribuições sindicais, ações monitórias, bem como ações decorrentes de pretensões de nulificação de autos infracionais, dentre outras hipóteses afins, estão a desafiar o rito do art. 841 da CLT.

Em geral, são demandas que invocam matéria técnica ou exclusivamente de direito, cuja excepcional necessidade de designação de audiência pode ser avaliada pelo juiz instrutor ao longo da marcha processual.

O que dizer, então, das ações de jurisdição voluntária, como a **ação de alvará**, que sequer há contraditório a se fazer em audiência, ou mesmo conciliação a ser proposta?

Enfim, essas são algumas hipóteses possíveis que decorrem dessa (re)leitura do art. 841 da CLT em acordo com a Emenda n. 24/99 e outras técnicas processuais contemporâneas.

Positivo é considerar que, nesses e noutros casos, a redução do tempo do julgador em sala de audiência **pode resultar em ganhos consideráveis de tempo e de eficiência focados noutras fases dos processos** já em curso.

Na fase de cumprimento da sentença, por exemplo, o *Relatório Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça, para o ano de 2010, aponta um congestionamento de quase 70% na Justiça do Trabalho.

Essa é uma realidade que não pode ser desprezada nos experimentalismos procedimentais em busca de um melhor ajuste às necessidades da jurisdição.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É atividade regular do intérprete e aplicador do Direito promover a necessária adequação do tecido normativo infraconstitucional ao tronco ou matriz constitucional, seja em relação ao texto apresentado pelo Constituinte originário, seja em face das alterações supervenientes, levadas a cabo pelo Poder Constituinte Reformador ou Derivado.

No que se refere aos efeitos da Emenda 24/99, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho, sobre o Processo do Trabalho, essa técnica hermenêutica de conformação é necessária para que se reconheçam, na práxis judiciária, as mutações decorrentes da alteração do modelo jurisdicional projetado pela reforma de diversos dispositivos da Constituição atinentes à Justiça do Trabalho.

Essas mutações não deitam efeitos apenas sobre procedimentos, como o processamento da exceção de suspeição e impedimento de Magistrado de 1º Grau; técnica sentencial monocrática; publicação de decisões e respectiva contagem de prazo para a interposição de recursos ou estabilização dos seus efeitos.

Elas propõem, de outro lado, uma mudança cultural em relação à arquitetura de costumes, bem como às interpretações da legislação processual do trabalho até então vigente. São exemplos daquele primeiro aspecto cultural as formas das decisões judiciais monocráticas e designação de "pautas de julgamento". No tocante ao segundo aspecto, é preciso uma interpretação consentânea da nova realidade normativa para a adequada aplicação do entendimento cristalizado na Súmula n. 197 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe sobre a intimação da decisão, sem a necessidade de expedição de notificação específica para as partes previamente cientes da data da sua publicação.

É preciso, desse modo, superar os resíduos históricos (Zagrebelsky) que se fizeram brotam em razão dos longos anos de vigência de normas originárias da CLT atingidas pelo fenômeno de sua não recepção pela Constituição, após a Emenda n. 24/99, mas – e isso é fundamental – sem desprezar tudo aquilo que positivamente tem contribuído, nomeadamente pelos costumes judiciários, para a celeridade e o prestígio do Processo do Trabalho.

8. REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 6ª. Edição, 2002.

CHAVES, Luciano Athayde. *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. 'Processo e procedimento na perspectiva trabalhista'. IN CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2ª. Ed., 2012.

DANTAS, Ivo. *Constituição e processo*. Curitiba: Juruá, 2012.

FRENCH, John D. *Afogados em leis*: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.

Fundamentação material dos direitos fundamentais na contemporaneidade

Maurício de Melo Teixeira Branco[1]

Renato da Costa Lino de Goes Barros[2]

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho[3]

Resumo • Este artigo procura analisar a fundamentação teórica dos chamados direitos fundamentais, estabelecendo a crítica à concepção jusnaturalista, com a finalidade de prestigiar o conteúdo dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Estado Democrático de Direito como seus fundamentos epistemológicos.

Palavras-chave • Direitos fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Estado Democrático de Direito. Fundamentação Material.

Abstract • This article intends to identify what allows recognizing a right as a fundamental right, criticizing its jusnaturalism conception. With this scope, it analyses its epistemological foundations, here identified as the principle of human dignity and the Democratic State of Law.

Keywords • Fundamental Rights. Human Dignity. Democratic State of Law. Materiality of Fundamental Rights.

Sumário • 1. Introdução – 2. Noções gerais sobre os direitos fundamentais: 2.1. A superação da concepção jusnaturalista; 2.2. A existência de um conteúdo material dos direitos fundamentais – 3. Fundamentos de materialidade dos direitos fundamentais: 3.1. O princípio da dignidade da pessoa humana: 3.1.1 O conceito da dignidade da pessoa humana sob a ótica jurídica do ordenamento brasileiro; 3.1.2 O conceito da dignidade sob a ótica filosófica; 3.2. O princípio do Estado Democrático de Direito – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade tecer considerações sobre os direitos fundamentais na contemporaneidade, buscando a delimitação teórica de sua fundamentação material.

Isso porque há uma profunda cizânia neste tema, com constante invocação de preceitos axiológicos de fundamentação espiritual, para respaldar uma expressão jurídica de conteúdo universalizante, independentemente de credo. Malgrado o seu uso recorrente (ante à vinculação de outras normas aos preceitos que encerram direitos fundamentais), deve ser observado que o tema possui delimitação doutrinária bem definida.

1. Advogado, sócio do escritório Walter Lopes & Associados. Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Processo do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho da UniJorge. Professor do Instituto de Ensino Superior Unyahna de Salvador – IESUS. Professor de Legislação Social do Programa EAD da Fundação de Tecnologia e Ciências – FTC.
2. Advogado. Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito/JusPodivm. Professor de Direito Coletivo do Trabalho e Ética Jurídica da Faculdade Dois de Julho. Professor de Estágio Supervisionado e Deontologia Jurídica da Unijorge.
3. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho do Curso JusPodivm. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

Assim, é preciso compreender o sistema de fundamentação material dos direitos fundamentais a partir de sua própria cognição, o que se pretende fazer nos próximos tópicos.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Propor um conceito unívoco às normas de direitos fundamentais, diante da enorme heterogeneidade das disposições que as disciplinam, é uma tarefa digna de Hércules.

Com efeito, o risco inerente a tal pretensão lastreia-se no fundado receio de que um conceito termine por atuar como cerceador do conteúdo destas regras, não realizando a previsão de efetividade máxima esperada.

Tal missão é normalmente agravada também pela comum tentativa de se vincular a existência de direitos fundamentais a um valor pré-existente, em resgate de um jusnaturalismo divino, o que efetivamente não deve ser feito, diante da superação desta concepção.

2.1. A superação da concepção jusnaturalista

Para Luis Roberto Barroso[4], o termo jusnaturalismo "identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural", sendo que tal direito tinha seu valor outorgado por uma ética extra-estatal.

Cumpre destacar que, no decorrer da história, o direito natural foi visto como uma máxima oriunda da vontade de Deus, e, já na idade Moderna, como uma lei ditada pela razão natural.

Sobre este aspecto, pondera Machado Neto[5]:

> Durante toda a idade Média, seja sobre o império da patrística, seja da escolástica, os fundamentos do direito natural jamais deixaram de ser a inteligência e a vontade divinas. Trata-se, portanto, aí, de uma teoria jusnaturalista de conteúdo teológico, unicamente compatível com uma sociedade e uma cultura marcadas essencialmente pela vigência de uma crença religiosa, pelo predomínio da fé.
>
> É obra do moderno processo de secularização da vida que a ideologia jusnaturalista abandonasse as raízes teológicas que a alimentaram durante toda a idade média, para ir buscar, na identidade da razão humana, os fundamentos de sua validade perene e universal.

Nesta concepção, ao considerar-se o direito natural, seja como sendo fruto das leis divinas, seja da racionalidade natural, desprestigiava-se, invariavelmente, as potencialidades humanas, uma vez que se desconsiderava o Direito como um instrumento cultural.

Eduardo Bittar[6], nesta linha, pontua que, "apesar de sua significação histórica e de sua importância para a formação dos modernos direitos humanos, o jusnaturalismo setecentista e oitocentista não constrói uma discussão inovadora nos meandros teóricos da fundamentação do Direito a partir da natureza (*phýsis*, natura)".

Em decorrência deste fato, o jusnaturalismo foi perdendo espaço, principalmente, no que concerne às discussões sobre os direitos fundamentais.

Prosseguindo, destaca Eduardo Bittar[7] que se percebeu a necessidade de ver "o Direito sem recorrer a fundamentos tipicamente medievais, ligados às dimensões espiritual e metafísica (*lex divina*), mas com simples apelo à própria idéia de natureza (natureza humana individual e racional), domínio de estudos filosóficos".

Neste caminho, vale frisar que melhor sorte não assistiu à iniciativa da mera positivação dos direitos naturais em estatutos de direitos humanos, na fase inicial do positivismo, pois tal atitude vacilou ao admitir que o valor deste direito de índole personalíssima ficasse equiparado aos demais direitos positivados, sem estabelecer um conteúdo diferenciador que expressasse o seu real valor.

Mais uma vez, nas palavras de Eduardo Bittar[8]:

4. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 1.
5. MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito***.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 17.
6. BITTAR, Eduardo C. B. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos. *Panóptica*, Vitória, ano 2, n. 13, jul. – out. 2008. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 2.
7. *Ibid.* p. 2.
8. *Ibid*, p. 14.

> A banalização dos direitos naturais em estatutos de direitos humanos positivados torna-os, além de direito positivo (com valor de qualquer outro conteúdo de direito positivo, na medida em que podem ser revogados e substituídos a qualquer tempo), uma experiência trivializada de direitos, para utilizar-me de uma linguagem empregada por Tércio Sampaio Ferraz Junior. A fungibilidade do que se põe como conteúdo de um "direito humano" torna-o tão frágil e tão substituível quanto qualquer outro direito, na medida em que sua difusão não garantiu a salvaguarda real das pessoas contra o arbítrio

Sobre esta superação da visão jusnaturalista, ligada à dimensão espiritual e metafísica, bem como da experiência positivista, sem estabelecer critérios que demonstrasse o valor diferenciado deste direito fundamental, ensina Luis Roberto Barroso[9] que:

> A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

Neste mesmo sentido, pondera Machado Neto[10] que:

> Assim é que, hoje, de posse das importantes descobertas da fenomenologia e da filosofia dos valores, da existência e da cultura, já é possível dar por superado o jusnaturalismo, como expressão pré-científica de fundamentação da ciência jurídica. Hoje é possível já ver claro nesse setor, e concluir que o direito natural, longe de ser ciência, era apenas ideologia, tolerável num tempo em que os instrumentos teóricos da filosofia não tinham ainda sido convenientemente elaborados para a exploração fecunda do problema dos valores, e hoje inteiramente superada pela fundamentação da axiologia jurídica, que é a tarefa a mais premente e grandiosa que os nossos tempos estão a esperar e a exigir dos filósofos do presente.

Neste novo cenário, tornou-se possível o diálogo do Direito com os valores, diferentemente do quanto apregoado pelo positivismo, que previa a separação da ciência jurídica com a axiologia.

Explica Luis Roberto Barroso[11] que:

> Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

Os direitos fundamentais, nesta perspectiva, são enxergados não como valores universais e atemporais, advindos de uma razão natural, mas sim como frutos de uma construção de origem histórico-cultural, baseando-se nos valores expressos através dos princípios.

Neste sentido, esclarece Eduardo Bittar[12]:

> Não se pode dizer que a pós-modernidade abole a modernidade, e nem mesmo que as distorções no uso dos direitos humanos redundam numa negação desta categoria de direitos. Pelo contrário, seus fundamentos mudaram, não se trata mais de verifica-los como revelações da Razão, como instâncias universais, como valores atemporais, mas como construtos histórico-culturais de profunda significação para a garantia e preservação da dignidade da pessoa humana.

9. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 2.
10. MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito***.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 19-20.
11. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 2.
12. BITTAR, Eduardo C. B. O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos. *Panóptica*, Vitória, ano 2, n. 13, jul. – out. 2008. Acesso em: 2 jul. 2009. p. 15.

Pelo exposto, evidente é o fato de que não se pode sucumbir, aqui, a tentação de vincular a existência de direitos fundamentais a um valor pré-existente, em resgate de um jusnaturalismo divino e/ou racional, pois se acredita que é possível, sim, esboçar um conceito positivo para os direitos fundamentais, baseando-se em valores-guias.

A noção primeira sobre o tema parte da ideia da existência de um conteúdo fundamental destes direitos.

2.2. A existência de um conteúdo material dos direitos fundamentais

Oscar Vilhena Vieira defende que os direitos fundamentais correspondem ao conjunto de direitos da pessoa humana reconhecidos de forma expressa ou implícita pela CF/88[13].

Enquanto isto, Dirley da Cunha Júnior vincula o conceito à noção de normas que disciplinam toda a atuação estatal, impondo a este o dever de "proteger a vida humana, no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana"[14]. Tais direitos possuem, de acordo com o referido pensamento, lastro no princípio da dignidade da pessoa humana. A mesma idéia é obtida por Ana Cristina Costa Meireles, que ensina que os direitos fundamentais são "densificações normativas" daquele princípio[15].

Já Robert Alexy recorre ao positivismo para determinar o que sejam normas de direito fundamental, trazendo uma resposta compatível com a coerência interna da Constituição alemã: é fundamental a norma prevista em critério formal, que corresponde a um critério de positivação pré-estabelecido[16]. Logo, a definição primeira do que seja direito fundamental cabe muito mais a uma atuação política e não meramente interpretativa de um determinado conteúdo.

Isto não implica que Alexy propugne ser este sistema de direitos fundamentais um sistema fechado. Ao revés, defende a existência de normas não diretamente enunciadas pela Constituição com conteúdo fundamental, que nomeia como "normas de direito fundamental atribuídas".

Assim, para este autor, existem dois grupos de normas de direitos fundamentais: as estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as atribuídas[17].

Tal, para Ingo Wolfgang Sarlet, corresponde à ideia de um catálogo constitucional de direitos fundamentais. O que varia, entre Sarlet e Alexy, é o grau de abertura conferida ao catálogo: mais amplo para o primeiro (Sarlet), mais restrito para o segundo (Alexy).

Na realidade, o pensamento de Alexy pode ser elucidado a partir da concepção de que estes direitos podem ser divididos em dois grandes conjuntos, organizados de acordo com sua fonte jurídica, ou seja, tendo por fundamento os mecanismos e os meios pelos quais estas normas surgem ou se afirmam.

O grupo inicial corresponde aos direitos "formalmente" fundamentais, estabelecidos a partir de opção legislativa, e o derradeiro aos direitos "materialmente" fundamentais, identificados como portadores de conteúdo que conecta a um valor fundamental.

Também Gomes Canotilho adere à noção de direitos fundamentais como direitos constitucionalmente positivados, de onde se derivam consequências jurídicas[18]. Tal qual Alexy, também não preceitua Canotilho que estes direitos constituam um sistema fechado. Seu pensamento defende a existência de um sentido formal dos direitos fundamentais positivados, dos quais se derivam outros direitos (fundamentais em sentido material).

Sob o prisma focal meramente histórico, estes dois autores concebem os direitos fundamentais como inicialmente um sistema formalista, ao que a atividade legislativa e interpretativa exerce um papel de derivação (ou atribuição) de outros direitos, que são fundamentais em razão do seu conteúdo (essência).

13. VILHENA VIERA, Oscar. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 36.
14. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 162.
15. MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 38.
16. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 68.
17. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 73.
18. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 498.

Questiona-se: como um positivista da magnitude de Alexy poderia defender a existência de tais normas atribuídas? Responde-se: exigindo, como critério de validade intransponível, que exista uma referência a direitos fundamentais (estes sim positivados) nestas normas atribuídas. Logo, o seu surgimento decorre da evolução interpretativa de uma norma efetivamente estabelecida[19].

Esta consideração evoca duas conclusões: para o sistema, correspondendo à insegurança relativa, pois é impossível determinar com exatidão qual é o rol dos direitos fundamentais, o que seria negativo do ponto de vista da certeza que se espera na defesa dos direitos fundamentais (e da sua atuação como limite interpretativo e legislativo). Com certeza, a tarefa de interpretar e legislar se torna ainda mais complexa diante da obrigação de não contrariar algo que não se sabe exatamente o que é ou como se delimita.

Em outro diapasão, corresponde a meio de criação de novos direitos fundamentais[20], que serão desdobramento dos já estabelecidos, permitindo a evolução do sistema e o atendimento das finalidades propostas pelo Estado. E nesta linha, é deveras positivo, mesmo porque, dentro de uma lógica de maximização da efetividade destes direitos, é muito mais preocupante a sua não aplicação do que o estabelecimento de novos mecanismos de contenção ou defesa.

Em arremate, Ingo Sarlet[21] aponta que são igualmente direitos fundamentais as posições jurídicas que se referem a pessoas, tendo como base os direitos positivados no texto constitucional e, portanto, retirados do ámbito de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como os dispositivos que, por seu conteúdo, importância e significado, se equiparam ao primeiros. Logo, não se confundem com disposições contidas apenas na Carta Constitucional em sentido formal, adequando-se às previsões contidas na denominada "Constituição material".

Tal significa que também este autor defende a existência de um rol de direitos fundamentais não restrito ao texto constitucional, mas pertencente a um sentido material de fundamentalidade.

Diante dessas conclusões, faz-se mister delimitar o contorno dos direitos fundamentais em sentido material, visando a alcançar o fundamento que permite a sua criação (seja por um processo de atribuição, derivação, equiparação ou geração de direitos) na sociedade contemporânea.

3. FUNDAMENTOS DE MATERIALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy defende que a pertinência de uma norma atribuída ao sistema de direitos fundamentais decorre da sua relação com uma norma do mesmo gênero que esteja positivada[22] no ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de uma regra de coerência interna.

Há, porém, quem apresente um fundamento externo ao catálogo de direitos fundamentais positivados como raiz destes direitos, quando considerados apenas sob o ponto de vista da sua materialidade. É a concepção segundo a qual os direitos fundamentais possuem um conteúdo que lhes é inerente. Como aponta Ingo Sarlet, "direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais."[23]

Neste contexto, a materialidade não decorreria da derivação de um direito positivado, mas sim da percepção de que um determinado valor é importante para uma determinada sociedade. Este valor é considerado de tal forma importante que lhe é outorgado o *status* de direito fundamental.

Propugnando por um exemplo desta corrente, Sarlet cita Hesse, para quem os direitos fundamentais são garantias pontuais destinadas à proteção de bens e posições jurídicas relevantes ou ameaçadas[24]. Posição análoga é

19. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 74.
20. *Ibid.*, p. 74.
21. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 91.
22. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 73.
23. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 95.
24. *Ibid.*, p. 84.

trazida por Felipe Derbli[25], no sentido de que a dignidade corresponde à proteção ao mínimo existencial.

Neste condão é também o que propõe José Afonso da Silva, ao identificar nos direitos fundamentais uma nota de essencialidade. Para este autor, a idéia de direito fundamental encerra um conteúdo sem o qual a pessoa humana não sobrevive, pois não se realiza ou convive com as demais pessoas[26]. E é essa essencialidade que determina, ao lado do seu reconhecimento formal, a sua efetivação de forma material e concreta.

Consiste, portanto, no critério que leva em conta a coerência a valores-guia, não necessariamente inclusos como direitos fundamentais em um sistema positivado.

Dentre estes valores, dois são mais comumente apontados como base para um sistema de direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana e a idéia de soberania popular no Estado Democrático de Direito.

Mesmo não partilhando desta opinião, Ingo Sarlet informa o papel da dignidade da pessoa humana na configuração dos direitos fundamentais:

> A idéia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental.[27]

Em seqüência lógica, cumpre tratar, portanto, primeiramente do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, cuidando-se em seguida do principio do Estado Democrático de Direito.

3.1. O princípio da dignidade da pessoa humana

O estudo do princípio da dignidade da pessoa humana percorre necessariamente dois caminhos.

O primeiro diz respeito à sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, na qualidade de valor fundante de outros direitos e de inspiração normativa. O sentido desta análise é delimitar bem as hipóteses de utilização e recurso ao princípio em estudo.

O segundo caminho diz respeito ao conteúdo universalizante do instituto, que deve ser buscado em detrimento da sua utilização espiritual. Neste sentido, se recorre ao instituto a partir da sua formação filosófica e ontológica.

3.1.1 O conceito da dignidade sob a ótica jurídica do ordenamento brasileiro

No decorrer do Século XX, houve uma tendência de inclusão dos princípios fundamentais do Direito nas constituições dos países de tradição romano-germânica.

Tanto é que no Brasil, a Constituição Federal de 1988 incluiu, como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana[28].

Neste caminho, a prestigiada posição alçada pela dignidade da pessoa humana[29], nos termos e na forma proposta pela Constituição Federal brasileira, irradia sua eficácia a todo o ordenamento jurídico pátrio, demons-

25. DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 210.
26. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 178.
27. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 83.
28. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – A soberania; II – A cidadania; III – A dignidade da pessoa humana; IV – Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – O pluralismo político.
29. Para Luis Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana "expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos" (*In* BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 2 jul. 2009).

trando, especialmente no que concerne às relações privadas, a alteração de seu enfoque ao desprestigiar a autonomia e o patrimônio em nome do reconhecimento da necessidade de proteção do homem, visto em sua essência.

Considera-se característica própria de um sistema de direitos fundamentais a sua possibilidade de ampliação. Neste ponto, o trabalho analítico do legislador constituinte brasileiro é digno de louvor, uma vez que logrou formalizar um número elevado de direitos fundamentais disciplinados pela proteção da positivação no texto constitucional.

Em decorrência disto, o sistema brasileiro de direitos fundamentais pode ser considerado, hoje, superior aos que lhes antecederam, o que traz a noção de que o Estado brasileiro tornou-se mais democrático. "A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência"[30].

Não há a menor sombra pálida de dúvida quanto a esta afirmativa diante da possibilidade de integração dos direitos fundamentais realizada através de um processo criativo destas normas, respeitando-se, ao mesmo tempo, tanto a idéia de pertinência a um conteúdo específico (materialidade), quanto a referência a uma norma positivada (formalidade), superando-se qualquer resquício de vinculação necessariamente espiritual ou divina na sua tutela.

Por esta razão, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana implica na necessidade de reconstrução do sistema, especialmente na ótica civil-constitucional. Neste sentido, propõe Maria Celina Bodin de Moraes[31]:

> Para a adequada e coerente reconstrução do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas. A transposição de normas diretivas do sistema de Direito Civil para o da Constituição acarretou relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela, que era oferecida pelo Código ao "indivíduo", para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não-degradante, e não conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.

Afinal, com o advento do Novo Código Civil Brasileiro numa leitura civil-constitucional, já é possível enxergar uma alteração na tendência de seu enfoque, reduzindo a importância dada às situações patrimoniais em nome da prevalência da situação extrapatrimonial, uma vez que a proteção humana deve ser prioritária.

Neste caminhar, o intérprete deve fazer-se valer desta nova orientação, aplicando a norma jurídica, numa perspectiva integrativa civil-constitucional, no intuito de que seja tutelada, sempre prioritariamente, a dignidade da pessoa humana na resolução das lides postas em análise.

Esse processo de re-conformação do ordenamento, que pressupõe a derivação de direitos fundamentais, oferece o risco de alheamento dos direitos fundamentais a partir da utilização do valor guia da dignidade da pessoa humana dentro de uma visão espiritualista.

Como visto linhas acima, a dignidade humana[32], com a Constituição de 1988, veio a ser jurisdicionalizada[33], alcançando o

30. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 79.
31. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 73-74.
32. Segundo Zeno Simm: "A dignidade humana, algumas vezes entendida também como amor-próprio, honra ou respeitabilidade, é um daqueles valores cujo significado é mais sentido ou experimentado que propriamente conceituado, inclusive pela circunstância de se tratar de uma percepção mais ou menos natural das pessoas, inerente mesmo ao ser humano e muitas vezes ligada a padrões de ordem moral ou religiosa" (*In* SIMM, Zeno, Acosso Psiquico no ambiente de trabalho: Manifestações, efeitos, prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 2008. p. 27).
33. Segundo Rodenas: "*En cualquier Estado de Derecho la consagración de la persona y su dignidad constituye*

patamar de fundamento da República Federativa Brasileira para efetivamente influenciar toda a ordem jurídica.

Daí a dificuldade encontrada pela doutrina de delimitar os contornos e limites desta dignidade, uma vez que ela baseia a ordem jurídica em todos os seus diferenciados campos de regulação.

Maria Celina Bodin de Moraes[34], neste sentido, propõe o desdobramento do "substrato material da dignidade" em quatro postulados, a saber:

> i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade.

Nesta perspectiva, a dignidade, explica a aludida autora, viria à tona, no caso concreto, quando realizada a concretização destes postulados, visando a ampla defesa dos direitos da personalidade decorrentes do princípio da dignidade.

Sobre a personalidade, ensina Maria Celina Bodin de Moraes[35]:

> A personalidade é, portanto, não um "direito", mas um valor, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Por isso, não pode existir um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas.

Assim, os direitos da personalidade[36] estão garantidos pelo princípio da dignidade humana, alcançando a pessoa humana o posto de valor fundamental do ordenamento.

Necessário se faz, por oportuno, recorrer ao fundamento jurídico e filosófico da dignidade da pessoa humana, no intuito de que sejam alcançados seu contorno e sua limitação.

3.1.2 O conceito da dignidade sob a ótica filosófica

O conteúdo de dignidade da pessoa humana nem sempre foi o mesmo, tendo tido grande evolução no pensamento filosófico ocidental.

Originalmente, dignidade se referia a possuir uma posição dentro de uma hierarquia socialmente reconhecida[37]. Em momento posterior, conclui-se que a vida humana enseja uma proteção diferenciada. Assim, a tutela conferida ao valor vida passou a exigir a presença de uma especial qualificação.

Com o objetivo de definir esta qualificação, verifica-se que as duas grandes correntes da ética (relativismo e objetivismo) passam a considerar a vida humana sob um novo ponto de vista. Assim, o valor que será objeto da corrente relativista é a qualidade de vida, ao passo que a teoria objetivista irá debruçar-se sobre a questão da dignidade da vida.

Logo, para o relativismo, o respeito à vida humana será analisado sob o prisma do utilitarismo (sentir prazer ou não sentir dor), da cognição (capacidade de tomada de decisões) ou do contratualismo (participação no contrato social). A principal decorrência da aplicação da teoria relativista é a conclusão de que nem toda vida deve ser respeitada, mas tão somente aquelas em que está presente um elemento axiológico, que é a "qualidade de vida"[38].

---

el centro del sistema constitucional. En nuestro ordenamiento el art. 10.1 CE dispone que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, son fundamento del orden político y de la paz social, precepto que impregna el ordenamiento jurídico laboral, ya que la dignidad personal constituye un valor espiritual y moral inherente al individuo, y cuyo respecto goza del mayor nivel de protección, como derecho fundamental

" (*In* RODENAS, Maria José Romero, Protección frente al acoso moral en el trabajo. 3ª edición. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005, p. 36-37).

34. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.
35. *Ibid.* p. 121.
36. Segundo Gagliano e Pamplona Filho: "Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções pessoais (*In* GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, Vol. I – Parte Geral*, 9ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136).
37. VELÁZQUEZ, José Luis. *La fundamentación de la dignidade.* In: *Bioética: la cuestion de la dignidad.* Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas, 2004. p. 106.
38. ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona.* Madrid: Tecnos, 1998.p. 31.

Por outro viés, para a corrente objetivista, a ilação natural da condição de humanidade é o reconhecimento de que a vida possui uma dignidade intrínseca, razão pela qual deverá ser respeitada. Tal respeito é uma decorrência lógica da mera condição de ser humano, não importando o seu grau de desenvolvimento, mas sim a sua pertinência à espécie humana. Portanto, o reconhecimento de que é preciso proteger o homem enquanto pessoa se dá mediante a identificação da sua individualidade. O ser humano é um ser dotado de espírito e, por esta razão, sua vida é considerada digna e merece ser protegida[39].

Seguindo uma lógica de maximização dos efeitos dos direitos fundamentais, parece ser mais coerente aceitar a premissa trazida pela corrente objetivista de que todo ser humano é digno. Como decorrência da sua dignidade, ao ser humano é aplicável uma proteção jurídica, cujo conteúdo foi delimitado por Kant. É este autor que defende que o ser humano possui uma dignidade ontológica: "a dignidade da humanidade consiste precisamente na aptidão que ela possui para estatuir leis universais, embora com a condição de simultaneamente estar sujeita a esta legislação."[40].

Deste trecho, extrai-se que a dignidade possui, ao mesmo tempo, duas características. Conforme a primeira, trata-se de um valor criado pela humanidade e que se pretende universal. De acordo com a segunda, tem-se que se destina à tutela da própria humanidade, nela encontrando o seu objeto e a sua razão de ser. Portanto, trata-se de um valor ao mesmo tempo direcionado e oponível ao próprio ser humano.

As reflexões sobre a dignidade feitas por Kant influenciaram e prevalecem no pensamento filosófico da atualidade.

Neste caminho, fazendo alusão a Kant, sustenta Martins[41] que: "em termos filosóficos-constitucionais parece haver um certo consenso no sentido de se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana a partir da sua construção teórica".

O fundamento kantiano baseia-se na premissa de que o homem, como ser racional, deve ser entendido como um fim em si. Assim, sustenta Kant[42]:

> Ao invés, os seres racionais são chamados pessoas, porque a natureza deles os designa já como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio (e que é objeto de respeito). Portanto, os seres racionais não são fins simplesmente subjetivos, cuja existência, como efeito de nossa atividade, tem valor para nós; são fins objetivos, isto é, coisas cuja existência é um fim em si mesma, e justamente um fim tal que não pode ser substituído por nenhum outro, e ao serviço do qual os fins subjetivos deveriam pôr-se simplesmente como meios, visto como sem ele nada se pode encontrar dotado de valor absoluto.

Impõe ele, para tanto, um imperativo prático que prevê que a humanidade deve ser tratada sempre como fim, e não como um meio para algo. E, neste caminho, o homem deve ser visto como um sujeito criador, capaz de criar suas próprias leis, impondo-as a si mesmo dentro de um ambiente de união sistêmica por meio de leis comuns. Explica Kant que[43]:

> Os seres racionais estão todos sujeitos à lei, em virtude da qual cada um deles nunca deve tratar-se a si e aos outros como puros meios, mas sempre e simultaneamente como fins em si. Daqui brota uma união sistêmica de seres racionais por meio de leis objetivas comuns, ou seja, um reino o qual atendendo a que tais leis têm precisamente por escopo a relação mútua de todos estes seres, como fins e como meios, pode ser denominado reino dos fins (o que, na verdade, é apenas um ideal). Mas um ser racional pertence, na qualidade de membro, ao reino dos fins, pois que, muito embora ele promulgue leis universais, no entanto está sujeito a essas leis. Pertence-lhe na qualidade de chefe, enquanto, como legislador, não está sujeito a nenhuma vontade alheia.

39. ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona.* Madrid: Tecnos, 1998. p. 33-34.
40. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>. Acesso em: 02 jun 2009. p.30.
41. MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana:* Princípio Constitucional fundamental. 1ª ed, 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 25.
42. KANT, Immanuel. *op. cit.* p.31.
43. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes.* Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>. Acesso em: 02 jun 2009. *p. 35.*

É esta relação mútua, dentro do chamado reino dos fins, que impõe a necessidade de agir neste sentido. Nas palavras de Kant[44]: "procede assim, não tendo em vista qualquer outro motivo prático ou vantagem futura, mas levada pela ideia de dignidade de um ser racional que não obedece a nenhuma outra lei que não seja, ao mesmo tempo, instituída por ele próprio".

Cuida-se, portanto, de um conceito essencialmente aplicável ao homem enquanto ser social. Por meio da dignidade, o homem afirma a própria existência, sendo reconhecido pelos demais homens, que lhe apreciam e conferem valor[45]. Como conclusão de que o princípio da dignidade é um princípio socialmente aplicável, tem-se que o mesmo se realiza por meio do reconhecimento da autonomia do *alter*, que é livre e possuidor de direitos idênticos aos dos demais seres humanos que o cercam[46].

Como há de se demonstrar, a dignidade da pessoa humana não se confunde com os direitos fundamentais, mas será a condição necessária para sua aplicação. É o que entende José Afonso da Silva, para quem "dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"[47].

Logo, o princípio tem por finalidade estatuir que todos os homens estão em mesma situação jurídica, o que decorre do fato de pertencer a uma mesma natureza, que é dita humana. Segundo Andorno[48]:

> Con tal principio se quiere destacar que ya no se admite actualmente la existencia de hombres de segunda categoria, se sub-humanos, de vidas sin valor vital. Es suficiente con ser hombre para ser reconocido como persona. Todos los hombres son igualmente dignos, em razón de su naturaleza común. Ser digno equivale, por tanto, a ser persona.

Ao preceituar uma proteção, a dignidade implica o reconhecimento da igualdade dos homens, e desta decorre que nenhuma pessoa possui poderes para interferir na autonomia de outra.

Por derradeiro, como aduz Velázquez[49], não se pode invocar a condição social, nem interpretações subjetivas restritivas, tampouco o utilitarismo como forma de limitar o acesso à dignidade. Por decorrer unicamente da condição humana da pessoa, não se admite que um homem limite a dignidade de outro.

O critério para o efetivo reconhecimento da tutela trazida pela concepção axiológica da dignidade somente pode ser a humanidade, posto ser ela o bem jurídico tutelado por este valor. É o valor do homem enquanto ser humano e pelo fato mesmo de ser homem[50].

Este é o delineamento que lhe confere Kant, para quem o fato de o ser humano atuar como o legislador da dignidade o converte imediatamente no primeiro súdito desta regra. Portanto, mesmo se superada a moral que dá origem ao princípio da dignidade, este restará como limite intransponível pelo ser humano, permanecendo prestigiado em seu posto de valor máximo. O homem é o meio e o fim do significado da dignidade da pessoa humana[51].

Dentro desta reflexão, refuta Kant qualquer tentativa de coisificação do ser humano, garantindo ele a posição de destaque do ser racional humano ao sustentar que o mesmo estaria acima de todo e qualquer preço, não admitindo equivalente, por ter uma dignidade. Neste sentido, destaca Kant[52]: "o que constitui a só condição capaz de fazer que alguma coisa seja um fim em si, isso não tem apenas simples valor relativo, isto é, um preço, mas sim um valor intrínseco, uma dignidade".

O ser racional humano é dotado de dignidade, que o faz insubstituível e o faz livre para elaborar sua própria lei, que o regerá, inclusive, impondo-o deveres. Isto significa dizer, nas palavras de Martins[53], que: "o homem precisa do dever para tornar-se um ser moral, pois obedecê-lo consiste em obedecer a si mesmo, na medida em que foi o próprio

44. *Ibid* p.36.
45. VELÁZQUEZ, José Luis. *La fundamentación de la dignidade*. In: *Bioética: la cuestion de la dignidad*. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas, 2004. p. 113.
46. KANT, Immanuel. *op. cit.* p. 28.
47. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.105.
48. ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona.* Madrid: Tecnos, 1998. p. 61.
49. VELÁZQUEZ, José Luis. *La fundamentación de la dignidade*. In: *Bioética: la cuestion de la dignidad*. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas, 2004.. p.106.
50. ANDORNO, Roberto. *op cit.* p.57.
51. KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>. Acesso em: 02 jun 2009. p.30.
52. *Ibid,* p. 36.
53. MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana:* Princípio Constitucional fundamental**.** 1ª ed, 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 26.

ser humano que consciente e racionalmente estabeleceu o dever". Sobre esta moralidade, disciplina Kant[54]:

> Ora, a moralidade é a única condição capaz de fazer que um ser racional seja um fim em si, pois só mediante ela é possível ser um membro legislador no reino dos fins. Pelo que, a moralidade, bem como a humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que possuem dignidade. (...). Esta estimação leva-nos a reconhecer o valor de tal maneira de pensar como uma dignidade, e coloca-a infinitamente acima de todo o preço, com o qual não pode ser nem avaliada nem confrontada, sem que de algum modo se lese sua santidade.

Tal postura revela o perfil antropológico adotado por Kant em suas reflexões, pois somente a racionalidade da pessoa humana é que justificaria o seu reconhecimento como fim em si mesmo e de sua dignidade, atribuindo-lhe um valor superior a qualquer "preço", não admitindo qualquer substituto equivalente. Ademais, é certo também que, neste quadro, a dignidade da pessoa humana decorre também do fato de que, em decorrência de sua racionalidade, o ser humano tem autonomia para seguir o quanto disciplinado pela legislação universal criada no reino dos fins. Neste caminho, dispõe Kant[55]:

> De fato, nenhuma coisa possui valor, a não ser o que lhe é assinado pela lei. Mas a própria legislação, que determina todos os valores, deve ter, justamente por isso, uma dignidade, isto é, um valor incondicionado, incomparável, para o qual só o termo respeito fornece a expressão conveniente da estima que todo ser racional lhe deve tributar. A autonomia é, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como de toda a natureza racional.

Indubitável que o ser humano diferencia-se de todos os outros seres por uma qualidade própria. Preocupa-se o ser humano, de uma forma geral, não apenas em compreender-se, como também em compreender o outro, esforçando-se para suprir suas necessidades e da sociedade.

Tratando desta distinção do ser humano, esclarece Maria Celina Bodin de Moraes[56]:

> Para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria apenas aos humanos: uma "dignidade" inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra "dignidade" provém do latim *dignus* – "aquele que merece estima e honra, aquele que é importante"; diz-se que sua utilização correspondeu sempre a pessoas, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, apenas à espécie humana como um todo, sem que tenha havido qualquer personificação.

Neste sentido, pondera Callejo[57]:

> Los derechos a la vida, a la integridad física y moral, al honor; a la intimidad, a la libertad de expresión, ideológica, etc, solo tiene sentido porque son exigência de uma idea de la persona como ser revestido de uma dignidad humana que le diferencia de otros seres vivos de los que no se predican esos derechos y dignidad. Los tratadistas del Derecho Político, salvo alguna posición positivista muy minoritária, coinciden em esta idea de la dignidad como valor prévio de la persona, dimanante del derecho natural.

Tal visão parece ter se solidificado na maior parte dos ordenamentos constitucionais a partir da ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta petição de princípios, inegavelmente ciente do risco inerente à declaração de superioridade de um ser humano sobre outro, teve por fim afirmar a igualdade de todos os seres humanos, ao menos no que toca ao reconhecimento da dignidade de toda a humanidade.

Discorrendo sobre esta carta política internacional, Velázquez[58] destaca como sua principal vitória a noção de que todas as pessoas são portadoras de direitos. Complementar a este raciocínio, Alarcón atesta que "a tendência dos ordenamentos constitucionais

54. KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>. Acesso em: 02 jun 2009 p. 36.
55. *Ibid,* p. 36-37.
56. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.
57. CALLEJO, Jose Maria Garcia. Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador. Madrid: Federacion de Servicios Públicos de Madrid, 2004. p. 68.
58. VELÁZQUEZ, José Luis. *La fundamentación de la dignidade.* In: Bioética: la cuestion de la dignidad. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas, 2004. p. 108.

foi pautar-se pelo reconhecimento do homem como o centro e o fim do direito"[59].

Inexistem duas dignidades distintas, nem se pode estabelecer graus entre a proteção conferida a um ser humano e outro. Como bem observa Roberto Andorno, "*la dignidad ontológica es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos. [...] En este sentido, todo hombre, aun el peor de los criminales, es un ser digno*"[60].

Isto se dá diante da impossibilidade de se conceber a dignidade sob qualquer ponto de vista, que não o humano. O legislador da dignidade é necessariamente o homem, que, pela concessão deste direito ao outro, recebe-o de forma reflexa; o conteúdo do valor dignidade é justamente o reconhecimento do ser humano como portador de direitos. Trata-se de uma prerrogativa que é concedida pelo homem a ele próprio, enquanto tal, realizando, assim, a sua essência ontológica.

Velázquez crê que "*el mejor escudo contra las violaciones de la dignidad son los derechos humanos. Pero la dignidad hay que asegurarla también por dentro. Lo que esta em juego es la idea misma de ser humano.*"[61].

Ingo Wolfgang Sarlet não fundamenta diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana todos os direitos fundamentais, e não o faz em razão de optar por um conteúdo diverso do que seja dignidade: "também os direitos fundamentais de nossa Constituição não radicam, em sua totalidade, ao menos não de forma direta, no princípio da dignidade da pessoa humana."[62].

Esta visão é de que o rol de direitos fundamentais é extremamente amplo para ter pertinência direta a um só tema, ao que alguns destes direitos teriam correlação não-imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana (embora todos sejam, sem sombra de dúvida, concretizações deste princípio)[63].

Todavia, parece correto enunciar que é a dignidade que assegura a realização dos direitos humanos, haja vista que a verificação da proteção jurídica exige o prévio reconhecimento como sujeito de direito.

Defende Canotilho[64] que o fundamento "dignidade da pessoa humana" na estrutura da Constituição Portuguesa pode ser reconhecida nos cinco elementos identificados por Podlech: afirmação da individualidade; garantia de livre desenvolvimento da personalidade; criação de mecanismos de socialidade e manutenção de mínimos existenciais; garantia da autonomia individual e igualdade jurídica-social dos cidadãos.

A principal conclusão do autor é que a estrutura da Constituição Portuguesa parte de uma base antropológica, do qual se extrai a defesa do homem, a um só tempo, como cidadão, como pessoa, como administrado e como trabalhador[65]. Ou seja, a raiz dos direitos fundamentais constitucionais está na proteção ao ser humano, em suas diversas dimensões.

Acredita-se que tais considerações apontadas para a Carta Política portuguesa podem ser estendidas em grande parte ao sistema constitucional brasileiro (e, quiçá, ao espanhol!), ante à identidade do valor-guia "dignidade da pessoa humana" nos dois sistemas.

Não se pode olvidar que o principal bem jurídico tutelado pelo ordenamento é o respeito ao homem. Tal se dá mediante o reconhecimento da dignidade que lhe é intrínseca, permitindo que seja sujeito de direitos, em igualdade de condições com os demais seres humanos.

Mas não é somente a dignidade da pessoa humana o fundamento de materialidade que confere base aos direitos fundamentais.

Para garanti-la, mister se faz um Estado efetivamente organizado.

Por isso, é preciso compreender também o principio do Estado Democrático de Direito como fundamentação e garantia dos direitos fundamentais.

3.2. O princípio do estado democrático de direito

Ao lado do pensamento que embasa os direitos fundamentais na dignidade da pessoa

59. ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004. p. 244.
60. ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 54.
61. VELÁZQUEZ, José Luis. *La fundamentación de la dignidade*. In: *Bioética: la cuestion de la dignidad*. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas, 2004. p.113.
62. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 85.
63. *Ibid.*, p. 123.
64. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 363.
65. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 362-363.

humana, deve ser trazido, como fundamento de materialidade destes direitos, o princípio do Estado Democrático de Direito.

Define Ingo Sarlet que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a existência da segurança jurídica, que atua como espécie de freio ao despotismo e à prática de iniqüidades. Eleva, assim, a segurança jurídica ao status de "subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito"[66].

A ligação dos direitos fundamentais com o princípio democrático, no seu viés de autodeterminação dos povos (soberania popular), é trazida por Sarlet[67] como uma tríplice vertente: ao mesmo tempo, encerram pressuposto, garantia e instrumento deste princípio.

Democracia relaciona-se com a própria lógica de direitos fundamentais, já que a exigência do preenchimento de determinados direitos envolve, a um só tempo, a participação popular e, a partir da ideia de liberdade, exige-se a criação da transparência[68]. Logo, de acordo com Canotilho, uma sociedade em que se garantem os direitos fundamentais é também uma sociedade efetivamente democrática.

Ingo Sarlet[69] apresenta posição em sentido análogo, defendendo serem os direitos fundamentais um dos elementos constitutivos da Constituição (em sentido material), já que versam também sobre a estrutura básica do Estado e da Sociedade.

José Afonso da Silva, por sua vez, aponta que os direitos fundamentais "são direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular"[70], reforçando assim sua natureza de elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito. Por soberania popular, entende-se a legitimação do Estado por meio da atribuição do poder ao próprio povo[71]. Logo, na medida em que atende às expectativas do povo, o Estado alcança sua almejada legitimidade.

Tais direitos correspondem também ao que se pode chamar de essência do Estado Constitucional, já que se revestem de fundamentalidade a forma de Estado, a organização do poder e a definição do sistema de governo. Sarlet os denomina, dentro desta concepção de direitos fundamentais enquanto representação do princípio democrático, como elementos nucleares da Constituição material[72].

Em verdade, não existe uma relação de oposição entre os dois fundamentos apontados. No sistema constitucional brasileiro, verifica-se que ambos direcionam-se para uma mesma noção, sendo igualmente fundamentos do Estado brasileiro.

Como ensina Ingo Sarlet[73], alcançar a dignidade da pessoa humana é uma das tarefas impostas ao Estado, que o fará por meio de "ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade". É correta a opinião deste autor quando preceitua que a obtenção da dignidade depende da ordem comunitária, nem sempre sendo possível ao indivíduo realizar, por si só, suas necessidades existenciais básicas. Tal resultado é obtido, muitas vezes, com o concurso do Estado ou da comunidade.

Logo, por aplicação da teoria contratualista do Estado, observa-se que a dignidade da pessoa humana é uma das finalidades que autorizam a outorga de poder a este ente. Portanto, a legitimidade do Estado Democrático de Direito está diretamente ligada à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana[74]. Este é o seu principal objetivo[75], sem o qual não há justificativa para a submissão do indivíduo ao ente estatal.

Foi reconhecido à dignidade um caráter de norma de regulamentação, frente à qual deve ser analisada a validade das demais normas. Por esta razão, Alarcón conclui que, do ponto de vista formal, o princípio da dignidade guarda um valor de pré-compreensão da estrutura do Estado jurídico brasileiro, sendo

66. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 434.
67. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 72.
68. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional.* 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 431.
69. SARLET. *op. cit.* p. 89.
70. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180.
71. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *op. cit.* p. 418.
72. SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 69-70.
73. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 119-120.
74. ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988. São Paulo: Método, 2004. p. 254.
75. ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona.* Madrid: Tecnos, 1998. p.47.

muito mais do que o conceito de enunciado principiológico[76].

Alarcón defende que "o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas é fundamento do Estado Democrático de Direito, mas valor constitucional."[77]. Para Ingo Wolfgang Sarlet, vai além: é o valor-guia não só dos direitos fundamentais, como também de toda a ordem constitucional[78].

Deixando de lado a discussão sobre qual dos dois valores exerce papel de raiz sobre o outro, há que se registrar que os dois conceitos (democracia e dignidade da pessoa humana) traduzem, ao final, um mesmo valor: igualdade jurídica e social.

Nessa linha, é o que também se extrai de Edvaldo Brito, que fundamenta os direitos fundamentais em uma ideia de igualdade, que seria o próprio vetor do desenvolvimento destes direitos[79]. Este pensamento termina por concluir em sentido análogo à noção da dignidade da pessoa humana como base dos direitos fundamentais, em uma visão de dignidade Kantiana.

Por este motivo, defende-se que a fundamentalidade material decorre da realização da igualdade jurídica e social, logrando-se êxito, neste sentido, em alcançar um conteúdo não espiritual dos direitos fundamentais, a partir dos seus fundamentos de materialidade.

Logo, o processo de materialização dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que corresponde ao pensamento de que existe uma especial importância no objeto tutelado por estas normas, corresponde também à atribuição de conteúdo referenciado com os guias axiológicos às normas positivadas.

Com isso, conduz-se a uma visão otimista da defesa dos direitos fundamentais no Brasil: o processo de derivação de direitos fundamentais pode alcançar simultaneamente a proteção material, no sentido de que os direitos fundamentais possuem natureza supralegal, estando no ápice do ordenamento; bem como a proteção formal, sujeitando estes direitos a limite de reforma constitucional, como cláusulas pétreas.

Não abarca, portanto, o pensamento jusnaturalista ou subjetivista do conteúdo destas normas. Afinal, seu fundamento possui previsão legal, inserta na grande maioria das constituições de origem romano-germânica. É exatamente o caso do Brasil.

4. CONCLUSÃO

No mundo contemporâneo, os direitos fundamentais são, para uns, o exemplo mais eloqüente da relevância do jusnaturalismo ainda nos dias atuais, especialmente quando se vinculam a conteúdos reconhecidos como de direitos humanos.

Todavia, o entendimento que predomina é o de que os direitos humanos se constituem em uma espécie de resquício jusnaturalista que fora capturado pelo Direito Positivo, merecendo, de maneira geral, grande espaço nos textos constitucionais.

Contudo, há um problema. Em que pese a sua estrita vinculação com a noção de humanidade e de personalidade, a sua utilização indiscriminada termina por enfraquecer o instituto, lhe retirando justamente o conteúdo universalizante.

É que os direitos humanos, neste sentido fundamental, acabam por assumir também a condição de um direito supranacional, um direito que nem mesmo as Constituições poderiam revogar ou deixar de adotar. Ou seja, uma espécie de "Justiça Universal" no sentido que Kant concebeu a idéia e Kelsen rapidamente percebeu.

O desafio de seu estudo na contemporaneidade é revestir estes institutos de conteúdo amplo o bastante para alcançar a eficácia plena, sem que, por outro lado, se percam em total subjetividade. Alcançar esta tênue medida é o desafio do intérprete, que deve fazê-lo sem recorrer à espiritualidade das normas.

Por isso, arremata-se este texto com a poética conclusão de Joaquín Herrera Flores:

> Culturalmente hablando, ni el mal ni el bien proceden de algún topos uranos o esfera transcendental desde la que se nos impone una determinada forma de actuar moralmente. El mal reside en todo intento por despotenciar a los seres humanos en su capacidad social instituyente; mientras que el bien, no será otra cosa que la construcción de condiciones para que todas y todos tengamos el suficiente poder y autoridad para poner en práctica nuestra capacidad de lucha por la dignidad. El rey está desnudo. Imaginemos nuevos mundos. Construyamos las condiciones que nos permitam llegar

76. ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *op. cit.* p. 250.
77. *Ibid.*, p. 251.
78. SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 124.
79. BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 32.

> a ellos. Empoderémonos mutuamente. Luchemos por los derechos humanos como procesos de lucha por la dignidad humana. Claves necesarias para la implementación efectiva y material de nuestra concepción cultural, contextual y conceptual de los derechos humanos como productos culturales[80].

É no próprio ser humano, como pessoa destinatária de dignidade, e no próprio Estado Democrático de Direito, titular do papel de garantidor desta dignidade, que reside a fundamentação e a epistemologia tanto dos direitos fundamentais quanto dos direitos humanos, em qualquer uma de suas acepções.

5. REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDORNO, Roberto. ***Bioética y dignidad de la persona***. Madrid: Tecnos, 1998.

BARROS, Renato da Costa Lino de Góes. **A disciplina jurídica do assédio moral na relação de emprego: aspectos configurativos e de reparação deste fenômeno social**. Dissertação de Mestrado. UFBA – Universidade Federal da Bahia, 2009. 133 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 2 jul. 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **O jusnaturalismo e a filosofia moderna dos direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos**.Vitória: Panóptica, 2008. ano 2, n. 13, jul. – out.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

BRANCO, Maurício de Melo Teixeira. **Fundamentos de Materialidade dos Direitos Fundamentais no Brasil**. Artigo disponível em: <http://www.diritto.it/all.php?file=27677.pdf>. Acesso em: 30 jun 2009.

CALLEJO, Jose Maria Garcia. ***Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador***. Madrid: Federacion de Servicios Públicos de Madrid, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Vol. I – Parte Geral**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

HERRERA FLORES, J. ***Los derechos humanos como productos culturales.*** Madrid: Libros La Catarata, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional. E-book disponível em: <http://www.conscienciа.org/kantfundamentacao.shtml>. Acesso em: 02 jun 2009..

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: Princípio Constitucional fundamental.** 1 ed, 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODENAS, Maria José Romero. ***Protección frente al acoso moral en el trabajo***. 3 ed. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIMM, Zeno. **Acosso Psiquico no ambiente de trabalho: Manifestações, efeitos, prevenção e reparação**. São Paulo: LTr, 2008.

VELÁZQUEZ, José Luis. ***La fundamentación de la dignidade.*** **In:** ***Bioética: la cuestion de la dignidad***. Editado por Lydia Feito. Madrid: Universidade Pontifícia Comilas, 2004.

VILHENA VIERA, Oscar. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

80. J. HERRERA FLORES: *Los derechos humanos como productos culturales*. Madrid: Libros La Catarata, 2005. p.278-279.

Problematizando a história do Direito do Trabalho no Brasil

Murilo C. S. Oliveira[1]

Resumo • O ensaio objetiva contribuir para uma problematização da história do Direito do Trabalho. Inicia esboçando a definição e caracteres da história-problema, perpassando a Escola de Annales até a abordagem das questões contemporâneas entre história e hermenêutica. A par da crítica histórica, enfrenta analiticamente a regulação estatal do trabalho escravo e dos imigrantes. Ao estudar o trabalhismo de Getúlio Vargas, tenta estabelece as relações desta política com o positivismo. Trata de desvelar a contribuição autoritária da Ditadura Militar para o sindicalismo. Conclui reiterando a necessidade de problematização da história do Direito Laboral.

Palavras-chaves • história-problema; história do Direito do Trabalho; trabalhismo; positivismo.

Abstract • The test article aims to contribute to a questioning of the history of the Labor Law. Starts sketching the setting and characters of the story-problem, going through the School of Annales approach to contemporary issues of history and hermeneutics. A pair of historical criticism, faces analytically state regulation of slave labor and immigrants. By studying the trabalhismo of Vargas, tries to establish relations of this policy with positivism. It is to reveal the contribution of the authoritarian military dictatorship for unionism. We conclude by reiterating the need for discussion of the history of the Labour Law.

Keywords • problem-history; history of labor law; trabalhismo; positivism.

Sumário • 1. Introdução – 2. Uma História-Problema – 3. Annales e a Historiografia Jurídica – 4. História Contemporânea; História e Hermenêutica – 5. Um período irrelevante?! – 6. O mito do trabalhismo – 7. Fascismo, autoritarismo ou positivismo? – 8. Sindicalismo e Ditadura Militar – 9. Conclusões – Referências.

1. INTRODUÇÃO

> **Desconhecer propositadamente o passado é, de alguma forma, negar o que o presente pode ter de contraponto**. (BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 72).

O desconhecimento da história do Direito do Trabalho, seja pela total omissão de importantes momentos, seja pela sacralização da narrativa clássica oficial, é lamentavelmente uma realidade contemporânea. Neste quadro, a riqueza dos acontecimentos, dos olhares múltiplos ou mesmo das leituras "de contraponto" são desconsiderados, impedindo uma compreensão mais ampla e problematizante do presente na disciplina laboral, mormente no ano de comemoração dos 70 anos da CLT.

Almeja-se, neste ensaio, situar a necessidade da problematização da história do Direito do Trabalho, notadamente aquela consignada nos atuais manuais da disciplina. Nas referidas obras, a história do juslaboralismo nacional é narrada para fins de legitimação do presente, isto é, para demonstrar que o sistema atual representa a evolução, que o presente constitui o desenvolvimento e aperfeiçoamento do passado. Neste viés, a singularidade do Direito do Trabalho – regulação do conflito Capital-Trabalho – é sequestrada da história, porquanto a análise político, econômica e social é subjugada pelo registro acrítico das leis, decretos e controvérsias doutrinárias.

Nestes casos, o papel do historiador afasta-se de uma consciência crítica, contentando-se com o perfil de "erudito conhecedor do passado próximo ou remoto" (GROSSI, 2004,

1. Murilo Carvalho Sampaio Oliveira. Juiz do Trabalho da 5ª Região e Professor Adjunto da UFBA. Especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Direito Privado pela UFBA, Doutorando em Direito pela UFPR, Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT. murilosampaio@yahoo.com.br.

p. 11) para fins de adorno ao discurso jurídico. Paolo Grossi, assim, denuncia o simplismo da narrativa histórica oficial que ignora os conflitos e os interesses que envolvem os fatos históricos. A história tem recebido da manualística a única função de acessório erudito[2] nos estudos jurídicos.

Na direção do resgate desta consciência crítica, uma postura similar a uma "história-problema", a exemplo da primeira *Escola dos Annales* (BURKE, 1997) revela-se necessária no Direito do Trabalho. Trata-se de prostrar o positivismo histórico que alicerça as narrativas clássicas. Impõe-se combater um pretenso evolucionismo histórico que apresenta o presente como o ápice, quando o passado poderia conter modelos e práticas mais legítimas e funcionais, lembrando que, nas palavras de Palomeque López, "o Direito do Trabalho é uma categoria de impossível apreensão sem o cabal conhecimento do seu passado". (*apud* ROMITA, 2001, p. 9)

Este ensaio propõe-se, assim, a pontuar traços para problematizar a história do Direito do Trabalho. Não se pretende conceber uma nova história ou nova estruturação histórica, o que seria impossível para um ensaio, mas tão somente demonstrar alguns dos muitos momentos históricos obscurecidos pela história oficial, que, caso fossem analisados profundamente, poderiam permitir outras compreensões para o tempo presente. Para tanto, será preciso esboçar a definição e caracteres da história-problema, perpassando a Escola de Annales até a abordagem das questões contemporâneas entre história e hermenêutica. Com os aportes da crítica histórica, proceder-se-á a rápida análise do período tido como irrelevante (trabalho escravo e dos imigrantes), adiante será estudo o trabalhismo de Getúlio Vargas e desvelada a contribuição autoritária da Ditadura Militar para o sindicalismo.

2. UMA HISTÓRIA-PROBLEMA

A historiografia no início do século XIX era caracterizada pela racionalidade positivista, produzindo supostamente uma narrativa neutra que, pretensamente, identificaria com objetividade o conhecimento histórico. A figura de Leopold von Ranke simboliza bem esta nova vertente para a historiografia, enquanto historiador que protagonizou a história-política, entendida como a abordagem histórica sobre o feitos políticos e bélicos, nos quais só interessava estudar os poderosos e os grandes homens. O modelo rankeano marginalizava tudo que não fosse política oficial (BURKE, 1997, p 19), inclusive porque sua feição positivista privilegiava os documentos, mas especificamente os documentos oficiais por serem tidos como as verdadeiras fontes históricas.

Para este paradigma historiográfico, a relação entre historiador e história transcorria numa imaginária relação estanque entre sujeito cognitivo que compreende o objeto assim como ele é. Tratava-se da máxima cientificista de crer na existência de um conhecimento neutro, que se revela exatamente como ele é, sem qualquer interferência do sujeito cognitivo. Este decadente positivismo desconhece que o conhecimento humano jamais atinge ao real em si, pela impossibilidade de "apreender" o real exatamente como ele é sem transformá-lo, seja pela linguagem, pela subjetividade, pela imperfeição da percepção empírica, pelo momento histórico. Deste modo, o processo de apreensão da realidade significa traduzir para o pensamento um objeto real, portanto transformando-o em realidade pensada[3].

A primeira fase da Escola dos Annales, representada pela geração de Lucien Febvre e Marc Bloch, demonstra com intensidade o equívoco de tal pretensão de objetividade. Febvre destaca "é o historiador que dá luz aos fatos históricos, inclusive os mais simples" (*apud* ROJAS, 2000, p. 96). Se hodiernamente a idéia de neutralidade científica encontra dificuldades até nas ciências exatas (SANTOS,

2. "A história, tamanha sua irrelevância na acepção jurídica conceitualista (avessa à experiência), ainda pode figurar como conhecimento erudito, geralmente introdutório no estudo de um instituto jurídico qualquer, sendo muitas vezes negligenciada, devido à suposta inaplicabilidade e ineficácia na compreensão do fenômeno jurídico que lhe atribuem. Isto quando não é utilizada num discurso legitimador da ordem jurídica vigente, mapeando a evolução harmônica e constante de um instituto jurídico até atingir a sua forma hoje expressa no ordenamento jurídico como se o instituto tivesse passado por um processo de aprimoramento, progresso, até chegar a sua forma melhor acabada, atual" (BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 72)

3. Lucien Febvre crítica esta pretensão de objetividade; "Há que banir seriamente esse ingênuo realismo de um Ranke, que imagina poder conhecer os factos em si mesmos, como se passaram. É através das formas do nosso espírito que nos apercebemos tanto da 'realidade histórica' como da realidade física. [...] Neste aspecto, é a própria expressão da Ciência ... que não tem por último objectivo a descoberta das leis... mas a compreensão dos fenômenos." (FEBVRE, 1985, p. 63-64)

1998), na história, uma ciência social intrínseca ao homem, resta inconcebível pensar a possibilidade de uma história objetiva. Revela-se sobremaneira simplista uma história-relato que assepticamente coleta eventos como eles são.

O movimento dos *Annales* pensava diferente. Entendia que o importante era, ao invés de relatos cartorários, levantar o "problema", que seria o começo e o final de toda história. (FEBVRE *apud* ROJAS, 2000, p. 104). Frente a complexidade e pluralidade de manifestações dos fatos históricos, uma postura metodológica fincada em um problema seria mais perspicaz para conhecer e compreender melhor a história. A partir dos problemas, normalmente aqueles ignorados pela história dos grandes feitos, podia-se refazer o conhecimento histórico, como procederam Febvre e Bloch e os Annales seguintes. Firmava-se, então, a história-problema[4].

Critica-se, desse modo, a proposta da história progressista-evolucionista que pretende, narrando linearmente os acontecimentos, enaltecer o presente enquanto expressão desenvolvida do passado. Esta história evolucionista ignora os problemas inerentes e provocados por este desenvolvimento, bem como outros caminhos desperdiçados. (HESPANHA, 2005, p. 28-29).

Outra relevante guinada de *Annales* foi o alargamento do conceito de fontes históricas. Em que pese o relevo dos registros cartorários, esta nova historiografia entendia que a história não se resumia ao quanto o Estado conseguisse formalizar, notadamente nos períodos anteriores à formação dos Estados modernos. Era preciso, então, recorrer a outras fontes para o devido enfrentando, com profundidade, dos problemas desta nova história. Iniciou-se o uso de fontes não-literárias, como mapas cartográficos, estatísticas, entre outras. Destaca-se, também, o inovador método regressivo de Bloch de fazer história ao inverso em termos cronológicos, eis que propunha que a história fosse construída do conhecido ao desconhecido, do presente em direção ao passado. (BURKE, 1997, p. 43)

Conjuntamente com uma história-problema, a Escola de Annales iniciava estudos historiográficos para além das temáticas do político-militar, chegando até aos assuntos cotidianos e simples, como o "o toque real" (poder de cura dos reis), mas que podiam revelar temas importantes para uma certa sociedade histórica, como, neste caso, a idéia de imaginário popular. A história-problema coabitava com uma história total "a história deveria ser a ciência do social-humano, concebida em todas suas dimensões e parâmetros constitutivos, portanto, uma história global e totalizante" (ROJAS). A história global não visa tratar de todos os acontecimentos, a globalidade pretendida é na epistemologia, não no objeto. Peter Burke sintetiza as contribuições da escola historiográfica francesa:

> [...] a mais importante contribuição do grupo dos Annales, incluindo-se as três gerações, foi expandir o campo da história por diversas áreas. O grupo ampliou o território da história, abrangendo áreas inesperadas do comportamento humano e a grupos sociais negligenciados pelos historiadores tradicionais. Essas extensões do território histórico estão vinculadas à descoberta de novas fontes e ao desenvolvimento de novos métodos para explorá-las. Estão também associadas à colaboração com outras ciências, ligadas ao estudo da humanidade, da geografia à lingüística, da economia à psicologia. Essa colaboração interdisciplinar manteve-se por mais de sessenta anos, um fenômeno sem precedentes na história das ciências sociais. (BURKE, 1997, p. 127)

Delineada as premissas da história-problema, impõe-se adiante transpor para a historiografia jurídica as inovações trazidas pelos *Annales*.

3. ANNALES E A HISTORIOGRAFIA JURÍDICA

Não obstante a multidisciplinaridade da Escola dos *Annales* que assenta a base da história-total, a historiografia jurídica foi um tema pouco desenvolvido pela escola francesa. *Annales* manteve um certo distanciamento da história do Direito. Uma das explicações para esta distância consiste na natural associação entre a história jurídica e a história

4. "A história-problema vem reconhecer a impossibilidade de narrar os fatos históricos tal como se passaram. Por ela, o historiador sabe que escolhe seus objetos no passado e que os interroga a partir do presente. Ele explicita a sua elaboração conceitual, pois não pretende se apagar na pesquisa, em nome de uma objetividade [...] portanto, ao romper com a narração, a história torna-se empresa teórica, que segue o caminho de toda a ciência: ela põe problemas e levanta hipóteses." (REIS *apud* BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 61)

política oficial. A história do direito era vista como aquela narrativa exclusiva dos atos estatais, essencialmente as leis do Estado, configurando-se um exemplar da história positivista tão combatida pelo movimento *Annales*.

A historiografia jurídica prossegue dominada por uma visão positivista legitimadora e monolítica dos acontecimentos, o que faz necessário a mesma ruptura que fez a primeira fase da Escola de *Annales* com sua denominada história-problema. Um dos pilares deste traço legitimador da historiografia jurídica é, sem dúvida, ausência de reflexão crítica entre a relação do Estado (e sua produção legislativa) com o Direito, entendido como fenômeno muito mais amplo do que o ordenamento jurídico.

É mister salientar que a confluência entre história do Direito com o positivismo histórico provém do chamado Estadualismo/ Legalismo. O Estadualismo[5] corresponde ao modelo de Estado implementado na pós-revolução francesa, baseado na separação firme entre sociedade política (Estado) e civil (Direito Privado), em mecanismos de mediação (representação política), na identificação do Direito à lei (legalismo) e no monopólio estatal da jurisdição (monismo jurídico). (BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 56). O Legalismo propõe-se a reduzir todo o direito a tão somente a disposição da lei, tendo no movimento codificador uma ilustração de sua pretensão de redução do Direito à Lei, reunida em Código.

Verifica-se, destarte, que a *Annales* e sua história-problema agregam substrato teórico e metodológico para a crítica do positivismo jurídico e, por decorrência, para crítica ao Legalismo. Desse modo, o distanciamento entre a escola francesa e a historiografia jurídica não impossibilita o diálogo entre tais saberes. Ao contrário, muitos historiadores do Direito têm desenvolvido esta trilha de repensar a história jurídica a partir da contribuição de Annales, a exemplo de Antônio Manuel Hespanha (2005) e Ricardo Marcelo Fonseca (1997). O passado de distância não impede tentativas de aproximação, inclusive pode-se extrair em Marc Bloch um indício de uma história-problema no direito[6].

Aliado à história-problema, a historiografia jurídica, bem como todo o direito, carece de visão interdisciplinar a fim de obter uma perspectiva mais ampla do fenômeno jurídico. Urge, também, uma história-total na seara jurídica, que ultrapasse o legalismo e o positivismo oficialesco. Trata-se de romper com a visão jurídica insular mediante a interdisciplinaridade, no sentido de entender e estudar o contexto social, político e econômico em que se produz o direito. Não se sustenta o fim da especialização do conhecimento jurídico, mas uma consciência de que este conhecimento específico não existe isolado no mundo histórico. Em verdade, combate-se mais uma suposta autonomia do jurídico do que sua especialização, como já anotava Marc Bloch[7].

5. Rodrigo Banhoz e Luiz Fachin indicam que a abertura da história-total inicia a superação do estadualismo: "Pode-se perceber com a abertura temática que teve lugar na historiografia, e a compreensão do que o fenômeno social não se bastava na análise puramente política da sociedade, bem como na objetividade científica. O paradigma estadualista não mais imperava na análise historiográfica, não mais deformava a realidade social, mas era em muitos casos um ponto de reflexão crítica para reaproximar o historiador dos diversos aspectos presentes na sociedade, não apenas o político. A história não mais era um instrumento de legitimidade do Estado-Nação, mas um campo do saber destinado a compreender a sociedade em toda a sua complexidade, ao lado das ciências sociais que a impulsionaram." (BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 58)

6. "Consideremos, por exemplo, a 'história do direito', o ensino e o manual, que são admiráveis instrumentos de esclerose, vulgarizaram o nome. Entretanto, que engloba ele? Uma regra de direito é uma norma social, explicitamente imperativa; sancionada, além disso, por uma autoridade capaz de impor seu respeito mercê de um sistema preciso de coacções e de penalidades. Praticamente, tais preceitos podem reger as actividades mais diversas. Mas nunca são únicos a fazê-lo: obedecemos constantemente, na nossa conduta diária, a códigos morais, profissionais, mundanos, frequentemente muito mais imperativos do que o próprio código. De resto, as fronteiras deste oscilam permanentemente; e uma obrigação socialmente reconhecida se pode, por estar incluída nela, ganhar mais ou menos força ou clareza, não muda evidentemente de natureza por isso. O direito, no sentido estrito da palavra, é, portanto, um invólucro formal de realidades em si mesmas, demasiado variadas para poderem ser com proveito, objecto de um só estudo; e não esgota nenhuma delas." (BLOCH, 1965, p. 129)

7. "Há contudo, qualquer coisa de exacto na noção do facto jurídico como distinto dos outros. É que, pelo menos em muitas sociedades, a aplicação e, em larga medida, a própria elaboração das regras de direito, foram obra própria de um grupo de homens relativamente especializado e, neste papel, (que os seus membros podiam, é evidente combinar com outras funções sociais), suficientemente autônomo para ter suas tradições próprias e frequentemente, até à prática de raciocínio peculiar. Em suma, a história do direito poderia muito bem não ter existência à parte senão como a história dos juristas." (BLOCH, 1965, p. 130).

Outra questão importante que fundamentaria a distância entre a historiografia jurídica e *Annales* refere-se ao traço da curta duração na história do Direito. Superada a narração linear histórica dos grandes feitos, a escola francesa na busca por respostas aos seus problemas preferiu situar os quadrantes históricos não mais pela cronologia clássica, mas em estruturas concebidas a partir de períodos com características assemelhadas, denominados de história de longa duração.

A história do direito somente cuidou da curta duração ou quando era de longa duração destinava-se a provar a tradição jurídica linear e progressiva, ou seja, não identificava ou pensava por categoriais estruturais, ciclos ou repetições. Com as contribuições da história-problema e da história-total, a história do direito poderá conseguir sobressair da curta duração ou mesmo de uma postura legitimadora.

Saliente-se que as contribuições desta nova história possibilitam ao direito a descoberta de novos problemas outrora submersos no discurso oficial. Propiciam a análise do discurso jurídico, que se apresenta autônomo dos sujeitos e da história, terminando por incorporar uma perspectiva arqueológica, como fez Michel Foucault, ou seja, uma história social da linguagem jurídica. Antonio Manuel Hespanha considera que o pensamento de Foucault sobre a história estava integrado à nova história (FONSECA, 1997, p. 14). Pode-se, então, proceder à análise histórica do discurso da verdade enquanto modo de dominação (saber-poder) ou enfocar a investigação sobre o poder descentralizado para reconhecer o pluralismo jurídico, novos problemas e objetos para a história do direito além das questões estado-indivíduo.

Diante destes aportes da Escola de *Annales*, alguns contemporâneos historiadores do direito conseguem produzir uma história jurídica crítica e interdisciplinar, a exemplo de Paolo Grosso e Antonio Manuel Hespanha.

4. HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA; HISTÓRIA E HERMENÊUTICA

Hodiernamente, as contribuições da história-problema e da história-total são premissas indispensáveis para as investigações históricas sobre o direito. Inicialmente, a idéia de história como cronologia linear – baseada numa sucessividade de avanços – vem cada vez mais se enfraquecendo, uma vez que a história é mais composta de continuidades e descontinuidades, avanços e retrocessos do que a ideia de progresso. Por essa razão, uma crítica à história tradicional do direito deve coadunar com a assertiva de Maurizio Fioravanti:

> Com efeito, com freqüência nas obras jurídicas falta constatar que os direitos não são nunca o resultado automático dos mecanismos de garantia formalmente previstos pelo ordenamento [...] (FIORAVANTI, 2000, p. 23).

Dessa maneira, cabe ao historiador problematizar os institutos e fundamentos do Direito, não acatando um simplismo otimista vindo da certeza iluminista. (GROSSI, 2004, p. 15). A história do direito se consolida como "um saber formativo" que visa "problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas" (HESPANHA, 2005, p. 21). Esta missão problematizante pode ser resumida nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca:

> O direito atual não é o resultado natural do processo histórico e o passado jurídico não se resume às leis que foram elaboradas ou às grandes teorias jurídicas em alguma época engendradas. A nossa tradição não é o simples resultado da soma ou justaposição tranqüila, harmônica e linear de tendências e escolas jurídicas. (FONSECA, 1997 p. 113)

Mesmo que a função crítica possa ser desenvolvida por outras disciplinas como a sociologia, antropologia e a teoria do direito, não há qualquer impeditivo para que a história do direito também se ocupe da crítica, especialmente com seus aportes específicos. Por outro lado, esta crítica histórica igualmente contrapõe-se a influência do modelo conservador dominante que têm desperdiçado a feição contestadora daquelas disciplinas. Não obstante, o discurso historiográfico também serve para legitimar do conservadorismo, eis que o argumento histórico (do vencedor) contigencia a historiografia aos interesses dominantes, vide tradição, costume, precedentes, entre outros. (HESPANHA, 2005, p. 23)

A partir da reflexão crítica percebe-se que certas categorias jurídicas (pessoas, obrigações, contrato) têm um significante antigo, embora seu significado seja delineado pela cultura local, temporalidade e contexto lingüístico, isto é, a semântica da categoria é o relacionamento com tempo e o espaço, como explica Antonio Manuel Hespanha:

> Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam. (2005, p. 27)

Questão relevante para uma historiografia crítica é contestar o fenômeno da mitificação. A mitificação é o processo de tornar absoluto as noções e princípios que são essencialmente relativos (GROSSI, 2004, p. 12), ou seja, de transmutar o conhecimento em crença. Esta mitificação é exemplificada no tratamento mitificador do instituto da propriedade na Idade Média, porque se tentou identificar a propriedade moderna, tornando este modelo de propriedade absoluto, para o período do medievo. Neste desiderato, revelou-se formalista a historiografia jurídica, por tentar enquadrar os seus conceitos modernos na experiência medieval totalmente distinta, "como se o discurso pudesse se esgotar no âmbito da gramática do jurista" (GROSSI, 2002, p. 15).

Acrescente-se que o debate sobre a legimitação/fundação do direito também é objeto desta historiografia crítica. Neste particular, Paolo Grossi defende que o direito moderno e positivista perdeu a dimensão sapiencial do direito, eis que seu fundamento de validade se dá mais pelo poder político (legislativo) do que pelo seu conteúdo. "Uma lei [...] – essa dos modernos – se concretiza mais em um ato de poder do que em um ato de conhecimento" (GROSSI, 2004, p. 14). Significa ainda a perda do caráter ontológico do direito, deixando de ser uma ciência, com sua necessária filosofia, para se configurar como técnica de aplicação da norma. Este império da técnica decorre de mentalidade de formalismo jurídico, a qual pode ser conceituada como a "criação de um castelo de formas intelectualmente probantes e convincentes mas privado de uma correspondência na eficácia das forças históricas" (GROSSI, 2002, p. 37).

Na esteira da crítica ao formalismo, Paolo Grossi apresenta um diferenciado instrumento metodológico que dispõe para examinar e compreender a rede essencial de forças subjacentes da história: a experiência jurídica. Como a experiência jurídica é uma forma de viver o direito, ela está diretamente conectada às interpretações da vida[8] que têm em comum toda uma comunidade. Então o historiador do direito deve lembrar-se que, antes de estarem as regras jurídicas no corpo das leis, estavam no corpo dos homens como cultura viva. Tudo isto representa uma amplitude no campo de visão histórica e logicamente uma imersão de novos problemas.

Noutro giro, esta historiografia contemporânea retoma a controvérsia epistemológica sobre as possibilidades de se obter o conhecimento histórico. A historiografia é, assim, perpassada por um problema ontológico, que corresponde ao próprio questionamento sobre as possibilidades de identificação da história. Em outras palavras, é possível descobrir o passado, considerando que o sujeito deste processo cognitivo encontra-se em uma temporalidade (o presente) distinta e posterior a momento em análise (passado)?

A questão da submissão da narrativa ao pensamento presente é entendida, a grosso modo, por duas correntes. Para uma primeira vertente do pensamento, trata-se de problema inevitável, pois toda visão é parcial, o que importa impossibilidade de conhecimento objetivo histórico. Para uma segunda vertente, a leitura atualizante é condição para sua compreensão no presente, como explica Pietro Costa:

> Podemos conhecer o passado somente por meio daquilo que o passado deixou nas nossas mãos. O mar do tempo retirou-se e abandonou seus detritos e suas sedimentações sobre a praia: não vemos o mar e podemos somente recolher aquilo que ele depositou na margem. [...] Ou seja: não podemos conhecer a realidade transcorrida diretamente, mas só indiretamente, através das mensagens, os testemunhos, os resíduos que nos chegaram [...] Por meio dos sinais, buscamos representar para nós 'aquilo que não existe'. (COSTA, 2007, p. 10-11).

Deste modo, o historiador tem ciência dos limites da historiografia, eis que objetivamente somente pode inferir seqüências cronológicas, o que lhe remete a nítida criação e interpretação do seu conteúdo. Deste modo,

8. "O direito estava vinculado à sociedade, [...] recuperado por completo o social, o mesmo direito recuperava o caráter ôntico mais profundo e aderia aos fundamentos mais ocultos do social, e, inevitavelmente conquistava ali uma primazia induvidável; por fim, era, de fato, a garantia fundamental de coesão e unidade." (GROSSI, 1996, p. 51)

não há verdade histórica, inclusive a história pode ser considerada como gênero literário, na qual a importância reside na coerência interna (HESPANHA, 2005, p. 34). Ciente das dificuldades e potencialidades, pode-se sintetizar um papel para a história no Direito: "[...] descortinar o suposto véu de objetividade da norma jurídica, transformando-a num produto social, suscetível de conter valores e ambições, e ser mesmo por vezes, porque não dizer, injusta." (BANHOZ e FACHIN, 2002, p. 73).

Em tal horizonte, o problema possibilidade de identificação do conhecimento histórico frente à influência do tempo presente revela-se persistente. As propostas de enfrentamento da questão caminham para conclusão de que a história aproxima-se cada vez mais da Hermenêutica[9]. Nesta aproximação história e Hermenêutica, a interpretação histórica perfaz produção de conhecimento e não mera reprodução de narrativas de fatos. "O texto é muito mais do que um cruzamento de possibilidades semânticas, tão mais amplo quanto sua tessitura é rica e complexa. O texto não exibe sozinho seu significado: o significado é produzido, mais do que descoberto, pelo leitor" (COSTA, 2007, p. 11-12).

Neste quadro, a melhor postura para o historiador assemelha-se à postura do tradutor. A tradução se mostra paradigmática, porquanto caracteriza um verdadeiro diálogo leitor (historiador) texto, no qual se reconhece os graus de criatividade do leitor no ato interpretativo, embora sempre permaneça o compromisso deste em conjugar sua leitura criativa com o sentido, o mais aproximado possível, do texto enfrentado. A tradução implica um reconhecimento da existência de um diálogo[10] entre o passado (do texto) e o presente, mediado pelo historiador e suas compreensões.

Neste modelo se elimina um subjetivismo exacerbado, que confere total poderes ao leitor-criador, constitutivo de relação sujeito-sujeito, como também se extirpa uma pretensa objetividade, baseada numa relação objeto-objeto, para, enfim, configurar uma relação interpretativa ou historiográfica sujeito-texto. Assim, a metáfora mais adequada para a historiografia é a viagem no tempo. O viajante mais tradicional acredita o itinerário deste deslocamento pode ser igualado a uma linha reta e segura entre o passado e o presente, pela qual o presente se legitima pela narrativa histórica. Pietro Costa, ao contrário, sugerindo que o viajante seja mais distraído e curioso, aponta a necessidade da crítica a esta linha reta, pois:

> O passado é uma realidade complicada e confusa: não se pode reconstruí-la em sua totalidade; ela é feita somente por conjecturas e aproximações; não parecer revelar uma direção unívoca e segura; não mostra o sinal de uma linha ou de várias linhas contínuas ou claras. (COSTA, 2007, p. 17).

Frente a este emaranhado histórico, o sentido buscado pelo historiador estaria menos numa suposta relação presente-passado e mais na própria experiência histórica. Cumpre, adiante, ir em busca da experiência histórica subjugada no Direito do Trabalho, para desvelar pontos de vista[11] importantes imersos na dogmática.

5. UM PERÍODO IRRELEVANTE?!

Mister, então, buscar os outros pontos de vistas não desenvolvidos pela história oficial e tradicional sobre o Direito do Trabalho. Trata-se de não de uma reconstrução da história, mas de pincelar sobre alguns eventos históricos com um olhar da história-problema, na tentativa de realçar certos problemas outrora ignorados nos Manuais. Ricardo Marcelo Fonseca prenuncia:

> "[...] nos mais diversos manuais de direito do trabalho, em que a inevitável (e no mais das vezes nefasta) 'introdução histórica' – de regra presente no primeiro

9. Pietro Costa esclarece: "Compreender um texto, captar-lhe o sentido, é uma operação específica que toma o nome de interpretação. Se a história é (necessariamente) história dos textos (narrativa construída por meio de textos), ela é atividade cognoscitiva do tipo hermenêutico. Os dilemas e os instrumentos da historiografia, são, como as necessárias adaptações, os dilemas e instrumentos de toda a atividade interpretativa." (COSTA, 2007, p. 11

10. "Traduzir é colocar-se a serviço do texto: o tradutor é tal enquanto renuncia um monólogo em favor do diálogo [...] A lógica do historiador é uma dia-lógica: seu objetivo não é reduzir o outro a si mesmo, o passado ao presente, mas é instaurar um diálogo, usar todos os instrumentos disponíveis para entrar em relação com um diverso do seu." (COSTA, 2007, p. 14).

11. Cumpre salientar que a concepção hodierna sobre a história a equipara a um ponto de vista, não mais uma verdade objetiva, não havendo neste novo perfil um traço pejorativo. "Uma característica atual do conhecimento histórico é, de fato, de ser não um objeto, mas um ponto de vista" (COSTA, 2007, p. 9).

> capítulo dos livros – busca demonstrar linearmente (e num procedimento de seleção factual no mínimo arbitrário e historiograficamente suspeito) como os institutos jurídicos presentes "são o que são", indicando com isso uma visão naturalizadora do presente (o nosso presente é um resultado inevitável de todo um processo histórico) ao mesmo tempo em que se celebra uma visão progressiva do tempo histórico (o presente é visto como o auge e cume de toda a trajetória humana). (FONSECA, 2006, p. 297)

Contudo, um passo inicial para pensar problematizando a história do juslaboralismo é enfrentar momentos considerados como irrelevantes, eis que situados em um período de proto-capitalismo (O Império). O exemplo de um dos autores mais festejados contemporaneamente, Maurício Godinho Delgado, é sintomático. Mesmo apresentando uma leitura histórica mais consistente porque alicerçada períodos sócio-políticos e não na cronologia legal, Delgado não aprofunda os traços trabalhistas da lei do referido período, por considerá-las[12] pouco significativas. Em geral, a manualística contenta-se em considerar este período como rudimentar[13], ignorando suas potencialidades.

A irrelevância sugerida, entretanto, não resiste à investigação mais profunda. No Brasil Império, pode-se identificar uma política de formação de um mercado de trabalho, por meio de uma legislação, que não cuidando do emprego (que quase não existia), regulava outras manifestações do trabalho humano, notadamente o trabalho escravo, a locação de serviços e o trabalho dos imigrantes. Desta legislação, extrai-se alguns caracteres tipicamente trabalhistas[14], inclusive sendo posteriormente aperfeiçoados e incorporados à regulação do emprego no século XX. Trata-se de investigar com interesse as mencionadas leis e sua contextualidade histórica, em busca da relevância obscurecida pela manualística, com base no estudo do economista João Carlos Kirdeikas sobre a formação mercado de trabalho.

A lei de locação de serviços de 13 de setembro 1830 destinada a regular locação de serviços é parcamente tratada nos livros de Direito do Trabalho, sendo ignorado em muitos deles[15]. A lei de 1837, também lidando com a locação de serviços, surgiu para completar as disposições anteriores, destinando-se exclusivamente para os serviços de trabalhadores estrangeiros. Disciplinava o labor de imigrantes e nacionais, sob o prisma da liberdade de trabalho, eis que não havia à época, sequer na Europa, uma perspectiva protecionista singular ao Direito do Trabalho. Cingia-se, então, como regulação civilista para as relações de trabalho[16].

O conteúdo desta regulamentação civilista, no entanto, traz institutos trabalhistas que seriam consagrados na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (CLT). Isto é, mesmo que garantindo forçadamente a permanência do trabalhador, em especial o estrangeiro, tal legislação implementou traços protecionistas, resguardadas as proporções para a época, que viriam a compor algumas das bases do Direito do Trabalho atual[17]. Para compreender os traços do atual contrato de trabalho, impõe-se, destarte, compreender bem tais leis.

No cotejo da lei de 13 de setembro de 1830, verifica-se a caracterização da sujeição pessoal e corporal pelo descumprimento contratual. A garantia do adimplemento do dever do locador de serviços se dava com a própria garantia da liberdade do trabalho. O não trabalho por parte do locador implicaria sua prisão[18]. Talvez isto explique a distinção subor-

12. "Trata-se, apenas, de reconhecer que, nesse período anterior [1824 a 1888], marcado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravistas, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justrabalhista" (DELGADO, 2005, p. 106).
13. Ricardo Marcelo Fonseca expõe: "As formas anteriores de relações de trabalho são vistas como rudimentares modelos pré-modernos que, após o "choque burguês" (que é o choque racionalista revolucionário, ainda que no Brasil não tenha ocorrido revolução alguma), transmutam-se em vestes modernas (leia-se: vestes apropriadas), as quais o jurista contemporâneo só pode celebrar." (FONSECA, 2006, p. 297)
14. Esta idéia adveio do debate suscitado na disciplina História do Mercado e Trabalho ministrada pela Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho no segundo semestre de 2008, no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR – Doutorado.
15. Vide de Curso de Direito do Trabalho de Sérgio Pinto Martins (2004).
16. "Foi ainda na primeira década de vigência da Carta Magna [1824] que surgiu a primeira lei brasileira [13/09/1830 – trabalho do estrangeiro no Brasil] que consideramos embrião da legislação dedicada às relações de trabalho." Foi complementada pela Lei 108/1837 (ABREU, 2005, p. 23)
17. Idéia levantada pela Professora Doutora Aldacy Rachid na disciplina História do Mercado e Trabalho.
18. "Art. 4. Fora do caso do artigo precedente, o Juiz de Paz constrangerá ao prestador de serviços a cumprir

dinação e sujeição feita pela doutrina atual, uma vez que a sujeição importaria a restrição de liberdade como na lei de 1830, diferentemente da subordinação que se limita à obediência ao poder diretivo nos limites do contrato e sem violação à liberdade individual.

Encontra-se na lei de locação de serviços institutos que irão compor traços essenciais do contrato individual de emprego. Verifica-se a existência regulação da transferência[19] do locador, para condicioná-la a não piora da condição de trabalho e ao aceite do trabalhador, disposição assemelhada ao artigo 469 da CLT. Penaliza-se a rescisão antecipada com o pagamento do trabalho já realizado e metade do valor remanescente[20], que é exatamente a regra atual na situação de rescisão antecipada do contrato a prazo, consoante artigo 479 da CLT.

Em 1879, surgiu nova lei de locação de serviços, com outros traços trabalhistas. A previsão de justa causa, embora natural no Direito Civil, como existe até hoje (Código Civil, art. 602), fora elencada e juntamente a justa causa patronal[21], prevista no decreto n.2.827/1879, que resultaria na resolução contratual por falta grave do empregador. Assim, a disciplina da rescisão indireta, inclusive a exigência de três de espera para a configuração da mora salarial, foi inserida no Brasil pela citada e incorporada, com algumas alterações, à CLT no artigo 483. Este regulação com uma leve proteção tinha um propósito nítido:

> A lei de 1879 tinha dois objetivos básicos. Primeiro, a atração de trabalho e a melhoria da imagem do Brasil nos países europeus; e segundo, a busca de garantias de estabilidade em contratos de locação de serviços, reduzindo as tensões entre locadores e locatários. Buscando garantir legalmente o trabalho regular livre na lavoura, utilizando para isso coerção (via penas de prisão). (KIRDEIKAS, 2008, p. 16)

O sentido da lei era a garantia da regularidade da prestação dos serviços, ou seja, a implementação de um mercado de trabalho decorrente de uma legislação de disciplina para o trabalho.

Outra questão obscurecida é a regulação do trabalho escravo. A história do juslaboralismo passa longe da análise das medidas legislativas que concretizaram a política de transição do liberto para o trabalhador juridicamente livre. Em verdade, uma política de formação do mercado de trabalho, que criminalizava a recusa ao trabalho assalariado, como aponta João Carlos Kirdeikas:

> É notória a preocupação do governo com a disciplina do trabalho do liberto. O temor do alto risco do liberto evadir-se e não se sujeitar ao trabalho regular, tornando-se um "vadio", rebelando-se contra o sistema de trabalho da escravidão. Os legisladores buscaram formas para tentar coibir a vadiagem do liberto e de estabelecer as bases para a disciplina para o trabalho regular e sua inserção no mundo do trabalho. (KIRDEIKAS, 2008, p. 5)

Nos termos da Lei n. 2.040 de 28 de setembro de 1871 (Lei do Ventre Livre), cabia ao liberto o dever de trabalhar, sob pena ser constrangido a celebrar contrato de locação de serviços[22] ou ser preso em regime de

---

o seu dever, castigando-o correcionalmente com prisão e depois de três correções ineficazes, condenará a trabalhar na prisão até indenizar a outra parte. Art. 5. O prestador de serviços, que se evadindo ao cumprimento do controle, se ausentar do lugar, será a ele reconduzido preso por deprecada pelo Juiz de Paz, provando-se na presença deste o contrato, e a infração."

19. "Art. 2. O que estipulou para se os serviços: I. poderá transferir a outro o contrato, com tanto que não piore a situação do que obrigou a prestá-lo, nem lhe seja negada essa transferência no mesmo contrato.";
20. "Art. 2. O que estipulou para se os serviços: ... II. Não poderá apartar-se do contrato, enquanto a outra parte obrigada aos serviços cumprir a sua obrigação, sem que lhe pague os serviços prestados, e mais a metade do preço contratado."
21. Art. 39 São justas causas para despedir-se o locador: § 1. Falta de pagamento dos salários por tempo estipulado no contrato, ou por três meses consecutivos. § 2. Imposição de serviços, não compreendidos no contrato. § 3. Enfermidade que o prive de continuar a servir. § 4. Haver-se casado fora da freguesia. § 5. Não permitir o locatário que o locador compre a terceiros os gêneros de que precisa ou constrangê-lo a vender só a ele locatário seus produtos, salvo quando à venda, for convenção especial. § 6. Se o locatário fizer algum ferimento na pessoa do locador, ou injuriá-lo na sua honra e na de sua mulher, filhos ou pessoa de sua família. Art. 40. Despedindo-se o locador com justa causa, ou sendo despedido com justa causa, não tendo direito senão aos ganhos vencidos, descontando o seu débito (art.3). Art. 41. Sendo o locador despedido sem justa causa (art. 32) antes de findo o tempo de contrato, o locatário é obrigado a pagar-lhe os salários vencidos e os por vencer, correspondentes ao resto do tempo do contrato."
22. "§ 17. Qualquer liberto encontrado sem ocupação será obrigado a empregar-se ou a contratar seus serviços no prazo que lhe for marcado pela polícia. §

trabalho forçado ou envio à colônia. Neste aspecto, a liberdade de trabalho prevista na Constituição de 1824 não vigorava para os ex-escravos, ante a necessidade de política-econômica de se constituir um mercado de trabalho. "Então, além da legislação nacional (leis de 1871 e 1885), a legislação municipal contribuiu de forma decisiva para constituição do mercado de trabalho, controlando tanto o escravo como o trabalhador livre." (KIRDEIKAS, 2008, p. 8)

É totalmente desconsiderada, no tocante ao trabalho escravo, a possibilidade legal de acumulação de erário pelo escravo. A Lei de 2.040/1871 estabeleceu o direito ao pecúlio dos escravos, artigo 4º, para que estes pudessem adquirir a liberdade, isto sob a autorização do seu senhor, no período da transição para o fim da escravidão. O que concretizava a tese de uma abolição lenta e gradual defendida pela maioria da elite brasileira.

Outra grave omissão, refere-se à investigação sobre o trabalho do imigrante. Existiam dois sistemas para o labor do estrangeiro: a parceria e o colonato. Criou-se na lei 108/1937, que regulava locação dos serviços do imigrante, o instituto da justa causa nos artigos sétimo[23] e décimo[24]. Mais uma vez o reiterou-se o instituto da rescisão indireta (artigo 483 da CLT) no âmbito de regulação civilista daquela modalidade de trabalho. Conclui-se que essa legislação somente serviu para garantir o cumprimento dos contratos, via coerção, impedindo rupturas antes do pagamento pelo obreiro das despesas de viagem:

> O aparato de garantias dadas ao locatário por esta lei é total. Um indivíduo (locador) que se sujeitasse a um contrato deste tipo, teria poucas condições de deixar de cumpri-lo. Com uma legislação como esta regulando o trabalho, onde a repressão e a coerção tomam contornos muito fortes, onde as garantias são prioritariamente em defesa do locatário, seria muito difícil recrutar mão de obra fora do Brasil. Aliás, esta legislação apenas piorava a imagem do trabalho no Brasil em outros países, somado à forte presença da escravidão. (KIRDEIKAS, 2008, p. 11)

Por consequência, terminou desestimulando a imigração. Talvez motivados pelo insucesso da lei 108/1837, foram desenvolvidos sistemas paralelos de trabalho do imigrante. O primeiro sistema, a parceria, baseava-se na exploração dos imigrantes mediante as conhecidas dívidas de armazém (*truck system*), as despesas da viagem e seus juros, o que gerou inúmeros conflitos e resistências. O outro sistema, o colonato, este com as despesas de viagem subvencionadas pelo estatal, realizava a exploração via multas contratuais abusivas. "Tanto o sistema de parceria como o sistema de colonato, foram implementados pelos fazendeiros para regular e disciplinar a mão de obra estrangeira dentro de suas fazendas. Eram sistemas paralelos à legislação vigente." (KIRDEIKAS, 2008, p. 12).

Mesmo após o esgotamento das sistemáticas de trabalho de imigrantes e fim da escravidão, o intento de forçar ao trabalho, especialmente os brasileiros livres (ex-escravos, imigrantes, pequenos artífices, entres outros) prosseguia. Isto porque provavelmente era preferível uma liberdade[25] numa vida de subsistência (inclusive através da ocupação dos sertões e grotões nacionais) do que à sujeição

18. Terminado o prazo, sem que o liberto mostre ter cumprido a determinação da polícia, será por esta enviado ao juiz de órfãos, que o constrangerá a celebrar contrato de locação de serviços, sob a pena de 15 dias de prisão com trabalho e ser enviado para alguma colônia agrícola no caso de reincidência."

23. "Art. 7. O locatário de serviços, que sem justas causas despedir o locador antes de se findar o tempo por que o tomou, pagar-lhe-á todas as soldadas, que este devera ganhar, se o não despedira. Será justa causa para a despedida: § 1. Doença do locador, por forma que fique impossibilitado de continuar a prestar os serviços para que foi ajustado. § 2. Condenação do locador à pena de prisão, ou qualquer outra que o impeça de prestar serviço. § 3. Embriagues habitual do mesmo. § 4. Injúria feita pelo locador à seguridade, honra, ou fazenda do locatário, sua mulher, filhos, ou pessoa de sua família. § 5. Se o locador, tendo-se ajustado para o serviço determinado, se mostrar imperito no desempenho do mesmo serviço."

24. "Art. 10. Será causa justa para a rescisão do contrato por parte do locador: § 1. Faltando o locatário ao cumprimento das condições estipuladas no contrato. § 2 .Se o mesmo fizer algum ferimento na pessoa do locador, ou injuriar na honra de sua mulher, filhos ou pessoa de sua família. § 3. Exigindo o locatário, do locador serviços não compreendidos no contrato. Rescindindo-se o contrato por alguma das sobreditas causas, o locador não será obrigado a pagar ao locatário qualquer quantia de que possa ser-lhe devedor."

25. "No século XIX, grande parte dos discursos das elites brasileiras pedia uma legislação que disciplinasse "o nacional" para o trabalho. O homem livre pobre preferiu viver na pobreza, sob a companhia da fome e o mínimo de subsistência, do que se sujeitar ao trabalho regular, que era identificado com a escravidão. A liberdade, no sentido mais amplo da palavra, era a verdadeira propriedade do homem livre pobre no Brasil." (KIRDEIKAS, 2008, p. 13).

ao trabalho sem qualquer regulação ou proteção. Era necessária, então, uma legislação de promoção coercitiva ao trabalho. Por essa razão o código penal de 1830 consagrava a orientação de criminalizar[26] a não aceitação de trabalho, eis que não ter uma ocupação honesta ou a mendicagem constituíam tipos ilícitos.

Viu-se que neste período esquecido pelos manuais de Direito do Trabalho encontra-se eventos, períodos e mesmo institutos jurídicos relevante ao ponto de tornar necessária a análise sua histórica. Descortinados importantes acontecimentos, o próximo passo, para uma história-problema, refere-se ao cotejo do período do mito do trabalhismo.

6. O MITO DO TRABALHISMO

Por trabalhismo pode-se designar o pensamento que atribui à legislação trabalhista nacional a natureza de concessão da política de Getúlio Vargas. O discurso do trabalhismo, bem arraigado no Brasil, conduz às leituras restritas do fenômeno da consolidação/implementação da legislação do trabalho. É mister, então, tentar sinalizar questões no sentido de alargar esta experiência.

A princípio, é preciso elucidar uma premissa para a adequada compreensão do histórico das relações de trabalho no Brasil: o contexto econômico e político nacional produziu um desenvolvimento das relações de trabalho de maneira marcadamente distinta daquela ocorrida na Europa. Todavia, a premissa da diferença não permite, por outro lado, endossar o senso comum de certos manuais de que a legislação trabalhista brasileira foi uma dádiva de Getúlio Vargas, embora seja reconhecida sua contribuição na criação e consolidação das leis trabalhistas. Maurício Delgado apresenta uma análise comparativa que explica o modelo diferenciado e autoritário brasileiro:

> [...] construindo-se essa institucionalização/oficialização ao longo de um demorado período político centralizador e autoritário (de 1930 a 1945), o ramo justrabalhista veio a institucionalizar-se, consequentemente, sob uma matriz corporativa e intensamente autoritária. A evolução política brasileira não permitiu, desse modo, que o Direito do Trabalho passasse por uma fase de sistematização e consolidação, em que se digladiassem (e se maturassem) propostas de gerenciamento e solução de conflitos no próprio âmbito da sociedade civil, democratizando a matriz essencial do novo ramo jurídico. (DELGADO, 2005, p. 113).

Embora o Direito Laboral tenha surgido como conquista da ação organizada dos trabalhadores na Europa, suas características no Brasil são bastante distintas, uma vez que, no sistema brasileiro, a iniciativa estatal predominou, configurando um modelo de normativização autoritário corporativo (DELGADO, 2004, p. 120). Entretanto, deve-se lembrar que o seu início foi demarcado por uma incipiente organização sindical, sob inspiração da ideologia anarquista proveniente da formação política dos imigrantes europeus que compunham parte considerável dos trabalhadores no Brasil. Logo, a afirmação de que o Direito do Trabalho no Brasil representou uma dádiva da lei não pode ser propalada, uma vez que não se coaduna[27], de forma fidedigna, com a história.

A era Vargas implantou nas relações de trabalho uma nova política intrinsecamente intervencionista e protetiva, assegurando, inquestionavelmente, uma série importante de direitos e vantagens, nas relações de emprego, aos trabalhadores individualmente considerados. Em contrapartida, empreendeu uma

26. Art. 295. Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta, e útil, de que possa subsistir, depois de advertido pelo Juiz de Paz, não tendo renda suficiente. Penas – de prisão com trabalho por oito a vinte e quatro dias._Art. 296. Andar mendigando: § 1. Nos lugares, em que existirem estabelecimentos públicos ou havendo pessoa, que se ofereça a sustentá-lo. § 2. Quando os que mendigam estiverem em termos de trabalhar, ainda que nos lugares não haja os ditos estabelecimentos. § 3. Quando fingirem chagas, ou outras enfermidades. § 4. Quando mesmo inválidos mendigarem em reunião de quatro, ou mais, não sendo pai e filhos, e não se incluindo também no número dos quatro as mulheres, que acompanharem seus maridos e os moços, que guiarem os cegos. Penas – de prisão simples, com ou sem trabalho, segundo o estado de forças do mendigo, por oito dias a um mês.

27. "Já se disse não sem certa razão, que nosso Direito do Trabalho tem sido uma dádiva da lei, uma criação de cima para baixo, em sentido vertical. Em muitos casos tem sido assim realmente. Todavia, não se deve olvidar que em outros, mesmo antes da Revolução de 1930, o nosso incipiente Direito do Trabalho conheceu sua fase de auto-afirmação, numa inequívoca demonstração histórica de uma consciência de classe, que já se delineava, desde o início deste século. Ainda aqui temos a confirmação histórica da prioridade cronológica do direito coletivo sobre o individual do trabalho." (GOMES e GOTTSCHALK; 2005, p. 6).

estratégia de atrelamento da organização coletiva dos trabalhadores ao Estado, importando sua cooptação e dominação, ao controlar da criação até a extinção dos sindicatos, ao definir seus objetivos, administração, receitas e eleições. Talvez por essa dualidade de proteção-cooptação justifique-se o porquê de considerar Vargas como pai dos pobres e, ao mesmo tempo, mãe dos ricos. A época, o controle estatal era tão intenso ao ponto da doutrina trabalhista imputar ao sindicato uma nova natureza jurídica: ente de Direito Público, eis que inserto no modelo corporativista autoritário.

Infere-se que o trabalhismo de Vargas inicialmente garantiu aos trabalhadores uma proteção trabalhista inimaginável para a época, considerando a capacidade de organização e conquista do movimento sindical. No entanto, seu preço foi indubitavelmente alto, posto que causou a aniquilação do potencial emancipatório da ação coletiva dos trabalhadores, produzindo o chamado "sindicalismo pelego".

Uma análise política também se volta a para busca da relativa aceitação do patronato nacional diante da política de Vargas em consolidação de uma legislação intervencionista e protetiva. Não se trata de imaginar que a concordância da burguesia se justificou pelo reconhecimento da justeza de um sistema protetivo nas relações de trabalho, mas ao contrário na pretensão de que a legislação recém-criada – com muitas dificuldades para se tornar efetiva, inclusive que se prolongam até os dias atuais – representaria uma arrefecimento da luta de classes, em especial com perigo soviético, e um controle estatal sobre a coletividade organizada em sindicatos. Isto é, a legislação trabalhista, que dificilmente seria cumprida, traria paz entre classes[28] e aniquilação da combatividade sindical.

Infere-se, desta maneira, a configuração de um mito fundador. Este mito manifesta-se, também nas relações de trabalho a partir da cultura, denominada por Marilena Chauí (2000), de verdeamarelismo[29] que intenta afastar a luta de classes em favor da uma colaboração capital e trabalho, sob o olhar do Estado:

> A divisão de classes é naturalizada por um conjunto de práticas que ocultam uma determinação histórica ou material de exploração, da discriminação e da dominação, e que, imaginariamente, estruturam a sociedade sob o signo da nação uma e indivisa, sobreposta como um manto protetor que recobre as divisões reais que constituem. (CHAUÍ, 2000, p. 89/90)

Na perspectiva de superação deste trabalhismo que impregnou a história do Direito do Trabalho, Magda Biavaschi formula uma contextualização mais crítica, assinalando uma apreciação histórica mais ampla do que a tradicional que apenas legitima o discurso da concessão de uma proteção trabalhista por Vargas:

> Depois da abolição, agundizaram-se as tensões e as necessidades sociais de proteção ao trabalho, sem que a Velha República pudesse delas dar conta. É que, afinal, a via escolhida foi a do liberalismo, a qual a Revolução de Outubro de 1930 buscou superar. Isto tudo é verdadeiro e passa a compor certa base material, sem força suficiente, porém, de impulsionar, com a força dos movimentos, a positivação dos direitos sociais fundamentais, isto é, a construção do Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito. Para que a riqueza desses acontecimentos não se congele em rótulos como 'cópia fascista', 'Estado de compromisso', 'mito da outorga', 'roubo da fala', é importante que se os compreenda sob o foco de uma lente múltipla, a partir de uma dinâmica envolvendo interesses contrapostos coordenados por um Estado também em transformação. (BIAVASCHI, 2007, p. 80).

7. FASCISMO, AUTORITARISMO OU POSITIVISMO?

Traçadas bases para uma crítica do trabalhismo, resta indispensável desconstruir,

28. Assim, expõe Hélio Mário de Arruda: "Na verdade o patronato não abandonara a postura de resistência e de crítica às normas legais regulamentadoras do mercado de trabalho, mas seu discurso converge com o discurso governamental, afirmando, em uníssono, de que a legislação social atendia aos justos reclamos dos trabalhadores e que podia assegurar paz social e assim um mais seguro desenvolvimento econômico social" (ARRUDA, 2007, p. 26)

29. "[...] o verdeamarelismo, sob a ideologia da "questão nacional", precisa incorporar a luta de classes em seu ideário, mas de um modo tal que, ao admitir a existência da classe da trabalhadora, possa imediatamente neutralizar os riscos da ação política dessa classe, o que é feito não pela legislação trabalhista (inspirada no corporativismo da Itália fascista) e pela figura do governante como "pai dos pobres", mas também por sua participação no "caráter nacional", isto é, como membro da família brasileira, generosa, fraterna, honesta, ordeira e pacífica" (CHAUÍ, 2000, p. 38)

de igual modo, a qualificação de fascista ao Direito do Trabalho. O diagnóstico da índole fascista do Direito do Trabalho é corriqueiro na doutrina. Explicam que "o modelo justrabalhista brasileiro, como se sabe, foi apropriado das experiências autocráticas européias do entre-guerras, fundando-se, em especial, no parâmetro fascista italiano" (DELGADO, 2005, p. 120). Concluem, assim, que "o Direito do Trabalho brasileiro nasceu sobre o signo do fascismo italiano" (ROMITA, 2001, p 18).

A qualificação de fascista para o Direito do Trabalho nacional peca por demasiado excesso. Não se olvida a influência da carta italiana durante a criação da CLT, porém não procede a assertiva de considerar o diploma trabalhista nacional uma cópia ou uma adaptação da *Carta del Lavoro*. O exagero sobressai porque a equiparação CLT e *Carta del Lavoro* somente ocorre em matéria sindical, uma vez que em muitos outros pontos verifica-se imensa distinção, seja de perspectiva sócio-político, seja de institutos jurídicos.

Assim, considerar a CLT fascista torna-se correto quando se dirige exclusivamente à matéria de organização sindical, disposta nos artigos 511 a 630 da CLT. De fato, as categorias unicidade, enquadramento e imposto sindical são conceitos decorrentes de uma lógica de sindicato com monopólio de representação[30] dos trabalhadores sob o jugo do Estado: que autoriza sua criação; que lhe reconhece a personalidade sindical; que pode intervir inclusive para destituir diretores e fechar o sindicato; e que arrecada, compulsoriamente, a contribuição sindical mediante o "imposto sindical". Neste ponto, um dos integrantes da Comissão redatora da CLT reconhece a nítida influência corporativa em matéria de organização sindical[31]. Portanto, acusar o Direito do Trabalho nacional de fascismo destoa da complexidade e amplitude tanto da Consolidação de Leis, como das particularidades históricas:

> Tal acusação, além de confundir o todo com as partes, revela, sem dúvida, o desconhecimento da evolução das leis brasileiras sobre o Direito do Trabalho. Dos onze títulos que compõem a Consolidação, apenas o V, relativo à organização sindical, correspondeu ao sistema então vigente na Itália. (VIANNA, 2005, p. 62)

Talvez fosse mais adequado fugir da simples qualificação de fascista, com dificuldades de sustentação histórica, para identificar o traço corporativista ou autoritário da legislação trabalhista. Para tanto, convém destacar a figura de Oliveira Vianna, sociólogo e jurista, que exerceu papel notável no processo de consolidação de uma legislação trabalhista nacional, eis que ocupou durante logo período (1932-1945) a função de consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Seu perfil pode bem indicar traços que caracterizam a índole da legislação trabalhista: "Oliveira Vianna foi um antiliberal, um anticomunista, comungava com o pensamento insculpido na doutrina social da Igreja, mas sua concepção de corporativismo sempre objetiva o fortalecimento do poder secular" (ARRUDA, 2007, p. 18).

O corporativismo propugnado decorria daquilo que Oliveira Vianna denominava de insolidariedade social. "No Brasil o sindicato é uma causa inicial de um futuro espírito associativo. [...]. Se povo não é solidário, o Estado tem de intervir para organizar e fazer funcionar o sistema sindical corporativo" (ARRUDA, 2007, p. 58). Em que pese existirem proximidades e tais ideias estarem umbilicamente jungidas na história, corporativismo não se confunde com o autoritarismo[32]. É que no Brasil, as corporações não constituíram efetivamente espaços de decisão política para

30. "O regime corporativo da Itália fascista só poderia ser organizado à base da sindicalização por categorias e com a adoção do método de enquadramento sindical prévio e obrigatório" (ROMITA, 2001, p 61).

31. Arnaldo Sussekind explica que a influência corporativista se deu apenas em matéria sindical: "Quais eram os princípios que orientavam a configuração da organização sindical como um sistema corporativo? Primeiro, a unidade sindical compulsória, por categoria ou profissão. Isto quer dizer que em cada categoria ou profissão, numa determinada base territorial, só podia existir um sindicato. Segundo, este sindicato único passava a representar não apenas seus associados, mas todos os que integravam as categorias ou profissões. Terceiro, porque todo trabalhador e todo empresário eram legalmente representados por um sindicato, deviam contribuir para ele com o imposto sindical. Esta parte é que foi exclusivamente inspirada no corporativismo italiano, que estava refletido na Carta del Lavoro" (SUSSEKIND *apud* ARRUDA, 2007, p. 32)

32. É preciso, então, distinguir o corporativismo do autoritarismo, a fim de desconstruir um senso comum histórico impreciso: ""Corporativismo e autoritarismo não são sinônimos. O corporativismo societário pode ser estabelecido por iniciativa da sociedade civil. Diferentemente, o corporativismo estatal é construído a partir do Estado. Este último é o mais apropriado para as formas autoritárias de poder, como foi o caso do Brasil" (ARRUDA, 2007, p. 46

o Estado, o que caracteriza o corporativismo nacional mais como um autoritarismo estatal sob as vestes daquele.

Com efeito, a política varguista, de igual modo, não adotou um sistema corporativo, pois as corporações não eram centros de poderes, mas apenas de espaços de controle pelo poder central. Não havia permeabilidade para a participação política das corporações na definição da vontade soberana do Estado, pois ocorria a "ausência de mecanismos de participação das organizações do trabalho e do capital na formulação e implementação de decisões estratégicas do Estado nacional" (MENDES, 2007, p. 21)

Parece que as pretensões envolvidas pela política de Vargas mais representavam um ideal positivista de conciliação de classes, sob controle de Estado, do que efetivamente um modelo corporativista ou fascista. Embora, o contexto político-histórico da época o tenha aproximado dos governos autoritários europeus, o que estimula uma equiparação que não procede, Getúlio Vargas era adepto de um positivismo-castilhista (BIAVASCHI, 2007, p. 90) e logo se distanciou do sistema fascista[33], por outros interesses, em favor de uma aproximação com os governos capitalistas-democráticos.

Além disto, o modelo corporativo clássico, adotado na carta italiana, não coaduna com os praticados intervencionismos estatais no mercado para realizar ou subsidiar interesses eminentemente privados. Saliente-se que a *Carta del Lavoro* firma-se na livre iniciativa, como se vê no seu inciso IX:

> IX - A intervenção do Estado na produção econômica verifica-se somente quando falte, ou seja, insuficiente a iniciativa privada, ou quando estejam em jogo interesses políticos do Estado. Esta intervenção pode assumir a forma quer de controle, de encorajamento ou de gestão direta. (CARTA DEL LAVORO, 2008).

Ora, de acordo com a carta italiana o intervencionismo estatal é somente suplementar à iniciativa privada. Tal diretriz não coaduna com a política intervencionista brasileira, que, contrariamente à *Carta del Lavoro*, que incumbe ao Estado uma administração pública dos conflitos Capital-Trabalho pelo Estado. Então, conjuntamente com o marcado autoritarismo visualiza-se a ideologia do positivismo político que se perfaz pelo normativismo. O positivismo trabalha com um normativismo que atribui ao ordenamento jurídico um papel essencial no seu intervencionismo, pois a norma expressa tanto a garantia da ordem como direciona ao progresso. No positivismo comteano, defende-se uma tutela de dos operários pela sua dependência, sem, contudo, interferência no conflito de classe, uma assistência aos carentes como medida de dignificar a pobreza via eliminação da miséria, mas continuidade da mais-valia.

Revela-se sintomática da índole positivista da CLT, o trecho final do seu artigo oitavo[34] que expressamente determina "que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público". Ou seja, um interesse público subjaz os interesses corporativos, caracterizando um sistema mais positivista-autoritário do que efetivamente corporativista. Assim, o autoritarismo do Direito do Trabalho conforma-se como resultado mais de um positivismo de Comte[35] do que de um padrão corporativista ou fascista.

8. SINDICALISMO E DITADURA MILITAR

Sob o signo do autoritarismo, urge desenterrar a emblemática e sutil modificação em matéria sindical que é, lamentavelmente, ignorada pelos livros de Direito do Trabalho. No período da Ditadura Militar de 1964 a 1987, a manualística apenas registra a conhecida perseguição política, mediante intervenção nos sindicatos, com destituição de diretores, prisões e cassações de direitos, bem como a legislação restritiva[36], quase proibitiva, do direito de greve. Silencia-se que a eficácia *erga*

33. "O Brasil não incorporou em seu Direito a integralidade do Direito Corporativo Italiano. Mas nele se inspirou, a partir da Revolução de 1930; as marcas continuam ainda na Constituição de 1988. Nem tudo que veio do fascismo é pernicioso, nem o fascismo criou o Direito. Ele fez uso político de certos institutos para afeiçoá-los aos seus propósitos políticos. E é esse uso que merece reprovação – por exemplo, o Poder Normativo." (LINARES, 2006, p. 8)

34. "Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público."

35. Idéia levantada pela Professora Doutora Aldacy Rachid na disciplina História do Mercado e Trabalho.

36. Ver Lei 4.330/64, Constituição de 1967 e Decreto-Lei 1632/78.

omnes – que corresponde à extensão vantagens pactuadas na negociação coletiva para trabalhadores não filiados ao sindicato – das normas coletivas foi obra da Ditadura Militar.

O sindicalismo brasileiro tem história, inicialmente, comparável, a grosso modo, à Europa até a década de 1930. A partir da abertura dos portos e incipiente industrialização do país, começa o despontar as ações sindicais no Brasil, especialmente com a chegada dos imigrantes, muitos com vivência sindical e anarquista em seus países de origem. Registre-se a greve dos Tipógrafos de1858 no Rio de Janeiro, tida como a primeira paralisação no país; a greve dos Caixeiros em1886; a grande greve geral de 1919. Deste modo, surgem as organizações operárias, tais como a Liga Operária em 1970, a União Operaria em 1886, a Confederação Operária Brasileira em 1920 e Partido Operário em 1902. Não obstante tais primórdios de ação sindical urbana, a primeira lei sindical dirigiu-se somente aos sindicatos rurais[37], sob o pretexto de que a maioria da população ainda residia na zona rural.

Com o governo Vargas inicia-se a política de cooptação e aniquilação dos sindicatos[38], via sistema positivista-autoritário para as relações de trabalho. Desde o Decreto 19.770/1931, que regulamentou os entes sindicais, verifica-se que a disciplina legal "tinha objetivo inequívoco, embora não confessado, de desmobilizar o avanço das lutas operárias" (ARRUDA, 2007, p. 52). No breve lapso democrático-social da Constituição de 1934, a política de cooptação recua em favor da pluralidade sindical[39], consagrada na Carta Magna, embora não posta em cumprimento.

Retomada a matiz autoritária em 1935, constata-se que a Constituição de 1937 que sinalizava para a eficácia *erga omnes* das normas coletivas, consoante artigo 137, a, que dispunha:

> Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:
>
> a) **os contratos coletivos de trabalho** concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, **serão aplicados a todos os empregados**, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam; (BRASIL, a, 2008) (grifos nossos).

Mesmo a Constituição sugerindo a eficácia das normas coletivas foi regulamentada pela CLT, artigo 612, que restringia a aplicabilidade das convenções exclusivamente aos associados, *ex vi*:

> Art. 612. O contrato coletivo, celebrado nos termos do presente capítulo, **aplica-se aos associados dos sindicatos convenentes,** podendo tornar-se extensivo a todos os membros das respectivas categorias, mediante decisão do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. [redação anterior ao Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967] (BRASIL 2008) (grifos nossos).

A eficácia exclusiva para associados não coadunava com um sistema autoritário e corporativo, pois estimulava a associação de trabalhadores e um decorrente fortalecimento e combatividade do sindicato. Nesse sentido, Oliveira Viana defendia a vinculatividade aos não-associados, pois, nas palavras de Evaristo de Moraes Filho "de acordo com a lógica do sindicato único, com as origens italianas (corporativas) da Carta de 1937. Se o sindicato era único, se recebia imposto sindical de toda a categoria, não havia por onde não lhe dar poder normativo inicial e primário" (*apud* ROMITA, 2001, p. 86).

Destarte, a consagração do viés autoritário e aniquilador do movimento sindical proveio de uma sutil alteração legislativa em 1967 pelo Decreto-lei nº 229, que estabelecia:

> Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acôrdo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho

37. "A história do sindicalismo no Brasil apresenta aspectos interessantes e paradoxais. A iniciativa de instituição de sindicatos coube aos patrões (ou proprietários) e partiu da área rural, enquanto o habitual seria terminar por ela. A história de outros países demonstra que o setor empresarial é, geralmente, o último a sensibilizar-se, só fazendo em contraposição à organização e movimentação dos trabalhadores" (ABREU, 2005, p. 21)
38. "O Movimento sindical brasileiro, iniciado espontaneamente, foi interrompido em 1930, passando a ser comandado de cima para baixo, do Governo para o povo. O movimento espontâneo de autoproteção foi morto e substituído pelas concessões do poder público, sem o sabor das conquistas" (ABREU, 2005, p. 75).
39. "Em 12 de julho de 1934, quatro dias antes da promulgação de Nova Constituição, foi assinado o Decreto n. 24.694 permitindo a pluralidade sindical. Entretanto foi mantido o conceito de categoria [...] Em decorrência da pluralidade sindical, as convenções coletivas seriam aplicadas apenas aos associados do sindicato" (ABREU, 2005, p. 35)

> **aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho**. [Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967] (BRASIL, 2008)

Ora, a extensão de vantagens normativas para os não-associados implica uma política nítida de desestímulo à sindicalização. Isto porque a não diferenciação entre associados e não associados – que têm idênticos direitos, embora deveres distintos, recaindo mais contribuições sindicais sobre os associados – resultaria, como ocorre atualmente, no incentivo a não filiação. Configura-se perspicaz política legislativa autoritária que enfraquece o sindicato para valorizar o Estado.

A ausência do debate sobre as implicações do Decreto-lei nº 229/67 no Direito Coletivo do Trabalho produz graves complicações na análise da liberdade sindical atual. Tão situação se agrava em razão da atual Orientação Jurisprudencial nº 17 do Tribunal Superior do Trabalho[40] que, a título de defender a liberdade sindical individual, revigora a política de enfraquecimento dos sindicatos, quando ao tempo que isenta o trabalhador não-filiado das contribuições sindicais, assegura-lhe os mesmos direitos do filiado, tornando economicamente desaconselhável a filiação.

9. CONCLUSÕES

Percorridos alguns dos episódios e questões não enfrentados pela história oficial do Direito do Trabalho, pode-se inferir certas conclusões de ordem historiográfica e sobre o próprio Direito do Trabalho.

Perante as reflexões críticas trazidas pela historiografia, verifica-se a urgente necessidade de uma história-problema – ou problematização das narrativas – que se proponha a contestar o positivismo histórico-jurídico na investigação do Direito do Trabalho. Enfim, trata-se de superar história enquanto cronologia de leis em direção ao progresso do contrato de emprego, como sintetiza Ricardo Marcelo Fonseca:

> De fato, sobretudo em função da herança do positivismo jurídico (até hoje amplamente hegemônico), que se contenta em esgotar-se na relação interna entre normas, ignorando no mais das vezes o seu entorno e a sua historicidade, as relações de trabalho acabam sendo lidas pelos juristas a partir de um modelo linear e progressivo, no qual o conjunto das relações de trabalho aparece como uma espécie de "acréscimo de racionalidade progressiva", onde o trabalho assalariado (no seu modelo contratual: o contrato de trabalho) é o ápice e o ponto de chegada. (FONSECA, 2006, p. 297).

De outro lado, impõe-se o afastamento do lugar comum no qual estão as assertivas de que o Direito do Trabalho nacional é fascista, corporativo, cópia da Carta del Lavoro, para enfrentar, com convicção, a influência do positivismo político na implementação e consolidação do sistema trabalhista. Rodrigo Adélio arremata:

> Conclui-se que o Direito do Trabalho encontra explicação no movimento do positivismo comteano, mencionado no tópico sobre o histórico no Brasil; foi facilitado pelo movimento do constitucionalismo, de que são exemplos a Constituição do México e de Weimar. Mas, antes de tudo refletiu a luta dos trabalhadores e a luta no campo das idéias, por sua vez derivadas da condição de vida precária. Assim, embora tenha parecido obra paternalista de Getúlio Vargas, pode ser dito, sem nenhuma vergonha, que o Direito do Trabalho no Brasil emergiu da questão social brasileira, representando o efeito da justiça social no Direito pátrio." (LINARES, 2006, p. 33)

Deste modo, o positivismo histórico e político se apresenta, com intensidade, como racionalidade delineadora do Direito do Trabalho e de sua história. Cumpre, adiante, investigar, criticar e verificar as ideias acima esboçadas no intento de refazer a história do Direito do Trabalho sob outros ângulos e olhares para, compreendendo melhor o passado, entender e transformar o presente.

40. OJ 17 – SDC/TST: Contribuições para entidades sindicais. Inconstitucionalidade de sua extensão a não associados. As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.

REFERÊNCIAS

ABREU, Osmani Teixeira. **As relações de Trabalho no Brasil a partir de 1824.** São Paulo: LTr, 2005.

ARRUDA, Hélio Mário de. **Oliveira Vianna e a Legislação do Trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 2007.

BANHOZ, Rodrigo Pelais e FACHIN, Luiz Edson. **Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo.** *In* RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Diálogos sobre o Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BIAVASCHI, Magda. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942: a Construção do sujeito de direitos trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2007.

BLOCH, Marc. **Introdução à história.** Trad. Maria Manuel Miguel e Rui Castro. Coleção Saber - Publicações Europa-América. Lisboa: Gráfica Imperial, 1965.

BRASIL. **Decreto 5254/43 - Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 10/01/2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937.** Disponível no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao37.htm. Acesso em 10/01/2008

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (*1929-1989*)**: a Revolução Francesa da Historiografia. Trad. Nilo Odalia São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, 153 páginas.

CARTA DEL LAVORO. Disponível no sítio: http://www.fetropar.org.br/Download/CARTA%20DEL%20LAVORO.doc acesso em 30/01/2008

CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária.** São Paulo: Perseu Abramo, 2000.

COSTA, Pietro. **O conhecimento do passado: dilemas e instrumentos da historiografia.** Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 4ª Ed São Paulo: LTr; 2005.

FEBVRE, Lucien. **Combates pela história.** 2ª Ed. Trad. Leonor Martinho Simões e Gisela Moniz. Lisboa: Editorial Presença, 1985.

FIOVARANTI, Maurizio**. Los derechos fundamentales.** Trad. Manuel Martinez Neira**.** 3ª Ed. Madrid: Trota, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha.** Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 1997.

_____. **Trabalho e subordinação: uma análise histórico-jurídica**. Revista Trabalhista (Rio de Janeiro), v. XIX, p. 295-309,

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho.** 17ª Ed. Atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa**.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____**.** A propriedade e as propriedades na oficina do historiador**. *In* História da propriedade e outros ensaios. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Rio de Janeior: Renovar, 2002.**

_____**.** El orden jurídico medieval**. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Ediciones juridicas y sociales, 1996.**

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica Européia: síntese de um novo milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LINARES, Rodrigo Adélio. **O movimento fascista e a CLT – conclusões a partir do exame da obra "O Fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro", de Arion Sayão Romita.** Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdência Social na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2006.

LOPES, Luciano Santos. **A metodologia da história nova aplicada ao estudo do Direito.** Monografia conclusiva da disciplina História do Direito ministrada pela Professora Miracy Barbosa, no Programa de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da UFMG.

KIRDEIKAS, João Carlos Vieira. **A Formação do Mercado de Trabalho no Brasil: uma Análise da Legislação Sobre Locação de Serviços no Século XIX**. In http://www.anpec.org.br/encontro2003/artigos/A23.pdf acesso em 21/01/2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas; 2004.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. **Justiça do Trabalho e Mercado de Trabalho: Interação entre o Poder Judiciário e a Regulação do Trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 2007.

ROJAS, Carlos Antonio Aguirre. **Os Annales e a historiagrafia francesa: tradições críticas de Marc Bloch a Michel Foucault.**. Trad. Jurandir Malerba. Maringá: Universidade Estadual do Maringá, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **O fascisimo no Direito do Trabalho Brasileiro: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira.** São Paulo: LTr; 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 3.° ed. Porto: Editora Cortês, 1998;

SUSSEKIND, Arnaldo; VIANNA, Segadas; ...[et al.]. **Instituições de Direito do Trabalho.** Volume 1. 22 Ed. São Paulo: LTr, 2005.

Assédio processual: tema ainda discutível

Raymundo Pinto[1]

Resumo • Trata-se de um breve trabalho que informa a respeito dos estudos ligados ao tema assédio processual. Começa por distinguir entre dano e assédio moral, bem como entre litigância de má-fé e assédio processual. Cita alguns autores que conceituaram o novo instituto e fornece dados esclarecedores. Lista hipóteses verificadas na prática. Sustenta que não há choque com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Enfoca como deve ser a reparação. Destaca a dificuldade em punir o advogado. Registra a jurisprudência sobre o assunto. Conclui propondo mudanças na legislação para que o assédio processual seja regulamentado em norma expressa, por reconhecer que permanecem dúvidas e resistências à sua aplicação.

Palavras chaves • Assédio, assédio moral, assédio processual.

Sumário • 1. Dano moral – conceito já pacificado – 2. Dano moral e assédio moral – distinção – 3. Assédio processual – 4. Assédio processual e litigância de má-fé – 5. Hipóteses mais comuns – 6. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa – 7. Reparação – 8. Como responsabilizar o advogado? – 9. Jurisprudência – 10. *De lege ferenda*.

1. DANO MORAL – CONCEITO JÁ PACIFICADO

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar quais seriam os direitos e garantias fundamentais, relacionou no art. 5º nada menos de setenta e sete direitos e deveres individuais e coletivos (foi acrescentado depois mais um, como se verá adiante), destacando-se, no inciso X: "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*. Com base nisso e, principalmente, a partir do Código Civil de 2002, o brasileiro passou a tomar consciência de que deveria acionar com mais frequência o Poder Judiciário, a fim de reivindicar indenizações quando sofria o chamado *dano moral*. Registre-se que, no passado, a jurisprudência dos tribunais brasileiros se inclinava para não reconhecer a reparação nas hipóteses em que se tornava impossível avaliar o dano em termos monetários, embora fossem admitidas exceções. Aos poucos, algumas leis esparsas incluíram normas sobre o assunto, mas a definitiva aceitação pacífica, pelo ordenamento jurídico do nosso país, ocorreu, como visto, com a indicada regra constitucional e a redação do art. 186 do Código Civil vigente, cuja dicção é a seguinte; "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem,* ainda que exclusivamente moral, *comete ato ilícito*" (grifo acrescido).

2. DANO MORAL E ASSÉDIO MORAL – DISTINÇÃO

Muitas vezes o dano moral que atinge a dignidade ou a privacidade dos indivíduos resulta de um único ato, o que não reduz a gravidade da ofensa. Em outras oportunidades, porém, há uma sucessão de procedimentos que causa sérios transtornos à vítima. A esse conjunto de seguidos atos violadores da honra emprega-se a denominação de *assédio moral*. Os dicionários esclarecem que a primeira palavra é o substantivo do verbo *assediar*, o qual tem a acepção de *cercar, perseguir, importunar, molestar*. O

1. Raymundo Pinto, desembargador aposentado do TRT da 5ª Região, é escritor e membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Publicou vários livros técnicos jurídicos, destacando-se "Súmulas do TST Comentadas" (13ª edição) e, em parceria com Cláudio Brandão,"Orientações Jurisprudenciais do TST Comentadas" (3ª edição), ambos pela LTR Editora.

acréscimo do adjetivo *moral* teve o propósito de definir um tipo de dano imaterial ou extrapatrimonial. Aquele que sofre tal espécie de ação nefasta continuada igualmente pode buscar na Justiça uma indenização. É claro que o simples recebimento de uma quantia monetária, em qualquer dos danos morais, não compensa os constrangimentos e humilhações experimentados. Por outro lado, o agente responsável pelas atitudes ilegítimas não poderia ficar impune, sendo a indenização uma forma pedagógica de forçá-lo a não repetir um modo de proceder tão condenável, servindo ainda de exemplo para os demais membros da sociedade.

3. ASSÉDIO PROCESSUAL

Há pouco tempo, lendo um artigo da juíza trabalhista Daniela Valle da Rocha Muller, publicado na revista "No Mérito", editada pela Amatra 1 – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro), que tem como título "Precisamos falar sobre assédio processual", verifiquei que se intensificam os estudos sobre essa nova modalidade de assédio. Na mesma publicação, existe uma entrevista do desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, do TRT do Espírito Santo e membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, que também trata do assunto. Procurarei, nas linhas a seguir, fazer um resumo de como os dois ilustres magistrados informaram a respeito de um tema ainda muito pouco explorado. Espero provocar os colegas baianos e cultores do Direito em geral a se debruçarem sobre a proposta desse novel instituto jurídico denominado "*assédio processual*", dando expressiva contribuição para melhor entendê-lo e, se julgarem conveniente, lutarem no sentido de regulamentá-lo por meio de legislação própria ou pela introdução de alterações no CPC.

4. ASSÉDIO PROCESSUAL E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O problema da morosidade da Justiça se arrasta desde remotas eras, sem que, infelizmente, haja perspectivas de melhorias a curto ou até médio prazo. Os estudiosos costumam apontar uma série de fatores que contribuem para isso, alguns de ordem estrutural e cultural cuja solução demanda longo tempo. Não se pode negar, contudo, que partes e advogados, quando atuam com atos protelatórios – verdadeiras chicanas, ressalte-se – se tornam responsáveis pelo atraso de numerosos processos. A própria Carta Magna do país foi emendada em 2004 – EC n. 45 – para acrescentar mais uma garantia: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*" (inciso LXXVIII do art. 5º). Diante desse reiterado uso do condenável expediente, sempre pensei como magistrado – o que era também a opinião de muitos colegas, baseados, aliás, em conceituados doutrinadores – que as normas que regulam a litigância de má-fé (arts. 17 e 18 do CPC) bastavam como escopo legal para punir tal procedimento. Na fase executória, poderiam ser aplicáveis os arts. 600 e 601 do mesmo CPC, que preveem as hipóteses de atos atentatórios à dignidade da justiça e as respectivas formas de sanções.

Os que procuram esclarecer o real significado do assédio processual, a exemplo da juíza que escreveu o já mencionado artigo, sustentam que o cometimento de um *único ato* pode caracterizar a litigância de má-fé. Todavia, a reiterada prática de condutas abusivas, num mesmo processo ou por um advogado em diversos processos, é que daria ensejo a classificá-lo como assédio processual. Ou seja, do mesmo modo que ocorre com relação ao assédio moral, haveria necessidade da presença do requisito da *continuidade*. No trabalho citado, figura a seguinte opinião de José Affonso Dallegrave Neto, constante de seu livro Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho (LTR, 2009, 3ª ed.):

> O assediante atua dentro da relação jurídica processual, objetivando retardar a prestação jurisdicional e/ou prejudicar dolosamente a parte contrária, através do exercício reiterado e abusivo das faculdades processuais, geralmente sob a dissimulada alegação de estar exercendo o seu direito de contraditório e de ampla defesa.

O desembargador capixaba Carlos Henrique, na entrevista concedida à mesma publicação, resumiu sua posição do seguinte modo: "*O assédio processual é caracterizado por uma conduta maliciosa, não prevista em lei, cujo escopo é minar a resistência de uma parte, violando, assim, o respeito à sua dignidade como pessoa humana*".

5. HIPÓTESES MAIS COMUNS

Vale relacionar certas atitudes consideradas procrastinatórias e desleais, sem a pretensão de esgotar a longa lista de hipóteses: a) pedidos reiterados de adiamento de audiências; b) requerer, sem justificativa aceitável, a expedição de carta precatória; c) tentar produzir provas sem pertinência ou relevância para o caso concreto; d) provocar a ausência de testemunhas; e) levantar incidentes processuais sem nenhuma base legal; f) interpor repetidos recursos, inclusive múltiplos embargos de declaração, sem base convincente ou até sem previsão na lei. Na Justiça do Trabalho, notadamente quando o processo alcança a fase de execução, a reiterada chicana, em geral promovida pela parte devedora/executada, contribui de modo expressivo para o intolerável atraso no cumprimento efetivo da decisão judicial. Usam-se expedientes como: a) insistentes petições com o propósito de modificar questões já plenamente decididas; b) diversas impugnações de cálculos sem a devida fundamentação lógica; c) mudança de endereço da empresa sem comunicar ao juízo; d) ocultação de bens ou alienação deles, para evitar serem penhorados, estando o processo em tramitação; e) infundados embargos de terceiro, aforados por sócios que não se conformam quando o juiz aplica a descaracterização da pessoa jurídica. Assinale-se, como já o fizemos linhas atrás, que para caracterizar o assédio processual é preciso que os procedimentos ora listados sejam *repetitivos*. Se praticados na forma de um único ato, configura-se, também conforme frisado, a litigância de má-fé ou o atentado à dignidade da justiça.

6. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Os litigantes de má-fé e os praticantes do assédio processual costumam alegar que, ao insistir em fazer prevalecer seus argumentos, estariam tão somente exercendo os constitucionais direitos do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88). Não há dúvida de que nenhum juiz pode privar a parte de utilizar, de forma plena, todos os institutos processuais permitidos em lei. O condenável é o uso *abusivo* deles. A propósito, o juiz do trabalho paranaense Mauro Vasni Paroski, em artigo publicado na Revista LTR de janeiro/08, pp. 33/44, assim manifestou sua opinião sobre o tema:

> Insuficiente e inadequado se torna o argumento de que o emprego das medidas processuais legais seria motivo suficiente para afastar, por si só, virtual condenação por assédio processual, já que sempre será ele praticado através de medidas processuais em princípio legítimas. O que distingue o ato regular/moderado do ato ilícito/abusivo, repita-se, é o resultado pretendido pelo assediador. O meio não importa. Quase sempre será um meio legal.

7. REPARAÇÃO

Quem atua como litigante de má-fé pode ter sua punição decretada pelo juiz nos próprios autos em que a irregularidade ocorreu. A autorização legal para tanto está contida no art. 18 do CPC e seus dois parágrafos. Pagará uma multa não excedente de 1% sobre o valor da causa, além de indenizar a parte contrária dos prejuízos por esta sofridos, incluindo honorários advocatícios e outras despesas efetuadas. O *quantum* da indenização será de 20% sobre o valor da causa ou fixado em liquidação por arbitramento. Tendo em vista a demora que tal incidente pode ocasionar ao processo, em especial se for necessário arbitramento, não são poucos os juristas que sustentam a tese de que, caracterizado o ato ilícito, nada impede que a vítima, com base no art. 927 do Código Civil, ingresse, paralelamente, com uma ação de indenização. Nesse caso, existe a vantagem, para o demandado, de que ele terá mais espaço a fim exercer seu direito de defesa. No que toca ao acionante, a vantagem é que poderá reivindicar uma indenização acima dos limites do § 2º do citado art. 18. Aplicando o raciocínio analógico, fica claro que se torna perfeitamente cabível a mesma ação de indenização para buscar a reparação de danos sofridos com o assédio processual.

8. COMO RESPONSABILIZAR O ADVOGADO?

Na minha longa experiência como magistrado trabalhista, percebi, consideráveis vezes, que os atos procrastinatórios – tanto do reclamante como o reclamado – haviam sido premeditados pelos seus defensores. Era difícil imaginar que um leigo em direito pudesse utilizar de certos reprováveis expedientes postos em prática. Ficando evidente quem era o verdadeiro "autor intelectual", eu vacilava em aplicar determinadas penalidades,

justamente por sentir a inocência da parte e o claro dolo do seu advogado. Como agir em tal circunstância? A lei – arts. 17 e 600 do CPC – é omissa quando à extensão da punibilidade aos procuradores dos litigantes. A doutrina e a jurisprudência têm contribuído para esclarecer que os profissionais do direito, quando são copartícipes da conduta irregular, não estariam isentos de também sofrer as penas de lei. Contudo, por força no disposto no parágrafo único do art. 32 da Lei 8.906 (Estatuto da OAB), somente caberia punir o advogado mediante "ação própria". Em face desse obstáculo, resta apenas ao juiz a providência de remeter ofícios tanto ao Ministério Público como à OAB, comunicando o fato. Como se sabe, as apontadas instituições, influenciadas pelo espírito corporativo, nem sempre agem com o necessário rigor.

9. JURISPRUDÊNCIA

O jovem Gustavo Chehad trabalhou como juiz trabalhista substituto na Bahia, por certo tempo, até se transferir para Brasília. Aqui teve oportunidade de julgar uma rara ação de indenização por assédio processual, aforada na 2ª Vara do Trabalho de Itabuna (proc. n. 0173-2009-462-0500-6). Proferiu uma bem fundamentada decisão, na qual, de início, lançou as bases teóricas sobre o tema e, em seguida, analisou com proficiência como enquadrou o caso concreto no que havia antes exposto. O curto espaço de um artigo não permite a transcrição, na íntegra, da sentença. Esclareça-se que o demandante gozava de estabilidade provisória por ser dirigente sindical e, apesar disso, foi despedido, sendo que a empresa usou de muitos expedientes com o propósito de retardar ao máximo a reintegração decidida pela Justiça e transitada em julgado. Os abusos ou excessos praticados pela acionada ficaram por demais evidentes no trecho a seguir do *decisum* em tela:

> A reclamada não apenas se utilizou de um único ato isoladamente, mas de um conjunto de atos; interpôs Recurso de Revista incabível por expressa disposição de lei, apresentou Mandado de Segurança substitutivo a recurso, na mesma data, pretendendo nitidamente obstar o trâmite do RT 1397/2001, apresentou Agravo de Instrumento onde sequer impugnou o óbice do despacho denegatório

Logo depois, o ilustre magistrado acrescentou:

> Com sua ação a empresa acabou por inviabilizar a ordem de reintegração, garantida pelo título judicial irrecorrível. Os atos ofensivos não foram praticados apenas em um processo, mas também na ação mandamental. No seu conjunto, entendi que os atos configuravam assédio processual.

Concluiu mais adiante: "*O reclamante ficou aguardando a Justiça, mas o tempo foi cruel. Primeiro, exigiu-lhe paciência, aos pouco corroeu sua esperança, e, finalmente, liquidou, sem piedade, o direito fundamental ao labor, assegurado judicialmente".*

Lamento informar que o TRT da 5ª região (Bahia) reformou a referida sentença, isentando a empresa da pretendida indenização, fato que vem demonstrar que o tema assédio processual ainda não amadureceu o suficiente, havendo um amplo campo para debate e luta com vistas ao convencimento de julgadores.

É possível catalogar vários acórdãos proferidos por Tribunais que comprovam a aceitação, pela jurisprudência, das ações que pleiteiam indenizações por assédio processual. Escolhi, como amostra, somente breve trecho de um deles. A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgando apelação n. 89150/2007, relator Des. Mariano Travassos, assim se pronunciou:

> Configurado está o assédio processual quando a parte, abusando do seu direito de defesa, interpôs repetidas vezes medidas processuais destituídas de fundamento com o objetivo de tornar a marcha processual mais morosa, causando prejuízo moral à parte que não consegue ter adimplido o seu direito constitucional de receber a tutela jurisdicional de forma célere e precisa.

10. *DE LEGE FERENDA*

O resumo feito linhas acima do que existe a respeito dos estudos relacionados com o assédio processual deixa muito claro que seu reconhecimento pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência ainda tem um logo caminho a percorrer até que se consolide na prática. Os livros de Direito, salvo raras exceções, são omissos quanto a essa nova modalidade de assédio. Como visto, já foram publicados

diversos artigos em revistas especializadas, sendo que juízes e tribunais começam timidamente a enfrentar o assunto.

Tenho opinião firmada de que a vacilação, a dúvida e até mesmo a resistência em admitir o assédio processual como algo distinto da litigância de má-fé se deve ao fato de que *falta a sua definitiva consagração em lei*. Urge que juristas, bem como os demais estudiosos e operadores do Direito, se empenhem na luta por introduzir modificações no CPC atual nesse sentido – ou no projeto de um novo CPC em discussão no Congresso Nacional – com o objetivo de regulamentar o mencionado instituto. Enquanto não constar em norma expressa, é natural que os julgadores não se sintam tão à vontade para acatá-lo. Acrescento que se torna preciso, também, autorizar o juiz, em lei, a punir o advogado, quando for o caso, nos próprios autos em que ele tenha cometido a conduta irregular, concedendo-lhe, é claro, o direito de defesa. Em consequência, teria de ser revogada parte do parágrafo único do art. 32 da Lei 8.906, a fim de excluir a exigência de que, no que concerne ao advogado, a reparação por danos morais tem de ser buscada em "ação própria".

Visão crítica sobre a validade em juízo das provas produzidas no inquérito civil

Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda[1]

Sumário • 1. Introdução – 2. Eficácia dos direitos fundamentais sociais. Novo perfil institucional do Ministério Público do Trabalho – 3. Inquérito civil: 3.1. Características do inquérito civil; 3.2. Poderes investigatórios do Ministério Público – 4. Visão crítica sobre validade em Juízo das provas produzidas no inquérito civil – 5. Conclusões – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do inquérito civil, com enfoque especial para os procedimentos investigatórios na seara trabalhista, no escopo de estabelecer um visão crítica acerca do valor em juízo das provas coligidas durante o seu curso, obtidas sob a égide dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência da Administração Pública.

O tema é de fulcral importância para todos quantos labutam na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da órbita trabalhista e que, não raro, são surpreendidos com posicionamentos conservadores na doutrina e na jurisprudência sobre o conteúdo descartável e inválido da prova produzida durante o inquérito civil, sob o argumento de que não houve a submissão da instrução processual ao crivo do devido processo legal e do contraditório.

O segundo item do presente estudo versa sobre os direitos sociais e sua eficácia, com destaque para o entendimento predominante de que os direitos fundamentais têm eficácia plena, não existindo um mero compromisso dilatório dos governantes quanto à sua concretização. O terceiro item, por seu turno, discorre sobre a conceituação do inquérito civil e sua caracterização, digressão de ingente relevância para melhor compreensão e introjeção do posicionamento sustentado no quarto e último item. A tese ora sufragada é de que a prova pericial ou inspeção judicial, regulamente realizada durante o inquérito civil, deve ser reputada o primacial instrumento de prova do descumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, devendo ser indeferida a realização de nova prova técnica, como regra geral, no curso das ações civis públicas, no escopo de rechaçar a produção de provas inúteis e meramente procrastinatórias.

As metodologias utilizadas, precipuamente, foram a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. A pesquisa bibliográfica envolveu a busca de livros, monografias, teses, dissertações e artigos pulicados em revistas especializadas e teve a precaução de incluir os pensamentos doutrinário e jurisprudencial majoritários sobre o valor em juízo das provas produzidas durante o inquérito civil, para somente em seguida firmar o entendimento da não aplicação deste posicionamento em relação às perícias e inspeções judiciais sobre meio ambiente do trabalho. A coleta de informações através de pesquisa documental ocorreu, especificamente, mediante a pesquisa de jurisprudência sobre a matéria de pesquisa.

1. Procuradora do Trabalho da 5ª Região/BA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutoranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo.

2. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. NOVO PERFIL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

A atuação do Ministério Público do Trabalho tem por objetivo a concretização dos direitos sociais fundamentais na seara trabalhista. Desta sorte, o estudo do tema é imperioso para melhor compreensão dos poderes inerentes à atividade investigatória do *Parquet* e das peculiaridades que envolvem a produção de prova durante o procedimento administrativo.

Na Constituição Federal de 1988

> A valorização social do trabalho e da livre-iniciativa, bem assim do pluralismo politico, juntamente com a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, estão acoplados aos valores superiores do Estado brasileiro e são como um sinal, um farol a conduzir à meta estatal. São o ponto de partida do resto do ordenamento jurídico.[2]

Podem ser apontados como direitos de segunda dimensão, a título exemplificativo, aqueles elencados nos arts. 6º ao 11 da Carta Magna. São, *verbi gratia*, os direitos trabalhistas e previdenciários, direitos a ensino público e gratuito, direito à saúde, entre muitos outros. Tais direitos, oriundos de promessas de benefícios sociais, tomam força com o constitucionalismo da segunda metade do século XX.

Historicamente, os direitos sociais tiveram sua juridicidade questionada, buscando-se anular sua potencialidade jurídica com a estratégia de remetê-los à esfera programática, sob a alegação de que:

a) não são dotados de coercibilidade;

b) não há recursos orçamentários para implementá-los, e

c) faltam instrumentos processuais adequados à sua tutela jurisdicional.

Os direitos sociais não são meras recomendações ou preceitos morais, cujo cumprimento pode ocorrer ou não ao talante do gestor público. São normas jurídicas, como quaisquer outras, que precisam ser densificadas; são dotadas de juridicidade e de eficácia, e originam obrigações concretas para o Estado.

A tese de que não possuem o caráter de coercibilidade cai por terra pelo enunciado do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, ao afirmar que todos os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Como espécie de direitos fundamentais, os direitos sociais, obviamente, também possuem eficácia jurídica. Ingo Wolfgang Sarlet[3] afirma as seguintes cargas eficaciais aos direitos fundamentais:

a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade;

b) Contêm imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode se afastar dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações;

c) Com base no exposto no item anterior, constata-se também que se impõe a declaração da inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram;

d) Os direitos prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica;

e) Os direitos fundamentais a prestações, mesmo os que reclamam uma *interpositio legislatoris*, geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta em um sentido amplo, e não restrito à concepção de um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal. Portanto, criam, no mínimo, um direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilitam ao indivíduo que exija do Estado que se abstenha

2. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

3. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 280-287.

de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental;

f) Proibição de retrocesso: impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas.

O grau de concretude dos direitos sociais é variável, a depender do seu objeto e da decisão política sobre a sua implementação. Em síntese, a conceituação tradicional de normas programáticas, já superada, infringe o princípio da força vinculante da Constituição ao considerar que tais dispositivos são apenas programas a serem implementados eventualmente pelo poder político da ocasião. A conclusão extraída por Dirley da Cunha Júnior, destarte, é irreprochável:

> É irrecusável, pois, a eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas. Desse modo, podemos concluir que o único problema da eficácia das normas constitucionais, notadamente das normas constitucionais programáticas, reside no tipo de jurisdição constitucional praticado em cada país. Uma jurisdição constitucional desassombrada, emancipatória e progressista, voltada a aproximar a norma da realidade, certamente contribuirá – e isso é decisivo! - para a eficácia e efetivação dessas normas constitucionais[4].

O papel do Ministério Público do Trabalho no Estado Democrático de Direito é primacial para a própria conformação deste último. Se a sua atuação for tímida ou pouco expressiva, se não implementar os direitos sociais ou considerá-los desimportantes, estará refutando o papel que lhe foi outorgado pela Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna em vigor redefiniu as atribuições do Ministério Público, de forma geral, alçando-o da condição de mero apêndice do Poder Executivo para a de instituição permanente, autônoma e independente, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Na dicção de Carlos Henrique Bezerra Leite, "constituindo o Brasil um Estado Democrático de Direito, cometeu-se ao Ministério Público a tarefa de ser eterno guardião da democracia"[5].

Em momento anterior, o papel desempenhado pelo *Parquet* laboral limitava-se à emissão de pareceres nos Tribunais de segundo e terceiro graus, manifestando-se precipuamente acerca de matérias relativas a questões de ordem pública. Tendo como pano de fundo os novos princípios consagrados pelo neoconstitucionalismo, o Ministério Público do Trabalho passou a assumir a função de parte em lides coletivas que versam sobre direitos metaindividuais, no âmbito trabalhista. Não é exagero afirmar que o advento da Constituição Federal de 1988 provocou uma verdadeira revolução copernicana no âmbito do Ministério Público do Trabalho, que foi sentida em maior escala a partir do final da década de 1990.

Historicamente, os Tribunais nacionais estavam mais familiarizados com as lides individuais, que buscavam de maneira atomizada a resolução dos conflitos trabalhistas, com uma cultura individualista predominante e que, no cômputo geral, exprimiam o insucesso quanto à valorização do trabalho no plano coletivo[6]. Esta situação, portanto, foi superada com a introjeção, pelos membros da instituição, de seu papel de promotor de direitos sociais e trabalhistas e de defesa do regime de emprego.

As novas atribuições, por seu turno, demandaram a utilização de instrumentos jurídicos adequados para a tutela das pretensões relativas a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Conquanto no âmbito judicial o primacial instrumento para atuação do Ministério Público do Trabalho seja a ação civil pública, a atuação extrajudicial do órgão é de absoluta relevância, pois se propõe à resolução dos conflitos mediante celebração de termos de ajustamento de conduta ou através de promoção de políticas públicas, em especial.

É possível afirmar atualmente que a atuação extrajudicial do *Parquet* laboral obtém maior efetividade, no plano fático, do que a sua atuação judicial, sempre sujeita aos riscos inerentes a qualquer litígio. Assim, o Ministério Público do Trabalho, ao receber a denúncia ou atuar *ex officio*, tem por dever institucional investigar os fatos para

4. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 182.
5. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho – doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 38.
6. BELTRAMELLI NETO, Sílvio. Inquérito civil no âmbito do Ministério Público do Trabalho: reflexões a partir de um novo perfil institucional. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Coords.). *Estudos aprofundados MPT*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 542.

verificação da lesão ou possibilidade de lesão a direitos ou interesses metaindividuais, no escopo de coibir a sua prática e de conformar a conduta da empresa ou do empregador aos termos da lei. Os poderes investigatórios atribuídos ao órgão ministerial são em geral exercidos no âmbito do inquérito civil, ocasião em que serão produzidas diversas provas para instrução de eventual ação civil pública, e que será objeto de estudo minudente no próximo item, para melhor compreensão da tese ora defendida.

3. INQUÉRITO CIVIL

O primeiro diploma legal que se reportou ao inquérito civil no Brasil foi a Lei 7.347/85, que o disciplinou em seu art. 8º, §1º, tendo sido ampliado o seu objeto pelo art. 129, III, da Constituição Federal de 1988, e ratificada a sua utilização em outros diplomas legais posteriores, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. Na lição de Hugo Nigro Mazzilli:

> O inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra ação a seu cargo.[7]

Em relação ao Ministério Público do Trabalho, merece destaque o quanto disposto no art. 84, II, da Lei Complementar n.º 75/93, que lhe confere a a atribuição funcional de "instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores".

O inquérito civil destina-se, como regra geral a investigar fatos determinados. Entrementes, considerando-se que a matéria não se encontra subordinada ao princípio da tipicidade penal, também pode ser utilizado para investigar um estado de coisas ou uma situação permanente. A existência de fato determinado ou justa causa constitui pressuposto material ou substancial para instauração de inquérito civil, mesmo que posteriormente seja verificado que os eventos ocorreram de modo diverso ou que não há provas de sua existência.

Não se admite, todavia, que sob o pretexto de ausência de justa sejam estabelecidos limites demasiadamente estreitos para a atividade investigatória do *Parquet*[8]. Adotar este entendimento significaria esvaziar a atuação da instituição, que se encontraria em verdadeira situação de impossibilidade de defesa dos interesses transindividuais e não cumpriria o seu papel constitucional.

Segundo Édis Milaré, o inquérito civil possui função preventiva, reparatória e repressiva[9]. Segundo Roberto Moreira de Almeida, a sua finalidade seria dúplice: apu-

7. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 473.

8. Neste sentido, cumpre transcrever a opinião de Eurico Ferraresi, em exemplo ilustrativo deste entendimento: "Nem mesmo em sede de acidente de trabalho cabe a instauração de inquérito civil sem a existência de fatos determinados a apurar. A conduta do promotor que inicia investigação para averiguar se as empresas estão respeitando as normas de segurança é ilegal. Para esse fim existem as delegacias do trabalho e órgãos equivalentes. Um vez verificado o descumprimento de normas de segurança, aí sim poderá o membro do *parquet* tomar as providências cabíveis.". FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 08. *Data maxima venia*, este entendimento tornaria impossível a atuação do Ministério Público do Trabalho no âmbito da investigação sobre o meio ambiente do trabalho, que é regido por múltiplas e variadas normas e que também se modifica ao longo do tempo, no próprio curso do inquérito. O exemplo foi infelicíssimo. Em sentido contrário, em consonância com o novo perfil institucional, veja-se a lição de Hugo Nigro Mazzilli, sobre o mesmo exemplo: "Havendo motivos razoáveis para tanto, até mesmo *meras atividades perigosas* podem ser investigadas em inquérito civil, pois seria absurdo ter de esperar por um fato determinado ou por um acidente específico para, só depois, iniciar investigação na área civil, até porque a própria LACP admite propositura de ação civil pública para *evitar danos* (art. 4º da LACP). Assim, p. ex., no setor de prevenção de acidentes de trabalho, é cabível investigar condições laborativas em situações de sabido risco; admite-se, pois, a utilização do inquérito civil, que não raro vai servir de base para tomar ajustamento de conduta do causador do dano, ou até para propor as ações competentes, para evitar o dano." MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 228.

9. MILARÉ, Édis. A ação civil em defesa do ambiente. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 220-221.

ração de autoria e materialidade de lesões metaindividuais e eventual ajuizamento de ação civil pública[10]. A Resolução n.º 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, ampliando o seu escopo, assevera que o inquérito civil serve como preparação para o exercício das atribuições inerentes às funções institucionais do Ministério Público. É este indubitavelmente o seu mister, porquanto em inúmeras oportunidades a atuação do Ministério Público não se esgota com a interposição de ação civil pública.

3.1 Características do inquérito civil

A *facultatividade* é uma das primaciais características do inquérito civil, porquanto o membro do Ministério Público não está obrigado a realizar o prévio procedimento investigatório para interposição de ação civil pública ou outra ação. Em outras palavras, o inquérito civil não é pressuposto processual para o ajuizamento das ações a cargo do *Parquet*, pois é um dos instrumentos de atuação do Ministério Público e não uma de suas funções institucionais, na precisa distinção técnica prevista nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 75/93.

Apenas se justifica a instauração do inquérito civil, mediante publicação de portaria, como determina o art. 4º da Resolução CNMP n.º 23/2007, se a denúncia não estiver acompanhada dos elementos de convicção imprescindíveis para a propositura da ação, hipótese em que haverá necessidade de esclarecimento e averiguação dos fatos constitutivos da irregularidade denunciada.

Por conseguinte, o procedimento administrativo é dispensável; entrementes, é mister gizar que o Procurador do Trabalho somente deve ajuizar ação civil pública sem a prévia investigação através do inquérito civil quando houver uma prova deveras robusta acompanhando a denúncia, vez que estará sujeito aos mesmos ônus de prova que são inerentes à parte autora nas demandas judiciais. Em hipótese alguma, por outro lado, sob o pretexto da facultatividade, deve realizar investigações sem a correspondente formalização em procedimento administrativo, pois estará procedendo em total desconformidade com a lei e em desrespeito aos direitos fundamentais do investigado[11].

A *formalidade flexível* também pode ser aduzida como uma de suas características, porquanto não há um *iter* processual rigoroso a ser observado pelo membro do Ministério Público, como sói acontecer nos processos judiciais. Isto não significa, de modo algum, que o Procurador do Trabalho possa agir sem método nem critério, ou ainda sequer sem um procedimento escrito; ao revés, significa que a formalização dos atos processuais pode ser flexibilizada a depender do objeto investigado ou das circunstâncias da ilicitude, não havendo uma determinação específica quanto à ordem ou à efetiva realização dos atos processuais, o que poderia engessar a atividade investigativa em determinados casos.

Há resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho que estabelecem a estrutura básica do inquérito civil[12], que tem fases bem definidas de trâmite: instauração, instrução e conclusão. Todavia, as próprias regras preveem a hipótese de flexibilização, que não acarretará nenhuma nulidade ao procedimento administrativo. Acerca deste aspecto, Paulo Alvarenga afirma que:

> O promotor não está adstrito a uma conduta investigativa rigorosamente sequenciada, inexistindo uma disciplina legal prévia estabelecendo um roteiro ordenado de investigação a ser formalmente acatado, podendo livremente o órgão ministerial atribuir primazia e preferência a determinada diligência ou modalidade de prova a ser coligida, segundo a conveniência e oportunidade da investigação inicialmente proposta. Não há normas rígidas disciplinando o trâmite do inquérito civil.

Há que se destacar, porque oportuno, que esta flexibilidade alcança apenas as normas de ordem procedimental relativas ao inquérito. Assim, se houver a violação de preceitos constitucionais ou direitos fundamentais do

10. ALMEIDA, Roberto Moreira de. O inquérito civil como ferramenta de atuação do Ministério Público. In: ROCHA, José Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Ação civil pública – 20 anos da Lei n.º 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 224.

11. Neste sentido, aduz Adamovich que o inquérito civil deve obedecer ao que denomina de *princípio de documentação*. Vide ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 409.

12. Em vigor: Resolução CNMP n.º 23/2007, com alterações posteriores, e Resolução CSMPT n.º 69/2007, também alterada posteriormente.

investigado, como a obtenção de provas ilícitas, evidentemente haverá nulidade absoluta e deverão ser rechaçados todos os elementos de convicção coligidos.

A propósito dos direitos constitucionais, impende ressaltar que, tratando-se de procedimento e não de processo[13], o inquérito civil tem por característica a *inquisitoriedade*, ou seja, não está submetido aos princípios do contraditório e ampla defesa[14]. A lição de Hugo Nigro Mazzilli é lapidar:

> O inquérito civil não é processo administrativo e, sim, mero procedimento; nele não há uma acusação nem nele se aplicam sanções; nele não se criam direitos nem se impõem sanções; nele não se limitam, nem se restringem, nem se cassam direitos. Em suma, no inquérito civil não se decidem interesses; não se aplicam penalidades; ele serve apenas para colher elementos ou informações com o fim de formar-se a convicção do órgão do Ministério Público para eventual propositura ou não das ações a seu cargo.
>
> Assim, não sendo um processo que contenha um fim em si mesmo, o inquérito civil não é contraditório, da mesma forma que não o é o inquérito policial. Nele não se aplica, portanto, o princípio da ampla defesa, pois nele não há, tecnicamente, uma acusação, nem sanções[15].

Continua Mazzilli argumentando que, a despeito da inquisitoriedade, nada impede, e até mesmo se recomenda, que o membro do *Parquet* conceda vista ao interessado e promova a sua oitiva, seja em audiência em que será interrogado ou em audiência em que serão interrogadas as testemunhas. Esta conduta é salutar porque em geral o investigado possui inúmeros elementos probatórios, que inclusive poderão ser utilizados em eventual ação civil pública, e pode delimitar com melhor clareza, geograficamente ou com relação ao interstício de tempo, os fatos denunciados[16].

Em um pedido de liminar em ação direta de inconstitucionalidade em que eram discutidos dispositivos de uma lei complementar do Estado de São Paulo sobre as atribuições do Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal ratificou a natureza jurídica inquisitiva do inquérito civil:

> **Ementa**. - Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Artigos 105, 108, "caput" e § 1º, 111, 166, V e X (este só no tocante à remissão ao inciso V do mesmo artigo), 299, § 2º, todos da Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo. - **O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal**. Daí, a competência concorrente prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal. - A independência funcional a que alude o artigo 127, §1º, da Constituição Federal é do Ministério Público como instituição, e não dos Conselhos que a integram, em cada um dos quais, evidentemente, a legislação competente pode atribuir funções e competência, delimitando, assim, sua esfera de atuação. Pedido de liminar deferido em parte, para suspender a eficácia, "ex nunc" e até o julgamento final desta ação, das expressões "e a ação civil pública" contidas no inciso V do artigo 116 e das expressões "de promoção ou" contidas no § 2º do artigo 299, ambos da Lei Complementar estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo[17]. (grifos não originais).

13. Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, o inquérito civil não é processo e nem procedimento, pois possui natureza jurídica de sindicância, semelhante à sindicância administrativa. Vide LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho – doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 279-280. Este entendimento, contudo, é praticamente isolado na doutrina.
14. Neste sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 320-321; NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 137; PROENÇA, Luís Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35; SILVA, José Luiz Mônaco da. *Inquérito civil*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 57-58; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 96.
15. MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 233.
16. MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 233-234.
17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n.º 1285-1 SP*. Relator Ministro Moreira Alves; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Autor: Procurador Geral da República; Réus: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; Data de julgamento: 25.10.1995; Data de publicação: DJ 23.03.2001.

O entendimento de que o inquérito civil não está submetido ao contraditório e à ampla defesa, porém, não é unânime na doutrina, embora seja amplamente majoritário. Para uma segunda vertente dos processualistas, o órgão ministerial não atua na qualidade de parte propriamente dita na esfera civil, na medida em que visa apurar ameaça ou ocorrência de lesão a interesses metaindividuais. Para cumprir este mister, é preciso averiguar a verdade material dos fatos, considerando todas as versões possíveis, inclusive a do investigado. Assim, para que o membro do Ministério Público possa decidir pelo arquivamento do inquérito ou pela proposta de termo de compromisso de ajustamento de conduta, que será prévio à propositura de ação civil pública, deve ter conhecimento de outros pontos de vista dos interessados, no intuito de adotar uma conclusão de maneira sóbria e com equilíbrio[18]. Acrescente-se ainda que a instauração de inquérito civil pode provocar desconforto e constrangimento ao investigado, especialmente por conta da repercussão social e midiática do fato. Também sustentam que deve haver contraditório no inquérito civil, além de Gustavo Milaré Almeida, Rogério Lauria Tucci[19], Edgard Fiore[20] e Eurico Ferraresi[21], dentre outros.

A inquisitoriedade no inquérito civil espraia seus refeitos para a prova produzida durante o seu curso. Considerando que não há contraditório e nem ampla defesa, o olhar do magistrado quanto à instrução desenvolvida ao longo do procedimento administrativo é, por vezes, de desconfiança e, quiçá, descrédito. Devido à importância do tema, será objeto de apreciação pormenorizada no item 4 do presente estudo.

Há que se ressaltar, outrossim, que o inquérito civil está regido pelo princípio da *publicidade restrita ou mitigada dos seus atos*, de sorte que, como regra geral, as partes têm o direito de acesso aos atos praticados no âmbito do processo administrativo, com exceções tipificadas em lei. Com efeito, destaca Bobbio que o termo público designa tanto o antônimo de privado quanto o antônimo de secreto, razão pela qual, em um Estado Democrático de Direito, o caráter público dos atos processuais e administrativos deve ser a regra geral, enquanto o sigilo deve ser a exceção[22].

Na medida em que o Ministério Público faz parte da Administração Pública, também está jungido ao princípio da publicidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, *a priori*. Assim como no âmbito judicial a publicidade dos atos pode ser mitigada, em prol do interesse público ou para preservar a intimidade e privacidade dos litigantes, no âmbito administrativo o princípio da publicidade também sofre restrições, como dispõe o art. 26, inciso VI, da Lei 8.625/93[23], bem como o art. 7º, *caput*, da Resolução CNMP n.º 23/2007[24], que disciplina a matéria de modo mais pormenorizado e merece ser transcrito:

> Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.
>
> § 1º Nos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civil, os interessados deverão fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei nº 9.051/95.
>
> § 2º A publicidade consistirá:
>
> I - na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial;
>
> II - na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as

18. ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 131-135.
19. TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnold (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 368.
20. FIORE, Edgard. O contraditório no inquérito civil. *Revista dos Tribunais*, n.º 811, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, maio 2003, p. 37.
21. FERRARESI, Eurico. In: COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). *Comentários à lei de ação civil pública e à lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 448.
22. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 86.
23. BRASIL. *Lei 8.625/1993*. Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: [...] VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;
24. BRASIL. Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público.

> portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;
>
> III - na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil;
>
> IV - na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil;
>
> V - na concessão de vistas dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente do inquérito civil.
>
> § 3º As despesas decorrentes da extração de cópias correrão por conta de quem as requereu.
>
> § 4º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou.
>
> § 5º Os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser autuados em apenso.

Destarte, sempre que possível, deve ser conferida às partes ampla publicidade, restringindo-se apenas o conhecimento dos fatos àqueles que são estranhos à investigação. Em outras palavras, quando o inquérito não estiver sujeito a sigilo, não é admissível que se proíba ao advogado examiná-lo, tomando apontamentos e retirando certidões ou cópias. Não será possível, contudo, ao advogado, fazer carga dos autos do inquérito, pois isto paralisaria a investigação e também não se justifica, já que não há prazo em curso. Deste entendimento não discrepa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já pacificou a questão, quanto ao inquérito **policial**, por meio da Súmula Vinculante n.º 14:

> Súmula Vinculante n.º 14 do STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O Ministério Público, no inquérito civil, não age como órgão com competência de polícia judiciária, porquanto não tem a atribuição precípua de apuração de crimes, mas de ilícitos em face de direitos metaindividuais. Por esta razão, o Superior Tribunal de Justiça costuma utilizar a Súmula Vinculante n.º 14 de maneira analógica, e mesmo assim quando não houver sido decretado o sigilo do inquérito civil:

> EMENTA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. INQUÉRITO CIVIL. ACESSO A ADVOGADO CONSTITUÍDO PELOS IMPETRANTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Empresarial Plano de Assistência Médica Ltda e Outro impetraram mandado de segurança contra ato do Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de São José dos Pinhais, Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, consubstanciado no indeferimento de pedido de acesso a inquérito civil contra eles instaurado. [...] 3. **Não é lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil, embora trate-se de procedimento meramente informativo, no qual não há necessidade de se atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto tal medida poderia subtrair do investigado o acesso a informações que lhe interessam diretamente. Com efeito, é direito do advogado, no interesse do cliente envolvido no procedimento investigatório, ter acesso a inquérito instaurado por órgão com competência de polícia judiciária ou pelo Ministério Público, relativamente aos elementos já documentados nos autos e que digam respeito ao investigado, dispondo a autoridade de meios legítimos para garantir a eficácia das diligências em curso. Ressalte-se, outrossim, que a utilização de material sigiloso, constante de inquérito, para fim diverso da estrita defesa do investigado, constitui crime, na forma da lei.** 4. Nesse contexto, o Pretório Excelso editou a Súmula Vinculante 14, segundo a qual " *é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa* ". 5. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, *"não obstante a garantia estabelecida pelo art. 7º, XIV do Estatuto dos Advogados do Brasil, constitui interesse primário de indiciado em procedimento que possa acarretar em cerceamento de sua liberdade, o acesso aos*

> *autos da investigação, justamente nos resultados que já constem do feito. Por outro lado, caso venha a se violar o segredo de justiça, utilizando-se as informações obtidas para fins outros que não a defesa do paciente, responderá o responsável nos termos da lei aplicável pelos delitos que cometeu. Ressalte-se que a adequação do sigilo da investigação com o direito constitucional à informação do investigado devem se coadunar no acesso restrito do indiciado às diligências já realizadas e acostadas aos autos. Afinal, a decretação de sigilo não impede o advogado de ter acesso aos autos do inquérito policial. Entretanto, essa garantia conferida aos causídicos deverá se limitar aos documentos já disponibilizados nos autos, não sendo possível, assim, sob pena de ineficácia do meio persecutório, que a defesa tenha acesso, "à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso." (HC nº 82354/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24/09/2004)"* (HC 123.343/SP, DJe de 9.12.2008). [...][25]. (grifos não originais).

Como assevera Mazzilli, muitas vezes, a publicidade será, mais do que possível ou conveniente, até mesmo necessária[26], pois os direitos transindividuais interessam a toda a sociedade, atingindo-a diretamente, o que torna justificável a sua participação. As questões perscrutadas durante o inquérito civil são de grande relevância social, como o meio ambiente, a proteção coletiva dos trabalhadores, a fraude ao regime de emprego, a questão da acessibilidade dos deficientes aos postos de trabalho, entre outros temas. Toda a comunidade, pois, será atingida pelo que for decidido, *prima facie*, pelo Ministério Público do Trabalho e, em um segundo momento, pela Justiça do Trabalho, em ação civil pública.

Segundo Martins Júnior, o direito de acesso à informação pública "responde aos preceitos democráticos de publicidade da ação dos órgãos dotados de prerrogativas públicas e contribui para a eficiência e a imparcialidade da atividade administrativa"[27].

Ainda assim, existem situações em que o sigilo do inquérito civil deve ser decretado pelo membro do *Parquet*, sempre em decisão fundamentada: a) quando a publicidade possa comprometer o sucesso das investigações, em analogia ao art. 20 do CPP; b) quando existirem nos autos informações ou documentos cujo sigilo é legalmente assegurado; ou c) quando a publicidade possa acarretar escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem[28].

Como já destacado, a decisão deve ser devidamente fundamentada, para que o órgão ministerial possa prestar contas à sociedade que representa. Em síntese, a publicidade deve nortear a realização dos atos no inquérito civil, porém devendo ser restringida quando conveniente ao desfecho das investigações, à privacidade do investigado ou à ordem pública.

Outra característica determinante e que merece ser destacada é precisamente a *autoexecutoriedade* do inquérito civil, significando que o Ministério Público pode exercer todos os poderes investigatórios previstos em lei sem a necessidade de prévia autorização, aprovação ou ratificação de qualquer outro órgão, seja do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Não há que se cogitar, por conseguinte, de ingerência de outros poderes ou órgãos no inquérito civil presidido pelo Ministério Público do Trabalho, que deve ter por escopo a apuração de atos que importem violação a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos do trabalhadores. Em casos excepcionais, como se verá adiante, há a necessidade de prévia autorização do Poder Judiciário para obtenção de determinadas informações, tais como aquelas relativas a sigilo bancário e fiscal. Esta circunstância, contudo, não afasta a conclusão de que o inquérito civil é dotado de autoexecutoriedade, na medida em que os poderes conferidos por lei podem ser exercidos com autonomia pelo Ministério Público, pois fazem parte de sua atividade e se incluem no rol dos denominados poderes-deveres.

25. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 28.949 - PR (2009/0035910-5).* Relatora Ministra Denise Arruda; Órgão julgador: Primeira Turma; Recorrentes: Empresarial Plano de Assistência Médica Ltda e Outro; Recorrido: Estado do Paraná; Data de julgamento: 05.11.2009; Data de publicação: DJe 26.11.2009.
26. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 225.
27. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.
28. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 225.

3.2 Poderes investigatórios do Ministério Público

Para concluir uma investigação com sucesso e celeridade, o Ministério Público foi dotado pelo legislador constitucional e infraconstitucional de diversos poderes a serem exercidos principalmente no curso do inquérito civil, como o poder de requisição, de notificação, de realização de audiências, dentre outros.

Quanto ao Ministério Público da União, especificamente, gênero do qual o Ministério Público do Trabalho faz parte, a matéria encontra-se disciplinada no art. 8º da Lei Complementar 75/93, estando dotado dos seguintes poderes, para exercício das suas atribuições:

a) notificação de testemunhas e requisição de sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

b) requisição de informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

c) requisição temporária de servidores e meios materiais da Administração Pública, necessários para a realização de atividades específicas;

d) requisição de informações e documentos a entidades privadas;

e) realização de inspeções e diligências investigatórias;

f) poder de livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

g) poder de expedição de notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

h) poder de acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

i) requisição de auxílio de força policial.

Como regra geral, não poderá ser oposta ao Ministério Público a exceção de sigilo da informação, sob nenhum pretexto, por nenhuma autoridade. Esta norma do art. 8º, §2º, da Lei Complementar 75/93, contudo, comporta as exceções.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial majoritário tem sido o de não admitir a quebra dos sigilos bancário e fiscal em cumprimento de requisição expedida pelo Ministério Público, havendo a necessidade de prévia autorização judicial para tanto, ainda que sem o exercício prévio do contraditório pelo investigado. O Supremo Tribunal Federal já aclarou a controvérsia:

> EMENTA. 1.Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e assim do:"MANDADO DE SEGURANÇA - DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO - ORDEM CONCEDIDA À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - PRESERVAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO - REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SEM ESPALDO DO PODER JUDICIÁRIO - DECISÃO MANTIDA. **Assegurado o sigilo bancário pela Lei nº 4.595/64 as requisições feitas pelo Ministério Público na intenção de quebra e violação do referido sigilo devem primeiramente submeter-se à apreciação do Poder Judiciário, atendendo-se os princípios do Estado de Direito.**" (fl. 84) Sustenta o recorrente, com fundamento no art. 102, III, "a", ter havido violação aos arts. 127, VI, 129, VI, VIII, da Constituição Federal. 2. Inconsistente o recurso. Com efeito, o teor do acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que, ao julgar caso semelhante, decidiu de igual modo, segundo se lhe vê à ementa:"CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C. F., art. 129, VIII. I. - A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C. F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. - R.E. não conhecido."(RE nº 215.301, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 28.05.99).3. Do exposto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC)[29]. (grifos não originais).

29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 318136 RJ*. Relator Ministro Cézar Peluso; Recorrente: Ministério Público Federal; Recorridos: UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S/A e outros; Data de julgamento: 25.04.2005; Data de publicação: DJ de 08.06.2005.

Mesmo em se tratando de inquérito policial, o Superior Tribunal de Justiça não admite a quebra do sigilo fiscal pelo Ministério Público:

> EMENTA. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E DE LAVAGEM DE DINHEIRO. INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. QUEBRA DO SIGILO FISCAL DO INVESTIGADO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. REQUISIÇÃO FEITA PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRETAMENTE À RECEITA FEDERAL. ILICITUDE DA PROVA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NÃO CONTAMINADOS PELA PROVA ILÍCITA. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. I. **A requisição de cópias das declarações de imposto de renda do investigado, feita de forma unilateral pelo Ministério Público, se constitui em inequívoca quebra de seu sigilo fiscal, situação diversa daquela em que a autoridade fazendária, no exercício de suas atribuições, remete cópias de documentos ao parquet para a averiguação de possível ilícito penal. II. A quebra do sigilo fiscal do investigado deve preceder da competente autorização judicial, pois atenta diretamente contra os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos. III. As prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente junto ao Fisco. IV. Devem ser desentranhadas dos autos as provas obtidas por meio ilícito, bem como as que delas decorreram**. V. Havendo outros elementos de convicção não afetados pela prova ilícita, o inquérito policial deve permanecer intacto, sendo impossível seu trancamento. VI. Dado parcial provimento ao recurso[30]. (grifos não originais).

A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade civil e penal de quem lhes der causa, podendo o infrator ser enquadrado no crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, ou no crime previsto no art. 10 da Lei de Ação Civil Pública, quando se tratar de recusa, omissão ou retardamento de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil pública. O prazo para atendimento das requisições do Ministério Público da União é de 10 (dez) dias úteis, prorrogável mediante solicitação justificada.

Uma vez regularmente notificado, o investigado tem direito de permanecer calado, durante o seu depoimento; as testemunhas, ao revés, prestarão compromisso de dizer a verdade, a ser consignado no respectivo termo de audiência, sob pena de prática de crime de falso testemunho, estabelecido no art. 342 do Código Penal. Em ambos os casos, a ausência injustificada, desde que tenha ocorrido a regular notificação, pode ensejar a condução coercitiva.

Por derradeiro, cumpre frisar que os poderes conferidos pela Lei Complementar n.º 75/93 implicam a assunção de deveres e responsabilidades, pessoalmente, pelo membro do *Parquet*. Assim, poderá haver a sua responsabilização civil e criminal pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar.

O inquérito civil, como instrumento de apuração de risco ou dano a direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, está intimamente relacionado aos poderes investigatórios ora examinados, pois estes têm por escopo tornar o procedimento administrativo mais eficiente para a produção de provas e para o balizamento de eventual termo de compromisso de ajustamento de conduta proposto.

4. VISÃO CRÍTICA SOBRE A VALIDADE EM JUÍZO DAS PROVAS PRODUZIDAS NO INQUÉRITO CIVIL

Concessa maxima venia dos autores que costumam aquilatar o inquérito civil à semelhança do inquérito policial, ousa-se afirmar que a prova produzida no primeiro é de natureza muito diversa daquela colhida no segundo. Há o consenso de que a prova do inquérito civil tem por escopo formar o convencimento do membro do Ministério Público acerca da existência ou não de fatos que ensejariam a

30. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n.º 20.329 – PR (2006/0225618-9).* Relatora Convocada Jane Silva; Órgão julgador: 5ª Turma; Recorrente: Mário Bittencourt de Oliveira; Recorrido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Data de julgamento: 03.10.2007; Data de publicação: DJ de 22.10.2007.

propositura de ação civil pública. Entrementes, o valor da instrução probatória no inquérito civil não é tão limitado, no entendimento esposado no presente trabalho.

Ora, o poder de requisição de documentos, a possibilidade de realização de audiências públicas, o poder de requisição até mesmo de servidores e serviços da Administração Pública dotam o membro do *Parquet* de possibilidades muito mais vastas do que aquelas experimentadas no inquérito policial, em especial se constatado que, na maioria dos casos, a efetividade para a tutela dos interesses metaindividuais não ocorre judicialmente, mas através da celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Assim, a valoração da prova produzida durante o inquérito deve conter peculiaridades, precipuamente devido ao fato de que a ação civil pública destina-se à efetivação de direitos sociais.

A tese esposada no presente estudo, pois, é a de que, em face da natureza jurídica dos interesses e direitos tutelados, a avaliação judicial da prova produzida durante o inquérito civil merece ser objeto de ponderação por parte do Poder Judiciário, a fim de que não sejam obstaculizada a concretização de verdadeiros direitos de cidadania em prol de um formalismo processual exacerbado.

Com efeito, o perfil constitucional do Ministério Público do Trabalho impõe-lhe a obrigação de imparcialidade na condução do inquérito civil, na qualidade de guardião do Estado Democrático de Direito. Logo, o procedimento investigatório jamais poderá ser utilizado como instrumento de perseguição ou de inviabilização de empreendimentos econômicos, desde que efetivamente deem concretude aos inseparáveis princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho.

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a prova produzida durante o inquérito civil, conquanto não tenha sido submetida ao crivo do contraditório, somente pode ser afastada na hipótese de existência ou de produção da denominada *contraprova de hierarquia superior,* ou seja, que tenha sido submetida ao princípio do contraditório e ampla defesa. O aresto abaixo transcrito é paradigmático:

> EMENTA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO.
>
> 1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública.
>
> 2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.
>
> 3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova.
>
> 4. Recurso especial provido.[31]

Este entendimento também se repete nos Tribunais Trabalhistas:

> EMENTA. 1. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não observado o disposto na OJ 115 da SBDI-1 desta Corte, desmerece análise o apelo. Recurso de revista não conhecido. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. O MPT detém legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, nos exatos limites dos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição Federal, 6º, VII, alíneas -a- e -d- e 84 da Lei Complementar nº 75/93. Recurso de revista não conhecido. **3. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VALIDADE DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. As peças de inquérito civil público, promovido pelo Ministério Público do Trabalho, desfrutam de valor probante e, sem elementos que contradigam os fatos neles descritos, não podem ser ignorados como meios de prova. Sua utilização em Juízo não ensejará cerceamento de defesa ou violação do devido processo legal. Recurso de revista não conhecido.** 4. COISA JULGADA. Os fundamentos que suportam o julgado não permitem concluir pela alegada afronta ao art. 5º, XXXVI, da Carta Magna e 472 do CPC. Recurso de revista não

31. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 849841 MG 2006/0100308-9*. Relatora Ministra Eliana Calmon; Órgão julgador: Segunda Turma; Recorrente: Ministério Público Federal; Recorrido: Neudson Cangussu Araújo; Data de julgamento: 27.08.2007; Data de publicação: DJ 11.09.2007.

> conhecido. 5. DANO MORAL COLETIVO. O entendimento do Regional veio no sentido da existência de dano moral coletivo. Tal circunstância fática torna inespecíficos os arestos trazidos a confronto (Súmula 296/TST). Por outro lado, eventual acolhimento dos argumentos da parte importaria revolvimento de fatos e provas, defeso nesta fase recursal (Súmula 126/TST). Recurso de revista não conhecido. 6. DANO MORAL - VALOR DA INDENIZAÇÃO. O art. 944 do Código Civil não estabelece critérios objetivos para fixação do -quantum- indenizatório, não se cogitando, assim, da possibilidade de sua ofensa por parte de Tribunal que, ao reduzir o valor arbitrado à indenização, considerou a sua razoabilidade. Recurso de revista não conhecido. 7. MULTA POR EMBARGOS PROTELATÓRIOS. Não se pode concluir por ofensa direta ao art. 5º, LV, da Carta Magna, tendo em vista que a multa por embargos protelatórios encontra previsão em norma infraconstitucional, qual seja, o art. 538, parágrafo único, do CPC. Recurso de revista não conhecido.- (RR - 9891400-77.2006.5.09.0015 Data de Julgamento: 25/08/2010, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/09/2010)[32]. (grifos não originais).

Não apenas o Tribunal Superior do Trabalho, mas também os Tribunais Regionais firmam o mesmo posicionamento:

> Ementa. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VALOR DAS PROVAS. O "inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal...." (STF-ADI 1285 MC/SP. Min. MOREIRA ALVES). Aplicado às relações de trabalho, tem a finalidade de investigar "...a ocorrência de lesão à ordem jurídica laboral, fornecendo elementos para uma possível ação civil pública" (Ives Gandra Martins Filho, em Ação Civil Pública Trabalhista, pg. 41). **Em face de sua natureza essencialmente inquisitiva, os elementos probatórios colhidos no curso do Inquérito têm valor relativo. Porém, só poderão ser desconsiderados se superados por outras provas produzidas perante o Juiz. Precedente do STJ**. PODER DIRETIVO PATRONAL. ABUSO DO DIREITO. Restando provado pelos depoimentos no Inquérito Civil Público e ante a admissão da própria empresa que esta pressionou funcionários a desistirem de ação trabalhista, que demitiu e transferiu empregados em função dessa situação e que outros perderam cargo comissionado pelo mesmo motivo, conclui-se que houve abuso no poder diretivo patronal, que tal comportamento ofende, por extensão, toda a coletividade dos trabalhadores e que a empresa também agiu com violência ao direito subjetivo de postular a tutela jurisdicional, constitucionalmente assegurado como garantia fundamental[33]. (grifos não originais).

De uma forma geral, os pretórios trabalhistas sustentam a tese, idêntica àquela adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a prova produzida durante o inquérito civil tem valor apenas relativo, de sorte que uma contraprova submetida ao contraditório poderá rechaçá-la.

Este entendimento, contudo, merece temperamentos.

O entendimento esposado no presente estudo é o de que, se não houver impugnação, pelo Réu, na contestação, à prova produzida durante o inquérito civil e coligida aos autos junto com a petição inicial, qualquer que seja o instrumento de prova, não há que se cogitar de aplicação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, de valor relativo para as provas produzidas.

Ora, se a parte demandada sequer se deu ao trabalho de opor-se ou contrariar o conteúdo da prova adunada ao inquérito, apresentada em juízo com a petição inicial, não há que se oportunizar nem mesmo a produção de contraprova, porquanto não há controvérsia entre as partes quanto aos fatos narrados na peça incoativa e já encontra-se preclusa a oportunidade para impugnação da prova coligida.

32. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n.º 9891400-77.2006.5.09.0015*. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; Órgão julgador: Terceira Turma; Recorrente: Empresa Cristo Rei Ltda; Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região; Data de julgamento: 25.08.2010; Data de publicação: DEJT de 03.09.2010.

33. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Recurso Ordinário n.º 0024900-04.2004.5.10.0002.* Desembargadora Relatora: Flávia Simões Falcão; Órgão julgador: Segunda Turma; Recorrente: Furnas Centrais Elétricas S/A; Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 10ª Região; Data de Julgamento: 08.06.2005; Data de publicação: 02.09.2005.

Na prática, entrementes, não é comum a ausência de impugnação à prova acostada com a petição inicial; muito ao revés, o que de ordinário acontece é precisamente a apresentação de resistência, pelo Vindicado, quanto à sua forma e conteúdo, em especial por desobediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Havendo impugnação à prova produzida durante o inquérito, há que se questionar o instrumento de prova utilizado.

No caso de *prova documental,* no entendimento adotado no presente estudo, também não há que se cogitar de aplicação da tese de que a prova possui valor relativo, por um motivo deveras simples: uma vez juntado o documento com a petição inicial, o contraditório automaticamente se instaura, pois é dever do Réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na peça incoativa e sobre as provas acostadas, sob pena de preclusão e à luz do princípio da impugnação especificada. Deste entendimento não discrepa a jurisprudência:

> EMENTA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. FRACIONAMENTO DE OBJETO PARA PROVOCAR DISPENSA. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA . ART. 334, INC. I, DO CPC. FATO NOTÓRIO SEGUNDO REGRAS ORDINÁRIAS DE EXPERIÊNCIA. INQUÉRITO CIVIL. VALOR PROBATÓRIO RELATIVO. CARGA PROBATÓRIA DE PROVA DOCUMENTAL. AUTENTICIDADE DOS DOCUMENTOS OBTIDOS NA FASE PRÉ-JUDICIAL NAO QUESTIONADA. SUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS PROBANTES. [...] 11. Por fim, o inquérito civil possui eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública. Contudo, no caso em tela, em que a prova da irregularidade da dispensa de licitação é feita pela juntada de notas de empenho diversas, dando conta da prestação de serviço único, com claro fracionamento do objeto, documentos estes levantados em inquérito civil, não há como condicionar a veracidade da informação à produção da prova em juízo, porque tais documentos não tiveram sua autenticidade contestada pela parte interessada, sendo certo que, trazidos aos autos apenas em juízo, não teriam seu conteúdo alterado. 12. Recurso especial parcialmente provido[34].

No caso acima transcrito, que não foi da seara do Direito do Trabalho, mas do Direito Administrativo, a prova da irregularidade da licitação pública foi exclusivamente documental, plasmada nas notas de empenho que demonstraram o fracionamento do objeto a ser licitado. Nesta hipótese, uma vez carreada aos fólios do processo judicial a prova documental produzida no curso do inquérito civil, através da petição inicial, não há que se cogitar de atribuir-lhe valor relativo, porquanto será automaticamente submetida a contraditório.

Ademais, há que se destacar que esta denominação de "valor probante relativo", utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, não atende à boa técnica processual, já que nenhuma prova, nem mesmo a confissão real feita em juízo, tem valor probante absoluto, ressalvados apenas os casos de valor absoluto em que expressamente o legislador adotou a presunção *jure et de jure*. Como já destacado pela doutrina[35], valor probante relativo todas as provas têm, pois todas serão apreciadas sob a égide do princípio da persuasão racional do juiz, que deverá fundamentar a sua escolha e a carga atribuída a cada um dos elementos de convicção. Afirmar que o valor da prova produzida no inquérito civil é relativo equivale a uma simplificação equivocada, pois implica que terá um valor menor do que uma outra prova qualquer. Há que se ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio não adotou o sistema de tarifamento ou hierarquia das provas, de sorte que toda e qualquer prova deve ser avaliada em seu conjunto e não de acordo com um juízo de valor prévio e abstrato.

As questões tornam-se mais complexas quando se trata de prova testemunhal, de confissão da parte ou de prova pericial.

Quanto à *prova testemunhal*, há que se ressaltar, de início, a sua extrema importância na seara trabalhista. Apenas a título ilustrativo, em uma investigação acerca de fraude ao regime de emprego através de cooperativas

34. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.280.321 - MG (2011/0180122-9).* Relator Ministro Mauro Campbell Marques; Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Recorridos: Christiano Augusto Bicalho Canedo e outros; Órgão julgador: Segunda Turma; Data de julgamento: 06.03.2012; Data de publicação: 09.03.2012.

35. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. A prova na ação civil pública trabalhista. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 570.

de trabalho, de contratos de estágio, de terceirização ilícita, de pejotização, ou ainda acerca de assédio moral, assédio sexual ou discriminação, é imperiosa a colheita de prova testemunhal, para verificação das condições de trabalho enfrentadas por todos os contratados daquela empresa investigada. Até mesmo nas investigações sobre o meio ambiente de trabalho, em que sobressai a importância da prova pericial, por vezes há necessidade de realização de prova testemunhal, para verificação dos setores atingidos, da carga horária dos empregados e do interstício de tempo em que a irregularidade se produziu. A realização de audiências para oitiva de testemunhas, por conseguinte, é comum nas Procuradorias Regionais do Trabalho de todo o Brasil.

Conquanto seja aconselhável a notificação da parte investigada para comparecimento à audiência em que serão interrogadas as testemunhas, para que seja oportunizado o contraditório, o fato é que, em inúmeras situações, este procedimento não é utilizado e, frequentemente, é desaconselhável. Ora, não é raro encontrar situações em que prestarão depoimentos os próprios empregados da empresa, que se sentirão naturalmente intimidados com a presença do preposto ou do advogado da denunciada. Tanto assim que, em diversas circunstâncias, o membro do *Parquet* prefere interrogar como testemunhas pessoas cujos vínculos empregatícios já estejam extintos, e que não estejam mais sob a subordinação do empregador investigado.

Há casos, não excepcionais, em que as perguntas devem ser respondidas por quem está familiarizado com a rotina de trabalho da empresa e sua forma de produção, sem a presença do preposto ou outro representante da pessoa jurídica. Desta sorte, torna-se imperiosa a oitiva de empregados da empresa, que prestarão depoimentos sob juramento, ou seja, sob pena de responderem por crime de falso testemunho.

Assim, embora o princípio do contraditório e do devido processo legal assegurem ao réu o direito de contraditar a testemunha e formular-lhe perguntas, a prova testemunhal colhida no inquérito não pode ser **aprioristicamente** descartada, como inclusive ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça, eis que colhida mediante ato administrativo. Deve ser, portanto, livremente apreciada pelo juiz, na forma do art. 131 do Código de Processo Civil. Neste sentido, Proença afirma que:

> Se a eficácia e a validade dos elementos coligidos no inquérito civil não podem ser afirmadas genericamente, tampouco cabe qualquer posicionamento apriorístico no sentido de não terem aqueles elementos qualquer validade ou eficácia, por haverem sido colhidos inquisitivamente.[36]

É ainda oportuno gizar que o crime de falso testemunho, tipificado no art. 342 do Código Penal, abrange também os depoimentos colhidos em procedimento administrativo, sendo "de se concluir haver o ordenamento nacional conferido um valor maior aos depoimentos ali colhidos, em comparação aos ordenamentos que não impõem tal dever"[37].

Em outras palavras, a prova testemunhal produzida no curso do inquérito civil, não tendo havido notificação para comparecimento da parte investigada[38], não deve ser, via de regra, repetida em juízo. Neste caso, incumbe ao Demandado produzir uma contraprova, em juízo, que infirme entendimento em sentido contrário. Caso permaneça inerte, a prova testemunhal não poderá ser descartada; muito ao contrário, deverá ser ponderada juntamente com os demais elementos de convicção constantes dos autos. Poderá até mesmo ser afastada, mesmo que inerte o réu, na hipótese de os demais elementos de prova sobrepujarem a sua força de convencimento, por exemplo.

Na prática, porém, por uma questão de segurança e de profundo interesse na consecução da coisa julgada material, o membro do Parquet se esmera em repetir a prova testemunhal em juízo, por receio da ponderação a ser feita pelo magistrado de primeiro e de segundo graus. Embora a doutrina seja majoritária no sentido de que a prova produzida durante o inquérito somente possa ser afastada por uma contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob o crivo do contraditório, não é aconselhável a assunção do risco de uma improcedência, por ausência de provas, em uma ação civil pública que, via de regra, pretende tutelar interesses de ingente

36. PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.
37. Ibidem, p. 117.
38. O aconselhamento é de notificação do investigado, declinando-se dia e hora designados para a audiência de oitiva de testemunhas. Caso seja regularmente notificado e não compareça sem justificativa, não há que se cogitar de violação ao princípio do contraditório, que foi oportunizado.

relevância social. Por esta razão, não existem muitos casos na jurisprudência acerca, especificamente, do valor probante dos depoimentos testemunhais colhidos durante o inquérito civil; na sua maior parte, os precedentes dizem respeito à prova pericial.

O raciocínio, entrementes, deve ser idêntico. Com efeito, as provas são produzidas, no inquérito civil, mediante realização de atos administrativos, que possuem a presunção de veracidade e de legitimidade. Não é admissível, portanto, que sejam equiparados os elementos probatórios coligidos pelo *Parquet* com aqueles elementos elaborados unilateralmente pelo particular[39]. Esta comparação, *data maxima venia* do entendimento em sentido contrário, significaria uma *capitis diminutio* do Ministério Público do Trabalho, pois os seus atos não teriam presunção de veracidade, enquanto os atos administrativos praticados por qualquer servidor público teriam a referida presunção. Seria, decerto, ilógico e desarrazoado; afinal, os atos praticados pelo Ministério Público também estão sob a égide dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência. Nesta linha, aduz Hugo Nigro Mazzilli:

> O valor do inquérito civil como prova em juízo decorre de ser uma investigação pública e de caráter oficial. Quando regularmente realizado, o que nele se apurar tem validade e eficácia em juízo, como as perícias e as inquirições.[40]

O desprezo ou injustificada objeção a esses elementos de prova corresponderia a uma invalidação sumária e ilegítima dos atos administrativos praticados. Ademais, é imprescindível ressaltar que, na condição de atas de audiência, os depoimentos das testemunhas ingressam na ação civil pública à semelhança das provas documentais. Em outras palavras, há a necessidade de impugnação pelo réu. Se assim o fizer, deverá produzir a contraprova de maior hierarquia; se não houver sequer impugnação à prova testemunhal produzida, nem mesmo a ausência de oportunização de produção de contraprova consistirá em violação ao princípio do contraditório. A jurisprudência trabalhista sobre a questão da prova testemunhal é lapidar:

> Quanto ao item da alínea 'b', relativo aos autos de infração lavrados pelo Ministério do Trabalho e Emprego e aos depoimentos colhidos pelo Ministério Público do Trabalho, a argumentação do Reclamado não tem fundamento. **Conquanto seja evidente que a constituição de tais autos e depoimentos prescinda de contraditório e de ampla defesa, é evidente que eles integram o conjunto probatório dos autos não como elementos de certeza absoluta, mas como itens normais de prova. A argumentação do Reclamado resultaria, em seu extremo, na impossibilidade de se utilizar documentos lícitos e dotados de fé pública como prova -, lógica que não se sustenta diante nem mesmo dos mais básicos princípios processuais do ordenamento jurídico brasileiro. O Regional, portanto, apreciou os autos de infração e os depoimentos colhidos dentro do conjunto probatório como um todo, em contraste com as demais provas, respeitando plenamente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (tanto que o cerne da argumentação do Regional repousa sobre documentos juntados pelo próprio Reclamado, bem como pôde o Reclamado, em sua defesa, infirmar os autos e depoimentos em debate). Que, eventualmente, tenha formado seu convencimento embasado em parte nesta prova específica insere-se perfeitamente no princípio da livre convicção e na previsão do art. 131 do CPC**. Não há que se falar, portanto, em omissão do julgador neste aspecto[41]. (grifos não originais).

Quanto a eventual *confissão real* (não existe confissão ficta no inquérito civil) do investigado, registrada em ata assinada pela parte, possui a mesma eficácia probatória da confissão real judicial, nos exatos termos do art. 353 do CPC. É dever do juiz dispensar a realização das provas inúteis, de modo que não cabe desconsiderar ou rechaçar a confissão de fato desfavorável ao investigado feita no âmbito do inquérito civil.

39. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. A prova na ação civil pública trabalhista. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 570.
40. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromisso de ajustamento e audiências públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 53.
41. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n.º 0033900-69.2005.5.01.0058*. Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula; Recorrente: Banco Finasa S/A; Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 1ª Região; Órgão julgador: Oitava Turma; Data de julgamento: 04.05.2011; Data de publicação: 06.05.2011.

A grande crítica ao entendimento jurisprudencial prevalecente reside, portanto, quanto à questão da *prova pericial*.

Na medida em que o inquérito civil é o instrumento, previsto constitucionalmente, para investigação de lesões a direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não é razoável sustentar que a sua finalidade ficaria restrita ao convencimento do membro do Ministério Público sobre a propositura ou não de ação civil pública.

O entendimento esposado pela jurisprudência preponderante não é avançado, em especial quanto à produção de prova técnica, porquanto em alguns casos a prova extrajudicialmente produzida, se completa, deveria ser considerada apta a dispensar, ou ao menos reduzir, a prova realizada em juízo.

Há situações peculiares, em especial relativas ao meio ambiente do trabalho, em que o fator tempo é crucial para a caracterização ou constituição dos fatos ou circunstâncias sob apuração, de sorte que uma simples delonga pode levar todo o processo ao fracasso. Nestas hipóteses, é extremamente comum o réu solicitar a realização de nova perícia ou de nova inspeção, sem ao menos justificar a modificação em algum fato ou técnica produtiva, apenas no escopo de procrastinar o feito. Ademais, há que se frisar que, além de provocar o atraso da solução da lide, tais diligências seriam inúteis na maioria das vezes, pois a desobediência às normas regulamentares de meio ambiente do trabalho, que ensejaram a propositura da ação civil pública, já não corresponde à atualidade da empresa, porquanto houve o encerramento das atividades empresariais, a sua mudança de domicílio, a mudança de determinado setor ou alteração das instalações, etc. Em outras palavras, a realização de novas perícias ou inspeções consubstancia a concretização de prova inútil e despicienda, que apenas tem a finalidade de confundir o juízo e fazê-lo incidir em erro. Com muita propriedade discorre Hamilton Alonso Júnior:

Muito normal assim a formação de volumes e mais volumes com substanciosa prova técnica nos autos do inquérito, praticamente desprezados pelo magistrado nos autos da demanda coletiva ambiental. Pareceres feitos por professores de universidades renomadas, relatórios técnicos elaborados por especialistas do setor público, enfim, provas periciais de valor indiscutível, considerando o órgão donde promanam e a capacidade dos subscritores, de nada têm valido quando se inicia a fase processual.[42]

Se tiver de ser realizada nova perícia, certamente a verdade técnica perderá a nitidez, certeza e riqueza de detalhes, em face do transcurso do tempo. Destarte, defende o presente estudo a tese de que, quanto à prova pericial e às inspeções judiciais, não deve prevalecer o entendimento preponderante sufragado pela jurisprudência. Deve, ao revés, ser conferida maior importância à prova extrajudicial produzida, de sorte a tornar dispensável a produção de prova pericial em juízo, na forma do art. 427 do Código de Processo Civil:

Art. 427. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

É evidente que o referido dispositivo não impôs a obrigatoriedade de ambas as partes apresentarem prova pericial, bastando que apenas uma delas apresente e este documento seja suficiente para a formação de convencimento. Na lição de Carlos Alberto Carmona:

> Dúvida há de surgir, entretanto, com relação à interpretação do poder, atribuído ao juiz, de dispensar a prova pericial quando as partes apresentarem pareceres técnicos na inicial ou na contestação. Por certo, não quis o legislador outorgar ao juiz o poder de dispensar a prova pericial apenas quando ambas as partes apresentarem pareceres técnicos: basta que uma das partes traga aos autos laudo particular que convença o magistrado a respeito da exatidão dos fatos que o demandante quer provar para que eventualmente fique prejudicada a necessidade de produção de perícia[43].

Neste sentido, sustenta o presente artigo o entendimento de que, quanto à prova pericial ou inspeção judicial, nas ações civis públicas, a regra geral deve ser o indeferimento da sua realização, quando solicitada pelo réu como contraprova em face da perícia produzida durante o inquérito civil, por se tratar

42. ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: lei n. 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 294.

43. CARMONA, Carlos Alberto. A prova pericial e a recente alteração do Código de Processo Civil. *Revista Justitia*. São Paulo, vol. 56 (166), abr./ jun. 1994, p. 49-57.

de prova inútil, vez que já presentes nos autos elementos suficientes para a verificação de descumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho, com espeque nos arts. 427 e 130 do Código de Processo Civil.

Em apertada síntese, pois, há peculiaridades na prova colhida no inquérito civil, devido à finalidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Há, evidentemente, uma necessidade de tratamento especial, pois as lesões investigadas no inquérito civil não dizem respeito aos direitos de Maria, João ou José, mas de toda a sociedade, e o valor de convencimento da prova, como disciplinado pelo Código de Processo Civil, não é adequado para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Deve haver uma tendência crescente, sem descurar do princípio do contraditório e da ampla defesa, de não se desprezar ou considerar relativa a prova produzida no inquérito civil, no escopo de fazer incidir efeitos processuais em beneficio do interesse social.

O processo coletivo tem de ser submetido a uma nova racionalidade jurídica, porquanto deve-se legitimar a facilitação da defesa dos direitos transindividuais e a defesa do trabalhador em juízo, com o expurgo de provas inadequadas ou ineptas, principalmente em casos de violação à dignidade do trabalhador, à sua saúde ou segurança.

Em suma, o magistrado não pode aplicar, quanto ao valor probante do inquérito civil, a mesma disciplina e os mesmos princípios inerentes à defesa dos direitos individuais, descolando o processo coletivo do direito material que ele busca tutelar. É a natureza jurídica do direito material tutelado que deve plasmar as nuances do processo, as suas peculiaridades e as exceções aos paradigmas vigentes.

É inadmissível, por conseguinte, que se ignore o valor jurídico do material probatório coligido pelo Ministério Público do Trabalho. A jurisprudência já evoluiu muito neste sentido; pode-se avançar ainda mais, considerando-se que os direitos sociais não são uma promessa a ser cumprida, sem compromissos, pelo poder público, mas permanecem, como um desafio candente, sobre as mentes de todos os juristas.

5. CONCLUSÕES

Isto posto, é possível concluir que:

1. Os direitos sociais não são meras recomendações ou preceitos morais, cujo cumprimento pode ocorrer ou não ao talante do gestor público. São normas jurídicas, como quaisquer outras, que precisam ser densificadas; são dotadas de juridicidade e de eficácia, e originam obrigações concretas para o Estado.

2. O inquérito civil destina-se, como regra geral a investigar fatos determinados. Entrementes, considerando-se que a matéria não se encontra subordinada ao princípio da tipicidade penal, também pode ser utilizado para investigar um estado de coisas ou uma situação permanente. A existência de fato determinado ou justa causa constitui pressuposto material ou substancial para instauração de inquérito civil, mesmo que posteriormente seja verificado que os eventos ocorreram de modo diverso ou que não há provas de sua existência.

3. A Resolução n.º 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, ampliando o seu escopo, assevera que o inquérito civil serve como preparação para o exercício das atribuições inerentes às funções institucionais do Ministério Público.

4. São características do inquérito civil: facultatividade, formalidade flexível, inquisitoriedade, publicidade restrita ou mitigada dos seus atos e autoexecutoriedade.

5. O entendimento jurisprudencial majoritário tem sido o de não admitir a quebra dos sigilos bancário e fiscal em cumprimento de requisição expedida pelo Ministério Público, havendo a necessidade de prévia autorização judicial para tanto, ainda que sem o exercício prévio do contraditório pelo investigado.

6. A valoração da prova produzida durante o inquérito deve conter peculiaridades, precipuamente devido ao fato de que a ação civil pública destina-se à efetivação de direitos sociais.

7. Em face da natureza jurídica dos interesses e direitos tutelados, a avaliação judicial da prova produzida durante o inquérito civil merece ser objeto de ponderação por parte do Poder Judiciário, a fim de que não sejam obstaculizada a concretização de verdadeiros direitos de cidadania em prol de um formalismo processual exacerbado.

8. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a prova produzida durante o inquérito civil, conquanto não tenha sido submetida ao crivo do contraditório, somente pode ser afastada na hipótese de existência ou de produção da denominada

contraprova de hierarquia superior, ou seja, que tenha sido submetida ao princípio do contraditório e ampla defesa.

9. Se não houver impugnação, pelo Réu, na contestação, à prova produzida durante o inquérito civil e coligida aos autos junto com a petição inicial, qualquer que seja o instrumento de prova, não há que se cogitar de aplicação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, de valor relativo para as provas produzidas.

10. No caso de prova documental, também não há que se cogitar de aplicação da tese de que a prova possui valor relativo, por um motivo deveras simples: uma vez juntado o documento com a petição inicial, o contraditório automaticamente se instaura, pois é dever do Réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na peça incoativa e sobre as provas acostadas, sob pena de preclusão e à luz do princípio da impugnação especificada.

11. Embora o princípio do contraditório e do devido processo legal assegurem ao réu o direito de contraditar a testemunha e formular-lhe perguntas, a prova testemunhal colhida no inquérito não pode ser aprioristicamente descartada, como inclusive ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça, eis que colhida mediante ato administrativo.

12. A prova testemunhal produzida no curso do inquérito civil, não tendo havido notificação para comparecimento da parte investigada, não deve ser, via de regra, repetida em juízo. Neste caso, incumbe ao Demandado produzir uma contraprova, em juízo, que infirme entendimento em sentido contrário. Caso permaneça inerte, a prova testemunhal não poderá ser descartada; muito ao contrário, deverá ser ponderada juntamente com os demais elementos de convicção constantes dos autos.

13. As provas são produzidas, no inquérito civil, mediante realização de atos administrativos, que possuem a presunção de veracidade e de legitimidade. Não é admissível, portanto, que sejam equiparados os elementos probatórios coligidos pelo *Parquet* com aqueles elementos elaborados unilateralmente pelo particular. Esta comparação, *data maxima venia* do entendimento em sentido contrário, significaria uma *capitis diminutio* do Ministério Público do Trabalho, pois os seus atos não teriam presunção de veracidade, enquanto os atos administrativos praticados por qualquer servidor público teriam a referida presunção. Seria, decerto, ilógico e desarrazoado; afinal, os atos praticados pelo Ministério Público também estão sob a égide dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

14. Quanto a eventual confissão real do investigado, registrada em ata assinada pela parte, possui a mesma eficácia probatória da confissão real judicial, nos exatos termos do art. 353 do CPC.

15. Na medida em que o inquérito civil é o instrumento, previsto constitucionalmente, para investigação de lesões a direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não é razoável sustentar que a sua finalidade ficaria restrita ao convencimento do membro do Ministério Público sobre a propositura ou não de ação civil pública.

16. Quanto à prova pericial ou inspeção judicial, nas ações civis públicas, a regra geral deve ser o indeferimento da sua realização, quando solicitada pelo réu como contraprova em face da perícia produzida durante o inquérito civil, por se tratar de prova inútil, vez que já presentes nos autos elementos suficientes para a verificação de descumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho, com espeque nos arts. 427 e 130 do Código de Processo Civil.

17. O processo coletivo tem de ser submetido a uma nova racionalidade jurídica, porquanto deve-se legitimar a facilitação da defesa dos direitos transindividuais e a defesa do trabalhador em juízo, com o expurgo de provas inadequadas ou ineptas, principalmente em casos de violação à dignidade do trabalhador, à sua saúde ou segurança.

18. Em suma, o magistrado não pode aplicar, quanto ao valor probante do inquérito civil, a mesma disciplina e os mesmos princípios inerentes à defesa dos direitos individuais, descolando o processo coletivo do direito material que ele busca tutelar. É a natureza jurídica do direito material tutelado que deve plasmar as nuances do processo, as suas peculiaridades e as exceções aos paradigmas vigentes.

19. É inadmissível, por conseguinte, que se ignore o valor jurídico do material probatório coligido pelo Ministério Público do Trabalho. A jurisprudência já evoluiu muito neste sentido; pode-se avançar ainda mais, considerando-se que os direitos sociais não são uma promessa a ser cumprida, sem

compromissos, pelo poder público, mas permanecem, como um desafio candente, sobre as mentes de todos os juristas.

6. REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. O inquérito civil como ferramenta de atuação do Ministério Público. In: ROCHA, José Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Ação civil pública – 20 anos da Lei n.º 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: lei n. 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio. Inquérito civil no âmbito do Ministério Público do Trabalho: reflexões a partir de um novo perfil institucional. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Coords.). *Estudos aprofundados MPT*. Salvador: Juspodivm, 2012.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.* Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n.º 1285-1 SP*. Relator Ministro Moreira Alves; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Autor: Procurador Geral da República; Réus: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; Data de julgamento: 25.10.1995; Data de publicação: DJ 23.03.2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 28.949 - PR (2009/0035910-5).* Relatora Ministra Denise Arruda; Órgão julgador: Primeira Turma; Recorrentes: Empresarial Plano de Assistência Médica Ltda e Outro; Recorrido: Estado do Paraná; Data de julgamento: 05.11.2009; Data de publicação: DJe 26.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 318136 RJ*. Relator Ministro Cézar Peluso; Recorrente: Ministério Público Federal; Recorridos: UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S/A e outros; Data de julgamento: 25.04.2005; Data de publicação: DJ de 08.06.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n.º 20.329 – PR (2006/0225618-9).* Relatora Convocada Jane Silva; Órgão julgador: 5ª Turma; Recorrente: Mário Bittencourt de Oliveira; Recorrido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região; Data de julgamento: 03.10.2007; Data de publicação: DJ de 22.10.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 849841 MG 2006/0100308-9*. Relatora Ministra Eliana Calmon; Órgão julgador: Segunda Turma; Recorrente: Ministério Público Federal; Recorrido: Neudson Cangussu Araújo; Data de julgamento: 27.08.2007; Data de publicação: DJ 11.09.2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n.º 9891400-77.2006.5.09.0015*. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; Órgão julgador: Terceira Turma; Recorrente: Empresa Cristo Rei Ltda; Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região; Data de julgamento: 25.08.2010; Data de publicação: DEJT de 03.09.2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Recurso Ordinário n.º 0024900-04.2004.5.10.0002.* Desembargadora Relatora: Flávia Simões Falcão; Órgão julgador: Segunda Turma; Recorrente: Furnas Centrais Elétricas S/A; Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 10ª Região; Data de Julgamento: 08.06.2005; Data de publicação: 02.09.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.280.321 - MG (2011/0180122-9).* Relator Ministro Mauro Campbell Marques; Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Recorridos: Christiano Augusto Bicalho Canedo e outros; Órgão julgador: Segunda Turma; Data de julgamento: 06.03.2012; Data de publicação: 09.03.2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n.º 0033900-69.2005.5.01.0058*. Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula; Recorrente: Banco Finasa S/A; Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 1ª Região; Órgão julgador: Oitava Turma; Data de julgamento: 04.05.2011; Data de publicação: 06.05.2011.

CARMONA, Carlos Alberto. A prova pericial e a recente alteração do Código de Processo Civil. *Revista Justitia*. São Paulo, vol. 56 (166), abr./jun. 1994, p. 49-57.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil - o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRARESI, Eurico. In: COSTA, Suzana Henriques da (Coord.). *Comentários à lei de ação civil pública e à lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FIORE, Edgard. O contraditório no inquérito civil. *Revista dos Tribunais*, n.º 811, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, maio 2003.

KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho – doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. A prova na ação civil pública trabalhista. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2012.

MILARÉ, Édis. A ação civil em defesa do ambiente. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PROENÇA, Luís Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Inquérito civil*. São Paulo: Edipro, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnold (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

O devido processo legal na despedida por justa causa: um convite a uma nova hermenêutica

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira[1]

Maria da Graça Antunes Varela[2]

Sumário • Introdução – 1. A cláusula do devido processo legal como direito laboral inespecífico – 2. Devido processo legal e despedida por justa causa – 3. Conclusão – Referências.

Resumo • Este trabalho analisa como o devido processo legal pode ser aplicado na despedida por justa causa, considerando que o ambiente de emprego é eivado de poder privado e é um dos cenários onde mais se faz necessária a observância da garantia constitucional.

Palavras-chave • Devido processo legal, justa causa, poder privado.

INTRODUÇÃO

O princípio-garantia do devido processo legal alçou nacionalmente o status constitucional com a Carta Política de 1988, que albergou a cláusula anglo-saxã, assegurando que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Tal cláusula, fundamental no nosso ordenamento jurídico, serve como supedâneo para outros princípios, tais como o contraditório e a ampla defesa que, de tão lógicos dispensariam qualquer menção expressa.

Ao tomar assento constitucional, os direitos apontados saíram do estreito campo do direito penal, passando a integrar o rol dos Direitos Fundamentais. O estudo que ora se apresenta partiu de algumas indagações: sendo Direito Fundamental, significa dizer que tem repercussão em qualquer ramo do Direito, inclusive nas relações travadas com entes privados? Abrange apenas as relações travadas com o Estado ou qualquer uma em que seja parte pessoa que traduza um centro de poder? O empregador é um centro de poder? Em sendo, qual a repercussão dessa conclusão no que se refere ao direito fundamental ao devido processo legal? Pode-se exigir a realização de inquérito para apuração da falta grave antes da despedida do empregado? Qual o papel do Judiciário em relação ao Texto Constitucional?

Passa-se, portanto, à análise das questões postas a fim de justificar a conclusão alcançada.

1. A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO LABORAL INESPECÍFICO

Até ao advento das primeiras leis trabalhistas, forjadas na necessidade de se assegurar um limite, ainda que formal, à exploração a que eram submetidos os trabalhadores nas fábricas, as relações firmadas entre tomadores e prestadores de serviços tiveram como

1. Juíza Auxiliar da 3ª Vara do Trabalho de Salvador/BA; mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia e professora convidada no curso de pós-graduação *lato sensu* desta instituição; especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Universidade Potiguar; Coordenadora acadêmica da Escola Judicial do TRT da 5ª Região e da Escola Associativa da AMATRA5; Diretora cultural da AMATRA5, biênio 2013/2015.
2. Juíza titular da 28ª Vara de Salvador/BA; mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia e doutoranda pela mesma Instituição; membro do Conselho da Escola Associativa da AMATRA5.

pano de fundo as normas civis, baseadas na plena igualdade das partes, paradigma que somente foi modificado com a ultrapassagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Nesse passo, o constitucionalismo, que até então espelhava um Estado contraposto à sociedade, passou, a partir da Constituição mexicana de 1917, de Weimar, de 1919, e, por que não dizer, com a Constituição brasileira de 1934, a prever direitos laborais específicos, inaugurando, assim, um modo intervencionista de o Estado se apresentar.

Os direitos laborais específicos mereceram, na Constituição Federal de 1988, lugar de honra, tanto é assim que são eles cobertos pelo manto protetivo das cláusulas pétreas, não podendo haver modificação no Texto constitucional de forma retrocessiva, conforme se depreende expressamente do artigo 7º *caput* do Texto Constitucional.

O ambiente da relação de emprego, com evidente poder social concentrado unicamente nas mãos do empregador, é um campo propício ao exercício de determinados Direitos Fundamentais que, embora não postos no capítulo destinado na Constituição aos direitos trabalhistas, funcionam como se laborais fossem, diante da penetração direta que possuem na relação privada: o vínculo de emprego.

Isso ocorre porque, quando o empregado se vincula à contratação empregatícia, malgrado a subordinação tida como própria ao liame, não se despe de seus direitos de personalidade[3]. Ao revés, tais direitos devem não só ser respeitados pelo empregador, mas também por este estimulado, a fim que o meio ambiente de trabalho não se torne um círculo de adoecimento ou, até mesmo, uma célula à margem dos Direitos Fundamentais.

É dizer, todos os Direitos Fundamentais classicamente conhecidos como direitos de primeira geração, ou direitos de cidadania permeiam o contrato de emprego, amalgamando-se aos direitos laborais e constitucionais específicos, para que todos os direitos da pessoa humana também sejam observados ao cidadão-trabalhador. São os chamados direitos laborais inespecíficos.

À mesma conclusão chegou o Tribunal Constitucional espanhol, como se observa na sentença n. 88/1985:

> la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a)], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1).

No dia 10/04/2000 a mesma Corte julgou o Recurso de Amparo n. 4.015/96, apresentado por Don Santiago ldazábal Gómez (representante do Comitê de Empresa) frente à Sentença da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça da Galícia. Este Tribunal modificou a decisão anterior, que havia declarado contrário à Constituição e, consequentemente, ofensivo aos Direitos Fundamentais, a instalação de microfones nas roletas francesas de um cassino, por considerar que este já possuía sistema fechado de segurança que captava som e imagem no ambiente de trabalho dos obreiros, sendo a atitude extremada ato que contrariava o princípio da proporcionalidade e invadia a esfera de intimidade pessoal, prevista no art. 18 da Constituição da Espanha.

Na Sentença n. 98/2000, disse o Tribunal Constituição espanhol que:

> a la vista de la doctrina sentada por este Tribunal, no puede admitirse que la resolución judicial objeto del presente

3. Como já afirmou José João Abrantes (**Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 61): "a conclusão de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação de direitos que a Constituição reconhece ao trabalhador *como cidadão*. Na empresa, o trabalhador mantém, em princípio, todos os direitos de que são titulares todas as outras pessoas".

> recurso de amparo haya ponderado adecuadamente si en el presente caso se cumplieron los requisitos derivados del principio de proporcionalidad. De entrada, resulta inaceptable, como ya se dijo, la premisa de la que parte la Sentencia impugnada em el sentido de que los trabajadores no pueden ejercer su derecho a la intimidad en la empresa, con excepción de determinados lugares (vestuarios, servicios y análogos). Esta tesis resulta refutada por la citada doctrina del Tribunal Constitucional, que sostiene que la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, por más que el ejercicio de tales derechos en el seno de la organización productiva pueda admitir ciertas modulaciones o restricciones, siempre que esas modulaciones estén fundadas en razones de necesidad estricta debidamente justificadas por el empresario, y sin que haya razón suficiente para excluir a priori que puedan producirse eventuales lesiones del derecho a la intimidad de los trabajadores en los lugares donde se realiza la actividad laboral propiamente dicha[4].

Atribui-se a José João Abrantes a expressão "cidadania na empresa", explicando o referido autor que há determinados Direitos Fundamentais que não são especificamente laborais, mas devem ser exercidos por todos os trabalhadores, enquanto cidadãos, na empresa[5]. Ou seja, são direitos atribuídos "genericamente aos cidadãos, exercidos no quadro de uma relação jurídica de trabalho por cidadãos, que, ao mesmo tempo, são trabalhadores e que, por isso, se tornam verdadeiros direitos de matriz juslaborista, em razão dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que são feitos valer" [6].

Tais direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores são os previstos para todos os cidadãos[7], sendo àqueles assegurados, dentre outros, como já asseverou Rua de Almeida, "o direito à personalidade, o direito à informação, o direito à presunção de inocência, o direito à ampla defesa e o direito ao contraditório"[8] e, poderia ser acrescentado, o direito à privacidade, intimidade e à liberdade religiosa.

Nesse mesmo sentido doutrinam Palomeque López e De la Rosa:

> los derechos inespecíficos son: otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenido. Se produce una 'impugnación laboral' de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo[9].

Ana María Colmenares Bastidas aponta as diversidades existentes entre os direitos laborais específicos e os inespecíficos, asseverando que enquanto aqueles "*están consolidados en los ordenamientos jurídicos laborales en forma clara y expresa*", estes dependem "*de la interpretación humana, doctrina internacional, jurisprudencia internacional y todo lo relacionado con las interpretaciones e orden público*" e estão "*dirigidos a todas las personas por igual sin distinción alguna*"[10].

A Constituição Federal de 1988 assegurou o direito ao devido processo legal no artigo 5º, inciso LIV, e tal direito, de cidadania que é, invade o contrato de emprego, limitando

4. Disponível em: http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2000-9223.pdf. Acesso em 07/03/2013.
5. Op. cit., p. 60.
6. Op. cit., p. 60.
7. Eis a doutrina de Raúl Eduardo Mucha García: "*son derechos constitucionales de carácter y titularidad general que tienen como ámbito de aplicación las relaciones laborales y que son reconocidos al trabajador por su condición de persona y ciudadano".* (**Los derechos inespecíficos y conflictos entre los derechos fundamentales de los empleadores y trabajadores**. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derechos%20inespecificos%20laborales.htm. Acesso em 17/072013).
8. Os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. In: **Direitos laborais inespecíficos**. Os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho, ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva (orgs.) São Paulo: LTr, 2012, p. 09-13.
9. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos e DE LA ROSA, Manuel Álvarez. **Derecho del Trabajo.** 9. ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres S.A. p. 147-148.
10. **Los derechos laborales inespecíficos. Una realidad justa**. Disponível em: http://www.e-pol.com.ar/newsmatic/index.php?pub_id=99&sid=612&aid=72610&eid=87&NombreSeccion=Art%EDculos%20Acad%E9micos&Accion=VerArticulo. Acesso em 17/07/2013.

a livre iniciativa, igualmente protegida pela Constituição (art. 170).

Vale dizer, a livre iniciativa não se constitui em direito constitucional absoluto, encontrando limites no dever de informação e motivação, bem assim na própria cláusula do devido processo legal, que, na verdade, já contém aquele.

A cláusula do devido processo legal é aberta, "instituto de teor inexato, vago, indefinido"[11], contendo em si algumas garantias, como, por exemplo, o dever de informação e motivação das decisões[12], com o único fim de inibição do arbítrio[13].

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, o devido processo legal é princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito e entre nós está previsto no artigo 5º, LIV da CRFB/88, sendo um conjunto de elementos jurídicos garantidores de direitos fundamentais, como: "a) direito de ser ouvido; b) direito ao oferecimento e produção de provas; c) direito a uma decisão fundamentada"[14].

É evidente que dita cláusula foi idealizada para coibir abusos estatais, mas o conceito evoluiu com o pensamento de que determinadas entidades possuem poderes privados próprios ou equivalentes ao Estado e, como tal, sofrem limitações para que não haja arbítrio nas suas decisões, sobretudo nas decisões que aplicam sanções.

Ou seja, aliados aos direitos laborais específicos, previstos no capítulo II da Constituição Federal de 1988, estão os direitos de cidadania, dentre os quais se destacam o direito de informação e motivação das decisões[15], corolários do devido processo legal.

O Ordenamento Jurídico brasileiro, bem como a jurisprudência, vêm consagrando que tais direitos específicos aos cidadãos, mas, ainda inespecíficos[16] aos trabalhadores, permeiam as relações particulares, sobretudo quando tais desvelam um poder privado.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL E DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA

Não cabe adentrar aqui a discussão travada entre institucionalistas ou contratualistas, no sentido de ser a despedida sem justa causa uma penalidade ou a consequência do não cumprimento ou ofensa grave às cláusulas contratuais. Qualquer uma das posições que se adote não afasta o quanto aqui se define, no sentido de só poder haver o rompimento justificado se precedido de processo em que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, a serem assegurados em todos os processos estatais, seja legislativo, seja administrativo, seja judicial, e, como em seguida justificado, nos processos particulares.

Paula Sarno Braga informa decisões no âmbito privado, aludindo à necessidade de serem observados esses princípios em situações como a aplicação de punição a licitantes, o jubilamento de aluno em estabelecimento de ensino público superior, o perdimento de bens por força de ilícito fiscal, anulação ou revogação de ato ou contrato administrativo.[17] Estabelece o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Não há dúvida, portanto, que nos processos com tramitação judicial e na esfera administrativa devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa. O acusado em geral é

11. BRAGA, Paula Sarno. Op. cit., p. 180.
12. Cf. PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal.** Direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 130-138.
13. Sobre a evolução da referida cláusula, veja-se a obra de: PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
14. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, ano 34, n. 136, 1997, p. 15.
15. Paula Sarno Braga (op. cit., p. 181, 183, 193), analisando o alcance da cláusula do devido processo legal, assegura que desta decorre a necessidade de "decisões motivadas" ou "decisões fundamentadas".
16. Eis a doutrina de Vecchi: "os direitos fundamentais inespecíficos são aqueles direitos não destinados de forma especial aos trabalhadores nas relações de trabalho ou de emprego, mas, sim, os direitos fundamentais que são destinados a qualquer pessoa humana, a qualquer cidadão. Como exemplos, podem ser citados os direitos à intimidade e vida privada, direito de expressão, liberdade religiosa, devido processo legal e direito à honra" (VECCHI, Ipojucan Demétrius. **A** eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011, p. 111-135).
17. BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Podivm, 2008. p.197 e ss.

qualquer pessoa que, sendo titular de determinada situação jurídica, vem a ser acusada e, por vezes, alvo de sanção, ou seja, de efeito jurídico não pretendido, não desejado. Essa situação jurídica pode ser tanto no âmbito do direito público como no âmbito das relações privadas, pois o legislador constituinte não estabeleceu qualquer distinção.

Assim sendo, independentemente de qualquer previsão normativa, nas relações privadas em que haja possibilidade de acusação e sanção deve estar assegurado a quem é acusado o direito de se defender e de se manifestar em termos e condições que viabilizem a influência no resultado. Considerando que a finalidade última do princípio do devido processo legal é a contenção de poder estatal, e que existem outros centros de poder, justifica-se que também em relação a eles há que haver mecanismos de impedimento da arbitrariedade, própria de quem exerce o poder sem estar submetido a qualquer forma de controle.

João Bosco Maciel Júnior, citando Ada Pelegrini Grinover, confirma a obrigatoriedade do contraditório em processos particulares onde há exercício de poder e, consequentemente, possibilidade de abuso:

> mas se é certo que o exercício do poder não se limita ao Estado (Judiciário ou Administração), na medida em que também outras moléculas da sociedade têm aquela capacidade de editar decisões que repercutem na esfera jurídica de outras pessoas, então é rigorosamente certo que a garantia do contraditório há que ser exercida e observada igualmente fora dos limites estatais, sempre que se tratar de ato que, de direito ou mesmo de fato, se imponha a certas pessoas, com aptidão a interferir em sua esfera jurídica ou patrimonial.[18]

Tal como ocorre nos processos públicos, é o contraditório, incluindo a ampla defesa que impedem e reprimem o abuso do direito em situações em que há exercício de poder. O estudo das relações sociais permite que se identifique centros de poder não estatais, designados como grupos de pressão. Conforme aponta Wilson Steinmetz nas relações entre particulares também se verifica amplamente a capacidade de alguns sujeitos condicionarem, restringirem ou eliminarem liberdades de outros sujeitos, referindo-se a megagrupos industriais, comerciais, financeiros, midiáticos, associações, sindicatos e o crime organizado.[19]

Hoje o poder não é apenas fenômeno político, sendo também social e econômico. João Bosco Maciel Júnior[20] aponta que todos os grupos, sociais, econômicos (família, escolas, universidades, conjuntos religiosos, culturais ou recreativos, empresas, sindicatos, condomínios, associações etc) e até mesmo políticos, que têm entre si ideais ou interesses comuns, constituem formações sociais com expressão de poder.[21] Independentemente da natureza do poder – econômico, social, religioso, estatuário, contratual – desde que haja seu exercício, cabe a observação do contraditório e da ampla defesa sempre que houver contraposição de interesses e possibilidade de sanção.

Por seu turno, Juan María Bilbao Ubillos chama a atenção para o fato de que hoje, como antes, a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica em boa parte dos vínculos estabelecidos entre sujeitos privados. O direito privado conhece também o fenômeno da autoridade, do poder, como capacidade de determinar ou condicionar juridicamente ou de fato as decisões de outros, de influenciar de forma eficaz no comportamento de outros, de impor a própria vontade.

O poder não está concentrado apenas no aparato estatal e sim disperso, disseminado na sociedade.[22] Assim sendo, onde houver exercício de poder e possibilidade de imposição de sanção, cumpre aplicar-se diretamente a norma de direito fundamental que assegura o devido processo legal, especificamente o contraditório e a ampla defesa.

De forma expressa, o art. 57[23] do Código Civil já determina a observância do prin-

18. MACIEL JUNIOR, João Bosco. **Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41

19. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.
20. Op. cit. p. 42.
21. MACIEL JUNIOR, João Bosco. Op. cit., p. 10.
22. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 301 (tradução livre)
23. Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

cípio aqui estudado, assegurando-o em relação ao associado que se pretende excluir da organização. Antes mesmo da previsão desse procedimento, introduzida pela lei nº 11.127/2005, tanto a doutrina[24] quanto a jurisprudência[25] já entendiam que a cláusula do devido processo legal deveria ser observada para a aplicação da pena capital na entidade privada.

Como assevera Mascarenhas, embora a antiga redação do art. 57 do Código Civil fosse carente no que diz respeito a previsão expressa sobre a necessidade de um procedimento para exclusão do associado, "diante da vinculação dos direitos fundamentais à esfera privada e consequentemente diante do devido processo legal [já era] necessário o atendimento a essa garantia"[26].

A esse respeito afirmou Fredie Didier ser o dispositivo citado de uma importância paradigmática por representar a impossibilidade de, no âmbito privado, haver "exercício do poder sem o respeito aos direitos fundamentais, processuais ou materiais", destacando o devido processo legal "que garante ao sujeito não apenas um procedimento prévio de que possa participar em contraditório, mas também a razoabilidade das decisões que afetem seus direitos".[27]

A tendência revelada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido da aplicação do contraditório e a ampla defesa às relações particulares eivadas de poder social. A segunda Turma da referida Corte (RE n. 158.215-RS) já possui julgado paradigmático, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio de Melo, decisão esta sempre apontada quando se fala em aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como sendo a pioneira nesse sentido. Veja-se:

> DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios

24. Referindo-se ao art. 57, disse Venosa: "esse dispositivo disse menos do que devia; qualquer que seja a dimensão da sociedade ou a gravidade da conduta do associado, deve ser-lhe concedido amplo direito de defesa. Nenhuma decisão de exclusão de associado, ainda que o estatuto permita e ainda que decidida em assembleia geral convocada para tal fim, pode prescindir de procedimento que permita ao indigitado sócio produzir sua defesa e suas provas. O princípio, que poderia estar enfatizado nesse artigo do Código, decorre de princípios individuais e garantias constitucionais em prol do amplo direito de defesa (art. 5º, LV da Constituição). Processo sumário ou defeituoso para exclusão de sócio não resistirá certamente ao exame pelo Poder Judiciário. Isso é verdadeiro não somente para a pena de exclusão do quadro social, que é a mais grave; mas também para as demais penalidades que podem ser impostas, como advertência, repreensão, multa ou suspensão" (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 288).

25. "É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. – Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização de cunho compensatório". (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível Nº 2.0000.00.480020-4/000(1),* da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: hhttp://www. tjmg.gov.br. Acesso em 30/01/2013.
"Ação ordinária de Reintegração em sociedade recreativa. Direito de defesa não assegurado. Nulidade do ato. Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que ensejaram a exclusão dos autores do quadro social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada. Por outro lado, ainda que pudesse superar o obstáculo formal, a versão apresentada pela ré para a punição aplicada não é consentânea com a realidade, pois, inexistiu cedência exclusiva da área comunitária, em seu favor, por parte da prefeitura e de particular, de modo que não poderia impedir que as pessoas se organizassem fora de suas regras, para a prática de futebol". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70002714095*, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: hhttp://www. tj.rs.gov.br. Acesso em 30/01/2013.

26. MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. Relações jurídicas privadas e direitos fundamentais. Uma análise do artigo 57 do Código Civil. IN: DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. **Processo e direito material**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 49

27. DIDIER JR, Fredie. O devido processo legal e a exclusão do sócio: notas ao art. 57 do Código Civil. IN:_____. et all. **Constituição e processo**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 172

> daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa"[28].

Ao comentar esta decisão, Paulo Gustavo Gonet Branco afirmou que esse julgamento "marca postura do Supremo Tribunal Federal em conferir larga extensão à garantia da ampla defesa, firma precedente inserindo o direito brasileiro na corrente que admite a invocação de direitos fundamentais no domínio das relações privadas".[29]

No ano de 2005 o Supremo Tribunal Federal voltou a decidir pela aplicação da garantia do devido processo legal, mesmo que na relação privada firmada entre membro de entidade de classe e esta. Confira-se:

> EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução

28. DJ de 07/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br, acessado em 30/01/2013.
29. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n.13, 2002. Disponível em: HTTP://www.direito-publico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-abril-maio-2002-Paulo-Gustavo-Gonet.pdfacessado em 19/01/2007

> de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Ordinário n. 201819,*da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005[30].

As situações apontadas são similares à despedida por justa causa, tendo-se que o empregador, segundo ideia prevalecente tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pode aplicar sanções ao respectivo empregado e diante do forte poder social decorrente da relação de emprego, a observância do contraditório e a ampla defesa em procedimento prévio se impõem.

Vecchi lança luzes sobre a necessidade de aplicação da cláusula do devido processo legal – tida por ele como um direito laboral inespecífico – na dispensa do empregado por motivo disciplinar, afirmando que a garantia constitucional incide diretamente na relação de emprego, impedindo que o empregado seja despedido por ato único do empregador, sem que possa apresentar defesa prévia, ou sequer apresentar seus motivos. Dessa forma:

> necessário se faz uma "filtragem constitucional" das noções antes tidas e "consagradas" sobre o poder empregatício, a fim de que esse poder se exerça não como um poder arbitrário e isolado dentro do contrato de trabalho, mas que se submeta aos ditames da ordem jurídica vigente. Afirmar que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são limites e condicionamentos ao exercício do poder disciplinar do empregador é afirmar que o ser humano é um fim em si, não um meio, sendo dotado de dignidade, bem como que o empregado não deixa de ser cidadão ao adentrar no "chão da fábrica"[31].

A Constituição Federal, no art. 6º, estabelece como direito fundamental social o trabalho. Para muitos, trata-se de direito "fundamentalmente interligado à vida", já que "constitui a forma natural de se obter as outras necessidades que dão suporte à vida, como o alimento, o agasalho, a habitação, os medicamentos, a educação e, por que não, o próprio lazer"[32].

No art. 7º, inciso I, estabelece também como direito fundamental social a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Por se tratar de direito fundamental, está protegido pelas mesmas garantias referentes aos demais direitos fundamentais anunciados no art. 5º, incluindo a aplicabilidade imediata.

Na sua dimensão objetiva, além de repercutir na interpretação de todo o restante conjunto normativo, é parâmetro de constitucionalidade e vincula a atuação do Estado-legislador, Estado-administrador e Estado-juiz. Vincula, ainda, os particulares. Em sua dimensão subjetiva, enseja o direito subjetivo ao trabalho, ao emprego protegido contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, à preservação do trabalho e do emprego[33].

A valorização do trabalho a que se refere o texto constitucional no inciso IV do art. 1º implica entender-se o trabalho não como mercadoria a ser comercializada e sim como veículo da construção da dignidade da pessoa, mecanismo de ascensão social, e contributo para a melhoria das condições sociais e econômicas de quem o presta e da comunidade como um todo.

Por isso, a comunidade amadurecida investe na condição do trabalhador exatamente porque também ela é beneficiada pelo quanto ele produz, sendo certo que aquele que o faz de forma humana é certamente mais contributivo do que aquele outro, explorado e, portanto insatisfeito, estatisticamente mais propenso a doenças e aposentadoria precoce, gerando elevado custo para a sociedade.

30. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 17/07/13.
31. VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011, p. 111-135.
32. SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.581
33. Não há como negar o dever de trabalhar, mas não é ele decorrente deste direito e sim de uma interpretação sistemática, envolvendo princípios, a exemplo da dignidade e da solidariedade – ninguém pode, injustificadamente, tornar-se dependente dos demais membros da sociedade, através da previdência social.

Embora tenham surgido outras formas de trabalho desde a Revolução Industrial, levando à recente ampliação da competência da Justiça do Trabalho para as causas envolvendo qualquer relação de trabalho, o emprego é ainda o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica da sociedade de economia capitalista. O emprego é a figura que engendra a maior carga de estabilidade social, mormente quando os contratos se estabelecem sem prazo, assentes com o princípio da continuidade. Portanto, não só do ponto de vista da proteção individual do empregador, mas fator de segurança social, é no emprego que o trabalho corresponde a fator de inserção no sistema socioeconômico capitalista, e nessa perspectiva é que se exalta o compromisso da busca de pleno emprego.[34]

Diante da proteção estabelecida constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional ao contrato, e, especificamente, ao contrato de emprego, não há dúvida que o inciso I do art. 7º determina restrições à liberdade do empregador de romper o vínculo de forma arbitrária ou sem justa causa.[35].

A segurança no emprego é a certeza de que não havendo prática de falta grave, justificativa, financeira, técnica ou econômica, o emprego é preservado, podendo o trabalhador assumir o seu *status* de empregado e exercê-lo de forma plena, o que implica assumir compromissos pessoais e financeiros sem risco de, imotivadamente, se tornar desempregado, sem condições de dar continuidade ao investimento de vida que fez, respaldado em situação jurídica que acreditava, com boa fé, ser segura: "a maior forma, contudo, de proteção à manutenção do emprego é a possibilidade de resistência em se admitir a resilição unilateral do empregador"[36].

Há que ressaltar que, sendo o contrato de emprego caracterizado por estabelecer uma relação obrigacional de duração indeterminada, o seu rompimento imotivado enseja abuso do direito, combatido pelo ordenamento jurídico, incluindo as decisões nos tribunais, que, nunca é demais lembrar, são vinculados objetivamente ao Texto Constitucional Fundamental.

Considerando o poder como "a situação ou capacidade de dirigir a conduta de outros, fazer com que ajam de determinada maneira"[37], não há como negar que o empregador é seu detentor "porquanto é o proprietário dos meios de produção; porquanto é a autoridade naquela instituição; porquanto pactuou num contrato; porquanto controla juridicamente o conjunto da estrutura empresarial".[38]

Há uma situação de desigualdade exatamente em razão de ser o empregador um centro de poder, a ser contido. O sistema estabeleceu uma desigualdade das partes contratantes, porém, em favor do empregador. O empregador pode punir o empregado, além da própria rescisão, atingindo o seu direito ao trabalho, mais do que uma situação patrimonial, e pode, também, aplicar outras sanções, morais, pecuniárias, profissionais.[39]

Os Direitos Fundamentais devem ser protegidos diante do poder, qualquer que seja, e o sistema de garantia, para ser coerente e eficaz, deve ser polivalente, deve operar em todas as direções.[40] Consequentemente, excluir do empregado o direito ao contraditório e à ampla defesa quando lhe é infringida a pena máxima pelo poder do empregador implica tratamento discriminatório e, portanto, ofensa ao princípio da igualdade.

Ora, se o texto constitucional atribui ao empregado, nessa condição, a titularidade de direitos fundamentais, incluindo a proteção

34. ZENNI, Alessandro Severino Valler e OLIVEIRA, Cláudio Rogério Teodoro de. *(**Re)significação dos princípios de direito do trabalho**. Porto Alegre: Safe, 2009, p.103
35. Fazemos a distinção entre a despedida arbitrária, aquela sem qualquer justificativa, efeito do exercício de um direito equivocadamente considerado absoluto do empregador, e sem justa causa, ou seja, para a qual não contribuiu o empregado pelo cometimento de qualquer falta grave, mas que é respaldada em motivos técnicos (falta de adaptação do trabalhador às inovações tecnológicas introduzidas na empresa, por exemplo, ou econômicos (necessidade de redução de despesas).
36. RESENDE, Renato de Sousa. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. IN: PIOVESAN, Flávia e CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos humanos e direito do trabalho.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 106
37. COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**.São Paulo:Ltr, 1999, p. 12
38. COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**.São Paulo:Ltr, 1999, p. 13
39. COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**.São Paulo:Ltr, 1999, p. 233
40. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 303 (tradução livre).

ao emprego, como justificar a exclusão do acesso ao direito de defesa e de contraditório quando ameaçado o próprio emprego?

Não há resposta satisfatória para a pergunta elaborada. Ao revés, quando se opta pelo suposto direito potestativo de despedir sem motivação e sem observância do devido processo legal, está-se trilhando caminho aporético, que despreza garantia secular de todos os cidadãos, o que inclui o homem-trabalhador.

A opção despótica ao norte apontada se torna ainda mais afrontadora ao Texto Constitucional quando se percebe que até as normas civis, baseadas na plena igualdade entre as partes convenentes, elevam a garantia do devido processo legal, e o contrato de emprego, onde há forte assimetria social, não a tem em conta.

Por fim e por tudo, ofende o princípio da dignidade alguém, sem direito de defesa, poder ser acusado de falta de tal maneira grave que o leva à perda imediata de seu meio de sustento, ao desemprego e a todas as consequências que acarreta essa circunstância, e até mesmo a uma possível discriminação entre os seus colegas de profissão. Privado do salário e de todas as vantagens que teria caso fosse sua a iniciativa de ser afastado ou caso fosse afastado sem acusação de falta grave.

Até o Estado fecha as portas àquele que, sem qualquer procedimento de apuração de falta, é despedido por justa causa, negando-lhe o pagamento do seguro desemprego. Ora, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é mais intensa quando a própria dignidade da pessoa humana se vê diretamente afetada[41], como é o caso da relação de emprego.

Desta forma, não há dúvida quanto à obrigatoriedade de ser observado o devido processo legal, independentemente de lei infraconstitucional assim determinando, uma vez que assim já previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O procedimento já é obrigatório, cabendo, apenas, a sua regulação. Até lá, compete aos juízes (vez que vinculados objetivamente às normas fundamentais), tal como fizeram em relação à definição de responsabilidade na hipótese de terceirização de serviços, construir a solução. Podem, e devem, os sindicatos estabelecer em seus acordos e convenções, mediante negociação, rotina que assegure o cumprimento desse direito constitucionalmente assegurado a todos, incluindo os empregados, seja qual for a sua categoria profissional. A inexistência de legislação nesse sentido, decorridos mais de vinte e quatro anos da promulgação da Constituição em que se assegura de forma expressa o direito ao contraditório e à ampla defesa de todos os que são acusados, constitui omissão inconstitucional.

Por conseguinte, compete ao Poder Judiciário suprir a inércia do legislador, sempre tendo em vista o cumprimento dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. A independência dos poderes não afasta esta possibilidade. Cumpre ao empregador, diante da vinculação horizontal do direito ao contraditório e da ampla defesa, ao pretender despedir por justa causa empregado seu, apresentar ação junto à Justiça do Trabalho, expondo os fatos, preservando o emprego, se assim for possível; ou suspendendo a prestação do trabalho, mas mantendo o pagamento do salário, diretamente ao trabalhador ou mediante depósito à disposição do juiz.

Pode, ainda, o empregador requerer que diante do exame das provas já constituídas, seja suspensa a obrigação de pagar o salário. De qualquer sorte, somente após a decisão judicial no sentido de reconhecer a justa causa, poderá ser autorizado a despedir o empregado por justa causa.

Não se trata de inovação e sim de aplicação analógica do procedimento adotado em relação à despedida por justa causa do empregado investido em cargo diretivo do sindicato e interpretação evolutiva do próprio Texto Constitucional, a ser observada na relação privada de emprego.

Outrossim, é possível que o empregador constitua internamente uma comissão voltada para apurar os fatos e assegurar o contraditório e a ampla defesa, utilizando como parâmetro o procedimento administrativo. Assim procedendo, e concluindo a comissão pelo cometimento de falta grave e pela responsabilidade do empregado, poderá efetivar

41. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 334 (tradução livre)

a despedida motivada, rescindindo o contrato de trabalho.

Pode o empregado recorrer à Justiça do Trabalho com a finalidade de afastar a justa causa. O não atendimento a um dos procedimentos aqui indicados, autoriza o juiz a considerar o contrato de emprego vigente até à comprovação, ainda que liminarmente, da justa causa ou a declarar a nulidade da despedida por justa causa, reconhecendo ter sido ela imotivada.

Somente assim estar-se-á dando cumprimento ao devido processo legal constitucionalmente assegurado a todos os que são acusados, incluindo o empregado quando é atingido pela pena máxima ou consequência extrema do não cumprimento de cláusula contratual, a despedida, sem que lhe seja permitido um momento de defesa, de justificativa, de esclarecimento dos fatos.

3. CONCLUSÃO

Os direitos laborais inespecíficos são os Direitos Fundamentais, classicamente conhecidos como direitos de primeira geração ou direitos de cidadania, que permeiam o contrato de emprego, amalgamando-se aos direitos laborais e constitucionais específicos, para que todos os direitos da pessoa humana também sejam observados ao cidadão-trabalhador. Entre outros, ressaltam-se aqui o direito à personalidade, o direito à informação, o direito à presunção de inocência, o direito à ampla defesa e o direito ao contraditório.

O art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988 assegurou o direito ao devido processo legal, direito esse que, no âmbito do contrato de emprego, limita a livre iniciativa, também constitucionalmente assegurada (art. 170).

O devido processo legal abrange o direito de ser ouvido, o direito ao oferecimento e produção de provas e o direito a uma decisão fundamentada, tendo sido idealizado com a finalidade de coibir os abusos do Estado. Todavia, o conceito evoluiu, considerando que hoje o poder não é apenas fenômeno político, sendo também social e econômico. Outros centros de poder foram sendo desenvolvidos, pelo que também eles devem sofrer limitações em seu agir, para que não haja arbítrio em suas decisões, especificamente nas que implicam aplicação de sanção.

Por conseguinte, independentemente de qualquer previsão normativa e da natureza do poder, nas relação privadas em que haja possibilidade de acusação e sanção deve estar assegurado a quem é acusado o direito de se defender e de se manifestar em termos e condições que viabilizem a influência no resultado.

O empregador é detentor de poder, já que, proprietário dos meios de produção, pactuou em contrato situação que o habilita a dirigir a conduta de outros, fazendo com que procedam de determinada maneira. Como centro de poder, a exemplo de todos os demais, precisa de ser contido para que não seja arbitrário.

O art. 7º, inciso I, estabelece como direito fundamental social a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Tratando-se de direito fundamental, está protegido pelas mesmas garantias que asseguram os demais direitos dessa natureza, incluindo a aplicabilidade imediata (art. 5º).

Diante da proteção ao contrato estabelecida constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional e, especificamente, ao contrato de emprego, não há dúvida que o art. 7º, inciso I, restringe a liberdade do empregador de romper o vínculo de forma arbitrária ou sem justa causa.

Assim sendo, por força da vinculação horizontal ao dever de assegurar o devido processo legal, o empregador ao proceder à despedida por justa causa deve observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, tal como é assegurado a todos os demais cidadãos que se encontram em situação de sujeição a poder. Entendimento contrário leva a ter-se o trabalhador como cidadão diferente, o que traduz procedimento discriminatório, afrontando-se o princípio da igualdade.

Até que o legislador cumpra a função constitucional de estabelecer o procedimento a ser adotado pelo empregador na despedida sem justa causa, assegurando o devido processo legal, em cumprimento ao quanto assegura o art. 5º, inciso LIV da Carta Magna, cabe ao Juiz suprir essa omissão, adotando as medidas indicadas no texto. A atuação do Judiciário não implica afronta ao princípio da independência dos poderes, considerando o

fim imposto a todos de cumprimento da constituição e a atitude omissiva do legislador.

Podem e devem os sindicatos estabelecer em negociação coletiva, rotina que assegure o cumprimento desse direito constitucionalmente assegurado a todos.

Pode e deve o empregador constituir comissão interna, de composição mista, voltada para apurar os fatos e assegurar o contraditório e a ampla defesa, utilizando como parâmetro o procedimento administrativo.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João Abrantes. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

ALMEIDA, Renato Rua de. Os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. In: **Direitos laborais inespecíficos**. Os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho, ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva (orgs.) São Paulo: LTr, 2012

BASTIDAS, Ana María Colmenares **Los derechos laborales inespecíficos. Una realidad justa**. Disponível em: http://www.e-pol.com.ar/newsmatic/index.php?pub_id=99&sid=612&aid=72610&eid=87&NombreSeccion=Art%EDculos%20Acad%E9micos&Accion=VerArticulo. Acesso em 17/07/2013.

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n.13, 2002. Disponível em: HTTP://www.direito-publico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-abril-maio-2002-Paulo-Gustavo-Gonet.pdfacessado

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**.São Paulo:Ltr, 1999

DIDIER JR, Fredie. O devido processo legal e a exclusão do sócio: notas ao art. 57 do Código Civil. IN:_____. et all. **Constituição e processo**. Salvador: Juspodivm, 2007

GARCÌA, Raúl Eduardo Mucha García. **Los derechos inespecíficos y conflictos entre los derechos fundamentales de los empleadores y trabajadores**. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista020/derechos%20inespecificos%20laborales.htm. Acesso em 17/072013).

MACIEL JUNIOR, João Bosco. **Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares**. São Paulo: Saraiva, 2009

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. Relações jurídicas privadas e direitos fundamentais. Uma análise do artigo 57 do Código Civil. IN: DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. **Processo e direito material**. Salvador: Juspodivm, 2009

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos e DE LA ROSA, Manuel Álvarez. **Derecho del Trabajo.** 9. ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres S.A

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal.** Direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

RESENDE, Renato de Sousa. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. IN: PIOVESAN, Flávia e CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos humanos e direito do trabalho.* São Paulo: Atlas, 2010,

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**, ano 34, n. 136, 19

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? IN: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **A** eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011,

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003

ZENNI, Alessandro Severino Valler e OLIVEIRA, Cláudio Rogéro Teodoro de. **(Re)significação dos princípios de direito do trabalho**. Porto Alegre: Safe, 2009

http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-2000-9223.pdf. Acesso em 07/03/2013

http://www. tjmg.gov.br. Acesso em 30/01/2013.

http://www. tj.rs.gov.br.

Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 17/07/13

Índice onomástico

(A indicação remete ao número da revista / página inicial)

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

A

ALEODIM, Sulamita de Lacerda – 05/29

ALMEIDA, Edvaldo Nilo – 04/87

ANDRADE, Celsemy Manoel – 02

ANDRADE, Dalila – 04/27

ARAPIRACA, Luana Lima – 12

AZEVEDO, Dorotéia Silva de – 03/37, 08/27

B

BAPTISTA, Ana Claúdia Scavuzzi Magno – 05/29

BATISTA, Geovane de Assis – 11

BARBOSA, Charles Silva – 06/145, 11

BARROS, Renato da Costa Lino de Goes – 12

BELOV, Marúcia da Costa – 03/65

BELTRAN, Ari Possidônio – 01/51

BONESS, Graça – 04/31

BRAGA, Alice Maria Santos – 05/29

BRANCO, Maurício de Melo Teixeira – 12

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas – 01/17, 03/25, 05/105, 07/25

C

CAIRO JÚNIOR, José – 02, 03/51, 08/61

CAPLAN, Luciana – 03/83

CARREIRO, Luciano Dorea Martinez – 03/55, 06/99

CARVALHO, Ilce Marques de – 05/29

CASTELO, Jorge Pinheiro – 02

CERQUEIRA, Társis Silva de – 11

CHAVES, Luciano Athayde – 12

CHEHAB, Gustavo Carvalho – 09/93, 10

COSMOPOLIS, Mario Pasço – 01/169

COUTINHO, Grijalbo – 03/77

CRUZ, Gabriel Dias Marques da – 06/115

CUNHA, Anselmo Santos – 08/73

D

DALLEGRAVE NETO, José Affonso – 01/104, 04/241

DIAS, Sérgio Novais – 02

DINIZ, Ana Paola Santos Machado – 06/77, 08/49

DOURADO, Stoessel – 02

DUTRA, Renata Queiroz – 07/187

F

FARIA, Márcio Vieira Alves – 02

FELICIANO, Guilherme Guimarães – 11

FERNANDES, Rosemeire Lopes – 08/65

FERREIRA, Angélica de Mello – 05/29

FERREIRA, Renata Cirne – 07/137

FILAS, Rodolfo Capón Filas – 02

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa – 02

G

GHIONE, Hugo Barreto – 01/157

GRANJA, Tatiana de Almeida – 04/137

GUEDES, Márcia Novaes – 08/43

H

HAGE, Hineuma Márcia Cavalcanti – 05/29, 07/53

J

JUCÁ, Paulo Viana de Albuquerque – 09/117

L

LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de – 12

LOMBA, Luiza Aparecida Oliveira – 11

LOPES, Otávio Brito – 02

LUDWIG, Guilherme Guimarães – 03/43, 03/83, 04/253, 05/149, 06/19, 06/85, 08/41, 10, 11, 12

M

MACHADO, Eloína Maria Barbosa – 05/137

MALLET, Estevão – 01/68

MARQUES, Soraya Gesteira de A Lima – 05/29

MATTOS, Luiz Roberto – 06/107

MEIRELES, Edilton – 01/25, 05/113, 07/41, 09/83, 11, 12

MENEZES, Priscila Cunha Lima de – 10

N

NASCIMENTO JÚNIOR, Rubem Dias do – 07/91, 09/131

NASCIMENTO, Josneide Jeanne Carvalho – 06/91

NEVES, Nélia de Oliveira – 04/77, 05/29

NOVAIS, Louise de Oliveira Batista – 05/137

O

OLIVEIRA, Antônio Carlos – 03/19, 04/19

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio – 08/103, 12

P

PAIVA, Mário Antônio Lobato – 02

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga – 01/36, 06/53, 07/109, 10, 11, 12

PESSOA, Valton – 04/261

PINHEIRO, Alice Maria da Silva – 05/29

PINTO, José Augusto Rodrigues – 01/119, 02, 04/45, 05/163, 05/193, 11

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro – 07/101, 12

PORTO, Carla Teresa Baltazar da Silveira – 09/19

PORTO, Noemia Aparecida Garcia – 11

Q

QUADROS, Ismênia Ferreira – 04/37

R

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim – 01/129

ROCHA, Andréa Presas – 08/19, 10, 12

S

SADY, João José – 01/93

SAPUCAIA, Mônica Aguiar – 05/29

SILVA FILHO, Agenor Calazans da – 05/23, 07/19

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira – 02

SOBRAL, Jeana Silva – 08/55

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz – 04/233

SOUSA, Ana Luisa Aguiar de – 11

SOUZA, João Batista Sales – 05/157

STERN, Maria de Fátima Coelho Borges – 04/253

T

TEIXEIRA FILHO, João de Lima – 01/83

TRINDADE, Washigton Luiz da – 02

TUPINAMBÁ, Dalzimar – 02

V

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do – 11, 12

VARELA, Maria da Graça Antunes – 12

VEIGA, Lucyenne Amélia de Quadros – 09/105

VILLATORE, Marco Antônio César – 02

W

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira - 12

JURISPRUDÊNCIA

A

AGLE, Maron – 01/313, 01/319

AGUIAR, Ilma – 01/327, 01/340, 01/368

ALMEIDA NETTO, Joaquim de – 01/293

ALMEIDA, George Santos – 03/157, 04/324, 07/258, 09/181, 10

ÁLVARES, Janair Tolentino – 08/231

AMADO, Elisa – 03/288, 04/450, 05/372, 07/361

ANDRADE, Dalila Nascimento – 03/280, 04/443, 06/277, 08/283, 10

AQUINO, Antonio Ricardo de Souza – 10

ARAÚJO NETO, Gorgônio José de – 01/202

AZEVEDO, Dorotéia Silva de – 03/149, 04/315, 08/223

B

BAPTISTA, Ana Claudia Scavuzzi – 05/275

BARBUDA, Cássio Everaldo Meyer – 03/131, 04/311, 06/229, 07/236

BARRETO, Mário Vivas de Souza – 03/216, 04/400

BASTOS, Silvana Britto de Miranda – 08/269, 09/296

BATISTA, Geovane de Assis – 04/329, 05/284, 05/320, 06/238

BELOV, Marúcia da Costa – 08/141, 09/237

BEZERRA, Ana Lúcia – 02, 03/264, 04/439, 06/275

BONESS, Graça – 03/296, 04/457, 07/369

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas – 01/230, 03/266, 07/343, 08/279

BRITTO, Carlos Ayres – 05/265

C

CAIRO JÚNIOR, José – 01/235, 03/192

CARNEIRO, Marama – 01/266, 01/290, 01/304, 02

CARREIRO, Luciano Dorea Martinez – 05/342, 06/251, 07/288

CARVALHO, Karina Freire Araujo de – 06/243, 07/285

CERQUEIRA, Edlamar Souza – 07/249

CHAVES, Vânia – 05/381, 07/442, 09/364

COSTA, Cláudio Kelsch Tourinho – 03/135, 06/233, 07/242

COSTA, Margareth Rodrigues – 06/297, 08/315

COUTO, Paulino – 01/301, 01/338, 01/359, 01/366, 02, 03/316

CRUZ, Nadva Nascimento da – 06/266, 07/326

CUNHA, Carla Fernandes da – 03/115, 04/289, 06/196, 07/225, 09/151

D

DINIZ, Ana Paola Santos Machado – 03/102, 04/282, 09/143

DOVAL, Cláudia Uzeda – 08/219

F

FEITOSA, Ronaldo Solano – 09/288, 10

FELIZOLA, Alcino – 03/261, 04/435, 07/339

FERNANDES, Rosemeire Lopes – 08/179, 10

FIGUEIRÔA, Raymundo – 01/285, 01/362, 02, 03/319

FRANÇA, Sônia – 08/319

FREITAS, Maurício Lopez – 03/225, 04/418, 07/301

FREITAS, Rita de Cassia Suzart – 09/275, 10

FRERICHS, Norberto – 10

G

GAUDENZI, Renata Sampaio – 10

GRIMALDI, Flávia Viana – 09/165

GUIMARÃES, Benilton – 06/191

GUTEMBERG, Washington – 10

H

HAGE, Hineuma Márcia Cavalcanti – 10

J

JUCÁ, Paulo Viana de Albuquerque – 03/227, 04/421, 08/161, 10

K

KARR, Delza – 03/285, 05/367, 07/359

L

LARANJEIRA, Graça – 03/300, 04/462, 05/299, 06/293, 07/373, 08/295, 09/338

LEITE, Odimar – 01/310, 01/323, 01/332

LINHARES, Lourdes – 03/308, 04/471, 07/382

LOMBA – Luíza Aparecida Oliveira – 03/204, 04/483, 07/421, 08/305, 09/344

LUDWIG, Andrea Barbosa Mariani da Silveira – 03/106, 04/286, 06/183, 07/221, 08/217, 09/148

LUDWIG, Guilherme Guimarães – 03/163, 04/342, 07/269, 08/227, 09/193, 10

M

MACHADO, Débora – 04/448, 06/289, 07/352, 08/289, 09/313

MACHADO, Eloína Maria Barbosa – 03/154, 04/321

MAGALDI, Ivana Mércia Nilo de – 07/377

MARQUES, Soraya Gesteira de Azevedo Lima – 06/269

MATEUS, Vivianne Tanure – 03/242, 05/292, 08/189

MEIRELES, Edilton – 09/322

MELLO JÚNIOR, Milton José Deiró – 02, 05/346, 08/155

MELO, Gisélia de Albuquerque Mangueira – 09/174

MUNIZ, Janaína Cunha Dias Scofield – 03/182, 04/348

MUNIZ, Mirella Grassi – 02

N

NEVES, André Oliveira – 05/277, 05/313, 06/171, 10

NEVES, Nélia – 02, 03/312, 06/304

NOVELLI, Carla Mascarenhas de Oliveira – 03/118, 04/294, 05/279, 06/213

NUNES, Lea Reis – 01/193, 07/385, 08/301, 09/341

O

OLIVEIRA, Esequias de – 03/291, 04/454, 07/365

OLIVEIRA, Gilmar Carneiro – 01/213

OLIVEIRA, Juvencio Marins de – 08/235

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio – 09/253

OLIVEIRA, Valtércio de – 05/379, 06/307, 07/437, 08/321, 09/351, 10

OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de – 09/263, 10

P

PAIVA, José Luiz da Costa – 08/131, 09/218, 10

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga – 07/332, 08/265

PESSOA, Roberto – 01/347, 01/376, 01/379, 02

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro – 02, 03/326, 04/487, 07/433

PIRES, Horácio Senna – 01/296, 01/307, 01/334, 01/356, 02, 07/449, 07/459, 07/470, 08/327, 08/337, 08/341

PORTO, Carla Teresa Baltazar da Silveira – 10

PRATA, Marcelo Rodrigues – 01/224, 03/210, 04/383, 08/311

R

RIBEIRO, Kátia Virgínia Oliveira – 06/246

S

SAMPAIO, Maria Angela M. – 08/243

SANTOS, Dilza Crispina Maciel – 10

SAPUCAIA, Mônica Aguiar – 07/306, 08/257, 09/246

SEPÚLVEDA, Nylson – 01/245, 01/254, 01/260

SILVA FILHO, Agenor Calazans da – 01/219, 02, 03/91, 04/279, 05/273, 05/307

SIMÕES, Renato Mário Borges – 10

SOARES, Paulo César Temporal – 03/232

SOUZA, Ana Luíza Aguiar de – 03/98

SOUZA, Ivo Daniel Póvoas de – 07/275, 09/201

STERN, Fátima – 09/223

T

TEIXEIRA, Silvia Isabelle Ribeiro – 10

TOURINHO, Lysandro – 01/269, 01/374

V

VALVERDE FILHO, Marco Antonio de Carvalho – 06/255, 07/294, 08/239

VEIGA, Lucyenne Amélia de Quadros – 10

VIEIRA, Lisiane – 03/197, 04/362

VIEIRA, Luiz Tadeu Leite – 03/330, 04/479, 05/302, 05/372, 07/415, 10

Índice remissivo por assunto

(A indicação remete ao número da revista / página inicial)

A

Abandono de emprego – 03/106, 04/19

Abuso do direito – 10

Ação anulatória – 04/462

Ação cautelar – 01/247

Ação civil pública – 01/202, 03/131, 03/192, 04/294, 05/279, 07/288, 10

Ação coletiva – 10

Ação de cobrança – 05/346

Ação declaratória incidental – 02

Ação individual – 10

Ação rescisória – 01/254, 01/260, 01/319, 01/340, 02, 07/339, 07/365

Acesso à Justiça – 10

Acidente de trabalho – 03/25, 03/51, 03/118, 03/163, 04/479, 05/367, 05/372, 05/381, 06/85, 07/25, 07/249, 07/343, 07/421, 08/27, 08/131, 08/141, 08/179, 09/237, 09/275, 10, 12

Acordo coletivo – V. Negociação coletiva.

Acordo judicial – 02

Adicional por tempo de serviço – 02

Adjudicação – 01/254, 03/312

Administração pública – 03/98, 03/232, 03/264, 03/280, 04/27, 04/321, 06/19, 06/251, 12

Advogado – 03/91, 03/204, 03/216, 07/437

Agente comunitário de saúde – 07/373, 10

Agravo de instrumento – 02, 08/295

Agravo de petição – 09/83, 09/338, 09/341

Alienação do trabalho – 11

Alimentos – 12

Alteração contratual – 03/102

Amianto – 08/27

Anistia política – 10

Antecipação da tutela – V. Tutela antecipada.

Aposentadoria – 01/93, 01/193, 01/224, 02

Argüição de inconstitucionalidade – 01/17

Arrematação – 08/327

Asbesto – V. Amianto

Assédio Moral – 09/313, 10

Assédio Processual – 12

Atleta profissional de futebol – 03/316

Ato atentatório à dignidade da justiça – 08/269

Ato de julgar – 11

Autonomia privada – 12

Averbação da penhora – 09/148

B

BACEN-JUD – 04/253, 04/261, 08/217, 08/319

Banco de dados – 08/49

Banco de horas – V. Compensação de jornada.

Bem de família – 08/227

Bens do sócio – 01/290, 01/323, 02, 08/235, 08/257, 08/265

C

Cabo eleitoral – 04/342

Cédula rural – 02

Cerceamento de defesa – 01/280

Cláusula penal – 02

Coisa julgada – 01/347, 02, 07/242, 07/269, 07/339

Comissões de conciliação prévia – 02

Compensação de jornada – 01/104

Competência – 01/17, 01/25, 01/230, 01/296, 04/462, 04/479, 05/19-381, 07/27, 07/101, 07/437, 08/239, 08/327, 10

Complementação de aposentadoria – 01/230, 04/471

Concordata – 09/338

Concurso público – 01/224, 10

Condições degradantes e desumanas – 10

Condutas anti-sindicais – 06/99, 09/263

Conexão – 07/433

Confissão – 01/280, 01/340, 03/182, 03/204

Conflito de competência – 01/17, 05/233, 05/265

Contrato da agência e distribuição – 05/29

Contrato de arrendamento – 02, 04/418

Contrato de assistência comercial – 07/361

Contrato de estágio – 06/229, 06/233, 06/243, 06/293

Contrato de franquia – 04/311

Contrato de mandato – 05/29

Contrato de parceria – 05/29, 06/269, 06/275

Contrato de safra – 07/236

Contrato de sociedade – V. Sociedade

Contrato de transporte – 05/29

Contratos administrativos – 05/23, 05/273, 05/370, 05/379

Contratos civis – 05/29

Contribuições previdenciárias – 01/25, 08/231

Convenção coletiva – V. Negociação coletiva.

Cooperativa de trabalho – 03/157, 04/443, 06/19, 06/191, 06/289, 07/285, 11

Cooperativa pecuária – 02

Corretagem – 05/29, 09/364

Corretor de seguro – 03/300

Culpa presumida – 09/275

Custas processuais – 01/17

D

Dano genérico – 09/296

Dano moral – 01/285, 02, 03/106, 03/197, 03/288, 03/319, 04/374, 04/400, 05/372, 06/107, 07/301, 07/343, 07/470, 08/43, 08/131, 08/141, 08/155, 10

Dano moral coletivo – 09/263, 10

Depoimento pessoal – 02

Depósito recursal – 02

Desconsideração da personalidade jurídica – 01/290, 01/323, 02

Desconstituição judicial de sindicato – 10

Despedida – V. Dispensa

Dever de contratar – 11

Devido processo legal – 09/322, 11, 12

Diarista – 06/238

Dignidade da pessoa humana – 09/19, 09/288, 09/344, 09/351

Direito à Intimidade – 08/49

Direito de greve – 05/113, 05/279, 05/299, 05/233

Direito internacional – 04/233

Direito potestativo - 10

Direitos da personalidade – 04/137, 04/211, 10

Direitos fundamentais – 08/103, 11, 12

Direitos individuais homogêneos – 04/294

Direitos personalíssimos – 06/77, 06/115, 06/145

Direitos transindividuais – 09/296

Diretor de sociedade anônima. – 08/189, 08/219

Dirigente sindical – 01/129

Discriminação – 01/68, 03/37, 03/65, 03/266, 07/137, 07/187, 07/385, 09/143, 10

Dispensa – 10, 11

Dispensa abusiva – 08/43, 10

Dívida de pequeno valor – 04/27

Documento novo – 02

Doença ocupacional – V. Acidente de trabalho

Dono da obra – 08/41

Doutrina da agregação de valores – 10

Duração da jornada – V. Horário extraordinário.

Duração do contrato – 01/104

E

Economia do trabalho – 07/19

Efetividade processual – 01/36, 01/68, 02, 04/253

Eficácia preclusiva da coisa Julgada – 07/242, 07/269, 07/339

Eleições sindicais – 05/292

Embargos à arrematação – 02

Embargos de declaração – 03/43, 04/448

Embargos de terceiro – 02, 08/257

Empregado doméstico – 03/19, 06/238, 12

Empregado estrangeiro – 07/459

Empregado público – 03/232, 03/280, 09/322, 11

Empreitada – 05/29

Empresa pública – 10

Enquadramento sindical – 09/218

Ente público – 10

Enunciado 310 do TST – 04/348

Equiparação salarial – 02

Erro médico – 04/31

Espólio – 08/141

Estabilidade – 01/129, 01/260, 01/273, 04/383, 10

Estipulação em favor de terceiros – 07/225

Exceção de pré-executividade – 03/225, 08/235

Execução – 01/25, 01/254, 01/290, 01/301, 01/338, 02, 03/210, 03/225, 03/261, 03/312, 03/326, 04/253, 04/261, 05/223, 05/233, 07/382, 08/217, 08/219, 08/223, 08/227, 08/231, 08/235, 08/239, 08/243, 08/257, 08/265, 08/269, 08/279, 08/283, 08/289, 08/295, 08/301, 08/305, 08/315, 08/319, 08/321, 08/327, 08/337, 08/341, 09/83, 09/131, 09/148, 09/246, 09/341, 11

Execução Provisória – 02, 08/305

Extinção contratual – V. Rescisão contratual.

F

Falta grave – 03/285, 08/155

Férias – 01/104 02, 04/450

FGTS – 01/296, 02, 03/330, 04/329

Flexibilização – 01/51, 01/104, 07/53

Fraude à execução – 03/210, 08/265, 09/148

Função de confiança – 07/326

Fundo de garantia das execuções trabalhistas – 05/163

G

Garantia de emprego – 01/83, 01/129, 01/260, 01/273, 04/383, 07/41

Globalização – 01/51, 07/53

Greve – 11

H

Habeas corpus – 01/301, 03/308, 05/113, 05/233

Habeas data – 05/113, 05/233

Hermenêutica – 08/103

Hipoteca – 08/327

História do Direito do Trabalho – 12

Honorários advocatícios – 05/320, 05/346, 07/437, 08/311

Honorários periciais – 06/91

Horário extraordinário – 01/104 01/269, 01/304, 04/37

Horas extras – 09/117

Horas in itinere – 02

I

Imparcialidade – 11

Incidência tributária – 04/471

Incidente de falsidade – 04/324

Inépcia da petição inicial – 01/219, 07/332

Informática – 08/49

Inquérito judicial – 08/155

Interdito proibitório – 05/299

Interpretação conforme – 12

Intervalo intrajornada – 09/151

Intimidade (direito à) – 03/55, 03/197, 04/137, 04/374

J

Jogo do bicho – 04/286, 09/193

Juízo arbitral – 07/415

Jurisdição voluntária – 07/352

Jurisprudência – 09/93

Jus variandi – 01/51, 09/19

Justa causa – 01/285, 07/449, 10, 12

Justiça do Trabalho – 02, 03/77

Justiça gratuita – 06

L

Lance vil – 08/279, 08/321

Leilão – 08/239

Liberdade sindical – 01/129

Licitação – 07/225

Lide simulada – 07/288, 10

Liquidação de sentença – 04/362

Litigância de má-fé – 01/310, 02, 03/216, 04/324, 07/306

Litisconsórcio passivo necessário – 03/326

Litispendência – 10

M

Mandado de segurança – 01/313, 04/454, 05/113, 05/137, 05/233, 05/284, 05/302, 07/382, 08/315

Médico empregado – 09/201

Medida provisória – 01/323

Mercosul – 01/51, 08/73

Metodologia cartesiana – 10

Motivação na dispensa por empresa pública – 10

Multa de 40% sobre o FGTS – 03/330, 04/289, 04/435

N

Negociação coletiva – 01/83, 01/213, 01/235, 01/266, 02, 03/55, 03/242, 07/53

Negociação coletiva – 09/223

Nexo técnico epidemiológico – 08/65, 08/179

Nomeação de bens – 08/283

Nulidade – 01/280, 01/327, 01/338, 03/102, 03/115, 03/232, 03/280, 03/296, 10

O

Objeto ilícito – 04/286, 10

Ofensas físicas – 10

Ônus da prova – 01/68, 01/379, 08/43, 08/141, 08/179

Ônus da prova – 09/364

Opção retroativa – 02

Ordem de preferência na penhora – 04/253, 04/261, 04/457

Órgão gestor de mão de obra – 05/313, 09/253

Orlando Gomes – 10

P

Pacto rural a prazo certo – 07/236

Parceria – V. Contrato de parceria.

Participação nos lucros – 03/102

Pedido de demissão tácito – 09/181

Penalidades administrativas – 05/113, 05/233

Penhora – 01/290, 01/323, 01/338, 02, 04/253, 04/261, 04/457, 08, 09/148

Penhora em conta salário – 10

Perda de uma chance – 09/165

Periculosidade – 09/174

Pesquisa em Direito – 10

Petrobras – 10

Plano de cargos e salários – 03/135, 04/315

Plano de saúde – 07/221, 09/344

Portadores de necessidades especiais – 03/37, 07

Pós-positivismo – 10

Precarização – 09/105

Precatório – 03/264, 04/27, 08/341

Preclusão – 08/301

Preposto – 03/182, 03/204

Pré-questionamento – 04/448

Prescrição – 01/334, 02, 03/135, 03/154, 03/261, 03/291, 03/330, 04/289, 04/315, 04/329, 04/435, 06/85, 07/365, 09/246, 12

Primazia da realidade – 01/157, 01/356, 03/227, 07/377, 09/364

Princípio da boa-fé objetiva – 10

Princípio da dignidade – 06/115, 06/145, 09/19, 09/288, 09/344, 09/351

Principio protetor (*in dubio pro operario*) – 12

Princípio da transcendência – 04/45

Princípios – 01/68, 01/157, 01/169, 01/356, 03/25, 03/37, 03/55, 03/65, 03/197, 03/227, 03/266, 04/45, 04/87, 05/149, 06/77, 06/85, 06/115, 06/145, 07/377, 08/19, 08/103, 09/19, 09/288, 09/344, 09/351, 09/364, 10, 12

Prisão civil – 12

Privatização – 03/135

Procedimento – 05/113, 05/149, 05/157, 05/163

Procedimento sumaríssimo – 02

Processo seletivo – 05/313, 07/301

Processo sincrético – 11

Professor – 04/37

Promoção – 09/165

Protesto judicial – 03/154

Prova ilícita – 08/19

Prova testemunhal – 02

Provas – 12

Publicação da lei – 01/307, 04/321

R

Racismo – 10

Radialista – 01/293

Readmissão – 10

Reconvenção – 07/433

Recurso de revista – 01/17

Recurso ordinário – 04/483

Recursos trabalhistas – 11

Reforma do Poder Judiciário – 03/77, 05/193

Reforma sindical – 02

Regime jurídico – 02, 04/321, 10

Reintegração – 01/260, 01/273, 03/232, 03/266, 10

Relação de consumo – 05/29, 05/219, 05/275, 07/101, 07/437

Relação de trabalho – 05/29, 05/105, 05/219, 05/275, 07/101, 07/437, 10

Repouso semanal remunerado – 09/117

Representação comercial – 05/29

Representação sindical – 05/113, 05/233, 05/273, 05/284, 05/324

Rescisão contratual – 01/93, 01/193, 03/106, 03/232, 03/266, 03/280

Responsabilidade civil – 03/51, 03/106, 03/118, 03/163, 03/197, 03/266, 03/288, 03/319, 04/37, 04/241, 07/25, 07/249, 07/343, 07/421, 08/55, 08/131, 08/141, 08/179, 11

Responsabilidade objetiva. – 07/249, 07/343

Responsabilidade pós-contratual – 04/241

Responsabilidade solidária – 04/418

Revista íntima – 03/197, 04/374, 06/107, 10

Revista vexatória – 07/470, 10

Robert Alexy – 10

S

Salário *in natura* – 01/271

Segurança no trabalho – 03/25, 03/51, 03/118, 03/163, 04/400

Sentença – 02

Sentença líquida – 09/341

Servidores estatutários – 05/23, 05/163, 05/307, 05/370

Sindicato – 01/129, 01/359, 06/99, 10

Sociedade – 05/29, 06/277

Sociedade de economia mista – 03/264

Sócio – V. Bens do sócio.

Sopão – 10

Substituição processual – 04/348, 10

Sucessão de empresas – 01/193, 01/362, 01/366, 01/368, 02

Súmula – 09/93

Suspensão da execução – 01/247, 01/313

T

Taxa condominial – 07/359

Teletrabalho – 01/119, 08/61

Teoria da incorporação de promessas – 10

Teoria do risco – 09/237, 09/275

Terceirização – 01/51, 01/202, 06/19, 06/171, 06/183, 06/191, 06/213, 06/289, 06/297, 06/307, 07/275, 07/285, 08/41, 08/243, 09/105, 10, 11

Terminal portuário privativo – 10

Termo de ajuste de conduta – 08/243

Trabalhador avulso – 01/374

Trabalho a tempo parcial – 02

Trabalho autônomo – 05/29, 06/196, 06/238, 06/246, 06/266, 06/304

Trabalho da mulher – 07/187

Trabalho em condições perigosas – 07/369

Trabalho portuário – 09/253

Trabalho temporário – 03/115

Trabalho virtual – 08/61

Transação extrajudicial – 01/235, 01/266, 01/376, 02, 07/415

Transporte de valores – 10

Turnos de revezamento – 02

Tutela antecipada – 01/36, 01/68, 02, 03/83, 03/192, 10

U

Ultratividade da norma coletiva – 01/213, 02

União Homoafetiva – 10

V

Vendedor pracista – 03/149