

---

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA  
**ASSOCIAÇÃO** DOS  
**MAGISTRADOS**  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

ANO 2 • Nº 4

ISSN 2358-0038

2º SEMESTRE • 2014



AMATRA.2

**ESPECIAL:**  
**HOMENAGEM A CARLOS MOREIRA DE LUCA**

**Coordenação:** Diretor Cultural da AMATRA-2, Desembargador Aposentado Carlos Francisco Berardo  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Marcelo Azevedo Chamone  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani

**Colaboração:** Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha  
Desembargadora Maria Cristina Fisch  
Juiz Hércio Luiz Adorno Júnior

---

**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA  
ASSOCIAÇÃO DOS  
MAGISTRADOS  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

**ANO 2 • Nº 4**

**ISSN 2358-0038**

**2º SEMESTRE • 2014**



**ESPECIAL:**

**HOMENAGEM A CARLOS MOREIRA DE LUCA**

**Coordenação:** Diretor Cultural da AMATRA-2, Desembargador Aposentado Carlos Francisco Berardo  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Marcelo Azevedo Chamone  
Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani

**Colaboração:** Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha  
Desembargadora Maria Cristina Fisch  
Juiz Hécio Luiz Adorno Júnior

Ficha catalográfica: Coordenadoria de Biblioteca TRT/ 2ª Região

Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da  
Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos  
Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). – Ano 2,  
-- n.4 – (2. sem. 2014) – . -- São Paulo, 2014-.

v. : 26cm

Semestral

ISSN: 2358-0038

1. Direito do Trabalho - Periódico 2. Direito Processual  
Do Trabalho. 3. Direitos Humanos. I. Associação dos  
Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região)

CDU 34:331(05)

## **CARO ASSOCIADO,**

**C**om muita satisfação, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos Associados da Entidade, a 4ª (quarta) edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem ao nosso querido Associado Carlos Moreira de Luca que sempre exerceu a Magistratura visando à construção de uma sociedade justa e democrática.

Continuamos a cumprir o nosso importante papel de estimular à busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica, funções institucionais de suma relevância de nossa Associação, engajada e protagonista na construção de um futuro em que todo cidadão tenha vida e trabalho digno.

Os excelentes artigos abordam com profundidade temas atuais e relevantes, que em muito contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional. Esperamos que a leitura desta edição inspire uma participação ainda maior dos colegas para os próximos números.

Agradeço a colaboração dos participantes desta revista, especialmente, aos Associados Carlos Francisco Berardo, Marcelo Chamone, Rodrigo Garcia Schwarz, Maria Cristina Fisch e Hécio Luiz Adorno, que tanto contribuíram para o lançamento dessa edição.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Abraços

**FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA**  
Vice-Presidente da AMATRA-2



AMATRA-2

**AMATRA-2**

Associação dos Magistrados  
da Justiça do Trabalho da Segunda Região

**Conselho Editorial:**

**Patricia Almeida Ramos** Presidente

**Fábio Ribeiro da Rocha** Vice-Presidente

**Carlos Francisco Berardo** Diretor Cultural

**Marcelo Azevedo Chamone** Diretor Cultural Adjunto I

**Juiz Fábio Moterani** Diretor Cultural Adjunto II

**Rodrigo Garcia Schwarz** Diretor de Direitos Humanos

**Maria Cristina Fisch**

**Hélcio Luiz Adorno Júnior**

**Diretoria Executiva:**

**Patricia Almeida Ramos**

Presidente

**Fábio Ribeiro da Rocha**

Vice-Presidente

**Isabel Cristina Quadros Romeo**

Diretora Secretária

**Farley R. de C. Ferreira**

Diretor Financeiro e de Patrimônio

**Carlos Francisco Berardo**

Diretor Cultural

**Silvana Louzada Lamattina**

Diretora Social

**Valéria Nicolau Sanchez**

Diretora de Benefícios

**Jefferson Amaral Genta**

Diretor de Esportes e Lazer

**Richard W. Jamberg**

Diretor de Assuntos Legislativos

**Maurício Marchetti**

Diretor de Assuntos Institucionais

**Rodrigo Garcia Schwarz**

Diretor de Direitos Humanos

**Marcio Mendes Graconato**

Diretor de Direitos Humanos

**Marcelo Azevedo Chamone**

Diretor Cultural Adjunto

**Fernanda Zanon Marchetti**

Diretora Social Adjunta I

**Raquel Gabbai de Oliveira**

Diretora Social Adjunta II

**Tatiana A. J. E. H. B. Maranesi**

Diretora de Benefícios Adjunta

**Comissão de Prerrogativas Titulares:**

Rosana de Almeida Bueno, Maria Fernanda de Queiroz da Silveira e Daniel Rocha Mendes

**Comissão de Prerrogativas Suplentes:**

Ivete Ribeiro, Marco Antonio dos Santos e Rodrigo Acuio

**Conselho Fiscal Titulares:**

Cristina Ottoni Valero, Magda Cristina Muniz e Lúvia Lacerda Menendez

**Conselho Fiscal Suplentes:**

Renata Bonfiglio e André Eduardo Dorster Araújo

**Diretoria de Aposentados:**

Amador Paes de Almeida, Maria Alexandra Kowalski Motta e Maria Luiza Freitas

**Comissão de Juízes Titulares:**

Adriana Prado Lima, Maurílio de Paiva Dias, Aparecida Maria de Santana e Rogéria do Amaral

**Comissão de Juízes Substitutos:**

Fernanda Miyata Castello Branco, Juliana Dejavitte dos Santos, Katiussia Maria Paiva Machado e Juliana Eymí Nagase

**Diretoria de Guarulhos e Região:**

Anneth Konesuke e Renata Simões Loureiro Ferreira

**Diretoria de Osasco e Região:**

Maurílio de Paiva Dias e Juliana Jamtchek Grosso

**Diretoria da Região do ABC:**

Elisa Maria de Barros Pena e Diana Marcondes Cesar Kambourakis

**Diretoria da Baixada Santista:**

Adalgisa Lins Dornellas Glerian e Igor Cardoso Garcia

**AMATRA-2**

Av. Marquês de São Vicente, 235 – Bl. B- 10º Andar – Barra Funda - São Paulo - SP  
CEP 01139-001 – Telefone: (11) 3392 4996, (11) 3392 4997 – Fax: (11)3392 4727

**Arte:**

Ariana Assumpção

ariana.assump@gmail.com

## SUMÁRIO

### HOMENAGEM A CARLOS MOREIRA DE LUCA

A HISTÓRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – Patricia Almeida Ramos ..... 6

### DOCTRINA DIREITO DO TRABALHO..... 7

AS REGRAS DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE – Fábio Ribeiro da Rocha e Adalberto Martins ..... 7

OS DANOS SOCIAIS E A POSTURA DO JUIZ – André Eduardo Dorster Araujo ..... 15

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO – Laércio Lopes da Silva ..... 22

### DOCTRINA DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO ..... 36

INTERROGATÓRIO E O DEPOIMENTO PESSOAL NO PROCESSO DO TRABALHO – Amador Paes de Almeida ..... 36

DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS. PRINCÍPIO DA IMUNIDADE TEMPERADA ADOTADA PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL – Francisco Antonio de Oliveira ..... 39

OS PODERES DE DIREÇÃO DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO PELO JUIZ DO TRABALHO – Helcio Luiz Adorno Júnior  
e Mariana Vilas Bôas Borba ..... 46

EXECUÇÃO TRABALHISTA: POSSIBILIDADE DE PENHORA DE UM ÚNICO BEM DE FAMÍLIA DE VALOR  
SUNTUOSO – André Cremonesi ..... 53

### DOCTRINA DIREITOS HUMANOS ..... 55

OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:  
NA FRONTEIRA DOS DIREITOS HUMANOS – Rodrigo Garcia Schwarz ..... 55

### DOCTRINA ESTRANGEIRA..... 71

EL ACCESO A TUTELA JUDICIAL EFECTIVA LABORAL - Cesar Arese ..... 71

### DOCTRINA HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO ..... 79

BREVE NARRATIVA DAS CONDIÇÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO PAULISTA EM 1968 DURANTE  
O REGIME MILITAR – Ney Edison Prado ..... 79

### LEGISLAÇÃO ..... 81

### JURISPRUDÊNCIA..... 82

**PATRICIA ALMEIDA RAMOS**

Juíza Titular da 69ª Vara do Trabalho de São Paulo  
 Presidente da AMATRA-2 nos biênios 2012-2014 e 2014-2016  
 Mestre em Ciências Jurídico-Laborais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**CARLOS MOREIRA DE LUCA:  
A HISTÓRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Neste quarto número da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região temos a honra de homenagear o colega Desembargador Aposentado Carlos Moreira de Luca.

Sua brilhante carreira na Magistratura iniciou-se em 25 de julho de 1980, quando empossado no cargo de Juiz Substituto. Três anos depois, em 09/09/1983, foi promovido ao cargo de Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Suzano. A partir daí, assumiu a titularidade de diversas Varas deste Regional, o que possibilitou um amplo conhecimento da realidade e das necessidades dos Juizes e Servidores: 45ª Vara do Trabalho de São Paulo, em 20/02/1984; 43ª Vara do Trabalho de São Paulo, em 11/05/1984; 1ª Vara do Trabalho de Franco da Rocha, em 02/06/1988 e, novamente, a 45ª Vara do Trabalho de São Paulo, em 19/04/1990.

Finalmente, em 13/07/1993, foi promovido à 2ª Instância, onde permaneceu até sua aposentadoria em 10/07/1995. Aposentou-se, mas não deixou de atuar em prol do Direito do Trabalho, exercendo a advocacia em escritório próprio.

Além da grandiosa atuação jurisdicional, o Desembargador Carlos Moreira de Luca teve destaque no associativismo, fazendo história em sua gestão frente à AMATRA-2. O Magistrado tomou posse no cargo de Presidente da Associação em 02 de abril de 1994 e iniciou seus trabalhos de forma pioneira, lançando o “Jornal Magistratura & Trabalho”, órgão oficial de comunicação da Entidade.

O jornal criado por nosso homenageado, além de noticiar questões atinentes à vida Associativa, solidificou-se como um fórum de discussões das questões que envolviam a Magistratura do Trabalho como: veto a projetos de leis, o regime democrático, a construção de um novo Fórum Trabalhista etc.

A primeira edição do periódico, datada de abril/maio de 1994, já alertava para problemas que assolam TRT-2 atualmente; em entrevista, o Desembargador Carlos Moreira de Luca apontava a urgente necessidade de ampliação dos recursos humanos e materiais do Tribunal Regional em prol da efetiva prestação jurisdicional.

Tal jornal continua sendo o principal canal de comunicação entre a Entidade e os Associados. Um dos grandes legados que nosso homenageado deixa à Associação e ao que nós só temos a agradecer.

O querido Desembargador Carlos Moreira de Luca é, particularmente, para mim, uma referência não só como líder associativo de vanguarda e combatividade destacada, mas também como exímio profissional e ser humano incrível, dotado de senso de justiça ímpar.

Nós da AMATRA-2 temos orgulho em ter sua biografia como parte de nossa História.

**FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA**

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.  
 Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
 Pós-Graduado em Direito Constitucional pela PUC/SP.  
 Pós-Graduado em Direito Processual do Trabalho pela FADISP.  
 Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP.  
 Vice-Presidente da AMATRA-2 (Associação dos Magistrados do Trabalho de São Paulo).

**ADALBERTO MARTINS**

Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.  
 Professor Doutor da Faculdade de Direito da PUC/SP (graduação e pós-graduação).  
 Professor Doutor (licenciado) dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor convidado do Instituto Nacional de Pós-Graduação (INPG). Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

**AS REGRAS DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE**

**RESUMO:** O presente artigo analisará a natureza e os direitos inerentes à proteção da maternidade, especialmente no que respeita a vedação da discriminação no mercado de trabalho. Verificará a evolução histórica e legislativa do trabalho da mulher e os direitos constitucionais conquistados, inclusive, o período de gestação, com a devida intervenção do Estado com o escopo de prestigiar o princípio da igualdade. E, por fim, será analisada a mudança de interpretação da legislação pela via jurisprudencial, com a finalidade de cumprir os princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho, bem como de proteção à maternidade.

**PALAVRAS CHAVES:** Trabalho da Mulher - Proteção à Maternidade - Ausência de Discriminação – Intervenção Estatal – Dignidade da Pessoa Humana.

**ABSTRACT:** This article will examine the nature and inherent rights to maternity protection, especially regarding the sealing of discrimination in the labor market. Verify the historical and legislative developments of women's work and the constitutional rights won, including the period of gestation, with proper government intervention to allow for greater equality with the man's work. Finally, the change will be considered the interpretation of legislation by the judicial route, with scope to fulfill the principle of human dignity and protection of motherhood.

**KEYWORDS:** Woman's Work – Maternity Protection – No Discrimination – State Intervention – Human Dignity.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Evolução Histórica da Legislação de Proteção à Maternidade – 3. – Proteção à Maternidade – 4. Considerações finais – 5. Bibliografia.

**1. Introdução**

Não há dúvida de que a empregada gestante necessita de cuidados especiais e de maior proteção devido ao seu estado gravídico, levando em consideração a dificuldade que enfren-

tará ao tentar conseguir uma nova colocação no mercado de trabalho.

A intervenção estatal, por meio de legislação protetiva inerente à mulher, decorre do tratamento desigual atribuído às empregadas, bem como do fato de que sua contratação, em geral, aumenta os custos para o empregador.

Assim, pode-se afirmar que tal proteção, fixada na ordem constitucional com eficácia limitada (por se tratar de norma dependente de posterior regulamentação), se traduz na estabilidade no emprego, que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Sendo assim, analisaremos nossa legislação, influenciada pela jurisprudência e normas internacionais, atinente à proteção da maternidade, com o escopo de evitar-se a discriminação da mulher no mercado de trabalho e proteger a respectiva maternidade.

**2. Evolução Histórica da Legislação de Proteção à Maternidade**

Com o advento da maquinaria, reduzindo o esforço muscular, foram abertas as portas das fábricas às mulheres e crianças. Em pleno desenvolvimento, o capitalismo aproveitava esse fluxo de mão de obra para reduzir salários e aumentar as horas de trabalho. Ainda desorganizados, os trabalhadores masculinos não tinham meios de reação e apenas podiam, para não se submeterem às imposições patronais, procurar outras profissões.

Em nosso país, até 1932, não havia proteção especial ao trabalho feminino. A industrialização revolucionou toda a economia nos países de artesões e camponeses. Com a Revolução de 1930, abriu-se uma nova era para os trabalhadores brasileiros. O problema do trabalho feminino foi estudado pelo então Ministro Lindolfo Collor. Foi então expedido o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, a primeira lei que cuidou da situação da mulher trabalhadora, funcionando como embrião de toda a legislação protetiva que acabou consolidada e

estabelecendo a proibição do trabalho insalubre ou perigoso e regras de proteção à maternidade.

O Código Civil de 1916 veio de um sistema patriarcal, impondo uma *capitis diminutio* à mulher, cuja orientação foi seguida pela legislação trabalhista, se revelando sintomático o art. 446 da CLT ao “presumir autorizado” o trabalho da mulher casada. Em caso de oposição conjugal, a mulher poderia recorrer ao suprimento pela autoridade judiciária competente. Essa situação modificou-se com o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62, que alterou o Código Civil, deixando a mulher de ser incapaz, situação consolidada a partir da vigência da atual Constituição da República e, posteriormente, pelo Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-02).

O art. 5º da Constituição proclama a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O inciso I do mesmo artigo estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

No que concerne à proteção à maternidade, as medidas legais têm um objetivo de caráter social, uma vez que, ao proteger a maternidade, preserva-se a mãe e mulher trabalhadora, estimulando e mantendo a mulher empregada. Assim, conservam-se as forças vitais da mulher (necessárias ao perfeito exercício profissional) e permite que ela cumpra normalmente as funções maternas.

A Convenção nº 3 da OIT (1919) estabelece quais aspectos devem ser protegidos pela lei: licença antes e depois do parto, mediante atestado médico que comprove a gravidez; a garantia do emprego consubstanciada na impossibilidade de demissão concomitantemente com o afastamento para dar à luz e na ineficácia de aviso prévio durante esse período; assistência à maternidade, consistente no auxílio econômico destinado a cobrir o acréscimo de despesas supervenientes, pago pelo Estado ou pelas instituições previdenciárias; além de assistência gratuita de médico; e, ainda, facilidades durante a amamentação do filho, com direito a dois repousos específicos diários, de meia hora cada um.

A CLT contempla desde sua promulgação, em 1943, um capítulo próprio para a proteção ao trabalho da mulher. Neste capítulo, estão dispostas diferentes garantias às mulheres, tendentes a promover sua inserção no mercado de trabalho, protegendo-as de discriminação ou, ainda, para lhes conferir condições especiais considerando suas características próprias, principalmente relativas à maternidade.

A despeito dos avanços inegavelmente alcançados pela sociedade e não menos pela legislação pátria, questões de cunho social, religiosas e históricas ainda exercem grande influência na diferenciação entre homens e mulheres. Diante desse cenário, ainda se faz presente a necessidade de políticas públicas e proteção legislativa que coibam a discriminação entre gêneros. Não é por outra razão que a própria Constituição de 1988 prevê em seu artigo 7º, inciso XX, a garantia de “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

Com efeito, não há que se falar em contradição entre as previsões constantes nos artigos 5º, I, e 7º, XX, da Constituição da República. Ao revés, a proteção específica do trabalho da mulher representa a concretização da máxima do Princí-

pio da Igualdade, com o escopo de minimizar as diferenças relacionadas, especialmente, no período da maternidade. Em outras palavras, as questões sócio-culturais que pesam sobre a mulher são as maiores responsáveis pela necessidade de normas especiais, destinadas a reverter as opressões sociais, mais até do que qualquer eventual limitação física.

Por todo o exposto, é necessário que se combata o discurso habitual de que a proteção legal das mulheres ensejaria a preferência patronal pela contratação de homens, com consequente exclusão das mulheres do mercado de trabalho. Longe disso, a construção percorrida pela legislação representa a evolução da própria sociedade que, ao reconhecer nas mulheres suas particularidades, oferece-lhes o tratamento correspondente com vistas à construção de uma sociedade de cada vez mais justa.

### 3. PROTEÇÃO À MATERNIDADE

#### 3.1. Mudança de função. Dispensa de horário para submeter-se a consultas médicas.

Dispõe o artigo 394 da Consolidação das Leis do Trabalho que à mulher grávida é facultado resiliir o contrato de trabalho, mediante exibição de atestado médico, quando o serviço executado possa lhe acarretar prejuízos ou afetar a saúde do feto.

Nesse aspecto, o término do contrato de emprego é por motivo justo, ficando a empregada isenta de conceder o aviso prévio a que alude o artigo 487 ou a indenização prevista no artigo 480 e parágrafo da Consolidação das Leis do Trabalho. Ressalte-se, entretanto, que não lhe será devida nenhuma vantagem atinente ao seu estado de gravidez.

É garantida à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo dos salários e demais direitos, a transferência de função quando as condições de saúde o exigirem, assegurando-se o retorno à função anteriormente ocupada, logo após a sua volta ao trabalho (inciso I, do §4º, do artigo 392 da CLT). O preceito é inspirado em norma internacional.

Por força do artigo 392, §4º, II, CLT, acrescentado pela Lei 9.799, de 1999, fica a empregada gestante dispensada do horário de trabalho pelo tempo necessário à realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares, sem prejuízo do salário e demais direitos.

No caso de gravidez de alto risco, e o médico ampliar o número de consultas e exames, poderá ser concedida a licença médica. Dessa forma, os primeiros 15 dias de afastamento serão suportados pelo empregador e, após esse período, as despesas ficarão a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social, mediante a concessão do auxílio-doença.

Na hipótese de empregos concomitantes, a empregada fará jus à licença-maternidade e tratamento econômico correspondente relativos a cada emprego (artigo 98 do Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999, que regulamentou a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991).

#### 3.2. Trabalhadora gestante. Trabalho insalubre ou perigoso.

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, I, dispõe: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”; e em seu art. 7º, XXX, proíbe a diferenciação de salários, de exercício de

funções e de critério de admissão por motivo de sexo, não se repetindo, no art. 7º, XXXIII, a restrição ao trabalho da mulher em atividades insalubres que se encontrava na Constituição anterior<sup>1</sup>; e em consequência desses preceitos, promulgou-se a Lei nº 7.855, de 1989, eliminando as restrições ao trabalho feminino, entre elas, a proibição do trabalho em condições insalubres ou perigosas, que se encontrava no art. 387, alínea “b”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sendo assim, em se tratando de atividades perigosas ou insalubres, valem as mesmas regras referentes ao trabalho masculino. Ademais, a Constituição já não veda o trabalho em subterrâneos, minerações em subsolo, pedreiras e obras de construção pública e particular. Assim, a mulher pode trabalhar em locais insalubres ou atividades consideradas perigosas, a exemplo da condição de frentista em postos de gasolina.

No entanto, a trabalhadora gestante, ou em período de amamentação, deve ser afastada do exercício da atividade tida como insalubre ou perigosa e deixará de receber o adicional correspondente, no período de afastamento<sup>2</sup>, enquanto as condições de saúde o exigirem, nos termos do artigo 392, §4º, I, CLT.

A Convenção nº 136/1971, complementada pela Recomendação nº 144, refere-se à proteção contra os riscos de intoxicação pelo benzeno, do emprego de mulheres grávidas ou que estejam amamentando em locais que envolvam exposição ao benzeno ou produtos que o contenham. O Brasil aprovou o texto desta Convenção, por meio do Decreto Legislativo nº 76, de 1992. As limitações contidas no texto referem-se, exclusivamente, às mulheres grávidas ou que amamentam, e se harmonizam com o disposto no art. 392, §4º, I, CLT<sup>3</sup>, com redação determinada pela Lei 9.799/99, dispositivo consolidado que permite concluir pela impossibilidade de trabalho insalubre ou em posições anti-ergonômicas pela empregada gestante.

Além disso, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou, em caráter conclusivo, o Projeto de Lei 814/07, do Deputado Sandes Júnior (PP-GO), que determina o afastamento de gestantes e lactantes de atividades, operações ou locais insalubres, sem prejuízo dos respectivos adicionais, mediante acréscimo do art. 394-A ao diploma consolidado:

“A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo

1. Na Constituição de 1967, com redação da Emenda Constitucional n. 01/69, havia proibição expressa de trabalho “em indústrias insalubres” (art. 165, X) a mulheres e menores de dezoito anos.

2. Na verdade, os adicionais de insalubridade ou de periculosidade, em regra, não são devidos quando cessadas as condições insalubres ou perigosas de trabalho, o que se aplica a qualquer trabalhador.

3. “É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho”.

exercer suas atividades em local salubre  
“Parágrafo único. Durante o afastamento temporário previsto no caput, fica assegurado à empregada gestante ou lactante o pagamento integral do salário que vinha percebendo, incluindo o adicional de insalubridade”.

O mencionado projeto de Lei já recebeu parecer favorável do relator, deputado Anthony Garotinho (PR-RJ), que se mostrou sensível à necessidade da proteção extra à mulher nos períodos de gestação e lactância, e deve ser apreciado pelo Senado.

#### 3.3. Período de Amamentação. Efeitos.

O artigo 396 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) concede à mulher o direito a dois descansos especiais, de meia hora cada um, durante a jornada de trabalho, até que o próprio filho complete seis meses de idade. Esse período de seis meses poderá ser ampliado, quando o exigir a saúde do filho e a critério da autoridade competente, que é o médico que assiste a mulher (CLT, artigo 396, parágrafo único).

Para que seja possível o cumprimento do mandamento legal que determina a concessão à empregada de dois descansos especiais de meia hora cada um para amamentar o filho, pressupõe-se que, no estabelecimento onde labora, haja local destinado à guarda dos filhos, durante o período de amamentação.

Entretanto, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 389, parágrafo 1º, só obriga os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 ou mais mulheres maiores de 16 anos de idade a destinar local apropriado, onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação. O local destinado à guarda dos filhos das empregadas-mães deve ter, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária (artigo 400, da CLT).

Essa exigência prevista no art. 389, §1º, da CLT pode ser suprida por meio de creches distritais mantidas diretamente ou mediante convênios com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais (artigo 389, §2º, CLT).

Em substituição à exigência contida no artigo 389, §1º, da CLT, o Ministro do Trabalho, por meio da Portaria 3.296, de 3 de setembro de 1986, autoriza as empresas e empregadores a adotarem o sistema reembolso-creche. Em 20 de agosto de 1997, pela Portaria 670, o Ministro do Trabalho modificou a Portaria 3.296/86 para estabelecer que o reembolso-creche deve cobrir, integralmente, as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe ou outra modalidade de prestação de serviços desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da criança (artigo 1º da referida portaria).

Entretanto, se a empresa tiver usado da faculdade contida no art. 389, §2º, da CLT, os descansos especiais para amamentação precisarão ser dilatados para permitir que a empregada vá à creche distrital para amamentar o filho e retornar ao

serviço. Assim, as creches colocadas à disposição das mães -lactantes devem estar situadas próximas à empresa para que a empregada possa ir até o local para amamentar o filho, e verificar-se o cumprimento da finalidade da norma.

Caso a empresa não possua creche própria nem tenha celebrado convênios nos moldes já mencionados (art.389, §2º, CLT), entendemos que a empregadora deve permitir que a empregada-mãe antecipe a sua saída do trabalho em uma hora diária (que é a soma dos dois intervalos de 30 minutos), de modo que a jornada diária seja reduzida pelo período correspondente aos dois intervalos, devendo ser preservada a remuneração.

Caso o empregador não conceda o intervalo em questão para o aleitamento é que deverá ser obrigado a pagá-los como hora extraordinária, muito embora o legislador só tenha previsto o pagamento de multa pela não concessão desses intervalos, por aplicação analógica do artigo 71, § 4º, da CLT.

Logo, se a empregada não gozou dos intervalos para amamentação, porque laborou nesse interregno, deve ser devidamente remunerada.

#### 3.4. Aborto. Parto Antecipado. Nascimento sem vida da criança.

Na hipótese de ocorrer parto antecipado, a gestante terá direito ao benefício de 120 dias de repouso, nos termos do art. 392, §3º, da CLT.

A CLT garante à gestante a licença-maternidade, sem distinção entre parto normal ou prematuro, exatamente porque uma criança prematura exige cuidados especiais, por maior período. Na mesma tendência é o artigo 93, §4º, do Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999.

Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de duas semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento, consoante disposição do art. 395 da CLT. Nessa hipótese de aborto, insta salientar que o atestado terá que ser oficial, não valendo o passado por médico particular.

Ainda, o direito à licença-maternidade independe do estado civil da mulher (artigo 2º da Convenção 103 da OIT), ratificada pelo Brasil, nem tampouco está condicionado ao nascimento com vida do filho.

Não é exigido que o filho nasça com vida para que a empregada tenha direito ao salário-maternidade e à garantia de volta ao emprego. É que a própria gravidez em si já provoca reações e transtornos físicos e psíquicos na mulher. O fato de a criança ter falecido não elide o direito da empregada. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego.

Neste sentido, dispõe o art. 236, § 4º, da Instrução Normativa nº 27, de 02/05/08, do órgão previdenciário que: “Para fins de concessão do salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana (6º mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto”. Considerando que, para fins previdenciários, natimorto é o ente humano que nasceu sem

vida ou que morreu por ocasião do parto, antes de respirar, a partir da 23ª semana ou do sexto mês da gestação, não se pode desprestigiar referida normatização quando se alude aos efeitos sobre a relação de emprego.

Por força do disposto no art. 53 da Lei 6.015/73, deve ser lavrado o assento inclusive no caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido por ocasião do parto, de acordo com os elementos que couberem e com remissão ao óbito (art. 53, caput). Todavia, no caso de a criança morrer na ocasião do parto, após respirar, devem ser lavrados dois assentos, o de nascimento e o do óbito (art. 53, § 2º).

#### 3.5. Duração da licença-maternidade. Salário-maternidade.

A Constituição da República de 1988 ampliou a licença-maternidade para 120 dias. Vale observar que o texto constitucional não repetiu a expressão “antes e depois do parto”, como fizeram as Constituições anteriores.

A omissão acabou por permitir que a legislação ordinária fosse mais flexível no que respeita à distribuição da licença, mormente antes do parto. Sucede que, não obstante a omissão, a Constituição da República menciona “licença à gestante” (artigo 7º, XVIII), pressupondo a necessidade da licença antes do parto, vez que a empregada já não ostenta a condição de gestante após dar à luz.

Esses períodos de afastamento, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico fornecido pelo Sistema Único de Saúde e em circunstâncias excepcionais (artigo 392, §2º, CLT e artigos 93, §3º e 96 do Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999). O início do afastamento da gestante verificar-se-á sempre mediante exibição de atestado médico ao empregador, expedido pelo SUS e, quando o parto ocorrer sem acompanhamento médico, o atestado será fornecido pela perícia médica do INSS (artigo 95 e parágrafo único do Decreto 3.048 de 1999).

Diante da nova redação dada ao artigo 392, §1º, CLT, atribuída pela Lei 10.421/2002, a empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e a ocorrência deste. O conteúdo do artigo 392, §1º, CLT foi flexibilizado, pois o início do afastamento agora poderá ocorrer dentro dos 28 dias anteriores ao parto e não necessariamente 28 dias antes.

Esse período de afastamento não é computado como faltas, e não há prejuízo no cômputo do tempo de serviço para fins de férias e efeitos de aposentadoria. A empregada, durante a licença-maternidade, receberá seu salário integral, normalmente, e, após a licença, terá direito a retornar ao trabalho, atuando na mesma função de outrora, conforme previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição da República.

As normas de proteção à maternidade são imperativas e insuscetíveis de disponibilidade, motivo pelo qual não se permite o trabalho durante a licença, nem mesmo com o assentimento da empregada, sob pena de arcar o empregador com o pagamento do salário relativo à prestação de serviços e sujeitar-se à penalidade administrativa a que alude o artigo 401 da CLT, independentemente do salário-maternidade que será devido à empregada, nos termos do artigo 393 da CLT.

O salário-maternidade representa a materialização do direito da gestante de receber seu salário integral, no período da sua licença à maternidade, sendo esse salário, pago pela Previdência Social. Anteriormente, esse benefício, assegurado à empregada, era pago pelo empregador, e não pela Previdência Social, o que gerava maior discriminação contra a mulher no mercado de trabalho. Com a Lei nº 6.136/74, modificada pela Lei nº 6.332/76, esse benefício passou a ser pago pela Previdência Social.

Atualmente, conforme Lei nº 10.710/2003, é o empregador que paga o salário-maternidade, e depois compensa os valores das contribuições previdenciárias que terá que lançar para os cofres da Previdência, como o escopo de não causar discriminação e restrição ao mercado de trabalho às mulheres. Os comprovantes dos pagamentos, juntamente com os atestados médicos referentes ao salário-maternidade, devem permanecer na empresa, para fins de fiscalização durante 10 anos.

O artigo 393 da CLT ressalva-lhe todos os direitos e vantagens adquiridos na empresa, devendo-se considerar para tais fins a remuneração auferida e não apenas o salário. Quando o salário da empregada for variável, calcula-se a média dos seis últimos meses de trabalho.

#### 3.6. Licença-maternidade. Adoção.

A Constituição da República de 1988 ampliou a licença-maternidade para 120 dias em favor da mãe biológica, conforme art. 7º, XVIII. Neste mesmo sentido, estabelece o artigo 392 da CLT, com redação da Lei 10.421/2002.

A licença-maternidade para a mãe adotante foi incorporada em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei 10.241, de 15 de abril de 2002, estabelecendo uma espécie de gradação do período em função da idade da criança adotada.

Entretanto, a Lei 12.010/2009 inseriu o artigo 392-A na Consolidação das Leis do Trabalho para estender a licença maternidade para a empregada que adotar ou obtiver guarda para fins de adoção pelo período de 120 (cento e vinte) dias, independentemente da idade da criança, mas persistiu o escalonamento em função da idade quanto ao recebimento do benefício previdenciário, gerando discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da plena aplicação da nova redação do dispositivo consolidado, distorção corrigida com a edição da Lei 12.873/2013, que deu nova redação ao art.71-A da Lei 8.213/91. No entanto, torna-se oportuno observar que o adotado deve ostentar a condição de criança e não de adolescente, nos exatos termos do art.2º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); vale dizer, o adotado precisa ter idade inferior a doze anos.

Além disso, a Lei 11.770, de 09.09.2008, passou a permitir a ampliação da licença-maternidade por mais 60 dias, a cargo do empregador, desde que seja pessoa jurídica e tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã, mediante o qual pode obter incentivo fiscal quando for tributado com base no lucro real (art.5º), não beneficiando, portanto, as microempresas e empresas de pequeno porte. Referida possibilidade de ampliação da licença-maternidade também favorece a mãe adotante (art.1º, §2º, Lei 11.770/08).

Por fim, a Lei 12.873/2013, que inseriu os artigos 392-B e 392-C na Consolidação das Leis do Trabalho, permite também ao homem receber salário-maternidade por 120 dias na licença por adoção. É uma vitória para casais homoafetivos ou homens solteiros com intenção de adotar ou obter a guarda de crianças.

Se a adoção ou guarda for feita por um casal, heterossexual ou não, o salário-maternidade só poderá ser pago a um dos cônjuges, companheiros ou companheiras, mesmo que ambos contribuam para o Instituto Nacional do Seguro Social. O benefício é pago diretamente pelo órgão previdenciário e corresponde ao salário integral do segurado. Evidentemente, o afastamento no emprego durante esse período é obrigatório. Em caso de morte do segurado, o benefício passa a ser pago ao seu companheiro ou companheira.

#### 3.7. Garantia de emprego à gestante. Efeitos.

A condição de gestante atrai a garantia constitucional de emprego e todo o arcabouço da Consolidação das Leis do Trabalho, que inclui uma série de outros direitos, dentre os quais, o de permanecer no seu emprego, após o estado gravídico, na mesma função que ocupava anteriormente, pois o legislador considerou o fato de que a empregada gestante deve se recuperar do parto, e cuidar da criança nos seus primeiros meses de vida.

Dessa forma, a partir do início da gravidez, fica proibida a dispensa arbitrária ou sem justa causa, até os 5 (cinco) meses após o parto (artigo 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Se o empregador a dispensar, independentemente da ciência de sua gravidez, terá que arcar com eventual reintegração ou indenização correspondente.

Dessa forma, quando a gestante for despedida arbitrariamente ou sem justa causa, deve-se requerer, em princípio, a reintegração no emprego. Serão pagos os salários e demais direitos correspondentes, nos casos em que a decisão for proferida quando não houver mais possibilidade de reintegrá-la, conforme Súmulas 244, II, e 396, I, do TST.

Quando a empregada, fazendo jus à reintegração no emprego, recusa-se a voltar ao seu trabalho, configurará renúncia à estabilidade provisória, salvo quando houver alguma incompatibilidade entre as partes ou algum outro motivo justificável. A empregada gestante dispensada por justa causa, não terá direito à estabilidade no emprego, nem à licença-maternidade, uma vez que a garantia de emprego veda expressamente a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e não a despedida por justo motivo.

No que diz respeito à confirmação da gravidez, já está pacificado, pelo Tribunal Superior do Trabalho (Súmula 244, I), o entendimento de que o desconhecimento do empregador não elide a proteção destinada à gestante. O Tribunal Superior do Trabalho adotou a teoria da responsabilidade objetiva, revelando-se desnecessária a confirmação da gravidez ao empregador.

Sempre defendemos a tese de que a confirmação da gravidez, destacada no art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que ostenta a condição de termo inicial para a estabilidade provisória da gestante, deveria

ocorrer no curso do contrato de trabalho, mediante exames que pudessem atestar o estado gestacional, não favorecendo a empregada a existência de gravidez desconhecida por ela própria à época de eventual rescisão do contrato de trabalho.

Contudo, esta não vem sendo a posição adotada na jurisprudência dominante, inclusive no Tribunal Superior do Trabalho (RR-140300-71.2009.5.09.0664, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, julgado em 29.06.2011, 2ª Turma, publicado em 05.08.2011).

Dessa forma, toda vez que a empregada gestante for impedida de gozar da licença à maternidade, por ter sido despedida arbitrariamente ou sem justa causa, terá direito aos salários e demais direitos correspondentes.

### 3.8. Garantia de emprego à gestante e a concessão de aviso prévio. Efeitos.

De acordo com o artigo 1º da Lei 12.506/2011, o aviso prévio será concedido na proporção de 30 dias ao empregado que contém até 1 (um) ano de serviço na empresa. Sendo assim, com a edição da lei 12.506/2011, que estabeleceu a proporcionalidade do aviso prévio, a empregada dispensada poderá engravidar em até 90 dias subsequentes à rescisão e, em algumas situações, tornar nulo o ato de sua dispensa.

Com efeito, o artigo 391-A da CLT, acrescentado pela Lei 12.812/13, dispõe que “A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Referido dispositivo legal teve o mérito de sedimentar a jurisprudência do próprio Tribunal Superior do Trabalho, que já vinha caminhando no sentido de que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória no emprego, mesmo que a concepção ocorresse no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, porque esse período integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais (art. 487, § 1º, da CLT), a exemplo das seguintes ementas, que são anteriores à mencionada inovação legislativa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA. ESTABILIDADE GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO TRABALHADO. De acordo com o entendimento atual da SDI-1/TST, a concepção durante o curso do aviso prévio dá direito à estabilidade provisória da gestante, porquanto, além de o contrato de trabalho ainda não ter-se expirado, há de ser observada a dicção do artigo 10, II, ‘b’, do ADCT, o qual é enfático ao determinar que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido”. (AIRR-555-91.2011.5.10.0013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT de 5.10.2012).

“GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE. PROJEÇÃO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. SÚMULA Nº 371, PRIMEIRA

PARTE, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. O direito de a empregada gestante manter-se no emprego, sem prejuízo dos salários, com conseqüente restrição ao direito de rescisão unilateral do contrato sem justa causa pelo empregador, sob pena de sujeitar-se às reparações legais, nasce com a concepção e projeta-se até cinco meses após o parto. Trata-se de garantia constitucional, prevista no artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo escopo é não somente proteger a gestante, mas assegurar o bem-estar do nascituro, erigindo-se em genuíno direito fundamental. O interesse em assegurar a vida desde seu estágio inicial é da sociedade, cumprindo ao Estado outorgar ao nascituro proteção ampla e eficaz. A condição para a empregada auferir a garantia erigida no texto constitucional é que a concepção ocorra no curso do contrato de trabalho. 2. Consoante entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 82 da SBDI-I desta Corte superior, ‘a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso-prévio, ainda que indenizado’. Tal entendimento decorre da melhor exegese do disposto no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, extraído-se do referido texto legal que, durante o período do aviso-prévio, ainda que indenizado, o contrato de emprego encontra-se vigente. 3. Uma vez confirmado que a concepção ocorreu na vigência do contrato de trabalho, e considerando a projeção do aviso-prévio indenizado, como no presente caso, tem jus a empregada à garantia provisória de emprego prevista no texto constitucional. 4. Afigura-se inviável, de outro lado, a aplicação, no presente caso, do entendimento consagrado na Súmula n.º 371 do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que, como já destacado pela Ex.ma Ministra Maria de Assis Calsing, no julgamento do processo nº TST-RR-3656600-96.2002.5.06.0900, ‘os precedentes que originaram o referido verbete apenas analisaram a projeção do aviso-prévio sob o enfoque da garantia de emprego do dirigente sindical, do alcance dos benefícios instituídos por negociação coletiva ou da aplicação retroativa de normas coletivas e não da estabilidade gestante’. Precedentes da SBDI-I. 5. Recurso de revista conhecido e provido”. (RR-139100-70.2009.5.01.0302, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT de 5.10.2012”.

Assim, pela jurisprudência e atuação legislativa, restou superada a ilação de que a dação do aviso prévio pelo empregador convolava o contrato de trabalho por prazo indeterminado em contrato a termo, não atribuindo relevância a quaisquer fatos supervenientes. Não se tem mais dúvidas de que a simples concessão do aviso prévio não põe fim, de imediato, ao contrato de trabalho, pouco importando o fato de que no momento da comunicação da dispensa não haja impedimento legal para a rescisão do contrato, pois a superveniência da gravidez no curso do aviso prévio impede a extinção do contrato na data pretendida pelo empregador.

### 3.9. Garantia de emprego à gestante e contrato de aprendizagem.

Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho espe-

cial, ajustado por escrito e por prazo determinado e máximo de 2 anos (artigo 428, § 3º, da CLT), em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de vinte e quatro anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na CTPS, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem (SESI, SENAI, SENAC etc.) número de aprendizes equivalente a 5% (cinco por cento), no mínimo, e 15% (quinze por cento), no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

Entretanto, partir da Resolução TST 185/2012, que alterou o texto do inciso III da Súmula 244 do TST (estabilidade provisória e contrato por prazo determinado), surge o questionamento sobre a aplicabilidade ou não da estabilidade provisória à gestante aprendiz.

Ainda que o contrato de aprendizagem possa ser comparado a qualquer outro contrato por prazo determinado, indiscutível que o contrato de aprendizagem nos remete a duas situações diferenciadas, ou seja, decorre de obrigação legal e não da liberalidade de o empregador contratar, o empregador pode sofrer sanções administrativas impostas por órgão competente quando da fiscalização, caso não comprove o estabelecido no art. 428 da CLT e possui finalidade específica (formação técnico-profissional metódica), compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico.

Ademais, o próprio artigo 433 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê a extinção do contrato de aprendizagem em várias hipóteses, tais como, no seu termo, quando o aprendiz completar 24 anos (salvo a hipótese prevista no § 5º do art. 428 da CLT), quando o desempenho for insuficiente ou por inadaptação do aprendiz, ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo ou ainda e a pedido do aprendiz.

O art.433, §2º, da CLT<sup>4</sup> prevê a não aplicação das indenizações dos artigos 479 e 480 da mesma Consolidação na hipótese de extinção do contrato de aprendizagem nas hipóteses supramencionadas, as quais se dão em favor do empregado ou do empregador, respectivamente, nas situações de extinção do contrato antes do termo final.

Com base nas hipóteses de extinção do contrato do art. 433 da CLT, a empregada gestante aprendiz não será amparada pela garantia estabelecida na referida súmula, podendo o empregador extinguir o contrato de aprendizagem.

4. A Lei 10.097/2000 acrescentou o parágrafo mencionado (§2º) ao presente artigo, mas não promoveu a renumeração. Conclusão: o art.433 tem o §2º, mas não tem o §1º.

Sendo assim, a empregada gestante aprendiz não tem direito à garantia da estabilidade provisória estabelecida pelo inciso III da Súmula 244 do TST para além do período contratual, uma vez que o contrato de formação profissional possui natureza diversa.

### 3.10. Garantia de emprego e contrato por prazo determinado.

A Constituição da República garante à empregada gestante estabilidade no emprego desde o momento da confirmação da gravidez, conforme art.10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: ...b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Entendemos que a disposição constitucional mencionada (art.10, II, “b”, ADCT) não inviabiliza o término regular de um contrato de trabalho por prazo determinado, porquanto se trata de modalidade contratual cuja extinção é decorrência do transcurso natural do lapso temporal preestabelecido.

Além disso, a nova redação da Súmula 244, III, do Tribunal Superior do Trabalho deve ser interpretada em conformidade com a disposição normativa estabelecida no artigo 10, II, “b”, do Ato das Disposições Transitórias, que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

No contrato por prazo determinado não costuma ocorrer a dispensa da empregada, mas sim a extinção normal do contrato. O contrato nasce com o termo certo, ou seja, seu final é conhecido e aceito pelas partes e não surpreende nenhuma delas, motivo pelo qual não se cogita de estabilidade provisória à gestante na hipótese de término do contrato de trabalho por prazo determinado.

Desta forma, não existe a configuração de estabilidade decorrente de estado gravídico de empregada frente a contrato por prazo determinado que se extinguiu pelo decurso do prazo, com a regular quitação das verbas rescisórias correspondentes, e não por dispensa arbitrária ou sem justa causa.

No entanto, é possível render homenagem à Súmula 244, III, TST, na defesa de que, uma vez confirmada a gravidez da empregada em contrato por prazo determinado, resta inviabilizada a despedida arbitrária ou sem justa causa antes do termo final, por aplicação analógica do art.1º, §4º, da Lei 9.601/98<sup>5</sup>, e que se harmoniza com a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa (art.10, II, “b”, ADCT), mas reputamos inviável a interpretação de que a confirmação da gravidez possa convolar o contrato por prazo determinado em contrato com indeterminação de prazo.

### Considerações Finais

A despeito dos avanços inegavelmente alcançados pela sociedade e não menos pela legislação pátria, questões de cunho social e históricas ainda exercem grande influência na diferenciação entre homens e mulheres. A criação dos filhos e

5. “São garantidas as estabilidades provisórias da gestante; do dirigente sindical, ainda que suplente; do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes; do empregado acidentado, nos termos do art.118 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes”

as tarefas domésticas ainda são comumente tidas como obrigações femininas, sendo apenas exemplos de paradigmas que ainda precisam ser enfrentados pela sociedade.

Diante desse cenário, a discriminação perpetrada historicamente em relação à mulher continua a ensejar a necessidade de políticas públicas e proteção legislativa que coibam a discriminação entre gêneros. Não é por outra razão que a própria Constituição de 1988 prevê em seu artigo 7º, inciso XX, a garantia de “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, a qual ainda não se verificou com este desiderato específico.

Contudo, já se pode contar com significativo avanço legislativo e jurisprudencial com o escopo de proteger à maternidade e também ao nascituro. Neste contexto, verificamos a garantia de dois intervalos diários de 30 minutos para amamentação do filho até seis meses de idade, o oferecimento de creche, licença-maternidade, com possibilidade de dilação por necessidade médica, o direito de transferência de função durante a gestação, licença-maternidade em caso de trabalho prejudicial à gestação, sem cumprimento de aviso prévio ou necessidade de indenizar o empregador.

Sendo assim, é necessário afastar o discurso habitual de que a proteção legal das mulheres ensejará a preferência patronal pela contratação de homens, com consequente exclusão das mulheres do mercado de trabalho. Longe disso, a construção percorrida pela legislação representa a evolução da própria sociedade, que ao reconhecer nas mulheres suas particularidades, oferece-lhes o tratamento correspondente com vistas à construção de uma sociedade cada vez mais justa.

#### 6 Referências Bibliográficas

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho, Curso de direito trabalho, 6ª edição, São Paulo: LTr, 2007.

HERMIDA, Denis Domingues. As normas de proteção mínima da integridade física do trabalhador. São Paulo: LTr digital 2, 2007.

JUCÁ, Francisco Pedro, Renovação do direito do trabalho, São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Adalberto. Da nacionalização do trabalho e da proteção ao trabalho da mulher. in: COSTA MACHADO, Antonio Cláudio e ZAINAGHI, Domingos Sávio (org.). CLT interpretada – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 5ª edição, Barueri: Manole, 2014, p. 230-268.

\_\_\_\_\_. Manual didático de direito do trabalho, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto, Direito do trabalho, 26ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

MATEUS DA SILVA, Homero Batista, Curso de direito do trabalho aplicado, volume 3 (Segurança e medicina do trabalho, proteção ao trabalho da mulher e do menor), 2ª Edição, Rio de Janeiro: Campus, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de direito do trabalho, 26ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

ROMITA, Arion Sayão, Direitos fundamentais nas relações de trabalho, 4ª edição, São Paulo: LTr, 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de direito do trabalho, 22ª edição. São Paulo: LTr Digital 2, 2005. v.1, v.2.

ANDRÉ EDUARDO DORSTER ARAUJO

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.  
Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL.  
Membro do Conselho Fiscal da AMATRA-2 (Associação dos Magistrados do Trabalho de São Paulo).

## OS DANOS SOCIAIS E A POSTURA DO JUIZ

**RESUMO:** A responsabilidade civil hodiernamente deve ser vista sob novo enfoque, que contemple mais do que a visão individualista de outrora. Deve-se ter em vista, portanto, a responsabilização por danos causados à coletividade. Os danos sociais são modalidade de dano que atinge à sociedade e merecem reparação condizente, de modo a minorar as perdas à coletividade. No âmbito trabalhista este tipo de dano tem-se tornado bastante comum, mormente diante da flagrante delinquência patronal de alguns setores empresários, que deliberadamente descumprem os ditames da ordem jurídica trabalhista a fim de obter maior lucratividade. A repressão e reparação deste fenômeno é grande desafio na atualidade, que ainda demanda bastante reflexão e adoção de medidas práticas que minorem seus efeitos nocivos.

**PALARAS CHAVE:** danos sociais; reparação; legitimidade; indenização de ofício.

### 1. Introdução

Tem-se tornado perceptível na praxe forense uma litigiosidade desarrazoada de certos ramos empresariais, notadamente grandes conglomerados econômicos que agem de forma contrária à lei de forma reiterada, consciente e insidiosa, de modo a obter enriquecimento ilícito.

Com efeito, têm-se tornado comuns lides repetitivas sobre determinados temas que, a despeito de claramente tipificados em lei ou pacificados pela doutrina e jurisprudência trabalhistas, continuam a ser objeto de desrespeito por certos setores econômicos.

Não raro, constata-se demandas tratando de temas que não mais comportam discussões razoáveis e sustentáveis no meio jurídico, sendo fomentadas por essa praxe de alguns setores que, ao invés de espontaneamente cumprir a lei, escudam-se na morosidade da máquina estatal e utilizam-se do Poder Judiciário como engrenagem de seu sistema produtivo.

De forma exemplificativa, citamos empregadores que sempre dispensam seus empregados sem quitar quaisquer rescisórias, tampouco fornecem guias para saque do FGTS e requerimento do seguro-desemprego, mesmo num cenário de incontrovérsia acerca da dispensa imotivada. Ou então, sempre dispensam seus empregados por justa causa, claramente infundada numa análise minimamente detida dos fatos, sem o pagamento de rescisórias, tampouco a entrega de guias para saque do FGTS e requerimento do seguro-desemprego.

Outro exemplo comum no dia-a-dia forense é o de empresas que insistem em não aplicar direitos previstos em normas coletivas da categoria, cuja aplicabilidade é inegável, como ocorre de forma reiterada com empresas terceirizadas em ra-

mos de telefonia e call center.

De igual modo, é comum a praxe de instituições financeiras que insistem em enquadrar empregados não ocupantes de cargo de confiança bancária em jornada superior à legal, mesmo sendo insustentável a tese juridicamente frente aos ditames legais e jurisprudência consolidada dos tribunais.

Na mesma linha, temos o caso das viagens, que deixam de manter controles de jornada fidedignos e, via de consequência, não quitam a totalidade das horas extras praticadas e suas integrações.

Agindo deste modo, certos empresários se valem da ciência atuarial para obter maiores ganhos, valendo-se de inúmeras variantes que podem afetar o crédito do trabalhador e beneficiar o capital, por exemplo:

Probabilidade de o trabalhador não demandar em Juízo, por razões variadas (desinteresse no litígio, receio de não obter nova recolocação em virtude da chamada “lista negra”, desinformação, etc.);

Probabilidade de o trabalhador não obter a totalidade de seu crédito em Juízo por fatores extrínsecos, como: falta de provas, mau assessoramento jurídico, má valoração de provas pelo Juízo, prova dividida em Juízo, transcurso do prazo prescricional, etc.;

Probabilidade de o trabalhador entabular transação por valor inferior ao que lhe é realmente devido por fatores diversos, como: necessidade premente de numerário para subsistência (valendo especial destaque os casos de dispensa sem pagamento de qualquer valor, tampouco entrega de guias para fruição do seguro-desemprego e saque do FGTS), mau assessoramento jurídico, falta de provas dos fatos constitutivos de seu direito, etc.;

Aprovisionamento dos débitos trabalhistas, aplicando o numerário que seria despendido com o trabalhador no caso de cumprimento espontâneo na lei em investimentos que impliquem maior rentabilidade do que os juros de mora trabalhistas (como é comum no caso das instituições financeiras);

Protelação da dívida, fazendo uso do sistema recursal e da mora do poder judiciário até as últimas consequências, em muitos dos casos até que a empresa não possua saúde financeira para suportar o cumprimento da condenação.

Corroborando essas conclusões estão as estatísticas, valendo aqui destacar passagem de reportagem de 10 de julho de 2012, divulgada no sítio eletrônico especializado Consultor Jurídico<sup>6</sup>:

6. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-10/maiores-empresas-brasil-reservam-25-bilhoes-aco-es-trabalhistas>> Acessado em 05.09.2013

Levantamento feito a partir dos balanços de 36 das maiores empresas de capital aberto do Brasil mostra que elas têm reservados R\$ 24,9 bilhões para processos trabalhistas inconclusos até março, um crescimento de 23% em relação ao mesmo período do ano passado. Os números, aliás, sinalizam que o ritmo de condenações seguirá acelerado: no Tribunal Superior do Trabalho, trabalhadores receberam no total R\$ 14,75 bilhões por ações trabalhistas em 2011, um incremento de 20% frente a 2010... O setor bancário lidera os montantes reservados para pagar futuras perdas trabalhistas. Somente quatro bancos têm R\$ 12,3 bilhões provisionados: Itaú Unibanco (R\$ 4,1 bilhões), Santander Brasil (R\$ 3,3 bilhões), Banco do Brasil (R\$ 2,5 bilhões) e Bradesco (R\$ 2,3 bilhões). Os processos são relacionados principalmente à equiparação salarial e terceirização da mão de obra....

Na mesma linha, outra reportagem do mesmo sítio eletrônico<sup>7</sup>, noticiando que:

Do total de processos que tramitam no Tribunal Superior do Trabalho, 99,2% dizem respeito a apenas 400 empregadores. No ranking de maiores litigantes do TST, 242.558 processos, de um total de 244.571 que tramitam na corte, trazem como parte o poder público e companhias que figuram em pelo menos 100 ações cada uma... A Caixa Econômica Federal está no segundo lugar do ranking. O banco aparece em 12.996 processos em tramitação na corte, figurando em cerca de 8 mil processos no pólo passivo. Como pólo ativo, responde por cerca de 5 mil recursos. Atualmente, o banco possui 88.031 funcionários em todo o Brasil. A média é de uma ação no TST para cada 6,7 funcionários ativos. Já para o terceiro colocado da lista, o Banco do Brasil, a média de recursos por funcionário é praticamente a metade: para cada 11 funcionários, há uma disputa no TST. Em abril deste ano — data em que foi feita a lista —, o BB tinha 10.124 ações tramitando na corte, dentre as quais é demandado em 6,5 mil. O número de funcionários do banco é de 114,2 mil. A Petrobras, com 9,7 mil ações trabalhistas, é a próxima da lista. Há um processo na corte superior do Trabalho para cada 6,2 empregados atualmente contratados. Em quinto lugar está a Telemar Norte Leste, com 6,5 mil processos no TST. Entre as empresas privadas, ela lidera. Os problemas do setor bancário com seus funcionários é patente. Entre os 20 maiores litigantes do TST, seis são bancos: além da Caixa (2º lugar) e do Banco do Brasil (3º lugar), constam Santander (7º lugar), Bradesco (12º lugar), Itaú Unibanco (16º lugar) e Itaú S/A (20º lugar)...

Ainda a ratificar os dados estatísticos, informações do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (maior do país em movimentação processual), onde se atesta que apenas os setores econômicos de indústria, comércio, transporte, comunicação e sistema financeiro demandam praticamente 50% da movimentação processual de 1ª Instância<sup>8</sup>.

7. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/400-em-pregadores-sao-responsaveis-992-aco-es-tst> Acessado em 05.09.2013  
8. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/transp-est-movproc> Acessado em 08.09.2013

No mesmo sentido as estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho<sup>9</sup>, onde lista, com base na Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), os 100 (cem) maiores devedores na Justiça do Trabalho, onde se encontram como maiores devedoras diversas Instituições Financeiras sólidas, diversas empresas terceirizadas de vigilância e segurança e empresas de telecomunicações, dentre outros.

Engrossam as estatísticas as empresas terceirizadas e prestadoras de serviços em geral, comumente utilizadas como ferramentas para reduzir encargos e precarizar direitos trabalhistas, as quais, juntamente com os tomadores de serviços, se escoram nos inúmeros fatores atuariais suso relatados e se recusam ao cumprimento espontâneo da lei. Nesse sentido, estatística do Tribunal Superior do Trabalho que demonstra crescimento na litigiosidade em primeiro grau neste setor de prestação de serviços à razão de aproximadamente dez pontos percentuais em nove anos, ou seja, aumento de aproximadamente 67%<sup>10</sup>.

Ressalvados aspectos alheios ao âmbito jurídico (como crescimento de determinados setores empresariais, sazonalidade, crises econômicas, etc.), faz-se possível constatar a existência de abusos com intento de obter vantagens econômicas, ou seja, deterioração do contrato individual de emprego em benefício do empregador, que ganha vantagem competitiva no mercado capitalista sacrificando direitos tutelares dos empregados e minimizando encargos sociais<sup>11</sup>.

## 2. Do Ilícito Penal

Para se visualizar a flagrante ilegalidade deste comportamento patronal, devemos nos afastar da tradicional visão individualista processual e analisar a questão sob uma óptica coletiva.

O empregador que deliberadamente descumpre preceitos legais em larga escala, a fim de beneficiar-se de sua torpeza, age em descompasso com o ordenamento jurídico, na medida em que atenta contra princípios balizadores como:

- (i) a boa-fé objetiva que deve nortear qualquer relação contratual, na medida em que deliberadamente desrespeita o pactuado entre as partes e as normas cogentes que regulamentam as relações entre capital e trabalho;
- (ii) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal)<sup>12</sup>, ao deliberadamente deixar de quitar verbas tra-

9. Listagem completa da CNDT disponível em: <http://www.tst.jus.br/estatistica-do-cndt> Acessado em 05.09.2013

10. Consoante dados do TST, o setor de serviços em geral representava em 2003 13,7% das demandas em primeiro grau, ao passo que no ano de 2012 passou a representar 22,9% das demandas. Dados disponíveis em: <http://www.tst.jus.br/vt-demandas-por-atividade-economica>. Acessado em 08.10.2013

11. PINTO, José Augusto. Brasília: 2011. Revista do TST, vol. 77, nº 3, jul/set 2011, p. 142.

12. 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:

balhistas de caráter alimentar;

(iii) a valorização do trabalho (art. 1º, IV13 e art. 170, caput<sup>14</sup>, da Constituição Federal), contraponto ao exercício da livre iniciativa e que deve balizar qualquer atividade econômica; e

(iv) a função social da propriedade (art. 5º, XXIII15 e art. 170, III, da Constituição Federal), na medida em que a propriedade privada é direito que deve ser exercitado conforme os ditames do bem comum da coletividade, jamais como ferramenta de opressão e vilipêndio aos direitos alheios.

O desrespeito a todos os preceitos supra implica em atentado contra os pilares da República Democrática, já que desrespeita o objetivo de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição Federal)<sup>16</sup> e impossibilita o pleno exercício dos direitos sociais e do bem-estar (art. 3º, IV, da Constituição Federal)<sup>17</sup>, valendo aqui destaque ao preâmbulo do texto constitucional:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL... (grifos nossos)

Vale pontuar, ao ensejo, que os direitos trabalhistas inserem-se no Título II da Constituição Federal, que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou seja, qualquer atentado deliberado e coletivo a estes direitos implica em flagrante ofensa aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, gerando patente dano à sociedade.

Mais, tais abusos revelam afronta ao próprio poder Estatal – quer legislativo, quer judiciário – na medida em que frustra os objetivos do Estado em garantir um patamar mínimo civilizatório, logo, de dignidade, aos seus cidadãos, e em promover a paz social com eficiência e celeridade (valendo aqui remissão ao princípio da duração razoável do processo)<sup>18</sup>.

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

13. IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

14. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;

15. XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

16. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

17. IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

18. Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: a todos, no âmbito judicial

Com efeito:

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e a felicidade pessoal de cada um. A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos); c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico)<sup>19</sup>.

## 3. Do Dano Social e sua Reparação

Vê-se, pois, que este tipo de conduta ilícita patronal irradia efeitos nocivos para fora do campo das relações individuais, de cada trabalhador individualmente considerado.

Os danos são muito maiores, de âmbito coletivo, social, na medida em que há o enfraquecimento do próprio exercício dos direitos, dos direitos em potência, bem como há perda da força cogente da legislação, que no âmbito trabalhista encontra assento constitucional.

Além disso, há dano à coletividade de empregadores que respeitam a legislação trabalhista cogente, na medida em que o empregador infrator se beneficia com menores encargos, em clara concorrência desleal que acaba fomentando um círculo vicioso de desrespeito ao regramento jurídico trabalhista.

Com efeito, esta praxe rebaixa o patrimônio moral da coletividade, diminuindo a qualidade de vida da população. Como ensina a doutrina, são:

(...) lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento do seu patrimônio moral - principalmente a respeito da segurança - quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva, por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.<sup>20</sup>

Ressaltamos que a terminologia ainda é bastante vacilante, sendo certo que há quem alcinhe a questão como dumping

e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

19. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 24.

20. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. Apud SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Dumping Social nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2012. p. 43/44.

social ou delinquência patronal<sup>21</sup>. Porém, preferimos a terminologia dano social, já que reflete melhor as consequências da delinquência patronal, que a nós é o descumprimento reiterado do ordenamento, ou seja, o pressuposto dos danos sociais, e não se confunde com a figura do dumping, de viés estritamente econômico/comercial e que foge em boa medida do campo jurídico.

Enfim, o que importa aos operadores do direito é atenção a esta fenomenologia, de modo a coibi-la através de uma releitura (ou melhor, uma leitura mais consentânea com a realidade atual) do art. 944, caput, do Código Civil para dar-lhe sua real dimensão e alcance, rompendo com a dogmática tradicional de viés individualista e concebendo a necessidade de reparação dos danos sob um enfoque coletivo.

Consoante tal dispositivo: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” (grifos nossos).

Na problemática sob exame vê-se que a extensão dos danos causados por esta praxe patronal extrapola o âmbito das relações individuais, entre particulares, e atinge a coletividade (danos sociais), de modo que a reparação também deve se dar coletivamente, na exata extensão, medida, do dano causado.

Valem aqui os ensinamentos de Jorge Luiz Souto Maior:

O desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade... Na ocorrência de dano de natureza social, surge, por óbvio, a necessidade de se apenar o autor do ilícito, para recuperar a eficácia do ordenamento, pois um ilícito não é mero inadimplemento contratual e o valor da indenização, conforme prevê o art. 944, do CC, mede-se pela extensão do dano, ou seja, considerando o seu aspecto individual ou social.<sup>22</sup>

Porém, mais do que a reparação dos danos, deve-se dar um enfoque punitivo à indenização fixada, a fim de se imprimir um aspecto pedagógico que estimule o cumprimento do ordenamento, ou seja, que faça cessar o desrespeito pelo empregador.

Vale, aqui, a aplicação da teoria dos punitive damages (danos punitivos) do direito comparado, plenamente cabível ao âmbito trabalhista com base no art. 8º da CLT<sup>23</sup>, doutrina sob a qual a fixação do montante condenatório não tem o objetivo imediato de compensação do dano, mas de efetiva repressão

21. PINTO, José Augusto. Op cit., p. 153.

22. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social ... cit. p. 1.317.

23. 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 equidade 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.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (grifos nossos)

da conduta do ofensor<sup>24</sup>.

Punitive damage, consiste (em tradução livre da definição trazida no Black’s Law Dictionary) na indenização fixada além de danos materiais efetivamente sofridos, quando o réu agiu com imprudência, malícia ou dolo<sup>25</sup>.

Porém, como identificar no caso concreto os danos sociais, em especial, a delinquência patronal?

A doutrina nos trás subsídios recorrendo às noções de reincidência e intenção lesiva na conduta do empregador<sup>26</sup>, aspectos que devem ser aferidos casuisticamente e, a nosso ver, com base em sólidos critérios estatísticos.

Assim, diante do caso concreto e considerando as noções de reincidência (reiteração da prática infratora) e intenção lesiva (dolo ou culpa grave), o magistrado deve adotar uma postura repressora e reparadora do dano, arbitrando indenização segundo critérios que ponderem casuisticamente a gravidade da conduta, a extensão e profundidade do dano, as demais sanções legais já cabíveis ao caso<sup>27</sup> e o caráter pedagógico/punitivo da indenização.

#### 4. Da Legitimidade para Postular a Reparação. Indenização Ex Officio

Levantam-se da explanação até aqui apresentada duas questões relevantes: (i) quem é legitimado para postular esta reparação do dano social em juízo? e (ii) pode o juiz arbitrar uma indenização de ofício?

Numa visão mais tradicional de nossa sistemática processual, tal legitimação somente seria atribuível aqueles que podem mover ações coletivas (já que os direitos envolvidos são transindividuais), na forma dos arts. 8º, III<sup>28</sup>, da Constituição Federal, 5º da Lei 7.347/85<sup>29</sup> e 82 do Código de Defesa do Consumidor<sup>30</sup>.

24.SOUZA, Rodrigo Trindade de. Punitive damages e o Direito do trabalho brasileiro: adequação das punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. APUD SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Dumping Social... cit. p. 49

25.Texto em inglês: Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with reckless, malice, or deceit. Disponível em: GARNER, Bryan A. Black’s Law Dictionary. Dallas: Thomson West, 2006. p. 175.

26. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Dumping Social... cit. p. 59.

27. PINTO, José Augusto. Op cit., p. 153

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

(...)

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

29. Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente:

30. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados

Neste sentido, caminha a jurisprudência dominante, inclusive no C. TST:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DUMPING SOCIAL. DEFERIMENTO DE OFÍCIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. Ainda que tenha por finalidade reprimir práticas abusivas do empregador, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da justiça social, impróprio é o deferimento, de ofício, da indenização por dumping social, seja por não encontrar previsão na legislação processual, seja por afrontar os artigos 128 e 460 do CPC e, ainda, por impedir que a empresa exerça o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, consagrado pelo art. 5º, LIV e LV. Recurso de revista conhecido e provido. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARTÕES DE PONTO. JORNADA INVARIÁVEL. SÚMULA Nº 338, III, DESTA CORTE. Diante da delimitação do eg. Tribunal Regional de que os cartões de ponto juntados pela reclamada são imprestáveis como meio de prova, por apresentarem ora jornada invariável ora ínfimas variações, demonstrando a jornada britânica, não há como se afastar a aplicação da Súmula nº 338, III, desta Corte. Recurso de revista não conhecido. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. A quantia estabelecida como indenizatória (R\$ 15.000,00) guarda pertinência com o dano sofrido pelo empregado, tem o condão de compensar o sofrimento da vítima e de inibir a reiteração da prática pela reclamada, bem como se pautou na capacidade econômica da reclamada. Observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não há justificativa para a intervenção deste Tribunal Superior. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1032-98.2012.5.15.0156, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 09/04/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014)

RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. SÚMULA Nº 219 DO TST. Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios são disciplinados por legislação própria, ficando a sua percepção condicionada ao preenchimento das exigências contidas no art. 14 da Lei nº 5.584/1970. Estando o Reclamante assistido por advogado particular, não se verifica o correto preenchimento dos requisitos em questão, sendo indevida a verba honorária, nos termos do disposto na Súmula nº 219 do TST. JULGAMENTO -EXTRA PETITA-. -DUMPING-SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. A caracterização do -dumping- social exige a identificação da prática antissoc-

concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

cial e desleal da empresa relacionada a outros fatores, tais como a reiteração destes atos, a potencialidade e a repercussão de danos a terceiros e o porte da empresa, inclusive para fins de arbitramento do valor da indenização a ser estabelecida. Nesse contexto, entendo que o decidido, a partir de pedido formulado pelo Autor e de cunho estritamente pessoal, restringiu a possibilidade de defesa da parte demandada quanto aos demais aspectos relativos à caracterização do -dumping-, uma vez que não suscitada referida questão desde a inicial. Constata-se, portanto, que a condenação de ofício violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), bem como os arts. 128 e 460 do CPC. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (RR - 131000-63.2009.5.04.0005, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 27/02/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2013)

DUMPING SOCIAL. JULGAMENTO “EXTRA PETITA”. O titular do direito violado no chamado dano social, ou “dumping social”, é toda a sociedade. Trata-se de direito difuso, cuja legitimidade ativa “ad causam” encontra-se disciplinada pelo artigo 82, do CDC, não havendo previsão legal de ação individual sobre a matéria. A condenação sob este título deve ser precedida de pedido específico e ampla defesa por parte do réu, o que não ocorreu no caso dos autos, em que a indenização por “dumping social” foi deferida de ofício pela origem. Configura-se, portanto, o julgamento “extra petita”, o que justifica a exclusão da condenação em questão, nos termos dos artigos 128 e 460, do CPC, c/c 796, da CLT. (Processo 0000610-57-2012-5-15-081 – Rel. Erodite Ribeiro dos Santos de Biasi. DJ 23/08/2013 – TRT da 15ª Região).

INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL. Não havendo pedido de indenização por dano social causado por reiteradas condutas ilícitas da reclamada, até mesmo porque a parte legitimada para propositura de ação com tal alcance seria o Ministério Público do Trabalho, a sentença que condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano social no valor de R\$ 500.000,00 em conta à disposição do Juízo para pagamento dos processos arquivados com dívida na Unidade Judiciária, é extra petita, nos termos dos arts. 128 e 460 do CPC. Recurso da reclamada provido para absolver a reclamada da condenação ao pagamento da indenização. (Processo 0000332-03.2012.5.04.0521. Rel. Iris Lima de Moraes. 1ª Turma. DJ 09/10/2013 – TRT da 4ª Região).

ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO “EXTRA PETITA” ACOLHIDA EM PARTE. Não caracteriza julgamento “extra petita” a determinação de incidência do adicional de 100% sobre as horas extras laboradas em dias reservados ao repouso semanal remunerado ou definidos em lei como feriados, ainda que não haja pedido expresso na inicial, porquanto tal determinação é mero consectário da condenação principal. Por outro lado, extrapola os limites da lide a condenação da empresa ao pagamento de indenização em danos sociais

por “dumping social”, por mais robustos que sejam os fundamentos da sentença, ante a ausência de pedido expresso na inicial (...)Com efeito, o entendimento que tende a se uniformizar é no sentido de que, na seara trabalhista, apenas o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para pleitear indenização por dano social, com supedâneo no microsistema processual de acesso meta individual ao Judiciário, formado pela Constituição Federal (art. 127 e 129, inciso III), Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93, arts. 83, inciso III e 84, “caput”) e pela Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, Título III)... (Processo 0000349-82.2012.5.14.0061. Rel. Carlos Augusto Gomes Lobo. 2ª Turma – DJ. 01/03/2013 –TRT da 14ª Região)

Lado outro, parcela da doutrina e da jurisprudência defendem a possibilidade de arbitramento deste tipo de indenização em demandas individuais e inclusive ex officio, sob o argumento de que o princípio dispositivo da demanda deve ser sopesado, valorado, com outros princípios do ordenamento, como a dignidade da pessoa humana e efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, neste conflito principiológico, por ponderação aqueles valores de maior importância, como a dignidade humana e efetividade das decisões, deve prevalecer.

Nas palavras de Souto Maior<sup>31</sup>, que invoca inclusive o art. 404 do Código Civil Brasileiro como amparo normativo a esta condenação de ofício:

A garantia de um devido processo legal passa pelo caráter dispositivo (democrático) do processo. Esse caráter, entretanto, é de ser considerado em consonância com outros princípios presentes em nossa esfera jurídica, tais como o da dignidade da pessoa humana (norte do nosso sistema jurídico) e o da efetividade da tutela (que se justifica apenas e na medida em que visa a preservar o núcleo essencial da dignidade humana, ou seja, dos direitos fundamentais).

A violação do princípio da dignidade humana, que pode ser indicado como a essência mesma do nosso compromisso jurídico-social, representa a violação da própria Constituição. Representa traição ao princípio fundamental da organização em sociedade, que é o respeito ao homem como ser dotado de dignidade, como razão de ser do próprio ordenamento jurídico. Admitir tais premissas implica assumir uma conduta comprometida diante do processo. É vê-lo como instrumento para a efetivação de direitos.

Na doutrina estrangeira também se encontra eco neste sentido, valendo destaque Mauro Cappelletti<sup>32</sup>:

O juiz é legitimado a estender o âmbito da própria decisão, de modo a compreender a totalidade do dano produzido pelo réu, e, em geral, a decidir eficazmente mesmo às

31. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Dumping Social... cit. p. 89.

32. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”, tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. APUDSOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Dumping Social... cit. p. 48.

absent parties ou precisamente erga omnes. É a revolução dos conceitos tradicionais de responsabilidade civil e de ressarcimento dos danos, como também daqueles de coisa julgada e do princípio do contraditório.

Deste modo, o Juiz deveria agir de ofício, considerando seu papel de agente político que deve zelar pela efetividade do poder estatal, mormente considerado que a sociedade, quando traz demandas a juízo espera uma razoável resposta estatal de modo a minimizar os prejuízos, pacificando o conflito social.

Com base nestas premissas, apareceram alguns julgados neste sentido, a exemplo do seguinte:

“DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. Se as reclamadas são infratoras reincidentes de regras trabalhistas, principalmente no que concerne ao correto enquadramento sindical de seus empregados e à adoção de regular jornada de trabalho, devem ser condenadas ao pagamento de indenização suplementar, nos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Inteligência do Enunciado nº 04 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. (...)Portanto, as reclamações trabalhistas em face de uma mesma empresa que apresenta agressões reincidentes, tais como: salários em atraso; pagamento de salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., devem resultar em condenação de uma indenização, por dano social, arbitrada “ex officio” pelo juiz, pois a perspectiva não é a da proteção do patrimônio individual. É de conhecimento deste Tribunal Regional que as reclamadas são infratoras reincidentes de regras trabalhistas, principalmente no que concerne ao correto enquadramento de seus empregados e à adoção de regular jornada de trabalho. O mesmo se verifica na jurisprudência do E. TST. Assim, ante o desrespeito reiterado de regras trabalhistas, deve pagar à autora uma indenização equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação... (TRT 17ª R., 0081300-63.2011.5.17.0013, Rel. Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, DEJT 04/04/2013).

A nós, com todo o respeito aos posicionamentos vanguardistas sobre o tema, a fixação de indenização punitiva suplementar de ofício atenta contra princípio basilar que se imiscui por todo o ordenamento jurídico: o da segurança jurídica.

A questão não se cinge ao princípio dispositivo, como a primeira vista parece, mas sim, com princípio maior da segurança jurídica e o princípio do contraditório (art. 5º, LV da Constituição Federal<sup>33</sup>), na medida em que os pedidos da pe-

33.LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

tição inicial delimitam a controvérsia e o contraditório, não nos parecendo razoável a surpresa ao jurisdicionado, com uma condenação não postulada, tampouco debatida nos autos.

Até porque, a instrução processual numa lide individual, frente a todas as limitações inclusive procedimentais da CLT (limitação do número de testemunhas, procedimento oral, concentrado e simplificado), nos parece impossível qualquer análise acerca de uma delinquência patronal capaz de revelar danos sociais, até porque a fim de se aferir a existência de dano coletivo, exige-se investigação profunda, responsável e detalhada, sob pena de se cometer graves injustiças e inclusive inviabilizar a atividade econômica de uma empresa.

Deste modo, entender de modo diverso, por mais que seja postura bem intencionada, nos parece equivocada frente à ordem jurídica pátria, sendo certo que sequer o art. 404 do Código Civil<sup>34</sup>, comumente aventado pela corrente de vanguarda, se destina à fixação de indenização de ofício. Isto porque, tal dispositivo não autoriza condenação sem pedido, de ofício, mas sim quando provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, oração de onde se deduz o contrário, ou seja, que deve haver pedido da parte. Até porque, o contrário não se ajusta à sistemática e principiologia processual, como já visto.

Via de consequência, entendemos que a legitimidade é efetivamente restrita aos entes delimitados para as ações coletivas, já que estes gozam da prerrogativa de substituição processual para fins de postular direitos metaindividuais.

#### Conclusão

Diante do concluído no tópico precedente, solucionar o impasse entre segurança jurídica/contraditório e preservação da força das decisões judiciais e do ordenamento jurídico é algo que exige vontade e adoção de soluções práticas criativas, que inclusive escapam da atuação jurisdicional do magistrado.

Como já visto, nos parece inequívoco que a melhor forma de prevenir e reprimir os danos sociais passa pela atuação incisiva e eficiente dos legitimados para propor ações coletivas, mormente o Ministério Público do Trabalho, como fiscal da lei que é, dotado de condições de investigação adequadas.

E para que tal ocorra, a colaboração dos magistrados do trabalho é importantíssima, adotando medidas simples como a comunicação, lastreada em elementos concretos, aos entes legitimados sempre que delinquência patronal lhe pareça evidenciada.

Para tanto, salutar se faz a coleta de dados estatísticos das lides que são submetidas a julgamento e seu resultado, podendo os Tribunais do Trabalho implementarem critérios objetivos para aferir eventual delinquência patronal, através

\_\_\_\_\_ acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

34. Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

de indicadores estatísticos, de modo a se constatar possíveis danos sociais.

A implementação de uma política nacional de combate à delinquência patronal seria importantíssima para minimizar os danos sociais daí decorrentes, inclusive impactando de forma benéfica a celeridade processual, na medida em que haverá exponencial redução do número de lides submetidas à Justiça do Trabalho.

Por fim, sob a óptica puramente jurisdicional, é preciso que exista menor resistência dos magistrados às ações coletivas, para que passem a enxergar a utilidade ímpar destas na busca por efetividade e concretude do ordenamento jurídico. E, neste passo, compete aos magistrados compreender e fazer valer a real dimensão ao art. 944 do Código Civil.

#### Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: RTDC, v. 19, julho/setembro 2004.

CAPPELLETTI, Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. Tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. In Revista de Processo, RT, São Paulo, jan-mar/1977.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 24.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A ação civil pública e a reparação do dano coletivo no processo do trabalho. In: DARCANCHY, Mara Vidigal. Responsabilidade social nas relações laborais: homenagem ao professor Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo : LTr, 2007.

GARNER, Bryan A. Black's Law Dictionary. Dallas: Thomson West, 2006.

PINTO, José Augusto. Brasília: 2011. Revista do TST, vol. 77, nº 3, jul/set 2011, p. 142.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A efetividade do processo. In Curso de direito do trabalho, volume 4: direito processual do trabalho / organizadores Jorge Luiz Souto Maior, Marcus Orione Gonçalves Correia. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. MENDES, Ranúlio. SEVERO, Valdete Souto. Dumping Social nas Relações de Trabalho. 1ª Ed. São Paulo: LTr, 2012.

LAÉRCIO LOPES DA SILVA

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

**A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTAS REVISITADAS PELA CONSTITUIÇÃO**

*1. A Constitucionalização do Direito Do Trabalho*

O processo de constitucionalização do direito, iniciado no segundo pós guerra, pode-se dizer que é resultado dos novos paradigmas do direito que daí resultaram. A comunidade internacional não podia quedar-se inerte diante dos horrores do nazismo e do fascismo. Contudo, as mudanças de paradigmas não foram apenas o resultado de uma vontade deliberada de um grupo determinado, mas sim uma nova forma de encarar a vida a partir de uma experiência grandiosa onde questões como direito, vida, liberdade, igualdade, ética, política e outras questões, sobretudo questões existenciais, foram colocadas no centro da discussão como determinantes para a construção de um novo tipo de sociedade e de relações humanas. A concretização desse desejo somente se materializou por conta de o princípio da dignidade humana ter atuado como vetor principal.

A partir de então, tem-se o início da reconstrução dos direitos humanos no mundo, que se dá através de um apelo a questões existenciais; o que passa a interessar à comunidade do direito são as questões existenciais que movem os seres humanos, a pessoa humana provida de dignidade é deslocada para o centro do direito. Inicia-se, então um movimento, ainda que incipiente, de deslocamento do direito civil do centro do direito dando lugar ao direito constitucional.

Com isso a autonomia da vontade, elemento que informava os contratos, é mitigada não só por uma intervenção estatal, mas também axiológica. Nesse sentido a propriedade e o contrato são marcados pela função social. Como enfatiza o Prof. Luís Roberto Barroso<sup>35</sup>, em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase que consolida a publicização do direito privado. Diante disso, com o deslocamento do direito civil do centro do direito dando lugar ao Direito Constitucional as relações mudaram o grau de relacionamento. Esse deslocamento, como diz Tepedino, “em difusa experiência contemporânea, se revela num profundo processo de transformação axiológica, em que a autonomia privada é remodelada por valores não patrimoniais, inseridos na noção de ordem pública constitucional”<sup>36</sup>.

Desse modo, os dualismos vindo Iluminismo: sujei-

35. Barroso, Luís Roberto. In neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – ano 2, nº 2, setembro 2007, pg. 35.

36. Tepedino, Gustavo. Constitucionalização do direito civil e análise funcional dos institutos, pg. 257. In Direito & Justiça Social, coordenado Thiago Ferreira Cardoso Neves. São Paulo, 2013. Ed. Atlas.

to e objeto, mente e corpo, percepção e realidade e forma e substância, são vistos a partir de uma nova concepção, não se podendo afirmar peremptoriamente que são considerados como pilares de uma ordem social, política e jurídica conservadoras. No dualismo sujeito e objeto, o diálogo se estabelece entre o que se pensou do objeto e o próprio objeto, portanto o sujeito visto no direito a partir desse dualismo, base do positivismo, é apenas um espectador e não propriamente sujeito que pode transformar e tirar benefícios de ordem axiológicos.

Aliás, o positivismo como queria Kelsen nunca se aplicou ao direito privado, sobretudo se se tem no Direito, como preconizava o Juiz Benjamin Cardozo, “uma causa final para o bem-estar da sociedade”.

Foi a jurisprudência dos valores quem possibilitou a passagem à filosofia da existência. As situações existenciais passam a ter preeminência sobre as patrimoniais. A força normativa da constituição e a aceitação de que os princípios constitucionais têm normatividade, bem como a difusão da jurisdição constitucional foram elementos que asseguraram a firmação dos direitos fundamentais na ordem jurídica, como costuma enfatizar Luis Roberto Barroso.

Ao contrário da Europa, no Brasil esse processo se deu de forma tardia, visto que a constitucionalização do nosso Direito deu-se apenas com o advento da Constituição Federal de 1988. Portanto, em relação a direitos fundamentais nos direitos privados a discussão no Brasil está atrasada em pelo menos 50 anos.

Há, de certa forma, um consenso de que a constitucionalização do direito teve seu marco na constitucionalização do Direito da Alemanha, sob a Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de direitos individuais, desempenham outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores<sup>37</sup>.

A discussão do tema no Brasil teve início a partir do chamado direito civil constitucional. Temos visto no Brasil a passagem da Constituição para o centro do sistema, portanto a supremacia da Constituição passa a ser não só formal como material e axiológica em decorrência da normatividade dos princípios. Há uma tendência de se abandonar os códigos e utilizar-se cada vez mais a Constituição. Portanto, o velho código civil deixou definitivamente o centro do sistema. Essa tendência, como adverte o Prof. Virgílio Afonso não ocorre somente no Brasil, mas em todo o mundo.

Nesse novo ambiente a Constituição como unidade axiológica passa a ser um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito, no que juristas chamam de filtragem consti-

37. Barroso, Luís Roberto. In neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – ano 2, nº 2, setembro 2007, pg. 25.

tucional<sup>38</sup>, que consiste em que toda ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realisar os valores nela consagrados.

Segundo Ana Paula Barcelos<sup>39</sup> o constitucionalismo contemporâneo brasileiro tem três axiomas teóricos que vão se incorporando à prática:

- i) As disposições constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio, são dotadas de normatividade, isto é: são normas jurídicas. Como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais que isso, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no âmbito do sistema jurídico.
- ii) Os direitos fundamentais têm um status diferenciado no âmbito do sistema constitucional e, a fortiori, do sistema jurídico como um todo. Fala-se da centralidade dos direitos fundamentais, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa, de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o Direito, existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz.
- iii) Os poderes públicos estão submetidos à Constituição, como uma decorrência direta da noção de Estado de Direito, por força da qual o exercício do Poder político encontra limites em normas jurídicas. À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.

A publicização do direito privado, inclusive o direito do trabalho, se deu ao longo do século XX, com o advento do Estado Social e a percepção da desigualdade material entre os indivíduos, portanto o direito civil começa a superar o individualismo, visto que a autonomia da vontade passa a ser mitigada. Esta intervenção do Estado nas relações entre particulares se deu em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, mediante a introdução de normas de ordem pública, com referido acima.

Logo após o segundo pós-guerra havia ainda um apelo muito grande para a aplicação da cláusula pacta sunt servanda nos contratos, tanto que o Conselho Constitucional na França chegou a levar esta cláusula a uma aferição de sua constitucionalidade. Contudo, essa cláusula já vinha sendo mitigada pela cláusula rebus sic stantibus, a chamada teoria da imprevisão, porém esta cláusula não poderia ser aplicada aos contratos de trabalho, visto que visa uma divisão de

38. Idem, pg. 31.

39. Barcellos, Ana Paula. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, pg. 73. São Paulo. 2005. Ed. Renovar.

riscos<sup>40</sup>, portanto em contratos como o contrato de trabalho não pode haver uma divisão de riscos, por isso também que não se pode falar, em qualquer hipótese, v.g, que a responsabilidade por acidente do trabalho possa ser, em qualquer circunstância subjetiva. Para além da cláusula rebus sic stantibus, também mitiga a cláusula pacta sunt servanda:

- i) a função social da propriedade e da empresa.
- ii) a função social do contrato.
- iii) o entendimento de que a pessoa humana do contrato não é a pessoa contratual que pode ser dividida, mas uma pessoa indivisível com direitos fundamentais e dignidade humana inseparáveis dos demais direitos. Radbruch, já no início do século passado, advertia que nas relações de emprego o que se tem que entender, para interpretar o direito do trabalho, é que de um lado da relação existe não um salário a ser pago por conta de uma prestação de serviços, mas sim uma pessoa humana que tem dignidade que deve, a priori, ser preservada.

As Constituições do século XX trouxeram uma tábua axiológica após o término da segunda guerra em que o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. Nesse sentido o art. 1º, III da CF é que dá primazia às questões existenciais sobre as situações de cunho patrimonial, conforme magistério da doutrina. Isso porque a partir de então as Constituições foram incorporando os documentos internacionais de direitos humanos.

A primeira constituição no mundo a ter um catálogo de direitos sociais foi a Mexicana de 1917 e posteriormente a Constituição de Weimar de 1919 na Alemanha, que no seu art. 118 estendia às relações laborais o direito à livre manifestação de pensamento.

A constitucionalização do direito no Brasil se deu somente com o advento da Constituição Federal de 1988, quando todo o direito sofreu uma grande transformação, sobretudo o direito do trabalho que tem em um dos lados do contrato uma pessoa humana, que merece especial proteção. As mudanças no direito do trabalho, decorrentes da constitucionalização do direito, têm seu fundamento em que o Direito do Trabalho, que tem na sua gênese o contrato de trabalho que, por seu turno, tem em um dos lados do contrato uma pessoa humana que, por conta do solidarismo e do princípio da dignidade humana, princípios constitucionais, não pode ser considerada como a pessoa contratual de outrora, divisível e separável dos princípios que resguardam proteção máxima à pessoa humana.

Em conclusão podemos dizer que a constitucionalização do

40. Azevedo, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, a onerosidade excessiva (laesio enormis). In O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Coordenadores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Ed. Renovar. São Paulo. 2008.

Direito do Trabalho delimitou o chamado poder potestativo do empregador em decorrência do fato de que a análise da relação jurídica travada entre empregado e empregador passa a ser marcada, não mais pela comutatividade do contrato de trabalho, que é substituída pelo princípio da proporcionalidade. Necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito passam a reger a normatividade do contrato de trabalho. Desse modo, a realização de trabalho deve ser algo partilhado e compartilhado, para a realização do trabalho se adéqüe à necessidade de realização do contrato com resguardo dos direitos do trabalhador, sobretudo quando se trata de cobranças para aumento de produtividade, como metas, como fundamentamos abaixo.

Explicamos. A constitucionalização do direito do trabalho trouxe novos institutos que passaram a reger a relação empregatícia, como elementos específicos dessa modalidade de relação. E nem poderia ser diferente, porquanto quando se verificou a modificação da pessoa humana contratual, novos instrumentos de proteção tinham que ser criados para dar conta dessa demanda com vié existencial.

Gustavo Tepedino, de forma pormenorizada, assim se refere sobre a questão:

“Neste renovado direito civil interpretado à luz da Constituição, abandona-se a noção da pessoa humana como sujeito de direitos abstrato, anônimo, e cuja importância se associava exclusivamente à capacidade patrimonial. Aten-ta-se, isso sim, para a sua qualificação na relação jurídica concreta em que se insere, levando-se em consideração o valor social da sua atividade. A pessoa humana, portan-to, qualificada de acordo com a sua realidade específica, e protegida pelo ordenamento segundo seu grau de vulnerabilidade em concreto, torna-se a categoria central do direito privado contemporâneo.... Positivou o Código Civil, na conhecida dicção de seu art. 421, o princípio da função social do contrato, ao estabelecer que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função so-cial do contrato”. Tal preceito, a despeito das diversas cor-rentes doutrinárias que surgiram acerca de seu conteúdo, deve ser entendido como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa huma-na (art. 1º, III) e do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República -, bem como da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (ar. 3º, I) – objetivos da República -, impõe às partes o dever de per-seguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”<sup>41</sup>.

Essa busca por proteção do hipossuficiente, para permitir uma certa equalização da prestação jurisdicional, acabou por criar uma categorização da hipossuficiência com mecanis-mos próprios e específicos para sua proteção contra a dife-

41. Tepedino, Gustavo - O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo, in *Direito & Justiça Social*, coordenador Thiago Fer-reira Cardoso Neves – São Paulo – 2013, ed. Atlas, pg. 258/259.

rença de poder.

Para além de nossas fronteiras, a preocupação se espalha pelo no direito comparado, como relata Peter Häberle:

“A jurisprudência federal trabalhista prevalentemente trata de modo mais específico a irradiação do art. 1º da Lei Fundamental sobre as relações de emprego. Na verda-de, trata-se aqui da proteção da esfera íntima e privada no sentido do direito geral de personalidade, embora fique, apesar disso, em primeiro plano uma configuração huma-namente digna da relação de emprego, na qual também o empregador encontra-se obrigado por um dever de cuida-do e assistência (fürsorgepflicht). Trata-se como que de um direito da personalidade específico na esfera trabalhista. A configuração dessa relação de emprego, bem como o di-reito coletivo de trabalho, encontra limites no art. 1º da Lei Fundamental; ainda na negação de uma violação da digni-dade humana à luz da vinculação comunitária do cidadão repousa também uma determinação de conteúdo específi-ca do direito do trabalho”<sup>42</sup>

Vê-se, pois, que para Peter Häberle, há um direito de per-sonalidade específico no direito do trabalho consistente no chamado dever de cuidado e assistência do empregador para com o empregado; ainda uma negação de violação da dig-nidade humana à luz da vinculação comunitária do cidadão.

## 2. Por uma Nova Interpretação do Direito do Trabalho e de Seus Institutos

É comum vermos em decisões de nossos tribunais traba-lhistas, inclusive do TST, afirmação de que uma determinada questão não se aplica no direito do trabalho ou no processo do trabalho, como se existisse uma tábua de questões nu-merus clausus que jamais poderia ser aplicada no direito ou processo do trabalho, com desprezo pelas mudanças contí-nuas do Direito, sobretudo em relação às mudanças advindas da constitucionalização do Direito com o estabelecimento da Constituição Federal de 1988. Como já se disse, o Direito está em permanente construção e eu diria em permanente recons-trução, isso porque o Direito não pode ficar alheio às mudan-ças sociais, que são cada vez mais intensas, tanto que o Prof. Willis Santiago costuma dizer nas suas aulas na PUC/SP que as mudanças de hoje podem representar as mudanças que antes se davam em um século ou até em um milênio, tal a sua rapidez.

Sanada parcialmente as questões da fome e outras pen-dências materiais, as exigências das pessoas se voltam para questões existenciais / espirituais, por isso os juízes não po-dem ser empregados do Estado, mas sim da humanidade. Portanto, os juízes têm que estar preparados para transformar as inquietudes dos jurisdicionados e transformá-las em pau-tas espirituais concretizando-as transformando-as em bens da vida.

Para que possamos interpretar o direito do trabalho, na

42. Häberle, Peter, in *Dimensões da Dignidade Humana*, Porto Alegre, 2013, Livraria do Advogado Editora, p. 67 e68.

conformidade dos princípios constitucionais, em primeiro lu-gar, penso que temos que ter uma visão ampla do disposto no art. 8º da CLT e de seus demais institutos. Preceitua o art. 8º da CLT:

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por ana-logia, por equidade 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 par-ticular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

De uma leitura –ainda que perfunctória da cabeça do arti-go- se vê que há autorização para que se utilize jurisprudên-cia e normas gerais de direito que não sejam do direito do trabalho, mas preferencialmente deste, portanto somente se pode dizer que tal regra não se aplica no direito do trabalho se se verifica a absoluta incompatibilidade com o instituto. De logo se verifica que não se pode falar, sem fundamentar, que determinada matéria não se aplica no direito do trabalho. Ade-mais, o artigo referido mostra-se de uma modernidade extre-ma ao possibilitar a aplicação do direito comparado, quando somente recentemente o STF começou a admitir a aplicação da jurisprudência de países democráticos em nossas senten-ças. Vale então dizer que o art. 8º da CLT já estava à frente do nosso tempo.

Nessa linha de raciocínio não se pode mais falar que o di-reito civil é aplicado de forma subsidiária ao direito do traba-lho, como bem preconiza Flávio Tartuce<sup>43</sup>:

“...é imperioso dizer que também são possíveis diálo-gos entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, particu-larmente entre o Direito Civil e a legislação trabalhista, o que é totalmente viável e, mais do que isso, plenamente recomendável. Para esse diálogo, de início, é importante apontar que o Direito do Trabalho é ramo do Direito Pri-vado, assim como o é o Direito Civil. Quanto ao contrato de trabalho, a sua própria concepção é feita com vistas à pro-teção do vulnerável dessa relação privada, o empregado ou trabalhador. Há tempos que o Direito do Trabalho lida com a diferença existente no contrato em questão, visando tutelar camadas da população desprotegidas e desampara-das. Talvez a legislação trabalhista seja o primeiro exemplo de dirigismo contratual, de intervenção do Estado e da lei nos contratos. Conforme o art. 8º da CLT, o direito comum e, logicamente, o Direito Civil são fontes subsidiárias do Direito do Trabalho. Na verdade, pela aplicação da tese do diálogo das fontes, o que se propõe é uma nova leitura des-se comando legal. Não se deve mais considerar o Direito Civil como simples fonte subsidiária, mas, em alguns casos, Tartuce, Flávio – Manual de Direito Civil, volume único – 2ª edição Ed. Método – p. 64/66.

como fonte direta do Direito do Trabalho. Isso porque, em muitas situações atualmente comuns à prática trabalhista, não há normas de Direito do Trabalho regulamentando a matéria. Em casos tais é que as normas do Código Civil te-rão aplicação. Outro argumento interessante é que, quan-do a CLT entrou em vigor, não vivíamos esse momento de complexidade legislativa atual. Trazendo clarividência a essa complexidade, anote-se que a Emenda Constitucional 45/2004 ampliou enormemente a competência da Justiça do Trabalho para tratar de casos que antes eram da compe-tência da Justiça Comum, como a responsabilidade civil por acidente do trabalho em decorrência do contrato de traba-lho. Como não há legislação trabalhista a tratar do tema, o aplicador do Direito deve procurar socorro nas normas do Código Civil que tratam de responsabilidade civil.... Em suma, a partir da interação científica a doutrina civilista deve preencher as estantes do intérprete que atua na área trabalhista, para motivar o seu convencimento e os seus argumentos. Na área trabalhista, já podem ser encontra-dos julgados que fazem menção à teoria do diálogo das fon-tes, com destaque para o seguinte:

“Trabalho temporário. Aplicação da CLT ou outro di-ploma legal. Possibilidade. Diálogo das fontes. A circuns-tância de o trabalho temporário ser disciplinado pela Lei 6.019/74, não importa, de per si, em inaplicabilidade da CLT ou mesmo de outros diplomas legais, como o Código Civil, por exemplo, e isso porque, como se sabe, hodierna-mente, diante do aumento dos microsistemas, regulando situações específicas, imprescindível o recurso ao denomi-nado diálogo das fontes, como meio mais eficaz de proteção à parte mais fraca de uma relação jurídica, preservando-se a sua dignidade de pessoa humana e também por possibili-tar uma visão de conjunto que um olhar parcial, por óbvio, não proporciona. Trabalho temporário. Contrato. Validade. Requisitos. A se entender que a mera celebração de contra-to escrito e normalmente com cláusulas já previamente es-tabelecidas, entre as empresas prestadora e tomadora de serviços e entre aquela e o obreiro, apontando, passe a sin-gleza do vocábulo, ‘secamente’ qual o motivo da contrata-ção, as vezes apenas assinalando com um ‘X’ um espaço em branco, atende ao quanto disposto na referida ‘lex’, bem é de ver que muito raramente se encontrará algum contra-to de trabalho temporário que padeça de algum vício de nulidade, todos serão celebrados com a mais absoluta ob-servância das normas legais pertinentes, de modo que, em situações nas quais se fala em substituição transitória de pessoal permanente ou quando o motivo determinante é o acréscimo extraordinário de serviços, há de ser apontado o que levou a que se desse uma ou outra situação, sendo totalmente insuficiente a mera alusão, sem maiores espe-cificações, a respeitante necessidade. Em outras palavras, não basta dizer o motivo da contratação do trabalho tem-porário é este ou aquele, mesmo porque, só em razão dos mesmos é que tal concerto pode ser ajustado, imprescindí-vel o deixar claro qual a situação que provocou e/ou que dá sustentação ao motivo alegado; por exemplo, um pedido de

cliente absolutamente imprevisto e que, para ser atendido, provoca – aí sim- um acréscimo extraordinário de serviço, do contrário, se mencionada situação não ficar devidamente apontada, a rigor, as normas aplicáveis não restaram satisfeitas, como deveriam sê-lo, o que leva à decretação de nulidade do contrato de trabalho temporário, por não demonstrado o preenchimento das condições necessárias à sua celebração” (TRT da 15ª, R.O 1146-2007-059-15-00-9, Acórdão 45622/08, 5ª Câmara, Rel. Des. Francisco Alberto e Motta Peixoto Giordani, DOESP01.08.2008, p.95)

Vê-se, pois, que só se pode falar em não aplicabilidade de alguma norma do Código Civil no Direito do Trabalho se for absolutamente incompatível com as regras e princípios que regem as relações trabalhistas. Contudo, quando a norma civil atua no direito do trabalho como norma mais favorável não há qualquer justificativa para se falar em não aplicação ao Direito do Trabalho.

3. A Dispensa por Justa Causa, como estabelecida na Clt, foi recebida pela Constituição Federal de 1988?

A dispensa por justa causa, por ser a medida extrema a que pode ser submetida o empregado, deve restar comprovada em juízo de forma robusta, isso porque o rompimento obtido a partir dela da ao empregador o direito de resolver o contrato de trabalho sem ônus para si. Vale dizer, o empregado será desapossado de um bem ao argumento de ter cometido um ato ilícito que se incompatibiliza com a fidúcia sempre necessária a continuidade da relação de emprego.

De fato, a chamada robustez da prova em tema de justa causa tem pelo menos duas vertentes, sendo uma aquela que tem como objetivo a prova stricto sensu da dispensa e a outra, como elemento subjetivo, com intenção de dar ao empregado uma justificativa do ponto de vista moral para que a dispensa seja aceita sem afetar sua esfera de direitos não patrimoniais; vale dizer sentimento de ter fracassado para aqueles que dele dependem; sentimento de impotência perante os seus próprios limites; sentimento de ser incompetente; sentimento de não ter agido eticamente da melhor forma possível etc. Este segundo elemento decorre das garantias do direito de personalidade do trabalhador e tem imbricamento com o princípio constitucional da dignidade humana, por isso será inválida da mesma forma a dispensa com justa causa se o empregador não oferecer ao empregado a possibilidade de ser comprovado que a falta atingiu a fidúcia de tal forma que a dispensa se impôs a tal ponto de não ser mais possível a continuidade do contrato de trabalho. Contudo, para se chegar a este ponto tem o empregador de demonstrar que não lhe era possível, ante a urgência do fato ocorrido, de se utilizar do direito potestativo de dispensar o empregado sem justa causa.

Os limites da potestade implicam em se dizer que não é dado ao empregador escolher entre uma dispensa sem ou com justa causa, visto que a dispensa por justa causa traduz uma exceção ao modo normal de desate do contrato de trabalho. Daí decorre que esta escolha ampliaria o direito potestativo do empregador para fora dos limites do contrato de trabalho, violando o devido processo legal na sua dimensão substancial.

Essa conclusão advém do fato de que se o empregador tem que comprovar - de forma robusta - as causas que ensejaram a dispensa justa, inserido nesse ônus está também, de forma implícita, o ônus de comprovar que as causas da justa causa impediram a dispensa sem justa causa.

Os princípios constitucionais que dão vida ao espírito da Constituição impõem, para que se dê efetividade à sua eficácia vertical, que ao se analisar os motivos de uma dispensa por justa causa o faça com suporte numa análise do ambiente de trabalho e, sobretudo, se o mesmo não teria criado as condições para que a parte mais fraca descumprisse sua parte, exatamente por motivos de não cumprimento da parte que competia ao empregador. Quando do eventual descumprimento por parte do empregado do contrato de trabalho, há que se verificar se o empregador cumpria os elementos objetivos e subjetivos do contrato de trabalho, para que se chegue a um resultado conclusivo de que havia no momento do cometimento do ato faltoso uma par conditio constitucional que impunha ao empregador cumprir a sua parte no contrato de trabalho.

Se desde o nascimento da CLT há 70 anos se dizia e se apregoava que a legislação do trabalho é protetiva e essa proteção decorre da descomunal vantagem do empregador da relação contratual, hoje no início do século 21-século de implementação definitiva dos direitos humanos no mundo-, não basta uma legislação protetiva, mas também uma ação protetiva por parte do Estado, sobretudo por parte dos juízes, para introduzir -ainda que seja por conta da aplicação de multas pesadas-, na consciência dos empregadores de que a relação no contrato de trabalho, por um ser humano uma das partes na relação, deve ser fraterna e solidária, sempre a resguardar a dignidade humana do trabalhador. Se em outras atividades empresariais o lucro pode ser o fim último do empresário, no contrato de trabalho a proteção de todos os matizes ao trabalhador deve ser o fim e como meios o lucro do empregador e o salário do empregado.

Num contrato de trabalho em um sistema capitalista jamais chegar-se-á a uma paridade exata na relação de trabalho, mesmo nas fábricas onde os trabalhadores estão mais organizados e há comissões de fábrica, pois sempre haverá a mais valia, como dizia Karl Marx, contudo esse lucro como a parte do trabalho que o empregador não paga ao empregado pode ser compensado com a humanização do local de trabalho, embora a humanização do contrato de trabalho não pode, a priori, ser compensada com nada, eis que é obrigação da empresa em ter um ambiente de trabalho sadio por imposição legal e em homenagem ao princípio da dignidade humana e, também, por conta do dever de cuidado e assistência com o trabalhador que o empregador deve ter.

O elemento subjetivo da robustez da prova pode, em algumas hipóteses, afastar a necessidade de se travar um contraditório para tornar eficaz a dispensa justa, contudo, em regra, por conta da imposição do due process of law, já que ninguém pode ser desapossado dos seus bens sem o devido processo legal, a nosso juízo, em quase toda justa causa deveria haver um processo mínimo de apuração dos fatos, com amplo direito de defesa, dentro da empresa para a garantia da efetividade

da cláusula referida. Portanto, em não sendo assim procedido, dentro da empresa, deve o juiz invalidar a dispensa.

Os fatos que nos fazem concluir que a dispensa por justa causa, do modo como estabelecido na CLT, não foi recebida pela Constituição Federal de 1988, estão em que ao empregado não é dado o direito de aplicar a rescisão indireta ao empregador (justa causa) e obrigá-lo a lhe pagar as verbas rescisórias e ir à Justiça para reaver os valores. Isso significa que não há isonomia no momento da aplicação da justa causa, o que violaria o princípio geral da isonomia, insculpido na cabeça do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Ademais, ao empregador é dado o direito de fazer um juízo – ainda que não razoável sobre a dispensa justa do empregado- e reter as suas verbas que têm natureza alimentar, por anos a fio, direito que nem de longe se da ao empregado. A comutatividade do contrato, que substituímos pelo princípio da proporcionalidade, da mesma forma é violada, por esses fundamentos.

Portanto, a conclusão a que chegamos é a de que justa causa, nos moldes em que está estabelecida na CLT, não foi recebida pela Constituição, visto que viola o princípio geral da isonomia insculpido na cabeça do art. 5º da Constituição Federal e a comutatividade do contrato de trabalho, que requer um exame da proporcionalidade quando se trata de paridade isonômica.

4. Aplicação dos Artigos 467 e 477 da CLT, quando do reconhecimento do vínculo de emprego

Decisões dos nossos TRTs e do TST caminham no sentido de que quando reconhecido o vínculo de emprego não faz jus o reclamante a aplicação das multas dos arts. 467 e 477, da CLT. Contudo, entendemos de forma diversa, visto que a controvérsia sobre a relação de emprego não impede a aplicação das multas referidas multas, vez que o empregador que registra o empregado e não lhe paga as verbas é impelido a pagar as multas, por maior razão aquele que não registra o empregado deve pagar as multas, sob pena de beneficiar-se o empregador infringiu a lei da sua própria torpeza. Vale ressaltar que o afastamento das referidas multas só deve ocorrer quando ocorrer sincera dificuldade em se saber se há ou não relação de emprego entre as partes; portanto a controvérsia não pode ser estabelecida ao bel prazer da parte.

Ademais, negar-se o pagamento das referidas multas significa negar o que chamamos de eficácia imediata ou tópica, vez que efetividade da sentença consiste em dizer qual deveria ser o status do contrato desde a sua assinatura, apontando a violação da lei. Abstraída a fundamentação acima de argumentação da própria torpeza, ainda poderíamos dizer que o não asseguramento do retorno ao status quo ante implicaria da mesma forma em se dizer que se estaria a afirmar que é dado ao empregador alegar que desconhecia o direito, o que o ordenamento jurídico não concebe. Assinala-se, por oportuno, que a controvérsia é apenas um meio de indicação da pertinência da pretensão não se podendo lhe dar tarefas atinentes à efetividade porquanto ela se exaure no exame e resolução da facticidade. Isso porque a questão assim entendida daria valor normativo ao fático, ou seja, a controvérsia daria normatividade ao exame de uma pena por

inadimplemento das verbas. Ora, quando o juiz decidiu essa decisão firmou o entendimento de que não havia, em verdade, uma controvérsia, portanto esta não pode mais surtir os efeitos, pois se assim o fosse negaria efetividade à decisão judicial prima facie, como se a controvérsia fosse estabelecida de antemão de forma absoluta. Não são as partes que estabelecem as controvérsias ao bel prazer da conveniência dos direitos buscados em juízo.

A tese por nós acima esboçada está ancorada no que podemos chamar de efetividade real dos efeitos da sentença, eis que esta consolida uma situação anterior à sentença que se fazia duvidosa, de sorte que a efetividade consiste exatamente em não se permitir que se discutam mais fatos decorrentes da situação anterior com efeitos diversos daqueles que se podem extrair da sentença. A sentença consolida uma situação anterior, portanto os efeitos que se podem discutir são aqueles decorrentes da situação considerando-se que os fatos deveriam ter aquela configuração desenhada na sentença.

Nesse sentido não se pode validamente dizer que não se pode aplicar a multa do art. 477 ou 467 da CLT, porque havia controvérsia sobre a relação de emprego, pois o efeito primário da sentença é o de consolidar supostas dúvidas ou controvérsias. É exatamente por esse motivo que com a sentença se pagam vários direitos retroativos ao momento do inadimplemento, pois não se pode diferenciar aqueles direitos que dependiam de uma providência do inadimplente com os outros direitos que adviriam do próprio provimento jurisdicional. Ora, se o direito que decorre da sentença não puder retroagir para atingir todas as questões aferidas por ela, ter-se-ia que a sentença teve apenas efetividade parcial e ao empregador, no caso, estar-se-ia propiciando o benefício com a própria iniquidade, que se traduziria em norma não modificável nem mesmo por sentença.

5. A inconsistência e inconstitucionalidade da orientação jurisprudencial 98 da SDI-II do c. TST

A Justiça do Trabalho precisa inaugurar uma nova forma de estabelecer a sua jurisprudência, ou seja, deve-se fazer sempre uma aferição da constitucionalidade da jurisprudência abandonando aquilo que já critiquei nesse artigo quando simplesmente se diz que tal ou qual coisa não se aplica na Justiça do Trabalho, sem qualquer fundamentação. Com esse pensamento o Direito do Trabalho é levado para uma espécie de gueto, se isolando dos demais ramos do direito, inclusive da Constituição. Um bom exemplo de jurisprudência que se estabeleceu sem se dar conta dos princípios constitucionais é a Orientação Jurisprudencial 98- da SDI-2, do C.TST, que assim preceitua:

Mandado de segurança. Exigência de depósito prévio de honorários periciais. É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia independentemente do depósito.

Não podemos interpretar as normas de direito do trabalho como se ‘isso ou aquilo não se aplica na Justiça do Trabalho’ fosse um método de interpretação, quando sabidamente não o é.

Demais, disso o que, por vezes, leva a alguma incompatibilidade no processo do trabalho é a não observância da condição de hipossuficiência do empregado, portanto quando isso ocorrer a norma tem que ser interpretada conforme a Constituição para que não se aplique ao empregado, mas aplique ao empregador, visto que os benefícios dirigidos ao hipossuficiente não podem favorecer o empregador.

A partir de uma leitura mais atenta à OJ-98 da SDI-2, do TST, percebe-se que não existe o chamado direito líquido e certo na mesma descrito. Ora, se a OJ pretende que a perícia seja realizada sem a cobrança de honorários prévios, isso implica em se dizer que alguém vai ter que trabalhar sem receber de imediato e em momento por ele não combinado, mas imposto por uma parte ou pela Justiça. Disso já se pode tirar duas conclusões: a primeira é a de que ninguém tem direito líquido e certo contra direito do outro e a outra é a de que ninguém é obrigado a realizar qualquer tipo de serviço sem receber pagamento no momento em que aceitou receber, sob pena de restar vulnerado o princípio do primado do trabalho, insculpido na Constituição Federal de 1988 e o devido processo legal na sua dimensão substancial.

“...Nessa assentada, a então Chief Justice ressuscita e adota, em nome da Corte, a histórica opinião dissidente de Juiz Bradley nos *Slaughter-Houses cases*, para proclamar um princípio de direito público destinado a tornar-se definitivo, qual seja o de que o Estado não pode exigir de uma empresa ferroviária a obrigação de transportar pessoas e mercadorias sem o pagamento de uma remuneração compatível, pois que tal importa em utilizar a propriedade privada para fins de uso público sem a justa compensação e sem o devido processo legal”.<sup>44</sup>

Ao contrário do que diz a OJ, ilegal não é a cobrança de honorários prévios, mas sim a própria OJ que padece de ilegalidade e de inconstitucionalidade por pretender que o perito trabalhe sem receber e arque com valores do seu bolso, protegendo de maneira incompreensível o empregador. Veja a tamanha incoerência do OJ que não permite a oneração do empregador, mas admite a oneração do perito que não tem relação com as partes litigantes, mas tem que arcar com valores do seu próprio bolso para fazer a perícia que decorreu da exploração de uma pessoa para obtenção de lucro. A incoerência salta aos olhos. Nessa linha de raciocínio, quem teria direito a mandado de segurança seria o perito e não as partes. Uma interpretação conforme a Constituição só nos pode levar à conclusão de que a OJ não se aplica ao empregador, mas tão-somente ao empregado, ainda assim se os tribunais tiverem uma reserva orçamentária para pagamento dos honorários prévios para o trabalhador hipossuficiente. O que se tem

que entender é que quando o trabalhador não puder arcar com os honorários a prova não pode deixar de ser feita, sob pena de violar-se o direito constitucional de acesso à Justiça. A OJ não se aplica ao empregador quando o juiz entender que há indícios ou provas de que há necessidade de prova pericial, sobretudo quando há prova de acidente de trabalho; afastamento pelo INSS por acidente ou doença ocupacional; e em outros casos em que o trabalho é potencialmente lesivo à saúde do trabalhador e nos demais casos, a critério do Juiz. Ora, se há indícios veementes de que a causa dos males do empregado decorreu de suas atividades ou do ambiente de trabalho, não há qualquer dúvida de que o empregador deve assegurar o pagamento dos honorários, visto que isso decorre do princípio solidarista que passou a integrar as Constituições a partir do segundo pós-guerra. Se o empregador, para obtenção de lucro, explora uma pessoa, pelo princípio do solidarismo e do dever de cuidado e assistência, deve suportar e propiciar que a mesma tenha o máximo de acesso às provas de salubridade do local de trabalho ou de seu estado de saúde. Evidentemente que essa responsabilidade não pode ser repassada para o perito que não lucra com a atividade econômica. Quando a OJ quer impelir o perito a trabalhar sem os seus honorários prévios, coloca-o à mercê de subornos de empregadores inescrupulosos, violando mais um direito fundamental do empregado. Para tentar contornar essa situação alguns juízes ouvem os empregados e, em alguns casos, indeferem a prova técnica para possibilitar que sejam cobrados honorários do empregador somente nos casos em que houver indícios de necessidade da prova. Contudo, como o C.TST já decidiu de forma iterativa de que o empregado não precisa conhecer os agentes novíços do seu local de trabalho, e somente um médico pode dizer se o empregado tem seqüelas decorrentes de sua atividade na empresa, o indeferimento da perícia caracteriza-se como nítido cerceamento de defesa.

A verdade é que precisamos de uma espécie de “mais médicos” na Justiça do Trabalho, qual seja, uma equipe de médicos contratados e bem pagos para diminuir a influência do poder do empregador sobre as perícias. Uma concepção contemporânea de acesso à Justiça implica em que o Poder Judiciário tem o dever de propiciar as melhores condições para que, ao final, o bem da vida seja entregue com igualdade de condições. Nos EUA, Canadá e em outros países da Europa, há, por exemplo, equipes de advogados muito bem pagas, além de corpo de empregados públicos com função de orientar essas pessoas para que o trabalhador ou pessoa pobre possam litigar com a menor diferença de poderio em relação à outra parte. Isso porque uma concepção moderna de acesso à justiça implica em criar condições para que a parte desfavorecida tenha iguais condições que a outra para “ganhar a causa”. Assim deveria ocorrer também com as perícias.

Em conclusão deixamos assentado que a OJ-98, da SDI-2 do TST padece dos vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade pelos seguintes motivos:

i) viola o primado do trabalho insculpido na Constituição Federal de 1988, visto que ninguém pode ser obrigado a trabalhar sem uma remuneração condizente e para em mo-

mento pactuação livremente pelas partes;

ii) nega validade ao dever de assistência e proteção que o empregador tem que ter em relação ao trabalhador, porquanto não obriga o empregador ao pagamento dos referidos honorários.

iii) viola o princípio constitucional do devido processo legal na sua dimensão substancial, por negar o pagamento da devida compensação por uma atividade, como exemplificamos acima.

VI. O empregador com menos de 10 empregados tem que controlar o horário de trabalho através de controle manual, sob pena de aplicação da Súmula 338, do TST.

Um outro dispositivo da CLT que deve ser reinterpretado é o §2º do art. 74 da CLT. De uma análise perfunctória do dispositivo citado se pode chegar à conclusão de que os empregadores com menos de 10 empregados não têm obrigação de manter controle de ponto, o que se vê à quase unanimidade dos julgados dos nossos tribunais. Contudo, uma interpretação com suporte no princípio constitucional da isonomia, implica em dizer que o empregador com menos de 10 empregados tem que ter controle de ponto pelo menos manual, sob pena de suportar a aplicação do disposto na Súmula 338 do C.TST.

Veja que o dispositivo ora em comento está localizado na CLT na seção V, que trata do quadro de horário, e a cabeça do art. 74 dispõe sobre a organização e afixação do quadro de horário, portanto ao livrar o empregador com menos de 10 empregados da anotação em controle de ponto tinha como intenção a lei a de não sobrecarregar o pequeno empresário com custos de relógio de ponto, v.g, e de desburocratizar modo de fiscalização. Portanto, é a partir da intenção do legislador que se pode, de logo, concluir que nenhum ônus que não é suportado pelo empregado que trabalha em empresa com mais de 10 empregados pode ser suportado por empregado que trabalha em empresa menor, visto que isso seria um contrassenso já que os empregados de empresas menores são justamente aqueles que têm menores possibilidades de se organizarem em sindicato. Ademais, vulneraria o princípio constitucional da isonomia onerar-se empregados de modo diverso diante de uma mesma causa. Vale aqui a máxima: onde há a mesma razão aplica-se o mesmo direito. Em sendo a norma descrita no art. 74 da CLT norma, em princípio, dirigida à fiscalização do Ministério do Trabalho, não se pode fazer interpretação extensiva da mesma apta a criar ônus ao empregado, diverso e incompatível com a exegese da norma. A norma que permite a não anotação em controle de ponto ao empregador com menos de 10 empregados é apenas um benefício diante da fiscalização do Ministério do Trabalho, portanto é norma benéfica que, nos termos do art. 114, do Código Civil, deve ser interpretada de forma restrita, vale dizer, restrita à pretensão do legislador. Se de outra forma entendêssemos teríamos que em um mesmo artigo a lei impor ônus ao empregador com mais de 10 empregados e

quando com menos de 10 empregados esse ônus caberia ao empregado, justamente aos empregados com menor poder de organização, num paradoxo inaceitável.

Nossa tese ganha um reforço quando verificamos que o §3º do art. 74, da CLT- quando trata do trabalho externo-, não faz a distinção entre os empregadores com mais ou com menos de 10 empregados, visto que a anotação em papeleta é feita de forma manual, o que não geraria custos ao empregador. Isso deixa extremas de dúvidas a intenção do legislador de que a anotação manual se aplica ao empregador com menos de 10 empregados, dada a literalidade do §3º do art. 74, que não se reporta ao §2º que trata do empregador com mais de 10 empregados.

Apelando a casuística poderia exemplificar com um empregado que presta serviços em horário extenso, das 08h00 às 22h00, para empregador com menos de 10 empregados, que não tem qualquer tipo de anotação em controle de ponto. Dizer-se que nessa hipótese, por não estar o empregador obrigado a anotar a jornada seria do empregado o ônus de comprovar o horário, estar-se-ia transferindo ao empregado o ônus do risco do empreendimento; violando o princípio constitucional da solidariedade; o princípio da isonomia, como já fundamentado acima; e o direito de personalidade do empregado, visto que ao não conseguir comprovar a longa jornada de trabalho pereceria o direito de comprovar eventual dano existencial.

Se de outra forma entendêssemos, teríamos então que os empregados de empresas com menos de 10 empregados estariam impedidos de prestar horas extras, visto que o art. 59 da CLT determina que as horas extras, excedentes de duas diárias, somente são autorizadas mediante acordo escrito, portanto não se pode imaginar a feitura de horas extras sem a devida assinalação da mesma. De que adiantaria formular-se um acordo escrito para feitura de horas extras e não anotá-las?.

Cabe no vertente caso uma indagação de raiz constitucional: a quem compete a fiscalização da jornada de trabalho do empregado e qual a finalidade da limitação da jornada de trabalho?

A resposta envolve questões de cunho constitucional, questões que, de resto, permeiam toda a atividade laboral, eis que prestada por ser humano, resguardado por princípios constitucionais caros às relações humanas. A limitação da jornada de trabalho, antes de configurar qualquer elemento técnico hábil a assegurar o mero pagamento das horas de trabalho, tem como fundamento a humanização do trabalho, conquista secular dos trabalhadores. A limitação da jornada de trabalho assegura ao trabalhador condições mais humanas na prestação de serviços, dando-lhe melhor qualidade de vida e dignidade para que lhe sobre maior tempo para desfrutar de outros benefícios da vida na família e na sociedade.

Na regulação do contrato de trabalho é do empregador o ônus de fiscalizar quase todo o contrato de trabalho, pois é a parte que tem as condições para tanto e é o empregado quem executa o contrato de trabalho. Ao empregado compete fiscalizar o empregador em relação ao cumprimento de sua parte no contrato.

A mesma responsabilidade que tem o empregador de fis-

44. Castro, Carlos Roberto Siqueira. O Devido processo legal e os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.

calizar o contrato de trabalho do empregado em relação aos atrasos e faltas e eventuais saídas mais cedo, também é estendida à fiscalização de eventual extrapolação do contrato de trabalho, mesmo porque se o empregado extrapola a jornada de trabalho para muito além do permitido na lei e na constituição, poderá se inserir em hipótese de trabalho análogo a de escravo, acarretando da mesma forma um dano moral existencial, vulnerando o princípio constitucional da valorização social do trabalho. A conclusão de que esta fiscalização é do empregador decorre do fato de que o empregado, no curso do contrato de trabalho, está em permanente opressão por conta da temeridade de perda do emprego e, por consequência, a perda do instrumento para cuidar de sua família. Uma verdadeira síndrome. Nessas condições haverá sempre uma tendência em descumprir regras legais que acabam favorecendo o empregador e lhe propiciam um enriquecimento sem causa.

Diante desse raciocínio temos que o empregador jamais pode alegar, mesmo aqueles que têm menos de 10 empregados, que não é seu dever controlar a jornada de trabalho do empregado. Diante da imposição constitucional e legal de que é do empregador o ônus em controlar a jornada de trabalho do trabalhador, também é seu - por conta de elementar hermenêutica -, o de criar os instrumentos necessários para fiscalizar a jornada de trabalho do empregado, como ora examinado, o controle manual, ao menos, para que seja sempre garantido o primado do cumprimento de uma jornada razoável e humana de trabalho.

Portanto, em conclusão, podemos dizer que uma interpretação conforme a Constituição nos leva a concluir que ao empregador com menos de 10 empregados não será obrigatória a anotação da jornada em controle, nem ao menos manual para efeito de fiscalização do Ministério do Trabalho, contudo se não houver a anotação, ao menos manual, para efeito de prova do horário de trabalho, incidirá na hipótese o disposto na Súmula 338, do C.TST, pelo que fundamentamos acima.

#### 6. *Da Inconstitucionalidade da Súmula 18 do e. TRT-2*

A Súmula 18 do TRT2 assim preceitua:

Indenização. Artigo 404 do Código Civil. O pagamento de indenização por despesa com contratação de advogado não cabe no processo trabalhista, eis que inaplicáveis as regras dos artigos 389 e 404, ambos do Código Civil.

Nossa primeira crítica à referida súmula decorre do fato de que a mesma diz que os artigos 389 e 404, do Código Civil não se aplicam no processo do trabalho, contudo nada diz sobre a natureza material das normas.

Os dispositivos citados têm natureza típica de direito material e não processual, visto que visam a recomposição do direito material violado. Um primeiro ponto que deveria ter se tornado unânime era o de que a recomposição do patrimônio lesado na relação de emprego não comportaria a aplicação dos artigos referidos, portanto a aferição deveria se dar num primeiro momento quanto a aplicação ao direito do trabalho, posto que a aplicação no processo do trabalho dar-se-ia em

um momento posterior. O parágrafo único do art. 404, do Código Civil é lapidar em demonstrar que trata o artigo de uma faculdade do juiz aplinar os prejuízos com indenização suplementar, portanto revela-se clara a natureza material da norma. Decorre disso, que a discussão deveria, necessariamente, se ater à compatibilidade entre o Direito do Trabalho e o Código Civil. Desse modo, para aqueles que litigam com base no direito comum e têm os honorários advocatícios deferidos com suporte no Art. 20 do CPC., podem ter um plus com a aplicação do parágrafo único do art. 404, enquanto os trabalhadores, além de não terem os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, não têm os benefícios da aplicação do art. 404, do Código Civil. Portanto, valoriza-se duplamente o patrimônio em detrimento de benefícios de natureza alimentar.

Como já tivemos ocasião de dizer acima, o art. 8º da CLT é um artigo extremamente moderno que possibilita que o juiz aplique, inclusive, o direito comparado, portanto somente uma visão ultrapassada e conservadora pode dizer que o Código Civil não pode ser aplicado no direito do trabalho. Aliás, como assevera Flávio Tartuce, opinião da qual comungamos in totum, o Código Civil não só pode ser aplicado na Justiça do Trabalho como pode ser aplicado diretamente, não só por analogia. O STF já tem entendimento de que o juiz pode aplicar jurisprudência de países democráticos em suas sentenças, portanto para que se afaste norma interna mais benéfica é preciso que se justifique a partir de uma interpretação sistemática e teleológica.

No pertinente a aplicação no processo do trabalho, da mesma forma peca a referida súmula absoluta falta de argumentos que fundamentem o afastamento das normas do Código Civil. Argumentam os juízes e turmas dos tribunais que (i) podendo o trabalhador se valer do advogado de seu sindicato de classe em não o fazendo, não pode postular honorários advocatícios, onerando a empresa. Esse argumento é de todo insustentável, porquanto tem que se ter em primeiro lugar que os sindicatos somente patrocinam gratuitamente aqueles que são filiados ao sindicato, portanto quando o juiz ou tribunal se utiliza desse argumento está, indiretamente, obrigando o trabalhador a se sindicalizar, portanto violando a Constituição que não permite que ninguém seja obriga a se filiar a sindicato. Deve-se pontuar, ademais, que ao se exigir que o trabalhador se valha de uma única opção de advogado, violado é da mesma forma a liberdade do empregado de ser defendido por advogado da sua livre escolha, escolha que é dada à parte contrária (o empregador), violando-se o devido processo legal na sua dimensão material e o direito fundamental de acesso à Justiça; e o princípio constitucional da isonomia. Há que se perquirir, ainda, que qualquer decisão por conta da jurisdição tem que ter caráter de universalidade, vale dizer, tem que ter efetividade em todo o território nacional, o que não se pode dizer da decisão que postula para que o empregado busque um advogado do sindicato. Isso porque, nos sertões dos Estados do Nordeste não há sindicato e quando os há, são muitas das vezes organizados pelos próprios empregadores e nunca têm advogado. Uma sentença não pode ser prolatada pensando somente na realidade dos grandes centros, mas, por conta de seu caráter universal, somente tem legitimidade e validade

se for possível de ser aplicada em todo o território nacional. O juiz que proleta uma sentença em São Paulo, tem que pensar se poderia utilizar validamente dos mesmos argumentos no sertão do nordeste. Se a resposta for negativa então a sentença tem algum defeito grave e é, portanto, inválida e o argumento para invalidá-la será encontrado na Constituição Federal. A outra parte do argumento (ii) de que podendo o trabalhador se utilizar de advogado do sindicato preferiu contratar advogado particular, então não se poderia onerar o empregador com o pagamento de honorários, também não se sustenta, vejamos. Esse é um argumento que causa perplexidade, posto que o jus postulandi é uma faculdade e faculdade é permissão, portanto não pode ser apenas se utilizada de forma diferente. E a perplexidade decorre do fato de que se o legislador deu uma faculdade ao empregado, por certo tentou retirar os obstáculos para o acesso à Justiça, por isso que o não uso não pode ser considerado como um fator de agravamento do acesso à Justiça. O Poder Judiciário não pode se importar se a parte se valeu ou não de determinado advogado se não for em benefício da par conditio, portanto quando o juiz diz que o empregado deveria buscar um advogado do sindicato, vai contra a concepção moderna de acesso à Justiça que obriga o juiz a deixar de ser espectador na ação para ser um agente provedor de justiça no litígio para que ao fim e ao cabo o resultado da demanda revele o desfecho de uma luta o mais igual possível, e não resultado das diferenças de poderio, portanto uma negação da justiça. Desse modo, quando assim age o Juiz está indo contra o juiz da pós-modernidade que não é um mero espectador da aplicação do direito e da justiça. Esse argumento do jus postulandi revela ainda uma outra grande contradição, posto que quando o empregado tem advogado contratado o juiz, quando a petição inicial não está em termos, a julga inepta argumentando que o jus postulandi não se aplica quando o empregado contratou advogado, contudo, num contrasenso inaceitável, nega honorários advocatícios justamente pelo fato de o empregado ter contratado advogado particular e não se valido de advogado do sindicato. Ora, se o advogado não vale para os honorários, a sua presença não poderia piorar a situação do empregado (julgar inepta a inicial, v.g.), como se fosse uma reformatio in pejus.

A suprema Corte americana, já em 1905, deixara assentado que a garantia do devido processo legal assegurava aos trabalhadores e empregadores a liberdade de contratação, sem a intervenção do Poder Público. No caso ora examinado, a perplexidade é que o empecilho é causado pelo próprio Poder Judiciário que não se dá conta de que a faculdade de contratar advogado é liberdade, e faculdade e liberdade estão sempre asseguradas pelo devido processo legal, sem possibilidade de intervenção do Poder Público.

Talvez nós, os juízes, estejamos impregnados pela doutrina do dever ser de Kelsen, quando deveríamos retornar à idéia original de Kant para acolher o dever-fazer. Ademais, o tribunal constitucional alemão, em interpretação à Lei Fundamental alemã deixou assentado que em termos de direitos fundamentais o juiz não deve, nem pode, mas, sim está obrigado a aplicar o direito e as garantias ao caso concreto.

Como bem acentua Pietro Perlingieri:

“O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da Constituição e do ordenamento jurídico, é importante destacar somente que na Constituição prevalece a componente axiológica, e no ordenamento jurídico a componente racional-normativa. A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento. A normatividade constitui caráter fundamental da juridicidade e não somente o dever-ser, mas também o dever-fazer está presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõem o ordenamento<sup>45</sup>.”

Ao negar a concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, viram-se as costas para o princípio da restituição integral. Nos parece de clareza solar que se o empregador não paga o empregado e o obriga a ir a juízo para que receba o que de direito, por certo deve arcar com os prejuízos que o empregado teve com seu patrono. Ora, se o empregado tinha direito a R\$ 1.000,00 e, por conta de ter utilizado os serviços de advogado, lhe restaram apenas R\$ 700,00, por certo que o empregador lhe causou um prejuízo de R\$ 300,00 que deve ser ressarcido ao empregado. Não precisa nem ser bacharel para saber disso. A agravante aqui, que os juízes desconsideram, é que a verba em prejuízo tem natureza alimentar. Dar ao empregador o direito de dizer que o empregado não o pode onerar contratando advogado particular é o mesmo que dizer que o empregador pode ser valer da própria iniquidade de não pagar e ainda querer influenciar na defesa de seu empregado. Florestan Fernandes já advertia do perigo de se conformar o juiz com a jurisprudência pronta, o que parece ser o caso quando se vinculam à Súmula 219 do C.TST, contra todos os argumentos.

O STJ, nas poucas oportunidades em que se pronuncia sobre questões trabalhistas, defere os honorários advocatícios e aplica os artigos 389 e 404, da CLT enunciando que a não aplicação dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho implica em violação do acesso à Justiça. Acertadamente.

Portanto a Súmula 18 do TRT2 é ilegal posto que ao dizer que não se aplica no processo do trabalho, deveria antes dizer que os artigos 389 e 404 do Código Civil, não se aplicam para recomposição dos danos causados ao direito material, com fundamentação robusta a afastar as autorizações do art. 8º da CLT, visto que a norma é típica de direito material. É inconstitucional posto que viola com força o direito fundamental de acesso à Justiça, conforme se extrai de fundamentação que não requer nem muito rigor de hermenêutica, e como já

45. Perlingieri, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. São Paulo – 2008, ed Renovar, pg. 205/206

se pronunciou o STJ.

7. É do empregador o ônus da prova do intervalo para descanso e refeição no trabalho externo

Questão que ainda parece que não há acordo na jurisprudência e que é quase unanimidade na doutrina de que no trabalho externo, excetuado os motoristas que já têm lei regulando a espécie, é de que o empregador não teria condições de fiscalizar a jornada de trabalho do empregado, portanto não poderia ser condenado a lhe pagar o período relativo ao intervalo para descanso e refeição.

Dispõe a cabeça do art. 71, da CLT:

Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo de uma hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 horas.

A obrigação de concessão do intervalo implica em se dizer que a norma tem como fundamento o restabelecimento do trabalhador para a segunda etapa do contrato de trabalho para preservação de sua saúde. A alegação das empresas de que não tinha controle sobre o trabalho do empregado e que, portanto, poderia o mesmo se utilizar de tempo, inclusive superior a uma hora, não dá razão às empresas, visto que é dever do empregador em comprovar que os serviços passados ao empregado possibilitaria sempre uma parada regrada para o cumprimento do intervalo. Ademais, o só fato de o empregador entregar ao empregado o vale refeição não afasta a sua responsabilidade pelo intervalo, vez que deve propiciar um lugar seguro e higiênico para que o empregado faça sua refeição e descanso. Se de outro modo se pensar, ter-se-ia que o risco do empreendimento seria transferido parcialmente ao empregado, e ainda estaria violada a isonomia em relação aos outros empregados da empresa que trabalham internamente, visto que os que exercem atividade externa não teriam um plus salarial a compensar o desregulamento do intervalo. Premido pelo medo de perder o emprego, o empregado é sempre levado a suprimir o seu intervalo para cumprir com as ordens de serviço que lhe foram impostas para o dia de trabalho. A alegação de que o empregado está trabalhando longe das vistas de seu empregador não lhe socorre porquanto basta a satisfação do trabalho cumprido para se verificar a realização do trabalho.

A mesma questão, que já colocamos acima, aqui pode ser colocada: a quem compete a fiscalização da jornada de trabalho do empregado e qual a finalidade da limitação da jornada de trabalho?

A resposta envolve questões de cunho constitucional, questões que, de resto, permeiam toda a atividade laboral, eis que prestada por ser humano, resguardado por princípios constitucionais caros às relações humanas. A limitação da jornada de trabalho, antes de configurar qualquer elemento técnico hábil a assegurar o mero pagamento das horas de trabalho tem como fundamento a humanização do trabalho, conquista secular dos trabalhadores. A limitação da jornada de trabalho assegura ao trabalhador condições mais huma-

nas na prestação de serviços, dando-lhe melhor qualidade de vida e dignidade para que lhe sobre maior tempo para desfrutar de outros benefícios da vida em sociedade.

Na regulação do contrato de trabalho é do empregador o ônus de fiscalizar quase todo o contrato de trabalho, pois é a parte que tem as condições para tanto e é o empregado quem executa o contrato de trabalho. Ao empregado compete fiscalizar o empregador em relação ao cumprimento de sua parte no contrato.

A mesma responsabilidade que tem o empregador de fiscalizar o contrato de trabalho do empregado em relação aos atrasos e faltas e eventuais saídas mais cedo, também é estendida à fiscalização de eventual extrapolação do contrato de trabalho e o cumprimento do intervalo para refeição e descanso, mesmo porque se o empregado extrapola a jornada de trabalho para muito além do permitido na lei e na Constituição, poderá se inserir em hipótese de trabalho análogo à de escravo, vulnerando o princípio constitucional da valorização social do trabalho. A conclusão de que esta fiscalização é do empregador decorre do fato de que o empregado, no curso do contrato de trabalho, está em permanente opressão por conta da temeridade de perda do emprego e, por consequência, a perda do instrumento para cuidar de sua família. Nessas condições haverá sempre uma tendência em descumprir regras legais que acabam favorecendo o empregador e lhe propiciam um enriquecimento sem causa, como já frisamos acima.

Diante desse raciocínio temos que o empregador jamais pode alegar, sobretudo nos casos em que o empregado trabalha com próprios do empregador, que o empregado trabalha sem possibilidade de controle da jornada de trabalho. Diante da imposição constitucional e legal de que é do empregador o ônus em controlar a jornada de trabalho do empregado, também é seu - por conta de elementar hermenêutica -, o de criar os instrumentos necessários para fiscalizar a jornada de trabalho do empregado garantindo o descanso obrigatório para refeição, até para que seja sempre garantido o primado do cumprimento de uma jornada razoável e humana de trabalho.

Quando a norma diz obrigatória a concessão, revela que o intervalo para descanso e refeição é um direito fundamental do empregado e que é do empregador o ônus de comprovar que concedera o intervalo. Ora, se a norma não diz que é obrigatório o cumprimento, mas sim obrigatória a concessão, se tem que o ônus é de quem deve concedê-lo obrigatoriamente, portanto do empregador.

Em conclusão podemos dizer que se as alegações das empresas fossem juridicamente válidas, teríamos então que os trabalhadores que prestam serviços no âmbito externo, quando da assinatura do contrato, já teriam uma capitis diminutio em relação aos demais trabalhadores e uma violação ao princípio da isonomia em relação aos demais trabalhadores que prestam serviços internos. É o que eu chamo jus variandi pré-contratado, em violação ao art. 468 da CLT.

8. Salário Substituição – Limite da Alegação da Reclamada

Quando se postula salário de substituição, as empresas alegam que o empregado não substituiu o seu colega de tra-

balho em todas as suas tarefas, por isso não faria jus ao salário de substituição. Há uma forte tendência na jurisprudência trabalhista em se aceitar essa tese. Não compartilhamos desse entendimento, visto que basta o fato de que o trabalho do empregado servira ao empregador para que as tarefas mais complexas não ficassem sem execução, o que já impõe ao empregador o pagamento do salário de substituição. Ora, se o empregado durante a substituição executou tarefas que não eram das suas funções e mais complexas e que foram suficientes para superar a ausência do substituído, qualquer argumento de que não faz jus ao salário de substituição implicaria em um inaceitável enriquecimento sem causa do empregador e uma aceitação de que pode o empregador violar as cláusulas contratuais impunemente. Ainda que nossa tese não vingasse, pelo menos deveria o substituto então receber parcialmente o salário do substituído para exercício de parte de suas funções durante afastamento.

Portanto, a substituição que da conta a Súmula 159 do C.TST é aquela suficiente ao empregador para que não haja solução de continuidade no serviço durante o afastamento do substituído, não se fazendo necessário requisitos da equiparação salarial, visto que não é disso que se trata. Beira à alegação da própria torpeza e à imoralidade utilizar-se a empresa dos serviços do empregado para substituir colega de trabalho e depois querer usar de artifício para se safar do pagamento do salário de substituição. Ora, se para dar conta da substituição o empregado não precisou exercer todas as funções do substituído, por certo que não pode a empresa alegar esse fato como defesa.

Sustentamos, portanto, que na substituição basta que tenham sido supridas as necessidades do empregador para que o empregado que fora deslocado de sua função faça jus ao salário de substituição.

9. Cobrança de Meta – Limite – Jus Variandi

A pressão fora dos padrões normais para que os trabalhadores vendam ou aumentem a produtividade, decorrente da forte concorrência a que são submetidas as empresas, não pode ser levada a um estágio em que fira direitos dos trabalhadores, como se verifica com frequência nas empresas. A pressão por cumprimento de metas que extravasa o padrão médio do contrato firmado entre as partes se revela num jus variandi inaceitável incompatível com a variação normal das tarefas do contrato de trabalho conforme disposto no art. 468, da CLT. Isso porque antes de se caracterizar como rigor excessivo, a cobrança de metas deve se dar dentro de um padrão de razoabilidade.

As metas que podem ser legalmente cobradas pela empresa devem vir claramente especificadas no contrato de trabalho sob pena de - como já dissemos em matéria escrita revista nº 2 da Amatra - se configurar numa cláusula tácita perversa e um jus variandi pré-contratado. Se os novos padrões de produtividade e concorrência nesse mundo globalizado requerem novas formas de execução do trabalho, não é menos verdade que a força de trabalho deve ter proteção contra os seus excessos e desumanização da relação de emprego. Ora, se o esforço pelo cumprimento de metas não foi

devidamente contratado, não pode ser aplicado e cobrado, mesmo porque no mais das vezes encontra sua sustentação no medo de dispensa e de não progressão na função. Armas que o empregado não tem contra o empregador. Por isso é que essa pressão viola a par conditio e a comutatividade do contrato de trabalho, que por nós foi substituída pelo princípio da proporcionalidade.

A ausência de condições para que o empregado ao menos possa ter uma idéia de que forma será cobrada a meta, implica em vedação da sua liberdade de contratar livremente, e acaba por se configurar em um truque do empregador para esconder as reais condições de trabalho do empregado.

O condicionamento de cumprimento de metas de produção à promoções, revela-se em outro mecanismo que deve ser fiscalizado pelo sindicato de classe dos empregados e somente pode ter validade se firmado com parâmetros claros a evitar que o empregador se utilize desse mecanismo para estabelecer uma disputa desigual entre os empregados, fazendo com que aqueles que sonham com uma promoção trabalhem além do que o seu próprio organismo agüenta, o que poderia se consubstanciar em um dano existencial. Essa seria também uma forma de descumprimento do contrato de trabalho se utilizando de um mecanismo contra o qual o empregado não tem como lutar, dada a sua dependência do emprego. Isso revela, com força, a desigualdade de poderio entre as partes, empregadora e empregada, na relação de emprego. Mecanismos devem ser criados para reequilibrar as forças nessa relação.

Essa questão transborda para o abuso ou excesso de poder, que na lição de Pietro Perlingieri assim se configura:

“O não-exercício segundo modalidades diversas daquelas que derivam da função da situação subjetiva devem ser considerados abusos. O abuso é uma noção que não se exaure na configuração dos limites de cada poder, mas, sim, na correção (collegamento) à mais ampla função da situação global da qual o poder é expressão. Dele, portanto, é possível apresentar uma variedade de comportamentos em relação a cada situação e à sua concreta função. A sua avaliação é complexa porque postula a verificação da existência de interesses contrários juridicamente relevantes que devem ser considerados segundo uma equânime harmonização, isto é, segundo critérios de proporcionalidade individual e social”.

Podemos então deixar assentado, diante da nova configuração do ambiente de trabalho, por conta da nova pessoa humana contratual que se estabeleceu no neoconstitucionalismo, que a necessidade de preservação do direito de personalidade do trabalhador, nas suas dimensões física e psíquica, o conceito de comutatividade do contrato de trabalho se transmuda para o de proporcionalidade. Portanto, para além da relação de comutatividade entre o salário contratado e a efetiva prestação de serviços, há que se observar também, para se preservar minimamente uma paridade de poder entre as partes envolvidas no contrato, os elementos necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Mesmo

em casos onde se pode admitir que o empregado empregue metas a serem cumpridas, o princípio da proporcionalidade deve ser observado, porquanto quando as metas são estabelecidas de forma quase impossível de serem cumpridas pelo empregado e esse não consegue cumpri-la, mas fica perto do intento, deveria o trabalhador receber um bônus proporcional, porquanto se esforçou além daquilo para qual fora contratado para afinal nada receber. Ora, se as metas são estabelecidas unilateralmente pelo empregador, não tem este o poder de estabelecer apenas quando paga ou não paga, por isso sempre há que haver algum tipo de pagamento proporcional, sob pena de enriquecimento sem causa do empregador. Ademais, o estabelecimento do modo de pagamento do resultado da meta deve ser compartilhado entre o empregador e o trabalhador, sob pena de ter de pagar novamente, posto que é trabalho resultado de um contrato bilateral, que não pode ter parte do pagamento determinado de forma unilateral por uma das partes. Se assim não se entender, ter-se-ia que os empregadores inovaram na forma de pagamento de parte resultante do contrato de trabalho, dando a si um direito sobre um terceiro da relação que a ele tem que se submeter. Isso implicaria em se entender que o poder potestativo do empregador é mais do que discricionário tendo uma componente arbitrária que não se submete ao princípio da comutatividade ou proporcionalidade. Aqui a cláusula pacta sunt servanda é vulnerada na sua dimensão ética.

Assim, o próprio esforço do empregado, para alcançar a meta, já deveria ser remunerado, mesmo quando a mesma não fosse alcançada.

Fica pontuado que o exagero na cobrança da meta, que leva o empregado a uma tensão e angústia, é passível de violação do direito de personalidade do empregado na sua dimensão psíquica, em decorrência do dever de cuidado e assistência tem o empregador para com o empregado. Essa violação deve ser reparada com o pagamento de uma indenização por dano moral.

Portanto, a conclusão necessária é a de que as metas e até o modo do esforço para alcançá-la devem vir claramente expostos no contrato de trabalho, salvo se o salário tiver um alto padrão que compense esses fatores. Se assim não for, a comutatividade e a proporcionalidade do contrato estarão violadas e a cobrança de metas se tornará um jus variandi, impondo à empresa uma indenização para compensar o empregado.

#### 10. Julgamento conforme Interesse Público

A constitucionalização do direito que se deu no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, transformou completamente as bases de todo o direito, portanto também as do Direito do Trabalho. Tendo em conta que a Constituição Federal contingencia seus fundamentos às questões existenciais, o Direito do Trabalho, por ter um ser humano em um dos lados do contrato de trabalho, e por serem as verbas decorrentes da relação de emprego de natureza alimentar, sofreu transformações mais radicais e impactantes com a incidência dos princípios constitucionais. Isso pelo fato de estarem as verbas salariais imbricadas com a vida e a qualidade de vida

dos trabalhadores, a constitucionalização do direito teve um maior apelo nas searas trabalhistas, visto que os direitos fundamentais se imbricam com o princípio da dignidade humana através do núcleo essencial mínimo deste princípio.

Com Gustavo Tepedino<sup>46</sup> podemos observar, ainda, que a Constituição de 1988 prevê, como fundamento da República, o princípio-valor da dignidade humana, nos termos do art. 1º, III. Em seguida descreve como objetivos fundamentais, conforme a dicção do art. 3º, I e III, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade social) e a diminuição das desigualdades sociais e regionais (princípio da igualdade substancial)

Nesse cenário, continua o autor, dizendo que parece imperioso reconhecer que a definição dos fundamentos e objetivos centrais da República, bem como a previsão expressa do aspecto funcional da propriedade como direito fundamental, levam à conclusão de que a Constituição de 1988 subordina a utilização dos bens patrimoniais ao atendimento de direitos existenciais e sociais.

Portanto, pontua o autor, “que neste renovado direito civil constitucional à luz da Constituição, abandona-se a noção de pessoa humana como sujeito de direitos abstrato, anônimo e cuja importância se associava exclusivamente à capacidade patrimonial. Atenta-se, isso sim, para a sua qualificação na relação jurídica concreta em que se insere, levando-se em consideração o valor social da sua atividade. A pessoa humana, portanto, qualificada de acordo com sua realidade específica, e protegida pelo ordenamento segundo seu grau de vulnerabilidade em concreto, torna-se a categoria central do direito privado contemporâneo”.

Portanto, a disposição do art. 421 do Código Civil, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, a despeito das diversas correntes doutrinárias que surgiram acerca do conteúdo, deve ser entendido como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – bem como da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República -, impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos, conclui Tepedino.

Podemos então dizer que os dispositivos citados por Tepedino formam um verdadeiro axioma que tem como plano último de construir uma sociedade livre, justa e fraterna tendo como ferramenta o Direito, por esse motivo que apelamos para uma nova forma de interpretar o Direito do Trabalho, tendo esse axioma sempre em vista. Vale dizer que quando o empregador deixa de efetuar o recolhimento de qualquer tributo, mesmo não sendo o FGTS que está vinculado diretamente ao contrato de trabalho, violou a chamada ordem pública, portanto o seu ato terá influência no contrato de trabalho. Imaginemos um empregador que deseja despedir um

46. Tepedino, Gustavo. Constitucionalização do direito civil e análise funcional dos institutos, pg. 259. In *Direito & Justiça Social*, coordenador Thiago Ferreira Cardoso Neves. São Paulo, 2013. Ed. Atlas.

empregado por justa causa alegando desídia por excesso de falta. Em sendo o empregador pessoa que não recolhe aos cofres públicos tributos ou INSS, certamente está colaborando diretamente para dificultar diretamente a vida do trabalhador, seja pela falta de médico no posto de saúde, seja pela precariedade do transporte coletivo. Em virtude disso perde o poder potestativo de dispensar por justa causa. Dessa forma, a obrigatoriedade de o empregador manter em dia com suas obrigações com o poder público, implica em dizer que o relacionamento inadequado com o poder público implica em mudança na chamada ordem pública, imbricando na chamada função social. E é essa função social do contrato, sobretudo no contrato de trabalho, com a pessoa humana unificada na unidade de prestadora de serviços e portadora de direitos fundamentais inseparáveis da pessoa contratual, que mitiga o poder potestativo do empregador.

Um exemplo de Tepedino, revela que os tribunais no Brasil têm considerado, por exemplo, que a função social da propriedade, embora pudesse vir a ser produtiva do ponto de vista dos resultados econômicos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reformando sentença de primeiro grau decidiu que não cumpre a sua função social a propriedade cujo titular, embora granjeando lucros, se esquivava de suas obrigações fiscais, as quais se destinam justamente a interesses sociais de grande repercussão, a depauperar o erário e retirar do Estado os instrumentos para a consecução de políticas públicas como reconheceu o julgador: “a função social direta da empresa produtiva é o recolhimento de impostos, taxas públicas, encargos sociais, e a geração de empregos”.

No direito do trabalho, além dos motivos por nós já elencados ao longo desse artigo que o direito potestativo do empregador mostra-se mitigado e dependente, visto a necessidade de conformação dos atos do contrato à ordem pública e ao interesse público, como se fora uma implícita *exceptio non adimpletis contractus* social a frear uma antecipação de determinados atos dos empregadores até um posicionamento da Justiça do Trabalho. Mesmo por que, ainda hoje, a jurisprudência e doutrina pátrias admitem um poder potestativo do empregador quase ilimitado na resolução do contrato de trabalho desprezando a relação direta dos atos do contrato com a ordem pública constitucional.

Por isso, os julgamentos somente se enquadram verdadeiramente no espírito do neoconstitucionalismo se observado, como diz Tepedino: “a atual realidade revela processo de profunda transformação axiológica, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na noção de ordem pública constitucional.

#### Conclusão

Em conclusão poderíamos dizer que o Direito do Trabalho precisa descobrir como foi completamente remodelado pela Constituição Federal com a implementação de seus princípios, sobretudo a partir da chamada força normativa da Constituição, da aceitação pela jurisprudência e doutrina de que os princípios constitucionais têm normatividade e de uma concepção geral de que o neoconstitucionalismo trouxe uma

tábua axiológica que colocou no centro do Direito questões existenciais com preeminência sobre questões patrimoniais. É o ser humano no centro do Direito. E a pessoa humana levada ao centro do Direito é aquela pessoa na sua unicidade de direitos fundamentais impossível, portanto, de ser reificada. A CLT precisa ser relida e revisitada pela Constituição. É como se disséssemos ao final de cada artigo da CLT: ‘observados os princípios constitucionais’. O Direito Civil não pode ser interpretado e aplicado subsidiariamente, mas sim, como diz Flávio Tartuce, deve ser aplicado diretamente ao Direito do Trabalho, aliás, como expressamente autoriza o art. 8º da CLT, salvo, por óbvio, se as normas do Direito Civil forem incompatíveis ou menos favoráveis dos que as normas de Direito do Trabalho. Mas o que não se pode fazer é simplesmente dizer que o Código Civil não se aplica, mesmo nos casos dos arts. 389 e 404 que são plenamente favoráveis aos trabalhadores.

Somente a partir desse reexame o Direito do Trabalho estará preparado para contribuir com o axioma da Constituição no seu plano maior de construir uma sociedade justa, igualitária e fraterna, tendo o direito como ferramenta.

**AMADOR PAES DE ALMEIDA**

Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região Aposentado  
Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP.  
Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP.  
Diretor da Diretoria dos Aposentados da AMATRA-2 (Associação dos Magistrados do Trabalho).  
Professor Universitário.

**INTERROGATÓRIO E O DEPOIMENTO PESSOAL NO PROCESSO DO TRABALHO**

1. A Lei Nº 9.022/95 e Depoimento Pessoal no Processo do Trabalho

Dispõe o art. 848 da CLT, com a redação dada pela lei nº 9.022/95, que:

“Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo podendo o juiz, ex officio, ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes”.

A redação revogada tinha o seguinte teor:

“ Não havendo acordo, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer vogal, interrogar os litigantes”.

A lei nº 9.022/95, a rigor, procurou atualizar o dispositivo Legal denominado, tendo em vista a nova investidura dada então aos vogais, transformados em juizes classistas temporários (Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 01/69).

Em ambas as redações o legislador utilizou-se da expressão interrogatório.

Com a extinção do juiz classista (EC nº 24/1999), o art. 848 encontra-se parcialmente revogado, o que, num esforço de atualização ensinaria o seguinte entendimento.

“Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o juiz ex officio, interrogar os litigantes”.

A redação em apreço, falando em interrogatório, sem a menção ao depoimento pessoal das partes, tem levado inúmeros juizes do trabalho a sustentarextinto, no processo trabalhista, este último, o depoimento pessoal, indeferindo sistematicamente, reperguntas às partes, de que é o exemplo o r. despacho que transcrevemos:

“Registre-se que o juiz indeferiu o requerimento formulado pelo patrono da reclamada de formular reperguntas ao reclamante, tendo em vista a alteração legislativa ocorrida no Processo do Trabalho (art. 848 da CLT, com a redação da Lei nº 9.022/95), por força da qual o legislador adotou o sistema de interrogatório judicial, afastando o direito anteriormente previsto a respeito do depoimento pessoal”.

Com tal entendimento ficam as partes na impossibilidade de tomada de depoimento pessoal, inclusive em questões eminentemente fáticas.

Ora, com a devida vênia, como demonstramos, a lei nº 9.022/95 não alterou a redação anterior dado ao art. 848,

quanto ao interrogatório, apenas atualizou o dispositivo legal quanto à figura dos vogais, na época convertidos em juizes temporários.

Já na vigência da redação revogada pela Lei nº 9.022/95, afirmava Russomano, com a autoridade que lhe é amplamente reconhecida:

“A consolidação está mal redigida. Não se pode nega o direito de um litigante tomar as declarações do litigante que se opõe às suas pretensões, para esclarecimento e fixação do debate. Não se lhe pode tolher a chance de arrancar, em juízo, uma confissão da parte quando seu procurador podem requerer o depoimento pessoal da parte contrária.”<sup>3</sup>

A mesma crítica era, igualmente, formulada por Sebastião Ribeiro de Oliveira, em seus Comentários à consolidação das Leis do Trabalho, em edição publicada anteriormente à Lei nº9.022/95:

“A consolidação, como observa Russomano (Comentários, II, p. 1.243), não foi feliz, na redação deste artigo, pois de sua leitura pode-se ter a impressão de que uma parte não seria admitida a formular perguntas para serem respondidas no depoimento de seu adversário, o que seria um absurdo. Não há, entretanto, quem defenda esta interpretação rigorista do dispositivo em causa. Basta, aliás, interpreta-lo em sistema com o art. 820 da própria CLT, para que se desfça aquela primeira impressão. Por outro lado, o direito comum subsidiário, nesta como em outras omissões, prescreve que o depoimento pessoal será tomado pela mesma maneira prescrita para a tomada de depoimento das testemunhas, no qual é assegurada a formulação.

Vê-se, pois, quanto equivocada é, a afirmação de que a lei 9.022/95 pôs fim ao depoimento pessoal no Processo do trabalho. A lei nominada nada alterou com relação ao interrogatório, já contido na redação anterior, bastando que se consulte a CLT, anteriormente a 1995. Ambas as redações manifestamente equivocadas, e em inequívoco antagonismo à denominada Teoria Geral do Processo.

2. O Interrogatório e o Depoimento Pessoal  
Na lição da Luiz Dall’ Agnol

“O interrogatório das partes (CPC, art.342), não se confunde com o depoimento pessoal das mesmas (art. 343); aquele pode ser determinado mais de uma vez, em qualquer fase do processo, ao passo que o segundo, é colhido apenas uma vez, em audiência”.

Do que se conclui que o interrogatório (ato do juiz) pode ser determinado a qualquer momento no decorrer do processo, cabendo a parte postular, em audiência, o depoimento pessoal do ex-adverso.

Coqueijo Costa, em consagrada, observa que:

“A interpretação do Direito Processual do Trabalho não pode fugir das regras básicas da interpretação do Direito Processual Civil.”

Dentre tais regras cumpre por um relevo o contraditório e a repartição das provas.

A inquisitorialidade do processo do trabalho não pode ser levada ao extremo do Direito Penal, acusatório em suas linhas gerais. Com efeito, o princípio inquisitorial do Processo do Trabalho, não significa afastamento dos princípios gerais do processo, dentro os quais merece destaque o direito concedido às partes à tomada de depoimento do ex adverso.

Pelo contrário, o direito processual do Trabalho integra o direito processual. Por isso, deve observar a unidade de raciocínio da teoria geral do processo ligada ao objetivo final e comum a todos os ramos do direito processual, que é atender os escopos do sistema processual da natureza social, política e jurídica. Além disso, deve aproveitar os conceitos extraídos da teoria geral do direito processual, ou de qualquer segmento do direito processual, que possam ser tidos como universais, ou, pelo menos, aproveitar o método de raciocínio utilizado.

Observe-se, outrossim, que os objetivos do interrogatório e do depoimento pessoal são distintos. O interrogatório, determinado pelo juiz, em qualquer fase do processo, visa esclarecer o magistrado sobre os fatos da causa. O depoimento pessoal, ao revés, é o meio através do qual se busca a denominada confissão provocada.

No magistério do Moacyr Amaral Santos:

“No interrogatório as partes comparecem para elucidar os fatos da causa, com a finalidade de facilitar sua instrução probatória ou o julgamento da lide. De tal modo, o interrogatório poderá ser um único ou vários, conforme o considerar necessário ou útil o juiz, à medida que o processo se movimente, diversamente do depoimento pessoal que é um único, a realizar-se na audiência de instrução e julgamento (art. 343), salvo a hipótese de audiência antecipada (art. 847).”<sup>47</sup>

Por isso que, com a precisão, o Código do Processo Civil, distinguindo o interrogatório do depoimento pessoal, não afasta o direito da parte à obtenção da confissão:

“Art. 342 – O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, à fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 343 – Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.”

47. Comentários ao código do Processo Civil, Ed. Forense, 1ª ed., Vol.IV, p.86.

Observe-se que, considerando o comparecimento obrigatório das partes, no processo do trabalho (art. 843 da CLT), e a audiência única (art. 849 da CLT), o momento para postular o depoimento pessoal do ex adverso, é na própria audiência, independentemente de interrogatório do juiz.

Prova eloquente do equívoco da interpretação restritiva, é o art. 820 da CLT, deixando patente o direito das partes ao depoimento pessoal:

“As partes serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos juizes classistas, das partes, seus representantes ou advogados.”

Excluídos os juizes classistas (EC. nº 24/1999), subsiste, de forma inequívoca, o direito da parte ao depoimento pessoal.

Cerebrina se nos afigura a interpretação restritiva do art. 820 da CLT, no sentido de que a reinquirição dependa da inquirição. Inexistindo esta, inexistiria aquela.

Ao revés, robustecendo o direito ao depoimento pessoal, independentemente do interrogatório, dispõe a Súmula 74, do TST, I:

“Aplica-se a pena de confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.”

Fácil é verificar, portanto, que o interrogatório não afasta o direito das partes ao depoimento pessoal, como, aliás, ressalta Bolívar Viegas Peixoto:

“Discute-se o interrogatório pode ser requerido pelo litigantes”.

Entendem alguns poucos que esta medida é privativa dos juizes. Podemos concluir pelo texto da lei que não há limitação aos julgados para esta tomada de interrogatório porque a autorização àqueles não desautorizam o deferimento de qualquer das partes nesse sentido.

Por isso, oportuna se nos afigura a advertência de Sérgio Pinto Martins:

“Não ouvir o reclamante ou o reclamado, quando há requerimento da parte, para esse fim, constituiria cerceamento de prova das partes, salve se a matéria fática não fosse controvertida ou a questão fosse matéria de direito, pois a parte busca obter da outra a realidade do que teria ocorrido na relação entre ambos.”

Com inequívoca propriedade o pranteado Valentim Carrion observa que:

“O interrogatório dos litigantes é, com frequência, peça fundamental da instrução.

Dificilmente a parte deixa de confessar algum ou muitos aspectos da controvérsia, seja por sinceridade, inadvertência ou definição de generalidades da pretensão.

Equivoca-se o magistrado que, por excesso de serviço e desejo de celebridade, dispensa o depoimento pessoal da parte, que poderá simplificar-lhe e às vezes tornar desnecessário o das testemunhas.”

E, concluindo, afirma o douto magistrado e jurista:

“O texto do art 848 “podendo o presidente...” contraria o mínimo senso de lógica e do princípio geral do processo. O depoimento das litigantes é a mais pura e direta fonte de informação e convicção; o ônus da prova que pesa sobre cada uma das partes não pode depender da disposição do juiz em ouvir ou não o adversário, e seu indeferimento constitui gravíssimo cerceamento de defesa.”<sup>48</sup>

Por violar o direito das partes, contrariando, outrossim, os princípios gerais do processo, facilmente se conclui pelo equívoco do legislador, não fazendo menção ao depoimento pessoal no art. 848 da CLT, não fosse conhecido o aqodamento dos nossos legisladores.

A omissão, lamentável sobre todos os aspectos, e a certeza de que não houve intenção predeterminada de abolir-se o depoimento pessoal, facultado será, ao advogado, frente ao radicalismo de alguns juizes, invocar a aplicação subsidiária do art. 343 do CPC, aplicação essa autorizada pelo art. 769 da CLT – “nos casos omissos, o Direito Processual Comum será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título.

48. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Ed. Saraiva, 29ª ed., p. 681.

FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA

Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região Aposentado.  
Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP.  
Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP.  
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.  
Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Membro do Instituto de Direito do Trabalho do MERCOSUL.  
Sócio fundador da Academia Paulista de Letras Jurídicas.  
Advogado em Campinas e São Paulo.

## DOS ORGANISMOS INTERNACIONAIS. PRINCÍPIO DA IMUNIDADE TEMPERADA ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**OJ. SDI-1 416 IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO OU ORGANISMO INTERNACIONAL.** (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012). As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional.

### Introdução

A tese vigente no Tribunal Superior do Trabalho é a de que a imunidade de jurisdição é relativa na fase de conhecimento e absoluta na fase executória. A mais alta Corte Trabalhista interpreta com cautela. Na fase de conhecimento, estamos no nosso território e não há razão para conceder imunidade absoluta para organismos internacionais que participam do polo passivo da ação movida por empregados contratados no Brasil, como era fortemente defendido no passado. Mas isso mudou com a adoção pelo Supremo Tribunal Federal do princípio da IMUNIDADE TEMPERADA com supoprte na European Convention on State Immunity and Additional Protocol. A execução, regra geral, será levada a efeito mediante carta rogatória e o sucesso vai depender da política de boa vizinhança mantida entre os países, com assinatura de Tratados e de Convenções. Vigé o princípio da soberania já que nenhum país conseguirá ditar ordem e fazer valer a sua lei a não ser pelos meios diplomáticos. O mundo apequenou-se com a globalização e, como regra, todos os países têm interesse em manter relacionamento cordial, de reciprocidade, fato concreto que facilitará sempre, e muito, o cumprimento de carta rogatória executória.

Como já salientava Bartin (apud Eduardo Juan Espínola Lei de Introdução ao Código Civil Comentado Rio, Freitas Bastos, 1944): em se tratando de execução de sentença, esse problema de conflito de jurisdição só poderá ser resolvido em relação a um Estado determinado, de acordo com a sua própria legislação. Claro está, adverte Bartin, que a norma geral adotada pelo legislador deixará de ser aplicada para que prevaleça alguma outra norma aprovada em Tratado ou em Convenção. Vale dizer, em havendo Tratado ou Convenção entre o Brasil e o país cujo órgão está sendo executado, haverá possibilidade de sucesso na execução. Em não havendo Tratado ou Convenção com o país onde se realizará a execução, tudo ficará na dependência da boa vontade, em face do princípio

da soberania. Como se pode ver, o problema da execução é sério, mas ao nosso ver não poderá depender da aquiescência do organismo internacional devedor. Transitada em julgado a sentença, a parte será citada para o pagamento, não o fazendo, seguem-se os trâmites normais por meio de carta rogatória, como veremos mais adiante destes comentários.

Na fundamentação do acórdão (PROC. Nº TST-RXOF e ROAR-242/2005-000-10-00.1) constou:

“Ademais, a imunidade de jurisdição é invocada pela ONU/PNUD em processo de conhecimento. Ora, é hoje pacífica na doutrina e jurisprudência a não-exclusão da jurisdição local sobre os processos de fixação do direito (conhecimento), em relação aos Estados estrangeiros e organismos internacionais, havendo apenas a limitação da execução aos bens não afetos à missão diplomática, de acordo com o rol previsto na Convenção de Viena de 1961 e na Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais dos Estados e seus Bens (2004) (cfr. Francisco Rezek, “A Imunidade do Estado Estrangeiro à Jurisdição Local. O Problema da Execução na Justiça do Trabalho” in “I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho”, IBCB - 1995 - São Paulo, pgs. 239-251).

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO ESTADO E S TRANGEIRO EXECUÇÃO PROVISÓRIA - IMUNIDADE RELATIVA DE JURISDIÇÃO - IMINÊNCIA DE PENHORA - EXPEDIÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA INVIOABILIDADE PROTEGIDA PELO ART. 3º DA CONVENÇÃO DE VIENA CONCESSÃO PARCIAL DO ‘WRIT’ . 1. Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado pelo Consulado do Japão em São Paulo com pedido liminar contra a iminente penhora de seus bens, em sede de execução provisória, considerando a expedição de mandado de citação, penhora e avaliação e o despacho que determinou o envio de cópias de todo o processo ao Ministério das Relações Exteriores para que seja cumprida a sentença até o final. No mérito, visa ao reconhecimento da imunidade absoluta de jurisdição (e não relativa), no processo de execução, dos entes de direito público externo. 2. De plano, ressalte-se que a jurisprudência do TST e do STF tem abrandado o vetusto princípio da imunidade absoluta de jurisdição no processo de execução, capitaneadas pelo voto do eminente Ministro Celso de Mello, da Suprema Corte, no sentido de que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, quando se tratar de litígios trabalhistas, revestir-se-á de

caráter meramente relativo e, em conseqüência, não impedirá que os juizes e Tribunais brasileiros conheçam de tais controvérsias e sobre elas exerçam o poder jurisdicional que lhes é inerente, pelos seguintes fundamentos: a) o novo quadro normativo que se delineou no plano do direito interno e também no âmbito do direito comparado, permitiu - ante a realidade do sistema de direito positivo dele emergente - que se construísse a teoria da imunidade jurisdicional relativa dos Estados soberanos, tendo-se presente, para esse específico efeito, a natureza do ato motivador da instauração da causa em juízo, de tal modo que deixa de prevalecer, ainda que excepcionalmente, a prerrogativa institucional da imunidade de jurisdição, sempre que o Estado estrangeiro, atuando em matéria de ordem estritamente privada, intervier em domínio estranho àquele em que se praticam os atos 'jure imperii'; b) a teoria da imunidade limitada ou restrita objetiva instituir solução jurídica que concilie o postulado básico da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro com a necessidade de fazer prevalecer, por decisão do Tribunal do foro, o legítimo direito do particular ao ressarcimento dos prejuízos que venha a sofrer em decorrência de comportamento imputável a agentes diplomáticos, que, agindo ilícitamente, tenham atuado *more privatorum* em nome do País que representam perante o Estado acreditado (o Brasil, no caso); c) não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional o ônus de litigarem em torno de questões meramente laborais, mercantis, empresariais ou civis perante tribunais estrangeiros, desde que o fato gerador da controvérsia judicial necessariamente estranho ao específico domínio dos 'acta jure imperii' - tenha decorrido da estrita atuação *more privatorum* do Estado estrangeiro. 3. Desse modo, em face dos precedentes do TST e do STF, é de se reconhecer a imunidade relativa de jurisdição (e não absoluta) da lide executória, em relação aos entes de direito público externo. 4. Entretanto, como se trata de execução provisória, não há que se falar, por ora, em expedição de carta rogatória para satisfazer a obrigação trabalhista mediante o pagamento do crédito reconhecido na RT-40/2002-023-02-00.4, nem em penhora (via execução direta) sobre os bens não afetos à representação diplomática, conforme o disposto no art. 3º da Convenção de Viena e na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal. 5. Isso porque, como não houve o trânsito em julgado da decisão condenatória e, levando-se em consideração os termos da Súmula 417, III, do TST e por se tratar o executado de Estado Estrangeiro, em respeito à sua soberania e inviolabilidade, tem-se que os atos expropriatórios ou a expedição de Carta Rogatória para pagamento da execução devem aguardar o trânsito em julgado formal da ação trabalhista principal, até porque, para o cumprimento do 'Exequatur', é indispensável a juntada da certidão de trânsito em julgado, o que efetivamente não ocorreu na hipótese vertente. Recurso ordinário parcialmente provido" (TST-ROMS-10.629/2007-000-02-00.1, Rel. Min. Ives Gandra, SBDI-2, DJ de 15/08/08).

RECURSO ORDINÁRIO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - ONU/PNUD. Ação trabalhista ajuizada perante Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Ação rescisória ajuizada por Organização das Nações Unidas, sob a alegação de que a decisão rescindenda foi proferida por juiz incompetente, em face da imunidade de jurisdição da ONU, e de que houve violação dos artigos da Seção 2 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades da ONU. Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os Estados estrangeiros e os organismos internacionais não gozam de imunidade de jurisdição no processo de conhecimento. Em decorrência desse entendimento, tem-se a inaplicabilidade, no nosso ordenamento jurídico, da disposição constante da Seção 2 da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, a despeito da edição do Decreto nº 27.784/50. Recurso ordinário a que se nega provimento" (TST-ROAR-56/2003-000-23-00.0, Min. Rel. Gelson de Azevedo, SBDI-2 "in" DJ de 12/05/06).

RECURSO DE REVISTA - ORGANISMO INTERNACIONAL - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PARA O PROCESSO DE CONHECIMENTO - RELATIVA E NÃO ABSOLUTA. I Já abrandado o arcaico princípio consuetudinário da imunidade jurisdicional absoluta, para o processo de conhecimento, conferida aos Estados Estrangeiros, essa tendência atual, no plano do direito comparado, na doutrina e na jurisprudência, há de se aplicar igualmente aos Organismos Internacionais, desde que atuem no âmbito das relações privadas, especialmente na área do Direito do Trabalho. II - Sabendo ser o costume fonte de Direito Internacional Público e que o princípio consuetudinário da imunidade absoluta do Estado Estrangeiro acha-se em franco desuso, idêntica orientação deve ser imprimida na análise dos Decretos nos 52.288/63 e 59.298/66, de modo a relativizar a imunidade ali conferida aos Organismos Internacionais, para o processo de conhecimento, atualizando-os às injunções do mundo globalizado. Recurso conhecido e provido" (TST-RR-1.260/2004-019-10-00.4, Min. Rel. Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma "in" DJ de 25/08/06).

## 2. Relativização do Princípio da Extraterritorialidade

Daremos a seguir uma visão sobre o tema com respaldo no Direito Internacional sobre a superação do ato de império e de gestão, a relativização do princípio da extraterritorialidade, o relacionamento entre Estados soberanos, a superação da Convenção de Viena a esta parte, a competência da Justiça do Trabalho para conhecer, julgar e executar tais ações com respaldo no princípio da IMUNIDADE TEMPORÁRIA, adotada pelo Supremo Tribunal Federal com suporte no European Convention on State Immunity and Additional Protocol. À doutrina moderna repulsa a idéia da extraterritorialidade e a distinção de atos de império (*jure imperio*) e atos de gestão (*jure gestionis*) não se mostra de todo eficaz a resolver o impasse.

## 3. Da Convenção de Viena e o Foco Restritivo

Dispõe o art. 32, n. 4, da Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil, que "A renúncia à imunidade de jurisdição no tocante às ações civis ou administrativas não implica renúncia à imunidade quanto às medidas de execução de sentença, para as quais nova renúncia é necessária."

Esta orientação do art. 32, n.4. está hoje superada pela adoção pela Excelsa Corte da European Convention on State Immunity and Additional Protocol que serviu de guia condutor para a adoção do princípio da "imunidade temperada".

Havia acentuada tendência na doutrina de, abandonando a divisão entre atos de império e atos de gestão, limitar-se às normas trabalhistas *ratione personae*, somente quanto aos denominados "extraterritoriais". Têm-se no processo trabalhista aqueles empregados contratados pelo organismo internacional no Estado de origem, pelo que os trabalhadores brasileiros contratados no Brasil não teriam os seus direitos surrupiados pelo manto da imunidade.

Süssekind e Délio Maranhão (artigo citado):

"Não se justificando a distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, como limite à imunidade de jurisdição, esta abrange, por igual, a aplicação do direito do trabalho. Vejamos, através de alguns exemplos, a lição da doutrina: "Exceto nos casos de extraterritorialidade ... a intervenção do magistrado nacional se impõe em matéria de trabalho. A extraterritorialidade se reduz a uma imunidade de jurisdição, de acordo com a qual a aplicação das normas trabalhistas se encontra limitada *ratione personae* por preceitos do Direito Público." (Cesar Lanfranchi, "Derecho Internacional Privado del Trabajo", Buenos Aires, 1955, p. 59 e 60) "A aplicação das normas trabalhistas é limitada *ratione personae*, apenas quanto aos chamados "extraterritoriais", assim como em virtude de preceitos do direito público ou do direito das gentes tais limites são também reconhecidos em outras matérias." (Krotoschin, "Instituciones del Derecho del Trabajo", 1/45, Buenos Aires, 1947) A regra geral é a de que a aplicação das normas trabalhistas se estende a todos os habitantes do território nacional; mas existe a situação especial do extraterritorial, imune de jurisdição, em virtude do privilégio conferido pela representação de que está investido." (Cabanelas, "Tratado de Derecho Laboral", 1/636, Buenos Aires, 1949) Segundo lição do emérito Accioly, "em virtude de uma ficção jurídica, ou por conveniências recíprocas, admite-se, em geral, que certas pessoas ou coisas encontradas num território devem ficar isentas da jurisdição territorial, ou, como pretendem alguns autores, devem ser consideradas como se estivessem fora desse território, ou seja, no território do país a que pertencem. É o caso da chamada extraterritorialidade, no qual se compreendem os soberanos ou chefes de Estado, os agentes diplomáticos, os representantes de Estados-membros e certos funcionários de organizações internacionais ..." ("Tratado de Direito Internacional Público", 2ª ed., v. 1/218, 1956). "Assim, o princípio da territorialidade das leis de proteção ao trabalho sofre uma exceção *ex ratione personae* (...)"

Nesse mesmo sentido caminha o entendimento de nossos tribunais especializados:

"Não goza de imunidade de jurisdição empregada contratada por consulado de país estrangeiro. O contrato de trabalho rege-se pelas disposições do país em que é celebrado. Interpretação e alcance dos arts. 119 e 125, II, da Constituição Federal." (TRT, 4ª R., 1.618/80, Ac. 1ª T. 23.6.80, rel. Juiz Orlando de Rose, LTr 44-10/1.276).

"À Justiça do Trabalho compete julgar as reclamações postuladas por empregados contra consulados, fundadas em relação de trabalho segundo o disposto no art. 142 da Constituição Federal." (TST, E-RR n. 3.302/71, Ac. TP. 1.731/73, 10.10.73, rel. Min. Ribeiro de Vilhena, LTr 37/989).

"Inaceitável a argüição de imunidade de jurisdição, com base na Convenção de Viena, desde que esta regulamenta apenas a imunidade e os privilégios dos agentes diplomáticos, não fazendo referência aos Estados. Por disposição constitucional, é a Justiça do Trabalho competente para o julgamento das reclamações interpostas contra Consulado, quando resta demonstrado terem sido as partes vinculadas por um contrato de trabalho." (TRT, 9ª R. 1.163/77, Ac. 1.378/78, 25.7.78, relª Juíza Carmen Amin Ganen, LTr 42/1.291)

José Alberto Maciel ("Proteção ao trabalhador frente aos organismos internacionais", artigo publicado na Revista LTr 39/137) preleciona:

"Sendo o empregador imune à Justiça brasileira, essa imunidade de jurisdição em razão de sua personalidade jurídica abrangeria os efeitos da relação de emprego? A imunidade é renunciável, tácita ou expressamente, podendo partir do agente diplomático, ou do Estado estrangeiro, caracterizando-se a renúncia tácita quando o Estado estrangeiro, agindo como empregador, contrata os serviços de um empregado, cujos direitos constitucionais de proteção no emprego são garantidos. Se a própria União, agindo como empregadora, despe-se de roupagem estatutária com que rege suas relações com os servidores, respeitando os direitos constitucionais dos empregados, não é crível que o Estado estrangeiro, sobrepondo-se à própria soberania nacional, não renuncie à sua imunidade, frente aos direitos dos trabalhadores."

O Organismo internacional, ao contratar empregados de nacionalidade brasileira, nesse momento está renunciando a qualquer imunidade.

## 4. Do Código de Bustamante

O livro IV do Código de Bustamante estabelece que "a lei de cada Estado contratante determina a competência dos Tribunais", o referido Código não alude qualquer referência à imunidade de jurisdição. Na Inglaterra, a imunidade de um Estado compreende exclusivamente o exercício do seu poder de império. Tal como demonstra Martin Wolff, a imunida-

de não se estende aos atos de capacidade privada. Admitida a renúncia tácita, a imunidade dos Estados estrangeiros e agentes diplomáticos existe quanto à jurisdição local, não compreendendo a responsabilidade jurídica”. Nesse mesmo sentido as lições de Batiffol, Savatier e J. Maury, como demonstra Batalha (“Direito Internacional Privado”, p. 311) apud autor retro (LTr 39/137): “O Estado estrangeiro pode renunciar à imunidade de que goza por direitos das gentes. A renúncia pode ser tácita quer quando o estado estrangeiro figura como autor, quer quando, como réu, deixa de apresentar exceção de competência.”

Hildebrando Accioly (“Tratado de Direito Internacional Público”, I/225, 1956) assinala que: “Muitos autores e governos têm distinguido os atos praticados pelos Estados como pessoa pública, no exercício de seu direito de soberania (...) em qualquer das hipóteses, se tem ressalvado os atos de execução, não se admitindo a prática dos mesmos.” E citando Henri Batiffol (“Droit International Privé”, Paris, 1959, p. 789) lembra que “a aceitação da competência judiciária não importa renúncia à imunidade de execução”. A Convenção de Viena considera irrenunciável a imunidade de execução: “Fica entendido, porém, que nenhuma renúncia de imunidade se estenderá a qualquer medida de execução.”

Wilson de Souza Campos Batalha (“Tratado Elementar de Direito Internacional Privado”, Ed. RT, 1961, v. II — parte geral — p. 310/311) ensina que: “Admite-se, em geral, a imunidade dos agentes diplomáticos, dos soberanos e dos Estados estrangeiros à justiça local. (...) Tais imunidades não são extensivas aos cônsules, salvo quanto aos atos praticados no exercício de suas funções consulares. (...) A imunidade diplomática é renunciável e tal renúncia pode partir do próprio agente diplomático ou do Estado para o qual exerce suas funções. Em tais hipóteses, não haveria o óbice da comitas gentium (contra: Weiss, II/473). (...) Há quem sustente não ocorrer tal imunidade quando o soberano ou o Estado estrangeiro tenham agido como simples particulares.

Doutrina Délio Maranhão (“Instituições de Direito do Trabalho”, Freitas Bastos, 1974, v. I/140) sobre empregados de missões estrangeiras ou de organismos internacionais, que estão, ainda, excluídos do âmbito de aplicação do direito do trabalho brasileiro, os que trabalhem em representações diplomáticas ou para organismos internacionais aos quais foi reconhecida a imunidade de jurisdição. Se, como adverte Brierly, “a idéia de extraterritorialidade já não é mais aceita pela doutrina moderna como fundamento da imunidade de jurisdição, bastando que se diga que a jurisdição de cada Estado, conquanto exclusiva, não é absoluta, uma vez que está sujeita a limitações impostas pelo direito internacional” não é menos certo, também, que “a distinção entre atos praticados *jure imperii* e atos praticados *jure gestionis* não tem qualquer fundamento sólido” e pressupõe uma concepção superada da função administrativa (“teorias do *laissez-faire* do século passado”), incompatível com a atual imunidade internacional (Brierly, “Direito Internacional”, trad. port., Lisboa, 1965, p. 219 e 249). Por isso, tal imunidade abrange, por igual, a aplicação do direito do trabalho. E, por isso, a Lei Orgânica da Previdência Social equipara aos trabalhadores autônomos os “em-

pregados de representações estrangeiras e dos organismos internacionais que funcionam no Brasil”. Como ressalta Oscar Tenório, “a orientação não visa, apenas, à jurisdição visa à própria natureza do trabalho e à indenização devida e seu pagamento” (“Direito Internacional Privado”, 9ª ed., 1970, II/343). Cumpre acentuar que não se confundem imunidade de jurisdição e imunidade de execução. Como dispõe o art. 32, n. 4, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), ratificada pelo Brasil, “a renúncia à imunidade de jurisdição não implica a imunidade quanto às medidas de execução de sentença, para as quais nova renúncia é necessária”.

Como veremos nos itens que seguem o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal trouxe novo alento à matéria com a introdução do princípio da “imunidade temperada”, baseado na European Convention on State Immunity and Additional Protocol.

##### 5. Da Competência da Justiça do Trabalho

A matéria era assaz controvertida antes da Corte Maior adotar o posicionamento previsto na European Convention on State Immunity and Additional Protocol e eleger o princípio da “imunidade temperada”. Hoje não há mais espaço para a “imunidade absoluta”. Para a matéria trabalhista não haverá imunidade para o ajuizamento da ação e a declaração do direito (cognitio), permanecendo a imunidade temperada na fase executória com limitação da execução aos bens não afetos à missão diplomática,

Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (“Comentários à Constituição Brasileira”, Saraiva, 1974, v. 2/244), ao comentar o art. 119, I, “c”, da Constituição Federal que “a Constituição de 1967 equiparou os organismos internacionais aos Estados estrangeiros para efeito de foro. Assim, os litígios que opuserem, de um lado, Estados estrangeiros ou organismos internacionais e, de outro, a União, os Estados, o Distrito Federal ou qualquer Município serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal”. E, em comentando o art. 125, II, da Constituição Federal de 1967, assinala: “inscrevem-se na competência da Justiça Federal comum as causas em que sejam parte Estados estrangeiros ou organismos internacionais, salvo as que são da competência originária do Supremo Tribunal Federal (v. supra, art. 119, I, “c”).” Na competência atual da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF/88), incluem-se os entes do direito público externo restrita a matéria trabalhista.

##### 5.1. Dos Empregados Contratados no País de Origem

Os empregados contratados no país de origem estão protegidos pelas leis dos seus respectivos países. Ainda que seja brasileiro lá residindo, se contratado no país de origem do organismo internacional, a Justiça do Trabalho não terá competência para sediar a ação.

Incompetência da Justiça do Trabalho. A Justiça do Trabalho é incompetente para apreciar reclamação de empregados de Embaixada de país estrangeiro, face ao princípio da extraterritorialidade inserto na Constituição Federal (Ac. TST, 1ª T., Proc. RR. Reclamação de empregada de serviço integrante da Embaixada dos Estados Unidos da América, destituída de personalidade jurídica própria — O recurso específico para o

STF, previsto no art. 101, II, “b”, da Constituição de 1946, era interponível das sentenças dos juizes locais, nas causas em que fossem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no Brasil. Inaplicável, portanto, às decisões proferidas pelos órgãos de primeira instância da Justiça do Trabalho, que têm jurisdição federal específica, não podendo ser conceituados como juizes locais. A violação da lei argüida no recurso de revista deve ser examinada à luz da legislação em vigor da data do julgado recorrido. — A imunidade de jurisdição das missões e representações de Estados estrangeiros, aos quais se equiparam as organizações internacionais de direito público, decorre do princípio da extraterritorialidade, que obsta à aplicação das leis do território onde, de fato, se encontram os respectivos agentes e servidores. Tratando-se de servidores do Governo norte-americano, descabe à Justiça brasileira analisar a natureza da função exercida pela reclamante, pois um Estado estrangeiro não pode ser demandado em nosso país (Ac. TST, 3ª T., RR n. 4.950/65, LTr 32/47, 1968).

Conflito de Jurisdição entre Juiz Federal e Tribunal Regional do Trabalho — Competência do STF para dirimi-lo — Reclamação trabalhista formulada pela viúva de empregado de Embaixada. Reclamação trabalhista formulada pela viúva de empregado da Embaixada da República Democrática Alemã, que invoca, no feito, a imunidade de jurisdição, com base na Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil, em 8.6.1965, pelo Dec. n. 56.435. Competência do Juiz Federal reconhecida de acordo com o art. 125, II, da Constituição Federal, anulado o julgamento proferido pela justiça incompetente (STF — CJ n. 6.182/SP, Ac. TP, 26.9.79, rel. Min. Cordeiro Guerra, LTr 44-8/379).

Nota: O STF adotou há mais de uma década o princípio da “imunidade temperada” com suporte na European Convention on State Immunity and Additional Protocol

Com o escopo didático de mostrar a controvérsia que existia no próprio STF transcrevemos voto do Ministro Soares Muñoz: “Aditamento ao voto — O Senhor Ministro Soares Muñoz, Sr. Presidente, não respondi a um dos argumentos do voto do Eminentíssimo Ministro Cordeiro Guerra e quero fazê-lo agora. Sua Excelência afirmou que a prevalecer a competência da Justiça do Trabalho, questões tão importantes como esta, da imunidade de jurisdição, ficariam afastados da apreciação do STF, eis que, das decisões da Justiça do Trabalho, cabe recurso extraordinário apenas daquelas proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, quando ofensivas à Constituição. A afirmativa encontra de certo ponto, resposta em precedentes desta Corte. No Recurso Extraordinário de n. 67.544-RTJ — 54/831, que cito no meu voto, a Justiça do Trabalho não admitiu a imunidade de jurisdição de uma entidade de direito público internacional. Houve recurso extraordinário e, depois, rescisória. O STF reconheceu a imunidade sem negar à Justiça do Trabalho competência para julgar a reclamação. No outro caso, de que fui relator, RE n. 81.901, que também cito no meu voto, a Justiça do Trabalho em face de precedente do STF, admitiu a imunidade de jurisdição. Houve recurso

extraordinário e o STF não conheceu da irrisignação derraideira, em face do precedente, sem dizer que faltaria competência à Justiça do Trabalho para examinar o problema da imunidade de jurisdição. Não o disse o recurso extraordinário, nem o disse, também, a rescisória julgada pelo próprio STF. E por que não o disse, Sr. Presidente? É que a matéria de jurisdição é, immanentemente, de natureza constitucional e, se a competência do STF para conhecer de recurso da Justiça do Trabalho é ditada pela Constituição da República, os casos de imunidade, que afastariam essa possibilidade constitucional, também o são. Veja bem, V. Exa.: entre a competência e a jurisdição há uma delimitação de graus, tanto que há aquela conhecida definição de que a competência é a medida da jurisdição. Ora, se a função jurisdicional emana da Constituição e se a competência da Justiça do Trabalho está disciplinada na Constituição da República, a imunidade de jurisdição é questão constitucional. E sendo questão constitucional, ela deve dar ensejo a um recurso extraordinário das decisões do Tribunal do Trabalho.”

À Justiça do Trabalho compete julgar as reclamações postuladas por empregados contra consulados, fundados em relação de trabalho segundo o disposto no art. 142 da Constituição (Ac. TST, Emb. em Rev., pleno, Proc. n. 3.302/71, rel. Min. (convocado) Paulo Emílio R. de Vilhena, LTr 38/527).

Os consulados não gozam de imunidade de jurisdição de que gozam as embaixadas (Ac. TRT, 1ª T., Proc. n. 685/76, rel. Juiz Amaro Barreto, LTr 40/1.038).

Competência da Justiça do Trabalho. Empregado de Consulado. Imunidade de Jurisdição. É competente a Justiça do Trabalho para as ações em que cidadão brasileiro pretende o reconhecimento de direitos advindos de relação de emprego. (...) Imunidade de jurisdição. Em se tratando de relação jurídica de direito privado, em que o Consulado exerce ato negocial despido da condição de representante de nação estrangeira, não se tratando de ato de império, não se beneficia da imunidade de jurisdição (TRT, 4ª R., 5.303/82, rel. Juiz Plácido Lopes da Fonte, LTr 47/1.106).

Competente é a Justiça Trabalhista para processar e julgar reclamação movida contra consulado de país estrangeiro, cabendo-lhe apreciar inclusive a questão da ocorrência ou não da imunidade (Ac. TFR, Pleno, proc. CC n. 2.419, rel. Min. Aldir Passarinho, 7.8.75, Calheiros Bomfim, 14ª ed., 1977, p. 82).

Disponha o E. Tribunal Federal de Recursos, por meio da Súmula n. 83: “Compete à Justiça Federal processar e julgar reclamação trabalhista movida contra representação diplomática de país estrangeiro, inclusive para decidir sobre a preliminar de imunidade de jurisdição.”

Embora a súmula representasse o entendimento dominante naquele sodalício, todavia, não tinha força vinculante para a Justiça do Trabalho, como também não tem a súmula trabalhista, motivo pelo qual a Justiça do Trabalho vinha se dando por competente em muitos casos. O egrégio TST não havia se posicionado sobre a matéria por meio de súmula. Mas, ainda que o fizesse, não teria força vinculante sobre as instâncias inferiores como era o caso do extinto “Prejulgado”, em boa hora banido (Representação n. 946-DF, DJU de 1.7.77, p. 4.455).

**5.2. Do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal**

Transcrevemos, a seguir, parte da fundamentação contida no acórdão do STJ-AC n. 05-SP 89.11635-5 — Ac. 3ª T. 19.6.90, LTr 54-9/1.109):

“Como se vê, esta regra costumeira do Direito Internacional foi se alterando sensivelmente, a ponto de aconselhar modificação na linha de entendimento da Suprema Corte, o que veio afinal ocorrer na Apelação Cível n. 9.696-São Paulo”.

“Nesse julgamento, em brilhante voto vista, o então Ministro da Suprema Corte, Francisco Rezek, anotava a evolução da regra costumeira da imunidade absoluta para afinal reconhecer, na hipótese do contrato de trabalho individual com Estado estrangeiro, entre outras a impossibilidade de alegar-se a imunidade de jurisdição.”

“Assinalava, então, o eminente Ministro que divergia do eminente Min. Sydney Sanches, relator do processo quanto ao fundamento de seu voto. Não se respaldara ele, como o fez, oeminente Relator, no art. 114 da Constituição de 1988 — que incluía os entes de Direito Público externo, como jurisdicionados da Justiça do Trabalho — mas nas alterações verificadas na ordem jurídica internacional quanto à imunidade absoluta do Estado estrangeiro.

“Ressalvava a evolução doutrinária nos Países da Europa e no território americano, no sentido de se temperar a regra da imunidade absoluta, ao mesmo tempo em que a Suprema Corte do Brasil se mantinha fiel à sua postura tradicional de reconhecimento da imunidade absoluta.

“(…) Levando em consideração que ruíu no direito costumeiro internacional a regra da imunidade absoluta, propugnou o ilustre Ministro Francisco Rezek pela alteração do entendimento do STF quanto a essa questão, no que foi atendido. E assim se reorientou a jurisprudência daquela Excelsa Corte.”

A partir daquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal adotou o princípio da IMUNIDADE TEMPERADA em relação à imunidade de organismos internacionais.

Decidindo (Proc. STJ-AC n. 05-SP 89.11635-5 — Ac. 3ª T. 19.6.90, LTr 54-9/1.109):

“Por todo o exposto, sendo indiscutível que a Justiça brasileira, a partir daquele julgamento da Suprema Corte, passou a adotar a regra da imunidade temperada, para não excluir da nossa jurisdição os litígios derivados de atos negociais (GN), inclusive de relações de trabalho, fortemente protegidos pelo legislador brasileiro, superando a preliminar de nulidade do processo, meu voto é pelo provimento da apelação, para afastar a imunidade reconhecida e determinar o prosseguimento da reclamação trabalhista ajuizada pelo recorrente.”

**“Ementa:** Jurisdição. Imunidade. Reclamação trabalhista contra Estado estrangeiro. A moderna doutrina do Direito Internacional Público não mais admite como absoluta a regra da imunidade jurisdicional de Estado estrangeiro. Exceção dos feitos de natureza trabalhista, dentre outros.”

**Nota.** O Supremo Tribunal Federal adotou o princípio da imunidade temperada com suporte na European Convention on State Immunity and Additional Protocol.

**6. Conclusão**

No que tange à competência, a matéria restou superada pelo art. 114 da Constituição Federal, de 5.10.88, recepcionado pela EC n. 45/2004. Do que ficou exposto, pode-se concluir que, em se cuidando de empregados nacionais contratados por órgãos de país estrangeiro (Embaixadas, Consulados, Representações Comerciais, etc.), não há falar em imunidade de jurisdição e a competência, hoje, é da Justiça do Trabalho por determinação constitucional. Em tais contratos — e aqui concordamos com Gerson de Brito Mello Boson (LTr 35/603) —

- a) inexistem características de soberania ou de império;
- b) o Estado estrangeiro, ao contratar nacionais para serviços de natureza privada sem qualquer vinculação com a sua soberania, renuncia, tacitamente, da sua imunidade. E as ações propostas serão julgadas pela Justiça do Trabalho, especialista na matéria;
- c) reconhecer-se a imunidade, quando envolver empregado brasileiro, seria referendar-se a denegação da Justiça. O hipossuficiente, obviamente, dificilmente teria condições de demandar o Estado estrangeiro, perante os tribunais deste;
- d) não se argumente que na Justiça do Trabalho o recurso extraordinário só é cabível das decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, quando ofensivas à Constituição.

Essa colocação não convence. Um grande número de julgados está a indicar que a matéria, fatalmente, será também apreciada pelo STF, via recurso extraordinário. Em sendo o Tribunal Superior do Trabalho tribunal superior da mesma horizontalidade do STJ a competência será sempre daquele tribunal (TST) para apreciar a matéria trabalhista; e) como se verifica no item anterior, o STF, por meio do julgamento da Ap. n. 9.696-São Paulo (apud Processo STJ-AC n. 5-SP — 89.11635-5, Ac. 3ª T., 19.6.90, LTr 54-9/1.109), repensou o seu posicionamento anterior, com suporte em brilhante voto do Min. Francisco Rezek, adotou o princípio da imunidade temperada para não excluir da jurisdição brasileira litígios derivados de atos negociais, aí incluídas as relações de trabalho. Em suma; Empregados brasileiros contratados por organismos internacionais, aí incluídos Consulados e Embaixadas, serão julgados pela Justiça do Trabalho, não havendo falar em imunidade de tais organismos. Isso se aplica tanto na fase de conhecimento como na fase executória, havendo, nesta, apenas a limitação da execução aos bens não afetos à missão diplomática, pois superada está, nesta parte, a Convenção de Viena. Vigoriza hoje o princípio da IMUNIDADE TEMPERADA.

Como restou demonstrado retro, o reconhecimento de imunidade entre nações soberanas é questão que refoge à

simples análise jurídica para projetar-se no âmbito de política internacional. Sem que haja entendimento a esta parte, o comando emergente da sentença proferida em um país simplesmente não será executado em outro.

Lembra Amílcar de Castro (Direito Internacional Privado, Ed. Forense, Rio 1968, v. II/236) que atualmente, em quase todos os países, com raras exceções, executam-se sentenças estrangeiras, ou por meio de outra ação de conhecimento, ou mediante processo de exequatur. Precisamente porque a sentença é ato público, praticado legitimamente em jurisdição estranha, é queo fórum não se lhe pode sistematicamente negar valor. É claro que nenhum Estado distribui justiça fora de sua jurisdição, mas nada impede, e tudo aconselha, que no fórum se atribua validade a atos judiciais emanados de países estrangeiros, assim como se atribui valor a atos praticados pelos particulares”.

Pela nova Constituição Federal de 5.10.1988 (art. 102, III), a competência para apreciar recurso extraordinário interposto das causas decididas em única ou última instância continua a ser do STF.

Dizíamos na primeira edição o nosso livro “O Processo na Justiça do Trabalho” que, embora se constatasse pelos inúmeros julgados que a Excelsa Corte mantinha posição conservadora sobre a matéria, aconselhávamos que tal constatação não deveria desacoroçoar as jurisdições inferiores, pena de perpetuar-se a situação. Vale dizer, achávamos que as jurisdições inferiores, seguidas por advogados, juristas deveriam sempre forçar a discussão da matéria, posto que só assim poderia um dia ser revista a posição da Suprema Corte. Assim, de alguma maneira, sentimo-nos recompensados, vez que o STF, recebendo o sopro da modernidade que fluiu da doutrina universal, a partir da década de 1970, coroada pela European Convention on State Immunity and Additional Protocol, modificou a sua posição, adotou o princípio da “imunidade temperada” para não excluir da jurisdição brasileira litígios derivados de atos negociais, aí incluídas as relações de trabalho. O posicionamento ora adotado pela Suprema Corte está em consonância com a doutrina universal e elimina privilégio odioso em situações em que não existiam características de soberania ou de império.

“Embora se constate através dos julgados que a E. Corte mantém posição conservadora sobre a matéria, tal constatação não deve desacoroçoar as instâncias inferiores, pena de perpetuar-se a situação. E embora reconheçamos a dificuldade que terá o juízo para levar a bom termo a execução, mesmo em havendo renúncia na fase de conhecimento e na fase executória, caso a pessoa jurídica de direito público internacional não se proponha a efetuar o pagamento, deve a execução prosseguir por intermédio da Justiça do Trabalho, mediante ofício do Juiz Presidente ao Ministério das Relações Exteriores, encaminhado através do Ministério da Justiça, solicitando ao Estado estrangeiro que faça cumprir uma decisão judicial que se apresenta irrecorrível, juntando cópia autêntica.”(O Processo na Justiça do Trabalho, 5ª. ed. LTr).

Nesse sentido, já decidira o Egrégio TRT, da 2ª Região, em agravo de petição (Proc. TRT/SP — 12.703/77, Ac. 1ª T. 2.516/78), relator o eminente jurista Antônio Lamarca: “Tra-

tando-se de bem pertencente ao país que, juntamente com o Brasil, seja signatário da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, a impenhorabilidade é de ser declarada. Prossegue-se, no entanto, na execução, mediante ofício ao Ministro das Relações Exteriores, encaminhando através do Ministério da Justiça, encarecendo ao Estado estrangeiro que faça cumprir, pelo órgão que representa os seus interesses no Brasil, uma decisão judicial com trânsito em julgado.”

Em suma: declarado o direito no processo de conhecimento, transitada em julgado a sentença ou o acórdão, seguir-se-á à liquidação de sentença, sem necessidade de autorização do organismo internacional. Esperar a aquiescência seria o mesmo que ofender a coisa julgada abdicar da soberania nacional. Poderá o organismo internacional, querendo, estender a discussão nafase executória. Mantida a decisão liquidatória, a parte devedora, citada, poderá cumprir a obrigação espontaneamente. Não o fazendo, poderá a parte credora utilizar-se da carta rogatória. Nessa fase, certamente os entraves serão maiores, quando não houver reciprocidade entre o Brasil e o país a que pertence o organismo internacional pela adoção de Tratados ou de Convenções.

**HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR**

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região  
Mestre em Direito do Trabalho pela USP  
Doutor em Direito do Trabalho pela USP  
Professor Universitário

**MARIANA VILAS BÔAS BORBA**

Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

**OS PODERES DE DIREÇÃO DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO PELO JUIZ DO TRABALHO**

**Resumo:** Este artigo versa sobre os poderes do juiz para colher as provas no processo do trabalho. O tema proposto para a presente pesquisa não tem solução uniforme na doutrina. Muitos autores sustentam que a imparcialidade do julgador pode ser prejudicada com a determinação para que se produzam provas sem o prévio requerimento da parte. As decisões judiciais devem ser amparadas pelo prévio contraditório e devidamente motivadas, tanto nas fontes do direito como no conjunto de provas trazido aos autos, observando-se os limites em que a lide foi instaurada. Há situações, no entanto, que recomendam a atuação pró-ativa do juiz na colheita da prova. Neste breve estudo, buscam-se os limites da atuação do juiz do trabalho na condução do processo de instrução, à luz dos princípios constitucionais da imparcialidade, da igualdade de tratamento das partes, da economia e da celeridade processuais.

**Palavras-chave:** Processo do trabalho; juiz; instrução processual; provas.

1. Introdução

O presente estudo trata dos poderes do juiz do trabalho para presidir a colheita de provas na ação de conhecimento trabalhista. Estão previstos nos artigos 765 da Consolidação das Leis do Trabalho e 130 do Código de Processo Civil, este último de aplicação subsidiária ao processo do trabalho<sup>49</sup>. Esses dispositivos legais possibilitam ao magistrado do trabalho atuar na instrução processual de forma incisiva, inclusive determinando, de ofício, a produção de provas.

Os limites dos poderes de instrução do juiz devem ser definidos em conformidade com os princípios constitucionais da imparcialidade e da igualdade de tratamento dos litigantes no processo. O tema remete, assim, ao Direito Processual do Trabalho, ao Direito Processual Civil e ao Direito Constitucional. A análise proposta ficará restrita ao processo de conhecimento trabalhista, especialmente para os feitos de jurisdição contenciosa. É neles que se instauram as maiores polêmicas processuais quanto aos limites dos poderes jurisdicionais, pois no

49. Artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho: Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Artigo 130 do Código de Processo Civil: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

processo de execução a discussão sobre o mérito é diminuta e o processo cautelar, pela sua própria essência, destina-se a servir de instrumento para a eficácia dos outros dois.

Os poderes conferidos aos juízes para a instrução processual, principalmente a partir do final do século XIX, têm sido paulatinamente aumentados, com vistas à eficácia dos pronunciamentos jurisdicionais. O magistrado deixou de ser espectador para se tornar protagonista na relação jurídica processual. Passou a participar ativamente de todos os atos do processo, tanto para impulsionar seu andamento quanto para exercer poderes ainda mais amplos como, por exemplo, o de determinar a produção de provas necessárias para a solução do litígio.

A produção de provas tem grande relevância para a solução mais adequada da relação jurídica processual conflituosa. É com base no conjunto de provas trazido aos autos que o juiz verificará a veracidade dos fatos narrados pelas partes e formará seu convencimento para proferir a sentença.

O tema proposto para a presente pesquisa não tem solução uniforme na doutrina. Muitos autores sustentam que a imparcialidade do julgador pode ser prejudicada com a determinação para que se produzam provas sem o prévio requerimento da parte. Neste estudo, buscam-se os limites desta atuação pró-ativa do juiz do trabalho na condução do processo de instrução, à luz dos princípios constitucionais da imparcialidade e da igualdade de tratamento das partes que regem os processos em geral.

2. A Imparcialidade do Juiz

O monopólio pelo Estado do poder de decidir os litígios que acontecem na sociedade tornou necessária a interferência de um terceiro imparcial e equidistante das partes, que é o juiz. Ele deve atribuir às partes atenção e oportunidades iguais para que possam influenciar na formação de seu convencimento. O juiz imparcial trata as partes de forma isonômica, permitindo que suas decisões sejam mais justas (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004).

A imparcialidade é dever constitucional do Estado-juiz e, caso não seja observada, o processo estará eivado de nulidade. A sentença prolatada por juiz impedido<sup>50</sup> pode até mesmo

50. Artigo 134 do Código de Processo Civil: É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qual-

ser rescindida, nos termos do inciso II, do artigo 485, do Código de Processo Civil<sup>51</sup>. A imparcialidade decorre, assim, da aplicação do princípio constitucional do juiz natural. Segundo Nery Júnior (2002, p. 66):

[...] A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que 1) não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial. [...] (Sem grifo no original)

A imparcialidade do juiz assume foros de direito das partes e a Constituição de 1988, no artigo 95, prevê garantias e vedações para assegurá-la, assim como faz no inciso XXXVII, do artigo 5º, ao vedar a instituição de juízos e tribunais de exceção e estabelecer, no inciso LIII do mesmo artigo, que as sentenças devem ser proferidas pelo juiz competente. A autoridade judicial não poderá ser suspeita ou impedida, conforme dispõem os artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004).

A principal ressalva que se faz aos poderes de instrução do juiz é no sentido de que seu livre exercício comprometeria a imparcialidade, o que ocorreria, segundo os que a fazem, nos casos em que a produção de provas é determinada de ofício. Bedaque (2001) destaca dois pontos básicos dessa linha de entendimento: o juiz deixaria de ser imparcial, porque estaria beneficiando uma das partes, e tenderia a acreditar em fatos que ele mesmo investigou.

Alguns autores, como Moreira (2005), consideram que o poder instrutório do juiz deve ser subsidiário ao das partes, enquanto outros, como Bedaque (2001), sustentam que deve haver participação ativa do magistrado na colheita das provas, mas não de modo extremo, para não comprometer sua imparcialidade. Uma terceira corrente doutrinária, que tem por partidário Santos (1983, p. 259-260), sustenta que o magistrado não deve determinar, de ofício, como regra, a produção de provas na instrução processual:

[...] Dá-se, assim, no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições da parte e do juiz. Apenas aquelas não podem ter ingerência na função específica deste, de emitir provimentos relativos a qualquer dos atos probatórios e de avaliar e estimular as provas, porque, então, seria transformarem-se em juízes das próprias alegações. Por sua vez, o juiz não pode, a não ser dentro do critério

quer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único: No caso do inciso IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

51. Artigo 485 do Código de Processo Civil: A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente.

legal e com o propósito de esclarecer a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar fatos não alegados ou de ordenar provas quando as partes dela descuidam ou negligenciam. [...]

Para Bedaque (2001), a determinação para a produção de provas sem requerimento da parte não compromete a imparcialidade do juiz. Não há favorecimento da parte, porque o julgador não teria como saber o resultado da prova cuja produção determinou para a formação do seu convencimento. Theodoro Júnior (2004, p. 15) ensina que:

[...] O juiz, portanto, enquanto determina a produção dos elementos probatórios, não está fazendo prova para uma das partes, está apenas procurando chegar à prova efetiva, que é o seu convencimento acerca dos fatos que interessam à justa solução do litígio [...] Diante da necessidade de descobrir a verdade real, o juiz não pode ser neutro nem indiferente. Não determinar a prova necessária à revelação da verdade não corresponde, por isso, a uma conduta imparcial e sim a um alheamento à missão jurisdicional de assegurar aos litigantes a mais efetiva e justa composição do litígio. [...]

Nesta situação, o juiz estará apenas investigando os fatos objetivamente e de maneira mais completa, para formar sua convicção e solucionar o conflito da forma mais justa possível. Assim procedendo, o juiz permitirá que o processo alcance suas finalidades jurídicas, políticas e sociais (BEDAQUE, 2001).

As partes buscam interesses próprios com o provimento jurisdicional, dos quais o julgador deve se manter distante, para decidir com imparcialidade. Para o Estado-juiz, o que se busca é a justa composição do conflito para a pacificação social. Segundo Theodoro Júnior (2004, p. 13):

[...] Nesse processo moderno, o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio. [...]

A imparcialidade deve ser diferenciada da neutralidade. Conforme Bedaque (2001), o juiz neutro tende a ser omissivo no processo. Para ele, a neutralidade relaciona-se a fatores objetivos, de modo que o juiz neutro deixa de agir quando é preciso. O juiz imparcial, por outro lado, age com justiça ao buscar a efetividade de sua decisão. É participativo e interessado na justa composição dos litígios, ao contrário do juiz neutro e passivo, que fica indiferente aos anseios sociais. Em suma, a imparcialidade do juiz não é medida por sua neutralidade no processo (BEDAQUE, 2001).

O juiz imparcial busca o resultado justo para o litígio, comprometendo-se apenas com a lei e a justiça na análise obje-

tiva dos fatos elucidados pelas partes por meio das provas apresentadas. A atividade jurisdicional realiza plenamente sua função quando identifica a parte que efetivamente tem razão no pleito. A atividade de instrução processual do juiz raramente alcançará a verdade completa e absoluta, mas deverá se aproximar o máximo possível da certeza (BEDAQUE, 2001).

O julgador não deve esquecer, ainda, das desigualdades materiais existentes entre as partes. Seria parcial se percebesse que a investigação da prova pudesse beneficiar a instrução, elucidando melhor os fatos, mas não a determinasse com o receio de perda da imparcialidade. Sua omissão poderia beneficiar a parte que não tivesse razão. Segundo Moreira (1997, p. 86):

[...] se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for sua opção, acabará por favorecer uma das partes. Bem se percebe quão impróprio é um modo de equacionar o problema, que condena o órgão judicial, em qualquer caso, a incorrer na pecha da parcialidade. [...]

Ao magistrado cabe exercer amplamente seus poderes de direção da instrução processual. Bedaque (2001) sustenta que o receio de perda da imparcialidade tem feito com que os juízes sejam passivos e, em muitos casos, espectadores da vitória da parte mais forte sobre a mais fraca. Não é a postura que se espera do juiz em um Estado democrático, segundo a visão publicista e instrumentalista do processo, pela qual deve ser visto como instrumento para efetiva correção do direito violado, assegurando-se o amplo acesso ao Judiciário pela parte interessada. Está evadida do antigo privatismo, que via o processo como mera extensão do direito material e que dependia da provocação das partes para ter impulso. Moreira (2005, p. 27) critica a falta de iniciativas oficiais na prática judiciária brasileira:

[...] Há a influência de certa mentalidade que, sob color de zelo em preservar a imparcialidade do juiz, preconiza uma espécie de ‘distanciamento’ capaz de confundir-se, sem grande dificuldade, com a mais gélida indiferença pelo curso e pelo resultado do pleito. Para refutar semelhante tese, no que contenha de sincera convicção doutrinária, bastará pôr em evidência a distinção entre dois fenômenos. Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesses ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o juiz, movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude obviamente repugna ao ordenamento jurídico; a segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza

a resultado justo e querer que vença a parte (seja qual for) que tenha razão. Em tal sentido, nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser ‘neutro’, porque não é próprio identificar-lhe a imagem na de um espectador frio, para quem ‘tanto faz’ que se realize ou não se realize justiça, quando, bem ao contrário, esse é um cuidado que deve estar presente, do primeiro momento ao último, em seu espírito. [...]

A instrução oficial, assim entendida a colheita de prova ex officio, tem o objetivo de completar o convencimento do julgador, que a conduz ao verificar a existência de meios aptos à apuração de fatos controvertidos. Não haverá o comprometimento de sua imparcialidade, mas sim a busca da verdade real para a justa solução da lide. O direito processual, por ser ramo do direito público, deve primar pelos interesses da sociedade, que são mais amplos que os das partes e carecem da participação ativa do juiz para sua efetivação, sendo o processo o instrumento de que dispõe para a pacificação social com justiça. Para Bedaque (2001, p. 110-111):

[...] A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. [...]

Para garantir sua imparcialidade, o magistrado deve submeter ao contraditório os atos da instrução processual, motivando a decisão que determina a produção de provas, que é interlocutória (artigo 165 do Código de Processo Civil<sup>52</sup>). A imparcialidade deriva de fatores subjetivos, guardando direta ligação com a ética e a justiça.

Mattos (2001, p. 24) elege como elemento da imparcialidade do julgador a proibição dos julgamentos extra e ultra petita, segundo a qual somente poderá decidir (ou determinar a produção de provas) nos limites da lide. Salvo raras exceções, como as ditas pelos artigos 989 do Código de Processo Civil e 878 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>53</sup>, a instauração do processo depende da iniciativa da partes, pela aplicação do princípio da inércia de jurisdição.

Assim, o processo deve ser visto como instrumento ético de pacificação social com justiça e não como mera fer-

52. Artigo 165 do Código de Processo Civil: As sentenças e acórdão serão proferidos com observância do no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

53. Artigo 878 da Consolidação das Leis do Trabalho: A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

Artigo 989 do Código de Processo Civil: O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal.

ramenta técnica. A busca dos escopos da jurisdição pode ser simplificada pela ampliação dos poderes de instrução do magistrado. Ele não deve esperar que as partes requeiram a produção da prova, mas determiná-la quando for necessária para formar sua convicção (SCHIAVI, 2010).

### 3. Princípio da Igualdade

O princípio da isonomia está consagrado no artigo 5º, caput, da Constituição de 1988. Segundo Hertel (2006), tem reflexos no plano processual, estando assegurado também pela legislação infraconstitucional, como dispõe o artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, que prescreve que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento.

Para Hertel (2006), o princípio da igualdade não deve ser aplicado apenas por seu aspecto formal. Explica que a igualdade tem duas espécies: a formal (ou jurídica), que é prevista abstratamente em lei, e a substancial (ou material), que deve existir de fato na realidade social. No entanto, o juiz deve estar atento às especificidades de cada caso, para não cometer injustiças, pois se tratar os desiguais de forma igual estará cometendo injustiças (GRECO FILHO, 2003). Cintra, Dinamarco e Grinover (2004, p. 54) sustentam que:

[...] A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial. [...]

A igualdade substancial deve ser buscada no processo, principalmente em países de flagrantes desigualdades sociais (HERTEL, 2006). Cabe ao juiz reduzir as desigualdades substanciais entre as partes no plano processual, para o que a iniciativa na determinação para a produção das provas é ferramenta eficaz (GOMES, 1997). Para Bedaque (2001), a aplicação do princípio dispositivo para a colheita das provas pode consagrar o desequilíbrio substancial entre as partes, reproduzindo-o no plano processual.

A atuação do juiz deve primar pela efetividade do processo, como instrumento para a satisfação de direitos. Com a iniciativa da produção de provas, o magistrado protege o direito material e garante o verdadeiro acesso à justiça. Para Cambi (2001), esta expressão deve ser interpretada de maneira extensiva, como acesso à ordem jurídica justa. Ao litigante devem ser garantidos: “i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada)” (CAMBI, 2001, p. 104-105).

Não basta garantir a inafastabilidade do controle jurisdicional e a assistência jurídica gratuita (artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição de 1988). O acesso à justiça não prescinde da atuação do julgador no sentido de afastar as desigualdades das partes, principalmente em momentos processuais relevantes,

como o da instrução, pois as carências financeiras e culturais refletem no processo, sobretudo nas ações trabalhistas. Bedaque (2001) lembra que, muitas vezes, a parte quer defender seu direito, mas não tem condições financeiras de fazê-lo, concluindo que o juiz inerte fatalmente permitirá a vitória da parte detentora dos recursos financeiros, técnicos<sup>54</sup> e culturais para se defender durante a relação processual, que nem sempre é o verdadeiro titular do direito. Para Cappelletti e Garth (1988, p. 21-22):

[...] Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa. [...]

Na visão de Bedaque (2001, p. 100):

[...] A real igualdade das partes no processo somente se verifica quando a solução encontrada não resultar da superioridade econômica ou da astúcia de uma delas. O processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito. [...]

É preciso que o juiz assuma tanto a direção formal quanto a material do processo (MATTOS, 2001). A iniciativa probatória oficial equilibra as partes e permite atingir a igualdade substancial, atenuando os impactos de desigualdades substanciais no processo (BEDAQUE, 2001). O juiz que assume posição ativa na relação jurídica processual colabora com as partes litigantes. Eles têm interesses próprios, díspares uns dos outros, enquanto o fim colimado pelo juiz é a realização da justiça (HERTEL, 2006).

Ao determinar a produção de provas, o juiz não tem a intenção de beneficiar uma das partes. O que busca é investigar fatos para a justa solução do litígio, para o que deve observar o contraditório. Segundo Mattos (2001), agindo desta forma, o juiz consagra o princípio da isonomia, permitindo a efetiva igualdade entre as partes. Para Hertel (2006, p. 194-211):

[...] A participação ativa do juiz na atividade probatória não o torna parcial, violando o princípio da imparcialidade ou o da isonomia. Na verdade, essa participação efetiva do juiz na produção das provas consiste em um mecanismo

54. Sobre a carência técnica, Dinamarco (2002, p. 134) sustenta que o juiz deve diligenciar “o que a parte pobre não pôde ou não soube diligenciar (até porque patrocinada por advogados dativos, às vezes menos interessados)”.

fundamental para que eventuais desigualdades sociais, técnicas e econômicas possam ser mitigadas no processo. O processo, com efeito, deve ser dotado de mecanismos capazes de atenuar as desigualdades existentes entre as partes. E, nesse contexto, não resta dúvidas de que a maior participação do juiz na instrução probatória possibilita a busca de uma igualdade real, substancial. [...]

Para Nalini (2000, p. 126):

[...] O credo na justiça como valor a ser perseguido no processo e vinculado à atuação eficaz do juiz continua atual. E um notável instrumento de obtenção da justiça é a atividade instrutória do magistrado. Por meio dela consegue o condutor do processo observar um princípio constitucional da mais expressiva relevância, o princípio da igualdade. [...]

O magistrado tem o dever de buscar a igualdade entre as partes, fazendo com que o processo sirva como meio de pacificação social com justiça. Para tanto, o ativismo judiciário será determinante na produção de provas.

#### 4. Princípio Inquisitivo

No processo do trabalho, é ainda mais marcante a desigualdade entre as partes litigantes. De um lado, o empregador detém todos os elementos de prova relativos ao contrato de trabalho, notadamente os documentais, enquanto de outro o reclamante encontra as mais diversas dificuldades para demonstrar suas alegações. Não é por outro motivo que a legislação trabalhista permite ao julgador inverter o ônus da prova, como na situação retratada pela Súmula 338, inciso III, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho<sup>55</sup>.

A atuação do juiz do trabalho na instrução processual, deste modo, deve ser mais incisiva, para que se busque a pacificação social com justiça. Não deve esperar que as partes requeiram determinadas diligências, mas sim determiná-la de ofício quando forem imprescindíveis para a formação de seu convencimento, como permite o artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho. Não é por outro motivo que muitos autores sustentam que prevalece o princípio inquisitivo no processo do trabalho, como faz Schiavi (2011, p. 617 e 619):

[...] O entendimento acima ganha corpo no Direito Processual do Trabalho, pois apresenta o princípio do inquisitivo que preme a iniciativa probatória do Juiz (art. 765 da CLT). Para o Juiz do Trabalho, não há preclusão na esfera probatória, conforme o já citado art. 765 da CLT. A livre convicção do Juiz é uma garantida da cidadania, do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito [...] Os poderes instrutórios do Juiz do Trabalho são amplos, devendo sempre ser observados os princípios do livre convencimento motivado e do contraditório. [...]

55. Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho: III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se ele não se deincumbir.

Leite (2011, p. 65) também sustenta a aplicação do princípio inquisitivo à ação trabalhista, após defender o papel ativo do juiz na presidência da instrução processual:

[...] Se o princípio do ativismo judicial encontra-se em franca expansão nos sítios do processo civil, salta aos olhos a necessidade de sua urgente aplicação no terreno do processo do trabalho. Afinal, neste há, em regra, situações de desigualdades de armas entre os litigantes, sendo o espaço natural para as demandas metaindividuais e uma atuação mais ativa do magistrado. Afinal, os arts. 84 do CDC, 461 do CPC e 765 da CLT demonstram que o nosso sistema estimula (e determina), a nosso ver, uma atuação mais ativa do magistrado em prol de um processo justo a serviço da tutela efetiva dos direitos. [...]

Não basta que a decisão seja proferida com celeridade. É preciso que se aproxime o máximo possível da verdade real, para que o conflito seja decidido com justiça, especialmente na esfera trabalhista, em que os direitos envolvidos têm natureza alimentar e as partes litigantes estão em evidente situação de desigualdade material (LEITE, 2011).

#### 5. Limites aos Poderes de Instrução do Juiz

Para evitar arbitrariedades, o ordenamento jurídico impõe limites à atividade de instrução oficial. O primeiro deles decorre da aplicação do princípio da congruência (adstrição ou correlação), que está consagrado nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, de subsidiária aplicação ao processo do trabalho<sup>56</sup>. Segundo Theodoro Júnior (2007, p. 574):

[...] é uma decorrência necessária da garantia do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). É preciso que o objeto do processo fique bem claro e preciso para que sobre ele possa manifestar-se a defesa do réu. Daí por que, sendo o objeto da causa do pedido do autor, não pode o juiz decidir fora dele, sob pena de surpreender o demandado e cercear-lhe a defesa, impedindo-lhe o exercício do pleno contraditório. O princípio da congruência, que impede o julgamento fora ou além do pedido, insere-se destarte, no âmbito maior da garantia do devido processo legal. [...]

Se a sentença deve observar o pedido e a causa de pedir, o juiz somente poderá se valer dos poderes de instrução para investigar os fatos alegados pelas partes e, ainda, sob a égide do contraditório, como imperativo do princípio da persuasão racional (BEDAQUE, 2001). Theodoro Júnior (2007, p. 478) ressalva que:

[...] O juiz, porém, deve cuidar para não comprometer sua imparcialidade na condução do processo. A necessida-

56. Artigo 128 do Código de Processo Civil: O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Artigo 460 do Código de Processo Civil: É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

de de prova, ordenada de ofício, deve surgir do contexto do processo e não de atividade extra-autos, sugerida por diligências e conhecimentos pessoais ou particulares auidos pelo magistrado fora do controle do contraditório. [...]

Nas hipóteses relacionadas nos artigos 319 e 334 do Código de Processo Civil<sup>57</sup>, adotados pelo legislador para primar pela celeridade processual, segundo Bedaque (2001), o magistrado somente poderá determinar a produção de provas se os fatos narrados pelo autor forem inverossímeis.

Bedaque (2001) relaciona outros dois limites para a iniciativa da produção de provas pelo julgador: os princípios do contraditório e da motivação das decisões, que são garantias constitucionais dos litigantes<sup>58</sup>. Ao lado dos princípios da publicidade e do duplo grau de jurisdição, constituem, na verdade, meios de controle da atividade jurisdicional e não limites ao poder de instrução do juiz.

Por outro lado, a preclusão, que é limite para a instrução da causa pelas partes, não se aplica ao julgador. Bedaque ensina que (2001, p. 17):

[...] A preclusão faz com que a parte não possa exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido. [...]

Em síntese, constituem limites à iniciativa da instrução pelo magistrado: os parâmetros da lide, ditados pela causa de pedir, pelo pedido e pela defesa, os princípios do contraditório e da motivação e as hipóteses dos artigos 319 e 334 do Código de Processo Civil, quando os fatos forem verossímeis e incontroversos (BEDAQUE, 2001).

#### Considerações Finais

O juiz deve utilizar seus poderes de instrução de forma ampla, não se restringindo às hipóteses em que partes se omitem ou atuam insuficientemente na produção de provas. Em outras palavras, não deve esperar que as partes esgotem as iniciativas probatórias, mas sim agir em cooperação, para que a jurisdição alcance seu escopo de pacificação social com justiça. No processo do trabalho, a participação ativa do juiz na instrução processual encontra amparo no artigo 765 da

57. Artigo 319 do Código de Processo Civil: Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor; Artigo 334 do Código de Processo Civil: Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

58. Artigos 5º, LV e 93, IX, da Constituição de 1988: Art. 5º, inciso LV – 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; Art. 93, inciso IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Consolidação das Leis do Trabalho, que consagra a aplicação do princípio inquisitivo nessa seara.

A atuação ativa do magistrado na colheita da prova é indispensável, para que se torne um agente de transformação social. Para tanto, deverá respeitar os princípios do contraditório e da motivação, assim como os parâmetros da lide e dos fatos narrados pelas partes. Este comportamento não ofende o princípio da imparcialidade, pois o que se busca é a investigação mais completa possível dos fatos controvertidos, para que a decisão reflita a verdadeira justiça. Também não viola o princípio da igualdade, pois coloca as partes em situação de equilíbrio, assegurando a igualdade real, na medida em que elimina, no processo, as desigualdades existentes entre os litigantes.

O papel participativo do juiz garante o acesso à justiça e contribui para a efetividade processual. Quanto mais se valer de seu poder de instrução, mais próxima da justiça sua decisão chegará, pois sua convicção se formará pela completa investigação dos fatos controvertidos. São relevantes os ensinamentos de Moreira (2005, p. 13) como defensor dos amplos poderes de instrução do juiz:

[...] O exercício de poderes instrutórios pelo órgão judicial perfeitamente se compadece com a preservação das garantias processuais das partes. Pressupondo-se que, como cumpre, elas sejam devidamente cientificadas das iniciativas oficiais, e que se lhes abra a possibilidade de participar das diligências, de impugná-las, caso lhes pareçam desconhecidas, e de manifestar-se sobre os respectivos resultados, não se descobre que garantia terá sido desrespeitada. [...]

A atual realidade social não se coaduna com a figura do julgador inerte, passivo e indiferente ao litígio e que relega aos litigantes a exclusividade da iniciativa de produção de provas. O juiz deve atuar no feito em conjunto com as partes, para que sua decisão seja a mais justa possível. Investigando a fundo os fatos controvertidos, por meio da atuação efetiva na colheita das provas, chegará mais próximo da justiça efetiva.

A iniciativa da produção de provas pelo magistrado permite que o processo não se perca na incerteza e que suas sentenças tenham eficácia. Ganhará a sociedade, que terá maior segurança e credibilidade nas decisões judiciais.

#### Referências Bibliográficas

BEDAQUE, J. R. S.. Poderes instrutórios do juiz. 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 175 p.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 1973.

CAMBI, E.. Direito constitucional à prova no processo civil. v. 3., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANDRÉ CREMONESI

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região  
Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP  
Professor Universitário

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B.. Acesso à justiça. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.. Teoria geral do processo. 20a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, C. R.. Fundamentos do processo civil moderno. 5a ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, S. A.. Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRECO FILHO, V.. Direito processual civil brasileiro: volume 1: Teoria geral do processo e auxiliares da justiça. 17a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

HERTEL, D. R.. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo, v. 14, no 55, abr. /jun.2006, p. 194-211.

LEITE, C. H. B.. Curso de direito processual do trabalho. 9a ed., São Paulo: LTR, 2011, 1.376 p.

MATTOS, S. L. W. de. Da iniciativa probatória do juiz no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, J. C. B.. O neoprivatismo no processo civil. Revista síntese de direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 6, no 34, p.5-16, mar-abr/2005.

MOREIRA, J. C. B.. Temas de direito processual: (sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997.

NALINI, J. R.. O juiz e o acesso à justiça. 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, N.. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, M. A. Prova judiciária no cível e comercial. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1983.

SCHIAVI, M.. Manual de direito processual do trabalho. 5a ed., São Paulo: LTr, 2010, 1319 p.

THEODORO JÚNIOR, H.. Prova: princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada. Revista de direito privado, São Paulo, v. 5 no 17, jan. /mar. 2004, p. 9-28.

THEODORO JÚNIOR, H.. Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47a ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

## EXECUÇÃO TRABALHISTA: POSSIBILIDADE DE PENHORA DE UM ÚNICO BEM DE FAMÍLIA DE VALOR Suntuoso

### 1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade estudar a hipótese de penhora de bem de família de valor suntuoso para fins de satisfação do crédito trabalhista.

Não obstante o legislador ordinário tenha contemplado o devedor com o benefício da invocação de impenhorabilidade do único imóvel destinado à família, é certo que o crédito trabalhista é considerado como superprivilegiado, eis que de natureza alimentar.

Resta, então, conjugar o dispositivo legal que trata da impenhorabilidade do bem de família com o superprivilegio em decorrência da natureza alimentar de que se reveste o salário.

### 2. O Direito Constitucional de Moradia

Dispõe o artigo 6º da Carta Republicana de 1988 que:

Artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, o a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Destaque-se que essa redação ao artigo 6º foi dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000 de 14/02/2000.

Antes da referida Emenda a moradia não estava inserida no ordenamento constitucional brasileiro como direito social.

Por óbvio que o legislador constitucional derivado preocupou-se em permitir que todos sejam detentores de uma moradia com dignidade.

### 3. A Impenhorabilidade do Bem de Família como Previsto na Lei 8.009/90

Antes mesmo da alteração constitucional retromencionada, em 29/03/1990, o legislador ordinário aprovou a Lei nº 8.009 que assim dispõe no artigo 1º, caput:

Artigo 1º - O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único - A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Mais à frente, no artigo 3º do mesmo diploma legal, encontram-se consagradas as hipóteses de exceção à regra geral da impenhorabilidade, *in verbis*:

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

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou à aquisição ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

É inequívoco que com a aprovação da citada norma o legislador teve como meta impedir a penhora de único imóvel destinado à residência da entidade familiar.

Frise-se que o legislador tem por hábito tratar o devedor executado como uma pessoa digna de compaixão. Nesse sentido, a Lei ora em estudo teria como escopo maior a proteção do bem de família, tudo de modo a preservar a dignidade do mesmo que, por certo, já sucumbiu em seu empreendimento empresarial.

### 4. A Jurisprudência acerca do Tema

Embora a Lei nº 8.009 tenha sido aprovada em 1990 pode-se dizer que a jurisprudência ainda não é mansa e pacífica acerca da possibilidade ou não de penhora de bem de família de valor suntuoso quando da execução trabalhista. Contudo veja-se o aresto abaixo:

Bem de família - Imóvel suntuoso - Não caracterização. Tratando-se o bem penhorado de imóvel suntuoso, a impenhorabilidade de que trata a Lei nº 8.009/90 fica definiti-

vamente afastada, quando o que se busca é a satisfação de crédito de natureza alimentar. Esse entendimento não implica negar aplicabilidade à referida legislação ou ampliar as exceções nela previstas; trata-se, antes, de limitar a sua aplicação, para harmonizá-la com os princípios justiciables e com os preceitos da própria Constituição da República, que consagra o valor social do trabalho como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88). (TRT 3ª Região – 1ª Turma – AP nº 1552/2003.025.03.00-6 – Rel. José Eduardo de R. Chaves Júnior – DJMG 10.6.04 - p. 12) (RDT nº 7julho de 2004).

Em suma: referida decisão deixa claro não tratar-se de criação de mais uma hipótese de exceção não prevista em lei, mas apenas de limitar o seu campo de aplicação.

#### 5. Possibilidade de Penhora de Bem de Família de Valor Suntuoso

Ainda que se possa afirmar categoricamente que o tema é polêmico, a possibilidade do devedor executado “descarregar” todos os seus ativos num único imóvel e rotulá-lo de bem de família com o intuito de frustrar a execução trabalhista deve ser objeto de repúdio por parte do Poder Judiciário.

Com efeito, o que garante o legislador constitucional derivado é o direito à moradia com dignidade e não o direito à moradia com suntuosidade.

Como aceitar que o devedor executado possa residir num imóvel de grande valor de mercado sem quitar os créditos trabalhistas decorrentes do período em que foi empregador?

Entendemos que o ordenamento jurídico não pode punir com rigor somente aquele que comete um delito, sob o argumento de que dívidas trabalhistas e civis não pagas representam um mal menor.

Como já dito neste trabalho, o crédito trabalhista é superprivilegiado e, por conta disso, se sobrepõe a qualquer outro. Contudo, entendemos que o crédito trabalhista vai além do superprivilegio retromencionado, na medida em que permite a penhora de único bem de família de valor suntuoso.

De lembrar que vários são os princípios informadores da execução em geral e bem assim da execução trabalhista.

Isto porque a execução sempre se dá no interesse no credor e não o contrário, não obstante deva o Poder Judiciário fazê-la com a observância da forma menos gravosa ao devedor.

Outro princípio que precisa ser entendido de forma correta é o princípio da igualdade das partes na execução. Isto porque o princípio in dubio pro misero somente tem cabimento no direito do trabalho e não no direito processual do trabalho. Nessa linha de raciocínio, quando da fase executória estão em condições rigorosamente iguais. Todavia, tal não significa atribuir nenhuma vantagem a uma das partes, em especial ao devedor executado.

Também aplicável o princípio da limitação expropriatória no processo do trabalho. Isto quer dizer que é plenamente possível a penhora de único bem de família de valor suntuoso levando-o à hasta pública. Ao final, depois de arrematado o bem o crédito trabalhista é quitado retornando o saldo credor – por certo de valor significativo - para o devedor executado

permitindo-lhe adquirir um imóvel para moradia com dignidade, o que atende o comando constitucional.

Por fim, de forma alguma pode o devedor executado invocar a suposta inobservância do princípio do não aviltamento do devedor na execução. Isto porque a penhora do único bem de família de forma alguma afronta a dignidade do devedor executado que, lembre-se, teve contra si uma decisão condenatória transitada em julgado.

Assim, entendemos que a possibilidade de penhora de único bem de família de valor suntuoso por parte do Poder Judiciário permite conjugar os dispositivos constitucionais e legais com a natureza alimentar de que se reveste o salário.

#### CONCLUSÃO

Ante o exposto podemos concluir que:

- o legislador constituinte derivado houve por bem inserir no artigo 6º da Carta Republicana de 1988 o direito constitucional de moradia, como um dos direitos sociais, por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000;
- muito antes disso, o legislador ordinário aprovou a Lei nº 8.009/90 que trata da impenhorabilidade do único bem de família do devedor executado tendo contemplado algumas exceções;
- a jurisprudência dos nossos Tribunais do Trabalho começa a se firmar no sentido de que é válida a penhora de único bem de família de valor suntuoso quando da execução trabalhista de modo a quitar créditos trabalhistas, os quais são considerados como superprivilegiados;
- a penhora de único bem de família de valor suntuoso na execução trabalhista não afronta os princípios da execução menos gravosa, da igualdade das partes e do não aviltamento do devedor executado;
- sustentamos neste trabalho que a penhora de único bem de família de valor suntuoso se coaduna perfeitamente com o contido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e com o artigo 1º da Lei nº 8.009/90.

## RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Juiz Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região  
Especialista em Direito Sanitário pela ESMPU/FIOCRUZ  
Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP  
Doutor em História Social pela PUC/SP

Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla La Mancha/Espanha  
Doutor em Seguridade Social pela Universidade de Castilla La Mancha/Espanha  
Pós-Doutorado em Ciências Sociais pela PUC/SP e pela Universidade de Manizales (Colômbia)  
Diretor de Direitos Humanos da AMATRA-2 (Associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª Região)

### OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: NA FRONTEIRA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos sociais<sup>59</sup> – direitos econômicos, sociais e culturais – dizem respeito a questões profundamente vinculadas a expectativas básicas para a vida e a dignidade humanas, referentes à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade, aos seus modos de criar, de fazer e de viver e às suas formas de expressão, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia e o lazer<sup>60</sup>.

Em consequência, os direitos sociais apresentam-se como autênticos direitos humanos fundamentais, atuando como premissas materiais para o exercício de outros direitos, como os civis e políticos, tradicionalmente mais facilmente associados no mainstream político e jurídico à liberdade e à autonomia do homem; os direitos sociais, portanto, são concomitantes meio e condição para a promoção da real liberdade e da autonomia do homem, da democracia e de outros objetivos do Estado democrático de direito.

Os direitos sociais integram o catálogo dos direitos huma-

nos<sup>61</sup>, pois, segundo a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>62</sup>, “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização (...) dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade” (art. 22), destacando-se especialmente, no âmbito da Declaração Universal, como direitos humanos enunciados, os direitos ao trabalho e ao lazer (arts. 23/24), à saúde, à alimentação, à moradia, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (art. 25) e à educação (art. 26).

Além disso, os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais<sup>63</sup> no âmbito do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>64</sup>, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)<sup>65</sup> e da Declaração Sociol-

61. Para uma distinção básica entre as ideias de direitos humanos e de direitos fundamentais, v. Ferrajoli et al. (2001, p. 76 et seq.), Marshall e Bottomore (1998) e Martínez (1995).

62. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e firmada pelo Brasil na mesma data.

63. A categorização de determinados direitos como “fundamentais”, ou seja, direitos que têm um papel funcional específico no ordenamento jurídico do Estado democrático de direito, sobretudo a categorização dos direitos sociais como direitos fundamentais a partir da associação daqueles ao “mínimo social” (Rawls, 1980) ou ao “mínimo existencial” (Borowski, 2003), ou seja, ao próprio conteúdo essencial – conteúdo mínimo – dos direitos fundamentais, e, especialmente, como direitos fundamentais à democracia, será desenvolvida no seguimento deste trabalho.

64. O PIDESC, adotado pela 21.ª Assembleia-Geral das Nações Unidas (16 de dezembro de 1966), entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, em conformidade com o disposto no seu art. 27. O texto do Pacto, vigente no Brasil, foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro em dezembro de 1991 (Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991) e foi promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, incorporando-se, então, à legislação nacional.

65. O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado durante o 18.º Período Ordinário de Sessões da Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos (17 de novembro de 1988), entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, em conformidade com o disposto no seu art. 21. O texto do Protocolo, vigente no Brasil, foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro em abril de 1995 (Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995) e foi promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, incorporando-se, então, à legislação nacional.

59. Segundo Carías (1979) e Esping-Andersen (1998), os direitos sociais estão associados aos sistemas de proteção social que se constituem e consolidam, com maior ou menor ênfase, na Europa Ocidental e em muitos países da América entre o terço final do século XIX e o segundo pós-guerra, no contexto do chamado “Estado social de direito”, um projeto político concreto, sucessor do Estado liberal de direito, e/ou do chamado “Estado de bem-estar social” (welfare state), um peculiar plexo de políticas públicas sociais que empreende o Estado capitalista em determinadas conjunturas, sobretudo a partir da grande crise econômica de 1929 (a “Grande Depressão”), com o objetivo de alavancar a eficiência dos mercados e organizar mais eficientemente a produção (Andersson, 2005). Um traço comum da regulação jurídica desses âmbitos, produto de incontáveis lutas e reivindicações sociais e da racionalização da intervenção estatal na economia, é a utilização do poder estatal com o propósito precípuo de corrigir situações de desigualdade material (Miravet, 2003), “sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos, mejores oportunidades a grupos sociales postergados, compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares o excluir un bien del libre juego del mercado”, de forma que os direitos sociais são “fruto del intento de traducir en expectativas (individuales o colectivas) respaldadas legalmente el acceso a ciertos bienes configurados en consonancia con la lógica de este modelo” (Abramovich e Courtis, 2006, p. 17).

60. Nesse sentido, v.g., o teor do art. 6.º da Constituição brasileira de 1988. Esta Constituição reserva, ainda, garantias especiais para os trabalhadores (arts. 7.º a 11), diversas garantias para o exercício dos direitos culturais e dos diversos direitos sociais expressamente reconhecidos no seu art. 6.º e títulos específicos para normalizar a ordem econômica e a ordem social, submetendo-as aos ditames da “justiça social”.

boral do MERCOSUL<sup>66</sup>.

Essas declarações de direitos destacam-se, em relação aos direitos sociais, pela consideração, em comum, nos respectivos textos, da estreita relação que existe entre os direitos sociais e os direitos civis e políticos, reconhecendo que essas diferentes categorias de direitos constituem um todo indissolúvel que encontra a sua base na dignidade humana, razão pela qual esses direitos exigem – todos – tutela e promoção permanentes e concomitantes, sem que jamais se possa justificar a violação de uns a pretexto da realização de outros.

Dessa forma, pode-se afirmar que todos esses direitos humanos fundamentais têm como fundamento a dignidade humana e são indivisíveis e interdependentes. A realização dos direitos sociais é imprescindível à realização dos direitos civis e políticos, cujo exercício pleno requer a superação de necessidades humanas básicas; por outro lado, os direitos civis e políticos são indispensáveis como mecanismos de controle do cumprimento das obrigações que emanam dos direitos sociais. Assim, o desenvolvimento de um direito facilita o desenvolvimento de outros direitos; da mesma forma, a carência de um direito também afeta os outros direitos, debilitando-os<sup>67</sup>.

Por isso, embora a discussão a respeito dos direitos sociais e das suas garantias habitualmente esteja associada às necessidades daquelas pessoas em situação de maior vulnerabilidade no âmbito social<sup>68</sup>, para as quais o acesso aos recursos necessários para a satisfação de necessidades vitais básicas tende a ser meramente residual e insuficiente, essa discussão interessa, na realidade, a todas as pessoas, pois, envolvendo os princípios reitores das ordens econômica e social em diversos âmbitos geopolíticos – que, marcados pela intensificação do processo de globalização<sup>69</sup>, transcendem ao local, ao regional e, mesmo, ao nacional –, as expectativas

66. A Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, firmada em 1998, não é, formalmente, um tratado, tampouco tem força normativa no âmbito do MERCOSUL. Contudo, embora tenha o status de *soft law*, sendo constitutiva de pautas programáticas desprovidas de caráter vinculante, a enunciação sociolaboral representa um passo adiante rumo a uma integração sociolaboral efetiva no âmbito do bloco, com a definição do conteúdo mínimo dos direitos sociais comuns aos países do bloco e das obrigações que deles advêm.

67. Dessa forma, segundo Thome (2012, p. 107-8), “a violação aos direitos sociais gera uma violação reflexa aos direitos civis e políticos, na medida em que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos, ocorrendo o mesmo com a violação dos direitos civis e políticos”. Para uma perspectiva similar, v. Bucci (1997; 2001; 2002).

68. Cf. Pisarello (2007, p. 11).

69. Empregamos o termo “globalização”, aqui, na acepção traçada por Santos (2005-a), para identificar um fenômeno multifacetado, plural e contraditório, com implicações políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais interligadas de modo complexo, que se desenvolveu nas últimas três décadas a partir de uma intensificação dramática das interações transnacionais e que, paradoxalmente, embora as tenha transformado radicalmente, intensificou hierarquias e desigualdades. Vale, também, a definição delineada por Giddens (1990, p. 64): a intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa.

que concernem aos direitos sociais, implicadas em disputas alocativas, põem em relevo a igualdade material<sup>70</sup> e dizem respeito ao chamado “mínimo existencial”<sup>71</sup> – econômica, social e culturalmente delineado –, conjunto de bens necessários não só para a sobrevivência em condições condizentes com a dignidade inerente à pessoa, mas também para garantir a ela as condições materiais que viabilizam o exercício real de outros direitos, como os direitos civis e políticos, relacionados à sua liberdade e à sua autonomia, imprescindíveis à democracia e à cidadania integral<sup>72</sup>.

Além disso, os direitos sociais, nas últimas décadas, passaram a ser permeáveis a uma nova espécie de reivindicações, vinculadas não apenas à alocação de recursos materiais, mas, em especial, às demandas de reconhecimento. São reivindicações coletivas através das quais setores habitualmente discriminados no âmbito social reclamam a remoção de barreiras legais, econômicas, sociais e culturais que impedem ou limitam de fato a participação desses setores em processos políticos e/ou que impedem ou limitam o acesso desses setores à educação e/ou ao trabalho, por exemplo. Essas demandas de reconhecimento objetivam, sobretudo, dar visibilidade a esses atores sociais, o reconhecimento de suas diferenças específicas e a remoção daquelas pautas supostamente neutras que, na realidade, estão ideologicamente vinculadas aos interesses dos grupos sociais dominantes/hegemônicos e que, por isso, dificultam o acesso desses setores discriminados a essas mesmas pautas<sup>73</sup>.

70. Cf. Sanchís apud Carbonell, Parcerro e Vázquez (2001, p. 39-46).

71. Segundo Barcellos (2002, p. 198), o “mínimo existencial” corresponde ao conjunto mínimo de bens materiais imprescindíveis para a existência humana em condições decentes: o mínimo existencial corresponde, portanto, ao próprio núcleo material da dignidade humana, ou ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais (Borowski, 2003, p. 66): verdadeiro meio e concomitante condição necessária para que a pessoa possa gozar plenamente dos seus direitos civis e políticos e participar da vida política de uma comunidade. O PIDESC, no seu preâmbulo, reconhece, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o ideal do ser humano livre, liberado do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas as condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

72. Nesse sentido, Marshall (1992) estabelece uma relação de dependência entre a cidadania e a soma dos direitos civis, políticos e sociais do cidadão: os direitos civis diriam respeito aos direitos “necessários à liberdade individual”; os direitos políticos, aos direitos “de participação no exercício do poder político”; e os direitos sociais a “todo um conjunto de direitos, desde o direito a um mínimo de bem-estar e segurança econômica até ao direito a partilhar em pleno na herança social e a viver a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões prevalentes na sociedade”. Segundo Kliksberg (1997), o acesso à efetiva cidadania é um direito fundamental, o primeiro dos direitos, porque sem ele não se tem acesso aos outros direitos, mas aquele – o acesso à cidadania –, naturalmente, compreende o gozo dos direitos sociais, ao menos na sua expressão mínima: o “mínimo existencial”. O que está em jogo, portanto, é o direito das pessoas à inclusão em uma sociedade altamente complexa e competitiva, que tende a excluir, em um contexto em que tem sido duramente negligenciado o desenvolvimento humano.

73. Nesse sentido, v. Fraser (1997) e Thomé (2012).

Os direitos sociais consubstanciam, portanto, necessidades sociais historicamente reivindicadas e a conquista do reconhecimento de que o Estado deve intervir nas relações econômicas, sociais e culturais a fim de garantir a realização dos direitos pertinentes às relações de produção social da vida – às formas de expressão e aos modos de criar, fazer e viver de diferentes segmentos sociais –, para além de resumir-se à tutela de direitos civis e políticos, notadamente de direitos patrimoniais<sup>74</sup>.

O progressivo reconhecimento das expectativas relacionadas aos direitos sociais no plano constitucional e em tratados internacionais – e a sua consequente integração à ordem jurídica interna de cada país –, embora não possa ser associado a um processo linear, cronológico e unívoco (porque não existe um padrão histórico único no reconhecimento, pelos diferentes países, dos direitos sociais, direitos concomitantemente reivindicados e atribuídos, conquistados e concedidos)<sup>75</sup>, impõe obrigações, positivas e negativas, aos poderes públicos – e também, em maior ou menor grau, aos particulares<sup>76</sup> –, concernentes à satisfação de tais necessidades e, em consequência, à efetiva promoção do bem-estar humano.

No entanto, se desde o início do processo histórico de constituição do catálogo dos direitos humanos fundamentais os direitos sociais, com suas variações econômicas, sociais e culturais, com maior ou menor ênfase, formaram parte desse patrimônio jurídico, a sua inclusão histórica nesse catálogo sempre foi alvo de fortes críticas e ainda atualmente a doutrina jurídica segue discutindo se os direitos sociais se ajustam concretamente ao marco jurídico dos direitos humanos e/ou fundamentais, uma discussão para a qual colabora especialmente a simplicidade com que tradicionalmente, inclusive para fins didáticos (e a justificação dessa ideia classificatória demasiadamente singela e simplória – e por isso mesmo incompleta e incorreta – habitualmente reside, perigosamente, no argumento do seu caráter didático), distinguem-se os direitos civis, políticos e sociais segundo critérios históricos, filosófico-normativos ou teórico-dogmáticos, distinção que supostamente explicar-se-ia pelos fundamentos e valores ou princípios diferenciados dos últimos, menos relevantes ou menos conectados com aqueles, os dos primeiros, que inspirariam a efetiva proteção dos “autênticos” direitos fundamentais do homem.

De acordo com tais argumentos, fala-se tradicionalmente em três “classes” de direitos a partir de uma série de critérios de classificação. Segundo a dimensão histórica desses direitos, distinguem-se direitos de primeira, segunda e terceira geração. Distinguem-se, por outro lado, opondo-os, os direitos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), os direitos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, So-

74. Cf. Supiot (2007, p. 191).

75. Nesse sentido, v. Baldassarre (2001) e Polanyi (1998).

76. Nesse sentido, v. Luño (1999). No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 158.215-4/RS, 161.243-6/DF e 20819/RJ, já decidiu que os direitos fundamentais vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

ciais e Culturais (PIDESC) e os direitos concernentes a um terceiro grupo, devotados à cultura de paz, ao meio-ambiente e ao desenvolvimento sustentável. Outro critério diz respeito à fundamentação dos direitos, distinguindo-os em direitos de liberdade, de igualdade e de solidariedade. Distinguem-se, ainda, de acordo com as obrigações do Estado, entre direitos concernentes a obrigações de abstenção, de ação e de coordenação. Em virtude do compromisso assumido pelo Estado, fala-se de direitos que concernem a compromissos imediatos, progressivos e mistos. E finalmente, quando se têm em conta as condições de realização dos direitos, distinguem-se direitos que dependem de vontade política, que dependem de recursos ou que dependem de ambos. Evidentemente, as características enunciadas em primeiro lugar estão habitualmente associadas aos direitos civis e políticos e as enunciadas em segundo lugar aos direitos sociais.

Assim, o reconhecimento positivo dos direitos sociais, por si só, não se demonstra apto a convertê-los em expectativas plenamente exigíveis, tampouco em instrumentos realmente aptos à satisfação das necessidades dos seus destinatários.

Historicamente, tanto os Estados sociais reformistas, dentro do capitalismo, como os Estados do “socialismo real”, supostamente fora dele, trataram de desmercantilizar, no todo ou em parte, a provisão de certos recursos básicos à sobrevivência das pessoas<sup>77</sup>. Mas essas experiências se viram, com certa frequência, condicionadas em seu alcance democrático e em sua capacidade de inclusão social tanto por fatores externos como internos. Ademais, o grau de satisfação dos direitos sociais, sobretudo nas regiões mais privilegiadas economicamente, tem estado intimamente relacionado às assimétricas relações de poder existentes entre países e regiões centrais e países e regiões periféricas: a ampliação do acesso das pessoas, em países e regiões centrais, a níveis crescentes de consumo, inclusive sob a forma de direitos, tem sido levada a cabo, ao menos em parte, à custa do evidente empobrecimento e da negação de direitos básicos às pessoas em países e regiões periféricas.

Assim, a grande distância entre os direitos proclamados/reconhecidos e a sua vigência (eficácia) plena – ou seja, a grande desproporção entre o garantido juridicamente e o violado de fato –, motiva, frequentemente, que a palavra e o discurso que os proclamam restem vazios, com pouco efeito prático<sup>78</sup>.

77. Cf. Esping-Andersen (1998, p. 35).

78. No caso brasileiro, v., sobre as reiteradas violações dos direitos sociais consagrados no PIDESC, o I (2001) e o II (2006) Relatórios Brasileiros sobre o Cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em maio de 2009, por ocasião do encerramento do seu 42.º período de sessões, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas expressou diversas preocupações em relação ao estado dos direitos sociais no Brasil, destacando as persistentes diferenças econômicas e sociais entre negros e brancos, a manutenção de elevados níveis de pobreza e de concentração de renda, o analfabetismo, as desigualdades no acesso ao emprego, inclusive entre homens e mulheres, a falta de acesso à moradia, problemas de saúde pública e a manutenção de elevado número de trabalhadores rurais reduzidos a condição análoga à de escravos (Brasil,

Nesse contexto, a par da extraordinária expansão das atuações institucionais devotadas ao bem-estar humano, com o estabelecimento de sistemas de compensação e inclusão ao largo do último terço do século dezenove e, sobretudo, dos dois primeiros terços do século vinte sob a égide do chamado “Estado de bem-estar social” (welfare state) ou do “Estado social”<sup>79</sup>, a realidade delineada a partir dos movimentos de contrarreforma neoliberal empreendidos nos anos setenta a partir da crise do modelo hegemônico que havia garantido o extraordinário crescimento dos países capitalistas centrais no segundo pós-guerra (1945-1973)<sup>80</sup> – cujos efeitos se fazem prolongar até o presente e se desvelam (para logo velarem-se novamente) mais intensos a cada nova crise do capitalismo –, tornou lugar-comum o ponto de vista segundo o qual as políticas públicas sociais – e, portanto, a utilização do poder do Estado com o propósito de equilibrar situações de desigualdade material ou de excluir determinados bens do livre jogo do mercado – seriam inevitável fonte de indesejável burocratização, e os direitos a elas relacionados, além de onerosos e, portanto, caros, verdadeiras armadilhas que tenderiam a cercear a eficácia econômica, as liberdades pessoais e as liberdades de mercado, quando não direitos realmente incompatíveis com os de liberdade, ou meramente programáticos, impondo, a par da vigência formal e, inclusive, da extensão dos direitos sociais em muitas constituições e tratados internacionais, uma nova *lex mercatoria*, cada vez mais global, que debilita a eficácia vinculante dos direitos sociais e, com isso, o alcance real do princípio democrático e da atuação social do tradicional Estado democrático de direito.

O discurso contemporâneo a respeito do caráter normativo – e não apenas político – das constituições modernas não tem

2009). Nesse sentido, segundo dados do Censo-2010 (Brasil, 2011), 60,7% dos brasileiros vivem em domicílios onde a renda familiar per capita não ultrapassa o valor de um salário mínimo; 16,2 milhões de brasileiros (8,5% da população brasileira) vive com renda familiar per capita de até R\$ 70, em condições de extrema miséria; apenas 55% dos domicílios brasileiros têm acesso à rede de esgoto; e 17% dos domicílios brasileiros não têm acesso a redes de abastecimento de água.<sup>79</sup> No período delineado pelas duas grandes guerras mundiais (1914-1918/1939-1945) e no pós-guerra, os “Estados sociais” puseram em marcha políticas que buscaram compensar os efeitos excludentes do desenvolvimento assimétrico, rompendo o sistema político de então com o paradigma liberal do absentismo estatal. O fim da Primeira Guerra Mundial, sobretudo, marca o início de uma era de expansão dos direitos sociais, delineada pela iniciativa de constitucionalização dos direitos sociais observada nas constituições do México (1917) e de Weimar (1919), e por uma tentativa de internacionalização desses direitos, através da criação da Organização Internacional do Trabalho (1919). O período que vai do término da Segunda Guerra Mundial a meados da década de setenta, por outro lado, corresponde ao período de maior desenvolvimento dos direitos sociais. Nesse período, as grandes linhas sobre as quais se estruturam esses direitos passam a ser integradas às constituições nacionais e às grandes declarações internacionais de direitos no seio do “Estado social”, com o extraordinário desenvolvimento de políticas públicas sociais de bem-estar social (welfare state).

80. A década de 1970, em especial a sua segunda metade, é marcada pela crise do modelo de Bretton Woods.

sido suficientemente estendido, assim, ao âmbito dos direitos sociais. Quanto a esses, sua exigibilidade tem permanecido relegada a um segundo plano em relação a outros direitos, civis e políticos, sobretudo se confrontada com direitos patrimoniais – especialmente propriedade privada e liberdade de empresa<sup>81</sup>. As garantias dos direitos sociais, legislativas e administrativas, têm se demonstrado frágeis frente aos robustos mecanismos de tutela dos direitos patrimoniais, e as instâncias político-jurisdicionais pouco têm contribuído, de fato, para afastar essa tendência<sup>82</sup>.

Assim, a insistente vigência, entre os operadores jurídicos, da tese segundo a qual os direitos sociais trazem em si meros princípios reitores ou cláusulas programáticas, ou a ideia de que os órgãos jurisdicionais pouco ou nada podem, nem devem fazer para garanti-los, bem como a ideia recorrente da “reserva do possível” em matéria de direitos sociais<sup>83</sup>, são algumas evidências dessa nova *lex mercatoria*<sup>84</sup>.

Dessa maneira, o Estado democrático de direito tradicional, longe de converter-se em autêntico Estado social, tem operado, normalmente, de forma meramente residual, como simples Estado legislativo e administrativo, com prestações limitadas à complementação e à correção das ações alocativas dos mercados e atuação orientada a disciplinar a pobreza e a assegurar, sobretudo a serviço desses mercados, a ordem e a segurança pública.

Com poucas exceções, o “núcleo duro” das políticas públicas sociais que vêm sendo adotadas após a crise, nos anos setenta, dos tradicionais Estados sociais e dos programas de welfare state não está relacionado à garantia de direitos sociais generalizáveis, ou seja, de expectativas estáveis subtraídas à conjuntura política e, portanto, indisponíveis aos poderes de turno: as políticas públicas sociais têm sido pautadas por intervenções seletivas, relacionadas à capacidade de reivindicação de certos segmentos, que, mais do que igualar os desiguais, tendem a operar como efetivas concessões discricionárias e, portanto, revogáveis, quando não como autênticas medidas conservadoras de controle dos pobres, ou seja, de disciplinarização e/ou contenção da pobreza, que tendem a institucionalizar a exclusão social<sup>85</sup>.

O que procuramos destacar, assim, é que, apesar de sua apelação ao discurso técnico, essa percepção desvalorizada

81. Nesse sentido, v. Pisarello (2003; 2007).

82. Nesse sentido, v. Martín (2006, p. 11).

83. A ideia da “reserva do possível” vem sendo utilizada como argumento à cidadania, pelos governos, no sentido de justificar a falta de efetivação de direitos sociais. Mais adiante, trataremos da questão.

84. Referindo-se à eficácia normativa do Estado social e dos direitos sociais, Ibáñez (1996, p. 35) afirma que, já nos anos noventa, “con trazo mucho más grueso, el carácter social se trasmuta en principio social y el principio social, a su vez, en más que escasas normas con operatividad propia”.

85. Vuolo et al. (2004, p. 14), analisando as políticas de combate à pobreza na Argentina e em outras regiões da América Latina, afirma que “las actuales políticas ‘contra’ la pobreza son tan pobres como sus destinatarios. En realidad son políticas ‘de’ la pobreza, cuyo objetivo es administrar y gestionar a los pobres de forma tal de mantenerlos en una posición socialmente estática para que no alteren el funcionamiento del resto de la sociedad”.

dos direitos sociais assenta-se, sobretudo, em mitos forjados por pressupostos ideológicos e/ou em argumentos falaciosos. O que defendemos, em síntese, é que a ideia corrente, segundo a qual os direitos sociais são direitos de “segunda geração”, enquanto os direitos de propriedade seriam de “primeira geração”<sup>86</sup>, decorre de uma opção ideológica<sup>87</sup> e que não há como falar em efetividade de outros direitos, inclusive dos direitos civis e políticos, sem a garantia, à pessoa titular desses direitos civis e políticos, do mínimo existencial<sup>88</sup>, um leque de bens econômicos, sociais e culturais que correspondem ao que ordinariamente se categoriza como direitos sociais<sup>89</sup>.

O que pretendemos ressaltar, nesse contexto, é que não podemos garantir direitos sociais a partir do pressuposto da prévia e necessária realização dos direitos civis e políticos, exclusivamente, tampouco o contrário<sup>90</sup>: o ideal do ser humano livre, liberado do medo e da miséria, não se pode realizar concretamente a menos que se criem as condições que

86. Em 1979, Karel Vasak, empregando pela primeira vez a expressão “geração de direitos”, propôs, no Instituto Internacional de Direitos do Homem (Estrasburgo), uma classificação dos direitos do homem segmentando-os segundo três “gerações”, baseada basicamente nas fases de reconhecimento dos direitos humanos, conforme a marca (supostamente) predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas que deram identidade a cada uma dessas fases, buscando, metaforicamente, associá-las à revolução francesa (liberté, égalité, fraternité): a primeira, relacionada com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII (liberté); a segunda, relacionada com os movimentos sociais democratas e com as revoluções comunistas (égalité); e a terceira, relacionada às histórias tristes da Segunda Guerra mundial e à onda de descolonização política que a seguiu (fraternité). V., nesse sentido, v.g., Piovesan (1998, p. 28).

87. Assim, entre outros, Peces-Barba (2005), ao tratar da história dos direitos, tem insistido na ideia de “linhas de evolução” e/ou de “processos” de direitos (positivação, generalização, internacionalização e especificação), em detrimento de uma visão linear-geracional dos mesmos.

88. A própria definição do “mínimo existencial” passa pelo diálogo social, que demanda ampla participação dos destinatários dos direitos sociais na formulação, aplicação, avaliação e controle das políticas públicas sociais.

89. Assim, segundo Cruz (2008, p. 96), “não há como se pretender apartar os direitos individuais dos direitos sociais, como, por exemplo, na discussão da extensão das cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4.º, inciso IV). De modo metafórico, é possível estudar de forma apartada os sistemas circulatório e respiratório do homem, mas, na prática, eles não podem subsistir um sem o outro”.

90. Nomeado relator da comissão encarregada de examinar o projeto de lei de Tracy, apresentado à Câmara dos Deputados em 1839, que propunha a emancipação progressiva dos escravos nas colônias francesas, Tocqueville chamou a atenção dos deputados para a impossibilidade de condicionar-se a emancipação à erradicação da pobreza: “Existem os que, embora admitindo que a escravidão não pode durar sempre, desejam postergar o momento da emancipação sob a alegação de que é preciso preparar os negros para a independência antes de romper suas cadeias. (...) Mas se todos estes preparativos são incompatíveis com a escravidão, exigir que sejam realizados antes que a escravidão seja abolida, não significaria, em outros termos, afirmar que ela não poderia acabar nunca?” (Tocqueville, 1994, p. 30-1).

permitam a cada pessoa gozar efetivamente de seus direitos econômicos, sociais e culturais tanto quanto de seus direitos civis e políticos e vice-versa.

Certamente, a persistente vulneração dos direitos sociais está relacionada, de forma intrínseca, às assimétricas relações materiais de poder existentes nas sociedades atuais e, em consequência, às soluções dadas aos persistentes problemas alocativos no âmbito social. No entanto, o papel que, para tal vulneração remanescente, desempenha a percepção simbólica e ideológica dessas relações de desigualdade não é menor<sup>91</sup>. Assim, se, nas sociedades atuais, as decisões dependem, em grande parte, da percepção que se tem da realidade, um pressuposto indispensável para a remoção dos obstáculos à efetivação dos direitos sociais necessária à emancipação de todas as pessoas é a contestação da leitura político-jurídica conservadora que normalmente se faz sobre os mesmos. O que defendemos, portanto, é a necessidade de (re)pensarmos o estatuto dos direitos sociais e as suas garantias a partir de uma perspectiva garantista e democrática<sup>92</sup>.

Garantista na medida em que parte da percepção de que se, tradicionalmente, o direito revela-se, sobretudo, um mecanismo de manutenção do statu quo, resguardando os interesses dos mais fortes, também pode operar, em face do embate social, como instrumento a serviço dos sujeitos mais vulnerabilizados ou debilitados<sup>93</sup>. Se as instituições jurídicas podem ser instrumentos de opressão social (e na maioria das vezes, efetivamente o são), também é certo que, com a democracia e com a fortaleza da cidadania, o direito pode ser uma potencial instituição coletiva de libertação e de contenção do poder e da opressão.

É claro que a existência de uma lógica garantista, por si só,

91. Nesse sentido, v.g., v. Althusser (1998) e Pisarello (2003; 2007).

92. Nesse sentido, buscamos adotar, a seguir, em linhas gerais, uma visão garantista, tributária de Ferrajoli (1990; 2006-a; 2006-b), a partir de uma revitalizada construção constitucionalista social e garantista traçada por autores como Abramovich e Courtis (2002; 2006) e Pisarello (2003; 2007).

93. Essa constatação é válida, sobretudo, no campo do direito do trabalho. Diretamente relacionado ao processo de acumulação capitalista e à luta de classes, esse direito tem a sua gênese numa correlação de forças sociais. Revela-se, sobretudo, um mecanismo de manutenção da força de trabalho, inerente ao sistema capitalista. Embora seja normalmente apresentado na forma de concessão ou dádiva do capital, o direito do trabalho está intrinsecamente relacionado com as exigências do próprio capital para a sua valorização e reprodução. O direito do trabalho, portanto, nem sempre tem como finalidade o atendimento dos interesses dos trabalhadores; ao contrário, muitas vezes segue os caminhos traçados pelo capitalismo. No entanto, num contexto em que o direito do trabalho estabelece um vínculo entre o capital e a força de trabalho, calçado em ações de efetiva intervenção na realidade social, esse, muitas vezes, atua, em face do embate social, no sentido de satisfazer determinadas carências e interesses dos trabalhadores, e não apenas os interesses do capital. Assim, o direito do trabalho se apresenta, desde a sua gênese, útil ao capital, conquanto interesse também aos trabalhadores, por razões opostas: por um lado, faz o capital pequenas concessões que reduzem as tensões sociais, retirando força à luta de classes; por outro lado, consegue o trabalhador limitar, concretamente, a exploração que sobre ele é exercida.

não assegura a automática satisfação dos direitos, sobretudo dos direitos sociais. No entanto, essa lógica viabiliza a articulação de um discurso crítico que foge ao mero empirismo – discurso não apenas político, mas também e, sobretudo, jurídico –, apto a deslegitimar a atuação das forças que, de uma forma ou de outra, bloqueiam a possibilidade de assegurar-se às gerações presentes e futuras a satisfação das suas necessidades básicas: o “mínimo existencial”<sup>94</sup>.

Democrática – substancialmente democrática, ou seja, participativa – na medida em que parte da percepção de que a democracia participativa pressupõe um sistema aberto, nunca acabado, de forma que a questão da garantia dos direitos sociais pode inscrever-se em um processo de constante (re) democratização, tanto no marco institucional como em outras esferas sociais, extrainstitucionais. Não se chega a outro mundo possível através de uma grande tormenta, imaginária e mítica, mas através de experiências renovadas de participação democrática e de inclusão social, concretas e não meramente ilusórias, capazes de encontrar soluções concertadas, coerentes e criativas para os problemas sociais.

Isso implica democratizar radicalmente o acesso à informação a respeito do próprio agir das instituições, cuja legitimidade dos respectivos atos cada vez mais está relacionada à sua eficiência e à sua capacidade de justificá-los racionalmente, em todos os momentos, à cidadania, e, em consequência, viabilizar, de fato, a avaliação sobre a capacidade dessas instituições para dar expressão, pelas vias adequadas, aos diferentes reclamos sociais, começando pelos dos segmentos mais vulnerabilizados<sup>95</sup>.

É necessário expandir a democracia não apenas como sistema político formal, mas como forma de governo que pode permitir, ou deve proporcionar, de fato, a cidadania integral ao impulsionar a participação ativa dos diversos atores sociais e o seu comprometimento com as decisões que dizem respeito à promoção do bem-estar humano, dissociando-o da ideia de crescimento econômico: assim como a pobreza não é um problema exclusivamente econômico, o crescimento econômico, por si só, não promove o bem-estar humano.

Melhores garantias e mais democracia, em síntese, são os elementos centrais à tarefa de (re)construção do estatuto jurí-

94. O *garantismo* a que nos referimos é, sobretudo, *garantismo social*, um conjunto de garantias, em boa parte ainda ausentes ou insuficientes, dirigidas à satisfação dos direitos sociais, identificadas com os limites e vínculos impostos a todos os poderes – públicos e privados, políticos e econômicos –, através dos quais, submetendo-os à lei, tutelam-se os direitos fundamentais. Segundo Ferrajoli (2006-b, p. 32), o *garantismo* contemporâneo, em contraposição à “apelación al garantismo como sistema de límites impuestos exclusivamente a la jurisdicción penal”, diz respeito à “sujeción al derecho de todos los poderes y garantía de los derechos de todos, mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, públicos o privados”, paradigma que “es uno y el mismo que el del actual estado constitucional de derecho”.

95. A concepção deliberativa e participativa da democracia conta com muitos expositores. Apesar de alguns desencontros pontuais e da diversidade de filiações metodológicas, as ideias que sustentamos tem suas origens em reconstruções críticas elaboradas a partir de autores como Habermas (2005) e Santos (2003; 2005-b).

dico e político dos direitos sociais. Sua adequada articulação teórica e prática demonstra-se fundamental, portanto, para a remoção dos tradicionais obstáculos materiais e a superação dos pressupostos ideológicos que explicam a (ainda) debilitada posição dos direitos sociais na maioria dos ordenamentos jurídicos atuais, inclusive o brasileiro, e para a revitalização do papel do direito, do Estado e dos próprios cidadãos na realização efetiva dos direitos humanos fundamentais em geral, e em particular dos direitos sociais.

Para isso, é imperativo (re)pensar os direitos sociais e as suas garantias a partir de uma perspectiva que seja concomitantemente retrospectiva e construtiva de suas possibilidades como categoria histórica e jurídica, como realidade social e como ingrediente da pauta de realização dos direitos humanos fundamentais, pois a efetividade dos direitos sociais segue sendo um desafio para a realização dos direitos humanos fundamentais.

Tudo isso demonstra a necessidade de (re)pensar os direitos sociais e as suas garantias a partir de uma noção de cidadania social<sup>96</sup>. Cidadania que se coloca, aqui, como condição que se alcança quando a pessoa pode gozar dos seus direitos mais elementares, fundamentais mesmo à sua autonomia no seio de uma comunidade, direitos para uma vida decente. Direitos relacionados à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade e ao respeito aos seus modos de criar, de fazer e de viver e às suas formas de expressão. Esse objetivo será plausível se formos capazes de implantar todas as dimensões dos direitos sociais e de integrar os seus conteúdos na teoria e na prática dos direitos humanos fundamentais.

De fato, um dos grandes avanços do constitucionalismo social foi haver dotado os direitos humanos de certa força vinculante, seja incorporando-os às constituições nacionais, como direitos fundamentais, seja conferindo um status especial aos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, para além do complexo debate jurídico sobre as relações entre o direito internacional (direito dos direitos humanos) e o direito constitucional interno (direito dos direitos fundamentais) – monismo e dualismo –, as constituições contemporâneas, no marco do Estado democrático de direito, têm, além de cláusulas que conferem um status especial aos tratados internacionais de direitos humanos<sup>97</sup>, incorporado definitivamente os direitos

96. Ao falarmos de cidadania social, não pretendemos, contudo, desmembrar a categoria “cidadania”, tampouco trataremos do debate sobre as distintas esferas da cidadania, debate que nos parece bastante estéril; pretendemos, apenas, reforçar a ideia do componente social da cidadania democrática.

97. Essa tendência parece começar com a Constituição portuguesa, que, no seu art. 16, estabelece que: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” e que “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Na América Latina, a Constituição peruana de 1979 parece inovar nesse tratamento constitucional dos direitos humanos, seguida pelas constituições da Guatemala (1985) e da Nicarágua (1987). As constituições contemporâneas de outros países, como Argentina, Brasil, Espanha e Venezuela, com maior ou menor

humanos ao virtuoso/eloquente catálogo das garantias constitucionais – ou seja, dos direitos ditos fundamentais: o projeto do Estado democrático de direito, herdeiro do Estado social, passa, necessariamente, por uma concepção da democracia constitucional como um sistema jurídico-político profundamente vinculado, em termos materiais, àqueles direitos que podemos concomitantemente qualificar de humanos/fundamentais<sup>98</sup>. Portanto, na atualidade, são exatamente os direitos humanos – ou melhor, o efetivo respeito aos direitos humanos – os principais referentes utilizados pela comunidade internacional para avaliar a legitimidade de um ordenamento jurídico-político<sup>99</sup>.

Por outro lado, o fundamento da autoridade normativa dos direitos humanos que vêm sendo positivados pelas constituições, e, portanto, também dos direitos fundamentais nelas proclamados, confunde-se com o próprio valor supremo de dignidade humana, nos termos da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>100</sup>.

grau, também adotam essa tendência do constitucionalismo social, de reconhecer, ao menos sob certas condições, um status e uma hierarquia particulares aos tratados de direitos humanos.

98. Em matéria de direitos humanos, tem-se desenvolvido um verdadeiro “direito constitucional internacional” ou um “direito dos direitos humanos”, que exsurge da ampla convergência dinâmica entre o direito constitucional e o direito internacional, que se retroalimentam e auxiliam mutuamente na proteção da dignidade humana. Dessa forma, tendo-se em conta que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas civilizações são uma das fontes reconhecidas do direito internacional (art. 38.1 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), resulta razoável que o próprio direito internacional tenha em conta os avanços do direito constitucional em matéria de direitos humanos para o seu próprio desenvolvimento e vice-versa: a adoção constitucional generalizada de determinadas normas de direitos humanos pode ser considerada como uma expressão do estabelecimento de um princípio geral de direito. O desenvolvimento dos direitos humanos é, assim, dinamizado tanto pelo direito internacional como pelo direito constitucional, devendo o intérprete optar, sempre, em função do princípio de favorabilidade (pro homine), pela norma mais favorável à realização desse valor supremo que é a dignidade humana. Segundo Dulitzky apud Martín, Rodríguez y Guevara (2004, p. 34), a expressão “direito dos direitos humanos” é utilizada por Ayala Corrao, enquanto a expressão “direito constitucional internacional” é utilizada por Flavia Piovesan.

99. Assim, no âmbito do constitucionalismo social contemporâneo, o tratamento especial e privilegiado dos direitos humanos justifica-se a partir de uma profunda afinidade axiológica e normativa entre o direito internacional, que, a partir da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, coloca os direitos humanos no seu próprio ápice, e o direito interno, que coloca de forma correspondente os direitos fundamentais (constitucionais): é natural, portanto, que as constituições contemporâneas enfatizem essa afinidade conferindo em status especial aos instrumentos internacionais proclamadores dos direitos humanos.

100. “Art. 1.º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. A interpretação do conteúdo normativo dos tratados de direitos humanos proclamados depende, assim, de forma decisiva, da dignidade humana dos seres humanos individuais dotados de razão e consciência: é esse o espírito da concepção clássica dos direitos humanos para o liberalismo político (que não se confunde com o liberalismo econômico), que concentra

A fundamentação argumentativa da presumida validade universal dos direitos humanos, para todos os homens, e a conseqüente eleição, pela via constitucional, de determinados direitos como fundamentais aos cidadãos (às pessoas)<sup>101</sup>, tem que poder basear-se em uma ideia axiologicamente adequada de dignidade humana: esta, a dignidade humana, constitui o elemento central para a construção de um fundamento, independentemente da forma jurídica que os veiculem dogmaticamente, para os proclamados direitos humanos fundamentais. Os direitos humanos têm que poder ser positivados axiologicamente como direitos fundamentais do homem; a dignidade humana, fundamento a partir do qual isso acontece, é uma “premissa forte”, ou seja, é uma idealização que está presente em todas as positivções, mas que não se perde nelas. Essa tal ideia de dignidade humana tem que constituir um fundamento normativo universal sólido e irreduzível de todas as declarações concretas de direitos humanos e de todas as constituições dos Estados democráticos de direito.

Caberia perguntarmo-nos se temos, de fato, tal concepção de dignidade humana. Sua definição não parece haver sido alcançada, até o momento, senão de forma negativa e indireta, considerando-se, assim, expressão da dignidade humana justamente uma série de direitos e de expectativas materiais cuja violação concreta representaria, concomitantemente, a violação da dignidade humana<sup>102</sup>. A par desse evidente círculo vicioso, essa definição indireta poderia ser enunciada nos seguintes termos gerais – a dignidade humana consiste, basicamente, naquilo que seria violado:

a) se fossem subtraídos, à pessoa, os bens indispensáveis para a vida e/ou as liberdades mínimas;

b) se é imposta à pessoa profunda e duradoura dor física e/ou

toda a sua relevância na defesa do indivíduo (o cidadão/administrado) contra o Estado e nos direitos de participação política do indivíduo dentro daquele (o Estado).

101. Como já afirmamos, a ideia de *direito fundamental*, em um plano axiológico, concerne às prerrogativas e às instituições que o ordenamento positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Sua *fundamentalidade* decorre do fato de que, sem ele, a pessoa não se realiza, não convive e, em situações mais radicais, sequer sobrevive: são direitos imprescindíveis para a vida digna e, por isso, exigíveis em nome de todos e para todos os cidadãos/administrados – daí deriva a sua ampla correspectividade aos “direitos humanos”.

102. A formação de um catálogo de direitos humanos está, de fato, associada ao catálogo das chamadas “histórias tristes”, ou seja, àquelas experiências coletivas de extremo sofrimento e de exposição do homem a experiências extremamente indignas, sobretudo ao longo do século vinte, pródigo em guerras, ditaduras e genocídios, objeto de sucessivas interpretações morais que constituem a base do chamado “saber moral” negativo (Margalit, 1997, pp. 141 et seq.). Para os que dispõem desse saber, é muito clara a exigência de concretizar a proteção dos direitos humanos para evitar-se que essas experiências repitam-se. É nesse sentido que Habermas (2003, p. 124) afirma que na maioria dos artigos referentes aos direitos humanos retumba o eco de uma injustiça sofrida que passa a ser negada, por assim dizer, palavra por palavra.

psíquica evitável, ou se lhe é negado ou reduzido o próprio status de sujeito de direito.

O núcleo central de tal ideia de dignidade humana, como fundamento universal dos catálogos de direitos humanos particularizados culturalmente, requer, ademais, uma variação em torno das formulações do imperativo moral kantiano<sup>103</sup>: exige-se de qualquer homem que trate a outro da forma como gostaria de ser tratado por este, e não como as circunstâncias conjunturais o indiquem<sup>104</sup>. Os direitos humanos são, portanto, uma questão social e cultural, e não uma questão meramente política ou econômica.

Assim, a questão dos direitos humanos, e com ela da própria dignidade humana, coloca-se como algo parecido a uma “maratona existencial”, de resistência e de afirmação<sup>105</sup>: incumbe a todos e a cada um de nós, sendo indelegável a terceiros – mesmo ao Estado –, sob pena de perda de autonomia, respeito e, mesmo, dignidade. É uma tarefa de todos, independentemente de sua origem, de sua condição social ou de suas convicções. Se tal revolução cultural e mental não ocorre, de pouco ou mesmo de nada serve que um Estado-providência provedor de utopias reedite as atitudes de um déspota esclarecido.

Em síntese, àqueles que ainda não aceitam a ideia da dignidade humana como valor palpável, integrado concretamente ao sistema jurídico, por entendê-la como uma formulação demasiadamente abstrata, devendo apenas fornecer, por isso, uma base para a aplicação de outros princípios fundamentais, como a privacidade, a autodeterminação, a integri-

dade física e mental, etc., deve ser oposto o caráter concreto e autoaplicável da dignidade humana, expresso na vida concreta de cada sujeito particularizado a partir do paradigma da razão comunicativa: a língua é uma condição essencial à existência da possibilidade humana<sup>106</sup>; a partir daí, a vida não é somente o primeiro e fundamental direito a ser protegido pela lei; é, mais, a própria condição primária de possibilidade de quaisquer outros direitos. Desenvolve-se, assim, o conceito de supremacia absoluta da vida humana, vida que, para ser entendida como tal, deve ter absolutamente respeitada sua imanente dignidade.

Esse paradigma impõe pensar a vida sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida desse paradigma é a vida com um conteúdo propriamente material, pois a vida é, sobretudo, vida concreta, biológica<sup>107</sup>. Nesse contexto, o núcleo do princípio da dignidade não supõe apenas garantir a proteção da dignidade humana no sentido de assegurar para a pessoa, de forma genérica e abstrata, um tratamento não degradante, tampouco significa o simples oferecimento de garantias à integridade física ou psíquica do ser humano: nesse ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada de forma prioritária onde quer que se manifeste, e como se manifeste, de modo que sempre terão preferência os direitos e as necessidades de certos grupos sociais considerados, de uma forma ou de outra, mais vulneráveis, e que estão, assim, a exigir uma proteção especial: as crianças e os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas ou mentais, os consumidores, os trabalhadores, os desempregados, os pobres, os migrantes e os membros de minorias étnico-raciais, entre outros<sup>108</sup>.

Está claro que, nessa dimensão, é impossível reduzir a uma fórmula genérica e abstrata a priori tudo aquilo que constitui o núcleo da dignidade humana. Assim, essa discussão sobre o respeito à dignidade humana e à consequente delimitação do seu conteúdo só pode ser levada a cabo no caso concreto, quando se possa perceber uma efetiva agressão à dignidade da pessoa. Nesse contexto, parece-nos claro que a materialidade do princípio da dignidade humana assenta-se sobre o denominado “mínimo existencial”.

Por isso, é necessária a adoção de uma nova visão sobre os direitos sociais, pois a efetividade de quaisquer direitos humanos fundamentais, vinculados à dignidade humana e relacionados à liberdade e à autonomia da pessoa, não é possível sem a garantia, para ela, do mínimo existencial, condicionado econômica, social e culturalmente. Isso implica refutar o processo liberal de banalização – que destituiu, na prática, a autoridade dos direitos humanos fundamentais – e de fragmentação teórica dos direitos humanos fundamentais<sup>109</sup>, repensando esses direitos e as suas garantias, pois a concretização dos chamados direitos sociais não pode ser considerada separadamente da consolidação da própria de-

106. Nesse sentido, v. Habermas (2003).

107. Assim, podemos afirmar que a vida nunca poderá ser reduzida a uma ideia, a uma abstração, dado seu substrato concreto, físico e biológico. Nesse sentido, v. Maturana e Varela (2001).

108. Cf. Moraes (2003, pp. 116-117).

109. Cf. Ferraz Junior (2007, pp. 517 y ss.)

mocracia e dos direitos civis e políticos: a realização da cidadania real, imprescindível para a democracia, requer reformas econômicas, sociais e culturais para a remoção dos obstáculos que a impedem<sup>110</sup>.

De fato, o próprio significado social de “pessoa” está relacionado com as diferentes posições que cada um de nós ocupa – e através das quais atuamos – dentro de cada campo concreto<sup>111</sup>, e essas posições, cujo conjunto constitui a nossa definição social de pessoa, estão definidas dentro de cada campo de tal forma que nos permitem determinadas práticas sociais e nos impedem ou restringem outras<sup>112</sup>. Disso tudo, verifica-se que, dentro de cada campo, as posições não são igualitárias; ao contrário, uma das características mais destacadas desses campos é a distribuição diferente – substancialmente diversificada e estratificada – de certos atributos entre as posições ocupadas pelos indivíduos. É justamente essa distribuição diferente que conforma a base de certas definições sociais diferenciadas das posições; umas em relação às outras, as diferentes posições têm estabelecidas entre si a forma como deveriam relacionar-se reciprocamente: como iguais, em superioridade (uma com mais poder e/ou influência sobre a outra), em inferioridade, ou, mesmo, não poderem, nem deverem relacionar-se<sup>113</sup>.

Migrante, pobre, desempregado, analfabeto, etc. são categorias que determinam a posição das pessoas e, conseqüentemente, estabelecem um tratamento determinado por parte dos demais atores do campo, ao mesmo tempo em que faz com que aqueles que ocupem determinada posição esperem do restante determinado tratamento, em um processo cultural de institucionalização das diferenças, das discriminações e das clivagens econômicas, sociais e culturais como parte de um esquema de reprodução social e de dominação<sup>114</sup>.

Nesse contexto, em relação aos direitos humanos e à dignidade humana, a posição da pessoa como nexos entre a ideia abstrata de pessoa e a nossa práxis em relação ao conjunto de posições deveria refletir um conjunto de direitos – e corresponsáveis deveres implícitos – que decorrem da igual dignidade de todas as pessoas. Mas a existência social das pessoas concretas caracteriza-se, de fato, por uma constante restrição e vulneração desses direitos como resultado das diversas práticas e definições que se estabelecem. Conclui-se, assim, que os direitos abstratos concretizam-se em cada

110. Cf. Dimenstein (2006, pp. 22 y ss.).

111. Cf. Bourdieu (2000, p. 112).

112. Nesse sentido, v. Zambrano (1996).

113. Cf. Torrazza (2006, pp. 27 y ss.).

114. Assim, v.g., nas sociedades atuais, marcadas pelo consumismo capitalista, o poder de consumo vem substituindo progressivamente os direitos fundamentais das pessoas. O próprio ideal de felicidade atualmente está diretamente relacionado com os padrões de consumo de produtos e serviços: a dignidade humana se reduz à (ou é medida pela) capacidade de aquisição de determinados bens, adoção de certo estilo de vida e possibilidade de frequentar determinados espaços. Com a globalização, o mercado, ao garantir as exclusões, tornou-se a mais prolífica e menos controlada “linha de produção” de pessoas excluídas. Como afirma Bauman (2005), em uma sociedade de consumidores, os excluídos são as pessoas carentes de recursos materiais e, portanto, incapazes de consumir.

campo através das práticas resultantes do jogo entre as diferentes posições: a igualdade real deixa de existir, já que cada campo comporta uma distribuição de atributos e bens considerados escassos e que se vertem em verdadeiros privilégios. Para sustentar essa distribuição desigual de atributos e bens, cada campo tem organizados mecanismos reprodutivos que atuam sincrônica e diacronicamente, e que tendem a afetar – e, em geral, a acentuar – essas distintas atribuições de direitos e deveres às posições.

O controle desses mecanismos reprodutivos concentra-se nas posições privilegiadas de cada campo, seja porque aqueles que as ostentam exercem um controle direto desses mecanismos, concretamente, seja porque exercem sobre eles um controle simbólico<sup>115</sup>. Dessa forma, o próprio conceito de sociedade conforma-se a uma estrutura de campos em que as pessoas, através de suas posições (com as suas definições e os seus privilégios), relacionam-se entre si, estabelecem práticas sociais e perpetuam-se diversas clivagens – étnicas, de gênero, de status social ou econômico, etc. – e desiguais distribuições de bens e direitos econômicos, sociais e culturais.

Falar de direitos humanos e, conseqüentemente, de dignidade humana é, portanto, falar de fazer acessíveis os direitos sociais a grupos humanos que habitualmente não têm pleno acesso a esses direitos. Ou seja, trata-se de abrir um caminho novo, verdadeiramente alternativo e real, a uma cidadania não excludente, democrática em seu sentido participativo e devotada para uma práxis autenticamente transformadora da própria sociedade. Para colocá-lo em marcha é necessária grande energia e vontade política, mas também, concomitantemente, é necessária uma grande capacidade técnica para (re)idealizar os conteúdos e as técnicas que nos permitam (re) pensar os direitos sociais, as suas garantias e a própria atuação do Estado democrático de direito<sup>116</sup>.

As instituições jurídicas e o direito podem ser instrumentos de opressão social quando estão apartados da democracia; no entanto, com a democracia participativa e a fortaleza da cidadania, o direito pode desvelar-se uma instituição coletiva de libertação<sup>117</sup>. Evidentemente, não pode haver cidadania significativa sem democracia, tampouco um modelo de democracia pode ser substancialmente democrático sem cidadania real. É necessário, portanto, reconstruir algumas premissas do campo jurídico para um direito posto não apenas como um instrumento de defesa social frente às arbitrariedades, mas também como um instrumento de tutela da própria cidadania real em um contexto inclusivo e de construção permanente

115. Cf. Althusser (1977, pp. 301 et seq.).

116. Nesse sentido, v. Pereira e Dias (2008).

117. Não nos parece difícil perceber que se as normas são criadas pelos próprios interessados em vê-las cumpridas, através da cooperação dos atores sociais fundada no binômio autonomia-solidariedade, sua materialização está muito mais presente na autonomia do que em casos de anomia ou heteronomia – é necessário envolver, pois, todos os participantes na produção, interpretação e aplicação das normas; “de allí la efectividad normativa legítima – y el modelo normativo de acción está, además, asociado a un claro modelo democrático de aprendizaje y de auto-reconocimiento que tiene en cuenta la interiorización de valores” (cf. Habermas, 2001, p. 129).

de um modelo de desenvolvimento mais humano, mais justo e mais democrático, pondo em marcha atos concretos e orientados à plena efetividade dos direitos sociais, por todos os meios possíveis, empregando o máximo de recursos disponíveis.

Uma revisão modernizadora dos direitos humanos fundamentais que recorra à argumentação crítica e à concertação social, conciliando diferentes vertentes, poderia ativar mecanismos de formação de opinião pública críticos e politicamente relevantes, que poderiam atuar em todos os planos, restaurando o ponto inicial de partida dos direitos humanos, que foi o germe do liberalismo político iluminista.

É importante, contudo, ressaltar que o liberalismo econômico e o liberalismo político não coincidem<sup>118</sup>. O cerne moral do liberalismo político permanece na concepção discursiva dos direitos humanos fundamentais: corresponde à obrigação de que todos os processos de autodeterminação coletiva devam ser regulamentados segundo o problema a que se referem, assim como à de que, neles, a liberdade de autodeterminação (autonomia) de cada um deva ser preservada, fortalecida e protegida, para que a autonomia de um não se sobreponha sobre a (em detrimento da) autonomia operacional de outro. O cerne moral do liberalismo econômico, pelo contrário, é a proteção de uma partilha de benefícios “contratados” entre as partes. Mas a regulamentação dos mercados pela noção de eficiência<sup>119</sup> não pode substituir a ideia central do liberalismo político<sup>120</sup>.

118. Sobre a definição de liberalismo político, v. Rawls (1993, pp. 43 et seq.) e Ulrich (1998, pp. 296 et seq.).

119. Na teoria econômica neoclássica, a noção de eficiência, traçada por Pareto, refere-se à eficiência de um sistema, entendendo-se como eficiente o sistema se não há forma de melhorar-se o bem-estar de um indivíduo sem que outro seja afetado no seu próprio bem-estar. Uma distribuição eficiente de recursos, nesse sentido, não é uma distribuição na qual todas as pessoas conseguem aumentar o seu bem-estar, ou na qual os recursos são oferecidos preferencialmente às pessoas que deles mais necessitam, mas uma distribuição na qual ninguém consegue aumentar seu próprio nível de bem-estar sem reduzir concomitantemente o nível de bem-estar de alguma outra pessoa. A ideia de eficiência do sistema está relacionada com o conceito de elite, definida e constituída, por sua vez, pelos “melhores elementos” da sociedade. Trata-se de uma teoria que influenciou profundamente o fascismo italiano e que, paradoxalmente, continua presente no cerne do pensamento econômico conservador atual. Para uma melhor compreensão da noção de eficiência nesse contexto, v. Pareto (1988) e Alvarez (2007).

120. Como afirma Thurow (1996), democracia e capitalismo partem de crenças muito distintas sobre a adequada distribuição do poder. A primeira funda-se na distribuição equitativa do poder político, “um homem, um voto”, enquanto o capitalismo se funda na crença de que é dever dos economicamente mais aptos expulsar aos não aptos do negócio (concorrência) e eliminá-los. A “sobrevivência do mais apto” e as desigualdades no poder de compra são a base da eficiência capitalis-

A forma universal dos direitos humanos, e sua fundamentação nos ordenamentos particulares, corresponde à exigência de uma ordem mundial na qual todos os homens possam realmente desfrutar de todos os seus direitos humanos e fundamentais. O processo de especificação e reclamo de conteúdos particulares para a forma universal dos direitos humanos é um processo empírico e coletivo de aprendizagem moral e política. Sua dinâmica processual tem que corresponder às normas definidas – ou definíveis – de um discurso argumentativo negocial sobre normas morais controversas, ao menos para que as convenções obtidas na comunidade real particular de comunicação e argumentação possam ser enunciadas e apresentadas como válidas para todos os homens<sup>121</sup>.

Instrumentalmente, portanto, os direitos de informação, comunicação e argumentação são direitos de extrema relevância porque todos os demais direitos pactuados dependem de três fatores: a) que cada homem queira ter uma ideia correta de como os outros homens querem e/ou necessitam viver; b) que todos possamos comparar essas ideias de modo mais ou menos equivalente; e c) que nos coloquemos de acordo sobre tais questões na sua raiz, e não nos limites que os mais poderosos tenham decidido fixar.

Para que possamos comparar tais ideias equivalentes no quadro das diversidades e nos colocarmos de acordo ao seu respeito, não há necessidade de um modelo de racionalidade particularmente ambicioso ou especializado, e por isso mesmo talvez culturalmente relativo. Para esse fim basta a racionalidade que se emprega habitualmente para estabelecer um diálogo e para oferecer e ponderar argumentos: a razão argumentativa<sup>122</sup>.

A articulação de todos os processos possíveis de autodeterminação coletiva sobre um problema de referência, em que é preservada, fortalecida e protegida a autonomia de cada um, sem que a autonomia operacional de um venha a ser sacrificada em benefício da autonomia de outro, é o que os direitos humanos têm em comum com o liberalismo político – e o que eles têm a ver com os direitos sociais. Portanto, não só pouco, mas, na realidade, nada teriam a ver com o liberalismo econômico.

Direitos humanos fundamentais – civis, políticos e sociais – devem ser um problema universal, não só abstrato, intelectual, mas generalizado no desenho de todos os segmentos da sociedade. Deve ser exigida generalização e universalidade para todos os direitos humanos fundamentais – civis, políticos e sociais. Generalização no sentido de que esses direitos são

ta. Assim, as empresas se tornam eficientes para enriquecer. Por isso, atualmente, quanto mais se desenvolvem os mercados, mais parece vulnerável a igualdade entre os homens.

121. Um exemplo de uma comunidade complexa desse tipo foi a conferência da Organização das Nações Unidas em Viena, em 1993, sobre direitos humanos. Nela, representantes de Estados, comissários de diferentes organizações civis não governamentais e militantes de direitos humanos formaram uma comunidade de argumentação e comunicação claramente orientada pela busca de concretização dos conteúdos que dariam eficácia às normas universais que os direitos humanos supostamente são.

122. Nesse sentido, v. Apel e Kettner (1996).

para todos e por todos; universalidade no sentido do componente metafísico da concepção da pessoa humana, independentemente de etnia, religião, preferências sexuais, cultura ou gênero<sup>123</sup>. Não parece existir nenhuma razão para que contínuemos insistindo na separação e na distinção dos homens, classificando-os e hierarquizando-os.

Assim, os direitos sociais, direitos que sustentam o conceito de mínimo existencial, não podem deixar de ser concretizados sem que se viole profundamente esse valor supremo que é a dignidade humana. Os direitos sociais foram sucessivamente constitucionalizados no século vinte, sendo, assim, sucessivamente proclamados como direitos fundamentais, deixando-se para trás os limites do Estado Liberal e as suas arcaicas formulações. As contradições entre os princípios do Estado Liberal e os do Estado Social foram superadas pelo Estado democrático de direito, que se vincula a uma concepção material (e não meramente processual) de democracia como participação também em resultados, o que exige, para os direitos sociais fundamentais dos cidadãos (das pessoas), uma configuração jurídico-política e uma interpretação coerentes com esses supremos princípios democráticos.

O Estado de direito corresponde à institucionalização jurídico-política da democracia, sendo a sua razão de ser a proteção e a efetiva realização dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais<sup>124</sup>. O fundamento de validade da democracia pluralista radica na autonomia moral do ser humano como fim em si mesmo, participante em um duplo sentido na constituição do próprio sistema, através da formação da lei (participação nas deliberações) e através da participação nos resultados sociais. Tais direitos, contudo, não presumem que os seres humanos são seres autônomos, livres e iguais, mas predicam que os homens devam sê-lo e que para isso são necessários contextos institucionais adequados que o façam possível: os direitos fundamentais seriam, assim, os instrumentos adequados para isso. Nessas condições, os direitos fundamentais são o fundamento de legitimidade tanto de uma teoria da justiça quanto de uma teoria da autoridade.

Sustentar que os direitos fundamentais são um critério de legitimidade com projeção tanto na teoria da justiça quanto na teoria da autoridade tem, evidentemente, implicações na relação, às vezes (aparentemente) contraditória, entre direitos fundamentais e democracia em contextos constitucionais<sup>125</sup>. Evidentemente, o constitucionalismo impõe limites sobre o princípio majoritário em dois âmbitos especialmente, ao considerar os direitos fundamentais como um âmbito protegido frente ao legislador ordinário e ao administrador de turno e ao atribuir o controle de constitucionalidade a um órgão cuja justificação não é coincidente com a legitimidade democrática primária (ou seja, com a regra de maioria): o Judiciário. Nesse debate convém, contudo, não perder o horizonte e tomar consciência das distâncias entre o ideal democrático e a realidade constitucional de cada momento; daí que esta exija recorrer a uma série de ficções funcionais para manter o equi-

123. Cf. Said (1993, pp. 383 et seq.).

124. Nesse sentido, v. Díaz (1966) e Peces-Barba (2004, pp. 92 et seq.).

125. Alexy (2003, pp. 31-47) assinala a dupla natureza da relação de democracia-direitos humanos.

líbrio entre a Constituição e a democracia, entre o fundamento democrático do poder político e a limitação deste pelos direitos fundamentais<sup>126</sup>.

Nesse contexto, onde os direitos fundamentais são, antes de tudo, condição necessária para que o seu titular possa desenvolver-se como agente moral em um contexto dado, e concomitante fundamento de legitimidade dos sistemas jurídicos, as normas são legítimas porque são necessárias para o desenvolvimento da autonomia individual, e, portanto, a competência normativa é legítima se – e somente se – deriva do exercício da autonomia pelos destinatários das normas (ou seja, do consentimento social), e as normas são justas se – e somente se – têm como conteúdo a proteção e a promoção dessa mesma autonomia<sup>127</sup>. E, nesse sentido, essas normas devem estar adstritas às condições constitutivas de uma prática de formação discursivo-pública da opinião e da vontade<sup>128</sup>; por isso, formam parte da própria estrutura constitutiva da práxis democrática e, concomitantemente, a sua configuração jurídica resta confiada aos resultados do exercício da mesma.

A partir disso, o modelo constitucional ideal atribui ao procedimento democrático maior valor moral que a qualquer outro<sup>129</sup>, pois, em linha de princípios, este é a expressão do direito à igualdade moral como direito à participação em pé de igualdade na tomada de decisões públicas, corolário da ideia de que todos somos merecedores de igual consideração e respeito, não só como indivíduos, mas também como cidadãos<sup>130</sup>. O modelo constitucional, por outro lado, conta, em seu âmago, com uma gama de submodalidades que vão desde a maior rigidez do mesmo até formas de composição mais flexíveis. A justificação institucional de cada uma dessas submodalidades depende da forma com que se combinam ou equilibram o valor intrínseco do procedimento democrático e o seu valor instrumental: a maior ou menor probabilidade de alcançar resultados justos<sup>131</sup>. Em termos absolutamente gerais, podemos afirmar que as respostas encontram-se em dois terrenos, no dos direitos fundamentais e no do controle de constitucionalidade. Mas não se tratam de distintas questões, com distintos alcances e pressupostos. Se, como sustentamos, a legitimidade das normas deriva de serem essas normas o resultado da autonomia moral em condições de igualdade, e se as normas são legítimas se protegem e promovem essa mesma autonomia, os direitos impõem limites ao legislador – e também ao administrador – e atuam como uma espécie de precompromisso no âmbito da deliberação<sup>132</sup>: a base da tomada de decisões deveria, portanto, assemelhar-se cada vez mais à democracia participativa real de pessoas e grupos.

A exigência de constitucionalização dos direitos está vincu-

126. Cf. Prieto (2003, pp. 144-5).

127. Cf. Hierro (2000, p. 359).

128. Nesse sentido, v. Habermas (2005, p. 188) e Pisarello (2000, p. 39).

129. Nesse sentido, v. Díaz (1984).

130. Cf. Bayón (2005, p. 123).

131. Cf. Bayón (2005, p. 128).

132. Nesse sentido, v. Moreso (2000).

lada à especial posição que ocupam os direitos fundamentais no Estado constitucional<sup>133</sup>, que se manifesta em um reforço de suas garantias ou de sua resistência jurídica frente a eventuais lesões originadas da práxis dos poderes públicos – e também das relações entre particulares. As dúvidas sobre a constitucionalização das políticas públicas sociais têm que ser resolvidas atentando-se para o conteúdo constitucionalmente material do ordenamento e deixando-se ao administrador uma margem para que atue.

Nesse sentido, argumenta-se que a inatividade é inconstitucional; ou seja, que o administrador pode determinar como quer concretizar um direito, dentro da margem de discricionariedade que lhe é dada pelo próprio ordenamento, mas “quando” concretizá-lo não pode permanecer sob a sua discricionariedade. Estaria proibida, portanto, não só a inatividade, mas também a desatenção ao fim – ao programa traçado pela Constituição – por parte dos órgãos do Estado. Ou seja, o administrador público não pode considerar-se desvinculado dos fins constitucionalmente delineados, nem da necessidade de concretizar tais fins. Daí que o administrador público está obrigado a tomar medidas razoáveis em um prazo razoável e a garantir, ao menos, um conteúdo mínimo essencial de todos os direitos fundamentais; assim, além de um dever de progressividade, impõe-se o princípio de não regressividade ou de proibição do retrocesso social, que proíbe à administração pública a supressão daquelas medidas que já tenham sido adotadas para a promoção dos direitos fundamentais: a proibição de suprimir medidas que tendam a realizar o fim constitucionalmente prescrito<sup>134</sup>. O governo assume compromissos prestacionais pelo fato de não poder atuar contra os seus próprios atos (*venire contra factum proprium non valet*), tampouco contra os direitos fundamentais.

Precisamente no Estado democrático de direito, tanto os direitos sociais como os demais direitos fundamentais desempenham um papel extremamente relevante no equilíbrio das posições dos sujeitos implicados no complexo processo de decisão da política em um sistema pluralista<sup>135</sup>. A continuidade axiológica e estrutural de todos os direitos fundamentais põe em evidência que os direitos sociais não são apenas plenamente compatíveis com a democracia, mas constituem um componente essencial dos valores fundamentais da mesma, ancorados na dignidade humana, não havendo, portanto, razões legítimas para a postergação dos direitos sociais. Ao contrário, as exigências morais que estes incorporam são tão fortes que têm a legítima pretensão de serem reconhecidos como direitos subjetivos diante dos poderes públicos e privados, pois o que faz de algo um direito fundamental são as razões especialmente fortes para que esse algo seja juridicamente protegido com especial zelo pelo próprio instrumento que consubstancia o pacto social instituinte – a Constituição.

Isso implica refutar, como já expomos, a limitação e/ou postergação de direitos sociais como consequência da incidência de uma *lex mercatoria* sobre a política e sobre o direito, limitação e/ou postergação que é paralela à que acontece

em relação aos direitos de efetiva participação, provocando o incremento das desigualdades econômicas, sociais e culturais, a exclusão de certos segmentos da participação nos resultados sociais e a erosão de garantias. E é, talvez, na questão da imigração que se encontrem os maiores desafios à concretização dos direitos humanos/fundamentais em geral e dos direitos sociais em particular.

Assim, a afirmação de que a imigração constitui, no século XXI, a principal fronteira dos direitos humanos convida à reflexão e sugere duas ideias: a primeira, de que a imigração está pondo à prova a capacidade do mundo de universalizar os direitos humanos; a segunda, de que a imigração está desvelando a face dupla com que atuam os países centrais, generosos quando se trata de plasmar declarações internacionais de direitos humanos, mesquinhos na hora de fazer efetivos esses mesmos direitos dentro dos seus próprios territórios. Com pouquíssimas exceções, as políticas de imigração dos países centrais estão sendo construídas de cima para baixo e tendem a funcionar como políticas repressivas e excludentes, com práticas que priorizam o controle de fronteiras sobre a integração dos imigrantes<sup>136</sup>.

Assim, nesses países, conquanto desfrute de certa proteção social, o estrangeiro legalmente admitido costuma ser acolhido com os braços fechados, o que resulta em uma integração incompleta e de má qualidade. A situação dos estrangeiros irregulares, por outro lado, é muito mais problemática. Além disso, ao longo dos últimos anos, os estrangeiros sempre foram responsabilizados, de alguma forma, nos países centrais, pelo desemprego, pela crise do Estado, pelo crescimento da insegurança pública e da violência nas grandes cidades, etc. Com escassas exceções, partidos nacionalistas têm fomentado, nos países centrais, ideologias xenófobas que têm encontrado eco em parcelas consideráveis do eleitorado<sup>137</sup>.

De fato, o fenômeno da imigração passou a ocupar, a partir dos últimos anos do século XX, um lugar central nos debates políticos nas sociedades capitalistas centrais, desvelando-se uma convergência cada vez mais intensa entre as políticas de imigração e de nacionalidade e as políticas econômicas, equação cada vez mais impactada pelo inexorável processo de globalização. As políticas de imigração e de nacionalidade têm, pois, uma relação que pode ser descrita como dialética e cada vez mais intensa com as políticas econômicas, como se pode verificar a partir da história recente do desenvolvimento dos fluxos migratórios e, em especial, a partir das restrições impostas às imigrações pelos países centrais desde as três últimas décadas do século XX, com as crises dos paradigmas que haviam garantido a bonança do crescimento econômico nos anos do pós-guerra.

Nesse contexto, a situação atual das políticas migratórias é o resultado de vários fatores, entre os quais se destaca o notável aumento da pressão migratória sobre os países centrais. As correntes migratórias atuais obedecem a um desnível e tendem a nivelar, mas não se trata apenas de um desnível demográfico: há uma clara correspondência entre as situações

econômicas e políticas imperantes nos Estados e as correntes migratórias. Atualmente, estamos diante de um processo que está reestruturando as sociedades em escala planetária e as migrações internacionais são componentes desse processo de globalização e de reestruturação do sistema mundial.

O crescente fluxo de imigrantes lançou uma série de desafios para os países centrais, inclusive quanto à questão da imigração ilegal, à forma de integração dos imigrantes às sociedades nacionais e à provisão de direitos e garantias individuais e sociais. Entretanto, por outro lado, os imigrantes enfrentam o desafio de integrar-se a uma sociedade que muitas vezes reage com suspeita e hostilidade diante da sua chegada. Por não serem cidadãos nacionais, gozam de menos direitos do que a população nativa, sendo frequentemente explorados e discriminados, inclusive na esfera trabalhista: exclusões ou preferências segundo o tipo de emprego que podem ou não podem ocupar, desigualdades salariais, proibição do exercício de atividades sindicais, etc. Quanto aos irregulares, frequentemente são detidos e deportados em condições que violam as normas mais elementares de direitos humanos.

A clandestinidade, por sua vez, acentua ainda mais a vulnerabilidade dos imigrantes, gerando maior insegurança quanto a seu estatuto, dependência total em relação ao empregador, submissão à arbitrariedade das autoridades e falta de procedimentos de recurso: os imigrantes irregulares ficam, assim, mais vulneráveis à exploração em todos os níveis e fundamentalmente à exploração laboral. Os estrangeiros irregulares, mesmo quando são vítimas, são considerados culpados pela sua situação. A migração, sobretudo a fuga da pobreza, hoje, como outrora, é um componente intrínseco de sobre-exploração<sup>138</sup>.

A verdade é que, para além da fronteira, o debate deveria centrar-se atualmente na integração dos imigrantes e no conceito contemporâneo de cidadania, tendo por base o respeito mútuo, a primazia dos direitos humanos e o reconhecimento da riqueza cultural transportada. De fato, a delimitação da fronteira entre os direitos dos nacionais e os direitos dos estrangeiros está subordinada, desde o século XVIII, a dois acontecimentos: a ligação entre o Estado, a nação e o povo, concretizada na ideia de cidadania, e a difusão, a partir da Revolução Francesa, da crença na existência dos direitos humanos, comuns a todas as pessoas e inalienáveis. As questões envolvidas aqui são: qual a diferença entre os direitos do homem e os direitos do cidadão, frequentemente citados como equivalentes nos países centrais, e qual a possibilidade de um estrangeiro adquirir os direitos de cidadão? Obviamente, essas duas questões não se condensam ao código de nacionalidade, nem às leis de imigração.

É óbvio que a integração dos imigrantes nas sociedades de acolhida é um processo complexo e multifacetário. A expressão “integração” é usada, aqui, como o processo de ajustamento e adaptação recíproca entre imigrantes e a sociedade de acolhida, pelo qual, com o passar do tempo, os imigrantes e a população dos territórios de chegada formam um todo

integrado, processo com grande diversidade de intervenientes: imigrantes, governos, instituições e comunidades locais. Do mesmo modo, as formas de inserção dos imigrantes nas sociedades receptoras são processos dinâmicos, em permanente mudança, resultantes de influências bastante diversas ao nível da macroestrutura econômica, social, política e institucional dos países de destino no momento da migração e das especificidades dos contextos locais dos territórios onde se fixam os estrangeiros. Daí resulta que as formas de incorporação dos imigrantes nas sociedades de acolhida são bastante mais complexas e matizadas do que a simples oposição entre regimes nacionais de assimilação e de multiculturalidade poderia fazer crer. A intervenção do sistema político local e dos preconceitos da sociedade relativamente aos imigrantes e minorias étnicas, raciais ou religiosas são fatores decisivos para o maior ou menor êxito da integração. Sem a aceitação da sociedade de acolhida, as políticas de integração podem ser bloqueadas. Assim, por exemplo, os Estados Unidos, um dos maiores receptores de imigrantes no mundo, possui uma política de assimilação, fenômeno conhecido como *melting pot*, e em geral cabem aos imigrantes os trabalhos pesados, perigosos, sujos e indesejados, com jornadas de trabalho sem limites.

A história das migrações internacionais demonstrou diferenças substanciais nas atitudes e formas de acolhida da população nativa, relativamente a imigrantes provenientes de determinadas origens geográficas, ou com características raciais, sociais ou culturais particulares. Assim, enquanto alguns são recebidos de braços abertos, outros passam despercebidos, e a chegada de outros é objeto de forte negação por parte da sociedade receptora. A conjuntura econômica no momento da chegada, sobretudo a estrutura do mercado de trabalho, constitui também uma condicionante importante das estratégias de integração dos imigrantes.

A influência dos líderes de opinião e de meios de comunicação social tem aqui um papel de grande relevo, na medida em que contribuem para reforçar ou afrouxar as imagens coletivas estereotipadas de algumas comunidades, dado que uma grande parte dos habitantes das regiões receptoras revela um grande desconhecimento da dimensão e dos impactos da imigração. Os processos geradores de marginalização e exclusão social e espacial não são causados por características específicas dos indivíduos, variam de lugar para lugar. É por isso que as políticas urbanas e a participação ativa das organizações não governamentais na vida da cidade têm um papel fundamental na prevenção dos mecanismos que conduzem a situações de exclusão, não só de alguns grupos de imigrantes e de minorias étnicas, mas também de outros grupos de risco. Importa também destacar o esforço feito no sentido do reconhecimento do papel ativo das associações de imigrantes na formulação e execução de determinadas ações políticas, bem como no desenvolvimento de parcerias<sup>139</sup>.

Em síntese, é necessário diminuir o sentimento anti-estrangeiro e a desconfiança com relação à formação das novas comunidades e seus efeitos sobre a soberania dos países.

133. Cf. Prieto (2003, pp. 230 et seq.).

134. Sobre esse princípio, v. Courtis (2006).

135. Cf. Baldassarre (2001, p. 73).

136. Nesse sentido, v. Appleyard (1989).

137. Nesse sentido, v. Balibar (1992).

138. Cf. Fonseca (2003).

139. Nesse sentido, v. Sayad (1998) e Stalker (2000).

Quando se está em dúvida sobre a sua própria identidade, qualquer signo de estranheza na sociedade é percebido como uma ameaça, e é essa “ameaça” que permite o ressurgimento de ideologias como o tradicionalismo e a xenofobia.

Como já afirmamos, é necessária a adoção de uma nova visão sobre os direitos sociais, pois a efetividade de quaisquer direitos humanos fundamentais, vinculados à dignidade humana e relacionados à liberdade e à autonomia da pessoa, não é possível sem a garantia, para ela, do mínimo existencial, condicionado econômica, social e culturalmente. Isso implica refutar o processo liberal de banalização – que destituiu, na prática, a autoridade dos direitos humanos fundamentais – e de fragmentação teórica dos direitos humanos fundamentais, repensando esses direitos e as suas garantias, pois a concretização dos chamados direitos sociais não pode ser considerada separadamente da consolidação da própria democracia e dos direitos civis e políticos: a realização da cidadania real, imprescindível para a democracia, requer reformas econômicas, sociais e culturais para a remoção dos obstáculos que a impedem.

Mas, sobretudo, essa efetividade dos direitos humanos/fundamentais reclama, além disso, uma reforma nas mentalidades, um reconhecimento do “outro”, da sua humanidade, das suas formas de expressão e dos seus modos de criar, fazer e viver. A superação de um tipo de violência presente no estranhamento, na discriminação, na injustiça social e em outras circunstâncias que os apoiam, ou seja, a superação inclusive das formas mais ou menos ocultas da violência quotidiana, da violência dos sistemas (a pobreza, a dependência, a fome, etc.) e das suas respectivas interações, onde os distintos grupos sociais, sobretudo aqueles segmentos mais vulnerabilizados, não sejam “postos em seu devido lugar” em uma pretendida segregação, que tenham a possibilidade e a capacidade de participar e de conviver nos mesmos lugares de diálogo que os demais grupos, o que significa, sobretudo, uma diferença no reconhecimento da diferença: não se pretende estabelecer para os outros, arbitrariamente, aquilo que se julga bom para eles, mas estabelecer para todos, em prol de todos, através de um amplo processo de concertação social, o que é bom para todos. Essa profunda convergência dinâmica entre o direito constitucional e o direito internacional no âmbito da proteção da dignidade humana, a ética e a nossa práxis, na prática, não podem subsistir uns sem os outros.

Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. \_\_\_\_\_. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. Los derechos sociales en el debate democrático. Madrid: Bomarzo, 2006.

ALTHUSSER, L. Aparelhos ideológicos de estado. 7.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

ANDERSSON, J. Investment or cost? The role of the metaphor of productive social policies in welfare state formation in Europe and the US: 1850-2000. World Congress in Historical Sciences. Sydney: [s.n.], 2005.

ANSUATEGUI, F. J. Poder, ordenamiento jurídico y derechos. Madrid: Dykinson, 1997.

APPLEYARD, R. (Org.). The impact of international migration on developing countries. Paris: OCDE, 1989.

BALDASARRE, A. Los derechos sociales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BALIBAR, É. Les frontières de la démocratie. Paris: La Découverte, 1992.

BARCELLOS, A. P. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAYÓN, J. C. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: BAYÓN, J. C. et al. Constitución y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BOROWSKI, M. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOURDIEU, P. Cuestiones de sociología. Madrid: Istmo, 2000.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Sinopse do censo demográfico 2010. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2011.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. I relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2001.

\_\_\_\_\_. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. II relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2006.

BUCCI, M. P. D. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, M. P. D. et al. Direitos humanos e políticas públicas. São Paulo: Pólis, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Políticas públicas e direito administrativo. Revista de Informação Legislativa, n. 133, Brasília, jan/mar 1997.

CANOTILHO, J. J. G. Metodología “Fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos y Libertades, n. 6, Madrid, 1998.

CARBONELL, M.; PARCERO, J. A. C.; VÁZQUEZ, R. (Org.). Derechos sociales y derechos de las minorías. 2.ed. México: Porruá-UNAM, 2001.

CARIÁS, A. B. Política, estado y administración pública. Caracas: Ateneo, 1979.

COURTIS, C. (Org.). Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: CELS, 2006.

CRUZ, A. R. S. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DÍAZ, E. De la maldad estatal y la soberanía popular. Madrid: Debate, 1984.

DIMENSTEIN, G. Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil. São Paulo: Schwarcz, 2006.

ESPING-ANDERSEN, G. The three worlds of welfare capitalism. Princeton: Princeton University, 1998.

FERRAJOLI, L. Diritto e ragione. Roma: Laterza, 1990.

\_\_\_\_\_. Garantismo: una discusión sobre democracia y derecho. Madrid: Trotta, 2006-a.

\_\_\_\_\_. Sobre los derechos fundamentales y sus garantías. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006-b.

FERRAJOLI, L. et al. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JUNIOR, T. S. Direito constitucional. São Paulo: Maleno, 2007.

FONSECA, M. L. Integração dos Imigrantes: estratégias e protagonistas. I Congresso de Imigração em Portugal: Diversidade, Cidadania e Integração. Universidade de Lisboa, 2003. In: <http://www.ceg.ul.pt/mcm/ICongressoLF.htm>

FRASER, N. Justice Interruptus. Critical reflections on the “postsocialist” condition. New York: Routledge, 1997.

GIDDENS, A. Sociology. Oxford: Polity, 1990.

HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de

Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 4.ed. Madrid: Trotta, 2005.

HIERRO, L. ¿Qué derechos tenemos? Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 23, Madrid, 2000.

IBÁÑEZ, P. A. Corrupción y Estado de derecho. Madrid: Trotta, 1996.

KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: \_\_\_\_\_. Crítica da razão pura e outros textos. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KLIKSBERG, B. O desafio da exclusão: para uma gestão social eficiente. São Paulo: FUNDAP, 1997.

LUÑO, A. P. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MARGALIT, A. Politik der Würde: über Achtung und Verachtung. Berlin: Fischer, 1997.

MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. Citizenship and social class, and other essays. Cambridge: Cambridge University, 1992.

MARTÍN, C. C. Teoría constitucional de la solidaridad. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MARTIN, C.; RODRÍGUEZ, D.; GUEVARA, J. Derecho internacional de los derechos humanos. México: Fontamara, 2004.

MARTÍNEZ, G. P.-B. Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

MATURANA, H.; VARELA, F. A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MIRAVET, P. El ingreso ciudadano. In: ABRAMOVICH, V.; AÑON, M. J.; COURTIS, C. (Org.). Derechos sociales: instrucciones de uso. México: Fontamara, 2003.

MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORESO, J. J. Sobre el alcance del precompromiso. Discusiones, n. 1, Bahía Blanca, 2000.

PECES-BARBA, G. Lecciones de derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2005.

PIOVESAN, F. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. In: GOMES, E. B.; REIS, T. H. (Org.). O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais. São Paulo: Lex, 2007.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PISARELLO, G. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, C. (Org.). Derechos sociales: instrucciones de uso. México: Fontamara, 2003.

\_\_\_\_\_. Las afinidades constitucionales de Habermas. Jueces para la Democracia, n. 39, Madrid, 2000.

\_\_\_\_\_. Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta, 2007.

POLANYI, C. La gran transformación: crítica del liberalismo económico. Madrid: La Piqueta, 1998.

PRIETO, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2003.

PULIDO, C. B. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria. Discusiones, n. 4, Bahía Blanca, 2004.

RAWLS, J. A theory of justice. Oxford: Oxford University, 1980.

SANTOS, B. S. La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

\_\_\_\_\_. Os processos da globalização. In: \_\_\_\_\_ (Org.). A globalização e as ciências sociais. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005-a.

\_\_\_\_\_. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 10.ed. São Paulo: Cortez, 2005-b.

SAYAD, A. A imigração: ou os paradoxos da alteridade. São Paulo: EDUSP, 1998.

SCHEININ, M. Direct applicability of economic, social and cultural rights: a critique of the doctrine of self-executing treaties. In: \_\_\_\_\_. Social rights as human rights: a european challenge. Åbo: Åbo Akademi University, 1994.

STALKER, P. Workers without frontiers: the impact of globalization on international migration. Genebra: OIT, 2000.

SUPIOT, A. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

THOMÉ, C. F. O princípio da igualdade em gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores. São Paulo: LTr, 2012.

TOCQUEVILLE, A. A emancipação dos escravos. Campinas: Papirus, 1994.

VILLORO, L. Aproximaciones a una ética de la cultura. In: OLVÉ, L. (coord.). Ética y diversidad cultural. México: UNAM-FCE, 1993.

VUOLO, R. et al. La pobreza... de la política contra la pobreza. Buenos Aires: CIEPP, 2004.

ZAMBRANO, M. Filosofía y poesía. México: FCE, 1996.

\_\_\_\_\_. Pensamiento y poesía en la vida española. México: FCE, 2008.

CESAR ARESE

Poder Judicial Córdoba, Fuero Del Trabajo.  
Juez de Cámara Córdoba.  
Professor regular Universidad Nacional de Córdoba.  
Doctor em Derecho y Cs. Soc. Por la UNC.

## EL ACCESO A TUTELA JUDICIAL EFECTIVA LABORAL

Para la elaboración del presente trabajo, se pidieron informes a los siguientes expertos: Bernardino Cano Radil (Paraguay), Manoel Toledo (Brasil), Alejandro Castelo (Uruguay), Elsa Barrientos (Chile); Mario Cosmópolis (2013), Jesús Silva y Miguel Mendiburum (Perú); Iván Campero (Bolivia); Billy Escobar (Colombia), Flor Espinosa (Ecuador), Alberto Levi (Italia), Guillermo Barrios Baudor (España), Juan Formaro (Provincia de Buenos Aires); Raúl Ojeda (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Martín Zangrandi (Mendoza), Diego Boglione (Rosario), Marta Felperín (Santa Fe) y Ariel Muñoz (Córdoba). Profundo agradecimiento por su colaboración.

**ABSTRACT:** A partir del concepto de Derecho acceso a tutela judicial efectiva laboral y del "Informe Barbagelata" de 2002, se indaga, comparativa y sintéticamente, la evolución y celeridad estimativa de los sistemas procesales laborales sudamericanos y dos países europeos. A la constatación sumaria de subsisten graves déficit en la materia, se le responde con la propuesta de adopción de una administración laboral efectiva, "Proceso Electrónico Laboral" y de una Reforma Laboral Judicial amplia y profunda. Se concluye informando las bases para esos cambios y la directa incidencia sobre la garantía esencial en juego.

**SUMÁRIO:** I. El derecho a tutela judicial efectiva laboral. II. Fuentes normativas. III. Las reformas procesal laborales. A. Brasil. B. Venezuela. C. Paraguay. D. Perú. E. Uruguay. F. Chile. G. Bolivia. H. Colombia. I. Ecuador. J. Argentina. K. España. L. Italia. IV. De las fuentes materiales a los conflictos. V. Incremento de litigios. VI. Bases para la Reforma Laboral Procesal. A. Administración de trabajo. B. El Proceso Electrónico Laboral (PEL). C. Sistema orgánico y procesal laboral efectivo. VII. Conclusiones.

### 1. El Derecho a Tutela Judicial Efectiva Laboral

El derecho de acceso a tutela judicial efectiva apareció originalmente como una garantía fundamental en los procesos penales. En ese orden, se constituye en una de los derechos que han sido considerados integrantes del jus cogens, es decir, integrativo del orden público internacional, por su amplia aceptación universal positiva y doctrinaria. Su contenido comprende la abolición de la tortura, la desaparición forzada de personas, las ejecuciones sumarias y extra-legales y otras prácticas naturalmente denegatorias de la tutela judicial. Es una garantía del hombre como tal, sin importar nacionalidad y, por lo tanto, como es natural, comprende también a los trabajadores en su vinculación contractual dependiente.

Este derecho humano se extiende al acceso a un juez imparcial, la publicidad de los procesos, la asistencia letrada o asesoramiento técnico, la inexistencia de dilaciones indebidas o plazo razonable en los procesos, la posibilidad de in-

corporación de prueba, su aseguramiento, la ejecución de las resoluciones y un proceso laboral sin demora excesiva. El concepto llega al derecho a la tutela administrativa efectiva como integrativo del mismo rango de protección jurídica<sup>140</sup>.

El acceso libre e inclusive protegido a la justicia, así como la efectividad del derecho, esto es, que no quede desvirtuado por los vaivenes, restricciones y demoras del proceso, hace a la existencia misma y efectividad del derecho de fondo. Entre los mecanismos o técnicas destinadas a garantizar la acción judicial en lo social, se encuentra la obligación de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita, evitar los costos del proceso y las facilidades para acceder al servicio de justicia<sup>141</sup>.

La incorporación del trabajador a una estructura empresarial cuya organización, regulación y control ejerce el principal en la vinculación, obligan a atender especialmente la posibilidad de que pueda ejercer el amparo de sus derechos negados, vulnerados o alterados de manera eficaz. Si bien los derechos de fondo aparecen reconocidos por la legislación, pueden resultar limitados por la imposibilidad de acceder a la tutela procesal adjetiva, plena, oportuna y eficaz. El reconocimiento y ejecución de derechos laborales, es tan clave como la existencia misma del derecho.

Una primera hipótesis sobre el tema es que si existen reconocimiento de derechos humanos, debe haber una acción idónea para protegerlos. Un paralelismo entre las garantías penales integrativas del jus cogens general y las garantías ligadas a los derechos humanos laborales reconocidos en diversos de instrumentos universales, interamericanos y constitucionales, permite pensar lo siguiente: el derecho de acceso a tutela judicial efectiva laboral, se integra igualmente a la categoría, aún en debate, de jus cogens laboral.

En cualquier caso, no puede discutirse la esencialidad o fundamentalidad del derecho a efectivizar y hacer ejecutivo el derecho de fondo mediante las garantías reclamacionales, individuales y colectivas, directas, administrativas y judiciales. Aquí se trata solamente el aspecto judicial, sin olvidar que el derecho o garantía de acceso a tutela judicial efectiva se debe desplegar en los ámbitos empresario, administrativo y judicial e inclusive, los dos primeros son plataformas de entrada al tercero.

### 2. Fuentes Normativas

Son varios los instrumentos normativos internacionales incorporados a la CN por vía del art. 75 inc. 22, que instituciona-

140. MUÑOZ (h.), Ricardo Alberto, La tutela administrativa efectiva, La Ley 29/03/12, 1 y ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2004, p. 192.  
141. Ejemplos del cumplimiento de esa directiva son la gratuidad de los procesos prevista en el art. 20 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina o los sistemas de presunciones legales de los arts. 55 y 57 del mismo plexo legal.

lizan el derecho a acceso a tutela judicial efectiva. Entre ellos aparecen: a) El art. 8 de la DUDH; b) Los convenios 87, 98, 111 y 158 de OIT; c) los arts. 8 y 25 de la CADH y la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia aprobada el 5/6/13; d) la jurisprudencia interamericana<sup>142</sup> y la Interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>143</sup>.

En tal sentido, se indica que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha establecido que los Estados deben delinear y consagrar normativamente recursos efectivos tendientes a tutelar los derechos humanos de las personas, así como garantizar la efectiva implementación de tales recursos por el sistema de justicia, por que “se ha identificado una importante conexión entre la efectiva posibilidad de acceder a la justicia y el respeto, protección y garantía del debido proceso legal en procesos de índole social”. Se ha remarcado la “necesidad de que el sistema judicial garantice la vigencia del principio de igualdad de armas”, entendida como que la desigualdad real entre las partes de un proceso determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses. En fin: “El derecho de acceder a la justicia exige que la solución final de toda controversia tenga lugar en un plazo razonable”<sup>144</sup>.

### 3. Las Reformas Procesal Laborales Sudamericanas

Hace poco más de una década, Héctor-Hugo Barbagelata realizó un interesante trabajo de relevamiento de la situación procesal laboral en países sudamericanos, especialmente en materia de plazos se referenciamos aquí como “Informe Barbagelata”<sup>145</sup>. La investigación se centró en las críticas que se formulaban a la Justicia del Trabajo. Se decía que un método para “calibrar la significación de la crítica” era necesario tener ideas acerca de la duración de los procesos y se realizó un

142. Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Abrill Alosilla y ot. Vs. Perú”, Sent. 4/3/11; “Acevedo Jaramillo Julio y otros c/Perú”, 7/2/06; “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú”, 24/11/06 y “Ricardo Baena y otros contra Panamá”, 2/1/01.

143. Estudio del 7/9/07, “El acceso a la justicia de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humano”.

144. En lo que aquí se trata, el SIDH remarca: “El derecho al plazo razonable del proceso es otro de los componentes de la garantía del debido proceso legal en sede judicial que resulta particularmente relevante en materia del resguardo de derechos sociales. La CIDH y la Corte IDH han identificado ciertos criterios con miras a evaluar la razonabilidad del plazo de un proceso. Se trata de: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales” y que “la obligación de conducir los procesos de manera rápida y ágil recae en los órganos encargados de administrar justicia”, lo que incluye “el plazo razonable de los procesos, no es la cantidad de los actos que se plasmen en el expediente, sino su eficacia”.

145. Barbagelata, Héctor-Hugo, Tendencias de los procesos laborales en Iberoamérica, difundido por el Instituto Derecho del Trabajo UDELAR (Uruguay), 2002, aclarándose que recoge, con ligeras variantes, un texto originalmente entregado en setiembre de 2000 para integrar una obra colectiva sobre los procesos laborales en Iberoamérica, proyectada por la AIDTSS, que al parecer, permanece inédita.

relevamiento de varios países de la región. La conclusión fue decepcionante. La mora procesal caracterizaba a la mayoría, sino a todos, los países consultados.

Sin embargo, a partir de aquella época, casi todos los gobiernos comenzaron a producir reformas, menos un par de casos entre los que se cuenta (en términos generales, sin ingresar en detalles) la República Argentina. Sobre la base de los datos aquel informe y los proporcionados por las fuentes indicadas al comienzo de este estudio, se hace un recorrido sobre el panorama procesal laboral.

#### 3.1. Brasil

Se decía en el Informe Barbagelata, que la Justicia de Trabajo tuvo en el pasado reputación de rápida y eficiente y que se encontraba por entonces demorando entre cinco y seis años. Es de recordar que su organización es de carácter federal. Existen tribunales regionales y las causas se resuelven en definitiva en el tribunal federal de trabajo de Brasilia.

En la actualidad y luego de varias reformas, se está avanzando hacia la implantación total del Proceso Judicial Electrónico<sup>146</sup>. Ha implicado la despapelización progresiva pero completa de los procedimientos y se ha extendido a todo Brasil. Hubo juzgados de primer a instancias (varas) creados completamente sin papel. La demora promedio para el dictado de sentencias en Varas del Trabajo es de 189 días (6,3 meses), en tribunales regionales del trabajo, 212 días (7,06 meses) y en el Tribunal Superior del Trabajo (Brasilia) 498 días (16,6 meses) y en fase de ejecución de sentencia 653 días (21,7 meses).

#### 3.2. Venezuela

En los primeros años de este siglo, registraba entre dos y tres años antes de llegar a la sentencia en primera instancia, a lo que generalmente se debía añadir la segunda instancia (entre doce y veinticuatro meses), según el “Informe Barbagelata”. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002, modificó las cosas radicalmente, al implantarse “los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad” y un proceso “oral, breve y contradictorio”. Luego de una instancia de conciliación y con plazos muy breves, el juez de juicio debe fijar una audiencia de juicio en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, contados a partir de dicha determinación. En la audiencia se incorpora la prueba, pudiendo ordenarse otras pruebas que considere necesaria y la sentencia debe dictarse en el plazo de 60 minutos<sup>147</sup>.

146. García Schwarz, Rodrigo, El Proceso Judicial Electrónico, Revista Catorce Bis, 2013, II, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba.

147. Este dispositivo es muy llamativo: “Concluida la evacuación de las pruebas, el Juez se retirará de la sala de audiencia por un tiempo que no excederá de sesenta (60) minutos para decidir el caso. Pronunciará la sentencia oralmente, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho, la cual reducirá de inmediato, en cuanto a su dispositiva, a forma escrita. Si el Juez no decide la causa inmediatamente después de concluido el debate oral, éste deberá repetirse de nuevo, para lo cual fijará nueva

#### 3.3. Paraguay

El Código Procesal del Trabajo data de 1961. En el Informe Barbagelata se decía que los procesos duraban de dos a tres años, razón por la cual se está procurando actualmente introducir reformas sustanciales, sustituyendo el procedimiento escrito por el oral. La situación no parece haber variado desde entonces ya que siguen demorando en promedio un mínimo de tres años para la primera instancia, aunque depende del juzgado.

#### 3.4. Perú

El “Informe Barbagelata” daba cuenta que, si se cumplirían los plazos de la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial, los procesos laborales debía demorar muy poco. Sin embargo, tardaban uno a tres años y las apelaciones de esos fallos, que eran resueltas por tribunales colegiados (las salas laborales), pueden insumir de seis meses a un año. Si los asuntos admiten casación ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, el proceso puede prolongarse de dos a cuatro años y a veces más.

En 2010, se puso en vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nro. 29497 estableciendo como principio esencial el siguiente: “El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad”. La norma indica que un proceso laboral debe durar seis meses como máximo, introduce medios electrónicos de audio y video para las audiencias. Existe la notificación electrónica<sup>148</sup>.

En términos generales (no hay estadística oficial del Poder Judicial), una demanda ante un juzgado letrado para su resolución te puedo durar entre 8 meses y un año y medio. Y una demanda ante un juzgado de trabajo te puede durar entre 6 meses y 1 año según una de las fuentes consultadas y un año en las dos instancias (conciliación y de juicio) aproximadamente, según la otra fuente<sup>149</sup>.

#### 3.5. Uruguay

Las estimaciones para la década de los años noventa, de una demora de dos años. Uruguay concretó una profunda re-

oportunidad (...).  
148. Se informa que, en cuanto al tema del dictado de la sentencia hay varios factores a evaluar. Primero, la carga del juzgado, pues dependiendo la pretensión el proceso se puede iniciar ante un juzgado de trabajo o ante un juzgado de paz letrado. Este último juzgado tiene una carga aproximada de 6 mil expedientes, pues mira todo tipo de procesos, lo que hace que demore la emisión de la sentencia. Los juzgados de trabajo tienen menos carga y esta solo es laboral, lo que permite el dictado no en plazo de ley pero si razonable. Segundo, hay que tener presente la experticia del juez, pues en el de trabajo existe una presunción de que es especializado, mientras que en el letrado tienes el albur de que vaya a entender la controversia. Tercero, la pretensión que se demanda, pues existen algunas que son recurrentes y esto facilita la resolución pronta, en cambio hay otras que son novedosas y provocan un mayor estudio y tiempo de resolución.

149. Estos observa que se trata un caso sencillo (como por ejemplo indemnización por despido arbitrario) y en el mejor escenario posible, es decir, cuando no hay huelga judicial. Se acota que el Perú todos los años los trabajadores del poder judicial hacen huelga pidiendo mejora remunerativa, esto puede durar entre 7 a 30 días o más.

forma laboral procesal a partir de 2009, con la inspiración de Oscar Ermida Uriarte. Las leyes Nº 18.572 y 18.847 de Abreviación de los Procesos Laborales, redujo drásticamente los plazos para el dictado de sentencias. En la primera instancia se completa en 6 meses promedio, para el juicio de “mayor cuantía”. El de menor cuantía (menos de USD 5.000), que es instancia única, demora 3 meses (fuero de Montevideo).

#### 3.6. Chile

A partir de 2006 se comenzó un proceso de transformación total de la Justicia del Trabajo. La reforma judicial implicó montar nuevos tribunales con nuevo procedimiento y magistratura designada para la etapa que se iniciaba. Asimismo, se observa, al menos en la Ciudad de Santiago de Chile, una buena dotación de elementos tecnológicos y de infraestructura.

Actualmente, existen básicamente tres procedimientos: 1. Monitorio, 2. Ordinario. 3. Tutela Laboral. En el monitorio, depende de la cuantía, se cita a una audiencia de contestación, conciliación y prueba y se dicta la sentencia en esa audiencia. En el ordinario, con dos audiencias, una de prueba y otra de juicio, con sentencia se dicta dentro de 15 días y en tutela, con procedimiento similar al anterior, con plazo de dictado de sentencia de 10 días<sup>150</sup>. Los plazos se cumplen. El tiempo promedio estimado para el dictado de sentencia es de tres meses en materia ordinaria y tutela. En baja complejidad 2 meses.

#### 3.7. Bolivia

Código Procesal del Trabajo aprobado por Dec. Ley 16.896 de 1979 y sus modificaciones establece como principios:

- a) gratuidad,
- b) Inmediación,
- c) Publicidad.
- d) Impulsión de oficio.
- e) Preclusión,
- f) Lealtad procesal.
- h) Inversión de la prueba
- i) Concentración y
- j) Libre apreciación de la prueba<sup>151</sup>. El nuevo Estado Plurina-

150. Código del Trabajo, Art. 457. “El juez podrá pronunciar el fallo al término de la audiencia de juicio o, en todo caso, dictarlo dentro del plazo de décimo quinto día, contado desde la realización de ésta, en cuyo caso citará a las partes para notificarlas del fallo, fijando día y hora al efecto, dentro del mismo plazo”.

151. Art. 3 CPT: “Todos los procedimientos y trámites del trabajo se basarán en los siguientes principios: a) Gratuidad, por el que todas las actuaciones en los juicios y trámites del trabajo serán absolutamente gratuitos. b) Inmediación, por el que es obligatoria la presencia del juzgador en la celebración de las audiencias, la práctica de las pruebas y otros trámites. c) Publicidad, por el que las actuaciones y trámites del trabajo serán eminentemente públicos, es decir, que a ellos puedan asistir todos los que libremente así lo deseen. d) Impulsión de oficio, por el que los juzgadores tienen la obligación de instar las partes a realizar los actos procesales bajo conminatoria de seguir adelante en caso de omisión. e) Preclusión, por el que el juez, no cumplido por la parte un acto procesal, dentro del tiempo conferido por la ley, determina la clausura de la etapa procesal respectiva. f) Lealtad procesal, por la que las partes ejerciten en el proceso una actividad exenta de dolo o mala fe. g) Proteccionismo, por el que los procedimientos laborales

cional de Bolivia no ha introducido reformas, sin embargo, la demora de los procesos es de seis meses hasta un año en el distrito de La Paz. En otros distritos, el plazo es mucho menor y de hasta cuatro meses.

### 3.8. Colombia

Se hicieron reformas al Código de Procedimiento Laboral en 2007 y Código General del Proceso en 2012 dirigidas a agilizar los procesos en la vía de la descongestión, fundadas en la oralidad y el mecanismo de las audiencias concentradas en un solo momento, en donde se identifica el juicio, se decretan y practican pruebas y se dicta el fallo. La primera instancia se falla en un tiempo muy ágil de tres meses en promedio y la presencia del juez (inmediación) y las partes en un solo momento, hace que hoy sea más común el que se propicien acuerdos conciliatorios.

El problema se presenta en segunda instancia al llegar a las salas de los tribunales colegiados donde se presenta una gran congestión, paradójicamente, por la agilidad de la primera instancia a la que no estaban acostumbrados. En suma, los procesos tenían una duración aproximada de seis y más años y hoy en día están durando aproximadamente tres años

### 3.9. Ecuador<sup>152</sup>

Mediante dos leyes sucesivas, se reformó el fuero laboral hace una década:

- a) La Ley 2003-13: "Ley Reformatoria al Código de Trabajo mediante la cual se establece el procedimiento oral en los Juicios laborales", dictada el 5 de Agosto del 2003, por la que se hicieron reformas a los artículos 584 del Código del Trabajo (actual 575 y siguientes), sobre las normas del procedimiento oral; 587 (actual 590), que aumentó el monto de lo reclamado por cada trabajador por demandas conjuntas contra el mismo empleador; 599 (actual 602), que limita el número de repreguntas a los testigos. Finalmente se dispone que la suspensión o disolución de las organizaciones de trabajadores se sujetarán al procedimiento oral<sup>153</sup> y
- b) La Ley 2004-43: "Ley Reformatoria al Código de Trabajo", dictada el 9 de Agosto del 2004 y por la que se hicieron reformas a la Ley 2003-13 y se derogó el Art. 636 CT que preveía un procedimiento especial para las reclamaciones de remuneraciones devengadas mientras se mantiene la relación laboral. Es necesario precisar que en Diciembre

busquen la protección y la tutela de los derechos de los trabajadores. h) Inversión de la prueba, por el que la carga de la prueba corresponde al empleador. i) Concentración, por la que se evita la diseminación del procedimiento en actuaciones separadas. j) Libre apreciación de la prueba, por la que el juez valora las pruebas con amplio margen de libertad conforme a la sana lógica, los dictados de su conciencia y los principios enunciados". Sistema Legal del Estado Plurinacional de Bolivia (<http://silep.vicepresidencia.gob.bo/SILEP/codigosnal>).

152. El informe de Flor Espinosa indica que toma como fuente, HERNÁNDEZ, Sabino, 140 Preguntas sobre el procedimiento oral laboral, Guayaquil. Editora Poligráfica C.A., 2005.

153. La Ley 2004-29 "Ley reformativa a la Ley No. 2003-13, que establece el procedimiento oral en los juicios laborales", dictada el 6 de Enero del 2004, por la que se difirió la vigencia de la anterior; imposiblemente, hasta el 1 de Julio del 2004.

del 2005 el Código del Trabajo fue codificado, precisamente por las reformas mencionadas.

Desde que inicia el juicio laboral hasta que se dicta sentencia, en promedio demora 6 meses, según información proporcionada por fuentes judiciales. Es necesario precisar que las causas en general han presentado un incremento considerable, porque con la nueva Constitución las personas exigen sus derechos. Por otra parte, con la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, de marzo del 2009, se reestructuró la función judicial, encontrándonos con casos en que en cada juzgado laboral solo hay 1 juez, un secretario y 1 ayudante, lo que no permite el despacho rápido de las causas, inclusive algunos jueces optan por conciliar a las partes para que termine el juicio rápidamente. Se conoce que hay muchas causas represadas que por falta de impulso y de despacho caen en abandono (se lo declara en el plazo de 180 días sino no ha habido algún pedido, o providencia, salvo que se encuentre con autos para sentencia). La carga procesal para los jueces y secretarios es tremenda ya que también deben atender las acciones constitucionales de amparo que tienen prioridad.

### 3.10. Argentina

El "Informe Barbagelata" señalaba a Argentina y su diversidad de jurisdicciones entre los países que mayores atrasos prodigaban a sus procesos laborales, incorporando datos de Buenos Aires, Córdoba, Provincia de Buenos Aires y Tierra del Fuego. De un año y medio para arriba para leer una sentencia.

En esta materia, el país es muy especial porque el diseño federalha conformado una gran dispersión de sistemas procesales laborales. Resulta difícil realizar un relevamiento del conjunto de sistemas procesales provinciales y de la justicia nacional que, como se sabe, es la que se encarga también de la resolución de causas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a más de la justicia federal en la materia. Se toman algunas jurisdicciones, las más importantes numéricamente, para formarse una idea.

La jurisdicción ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires es, paradójicamente, de carácter nacional y sostenida por el presupuesto federal. Se ocupa también de materias especiales reconocidas por la legislación de fondo (P. Ej. de la Ley de Asociaciones Sindicales 23.551). Se mantiene la combinación de conciliación laboral administrativa previa y un proceso escrito de añeja concepción procesal (Ley 18.345 de facto de 1969, con sus modificaciones). El proceso laboral se desarrolla en tres instancias regulares u ordinarias, una administrativa y otra judicial. Son etapas del proceso: 1) Etapa administrativa prejudicial ante el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SECCLO). 2) Primera instancia mediante un sistema escrito, es decir mediatizando la apreciación de testimoniales y confesionales respecto de lo que luego aprecia el juez en su sentencia; 3) Recurso ordinario ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que ostenta además, facultades para realizar acuerdos plenarios uniformando la jurisprudencia. En 2013 se creó una tercera instancia judicial ante la Cámara de Casación Laboral, fue suspendida.

Una vez cumplido con el Servicio de Conciliación Laboral

Obligatorio (SECCLO) e interpuesta la demanda en alguno de los 80 juzgados nacionales un tercio de ellos sin juez designado, para casi tres millones de habitantes y 50.000 causas por año. El promedio de tramitación desde la presentación de demanda hasta el dictado de la sentencia en primera instancia supera el año.

El proceso laboral en la Provincia de Buenos Aires es muy distinto ya que la ley 11.653 establece que las controversias laborales se resuelven en única instancia, en juicio oral y público, ante tribunales colegiados. El veredicto del tribunal suscripto por tres jueces debe dictarse en el plazo de 5 días pronunciándose sobre los hechos apreciando en conciencia la prueba rendida y la sentencia se dictará dentro de los veinte (20) días de la fecha del veredicto (art. 44). Puede ser impugnada mediante recurso extraordinario ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Es un modelo procesal destinado a garantizar un proceso concentrado y ágil. La provincia es muy extensa territorialmente con 14,48 millones de habitantes. Por lo tanto, existe mucha diversidad de situaciones, pero se estima que un juicio sencillo, sin complicaciones están tardando dos años (un despido con una pericia contable sin más prueba compleja) para el dictado de sentencia. En el caso de un accidente de trabajo por el derecho común el plazo se extiende hasta cuatro años. Los casos ante la SCBA son numerosos y sufren grandes demoras.

En Santa Fe (desde el 2009, con la reforma del CPLSF por la Ley 13.039) se introdujo, para determinados casos, el "Procedimiento declarativo con trámite abreviado" el cual "debería" demorar menos (estimo una duración promedio, de una punta a la otra, de 1 año).

Sin embargo, en Rosario, los juicios ordinarios demoran tres años entre uno y otro extremo, pero como mínimo. La situación de Rosario, con 10 juzgados para un millón trescientos mil habitantes, es "caótica", según expresión en un encuentro dedicado a su análisis<sup>154</sup>. Prácticamente no existen en el Fuero Laboral rosarino juicios que demoren solo 2 años, en todo caso son los menos. En la ciudad de Santa Fe el promedio se situaría en dos años. Se habla de juicios ordinarios.

El sistema indica juicios de instancia única mediante tribunales colegiados. Sin embargo, por Ley 7062 las salas se transformaron en jueces unipersonales de sentencia con el evidente propósito de agilizar los trámites<sup>155</sup>. Las decisiones se revisan únicamente en recurso extraordinario ante la Suprema Corte de Mendoza. Sin embargo, las fuentes consultadas, indican que los procesos se demoran en promedio entre 2 y 3 años.

El modelo procesal provincial de resolución de causas es oral, público y de instancia única. Es de instancia única previa instrucción ante diez juzgados de conciliación. Las sentencias

154. I Jornadas sobre situación actual y perspectivas del la Justicia del Trabajo y del Procedimiento Laboral Santafecinos, organizadas por la Asociación de Abogados Laboralistas, Rosario, 1/8/14.

155. "...A los efectos del ejercicio de su competencia los tribunales del trabajo, se dividirán en tres salas unipersonales, las que procederán de acuerdo a las normas de este código, asumiendo la jurisdicción respectivamente cada uno de los vocales, en ejercicio de las atribuciones propias del presidente y del tribunal..."

las dictan once salas compuestas por 33 camaristas que actúan de manera unipersonal. Durante los últimos seis años ingresaron al fuero laboral de Córdoba Capital, un promedio de 18.000 juicios ordinarios por año. Hubo picos de cerca de 25.000 procesos. En 2012, se plantearon 22.816 juicios laborales ante diez juzgados que celebraron 23.322 audiencias de conciliación. Tan solo por siniestros laborales, se presentaron 5.508 juicios. Se conciliaron o desistieron algo menos de la mitad, es decir, tuvieron pronta solución, pero el resto se elevó para el dictado de sentencia. De 3.400 juicios que se elevaron en 2006 a la Cámara Única del Trabajo, se pasó a 12.000 en 2013, es decir, casi se ha triplicado la cantidad de expedientes. Para 2014 se estima que ingresarán a resolución definitiva unos 13.500 juicios. El promedio de demora de un juicio desde su ingreso a la sala hasta el dictado de su sentencia se estima que será de 293 días hábiles (1 año y medio) en 2014 que se suma a la demora en tramitarse la prueba en el Juzgado de Conciliación. En la Cámara Única del Trabajo se registran unos 11.200 juicios sin fijación de audiencia de vista de causa. Se han producido avances tecnológicos como el Sistema de Administración de Causas que registra todos los movimientos de los juicios y la cédula por correo electrónico. Empero, los servicios judiciales del fuero laboral no se han adecuado procesal, orgánica ni tecnológicamente para la atención masiva de litigios laborales.

En España los juzgados en lo social, concretan el dictado de la sentencia luego de una audiencia donde se intenta la conciliación y en caso de fracasar, se contesta la demanda, incorpora la prueba escrita con mutuos reconocimientos (recibos de sueldo, comunicaciones, etc.), la confesional y testimonial. Se introdujo la última reforma en 2011. La crisis ha impactado fuertemente en el ámbito judicial incrementando notoriamente la litigiosidad. Se estima que, entre que se cita a proceso, el proceso demora un año, pero en despidos, no supera los seis meses.

Los tribunales laborales son unipersonales en primera instancia, la demanda se tramita en 60 días una audiencia donde el magistrado interroga libremente a las partes y propone la conciliación. La incorporación de la prueba puede realizarse en la misma audiencia, pero usualmente el juez fija audiencias sucesivas. El juez posee poderes amplios en la instrucción. El proceso laboral no se encuentra informatizado en forma general.

La sentencia es inmediatamente ejecutiva, aunque puede ser suspendida cuando puede comportar gravísimo daño al empleador, por ejemplo. En cuanto a la demora de los procesos, entre la interposición de la demanda y el dictado de la sentencia, se estima en 12 a 18 meses en los tribunales de la Ciudad de Módena ubicada en la zona centro norte del país.

### 4. De las Fuentes Materiales de los Conflictos

Los apuntes anteriores respecto de la demora en los procesos en otros países, están relacionados con las fuentes de conflicto y cada sistema procesal pero también material o de fondo en materia laboral.

En primer lugar se encuentran las fuentes de estas controversias:

- a) Las condiciones laborales siniestras;

- b) La irregularidad registral;
- c) El desconocimiento de derechos laborales y de la seguridad social.

Eliminar los supuestos germinales de los conflictos, aparece como la primera deuda y esto depende fundamentalmente de la inspección laboral y de la seguridad social que se encuentra bajo competencia del Poder Ejecutivo. Luego, si un trabajador sufre un siniestro de trabajo, fue despedido o necesita un beneficio previsional, procura en primer lugar una respuesta prejudicial o administrativa, etapa en la que se resuelve la amplia mayoría de los conflictos. Allí se encontrará con casos de ágiles respuestas pero también gruesa morosidad y franca desatención.

El sistema de administración laboral y de inspección son claves para garantizar la efectividad en el cumplimiento de las reglas legales y convencionales de trabajo. Las fallas de coordinación, inexistencia de cuerpos profesionales de inspectores eficientes, insuficiencia de personal y medios técnicos, etc. aseguran la continuidad de la anomia normativa laboral.

Finalmente, agotada la etapa extrajudicial, deviene la última respuesta, lajurisdiccional, igualmente diversas. La justicia laboral suele padecer de dispersión jurisdiccional, sistemas muy atrasados, numerosas instancias y abarrotados de causas. Pueden darse respuestas nacionales o locales, pero en todo caso, es necesario el abordaje de la prevención y resolución de conflictos en ambos estamentos.

#### 5. Incremento de los Litigios

El aumento de las demandas y la consecuente actividad judicial, tiene diversidad de causas. Existe en primer lugar, un crecimiento del reconocimiento de derechos sociales a partir del Derecho Internacional del Trabajo y de las reformas constitucionales elevando y potenciando los derechos laborales a nivel instrumentos fundamentales. Más derechos, significan más acciones para ejercer. Existía una marcada tendencia a ejercer derechos que, en otras épocas, quedaban archivados sin procurarse una respuesta judicial. Ahora se siguen hasta su realización concreta. También, se nota que, producto de algunas circunstancias que escapan este trabajo, se ha debilitado, por lo menos en algunas jurisdicciones, la composición administrativa de litigios.

Es una realidad tangible que las demandas judiciales incluyen en la actualidad numerosos ítems relativos a los agravamientos indemnizatorios. Una demanda ordinaria raramente se reduce a reclamar unos pocos rubros. Se incorporan nuevos reclamos con fuente en los derechos humanos, como los derechos antidiscriminatorios o anti intolerancia laboral, nuevos resarcimientos, etc. También se ejercen acciones sobre la base del derecho civil destinadas a lograr resarcimientos complementarios frente a la insuficiencia de los sistemas de atención y reparación de siniestros laborales como ocurre en Brasil y Argentina.

De otro lado, se ha consolidado la competencia ordinaria judicial para resolver las controversias derivadas de la seguridad social o de empleados estatales.

#### 6. Bases para la Reforma Laboral Procesal

Es imposible analizar el funcionamiento de la justicia aislado de la efectividad real de las normas laborales y previsionales mediante su autoejecución por, fundamentalmente los empleadores, pero también el propio Estado. Atacar las fuentes de conflicto, es la tarea esencial del sistema de relaciones laborales. Es la preservación del orden público laboral y de la seguridad social indisponible es tarea de raíz no de efectos.

La segunda tarea es la prevención de los conflictos de trabajo. En este punto, la inspección de trabajo. En concreto, se debe “intervenir” fuertemente en el control de cumplimiento del trabajo irregular y el incumplimiento de las reglas de trabajo. Un cuerpo especializado y jerarquizado de inspectores aparece como esencial.

Una etapa posterior, en que el conflicto se ha desencadenado debería ser tratada, como dicen los italianos, intersindicalmente en el seno de la empresa con órganos paritarios de tratamiento y resolución autónomos. Le deben seguir, los servicios laborales administrativos actuando más firmemente en la conciliación (y resolución, en su caso) laboral acercando las partes para lograr una solución de los conflictos.

Este trabajo no puede ser concluyente, pero posiblemente sea Brasil el país que más profunda y rápidamente avanzó en materia de reforma procesal laboral. Naturalmente que muchos países ya están implementando sistemas electrónicos de gestión en materia judicial. Pero en el país sudamericano, se ha extendido desde 2011 el proceso innovador denominado “Proceso Judicial Electrónico” (PJe), que facilita el acceso de todos los intervinientes judiciales a la misma documentación y expedientes en tiempo real, evitando realizar copias en papel de los procedimientos que constan de un número de folios muy elevado. Se dijo de la organización federal de la justicia laboral de Brasil y por lo tanto es el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), el que comanda este proceso<sup>156</sup>.

Según García Schwarz el objetivo de los cambios es convertirse en una Justicia con “papel cero”. Es importante percibir que el PJe/JT no es solamente un sistema de tramitación electrónica de procesos judiciales, tampoco corresponde a la transposición de los registros hechos en papel para el medio electrónico: es un sistema nuevo, con una racionalidad nueva, donde todo el proceso judicial es electrónico, desde la petición inicial al archivo final del proceso, pasando por la respuesta del demandado, la audiencia, los despachos y decisiones interlocutorias, las medidas urgentes, la sentencia, los recursos y los actos de ejecución forzosa, y es producido y acompañado por los intervinientes –abogados, magistrados y auxiliares del Poder Judicial– única y directamente en el seno del software, en tiempo real, a través de una conexión a internet y de tarjetas de certificación electrónica, firmas electrónicas y contraseñas.

En síntesis, simplemente se accede al sistema de manera remota, a partir de una computadora con conexión a internet. Con una tarjeta que permite la identificación del interviniente

156. Se sigue: GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, *El Proceso Judicial Electrónico*, Revista Catorce Bis, 2013, II, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Córdoba. Se aclara que el tema tiene un desarrollo muy importante en numerosos países.

(una tarjeta de certificación electrónica) y una contraseña personal, son realizados los actos procesales directamente en el sistema, en tiempo real: la petición inicial, la respuesta del demandado, las excepciones, los recursos, etc.<sup>157</sup>

Pues bien, la implementación de este sistema amplía ciertamente, un cambio cultural consistente en abandonar prácticas decimonónica de tramitación de causas y una inversión inicial que, en poco tiempo se recupera al ahorrarse espacio edilicio, papel, tiempos, gastos de funcionamiento y personal. En este último punto, es necesario aclarar que los empleados y funcionarios que dejan de invertir tiempo en manejar papel e instancias innecesarias, pueden dedicarse a la sustancia de su rol. Por ejemplo, atender a los demandantes y demandados, realizar la conciliación con el debido tiempo y atención, escuchando a las partes y conociendo las causa suficientemente. Y también, lo que no es poco, a dirigirse al fondo del proceso ya que el ritual se ha simplificado y despapelizado, para mejorar el dictado de resoluciones y sentencias en tiempo oportuno, pero con mejor estudio y fundamentación.

La reforma laboral judicial deberá comprender los aspectos procesales, orgánicos, técnicos e infraestructurales.

Se deben crear Tribunales Únicos en lo Social en cantidad suficiente para atender las controversias en trámite y una Cámara de Casación o de Apelación en lo Social en cantidad y con infraestructura adecuada a sus funciones.

Los tribunales en lo social deberían a su vez, dividirse en jueces especializados de: a) Juicios ordinarios; b) Procesos abreviados o urgentes (despidos, menor cuantía, derechos fundamentales) y c) Controversias derivadas de riesgos de trabajo y previsional,

El magistrado del trabajo tendrá a su cargo el Juzgado en lo Social, tramitará la instancia obligatoria de conciliación, la incorporación de la prueba y el dictado de la sentencia.

Los actos de conciliación, incorporación de la prueba y el dictado de sentencias laborales se concretarán en un plazo máximo promedio no mayor a seis meses.

Las instancias de conciliación se realizarán a través de cuerpos profesionales especializados dirigidos por el magistrado y dotados de infraestructura y medios adecuados para la atención de los ciudadanos demandantes y demandados.

Se debe establecer que, preservando el derecho de defen-

157. Agrega el jurista brasileño y juez de un tribunal enteramente digital: “Se añaden los documentos previamente digitalizados (en formato PDF) por el interviniente concomitantemente, por upload. Los despachos, decisiones y sentencias del magistrado también son producidos directamente en el sistema, a través de la misma forma de acceso y autenticación, también en tiempo real. Las actas de audiencias e inspecciones, de forma análoga, son introducidas y autenticadas en el sistema. Lo mismo ocurre con todos los actos practicados por auxiliares de la Justicia, como los conciliadores y peritos. Las intimaciones iniciales se expiden por correo postal, pero, a partir del primero acto del abogado interviniente, las notificaciones pasan a ser realizadas totalmente a través del sistema. Se torna permanentemente visible la fecha de producción, de integración al sistema y de autenticación de todos los actos procesales y cualquier interviniente puede, desde su propia computadora, a cualquier tiempo, y en tiempo real, visualizar la tramitación integral del proceso judicial y cualesquiera piezas procesales producidas y documentos añadidos”.

sa, la tramitación de los procesos laborales debe ser concentrada, oral, pública, abreviada y especializada en sus diversas ramas (derecho individual, colectivo, riesgos de trabajo).

La contestación de demanda, incorporación de la prueba y alegatos, deberá realizarse en una audiencia, sin perjuicio de los casos en que la complejidad de la causa amerite su continuidad.

Se deberá instrumentar el sistema procesal digital. Las actuaciones procesales judiciales serán enteramente digitalizadas (demanda, contestación, ofrecimiento de pruebas, notificaciones, documentos, informativas, etc.) y se proveerá a la incorporación de pruebas y oficios mediante interconexión con reparticiones públicas. Las tramitaciones bancarias deberán ser del tipo home banking.

Los embargos y otras medidas se deberán proveer mediante mandamientos digitales. La oralidad permite que cualquier ciudadano presencie un juicio y conozca de primera mano qué juez va a decidir y qué ocurre con el pleito. Esto es una garantía de transparencia democrática junto, claro está con los registros informáticos de acceso las causas que registra todos los movimientos de los juicios. En este punto debe cuidarse especialmente preservar la reserva respecto de los bancos de datos y servicios privados de investigación para evitar la confección de “listas negras” laborales.

Las audiencias de vista de causa se grabarán en vivo y difundirán, salvo excepciones, mediante el canal judicial de internet y se digitalizarán y archivarán para conocimiento de las partes y tribunales de sentencia y de revisión. Se creará la oficina de información y sistematización de doctrina y jurisprudencia judicial laboral de acceso público.

El dictado de la sentencia deberá producirse dentro del plazo máximo de los 20 días de celebrada la audiencia única y oral de juicio.

La cámara o tribunal de apelación o casación en lo social estará compuesta por salas suficientes para entender los recursos destinados a unificar la doctrina judicial y errores in iudicando e in procedendo, debiendo expedirse en un plazo máximo de tres meses, salvo casos excepcionales.

#### Conclusiones

A. Cuando se habla de mora en la justicia laboral, no se está diciendo solamente que existe una falla en el Estado o se yerra en un procedimiento. Se alude a la violación diaria y sistemática del derecho de acceso a tutela judicial efectiva laboral asegurada por instrumentos fundamentales sobre Derechos Humanos Laborales.

B. Sobre la base de sistemas judiciales laborales de carácter nacional, se visualizaba hace poco más de una década en el ámbito sudamericano una justicia laboral decididamente morosa. Pero desde entonces, se ha producido un claro y firme proceso de reformas laborales judiciales destinada a agilizar los procesos.

C. Se requiere prevención de los conflictos jurídicos individuales en lo social y reformas profundas en las instituciones administrativas y judiciales.

NEY EDISON PRADO

Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da  
2ª Região Aposentado

D. Es la ocasión para pensar reformas de raíz de los sistemas de administración y justicia laboral otorgándoles prioridad en la decisión e inversión social. Debería comprender la implementación total y completa del Proceso Electrónico Laboral (PEL) y la reforma procesal que garantice, con el debido resguardo del derecho de defensa, el dictado de sentencias en primera instancia en un plazo de seis meses. La simplificación de trámites, la oralidad, concentración, la especialización de las causas y estructuras suficientes, lo harán posible.

F. Una administración detrabajo y un Poder Judicial en lo Social que no otorgan respuestas oportunas y justas son fundamentalmente desreguladoras o flexibilizadoras de la protección fundamental que prevista entre otros instrumentos en el PIDESC, el PIDCP, el Procotolo Adicional de San Salvador a la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero esencialmente, implica negar a los trabajadores el derecho a tutela judicial efectiva laboral prevista en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Todo minuto de mora en el proceso laboral, favorece a una de las partes, la más poderosa.

## BREVE NARRATIVA DAS CONDIÇÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO PAULISTA EM 1968 DURANTE O REGIMÊ MILITAR

Se for verdade que, sob o aspecto formal, o magistrado se acha investido de prerrogativas especiais inerentes ao cargo, na prática, todavia, vinha recebendo ele, de há muito, por parte dos outros poderes constituídos e, em especial, do Executivo, um tratamento incompatível com a sua importância no contexto social, fazendo tábula rasa da independência, suporte de sua existência e atuação.

No caso específico da Justiça do Trabalho de São Paulo, condições mínimas para o seu normal funcionamento lhe eram negadas, a começar pelas instalações. A situação era tão calamitosa que toda a população dela já tinha tomado conhecimento. Por oportuno merecem ser transcritos, pelo realismo de que se revestiam alguns trechos do apelo que um deputado paulista fez da tribuna da Câmara ao senhor Presidente da República, no sentido da reparação do mal. Disse na época o referido parlamentar, dentre outras coisas:

“Há alguns meses, noticiaram os jornais declarações do ilustre presidente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, informando que o prédio em que funciona esse órgão, de superior instância de Justiça Trabalhista, estava correndo risco de desabamento por não suportar o peso de processos nele existentes. O perigo era tão sério que aquela autoridade precisou providenciar, às carreiras, a remoção dos processos para outro local, o que tumultuará os serviços com o transporte dos autos, tanto mais que o Tribunal não dispõe de viaturas em número suficiente. Ecoavam ainda desastrosamente essas notícias quando a imprensa registrava outro episódio não menos chocante. Dois ilustres Presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento, que funcionam no prédio da Rua Rêgo Freitas, suspendiam o funcionamento de seus órgãos judiciários por falta de condições mínimas de higiene e segurança do trabalho. Todos sabem que o prédio da Rua Rego Freitas é um monstro. Em cada um dos seus andares funcionam duas Juntas, não se sabendo qual delas com pior instalação. Elevadores antigos, pequeninos, apenas dois, que geralmente não funcionam. Corredores intransitáveis, com escadaria servindo de banco para os que não resistem ao cansaço. O vozerio é constante e insuportável. O ambiente é impregnado de fumaça e de mau cheiro. Mas se este é o aspecto geral do prédio, há quatro Juntas que funcionam na sobreloja, cuja situação é menos suportável. Basta que se diga que as divisões são de madeira prensada ou de papelão. Algumas não dispõem de janela. Seus corredores servem de início à longa caminhada dos que se dirigem aos andares superiores, e por esta razão o barulho é ainda maior”.

Salienta-se que o general Gaya, então delegado regional do trabalho, quando em visita oficial às Juntas do trabalho constatou a veracidade de tudo o que foi relatado, manifes-

tando publicamente sua má impressão a respeito das condições de funcionamento daquele órgão do judiciário. Essa situação impedia, sem sombra de dúvida, a boa produtividade de cada juiz, sem falar no desrespeito que trazia à própria Corte. Na verdade todos eram atingidos, partes, advogados, testemunhas e mesmo os funcionários, que deveriam receber por parte do Estado um tratamento digno.

As testemunhas, sempre em maior número, constituíam a melhor ilustração dessas definições, pois não tendo sequer lugar onde sentar se socorriam nas escadas até que chegasse o momento de depor. Ademais, não se tinha sequer acesso aos banheiros, que além de poucos eram reservados aos funcionários. Por essas razões compreende-se por que, podendo, evitavam as testemunhas comparecer a juízo, dificultando dessa forma a tarefa do julgador.

A própria atuação dos advogados ficava grandemente tumultuada, já que algumas Juntas da sobreloja passaram a funcionar no período da manhã, tradicionalmente reservado pelos causídicos para a elaboração de arazoados e atendimento de clientes.

Às péssimas condições de trabalho somava-se o número reduzido de Juntas. Longas pautas, além do fato de que a nossa lei processual, como é notório, se presta à procrastinação do feito, tornavam excessivamente moroso o processo trabalhista.

Desnecessário afirmar-se que a eternização do processo ensejava a Injustiça, dada à circunstância de que quando o julgamento era proferido as condições tinham mudado, e as decisões muitas vezes perdiam o sentido que deveriam ter. Não foi sem razão que o grande Ruy já tinha proclamado: “Justiça atrasada não é justiça, se não injustiça qualificada e manifesta”.

Assim, a celeridade processual, apanágio do processo trabalhista, na verdade existia apenas como ideal a ser atingido.

Não bastasse esse aspecto lamentável da precariedade das instalações, cumpre salientar a situação não menos lamentável em que se encontravam os juizes em razão dos parcos vencimentos que recebiam.

A falta de condições mínimas de subsistência levava o magistrado a um profundo desencanto pela profissão. Atraído por maiores vantagens materiais proporcionadas pela iniciativa privada, o jovem competente e idealista com frequência se desinteressava pelo ingresso na Magistratura. Diversos juizes em exercício, pelas mesmas razões, eram atraídos a deixar a vida judicante, o que, aliás, já começara a ocorrer. Os que ainda permaneciam, necessitando suplementar os seus baixos proventos lançavam mão do magistério, única saída legal de que dispunham. Os mais afortunados conseguiam lugar em boas escolas, ministrando aulas ligadas à sua especialidade em número suportável. A maioria, porém, sujeitava-se a prestar serviço em escolas de menor expressão, com carga

de trabalho que chegava às vezes a 40 aulas semanais e em aulas estranhas à sua especialidade.

Esse estado de penúria expôs alguns magistrados a situações altamente vexatórias. Sabe-se, por exemplo, que alguns deles chegaram ao absurdo de tirar férias para economizar o dinheiro da condução. Outro, precisando se submeter a uma operação cirúrgica e não podendo arcar com os honorários recorreu a um facultativo seu amigo, residente em Ribeirão Preto.

Não teve, todavia, outra alternativa a não ser internar-se em um dos hospitais públicos daquela cidade na condição de indigente. Situações idênticas em número infindável poderiam ser mencionadas, mas pretendemos encerrar nosso triste e pouco dignificante relato com mais esse fato.

Alguns juizes chamados a substituir colegas no interior, por ausência de recursos passaram a dormir na própria Junta em incômodas poltronas, e, quando não, socorriam-se em casas de funcionários, com evidente quebra e desprestígio da hierarquia funcional.

Ora, faltando-lhe condições para atender às suas necessidades básicas e quase sempre preocupado com outras atividades não ligadas ao seu sacerdócio, não possuía o juiz a tranquilidade psíquica indispensável ao exercício da função. Sem o querer podia ser levado a uma quase desonestidade intelectual, pois o Juiz que não estuda e examina suficientemente o processo põe em risco o direito das partes.

Por tudo isso, podemos afirmar que a tão apregoada independência que a lei procura assegurar, suporte básico da atuação judicante, na prática passou a inexistir naquela época.

Buscando provar o tratamento injusto que vinha sendo dado à Magistratura Federal, o juiz Roberto Santos, presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belém do Pará, fez em minucioso estudo um confronto entre o índice do custo de vida a partir de 1958 e o índice real dos salários dos juizes. Desse confronto evidenciava-se o decréscimo do salário real da magistratura: estabelecido em 100 para 1958, tinha caído para 85 no ano de 1968.

Esse decréscimo resultava não diretamente da política salarial do Governo, mas particularmente do fato de não terem sido os magistrados federais beneficiados pela Lei nº 4.345 de 1964, a qual concedeu aos servidores públicos um reajustamento de 100% em seus vencimentos e excluiu expressamente do benefício o Poder Judiciário. A magistratura teve seus vencimentos fixados poucos meses depois pela Lei nº 4.439, mas esta, deixando de estender aos juizes o citado aumento de 100%, praticamente nenhum benefício lhes trouxe, pois os novos padrões de vencimentos foram fixados com o sacrifício das vantagens que até então os favoreciam.

Somente em 1965, mercê da Lei nº 4.863, tiveram os magistrados um pequeno aumento de vencimentos. Assim, de 1962 até janeiro de 1965 os juizes tiveram aumento de 47%, ao passo que chegou a mais de 100% a majoração dos vencimentos do funcionalismo.

O Tribunal de Contas do Estado debateu e traçou normas para a aplicação dos atos complementares e reticentes disposições legais alusivas ao cancelamento da contagem, em dobro, do mandato legislativo para o efeito de aposentadoria,

em especial no tocante a ministros daquela Corte. Uma das determinações decidia “aplicar, no caso das pensionistas, a exclusão do tempo em dobro do mandato legislativo, dispensada apenas a devolução dos proventos, nos termos do art. 2º do Ato Complementar nº 51, no caso do Ministro que faleceu em inatividade; quanto aos ministros falecidos em exercício proceder-se-á à revisão do tempo e à devolução consequente.” Por sua vez o ministro Otto Cyrillo Lehmann, presidente, declarou, a respeito, “que dispensava qualquer reposição por parte das pensionistas (por falecimento do aposentado), por entender que a pensão constitui matéria de natureza securitária, não atingida pelos atos complementares”.

Essa era a situação que os juizes do Trabalho pretendiam ver corrigida urgentemente, pois muito embora o Executivo tivesse concedido à magistratura no início de 1969 um aumento de 50%, enquanto o funcionalismo recebeu apenas 20%, suas bases ainda eram ridículas.

Demonstrado que não existia poder que atuasse mais direta e habitualmente sobre os cidadãos do que o Judiciário Trabalhista, era de interesse da Nação velar pelos seus integrantes e pelo seu bom funcionamento. O aprimoramento da Justiça do Trabalho traria inquestionavelmente benefícios de toda ordem à Sociedade a que presta serviços. No campo político possibilitando a paz social, um dos objetivos nacionais permanentes, pelo entendimento mais harmonioso entre patrões e operários. No campo econômico colaborando com o Governo, objetivando sempre a criação de uma ordem econômica sadia, único meio de se buscar o desenvolvimento econômico.

Impunha-se, pois, sem mais tardança, que os responsáveis pelos destinos desta Nação repusessem a Justiça de Trabalho no lugar exigido pela sua importância e magnitude para que a crença na Justiça não desaparecesse, mas, ao contrário, se firmasse e se robustecesse nas consciências, principalmente dos operários.

Uma revolução foi feita sob a égide da moralidade e da reformulação administrativa. O momento era, pois, dos mais propícios. Dispunha o Governo de todo o instrumental jurídico e econômico para concretizar essa inadiável tarefa. No campo jurídico, levando adiante a reforma da nossa legislação substantiva e processual, pois esta, manipulada às vezes por alguns empregadores inescrupulosos, com frequência servia à procrastinação dos feitos em prejuízo da efetiva e pronta realização da Justiça; o mais lamentável era que esses que assim procediam o faziam esquecidos de que a Justiça do Trabalho era a garantia da permanência da estrutura empresarial de que faziam parte e contra a qual, desavisadamente, atentavam.

Não se pretendia, é claro, que uma Justiça eminentemente popular como a do Trabalho se revestisse de luxo ou ostentação. Queria-se, apenas, que obedecido um mínimo de majestade se propiciasse a ela os instrumentos para que pudesse atingir um grau razoável de produtividade. Não devemos esquecer que toda e qualquer Justiça vive um pouco de solenidade.

Não se pretendia, ainda, nem de longe, que os vencimentos dos juizes fossem fixados em bases que os colocassem

em situação de privilégio dentro da solenidade. Deveria o governo, todavia, ter presente que tendo em vista as condições especiais do exercício da magistratura e as limitações a que a Constituição sujeita o juiz, vedando-lhe a prática de qualquer atividade laborativa acessória, inclusive as de natureza negocial, advocatícia e política, era sumamente razoável que sua remuneração tivesse tratamento diferente daquele dos demais servidores do Estado. Ademais, existe uma verdade sabida, mas quase sempre desprezada: “O que o Estado faz pela magistratura não entra na categoria de gastos, mas de investimento”.

Muita coisa poderia a Revolução fazer pela Justiça do Trabalho. Por seu turno, poderia a Justiça do Trabalho fazer muito mais do que tinha feito em benefício da Nação. Dever-se-ia, pois, restaurar sem mais tardança a dignidade da Justiça do Trabalho, sob pena de se ver ameaçada a paz social com evidentes implicações na segurança nacional.

## LEGISLAÇÃO

**Emenda Constitucional n.º 80, de 04 de junho de 2014** – Altera o Capítulo IV, Das Funções Essenciais à Justiça, Título IV, Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

**Emenda Constitucional n.º 81, de 05 de junho e 2014** – Dá nova redação ao artigo 243 da Constituição Federal.

**Lei n.º 12.994, de 17 de junho de 2014** – Altera a Lei n.º 11.350, de 05 de outubro de 2006, para instituir piso salarial profissional nacional e diretrizes para o plano de carreira dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias.

**Lei n.º 12.997, de 18 de junho de 2014** – Acrescenta § 4º ao artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, para considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

**Lei n.º 13.004, de 24 de junho de 2014** – Altera os artigos 1º, 4º e 5º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, para incluir, entre as finalidades da ação civil pública, a proteção do patrimônio público e social.

**Lei n.º 13.015, de 21 de julho de 2014** – Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho.

**Lei Complementar n.º 146, de 25 de junho de 2014** – Estende a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho.

**Portaria GM/MET n. 1.078, de 16 de julho de 2014** – Aprova o Anexo 4 – Atividades e operações perigosas com energia elétrica – da Norma Regulamentadora n.º 16 - Atividades e operações perigosas.

**Portaria GM/MET n. 1.134, de 23 de julho de 2014** – Altera a Norma Regulamentadora n.º 6 – Equipamentos de Proteção Individual – EPI.

## JURISPRUDÊNCIA

### SENTENÇAS

Vistos, etc., os autos da presente reclamação trabalhista movida por **MARCELLO DANTAS TELEPHO**, em face de (1ª) **ROYAL CARIBBEAN INTERNATIONAL E (2ª) ROYAL CARIBBEAN CRUZEIROS BRASIL LTDA.**, através da qual postulou o reclamante os títulos elencados às fls. 16-19, dando à causa o valor de R\$ 1.083.530,11. Juntou documentos.

Em audiência compareceram o reclamante e a 2ª reclamada (fls.152), sendo deferida a juntada de defesa escrita (fls. 204-234).

Ausente a 1ª reclamada, foi reputada revel e confessa quanto à matéria fática.

Colhidos depoimentos pessoais do reclamante e da preposta da segunda reclamada.

Ouvidas duas testemunhas.

Sem mais provas, foi encerrada a instrução processual.

As propostas conciliatórias restaram prejudicadas.

Razões finais remissivas.

É o relatório.

**DECIDIDO:**

**Nulidade de citação da 1ª reclamada.** A segunda reclamada invoca nulidade da citação da primeira por ter sido indicado pelo autor o mesmo endereço para prática do ato, qual seja, Avenida Paulista, 37, 13º andar.

Alega haver vínculo meramente comercial entre as rés.

Sem razão a reclamada.

No Processo do Trabalho, reinam os princípios da celeridade e da simplicidade, não sendo necessário que a citação seja recebida por representante legal da ré com poderes especiais.

Ademais, em prestígio à teoria da aparência, é válida a citação feita na pessoa que se encontra na sede ou filial da empresa e se identifica ao Oficial de Justiça como empregado.

Finalmente, ante os DOCs. 20 (ficha cadastral) e 21/22 (logotipo e endereço da 1ª ré), o depoimento da testemunha defensiva, a qual confirmou ser a segunda reclamada a representante da primeira no país, evidente que se trata do mesmo grupo empresarial.

Aliás, é o que se evidencia do próprio sítio eletrônico da 1ª ré: <http://www.royalcaribbean.com.br/customersupport/travelagent/locate.do?cS=NAVBAR&pnav=5&snav=2>

Assim, não há nulidades a declarar.

Rejeito o pleito defensivo.

**Competência. Legislação aplicável.** O reclamante alega ter sido contratado na cidade de São Paulo, após processo seletivo do qual participou atraído por anúncio em jornal de grande circulação, para desempenhar a função de garçom em navio de cruzeiro, o “Splendour of the Seas”.

Importante mencionar que as viagens ocorreram no Brasil e no exterior durante todo o período reclamado (maio/2007 até março de 2012).

A reclamada, por sua vez, nega a contratação no Brasil. Diz que contrata empresas terceirizadas unicamente para fins de seleção, mas que a contratação se daria apenas após o deslo-

camento do interessado aos navios da ré, o que teria ocorrido em 8 de abril de 2007 em continente europeu.

Pretende a ré, pois, que a relação seja analisada sob a ótica dos contratos internacionais de trabalho, regido pelas Convenções de Direito Internacional da OIT, em especial a Maritime Labor Convention.

Ressalto que nos últimos anos a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira tem sido expressiva, exigindo cada vez mais trabalhadores contratados para o trabalho em alto mar e repercutindo em diversos litígios decorrentes das vicissitudes e particularidades do caso.

Lembra o mestre Carlos Henrique Bezerra Leite (in Curso de Direito Processual do Trabalho, 11ª ed., São Paulo: LTR, 2013, p.301):

“(…) o ordenamento jurídico brasileiro estabelece dois critérios para solução de conflitos de leis trabalhistas no espaço: um de direito material e outro de direito processual. Quanto ao critério de direito processual, atribui à Justiça do Trabalho a competência territorial para processar e julgar ação trabalhista proposta por brasileiro que tenha trabalhado em agência ou filial no estrangeiro. No que concerne ao critério de direito material, estabelece que a relação de emprego será regida segundo a lei do país em que o serviço tenha sido ou esteja sendo prestado.”

De um modo geral, no direito do trabalho aplica-se a lei do local da prestação de serviço, entretanto, a regra insculpida no artigo 651 da CLT comporta exceções, devendo ser interpretada de forma sistemática e teleológica à luz da Constituição, assegurando máxima efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário.

O Código de Bustamante, em seu artigo 198 dispõe que o critério de aplicação das normas há de ser territorial para “proteção social do trabalhador”.

Com base neste artigo, durante muitos anos, estabeleceu-se o entendimento que, em caso de conflito, seria aplicada a lei do local da prestação do serviço ou *lex loci executionis*, conforme texto previsto na Súmula 207 do C. TST.

Mesmo antes do cancelamento da referida Súmula em abril de 2012, contudo, não se aplicava o princípio da territorialidade aos empregados no Brasil para prestar serviços de engenharia no exterior, em virtude do quanto disposto na Lei 7.064/82.

O artigo 3º da citada legislação, admitia a aplicação da lei nacional, ainda que a prestação de serviço se desse no estrangeiro.

Com a alteração da lei em 2009, estendeu-se a todos os empregados (brasileiros ou não) que, contratados no Brasil para prestar serviços no exterior, não ficassem à margem das previsões legais trabalhistas pátrias.

Incontroverso, no caso em análise, que o processo seletivo ocorreu em solo brasileiro, nesta cidade de São Paulo, sendo certo que o período pré-contratual produz efeitos jurídicos, nos termos do artigo 435 do Código Civil, aplicado subsidiariamente ao direito do trabalho.

Mais, os elementos probatórios evidenciam que a prestação de serviço não se operou exclusivamente no exterior, sen-

do que a testemunha da segunda ré assegurou “que o Splendour of The Seas faz temporadas no Brasil, saindo do Brasil para os demais países da América do Sul e que tal navio fica no Brasil de 4 a 5 meses”.

Assim sendo, para o trabalho prestado em navio estrangeiro, em terras brasileiras, aplica-se as regras de direito do trabalho nacional, e não a do local de registro da embarcação, nem aquela que corresponde à bandeira do navio, mormente por tratar-se de embarcação civil, não sujeita ao exercício da soberania estrangeira.

Nestes casos vale o princípio do centro de gravidade, chamado no direito norte-americano de *most significant relationship* segundo o qual as regras de direito internacional privado deixam de ser aplicáveis diante da existência de um direito com ligação mais forte à situação jurídica estabelecida.

No caso, o direito do trabalho brasileiro atrai para si o campo de incidência, pelo fato da relação jurídica estabelecida estar umbilicalmente ligada a ele.

É o entendimento já consagrado do C. TST:

TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO - EMPREGADO PRÉ-CONTRATADO NO BRASIL - CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL 1. O princípio do centro de gravidade, ou, como chamado no direito norte-americano, *most significant relationship*, afirma que as regras de Direito Internacional Privado deixarão de ser aplicadas, excepcionalmente, quando, observadas as circunstâncias do caso, verifica-se que a causa tem uma ligação muito mais forte com outro direito. É o que se denomina “válvula de escape”, dando maior liberdade ao juiz para decidir que o direito aplicável ao caso concreto. 2. Na hipótese, em se tratando de empregada brasileira, pré-contratada no Brasil, para trabalho parcialmente exercido no Brasil, o princípio do centro de gravidade da relação jurídica atrai a aplicação da legislação brasileira. MULTA DOS ARTIGOS 477 E 467 DA CLT - FUNDADA CONTROVÉRSIA Não se conhece do Recurso de Revista que não logra demonstrar divergência jurisprudencial específica e não aponta violação legal ou contrariedade a súmula. Recurso de Revista não conhecido.

(ED-RR - 12700-42.2006.5.02.0446 , Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 06/05/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2009)

Mais recentemente, o nosso E. Tribunal regional da 2ª Região também se debruçou sobre o tema:

TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO - EMPREGADO PRÉ-CONTRATADO NO BRASIL - CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. Não há como se afastar os efeitos jurídicos produzidos pelo período de pré-contratação, no qual os entendimentos preliminares geraram legítimas expectativas, apontando para a assinatura do contrato de trabalho, que restaram definitivamente concretizadas com a formalização do contrato entre as partes a bordo da embarcação. Tratam-se dos efeitos da proposta de contrato, que, segundo o Código Civil (artigos 427 e 435), aqui aplicado de forma subsidiária, obriga

o proponente, de forma a assegurar a estabilidade das relações sociais. De se notar, ainda, que a jurisprudência do TST quanto à relativização da lei do pavilhão, considerando em particular a situação do empregado brasileiro pré-contratado no Brasil para prestar serviços em embarcação privada estrangeira, passou a adotar o princípio do centro de gravidade, fenômeno já existente no *commom law* norte americano, em que o caso concreto deve ser interpretado de acordo com o direito mais próximo da relação jurídica controvertida, partindo do pressuposto de que a questão deve ser analisada de acordo com a legislação do local em que a relação jurídica tem maior proximidade e atuação.

(TRT-2 - RO: 00016249720135020018 SP 00016249720135020018 A28, Relator: ODETTE SILVEIRA MORAES, Data de Julgamento: 19/08/2014, 11ª TURMA, Data de Publicação: 26/08/2014)

Desta forma, declaro competente o este juízo e aplicável ao caso as disposições legislativas brasileiras.

**Prescrição quinquenal.** Por força do art. 219, § 5º, do CPC, pronuncio de ofício a prescrição das parcelas anteriores a 17/12/2008, com fulcro no art. 7º, Inciso XXIX, da Constituição Federal, extinguindo os pleitos respectivos com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC

Ressalvam-se as pretensões meramente declaratórias, como as anotações em CTPS (art. 11 da CLT), imprescritíveis, e a prescrição trintenária do FGTS (art. 23, § 6º, da Lei nº 8.036/90) quanto às parcelas já quitadas, retroativa até 10/10/1984, sendo de se relembrar que os reflexos de parcelas não quitadas em FGTS seguem a regra da prescrição quinquenal, nos moldes da posição dominante do C. TST emanada da Súmula 206, in verbis: “A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS”.

**Grupo econômico.** Responsabilidade das reclamadas. Evidente que ambas as rés pertencem ao mesmo grupo econômico, respondem solidariamente por eventual condenação – art. 2º, § 2º, da CLT.

**Contrato de trabalho. Vínculo empregatício.** A reclamada não nega a prestação de serviço, mas argumenta acerca da proteção de normas internacionais que entende aplicável ao caso.

Considerando o fundamento já explanado em tópico anterior, aplicável a legislação pátria ao caso concreto.

Sendo assim, a análise conjunta dos artigos 2º e 3º da CLT implica que para a configuração da relação de emprego devem estar presentes, cumulativamente, os seguintes elementos: a personalidade, a onerosidade, a não-eventualidade e a subordinação.

A onerosidade, a personalidade e a habitualidade (ou não-eventualidade) são incontroversos, eis que a própria reclamada admite pagamentos pelo serviço prestado, ainda que através de gorjetas, bem como que a relação perdurou por cinco anos de 2007 até a rescisão em 2012.

Assim, reputo preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT. Também não há que se falar em diversos contratos de trabalho por prazo determinado, eis que, conforme depoimento da preposta, a empresa fornecia “carta de intenção” com data certa e determinada para trabalhar no próximo embarque, demonstrando manutenção do vínculo por todo o período reivindicado, ou seja, em unicidade.

Ressalto que irrelevante tenha o autor anuído com a contratação sem o devido registro em CTPS, porquanto os ditames da CLT são cogentes e independem de verificação da vontade no ato da contratação.

Reconheço o vínculo empregatício entre autora e a ré de 01/05/2007 até a rescisão em 05/03/2012, como garçom.

Ante a dispensa imotivada, resultam devidos: aviso prévio indenizado de 42 dias, 13º salários proporcional de 2008 (1/12), integral de 2009/10/11 e proporcional de 2012 (4/12), férias em dobro do período aquisitivo 2008/09, 2009/10, 2010/11 e proporcional 2011/12, todos acrescidos de 1/3; FGTS de todo o período impreso, mais multa de 40%.

Tendo em vista que o vínculo empregatício entre as partes era controvertido, somente tendo sido reconhecido em juízo, indefiro o pedido de aplicação da multa prevista no artigo 467 da CLT.

Lado outro, condeno a ré na multa do art. 477 da CLT, eis que se trata de multa objetiva, que não exige ponderação acerca de controvérsia. Ademais, entendimento diverso fomentaria fraudes, beneficiando o mau empregador que deixa de registrar seus empregados.

Deverá a ré anotar a CTPS do autor no prazo de 08 dias da intimação para tal após a juntada da CTPS aos autos e o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de 1/30 a última remuneração da autora limitada a 30/30.

Em caso de absoluto descumprimento da obrigação de fazer, deverá a Secretaria da Vara proceder às anotações, sem aposição de carimbo e com emissão de certidão circunstanciada para fins previdenciários.

Nesse caso as astreintes serão revertidas à autora como indenização.

**Verbas salariais não pagas. Gorjetas. Reflexos.** O reclamante alega que não recebia salários, apenas gorjetas que eram arrecadadas pela ré e distribuídas na recepção aos tripulantes.

Entretanto, conforme DOC 9, devidamente traduzido por profissional juramentado (fls.91), era garantido um mínimo de US\$ 1.050,00.

As gorjetas, diga-se, eram recolhidas pela empresa e distribuídas segundo critérios aos trabalhadores, não sendo possível distinguir se os valores pagos referiam-se exclusivamente a gorjetas propriamente ditas ou provenientes do lucro natural do negócio.

O próprio autor admite que nunca recebeu abaixo do valor determinado, sempre a maior, com o que se conclui ser o salário parte integrante do montante recebido.

Pela média apontada pela testemunha, o autor recebia US\$ 1.050,00 a título de salário fixo e cerca de US\$ 2.450,00 na forma de gorjeta.

Assim, não há que se falar em pagamentos de salários.

Isto sim, dever-se-á observar para parâmetro de cálculos das verbas deferidas observar-se-á o salário fixo de US\$

1.050,00 e US\$ 2.450,00 de gorjetas.

Devidos reflexos de gorjetas em férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS (incidente inclusive sobre os demais reflexos deferidos salvo férias indenizadas mais 1/3) mais 40%. Indevidos outros reflexos à luz da Súmula 354 do C. TST.

**Jornada de trabalho. Horas extras.** Alega o autor que laborava de forma intermitente, de segunda à segunda, em duas jornadas distintas:

Quando em aportados, cerca de 3 vezes por semana, das 6h às 11h30min e das 17h à 1h, perfazendo jornada de 13 horas diárias;

Quando em navegação, cerca de 4 vezes por semana, das 7h às 14h e das 18h à 1h, perfazendo jornada de 14 horas.

A reclamada alega que o autor não provou o trabalho em extrajornada.

Sem razão a ré.

Considerando o reconhecimento da aplicação da lei brasileira ao caso em análise, cabia ao empregador fiscalizar a jornada de trabalho de seus empregados, sendo obrigatória a anotação de entrada e saída em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme artigo 74, § 2º da CLT.

Entretanto, certo que possui mais de dez funcionários, a ré não apresentou cartões de ponto, ônus que lhe incumbia à luz da Súmula 338 do C. TST.

Além disso, a testemunha do autor corroborou a tese obreira, descrevendo jornada similar à descrita na exordial.

Assim, considerando que o intervalo intrajornada de 4 ou 5 horas praticado não é permitido (artigo 71 da CLT), fixo seguinte jornada para fins de cálculo: segunda a domingo, das 7h à 01h com duas horas de intervalo.

Condeno, pois, a reclamada no pagamento de horas extras que superem a 8ª diária e 44ª semanal, considerando a jornada supra.

Devido o pagamento da dobra do labor aos domingos e feriados previstos na lei brasileira.

Dada a habitualidade, devidos reflexos das horas extras e adicional em DSR's, 13º salários, férias acrescidas de 1/3 e FGTS (incidente inclusive sobre os demais reflexos, salvo férias indenizadas mais 1/3). Indevidos reflexos dos DSR's majorados pelas horas extras nos demais títulos, uma vez que tal apuração deságua em efeito cascata, em verdadeiro bis in idem. Nesse sentido, aliás, a OJ nº 394 da SDI-1 do C. TST.

Os cálculos deverão ser realizados observando o divisor 220, a globalidade/evolução salarial, os dias efetivamente trabalhados e a remuneração mensal.

**Adicional noturno.** Tendo em vista a jornada praticada, devido adicional noturno calculado sobre as horas laboradas após as 22h, razão pela qual condeno a reclamada ao pagamento de adicional noturno sobre as horas laboradas após as 22h, devendo observar a hora noturna de 52 minutos e 30 segundos, nos termos do art. 73, §1º da CLT.

Condeno ainda ao pagamento dos reflexos de adicional noturno em DSR, férias com 1/3, 13º salário, aviso prévio e FGTS (8% e 40%), devendo ainda integrar a base de cálculo das horas extras deferidas.

**Salários de intertemporada.** Alega o reclamante que a praxe da reclamada é manter o trabalhador por seis a oito meses a bordo do navio e liberá-lo por dois ou três “em férias não remuneradas”.

Aduz, ainda, que ao desembarcar já havia data e hora para retorno o que caracterizaria a manutenção da relação empregatícia.

Relaciona 4 períodos em que os fatos ocorreram: 10/03/2008 a 16/05/2008; 14/04/2009 a 19/06/2009; 01/08/2010 a 22/10/2010; 14/05/2011 a 14/07/2011.

Pleiteia, assim, os salários dos períodos acima.

A reclamada, por sua vez, nega manutenção de um único vínculo, mas sim diversos contratos por tempo determinado, inclusive com pagamentos proporcionais de férias.

Considerando-se que restou superada a controvérsia a respeito da unicidade contratual, sendo considerado ininterrupto o vínculo empregatício mantido no período de 01/05/2007 e 05/03/2012, deveriam ter sido pagos os salários de todos os períodos entre as temporadas dos cruzeiros.

Assim sendo, condeno a ré ao pagamento dos salários de todos os períodos indicados pelo autor às fls. 13 dos autos, devendo ser observada a dedução de todos os valores deferidos na presente decisão a título de férias, a fim de evitar enriquecimento ilícito por parte do reclamante.

**Restituição de despesas com uniformes e passagens aéreas.** O reclamante pretende o ressarcimento de despesas com uniformes a que era obrigado a se submeter em cada retorno ao navio, em valores de US\$250,00 (duzentos e cinquenta dólares americanos).

Como foram cerca de cinco embarques pleiteia o ressarcimento do valor gasto com aquisição de uniforme por cada embarque/temporada, totalizando em moeda nacional o importe de R\$ 2.163,50.

A reclamada aduz que havia acordo para que as referidas despesas fossem arcadas por cada membro da tripulação e, mesmo assim, havia ressarcimento a bordo do navio.

Sem razão a ré.

O uniforme utilizado em serviço, quando exigido o seu uso, deve ser fornecido sem ônus ao empregado, porquanto ao empregador compete suportar os custos de exploração da atividade econômica (CLT, art. 2º).

A reclamada também não trouxe nenhum comprovante de ressarcimento, com o que, defiro o reembolso nos termos indicados pelo autor e não impugnados, no importe de R\$ 2.163,50.

Em relação às passagens aéreas, alega que era obrigado a custear as passagens aéreas para embarcar ou reembarcar, sem, entretanto, declinar quais destinos e sem juntar comprovantes de despesa.

Assim, rejeito o pedido de reembolso de passagens aéreas por intangível e não demonstrado.

**Honorários Advocatícios. Indenização:** Indevidos, pois o reclamante não preencheu os requisitos exigidos pela Lei 5584/70, os quais ainda vigoram por força dos preceitos consolidados, mormente o art. 791, que traz a figura do jus postu-

landi, não revogada pelo art. 133 da CF/88, nem mesmo pela Lei nº 8.906/94, que apenas regulamentou a profissão de advogado, não impedindo que a parte aja em causa própria.

Nesse sentido a posição assente do C. TST, através da Súmula de nº 329.

Igualmente, indevida a indenização perseguida com fulcro na responsabilidade civil, visto que a contratação de causídico é facultativa nesta especializada, diante do jus postulandi já referido.

Assim, em que pese salutar a participação de profissional habilitado, não há espaço para responsabilização civil do reclamado onde a perda patrimonial decorrente da contratação de causídico decorreu de ato volitivo do próprio demandante.

**Justiça Gratuita.** Com fulcro nos arts. 790, § 3º, e 790-B, da CLT, defiro à autoria os benefícios da justiça gratuita, isentando-a do pagamento das custas processuais e demais despesas processuais.

**Compensação/ Dedução.** A reclamada não demonstrou ser credora da reclamante de quaisquer verbas de natureza trabalhista.

Por outro lado, fica autorizada a dedução dos consectários pagos a mesmo título, nos mesmos períodos, devendo ser abatidos do crédito da reclamante.

**Correção Monetária.** A correção monetária é devida a partir do vencimento da obrigação, nos termos do art. 459, parágrafo único da CLT, c/c com o parágrafo 1o. da Lei 8177/91. Assim, no que pertine aos salários, horas extras, adicional noturno e títulos a eles vinculados, o índice aplicável é aquele do 5o dia do mês subsequente ao da prestação de serviços.

Quanto aos 13º salários e férias acrescidas de 1/3, considerar-se-ão os índices de atualização correspondentes às datas determinadas para o cumprimento das respectivas obrigações. Para as verbas rescisórias, o dia do pagamento, limitado aos períodos previstos no parágrafo 6º do art. 477 da CLT.

Neste sentido, a Súmula nº 381 do TST.

**Natureza das verbas.** As verbas deferidas possuem caráter salarial, exceto: aviso prévio indenizado, FGTS mais 40%, férias indenizadas mais 1/3, reflexos das horas extras e outros títulos nestas verbas.

**Recolhimentos Previdenciários.** Deverá ser observada a orientação traçada no Provimento 01/96 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e nos termos da Súmula nº 368 do C. TST.

Destarte, os descontos previdenciários levarão em conta as cotas e os limites de responsabilidade de ambos os litigantes, ficando a cargo do empregador recolher e comprovar nos autos os valores das contribuições sociais relativas à cota-parte do empregado (que serão deduzidos do crédito) e cota-parte patronal, sob pena de execução direta pelas quantias equivalentes.

A apuração da retenção deverá ser realizada mês a mês, (Decreto nº 2.173/97, art. 68, § 4º, e Decreto nº 3.048/99, arts. 276 e 277), considerando os valores recolhidos e as alíquotas

previstas no artigo 198 do referido decreto, tanto no que tange à cota patronal, quanto à do empregado, observando-se épocas e tabelas próprias, limites de contribuição, e incidência sobre as verbas próprias: incidência sobre o principal corrigido monetariamente, excluídas verbas indenizatórias. Observar-se-á o teto máximo de contribuição, restando apenas as eventuais diferenças.

**Recolhimentos Fiscais.** Modificando posicionamento anterior, registro que os recolhimentos fiscais ficam à cargo da reclamada, autorizados os descontos sobre o crédito do autor, devendo ser calculados mês a mês (regime de competência), na forma prevista no art. 12-A da Lei 7.713/1988 (alterado pela MP 497/2010) e da IN 1.127/2011 da SRF/MF, bem como reiterados posicionamentos do STJ nesse sentido (REsp 505081/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., j. em 06/04/2004, DJ 31/05/2004 p. 185; REsp 1075700/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª T., j. em 05/11/2008, DJe 17/12/2008; AgRg no REsp 641.531/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Vasques, 2ª T., j. em 21/10/2008, DJe 21/11/2008; REsp 901.945/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª T., j. em 02/08/2007, DJ 16/08/2007 p. 300).

Não há incidência fiscal sobre os juros de mora, conforme redação da OJ 400 da SDI-1 do C. TST.

**Ofícios.** Oficie-se à DRT, MPT, MPE, Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania (Divisão de Investigações sobre infrações às Relações de Trabalho), CEF e INSS ante as irregularidades apuradas.

Demais argumentos. Os demais argumentos expendidos pelas partes ficam rechaçados, valendo lembrar que o Juízo não é obrigado a tecer considerações sobre todas as teses e ponderações lançadas, bastando manifestar seu livre convencimento fundamentado.

Relembro às partes, ainda, que não há se falar em pré-questionamento em 1ª Instância.

Por fim, alerto às partes quanto às disposições do art. 538, parágrafo único do CPC.

**DISPOSITIVO**

**POSTO ISTO**, julgo extintas com resolução do mérito, com fulcro no art. 269, IV, do CPC, as pretensões anteriores a 17/12/2008, bem como julgo a presente reclamação **PROCEDENTES EM PARTE**, para condenar as reclamadas, **(1ª) ROYAL CARIBBEAN INTERNATIONAL E (2ª) ROYAL CARIBBEAN CRUZEIROS BRASIL LTDA.**, de forma solidária, a pagar para o reclamante, **MARCELLO DANTAS TELEPHO**, nos termos da fundamentação, os seguintes títulos:

- aviso prévio indenizado de 42 dias, 13º salários proporcional de 2008 (1/12), integral de 2009/10/11 e proporcional de 2012 (4/12), férias em dobro do período aquisitivo 2008/09, 2009/10, 2010/11 e proporcional 2011/12, todos acrescidos de 1/3; FGTS de todo o período imprescrito, mais multa de 40%;
- multa do art. 477 da CLT;
- reflexos de gorjetas em férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS (incidente inclusive sobre os demais reflexos deferidos salvo férias indenizadas mais 1/3) mais 40%;

- horas extras que superem a 8ª diária e 44ª semanal, considerando a jornada de segunda a domingo, das 7h à 01h com duas horas de intervalo;
- dobra do labor aos domingos e feriados;
- reflexos das horas extras e adicional em DSR's, 13º salários, férias acrescidas de 1/3 e FGTS (incidente inclusive sobre os demais reflexos, salvo férias indenizadas mais 1/3);
- pagamento de adicional noturno sobre as horas laboradas após as 22h, devendo observar a hora noturna de 52 minutos e 30 segundos, nos termos do art. 73, §1º da CLT;
- reflexos de adicional noturno em DSR, férias com 1/3, 13º salário, aviso prévio e FGTS (8% e 40%), devendo ainda integrar a base de cálculo das horas extras deferidas.
- salários de todos os períodos indicados pelo autor às fls. 13 dos autos, devendo ser observada a dedução de todos os valores deferidos na presente decisão a título de férias, a fim de evitar enriquecimento ilícito por parte do reclamante
- reembolso nos termos indicados pelo autor e não impugnados, no importe de R\$ 2.163,50;

Reconheço o vínculo empregatício entre autora e a ré de 01/05/2007 até a rescisão em 05/03/2012, como garçom.

Deverá a ré anotar a CTPS do autor no prazo de 08 dias da intimação para tal após a juntada da CTPS aos autos e o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de 1/30 a última remuneração da autora limitada a 30/30.

Em caso de absoluto descumprimento da obrigação de fazer, deverá a Secretaria da Vara proceder às anotações, sem oposição de carimbo e com emissão de certidão circunstanciada para fins previdenciários.

Nesse caso as astreintes serão revertidas à autora como indenização.

As verbas ilíquidas serão apuradas em regular liquidação de sentença, conforme parâmetros descritos na fundamentação.

Natureza das verbas deferidas, conforme fundamentação.

Recolhimentos fiscais e previdenciários, na forma estabelecida na fundamentação.

Juros de mora na forma da lei, pro rata die, a partir da data do ajuizamento da ação, sobre o capital monetariamente corrigido (art. 39, parágrafo 1º, da Lei 8177/91).

Correção monetária na forma da fundamentação supra.

Defiro para o demandante os benefícios da justiça gratuita.

Custas processuais pela reclamada, calculadas sobre o valor de R\$ 80.000,00, ora arbitrado à condenação, no importe de R\$ 1.600,00.

Intimem-se as partes.

Intime-se a União.

Nada mais.

**ANDRÉ EDUARDO DORSTER ARAUJO**

Juiz do Trabalho Substituto

I - RELATÓRIO

**OTÁVIA ÉVORA LIMA CÂMARA** qualificado nos autos, propõe Reclamação Trabalhista em face de **UNIÃO**, igualmente qualificada. Alega admissão em 23/04/1990, para exercer a função de Recepcionista, recebendo como último salário

a importância de R\$ 1.999,62. Aduz ter sido contratada para trabalhar na Embaixada do Brasil em Dacar, Senegal, sem anotação de seu contrato de trabalho. Teve seu contrato de trabalho rescindido em 27/04/2011, mas pede a nulidade do pedido de demissão. Pleiteou reconhecimento do vínculo empregatício, bem como as parcelas declinadas às fls. 12/13. Atribui à causa o valor de R\$ 512.281,90. Documentos foram juntados.

Conciliação rejeitada.

Em audiência (fls. 204), a reclamada apresenta contestação escrita (fls. 205), alegando preliminarmente incompetência da Justiça Brasileira para apreciação da lide, incompetência da Justiça do Trabalho eis que figura no polo passivo a União Federal. No mérito, rebate os termos da inicial e pede a improcedência. Documentos foram juntados.

Sem outras provas, com a concordância das partes, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Ulterior tentativa de conciliação rejeitada.

É o relatório.

**DECIDE-SE**

II – FUNDAMENTAÇÃO

**Da jurisdição brasileira**

A União alega que a Justiça do Brasil não tem competência (leia-se jurisdição) para conhecer e julgar demanda envolvendo auxiliar local na representação brasileira em Dacar, Senegal, e fundamenta a alegação no disposto no art. 13 da Lei 8.745/95, a qual modificou o art. 67 da Lei 7.501/95, que passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 67. As relações trabalhistas e previdenciárias concernentes aos auxiliares locais serão regidas pela legislação vigente no país em que estiver sediada a repartição.

A União confunde institutos jurídicos, porquanto a questão da competência de foro nada tem a ver com a lei aplicável ao caso. Ou seja, o fato de não se aplicar a lei brasileira ao caso concreto, não afasta por si só a competência territorial brasileira. Uma coisa não se confunde com a outra.

No caso presente, nos termos do art. 651, parágrafo segundo da Consolidação das Leis do Trabalho, A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário, sendo ainda de se salientar que a norma em questão é aplicável tanto ao nacional quanto ao estrangeiro, por força do Art. 5º da Constituição Federal, sem falar na previsão contida nos art. 88, I, II, III do CPC, a prever competência concorrente da auto-riedade judiciária brasileira.

Em face do exposto, afastou a preliminar arguida.

**Da competência da Justiça do Trabalho**

A reclamada apresenta ainda preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que a reclamante não era empregada regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, nem era empregado pública regida pelo regime estatutário, bem como pela necessidade de prestação

de concurso público.

Nos termos do Art. 114, I da Constituição Federal, as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

A reclamante noticia a existência de vínculo empregatício, por ter se ativado para a Embaixada do Brasil no Senegal. Assim, a Justiça do Trabalho é a única competente para conhecer e julgar o litígio.

No que concerne à natureza da relação jurídica havida entre as partes, a matéria é de ser analisada no mérito.

Afasto a preliminar arguida.

**Da relação jurídica havida entre as partes**

A reclamante alega que foi admitida em 23/04/1990, para trabalhar na Embaixada do Brasil em Dacar, Senegal, sem anotação do contrato de trabalho para prestar serviços na função de recepcionista, mediante salário médio de R\$ 1.999,62 e tendo seu contrato de trabalho sido rescindido em 27/04/2011, mediante pedido de demissão nulo.

Defendendo-se a reclamada afirma que não há que se falar em reconhecimento de vínculo empregatício, em face de óbices previstos nas Sumulas 207 do C. TST e 363 do C. TST.

No que se refere à Sumula 207 do C. TST, além de ter havido cancelamento do verbete, a situação nele esposada não se refere à hipótese, na medida em que não houve distinção entre o país da prestação de serviço e o da contratação.

O que se observa é que a reclamante iniciou a prestação de serviço em maio de 1990, quando em vigor a Lei 7.501/86, alterada pela Lei 8.028/90, cujo art. 40 retirou do art. 67 da lei anterior, a expressão “brasileira”, estabelecendo que o auxiliar local será regido pela legislação que lhe for aplicável, ou seja, prevendo que a lei aplicável é a do local da execução do contrato.

Cabe ainda destacar que a Lei 7.501/86 foi, finalmente, revogada pela Lei 11.440/2006, cujo art. 57, traz a seguinte previsão: As relações trabalhistas e previdenciárias concernentes aos Auxiliares Locais serão regidas pela legislação vigente no país em que estiver sediada a repartição.

Assim, durante toda a vigência da relação jurídica mantida entre as partes, a norma a reger o contrato de trabalho é o do local da prestação de serviços.

No caso, a reclamante pleiteou direitos trabalhistas previstos na legislação brasileira, que não se aplica ao caso concreto, conforme já exposto. E sendo assim, no mérito, a reclamante não faz jus as pretensões, porquanto não fez referência a qualquer norma de seu país, o que leva à improcedência dos pedidos deduzidos na inicial.

Ainda que assim não fosse, cumpre destacar que o reconhecimento de vínculo empregatício não seria de se reconhecer, por óbice no art. 37, II da Constituição Federal, eis que não demonstrado que a reclamante prestou e foi aprovada em concurso público.

Em face do todo exposto, afasto a aplicação da legislação brasileira para julgar improcedente e a pretensão.

**Da prescrição**

Considerando que prescrição é instituto de direito material

e, conforme já exposto, não se aplica a legislação brasileira ao caso concreto, deixo de declarar a prescrição.

#### Da justiça gratuita

Presentes os requisitos contidos no art. 790, parágrafo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam: percepção pelo reclamante de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declaração, sob as penas da lei, de que não possui condições de pagar as custas sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, defiro o pedido para conceder, à parte autora, os benefícios da justiça gratuita.

#### III – DISPOSITIVO

Do exposto, nos termos da fundamentação, julgo **IMPROCEDENTE** a pretensão deduzida por **OTÁVIA ÉVORA LIMA CÂMARA**, em face da **UNIÃO**, para absolver a reclamada dos pedidos deduzidos na inicial.

Tendo em vista a constatação de abuso na oposição de embargos declaratórios tentando provocar o reexame dos fatos e provas pelo magistrado, ficam as partes advertidas que eventuais embargos declaratórios calcados na mera justificativa de prequestionamento, e, ainda, sobargumento falso de contradição com os elementos de prova e narrativa fática serão tidos como protelatórios, ensejando multa pecuniária, nos termos do art. 538, parágrafo único do CPC, sem prejuízo de multa por litigância de má-fé.

Custas, pela reclamante, no importe de R\$ 1.0245,63, calculadas sobre o valor de R\$ 512.281,90, atribuído à causa, das quais fica isenta, nos termos da lei.

Nada mais.

**INTIMEM-SE.**

**ELISA MARIA SECCO ANDREONI**

Juíza do Trabalho

#### Vistos.

**Relatório. O Ministério Público do Trabalho tentou Ação Civil Pública**, com pedido de tutela específica, por meio da qual pretendeu: a abstenção, pela Ré, da utilização, exigência ou pesquisa aos cadastros de proteção ao crédito, com a finalidade de celebração ou manutenção de contrato de trabalho; multa de R\$ 10.000,00 por exigência ou pesquisa nos referidos cadastros a ser revertida ao FAT; indenização pelo dano moral coletivo, a ser revertida ao FAT. Pleiteou a antecipação da tutela específica. Deu valor à causa de R\$ 500.000,00. Pugnou pela procedência.

Negada a tutela antecipada, às fl. 43 e fl. 51 (pedido de reconsideração do despacho denegatório).

Em audiência de 23.09.13, compareceram as partes.

O patrono da Ré declarou que a consulta aos órgãos de proteção ao crédito foi feita em relação a todas as vagas e para todos os cargos ofertados pela empresa.

A Ré apresentou defesa arguindo a ilegitimidade de parte. Asseverou a inexistência de atos discriminatórios. afirmou a inexistência de danos morais coletivos. Refutou os demais pedidos. Pugnou pela improcedência. Juntou documentos.

Réplica às fl. 100.

Não havendo mais provas, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

É o relatório.

**Decido.**

**Da arguição de ilegitimidade de parte.** A legitimidade “ad causam” é a qualidade processual “decorrente da titularidade, em abstrato, da relação controversa deduzida em juízo” (Antonio Cláudio da Costa Machado, in CPC Comentado, Ed. Saraiva, 1997, p. 242).

No procedimento investigatório ficou demonstrado que a Ré peticionou naqueles autos em nome próprio e na defesa do grupo econômico, identificando-se como “Carrefour” (fl. 29, 40 do volume de documentos do Autor). A Ré também se denomina simplesmente de “Carrefour”, quando, no mesmo procedimento (fl. 47), peticiona em nome da empresa do grupo Comercial de Alimentos Carrefour Ltda.

As consultas ao SCPC, por seu turno, foram feitas por outra empresa do grupo, Banco Carrefour S/A, como comprova o documento de fl. 263, do volume de documentos do Autor.

Atuando por si, por outras e em benefício de Comercial Carrefour Ltda. e Banco Carrefoure, nos próprios autos (fl. 68), defendendo-se de fatos imputados ao grupo econômico (CLT, art. 2º), não cabe à Ré afirmar sua ilegitimidade, ante a aplicação da Teoria da Aparência.

Tal teoria, visando a manutenção do princípio da boa-fé contratual, protege o terceiro contra o erro advindo da complexidade das relações societárias da parte ou contratante, admitindo a validade do fato putativo, em detrimento da realidade formal.

Em tal sentido, já se decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - COMPRA DE MATERIAIS OPTICOS - TEORIA DA APARÊNCIA - APLICABILIDADE - GRUPO ECONÔMICO - RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA - RECURSO IMPROVIDO. A teoria da aparência busca proteger aqueles que agiram de boa-fé nas relações contratuais, como forma de se prestigiar a moral e a honestidade. Não há falar em ilegitimidade passiva, pois apesar de o Grupo Centro Visão ter assinado o acordo, observo que a empresa apelante integra o referido grupo econômico, sendo responsável pelos débitos que contrai. A ausência de impugnação específica na contestação dos fatos alegados na petição inicial torna-os incontroversos” (TJMG; Acórdão nº 1.0024.10.237466-7/001 de TJMG., 09 de Maio de 2013).

No mesmo sentido:

“PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM . GRUPO ECONÔMICO. TEORIA DA APARÊNCIA. É de ser afastada a tese de ilegitimidade da requerida para figurar no pólo passivo da ação, pois plenamente aplicável, no caso, a teoria da aparência. Hipótese em que a empresa requerida pertence ao mesmo grupo econômico daquela com a qual a autora celebrou contrato, o que obsta o reconhecimento da ilegitimidade passiva ad causam . Preliminar

afastada” ( TJ-RS - Apelação Cível : AC 70048301527 RS).

Afasto, pois, a preliminar de ilegitimidade de parte sob o fundamento expandido às fl. 66.

De outro lado, tratando-se, em tese, de tutela de afirmados direitos difusos e coletivos, presente se mostra a condição da ação, ante a legitimidade constitucional e legalmente reconhecida (CF, art. 129, III e LC 75/93, art. 83, III).

Afasto a preliminar, também em relação ao fundamento expandido às fl. 62.

**Da igualdade. Da discriminação.** Direito Fundamental que é, a igualdade tem como características a historicidade, a universalidade, a autogeneratividade, a limitabilidade e a possibilidade de concorrência (exercício concorrente de mais de um direito fundamental).

A fundamentalidade (material e formal) que descreve tal direito fundamental não permite sua reversibilidade. Trata-se do princípio da “proibição do retrocesso” que admite, apenas, o fomento de direitos fundamentais e nunca sua erradicação. Ingo Wolfgang Starlet ensina que na arquitetura constitucional os direitos fundamentais têm força jurídica reforçada, em relação aos demais. Daí a razão de estarem erigidos à condição de cláusulas pétreas, limitativas do poder reformador do Estado.

Clássica foi a descrição de Aristóteles quanto ao tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, quando afirmou que “parece que a igualdade seja justiça, e o é, com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais. A desigualdade também parece ser, e o é com efeito, mas não para todos; só o é para aqueles que não são iguais” (In “A política”, ed. Saraiva, 2011, tradução de Ivan Lins, p.107).

Celso Antonio Bandeira de Melo, afirmando que o princípio da igualdade aristotélico deve ser ponto de partida e não de chegada, pergunta “Quem são os iguais e quem são os desiguais?” (In “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, 3ª ed. Ed. Malheiros, São Paulo, p. 17)

Daí que é possível concluir que a igualdade sempre foi, então, conceituada pela previsibilidade intrínseca da desigualdade e até da discriminação.

Mas qual espécie de discriminação seria dotada de constitucionalidade?

Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo as discriminações serão “compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados na constituição” (Op. Cit. p. 17).

O Autor refere, então, a necessidade de “correlação lógica” entre o fator de discriminação e a diferenciação procedida.

Eros Roberto Grau, citando Alexy, afirma que haverá discriminação arbitrária quando “não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente possível” (Theorie der Grundrecht, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, p. 370).

De se concluir que a igualdade existirá quando houver per-

tinência lógica para o tratamento desigual.

**Da intimidade.** Como ensina Arion Sayão Romita “A intimidade é um direito da personalidade do indivíduo e também um direito do trabalhador no ambiente de trabalho. É um direito negativo cuja proteção visa assegurar certos aspectos da vida íntima que só dizem respeito à própria pessoa, para resguardá-la de intromissão de terceiros” (In, Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, Ed. Ltr, 2009, São Paulo, p. 284).

Edson Ferreira da Silva bem resume, explanando que “O direito à intimidade consiste no poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa existência que de acordo com os valores sociais vigentes interessa manter sob reserva.” (Direito à Intimidade. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 131).

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, X, destaca o direito à intimidade como um direito fundamental, sendo um dos pilares da consagração do princípio da dignidade humana.

**Da Ponderação,** sopesamento ou balanceamento no conflito entre direitos fundamentais. Não é raro que princípios ou direitos fundamentais se contraponham, mostrando-se colidentes.

Narrando a existência de teorias internas e externas que determinam a restrição ou limites aos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Starlet cita a colisão de direitos fundamentais como uma das forças de restrição atais direitos, acrescentando que “em qualquer caso, uma restrição a direito fundamental exige, seja direta, seja indiretamente, um fundamento constitucional” (In “A eficácia dos Direitos Fundamentais” 11ª ed., Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 401).

Já Dworkin aponta a aplicabilidade do “tudo ou nada” para o conflito entre as regras e o modelo da “dimensão do peso” para o conflito entre princípios (In, Taking Rights Seriously, p. 22).

Assim é que, na hipótese de colidência de direitos fundamentais caberá o sopesamento ou que resulte na satisfação de um direito em detrimento de outro. Daí a se afirmar que nenhum direito fundamental é ilimitado ou absoluto, ainda que seja irrenunciável.

Dos direitos conflitantes no caso concreto. No caso em tela temos o constitucional direito à intimidade (CF, art. 5º, X) que se contrapõe ao também constitucional direito de livre contratar (CF, art. 1º, IV), a resultar, segundo a tese da inicial, na discriminação vedada pelo ordenamento jurídico, ante mandamento de observância do princípio da igualdade (art. Art. 3º, IV, 5º, “caput”, e I, 7º, XXX, XXXI, da Constituição Federal).

Sabemos que os direitos fundamentais encontram limites em si mesmos e uns em relação aos outros. Não são, pois, absolutos.

Nesse sentido, não haverá discriminação na hipótese de não contratação caucasianos para um estudo de anemia calciforme, ou de pessoas baixas para um time de basquete, ou de pessoas muito acima do peso para a função de policial, ou, ainda de deficientes auditivos para a função de telefonista. Não fere a intimidade exigir exame de AIDS para a doação de sangue ou órgãos, ou a declaração de doenças pregressas para a contratação de um convênio médico, ou, ainda, certidão de an-

tecedentes criminais para participação em concurso público. Julgado já citado nesses autos (TST, RR 381002720035200005, transcrito às fl. 43), definiu como lícita a consulta a banco de dados para a verificação de existência de dívidas de candidato à vaga de emprego, afirmando que a conduta do candidato pode servir como fundamento para a negativa da contratação, afastando a hipótese de discriminação.

O uso discordar, em parte. Embora o julgado tenha servido de fundamento para o afastamento da tutela antecipada requerida, após a colheita de prova em audiência ficou incontroverso o fato de que a Ré consulta o banco de dados do Serasa para todos os candidatos à vaga de emprego.

Haveria correlação lógica de tal exigência para toda e qualquer função?

É certo que quem é inadimplente e não possui crédito pode demonstrar não possuir habilidade para a gestão de valores ou de pessoas. A desorganização pessoal pode, em tal caso, comprometer a eficiência profissional.

Também é cediço que a empresa, propriedade privada que é, deve cumprir sua função social, com o fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, visando a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego (CF, art. 170, II, III, V, VII e VIII).

Cumpra sua função social a empresa que encoraja o consumo, mas usa método de avaliação punitivo dos consumidores inadimplentes que possibilita sua potencial marginalidade?

Resta claro que a empresa investe em publicidade de forma a aumentar o desejo de consumo e é o excessivo consumo – em relação à diminuta renda –, que leva o cidadão à insolvência e a sua inscrição como devedor nos cadastros das empresas de proteção ao crédito.

Entendo que quem encoraja o consumo e tem nele seu escopo social, como a Ré, não pode buscar idoneidade creditícia para contratar em funções que não exigem a gestão de valores ou pessoas. Não há correlação lógica entre a parcial insolvência (peculiaridade diferencial) e a não contratação para o exercício de função sem gestão (desigualdade de tratamento, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Melo).

Em tais casos – vagas para funções sem gestão – há de se concluir pela violação da intimidade a consulta ao Serasa ou similar. A consulta é manifestamente desnecessária, violadora da intimidade e potencialmente discriminatória, pois não se exige a idoneidade creditícia de quem nada terá de gerir. Nesse ponto, há abuso do direito de livre contratar.

A consequência do ato de desnecessária invasão da privacidade e de potencial discriminação é contrária aos ditames da busca do pleno emprego e da justiça social. É contrária, pois, à função social da empresa.

Para tais casos a Ré deve abster-se de exigir, pesquisar ou utilizar informações ou cadastros de entidades de proteção ao crédito e protestos, por si ou por meio de terceiros, sob pena de pagar multa de R\$ 10.000,00, por infração, multa que será vertida ao FAT.

Nos casos de vagas para funções com gestão entendo, porém, que a consulta não avilta a intimidade do candidato. Para que a Ré confira ao candidato o poder de gerir, o sucesso

na auto-gestão pode ser requisito para a contratação. Não há violação à intimidade e a discriminação é lícita, ante a supremacia, “in casu”, do direito de livre contratar.

**Do pedido de indenização por danos morais e seus fundamentos.** Deve ser esclarecido que não houve prova de que a Ré tenha efetivamente deixado de contratar pessoas com restrição de crédito. As pessoas ouvidas no procedimento preparatório nada acrescentaram quanto a tal fato.

Houve, porém, consultas aos cadastros de informação de crédito para a seleção em todas as funções e para todas as vagas, a demonstrar a conduta violadora da intimidade e potencialmente discriminatória, nos termos acima narrados, sendo esta passível da indenização por danos morais coletivos (CC, art. 186), tendo em vista que a conduta atinge a coletividade e não apenas os empregados da empresa. Em tal sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL COLETIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO. O dano moral coletivo, na esfera laborativa, deve ser entendido como uma lesão injusta que extrapola a esfera trabalhista individual, atentando contra direitos transindividuais de natureza coletiva. A conduta ilícita a configurar o dano moral coletivo deve, portanto, repercutir não só sobre os trabalhadores diretamente envolvidos, mas também sobre a coletividade. Dentro desse contexto, verifica-se que, na hipótese dos autos, não existe dano moral coletivo a ser ressarcido. Como bem sinalizado pelo Regional, não se constata que a ilicitude praticada pela Reclamada - não quitação de créditos trabalhistas - tenha extrapolado a esfera individual dos envolvidos e repercutido nos interesses extrapatrimoniais da coletividade. Ademais, se considerarmos que toda inadimplência trabalhista, seja pela não concessão de férias e de décimo terceiro ou pela retenção de salários, por exemplo, dá ensejo à reparação por dano moral coletivo, estaremos, na verdade, incentivando a famigerada - indústria do dano moral-, o que deve ser coibido pelo julgador. Agravo de Instrumento não provido” (Processo: AIRR 5632020105090017 563-20.2010.5.09.001 Relator(a): Maria de Assis Calsing, Julgamento: 20/02/2013 Órgão Julgador: 4ª Turma Publicação: DEJT 22/02/2013.

Do arbitramento do valor do dano moral. A teoria do desestímulo veio a fornecer parâmetros para o arbitramento, ao usar como critério o grau de culpa do agente, a resultar na possibilidade de se sancionar a conduta para que ela não se repita. Em apertada síntese, a teoria pode ser assim definida pela melhor Doutrina:

“Impera, aliás, a respeito, a) o princípio da responsabilidade integral, consoante o qual se deve atender, na fixação da indenização, à necessidade da plena satisfação do lesado, buscando-se no patrimônio dos lesantes valores que, sem limites, a tanto correspondam; e, b) a técnica de atribuição de valor de desestímulo, ou de inibição, para que se abstenha o lesante de novas práticas do gênero, servindo a condenação como aviso à sociedade; e com isso, ao mesmo tempo se sanciona os lesantes e oferecem-se exemplos à sociedade, a mostrar-lhe que

certos comportamentos, porque contrários a ditames morais recebem repulsa do Direito” (Carlos Alberto Bittar, in *Reparação por Danos Morais*, 1994, pág. 20 e seguintes; grifou-se).

Arbitro a indenização por danos morais coletivos em R\$ 100.000,00.

Demais deferimentos. **Juros e correção monetária**, na forma da lei, observando-se a Súmula 439 do C. TST.

Ante a natureza da condenação, não há descontos fiscais ou previdenciários.

**Do dispositivo.** Ante o exposto, julgo **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** em face de **CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA**, para condenar a Ré a :

- abster-se de exigir, pesquisar ou utilizar informações ou cadastros de entidades de proteção ao crédito e protestos, por si ou por meio de terceiros, em processo seletivo para vagas em função sem gestão de valores ou pessoas, sob pena de pagar multa de R\$ 10.000,00, por infração, multa esta que será vertida ao FAT;
  - pagar indenização por danos morais coletivos, vertida ao FAT, no importe de R\$ 100.000,00.
- Custas, pela Reclamada, incidentes sobre o valor da condenação de R\$ 100.000,00.
- Int. Nada mais.

**OLGA VISHNEVSKY FORTES**

Juíza do Trabalho

## I. RELATÓRIO

**Solange Oliveira Silva**, devidamente qualificada (fls.3), ajuizou Reclamação Trabalhista em 04.03.2013 (fls.2) em face de **ISS Servisystem do Brasil Ltda.**, também qualificada (fls.126). Após exposição fática e jurídica, requereu o pagamento dos títulos elencados às fls. 20/23. Atribuiu à causa o valor de R\$ 90.000,00.

Regularmente notificada, a reclamada compareceu em Juízo. Infrutífera a primeira proposta de conciliação, a ré apresentou sua resposta na forma de contestação e requereu a improcedência dos pedidos, refutando articuladamente os argumentos da exordial, nos termos da peça defensiva.

Documentos foram juntados.

Produzida prova oral.

Sem outras provas, encerrou-se a instrução do feito.

Última proposta obrigatória de conciliação infrutífera.

Razões finais orais pelas partes.

É o conciso relatório.

**Decido.**

## II. FUNDAMENTAÇÃO

### 1. Inépcia da inicial

De acordo com prestigiosa doutrina, a inépcia da inicial gira em torno de defeitos vinculados à causa de pedir e ao pedido, que dificultam ou impedem o julgamento do mérito da causa (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense,

1998, v.3, p.213), situações não verificadas no caso vertente.

Friso que o artigo 840, §1º, da CLT, exige, como requisitos para processamento da inicial, a designação da Vara do Trabalho, a qualificação das partes, uma breve exposição dos fatos de que resulta o dissídio, o pedido, a data e assinatura do autor ou do seu representante, os quais restaram amplamente preenchidos pela reclamante.

Ademais, no Direito Processual do Trabalho prevalece a teoria da individuação da causa de pedir da petição inicial trabalhista, exegese do artigo 840, da CLT. Nesse sentido, a lição do clássico Wilson de Souza Campos Batalha (*Tratado de direito judiciário do trabalho*. 2.ed. São Paulo: Ltr, 1985).

Aplico, ainda, à hipótese vertente, os princípios da simplicidade e celeridade.

Em virtude da presente fundamentação, ficam expressamente afastadas teses e alegações em sentido contrário.

### 2. Carência de ação - Ilegitimidade de parte. Impossibilidade jurídica do pedido. Falta de interesse processual

Há carência de ação quando ausentes quaisquer das condições da ação, quais sejam, interesse de agir, legitimidade de parte e possibilidade jurídica do pedido.

No presente caso, referidas condições estão preenchidas.

Com efeito, presente o interesse de agir, consubstanciado no binômio necessidade do provimento jurisdicional para obter o bem da vida pretendido e a adequação do procedimento adotado.

Os pedidos são juridicamente possíveis, pois inexistente vedação expressa para sua formulação em nosso ordenamento jurídico.

A legitimidade diz respeito à pertinência subjetiva da ação. No Direito Processual Brasileiro, em virtude da teoria da asserção, uma vez indicada pela autora como devedora da relação jurídica de direito material, legitimada está a reclamada para figurar no polo passivo da ação. Somente com o exame do mérito decidir-se-á pela configuração ou não da responsabilidade postulada, não havendo que se confundir relação jurídica material com relação jurídica processual, vez que nesta a legitimidade deve ser apurada de forma abstrata.

Adotada a presente fundamentação, ficam expressamente rechaçadas as teses e alegações lançadas nos autos em sentido contrário.

### 3. Impugnação aos documentos e valores. Limitações pretendidas

Rejeito todas as arguições neste quadrante, especialmente as de fls.175, assim como as lançadas em sede de réplica.

As impugnações feitas pelas partes são genéricas, não atacando o conteúdo dos documentos juntados e dos valores apontados. O valor probante da documentação encartada aos autos será verificado quando da análise dos pedidos, em cotejo com as demais provas.

O valor da causa deve guardar correspondência com a expressão monetária aproximada dos pedidos. No caso sob análise, considerando o valor do salário da autora, a duração do contrato de emprego e a natureza dos pedidos, referida relação se encontra presente.

Ressalto que os valores apontados pela reclamante não representam o limite de eventual condenação em virtude da incidência de juros e correção monetária e da fixação de critérios de apuração por este Juízo. Friso que a congruência externa da decisão judicial (artigos 128 e 460, do CPC) refere-se apenas aos elementos objetivos da demanda, ficando, desde já, excluídas todas as limitações pretendidas pela ré, neste particular, especialmente as de fls.178, item “d”.

#### **4. Ruptura contratual. Verbas contratuais e rescisórias. Multas previstas nos artigos 467 e 477, da CLT. Depósitos do FGTS e indenização de 40%. Seguro-desemprego**

A reclamante requer o pagamento das verbas rescisórias, conforme alegação de fls.9/11.

A empresa contesta o pedido, sustentando que a autora foi dispensada por justa causa, conforme narrativa de sua peça de resistência.

Por se tratar de justa causa, caberia à reclamada o ônus de comprovar suas alegações.

A documentação ajuizada aos autos aponta que a autora esteve afastada do trabalho por problemas de saúde no período de 02.07.2012 a 14.09.2012, percebendo benefício previdenciário, conforme documento de fls.72.

Ocorre que, no aludido período, que se destinava, justamente, à recuperação da autora, a reclamante atuou como advogada representando seus clientes, conforme documentos encartados à defesa, quais sejam, protocolos eletrônicos de petições e comparecimento ao fórum para realização de audiências (fls.24 – protocolo em 18.07; 25- protocolo em 23.07; 29 – audiência em 03.09; 31 – protocolo em 23.07; 32 – protocolo em 29.08; e 35 - protocolo em 10.09, além de fls.9, do volume apartado). Os demais documentos juntados pela empresa referem-se a período no qual a reclamante não esteve afastada.

Neste quadrante, apesar de inexistir exclusividade na relação com a ré, a conduta da autora, sob a minha óptica, configura fraude aos cofres públicos e, ademais, é incompatível com a manutenção do contrato de emprego, pois rompe a relação de confiança a ele inerente, a empolgar a aplicação tempestiva da justa causa.

As demais alegações da autora, indicadas em sua peça de ingresso, não restaram provadas e a documentação por ela juntada tampouco serve de suporte à sua tese. Afasto, ainda, as alegações indicadas em réplica.

Portanto, mantenho a justa causa aplicada (item “v”, do rol de pedidos) e, como consequência, im procedem os pedidos de pagamento de verbas rescisórias típicas da dispensa imotivada, quais sejam, aviso prévio (item “b”, do rol de pedidos), férias proporcionais mais 1/3 (item “d”, do rol de pedidos), 13º proporcional (item “c”, do rol de pedidos), indenização de 40% dos depósitos do FGTS e sua liberação, assim como percepção do seguro desemprego (itens “w” e “aa”, do rol de pedidos). Em razão dos regulares descontos procedidos pela ré no TRCT, não há falar no pagamento de saldo de salário (item “a”, do rol da exordial).

A reclamada juntou aos autos extrato dos depósitos do FGTS (fls.14, do volume), cabendo, desse modo, à autora o

ônus de apontar diferenças. Como nada fez, im procede o pedido de diferenças dos depósitos, assim como o pedido de pagamento da multa prevista no artigo 22, da Lei 8.036/90, pois esta, por ter caráter administrativo, não se reverte à autora (itens “y” e “z”, do rol da peça de ingresso). Já indeferido o pagamento da indenização de 40% em virtude da manutenção da justa causa.

O TRCT de fls. 10, do volume apartado, restou zerado em razão da justa causa aplicada, não havendo, portanto, falar em atraso na quitação das resilitórias, a atrair a im procedência do pedido de pagamento da multa prevista no artigo 477, da CLT. Em virtude da controvérsia instaurada, não há falar na aplicação do artigo 467, da CLT (itens “l” e “m”, do rol de pedidos).

Em razão da justa causa aplicada, não há falar em garantia de emprego. Im procede, dessarte, o pedido de item “r”, do rol de pedidos da exordial. No mais, a autora não requereu, em audiência, a produção de prova técnica e tampouco se insurgiu em face de sua não realização, nada havendo a ser deferido quanto ao pedido de item “s”, do rol da peça de ingresso. Friso, ademais, que houve conversão do benefício previdenciário percebido pela autora, conforme documento juntado pela empresa em audiência, também em desabono de sua tese.

Quanto à baixa na CTPS, a empresa já a procedera, conforme ata de audiência de fls.90, nada havendo a ser deferido nesta quadra, mormente em razão da manutenção da dispensa motivada

Por fim, adotada a presente fundamentação, ficam expressamente rechaçadas todas as teses e alegações da autora em sentido contrário, lançadas em sua inicial, réplica e razões finais sobre os temas em comento.

#### **5. Equiparação salarial. Diferenças salariais**

A reclamante requer o pagamento de diferenças salariais decorrentes do reconhecimento de equiparação salarial com a Sra. Patrícia Borges Lopes, conforme exposição fática de fls. 7/8.

A reclamada contesta o pedido, nos termos do exposto às fls.138/140.

Em razão do teor de sua contestação, a ré atraiu para si o ônus de prova neste quadrante.

Contudo, não há como placitar a tese empresarial neste particular.

A própria paradigma esclareceu que, entre ela e a autora, não havia qualquer diferença na realização de atividades e responsabilidades. Além disso, indicou que não corrigia o trabalho da autora e que não era responsável pela divisão de trabalhos (verso de fls.199).

A prova produzida pela ré é absolutamente inservível para confirmar suas alegações. Com efeito, o depoimento da primeira testemunha, Sra. Andressa Benfatti, não é digno de qualquer credibilidade, pois, conforme se verifica do verso de fls.198, mesmo tendo este Juízo consultado a rede mundial de computadores, atestando a formação de grupo econômico entre a ré e outra empresa, a aludida testemunha negou o fato, em reprovável atitude a contaminar todas as suas declarações.

A atitude da segunda testemunha beira o absurdo e, para

dizer o mínimo, constitui em grave infração ética. Nesta quadra, mesmo constando na capa dos autos como advogada da empresa e procuradora, às fls.101, 103, 104 e 178, compareceu em Juízo para depor e negou seu interesse na causa. Apesar de não ter sido alertado sobre estes fatos pela patrona da autora em audiência, quando da prolação da sentença, este Juízo tomou conhecimento da condição da aludida testemunha, motivo pelo qual, em sede de valoração da prova, desconsidero integralmente seu depoimento.

O depoimento da terceira testemunha também mostra-se inapto, vez que, além de estagiária, que, naturalmente tem menor conhecimento das práticas da ré, contradiz as alegações da própria paradigma, em nítido intuito de favorecer a ré.

Desse modo, reconheço a identidade de funções entre a autora e a paradigma indicada e julgo procedente o pedido de diferenças salariais mês a mês, desde a admissão até a dispensa da autora, e seus reflexos apenas em depósitos do FGTS. Im procedem os reflexos em férias proporcionais mais 1/3, 13º salário proporcional, aviso-prévio indenizado e indenização de 40% em razão da justa causa mantida.

Não há falar em reflexos em DSR’s, pois os empregados eram mensalistas, motivo pelo qual a verba em comento já se encontra quitada no bojo do salário, inteligência do artigo 7º, §2º, da Lei nº 605/49.

Para fins de liquidação de sentença, as diferenças e reflexos deverão ser apurados de acordo com o valor apresentado pela autora (R\$ 600,00 mensais de diferença entre seu salário e o da paradigma), mês a mês - pois não juntadas pela reclamada as fichas financeiras da paradigma, até a dispensa, excluindo-se qualquer vantagem de caráter pessoal.

Rechaço, desde já, a tese da empresa quanto à existência de quadro de carreira, pois inexistente prova de que tenha sido regularmente homologado pelo MTE. Além disso, irrelevante o fato de a paradigma ter mais tempo de formada ou a realização de cursos, se, na prática, foram contratadas no mesmo dia e tinham idênticas atribuições, como demonstrado nos autos, ficando, expressamente, afastadas as teses de fls.138/140.

As incidências na base de cálculo das horas extras serão apreciadas no capítulo específico da presente decisão.

Atendidos, com as especificidades acima, os pedidos do item “n”, “o” e “q”, do rol da inaugural.

Prejudicada a análise do pedido sucessivo de item “p”, do rol da peça de ingresso.

Em razão da fundamentação em comento, ficam expressamente afastadas todas as teses, alegações e formas de cálculos lançadas nos autos pela autora e pela empresa em sentido contrário ao decidido.

#### **6. Jornada de trabalho**

A reclamante requer o pagamento de horas extras, sob a alegação de ter trabalhado, durante todo o pacto laboral, em jornada superior à efetivamente pactuada.

A reclamada contesta o pedido afirmando que a autora estava enquadrada nas exceções do artigo 62, da CLT.

Não há como placitar a tese empresarial.

Rechaço, inicialmente, as alegações quanto ao exercício

de trabalho externo, incompatível com o controle de horário. Com efeito, a própria ré encarta aos autos acordos de prorrogação e compensação de horas (fls.4/5, do volume de documentos), figuras absolutamente inconciliáveis com a exceção prevista no artigo 62, da CLT. Ademais, com o atual avanço da tecnologia, não é crível que a autora saia para fazer uma audiência no fórum e se perca no tempo e espaço, como pretende crer a ré. Ainda neste quadrante, tanto o preposto quanto as testemunhas da ré afirmaram a existência de horário contratual, o que igualmente afasta a tese de ausência de controle. Friso, ainda sobre o tema, que, conforme já indicado no capítulo anterior, descarto as demais alegações das testemunhas empresariais quanto à ausência de controle, pelos mesmos fundamentos ali esposados.

Quanto ao exercício do cargo de confiança, o preposto da ré confessou que a autora não tinha poderes mando e gestão, também a afastar as alegações empresariais nesta quadra.

A testemunha da autora, por sua vez, esclareceu que, apesar de inexistir controle de ponto, tanto ela quanto a autora deveriam comparecer diariamente na empresa e usavam o telefone móvel para comunicar a realização de trabalhos e que havia fiscalização de horários.

Por tudo isso, não há falar em qualquer das exceções previstas no artigo 62, da CLT.

As demais alegações da ré são meros tecnicismos que, nem de longe, são aptos a demonstrar a veracidade de sua tese, ficando, desde já, afastadas as teses de sua defesa.

Desse modo, reconheço que a reclamante exercia função de advogada empregada sem cláusula de exclusividade (a prova dos autos é no sentido de que a autora sempre trabalhara para outros clientes e não há cláusula de exclusividade verbal nem escrita), estando submetida a regime de 4 horas diárias e 20 semanais, conforme legislação que regulamenta o tema.

No tocante aos horários e dias efetivamente trabalhados, restando afastadas as exceções do artigo 62, da CLT, e tendo a empresa muito mais do que dez empregados, caberia a ela provar a jornada da autora, o que não ocorrera, em razão da imprestabilidade dos depoimentos de suas testemunhas, conforme já decidido.

Desse modo, reconheço que a jornada da reclamante fora a seguinte: da admissão até a dispensa, de segunda a quinta-feira, das 08:00h às 21:00h e às sextas-feiras, das 08:00h às 18:00h, com uma hora de intervalo para refeição e descanso, que fora diminuído para 30 minutos de 01.03.2012 até a dispensa.

Portanto, defiro o pedido de pagamento de horas extras laboradas, consideradas as excedentes da 4ª diária e 20ª semanal, nos termos da lei que rege o assunto.

Devida também uma hora extra diária a partir de 01.03.2012 até a dispensa em virtude da ausência de concessão integral do intervalo para refeição e descanso, nos termos do artigo 71, “caput” e § 4º, da CLT, consoante jornada reconhecida acima e limitado na inaugural. Não há falar no pagamento apenas do período remanescente do intervalo, eis que sua concessão parcial não atinge a finalidade da norma, exegese do artigo 71, § 4º, da CLT e S. 437, do C.TST.

Friso que a mera concessão de alimentação não comprova a efetiva fruição integral do intervalo, ficando rechaçada a tese em-

presarial, assim como os documentos juntados neste particular.

Ressalto, desde já, que, considerando a extrapolação habitual da jornada de 4 horas, aplico o entendimento do item IV, da S. 437, do C.TST, por analogia.

As horas extras acima deferidas deverão ser calculadas de acordo com os seguintes critérios:

Divisor 120;

Adicional de 100%, conforme legislação específica, inclusive quanto ao intervalo suprimido, pois a CLT traz um mínimo que pode ser majorado se houver previsão nesse sentido, situação do caso concreto;

Base de cálculo na forma da Súmula 264, do C.TST, incluindo todas as parcelas de natureza salarial, inclusive as diferenças advindas do reconhecimento da equiparação salarial;

Dias e horários efetivamente trabalhados, conforme apontado acima, excluindo os dias em que a autora ficou afastada em gozo de benefício previdenciário;

Evolução salarial da autora;

Observação da S.347, do C.TST;

Dedução dos valores pagos e comprovados pela reclamada na fase de conhecimento a título de horas extras.

São devidos os reflexos em depósitos do FGTS e DSR's. Indevidos os reflexos em aviso-prévio, em férias proporcionais acrescidas de 1/3, 13º salário proporcional e na indenização de 40%, em virtude da manutenção da justa causa, conforme decidido.

Friso que os reflexos nos DSR's incidirão apenas na forma da S. 172, do C.TST, conforme acima deferido. Assim, a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute, como pretendido, no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de "bis in idem", inteligência da OJ nº 394, da SDI-I, do C.TST.

Ressalto que as horas extras decorrentes da violação ao intervalo produzirão reflexos nas verbas em comento, por aplicação da S.437, do C.TST.

Indevida a aplicação da S.85, do C.TST, e suas limitações, pois não demonstrada efetiva forma de compensação de jornada e a prática habitual de horas extras, conformereconhecida, afasta a sua validade para todos os fins.

Adotados os critérios em comento, ficam expressamente rechaçadas os critérios e teses de fls.128/137.

Observadas as limitações acima indicadas, ficam analisados os pedidos de itens "e", "f", "g", "j" e "k", do rol de pedidos.

Prejudicados os pedidos formulados nos itens "h" e "i", do rol da inaugural.

Repito que, adotada a presente fundamentação, ficam expressamente rechaçadas as teses, alegações, formas de cálculo e limitações lançadas nos autos em sentido contrário por ambas as partes.

#### 7. Restituição de descontos

A CRFB consagrou o princípio da liberdade sindical, sendo que todos são livres para se associar ou não.

A prova dos autos demonstrou que a autora fora obrigada a se associar, como se infere do depoimento da testemunha da reclamante.

Os depoimentos das testemunhas da ré são imprestáveis, conforme já decidido.

Portanto, deve a empresa restituir à autora os valores descontados irregularmente de seu salário a título de mensalidade sindical e os reflexos nos depósitos do FGTS em razão de irregular supressão salarial. Não há falar em reflexo na indenização de 40%, em virtude da justa causa mantida.

Atendido, com a especificidade acima, o pedido de item "t", do rol de pedidos.

Em razão da presente fundamentação, ficam expressamente afastadas as teses e alegações em sentido contrário indicadas nos autos, especialmente as de fls.158/159.

#### 8. Mensalidade OAB

Tendo em vista que a reclamante saiu dos quadros da ré apenas em 20.09.2012; que a mensalidade da OAB vence por volta do dia 15, ou seja, enquanto o contrato ainda estava em vigor; que a reclamada pagava a aludida contribuição; que inexistia prova nos autos de sua quitação, procede o pedido de pagamento da aludida mensalidade, referente ao mês de setembro, conforme causa de pedir.

Não há falar no pagamento de mensalidades após setembro de 2012, como requerido, pois o contrato fora resiliado e não houve reconhecimento de garantia de emprego. Tampouco há falar no pagamento de outros meses, conforme rol da peça de ingresso, em razão do exposto na causa de pedir.

Procede, portanto, o pedido de item "u", do rol de pedidos, com as especificidades acima.

Adotada a fundamentação, ficam expressamente rechaçadas as teses e alegações em sentido contrário indicadas nos autos.

#### 9. Multa prevista no artigo 53, da CLT. Multas previstas em CCT

Nada há a ser deferido quanto a ambos os pedidos.

A multa prevista no artigo 53, da CLT, tem caráter administrativo e não se destina à autora, devendo ser cobrada pelo MTE. Será determinada a expedição de ofícios para tanto.

Quanto às previstas em CCT (dissídios), por se tratar de direitos previstos em normas coletivas, específicas de cada categoria, o que afasta o princípio do jura novit curia, cabe à parte especificar e demonstrar, de forma correta, o fundamento jurídico de seu pedido. Como não juntou aos autos norma coletiva e sequer indicou as cláusulas que entendeu violadas, nada há a ser deferido. Não é atribuição do Juízo ficar prospectando e esmiuçando convenções coletivas, para tentar localizar esta ou aquela cláusula específica.

Improcedem, portanto, os pedidos de itens "cc" e "ff", do rol de pedidos.

Afasto, em virtude da presente fundamentação, todas as teses e alegações em sentido contrário indicadas nos autos.

#### 10. Indenização por danos morais

A reclamante formula pedido de indenização por danos morais por diversos fundamentos.

A prova dos autos revelou que a autora fora contratada com salário inferior ao percebido para a função que efetivamente exercia, conforme reconhecido no capítulo referente à

equiparação salarial, e narrativa de fls.15/16.

A testemunha da reclamante também comprovou que a Sra, Michelle tratou a autora de forma absolutamente desrespeitosa, com chistes envolvendo sua origem e vida privada. Reitero que o depoimento da própria ofensora é absolutamente imprestável, pois, conforme decidido, referida empregada é advogada e procuradora da empresa.

Também restou comprovado, conforme fundamentação, a ausência de concessão de intervalo para refeição e descanso e o não pagamento de horas extras e seus reflexos.

Restou, ademais, provado o uso do certificado digital da autora sem sua autorização.

Como se vê, apesar de regular a justa causa, as demais violações praticadas pela empresa e seus prepostos demonstram o descaso da ré com a reclamante e com o Direito do Trabalho, provocando lesão à honra e à dignidade do cidadão-trabalhador.

Ressalto que os trabalhadores não perdem sua dignidade ao adentrar os "muros" da empresa, pois o contrato de emprego não se constitui em título legitimador de recortes no exercício de direitos fundamentais, sendo certo que os canais institucionais da ré, não se mostraram de qualquer utilidade neste particular.

Na verdade, o que se verifica no caso é que a reclamada extrapolou os limites do poder diretivo ao proceder como demonstrado, sendo certo que é responsabilidade da empresa zelar pelo respeito aos direitos fundamentais no ambiente de trabalho e que a empresa é responsável pelos atos de seus prepostos, na forma do Código Civil.

Nessa quadra, mostra-se claramente que a conduta dos prepostos da reclamada abalou a integridade psíquica da reclamante, que se via humilhada no ambiente de trabalho, local de onde retirava sua fonte de subsistência e realização pessoal.

Portanto, presente o dano, a conduta da reclamada e o nexos causal ente eles, procede o pedido de indenização por danos morais (item "bb", do rol de pedidos e a formulação em sede de aditamento).

Arbitro o valor da indenização em R\$ 70.000,00, valor condizente com a extensão do dano, o grau de reprecensibilidade da conduta da reclamada (conforme George Whitecross Paton. A text-book of Jurisprudence. Oxford: Clarendon, 1972. P.491), sua reiteração e a capacidade econômica da empresa, gigante em sua área de atuação, com mais de 24.000 empregados, conforme por ela mesmo reconhecido.

Além disso, o valor em comento atende ao princípio da proporcionalidade e serve de lenitivo à dor sofrida pela autora e não como forma de enriquecimento indevido, e visa a evitar novas condutas idênticas por parte da ré.

Adotada a presente fundamentação, ficam expressamente rechaçadas as teses e alegações em sentido contrário indicadas nos autos, especialmente as de fls.159/170.

#### 11. Justiça Gratuita e Honorários Advocatícios/Indenização por perdas e danos

Defiro os benefícios da Justiça Gratuita em razão do teor da declaração de fls. 25 (item "ee", do rol de pedidos).

Não há falar em deferimento de honorários advocatícios eis que não preenchidos os requisitos da S.219, do C.TST (item "dd", do rol de pedidos).

Indefiro o pagamento de indenização por perdas e danos (danos materiais, aplicação de artigos da CRFB, Código Civil, CPC, e Estatuto da Advocacia), pois a contratação de advogado nesta Especializada é facultativa. Ademais, o pedido em comento envolve, na verdade, pagamento de honorários advocatícios sob outra rubrica e estes apenas são devidos nas hipóteses da S. 219, do C.TST, não verificadas nos presentes autos (item "dd", do rol de pedidos).

Rechaçadas estão, em virtude da fundamentação em apreço, todas as teses e alegações em sentido contrário lançadas nos autos.

#### 12. Aplicação dos artigos 355 e 359, do CPC, e expedição de ofícios

Inaplicáveis os artigos em comento, pois a reclamada juntou aos autos os documentos necessários ao deslinde do feito. Esclareço, ainda, que todas as questões foram resolvidas com base na aplicação das regras de distribuição do ônus da prova (item "x", do rol de pedidos).

Em razão das irregularidades apontadas, determino a expedição de ofícios à CEF, DRT, MPT e MPF (item "gg", do rol de pedidos). Determino, ainda, a expedição de ofício ao INSS para apurar a conduta da autora.

#### 13. Compensação

Tendo em vista que a reclamante e a reclamada não são, respectivamente, devedora e credora de verbas de natureza trabalhista, não há falar em compensação. Por outro lado, restam autorizadas as deduções dos valores pagos e comprovados nos autos na fase de conhecimento, sob os mesmos títulos dos ora deferidos.

#### 14. Correção monetária - época própria e juros

A atualização monetária da indenização por danos morais há de ser calculada com base na S.439, do C.TST. Quanto às demais verbas, há de ser calculada a partir das épocas próprias para o pagamento dos títulos concedidos, ou seja, a partir do mês subsequente ao vencimento da obrigação, nos termos do art. 459, § 1º, da C.L.T., c/c Lei 8.177/91 e art. 5º, II da CRFB, conforme pacificado pela S. 381, do C.TST.

**Juros de mora** na forma da lei 8.177/91, 1,0% ao mês, simples e pro rata die, contados do ajuizamento da presente reclamatória (S.200/TST).

Em razão da presente fundamentação, ficam afastadas as teses lançadas em sentido contrário nos autos.

#### 15. Contribuições previdenciárias e fiscais

Em atendimento ao § 3º, do art. 832, da CLT, declara-se que as parcelas deferidas têm natureza salarial, à exceção daquelas expressamente excluídas pelo artigo 28, §9º, da Lei nº 8.212/91. Caberá à reclamada efetuar os recolhimentos previdenciários deduzindo do crédito da reclamante a parcela de contribuição por ela devida, observados os limites do salário de contribuição e os critérios da S. 368, do C.TST. Os reco-

limentos fiscais também deverão ser feitos e comprovados pela reclamada, obedecidos os critérios da S. 368, do C.TST e OJ 400, da SDI-I, do C.TST.

A reclamada deverá comprovar nos autos em até 10 dias após o pagamento do crédito à autora os recolhimentos em comento, sob pena de execução.

Em razão da presente fundamentação e da aplicação da OJ 363, da SDI-I, do C.TST, ficam expressamente afastadas as teses em sentido contrário lançadas nos autos por todas as partes.

### 16. Litigância de má-fé e demais teses. Limitações trazidas nas peças de resistência. Forma de liquidação

Conforme exaustivamente indicado em cada capítulo da sentença, uma vez adotada a fundamentação, ficam afastadas as teses em sentido contrário arguidas nos autos por todas as partes, sendo descabida a oposição de aclaratórios para rever o posicionamento do Juízo ou visando nova apreciação da prova. Nesse sentido, cito o precedente do C.TST: ED-RR 248640-80.2007.5.02.0048, AC. 7ª T. 14.09.2011.

As verbas deferidas deverão ser calculadas de acordo com os critérios indicados na fundamentação, ficando afastadas todas as formas de cálculo apontadas pelas partes em sentido contrário.

Os valores ora deferidos deverão ser apurados em liquidação de sentença por simples cálculos. Ressalto que a liquidação por artigos somente se justifica quando houver necessidade de alegação e produção de provas de fatos novos, o que não se coaduna com a situação dos autos, ficando qualquer pleito neste sentido rejeitado.

Os juros, correção monetária, recolhimentos fiscais e previdenciários obedecerão aos parâmetros já estipulados na decisão e aos termos das leis que regem as respectivas matérias, ficando afastadas somente as teses, alegações e limitações indicadas nos autos em sentido contrário às decididas.

Os critérios de fls.176/178, quando pertinentes, já foram atendidos. Nada obstante, esclareço que: a) já autorizada a dedução e afastada as demais formas indicadas; b) já indicados os critérios; c) já autorizados os descontos e indicados os critérios; d) já afastado, conforme capítulo próprio. Ademais, não há falar em custas proporcionais por ausência de previsão legal.

Friso que afastado eventuais alegações de julgamento “extra/ultra petita”, pois aplico ao caso os princípios da celeridade e simplicidade. Ademais, cabe ao Juiz do Trabalho determinar a forma de cálculo das verbas deferidas em Juízo, sem qualquer violação ao princípio da demanda, por aplicação dos princípios em comento.

Ainda sobre o tema, reitero que no Processo do Trabalho há a prevalência da teoria da individualização da causa de pedir da petição inicial trabalhista, exegese do artigo 840, da CLT. Nesse sentido, a lição do clássico Wilson de Souza Campos Batalha: “Note-se que a CLT não formula exigências análogas às do CPC/73, justificando-se a dispensa de vários requisitos: porque os fundamentos jurídicos do pedido dependem de livre apreciação judicial, máxime em sistema processual que permite a leigos postularem em juízo(..).” (Tratado de direito

judiciário do trabalho. 2.ed. São Paulo: Ltr, 1985).

Isso significa que, uma vez incluída no polo passivo, ao Magistrado é permitido julgar e declarar a responsabilidade da ré e a abrangência da condenação usando os fundamentos que melhor lhe pareçam aplicáveis à espécie, independentemente da eleição feita pela reclamante, sem configurar qualquer violação (Carlos Roberto Gonçalves. Novo Curso de Direito Processual Civil. V.2. São Paulo. Saraiva. 2005).

De qualquer modo e por excesso de zelo, indico, mais uma vez, que afastado todas as teses, alegações, formas de cálculo, proporcionalidades e impugnações ofertadas pela ré e pela autora, que estejam em descompasso com o acima decidido, especialmente as da defesa empresarial.

A reclamante exerceu regularmente seu direito de ação.

Contudo, entendo que a conduta processual da reclamada violou frontalmente os artigos 14, I, II e III, e 17, II, III, V e VI, ambos do CPC.

Isso porque, tal qual se extrai da fundamentação acima e do contexto fático probatório dos autos, a ré, com relação à indenização por danos morais, conduta dos superiores hierárquicos da autora e jornada efetivamente praticada, temas centrais do processo, apresentou defesa divorciada da realidade.

Com efeito, a empresa defendeu-se de forma contraditória com seus próprios documentos com relação à jornada; tentou levar este Juízo a erro, trazendo como testemunha sua própria advogada e procuradora e nada informando a respeito; seu próprio preposto contradisse a tese com relação ao cargo de confiança e exercício de atividade externa, ao informar que a reclamante não tinha poderes de mando e gestão e que havia horário contratual, tudo a indicar que as teses defensivas, neste quadrante, são absolutamente desprovidas de fundamento, configurando o abuso do direito de defesa e que a intenção empresarial é apenas protelatória e temerária.

O comportamento processual da empresa não pode ser aceito pelo Judiciário e deve ser desestimulado por meio da aplicação das penalidades previstas na legislação processual civil. Do contrário, o Judiciário continuará a tolerar e, em última análise, incentivar o uso do processo para retardar o pagamento de verbas trabalhistas sonegadas durante a relação de emprego, apresentando-se como verdadeira vantagem econômica ao mau empregador.

Nesta quadra, esclareço que a função do Juiz não se resume em repetir mecanicamente o que está escrito em textos legais. Cabe a ele ajustar a lei às necessidades do caso concreto, mormente quando está em jogo a própria dignidade do Poder Judiciário e a eficácia de direitos fundamentais. Como ensina Luigi Ferrajoli, a Jurisdição já não é a simples sujeição do Juiz à lei, mas também análise crítica de seu significado como meio de controlar sua legitimidade constitucional (Derechos Fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid. 2001, p.55).

Relembro, ainda, à reclamada que o direito de defesa e acesso à Justiça não é absoluto e deve ser exercido em obediência aos deveres éticos, sob pena de caracterizar, consoante lição de Ricardo Luiz Lorenzetti, citada pelo Eminentíssimo Desembargador Sérgio Pinto Martins, “excesso do acesso” à

Justiça (Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 109/11).

Cito, também, precedente do E. STF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, segundo o qual “o processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma ideia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé – trata-se de parte pública ou parte privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência do processo” (EDcl-AgRG, 2000.691-DF).

Por tudo isso, reputo a reclamada litigante de má-fé e aplico multa de 1% sobre o valor da causa, arbitrado na sentença, e determino que indenize a reclamante pelos prejuízos por ela sofridos, estes aqui fixados em 20% do valor da causa, ora arbitrado, tudo em conformidade com os artigos 17 e 18, do CPC e a ser revertido à autora.

Regular a conduta da testemunha da autora.

Por fim, com relação à conduta das testemunhas da ré, decido o seguinte.

Não tenho dúvidas de que as testemunhas da reclamada expuseram os fatos em Juízo em desacordo com a verdade, como exige a lei.

Dessarte, a primeira testemunha, mesmo sendo confrontada pelo Juízo com informações extraídas do próprio sítio da empresa na rede mundial de computadores, manteve a negativa quanto à existência de grupo econômico com outra empresa controlada pela ré, apesar de a página explicar o contrário, em conduta temerária e que demonstra seu absoluto descaso com o Poder Judiciário, a contaminar integralmente seu depoimento como meio de prova, conforme já indicado.

A segunda testemunha também mostrou seu desprezo com o Judiciário e com os deveres éticos da própria profissão por ela exercida. Neste particular, relembro que a Sra. Michelle, apesar de ser advogada e procuradora da ré, assinando peças e constando na capa dos autos, compareceu em Juízo e prestou compromisso sem nada informar sobre sua condição, em conduta que, certamente, tentou levar este Magistrado a erro, além de violar o artigo 405, par.2º, inciso III, do CPC, de seu conhecimento, como causídica, o que também tornou seu depoimento imprestável como meio de prova.

A terceira, por sua vez, também prestou informações divorciadas da realidade e do contexto probatório dos autos, em claro intuito de favorecer a ré e sua tese.

Ademais, e como agravante, as três testemunhas são bacharelas em Direito, e pior, as duas primeiras são regularmente inscritas na OAB. Relembro às I. Bacharelas o teor dos artigos 2º, parágrafo único, incisos I e III, 4º e 6º, do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Por tudo isso, determino a expedição de ofício à Delegacia da Polícia Federal, à OAB e ao Ministério Público Federal ante os indícios do cometimento de falso testemunho pelas testemunhas Sras. Andressa Maria Risso Benfatti, Michelle Khairalla Martins Furquim e Ysadora Fernanda Tibúrcio da Silva, qualificadas às fls.198/200.

Encaminhem-se cópias da inicial, da defesa, da ata de au-

diência e da presente decisão, solicitando-se às autoridades que informem nestes autos o resultado das investigações. Além disso, pela intervenção no processo como testemunha (artigos 14 e 16, parte final do CPC) deveriam colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade real (art. 14, I e II do CPC), mormente por terem conhecimento jurídico, mas, como alteraram a verdade dos fatos, entendo que as testemunhas em apreço incidiram no disposto no art. 17, II do CPC.

Portanto, devem pagar, cada uma, multa de 1% sobre o valor da causa somada a indenização no percentual de 1,5% sobre o aludido montante (ambos fixados sobre o valor fixado na sentença), valores a serem revertidos à reclamante, tudo nos termos do art. 18 do CPC c/c art. 769 da CLT. As testemunhas em apreço terão o prazo de 08 dias, após a ciência pessoal da presente decisão, para pagamento das penalidades, independentemente da interposição de recurso pela reclamada (artigo 899, da CLT – os apelos têm efeito apenas devolutivo nesta seara processual), sob pena de imediata execução nos próprios autos, inclusive por meio de BACENJUD/RENAJUD.

### III.DISPOSITIVO

Ante ao exposto rejeito as preliminares e julgo **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados por **Solange Oliveira Silva em face de ISS Servisystem do Brasil Ltda.**, para, observados os parâmetros traçados na fundamentação, que integra o presente dispositivo para todos os fins, e conforme se apurar em liquidação de sentença (simples cálculos), condenar a reclamada ao pagamento de:

- diferenças salariais em decorrência da equiparação salarial e reflexos, conforme capítulo 5, da presente decisão;
- horas extras (jornada e intervalo) e reflexos, conforme capítulo 6, da presente decisão;
- restituição de descontos, conforme capítulo 7, da presente decisão;
- mensalidade da OAB, conforme capítulo 8, da presente decisão;
- indenização por danos morais, conforme capítulo 10, da presente decisão;

Condeno a ré e as testemunhas ao pagamento de multa e indenização por serem reputadas litigantes de má-fé, nos termos da fundamentação.

Defiro os benefícios da Justiça Gratuita à reclamante e a dedução.

Determino a expedição de ofícios aos órgãos mencionados na fundamentação, imediatamente.

Juros, correção monetária, recolhimentos previdenciários e fiscais na forma da fundamentação.

Relembro às partes que o Juízo, em sentença, não está obrigado a se manifestar sobre todos e quaisquer fundamentos e teses expostas nas peças acostadas, cabendo-lhe, sim, decidir a controvérsia com base no livre convencimento motivado (TST AIRR 18440-56.2008.5.10.0003 – Ac.8ªT. 15.12.2010). Nesse sentido, cito também a doutrina de Theotônio Negrão: “O Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo

suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco responder um a um todos os seus argumentos”. (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 2ª Ed. P.414. Saraiva).

Atentem, ademais, para o disposto nos artigos 17, 535 e 538, do CPC.

Observem a S.297, do C.TST, que determina a necessidade de prequestionamento apenas com relação à decisão de segundo grau.

Esclareço que a omissão apta a empolgar a oposição de embargos de declaração é aquela que ocorre quando a sentença não aprecia um ou mais pedidos e que a contradição que justifica o manejo dos embargos é aquela existente entre duas proposições da sentença. Assim, eventuais divergências das partes com relação à interpretação dada pela r. sentença à prova produzida ou quanto aos termos da condenação, devem ser arguidas por meio do recurso próprio.

Ressalto, também, que a contrariedade aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional. Nesse contexto, observem os artigos 131, do CPC e 93, IX, da CRFB.

Registro, ainda, que a efetivação da garantia constitucional referente à duração razoável do processo não é missão exclusiva dos julgadores, devendo as partes atentar para a utilização dos meios recursais em conformidade com a legislação em vigor.

Portanto, embargos de declaração fundamentados na mera justificativa de prequestionamento, e, ainda, sob falso argumento de contradição/omissão/obscuridade serão tidos como protelatórios, ensejando a pertinente multa pecuniária e o seu não conhecimento.

Custas pela reclamada sobre o valor ora arbitrado à condenação de R\$ 170.000,00, no importe de R\$ 3.400,00.

Intimem-se as partes e as testemunhas da reclamada pessoalmente.

Nada mais.

**LUIZ GUSTAVO RIBEIRO AUGUSTO**

Juiz do Trabalho

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** ajuizou **ação civil pública** em face de **VIAÇÃO GUAIANAZES DE TRANSPORTE LTDA, VIAÇÃO CURUÇÁ LTDA e INTER-BUS TRANSPORTE URBANO E INTERURBANO LTDA** pleiteando a condenação das rés em não prorrogar a jornada de trabalho em mais de duas horas, conceder intervalo entre jornadas, conceder intervalo intrajornada, não exigir trabalho em feriados sem prévia autorização, conceder descanso semanal remunerado, observar corretamente o registro de ponto, fazer constar nos recibos de pagamentos todas as parcelas decorrentes do contrato de trabalho, pagamento de indenização por dano moral coletivo. Atribuiu à causa o valor de R\$ 2.000.000,00.

Antecipação dos efeitos da tutela para deferir os pedidos elencados, exceto indenização por dano moral coletivo (fl.

107).

Conciliação rejeitada.

Em defesa conjunta as reclamadas arguíram preliminares, suscitaram prescrição e impugnaram as pretensões.

Réplica (fls. 512/529).

Audiência para tentativa de conciliação.

Não houve produção de prova oral.

Instrução processual encerrada (fl. 555).

Razões finais remissivas.

Conciliação final rejeitada.

#### FUNDAMENTAÇÃO

##### Ilegitimidade ativa

Compete ao Ministério Público a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos através da ação civil pública.

Quando a Constituição Federal tratou do assunto a categoria de direitos individuais homogêneos ainda não havia se desenvolvido com essa nomenclatura, mas já existia. Por isso, a Constituição não fez referência expressa a tais direitos (individuais homogêneos), mas apenas aos difusos e coletivos (artigo 129, III)

De todo modo a defesa de direitos individuais homogêneos é expressa na LC 75/93, artigo 6º XII e na Lei 8.078/90, artigo 81, III.

Evidente que os empregados enfrentam barreiras técnicas, econômicas e psicológicas para a defesa de seus interesses, razão pela qual o sistema jurídico atribuiu ao autor a defesa deles.

Equivocam-se as reclamadas na medida em que na presente demanda o autor não defende o direito isolado de um ou outro trabalhador, mas de todos aqueles que trabalham e podem vir a trabalhar na ré, daí porque o pleito envolve todas as categorias de direitos coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos).

Afasto.

##### Ilegitimidade passiva

Pretendem as rés Empresa Auto Ônibus Circular Humaitá Ltda e Inter-Bus Transporte Urbano e Interurbano Ltda a declaração de ilegitimidade para responder aos termos da presente demanda, na medida em que não são operadoras do sistema de transporte coletivo em Santo André.

No entanto, basta a afirmação do direito para que a parte seja considerada legítima, na medida em que na quadra atual (preenchimento das condições da ação), examina-se o pedido em tese.

Se as reclamadas operam ou não o sistema de transporte de passageiros é matéria que envolve o mérito da demanda, pois abstratamente elas são legítimas.

Afasto.

##### Interesse processual

O autor necessitou do Judiciário para obter o bem da vida pretendido, cujo eventual deferimento a ele será útil, pois adequada a via eleita.

As reclamadas resistem aos pedidos conforme se constata

dos termos da resposta, o que basta para o preenchimento da referida condição da ação.

A matéria envolvendo a natureza do direito coletivo em sentido amplo envolve legitimidade, assunto já decidido.

Afasto.

##### Litisconsórcio necessário

Através da presente demanda o órgão ministerial não pretende a declaração de nulidade de cláusulas normativas, mas que as rés deixem de exigir de seus empregados horas extras além do limite e que concedam intervalo mínimo de uma hora, entre outros.

Disso, em nada aproveitaria ao objeto e solução da presente a integração das entidades sindicais que firmaram normas coletivas.

Finalmente, em nosso sistema vigora a supremacia da Constituição e não das normas coletivas, embora estas ostentem importante papel no âmbito das relações de trabalho.

Afasto.

##### Prescrição

Por meio da ação civil pública o autor defende direitos coletivos em sentido amplo e pretende que as rés se abstenham de exigir horas extras além do limite legal, concedam intervalo intrajornada e descanso semanal, entre outros.

Ocorre que não se pretende como afirma a reclamada, reverter pedidos veiculados por trabalhadores em reclamações individuais, razão pela qual a pretensão não nasceu quando ocorridas as lesões mencionadas nas ações individuais que serviram de suporte ao inquérito civil.

As lesões são atuais e permanecem, tanto que as reclamadas assumem claramente que ultrapassam os limites legais para realização de horas extras e não concedem integralmente intervalo de uma hora, sustentando que a natureza da atividade assim exige.

Logo, evidente que não incide o prazo prescricional a partir de 2009, porque além de não se veicular aqui a proteção de direitos individuais homogêneos unicamente, mas coletivos em sentido estrito e difusos (não sujeitos a prescrição) porque projetam efeitos futuros e atuais, as ações mencionadas serviram como elementos de convicção do autor para aforamento da demanda, de forma que a pretensão não nasceu em 2009.

Afasto.

##### Nulidade do inquérito civil

O inquérito civil público é instrumento de atuação do Ministério Público do Trabalho, destinado a colher elementos de convicção para o órgão ministerial, para que este reflita sobre a tomada de determinadas medidas, judiciais ou não (artigos 129, III da Constituição Federal e 84, II da Lei Orgânica do Ministério Público da União - LOMPU).

Portanto, não cabe ao Judiciário declarar a nulidade do procedimento que ostenta caráter interno do Ministério Público, bastando que este esteja convencido a respeito da validade da medida.

Nesse cenário, o inquérito civil público serve como instrumento de convencimento do parquet, mas não espria efeitos

além dele, na medida em que as testemunhas ouvidas no referido procedimento, assim como todos os demais elementos nele contidos não foram submetidos ao crivo do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal).

Rejeito a nulidade pretendida pelas rés.

##### Horas extras

Afirma o autor que as rés adotam procedimento sistemático no sentido de exigir de seus empregados o cumprimento de horas extras além do limite legal de duas horas.

À folha 30 consta auto de infração lavrado pelo Ministério do Trabalho e Emprego em 13/07/2009, indicando alguns empregados que realizaram mais de duas horas extras de jornada na primeira reclamada (VIAÇÃO GUAIANAZES DE TRANSPORTE LTDA).

Em dezembro de 2010 novamente a fiscalização do trabalho verificou tal situação (fl. 59).

A mesma situação foi verificada em 2011 (auto de infração nº. 021516065), fl. 98, onde estão listados cinco trabalhadores que atuaram em sobrejornada além do limite legal, por exemplo, das 06h40 às 19h00 ou das 06h26 às 19h37.

Igualmente, há nos autos diversas sentenças proferidas pelas varas do trabalho de Santo André reconhecendo a extensa jornada, em especial no sistema denominado “maluco” ou “dupla pegada”, através do qual o motorista ou cobrador cumpre sua jornada contratual (inclusive com horas extras) e, no mesmo dia, são convocados ao trabalho em novo período, o que acontece para cobrir o horário de pico.

Exemplificativamente (4º volume de documentos, não numerados):

- a) nos autos do processo nº 2242/2009, desta vara, reconheceu-se em sentença jornada das 05h às 09h50 e das 13h15 às 01h20 (“maluco”);
- b) em audiência realizada em março de 2010 nos autos do processo nº. 00279/2010, também desta vara, a testemunha Marco Aurélio da Silva afirmou que trabalhou das 05h30 às 21h, mesmo horário declarado pela testemunha Wenceslau Maria de Oliveira Reis;
- c) nos autos do processo nº 789/2009, desta vara, reconheceu-se em sentença jornada das 05h às 10h e das 14h15 às 00h40 no mesmo dia;
- d) nos autos do processo nº 1924/2009 desta vara reconheceu-se em sentença jornada das 05h55 às 20h25 em um mesmo dia (“tabelão”);
- e) sentença nos autos do processo nº 22250/2010 reconhecendo a “dupla pegada”;
- f) em audiência realizada no processo nº 01867/2010 a testemunha Maria Aparecida de Araújo Acunha afirmou que havia o procedimento denominado “maluco”, ou seja, horário extra das 05h às 09h30 (além da jornada contratual) e que ela própria trabalhava das 05h20 às 20h, sendo que na oportunidade a testemunha da reclamada também confirmou a prática de dupla pegada;
- g) nos autos do processo nº 1192/2013 a 3ª Vara do Trabalho de Santo André reconheceu a jornada da inicial (das 05h30 às 09h30 e das 14h00 às 23h00 no mesmo dia).

Tais demandas envolvem o cotidiano das varas do trabalho de Santo André, daí a importância da presente ação civil pública.

Os atos processuais mencionados envolvem todas as reclamadas, sendo incontroverso que integram grupo econômico, portanto, pouco importa se o inquérito se voltou apenas contra a primeira ré como afirma a defesa, na medida em que o cenário demonstra o modus operandi do grupo no sentido de exigir inúmeras horas extras, no afã de reduzir seus custos e, por certo, vencer as licitações.

Além disso, por aplicação da súmula 129 do Tribunal Superior do Trabalho, o labor para várias empresas do mesmo grupo não enseja a existência de mais de um contrato.

Chama a atenção também que a par das referidas jornadas a reclamada insiste em sustentar a validade da redução do intervalo para 20/30 minutos, criando uma situação insustentável para o organismo e a mente humanas, em especial para os motoristas, com risco de vida não só para o trabalhador mas para toda a coletividade.

Mas o mais importante para a procedência do pedido é que a própria reclamada afirma que diante da especificidade de sua atividade não tem possibilidade de deixar de exigir que seus empregados trabalhem em volume de horas extras superiores a duas por dia, tornando incontroversos os fatos elencados na inicial, no tópico.

Os fatores externos elencados pelas rés implicam em risco do negócio, intransferíveis aos empregados (artigo 2º da CLT).

Note-se que vozes importantes sustentam que a Constituição sequer autorizou o trabalho em jornadas superiores a 8 horas, na medida em que permite a compensação (para adequação às 44 horas semanais) e a redução mediante negociação coletiva.

Todavia prevalece o limite de 10 horas diárias, desrespeitado com frequência pelas rés em atividade essencial (fato incontroverso), colocando em risco as vidas dos trabalhadores, dos usuários do serviço público e da coletividade.

Assim, a jornada é de 8 horas, com a possibilidade de prorrogação em mais duas e é dentro desse limite que as reclamadas devem ajustar suas realidades, sob pena de admitir que as empresas que exploram atividade de transporte de passageiros estão acima da lei, o que não ocorre com nenhuma pessoa, instituição ou órgão de poder em nosso país (inciso II do artigo 5º da Constituição Federal).

Reconheço que as reclamadas violam de forma sistemática os limites dos artigos 7º, XIII da Constituição Federal e 59 parágrafo 2º da CLT, sendo injustificável o prazo pleiteado de 90 dias para adequação, primeiro porque os preceitos legais existem há décadas, sendo a jornada de 08 horas uma conquista secular e segundo porque a demanda foi aforada em abril do corrente, ou seja, tempo suficiente para adequação, que em verdade se reflete em mera contratação de mais empregados.

Finalmente, poderiam as reclamadas negociar prazo para cumprimento com o Ministério Público através do termo de ajustamento de conduta proposto, na medida em que o inquérito civil foi instaurado em dezembro de 2008 (1º docu-

mento do 1º volume de documento) e, em manifestações antes apresentadas as reclamadas já reconheciam a situação.

Disso, acolho o pedido e determino que as rés, a partir da publicação desta decisão, se abstenham de prorrogar a jornada de trabalho de seus empregados por mais de duas horas, sob pena de multa de R\$ 3.000,00 por empregado e por infração, com fundamento no artigo 11 da Lei 7.347/85, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

#### Intervalo de 11 horas entre jornadas

Considerando o quanto reconhecido no tópico imediatamente anterior, evidente que os empregados das reclamadas não desfrutaram do intervalo mínimo de 11 horas previsto no artigo 66 da CLT.

Por exemplo, na jornada denominada “tabelão” (das 05h30 às 21h00, aproximadamente), o descanso não chega a 9 horas consecutivas, intervalo que é ainda mais restrito no sistema denominado “maluco”.

Acolho o pedido e determino que as rés, a partir da publicação desta decisão, concedam intervalo mínimo de onze horas entre duas jornadas a seus empregados, sob pena de multa de R\$ 3.000,00 por empregado e por infração, com fundamento no artigo 11 da Lei 7.347/85, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

#### Intervalo intrajornada

Incontroverso que as rés impõem intervalos entre 25 e 30 minutos a seus empregados, sustentando que a redução está autorizada em normas coletivas.

O artigo 71 da CLT impõe um intervalo intrajornada mínimo de uma hora para preservar a saúde do trabalhador, cuja diminuição implica em potencializar o risco de acidente do trabalho, violando o artigo 7º, XXII da Constituição Federal.

O prestígio à negociação coletiva conferido pela Constituição (artigo 7º, XXVI), não permite a violação de norma de ordem pública. Aplicação da súmula 437 do Tribunal Superior do Trabalho.

Não há prova de concessão de intervalo superior a duas horas.

Acolho o pedido e determino que as rés, a partir da publicação desta decisão, se abstenham de exigir intervalos inferiores a uma hora dos empregados que trabalham mais de seis horas por dia, sob pena de multa de R\$ 3.000,00 por empregado e por infração, com fundamento no artigo 11 da Lei 7.347/85, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

#### Trabalho em domingos e feriados

O autor pretende que as rés sejam condenadas a não permitir o trabalho de seus empregados aos domingos e feriados sem autorização prévia da autoridade competente.

Entretanto, a atividade é essencial, sendo notório que deve funcionar em todos os dias, sem exceção.

A autorização já está dada pela Lei 605/59, artigos 1º e 5º parágrafo único, sendo que este último define exigências técnicas para funcionamento aos feriados, ou seja, interesse público que torne indispensável a continuidade do serviço, sendo dispensável nova autorização.

Não há prova de que as rés não concedem ao menos um intervalo semanal, ônus que ao autor competia por implicar em fato constitutivo de seu direito (artigo 818 da CLT).

O inquérito civil acostado aos autos não implica em prova automática porque as testemunhas lá ouvidas não foram submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa, em especial porque as rés não participaram de tais audiências administrativas.

No entanto, a par de poder exigir o trabalho em domingos e feriados, tal prerrogativa não se confunde com a obrigação de conceder a correspondente folga semanal.

Rejeito.

#### Pagamentos não contabilizados (“por fora”)

Afirma o autor que as reclamadas realizam pagamentos “por fora” aos empregados, deixando de inserir nos recibos de salários as verbas.

Com razão.

Exemplificativamente (4º volume de documentos não numerados):

- a) nos autos do processo nº 1381/2009, desta vara foi reconhecido o pagamento de horas extras não contabilizadas;
- b) nos autos do processo nº 789/2009, desta vara foi reconhecido o pagamento de valores não contabilizados;
- c) nos autos do processo nº 1924/2009, desta vara foi reconhecido o pagamento de valores não contabilizados;
- d) nos autos do processo nº 1744/2010, da 4ª Vara do Trabalho de Santo André, foi reconhecido o pagamento de valores não contabilizados;
- e) nos autos do processo nº 2225/2010, desta Vara foi reconhecido o pagamento de valores não contabilizados;
- f) em audiência realizada nos autos do processo nº 1867/2010, da 4ª Vara do Trabalho de Santo André, a testemunha Maria Aparecida de Araújo Acunha informou que recebia duas horas extras em holerite e o restante “por fora”, sendo que a testemunha da reclamada também confirmou a prática;
- g) nos autos do processo nº 1546/2010 desta vara foi reconhecido o pagamento de valores “por fora”;
- h) nos autos do processo nº 1982/2011 da 4ª Vara do Trabalho de Santo André foi reconhecido o pagamento de valores “por fora”.

Sumarizando, há elementos nos autos que comprovam a conduta das reclamadas no sentido de realizar pagamentos não constantes dos demonstrativos de pagamentos, o que diminui encargos sociais e reflexos para os empregados.

Acolho o pedido e determino que as rés, a partir da publicação desta decisão, se abstenham de realizar pagamentos de parcelas relativas ao contrato de trabalho sem registro formal, inserindo-as formalmente nos recibos de pagamentos, sob pena de multa de R\$ 3.000,00 por empregado e por infração, com fundamento no artigo 11 da Lei 7.347/85, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

#### Registro de ponto

Pretende o autor a condenação das reclamadas ao correto

registro dos horários de entrada e saída e de repouso semanal dos empregados.

Com razão. Exemplificativamente (4º volume de documentos não numerados):

- a) nos autos do processo nº 1967/2009, desta Vara, reconheceu-se a irregularidade dos registros de ponto;
- b) nos autos do processo nº 1867/2010, 4ª Vara do Trabalho de Santo André, a testemunha Maria Aparecida de Araújo Acunha disse que havia vários registros de ponto, um para as horas extras oficiais e outro para o “maluco” e o “tabelão”, mesma versão apresentada pela testemunha da reclamada, Ednaldo Barbosa Gomes;
- c) nos autos do processo nº 1546/2010, desta Vara, reconheceu-se a existência de duplo controle de jornada;
- d) nos autos do processo nº 1503/2010 a testemunha Aparecida Sueli Xavier declarou que as horas extras eram anotadas em controle separado;
- e) nos autos do processo nº 1192/2013 a 3ª Vara do Trabalho de Santo André reconheceu a existência de três controles de ponto.

Acolho o pedido e determino que as rés, a partir da publicação desta decisão, observem o correto registro dos horários de entrada e saída e de repouso semanal dos empregados, sob pena de multa de R\$ 3.000,00 por empregado e por infração, com fundamento no artigo 11 da Lei 7.347/85, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

#### Danos morais coletivos

Diante do quanto decidido, evidente que as reclamadas submeteram seus empregados a jornadas exaustivas sem intervalo de uma hora.

O fundamento da condenação em danos morais coletivos repousa no artigo 1º da Lei 7.347/85

No caso em apreço considerando a natureza da atividade, a submissão dos empregados, em especial os motoristas, a jornadas exaustivas começando no fim da madrugada de um dia e terminando no fim da noite do outro, quase no início de outra madrugada, evidencia injusta lesão à esfera coletiva atingindo não só os empregados, mas os familiares destes, os usuários do serviço e as demais pessoas envolvidas no trânsito.

A conduta deve ser coibida a fim de que a reclamada se amolde aos termos da legislação e abandone tal prática.

Disso, considerando o porte econômico das reclamadas (apenas a primeira ostenta capital social de cerca de dois milhões de reais), a garantia contratual para exploração do serviço no importe de seis milhões de reais, o caráter pedagógico e diante do princípio da razoabilidade, fixo indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

#### Juros e correção monetária

Juros de mora a partir da propositura da ação (artigo 883 da CLT), aplicados sobre o valor da condenação já corrigido (súmula 200 do TST), exceto indenização por danos morais,

que observará a súmula 439 do TST.

Recolhimentos previdenciários e fiscais

Não há recolhimentos previdenciários e fiscais incidentes sobre o objeto da condenação.

#### CONCLUSÃO

Posto isso julgo PROCEDENTES EM PARTE os pedidos formulados por MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO para condenar solidariamente VIAÇÃO GUAIANAZES DE TRANSPORTE LTDA, VIAÇÃO CURUÇÁ LTDA e INTER-BUS TRANSPORTE URBANO É INTERURBANO LTDA nas seguintes obrigações a partir da publicação desta decisão, sob pena de multa de R\$ 3.000,00 por empregado e por infração, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT:

- não prorrogar a jornada de trabalho de seus empregados por mais de duas horas;
- conceder a seus empregados intervalo mínimo de onze horas entre duas jornadas;
- conceder intervalo mínimo de uma hora aos empregados que trabalham mais de seis horas por dia;
- deixar de realizar pagamentos de parcelas relativas ao contrato de trabalho sem registro formal, inserindo-as nos recibos de pagamentos;
- observar o correto registro dos horários de entrada e saída e de repouso semanal dos empregados.

As reclamadas deverão pagar, a título de indenização por danos morais coletivos, o importe de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Valores a serem apurados em liquidação de sentença, nos termos da fundamentação, observados os limites dos pedidos.

Juros de mora a partir da propositura da ação, aplicados sobre o valor da condenação já corrigido, exceto indenização por danos morais, que observará a súmula 439 do TST.

Custas pelas reclamadas no importe de 2%, calculadas sobre o valor da condenação, arbitrado em R\$ 400.000,00.

Intimem-se as partes.

**RODRIGO ACUIO**

Juiz do Trabalho Substituto

**Renata Aparecida Peroni**, devidamente qualificada às fls. 03, ajuizou reclamação trabalhista em 10/08/11, em face de **Associação Recreativa Dealer Alphaville**, reclamada, também qualificada às fls. 3, buscando o reconhecimento do vínculo jurídico de emprego e o pagamento de verbas decorrentes do contrato de trabalho firmado com a reclamada, exploradora do jogo de pôquer.

Inicial com documentos.

Conciliação recusada.

Resistindo à pretensão, a reclamada apresentou resposta escrita, sob a forma de contestação, arguindo preliminar e impugnando o mérito pelas razões de fato e de direito ali contidas.

Contestação com documentos.

Houve apresentação de réplica.

Foram colhidos os depoimentos das partes. Sem mais provas, encerrou-se a instrução processual às fls. 54-verso.

Razões finais orais pela reclamante e remissivas pela reclamada.

Conciliação novamente recusada.

Foi convertido o julgamento em diligência às fls. 55.

Designada nova audiência de julgamento para o dia 30/03/12, às 16:00 horas.

É o relatório, decido.

#### DA PRELIMINAR DE EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO

Sem razão. Conforme autuação, o Sr. Fabio Murilo Marinho do Amaral não foi incluído no polo passivo. Rejeito.

#### DO MÉRITO

##### DO REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO DE REVELIA E CONFISSÃO

Melhor examinando os autos, verifico que a procuração de fls. 29 foi devidamente assinada pelo diretor da ré, Sr. Fábio Murilo Marinho do Amaral, conforme confronto da assinatura de fls. 29 com as constantes nos documentos de fls. 32 e 42. Rejeito.

##### DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DECLARADA DE OFÍCIO

A reclamante apresenta pretensão pautada em contrato de trabalho firmado com a reclamada, que por sua vez explora o jogo de pôquer, tal como reconhecido em defesa, em réplica às fls. 53 e nas razões finais de fls. 54-verso.

Ademais, os documentos juntados pela reclamada, às fls. 44/47, reconhecidos pela reclamante em réplica como referentes à atividade-fim da reclamada, confirmam a prática habitual de cobrança de valores dos participantes, que eram trocados por fichas para a participação no jogo de pôquer, com o fim exclusivo de concorrer a prêmios pagos pela reclamada aos vencedores.

Ocorre que o contrato de trabalho deve observar as regras de validade do negócio jurídico previstas nos arts. 104 e 166 do CC/02.

Dessa forma, não há como se considerar válido eventual contrato de trabalho cujo objeto seja ilícito, tal como no caso em tela em que a ré explora atividade considerada contravenção penal – arts. 104, II e 166, II e VII do CC/02 c/c art. 8, PU da CLT c/c art. 50, caput, § 3º, “a” e “c” e § 4º, “a”, “c” e “d” do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) e arts. 1º e 3º do Decreto-lei nº 9.215/46.

E não se diga, aqui, que o jogo de pôquer depende da capacidade intelectual de cada jogador, o que afastaria a ilicitude do objeto, porquanto ainda que se considere a habilidade de cada jogador, ainda assim está presente de forma marcante o fator sorte, em especial quando da distribuição das cartas aos jogadores.

Mesmo que assim não fosse, isto é, mesmo que considerássemos que o fator preponderante em tal modalidade é a habilidade ou capacidade intelectual de cada jogador, mesmo assim, no presente caso, estaríamos diante de atividade ilícita,

ta, nos termos da alínea “c” do § 3º do art. 50 do Decreto-lei nº 3.688/41, tipificada pela presença de apostas com o pagamento de inscrições nos jogos, com o intuito exclusivo de concorrer aos mais variados prêmios pagos pela reclamada à margem da lei.

Repare, ainda, que da leitura do art. 814, caput e §§, podemos perceber que existem três espécies de jogo: o jogo proibido, o jogo não-proibido e o jogo legalmente permitido, sendo que apenas para este último a aposta é lícita.

No mesmo sentido, entendendo pela impossibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego em atividades ilícitas temos a OJ nº 199 da SBDI-1 do C. TST, firmando tal entendimento em relação ao jogo do bicho, por também ser considerado contravenção penal, nos termos do art. 58 do Decreto-lei nº 3.688/41.

Ainda sobre o tema, em caso idêntico ao do presente feito, temos a recente decisão proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho Substituto, Dr. Sérgio Paulo de Andrade Lima, nos autos do processo nº 0002211-45.2011.5.02.0421, na qual restou reconhecida a impossibilidade de se declarar o vínculo jurídico de emprego na atividade ilícita do jogo de pôquer. Passo a transcrever, abaixo, trecho da brilhante decisão:

“Pela análise da inicial, o reclamante prestava serviços ao reclamado em atividade ilícita, qual seja, jogo de azar (em torneio de jogo de Poker).

Ora, nos termos do artigo 50 do decreto 3.688/41, estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele é uma contravenção penal, ou seja, atividade ilícita.

Ora, tratando-se de caso no qual a atividade desenvolvida pelo empregado consiste em atividade considerada contravenção penal, não há como se reconhecer o vínculo empregatício, em face da ilicitude do objeto do contrato estabelecido entre as partes, nos termos dos arts. 104 e 166 do Código Civil, de aplicação subsidiária”.

Por todo o exposto, declaro de ofício a impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento do vínculo jurídico de emprego existente entre as partes e das demais pretensões dele decorrentes – art. 267, VI do CPC c/c art. 769 da CLT.

Por fim, o fato de a reclamante ter exercido a função de auxiliar de serviços gerais em nada altera a conclusão supra, uma vez que sabia da ilicitude da atividade da reclamada, contribuindo, assim, com as suas tarefas para a continuidade da atividade ilícita. Entendimento diverso levaria à conclusão de se admitir auxiliares de limpeza ou de serviços gerais executando tarefas também em outras atividades ilícitas, tais como limpeza em depósito de animais silvestres ligados ao tráfico internacional, limpeza de refinarias de cocaínas, limpeza do local de apuração do jogo do bicho etc, o que, por óbvio, deve ser rechaçado.

#### DA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO

Diante da atividade ilícita incontroversa constatada acima, expeça-se ofício ao Ministério Público Estadual, com as cópias da inicial, da defesa, dos documentos de fls. 44/47, da ata de fls. 54 e verso e da presente decisão, para a apuração da

contravenção penal e o ajuizamento de eventual ação penal, conforme entender cabível.

#### DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A reclamante requer a concessão do benefício da gratuidade de Justiça, declarando, para tanto, ser hipossuficiente, conforme declaração de fls. 10.

Defiro, nos termos do art. 790, § 3º da CLT o benefício requerido.

#### DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Tratando-se de demanda relativa à relação de emprego, a matéria segue regida pela Lei nº 5.584/70 - art. 5º da IN nº 27/05 do C. TST e Súmulas nº 219 e 329, ambas do C. TST.

Assim, embora concedido o benefício da gratuidade de Justiça, a reclamante não está assistida pelo Sindicato de sua categoria profissional. Logo, não preencheu os requisitos legais para fazer jus ao benefício.

Com relação aos honorários advocatícios constantes dos arts. 389 e 404 do CC/02, entendo ser inaplicável à lide concernente à relação de emprego, diante da previsão específica da Lei nº 5.584/70 e do ius postulandi previsto no art. 791 da CLT, que afastam o cabimento da indenização pleiteada.

Além disso, a reclamante foi sucumbente na presente demanda. Indefiro.

#### DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Não houve a configuração de qualquer das hipóteses do art. 17 do CPC. Indefiro.

**POSTO ISSO**, afasto a preliminar suscitada, e, assegurada a gratuidade de Justiça à reclamante, julgo extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC c/c art. 769 da CLT, formulado por **RENATA APARECIDA PERONI** em face de **ASSOCIAÇÃO RECREATIVA DEALER ALPHAVILLE**, conforme fundamentação supra, que este decismum integra.

**Expeça-se ofício ao MPE**, na forma da fundamentação supra.

Custas de R\$ 600,00, calculadas sobre o valor da causa de R\$ 30.000,00, - art. 789, II, CLT -, pela reclamante, dispensada por ser beneficiária da gratuidade de Justiça.

Intimem-se as partes.

**LEONARDO GRIZAGORIDIS DA SILVA**

Juiz do Trabalho Substituto

#### I. RELATÓRIO.

O Ministério Público do Trabalho postula tutela inibitória e dano moral coletivo.

A defesa suscita preliminares e refuta os argumentos do autor (fls. 97/118).

Encerrada a instrução processual (fls. 32).

Réplica às fls. 149/157.

Nova proposta de conciliação rejeitada.

#### II. FUNDAMENTAÇÃO.

**PRELIMINARES**

Em sede de preliminar, a ré trata de questões atinentes ao mérito, notadamente sobre a aplicação e alcance da Portaria 15/2010 do MTE.

Os argumentos trazidos a título de insegurança jurídica fazem supor que eventual decisão judicial contra a instrução normativa seria indevida. Entretanto, a existência de Portaria não pressupõe seu regular cumprimento, nem o correto alcance que se pretende lhe conferir. Fosse pouco, levado a efeito tais argumentos, atingiria o absurdo em se considerar o Poder Judiciário engessado por qualquer normatização (sobretudo quando emanada de função atípica do Poder Executivo). O Judiciário é quem aplica a lei ao caso concreto, com respaldo do princípio constitucional do amplo acesso.

Sobre a alegação de falta de interesse, mais uma vez lança mão de argumentos de mérito. Vale lembrar, por oportuno, que o Ministério Público do Trabalho detém interesse na defesa de direitos coletivos lato sensu (inclusive individuais homogêneos de natureza indisponível). Tudo conforme mandamentos contidos na Constituição da República e de seu Estatuto.

Portanto, as preliminares não prosperam.

**MÉRITO**

O cerne da demanda diz respeito à alegação de que a ré estivesse “condicionando a prestação de assistência na homologação de rescisões trabalhistas à inexistência de débitos sindicais por parte de empresas ou trabalhadores”.

Promovidas denúncias e instaurado inquérito civil, o autor juntou documentos do apurado na presente ação.

Em defesa, o sindicato inicialmente sustenta falta de provas, no sentido de que a ação tem por base denúncias dos empregadores tão somente. Estes, segundo a ré, contumazes devedores de contribuições sindicais, verbas rescisórias, FGTS, INSS, estabilidade etc.

Sustentou que o sindicato não é mero chancelador de homologação. É um assistente para análise da correta quitação de direitos.

Argumenta que o Ministério Público do Trabalho está advogando e privilegiando os empregadores.

Assevera que “não pode e não irá lançar carimbo que ‘avalize’ práticas que têm por escopo violar, fraudar ou inadimplir as obrigações decorrentes da Lei”. Lembra a redação do art. 8º, III, da CR.

Destaca que o termo “assistência” contido no art. 477 da CLT não é palavra inútil.

Cita disposições da Portaria 15/2010 do MTE.

O teor da defesa confirma os fatos narrados na inicial, no sentido de que o sindicato tem se negado à realização de homologação. As denúncias têm fundamento, portanto, ainda mais quando se verifica a afirmação do representante do sindicato (documento de fls. 484 do volume), no sentido de que a prática “não persiste”.

Os argumentos da defesa não prosperam, sob qualquer ângulo.

A assistência prevista no art. 477, § 1º, da CLT deve ser lida com o art. 514, do mesmo diploma, em cuja alínea “a” declara que é dever do sindicato “colaborar com os poderes públicos

no desenvolvimento da solidariedade social”.

Para isso, a Portaria 15/2010, em especial os artigos 4º e 8º, prevê atribuições concernentes a tal assistência. Entretanto, há limitações, visto que a entidade sindical não tem poder decisório e suas conclusões - sobretudo as equivocadas como a presente - não têm força vinculativa.

Mesmo em se considerando o contumaz inadimplemento de verbas trabalhistas por parte dos empregadores, o que ressoa como retórico ou redundante, a considerar a velha história capital e trabalho, a conduta da ré agrava a situação.

Esqueceu esta em destacar na sua defesa que a mesma Portaria, no art. 10, § 2º, estabelece a necessidade de denunciar aos órgãos de fiscalização as irregularidades encontradas; o § 3º estabelece, nesse contexto, que o sindicato apenas formule no termo rescisório a ressalva. Aliás, isso está reforçado no art. 11. Prejuízo algum ao trabalho advém deste procedimento, porque não se quita o que não está expresso no termo (art. 477, § 2º, da CLT e art. 320 do Código Civil). A ressalva fortalece ainda mais a assistência do sindicato e é prestigiada pela Súmula 330 do C. TST.

Impedir a homologação é impor ao trabalhador dupla punição. Primeiro por verbas devidas por seu empregador. Segundo, pela instituição que deveria zelar - efetivamente - por seus interesses, e não sonegar ato que possibilitaria o recebimento de FGTS e seguro-desemprego. Essa conduta avilta o art. 8º, III, da CR, cujos efeitos devem irradiar todo o ordenamento, em especial o art. 477 da CLT e a citada Portaria do MTE, e guiar a conduta das entidades sindicais.

A ré delimitou que os denunciadores são devedores contumazes. Pergunta-se: o que fez, então, para impedir isso, considerando o já citado art. 8º da CR? Tomou medidas protetivas para o trabalhador junto ao Judiciário, única razão que justifica a sua existência jurídica? Denunciou aos Órgãos fiscalizadores, conforme determina a Portaria que a própria ré enaltece? Nenhum prova, nesse sentido, foi colacionada aos autos, o que faz pensar que a recusa em homologar tem interesse menor, pequeno, ou seja, apenas no custeio de suas contribuições. O interesse do trabalhador foi para planos secundários.

Se houver inadimplência de contribuições sindicais, detém a entidade o direito de postulação junto ao Judiciário, porque há uma lesão a ser reparada. O contrário acarretaria o exercício arbitrário da própria razão (art. 345 do CP). É crime.

Portanto, a ré agiu em desconformidade com os mandamentos contidos no art. 8º da CR, no art. 477, § 7º, e 514 da CLT, e na Portaria 15/2010 do MTE.

A partir daí, passo a analisar o pedido de ressarcimento à coletividade, a título de dano moral coletivo.

Consiste na injusta lesão a interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade. Seu conceito supera a definição de dor psíquica, exclusivo de pessoas físicas. A violação recai sobre valores coletivos, ou seja, o indivíduo respeitado não apenas como ser singular, mas também como ser social. A coletividade destes trabalhadores titulariza valores morais que merecem proteção.

A conduta da ré, além de ilegal, é lesiva, não a uma individualidade considerada, mas a toda a coletividade que espera

da entidade sindical uma aliada na proteção dos trabalhadores. Há relevância social, na medida em que o trabalhador conta unicamente com o seu sindicato para proteção de seus interesses individuais.

Não se olvide que TODOS os trabalhadores devem ser protegidos pelo sindicato, com o qual se vinculam pela contribuição sindical que lhe é imposto por lei.

Impõe-se a reparação a tal título, portanto.

Para o arbitramento do dano moral coletivo, não se espera empobrecer, mas apenas qualificar a ilicitude e servir como fator dissuasório, para evitar novas temeridades deste jaez. Arbitro a importância de R\$ 50.000,00, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Acerca da tutela inibitória, relembro que, não obstante a ilegalidade a que se conduziu a ré, em defesa asseverou que “não pode e não irá lançar carimbo que ‘avalize’ práticas que têm por escopo violar, fraudar ou inadimplir as obrigações decorrentes da Lei”. Diante dessa certeza que se mostrou equivocada, com fulcro no art. 11 da Lei 7.347/85, impõe-se multa de R\$ 1.000,00 a cada nova recusa de homologação de rescisão contratual, a ser revertida ao FAT.

Ainda com base na aludida lei, em seu art. 12, a tutela inibitória vale a partir da publicação da presente decisão, independentemente do trânsito em julgado.

Sobre os pedidos “b” da inicial (fls. 23/24), refletem o que está na lei. A determinação judicial serve apenas para impor consequências de seu descumprimento.

Por oportuno, esclareço que não há lugar à recusa justificada de homologação, porque, mesmo diante de irregularidades, cabe ao sindicato apor ressalvas e tomar medidas junto aos órgãos fiscalizadores e até mesmo demandar em Juízo.

**III. CONCLUSÃO.**

Pelo exposto, rejeito as preliminares arguidas e julgo PROCEDENTES EM PARTE as pretensões de MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (PRG 2ª REGIÃO - MUNICÍPIO DE OSASCO) contra SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO DE OSASCO E REGIÃO, para:

- declarar irregular as recusas de homologação de rescisão contratual;
- condenar a ré no pagamento de indenização no valor de R\$ 50.000,00, a título de dano moral coletivo, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador;
- impor multa de R\$ 1.000,00 a cada nova recusa de homologação de rescisão contratual, a ser revertida ao FAT, independentemente do trânsito em julgado.

Custas a cargo da ré, sobre R\$ 50.000,00, no importe de R\$ 1.000,00.

Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Data supra.

**FÁBIO MOTERANI**

Juiz do Trabalho

**ACÓRDÃOS**

**PROCESSO TRT/SP Nº 0000850-28.2012.5.02.0010  
RECURSO ORDINÁRIO  
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO  
RECORRIDA: CONFECÇÕES AMUAGE LTDA.  
ORIGEM: 10ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE FACÇÃO. FRAUDE.** Exigência de prova cabal da terceirização da atividade finalística da contratante ou da existência de grupo econômico, por coordenação, entre as contratantes, em prejuízo do trabalhador. Inescapável a posição intervencionista do Estado ao se verificar que, apesar do aprofundamento da convivência na sociedade contemporânea impelir à revitalização de direitos fundamentais, a atividade humana em proveito de outrem persiste necessitando de significativa carga protetiva, por se vislumbrar, ainda hoje, resquícios de inaptidão para conferir a almejada dignidade, cabe à Justiça do Trabalho avaliar, no caso concreto, se o denominado contrato de facção não se presta apenas à terceirização da mão-de-obra destinada à consecução de atividade precípua da contratante. Logo, se além do comércio, a indústria de roupas em geral está arrolada no bojo do seu objeto social, a delimitação do desvirtuamento da natureza de fornecimento de produtos acabados ostentada pelo pacto mercantil assim formalizado, com vistas à confecção de artigos de vestuário, depende da demonstração cabal de que corresponde a prestação de serviços nos moldes repudiados na Súmula nº 331 do Colendo TST, em flagrante prejuízo aos integrantes das categorias profissionais envolvidas. A reiterada veiculação, pelos meios de comunicação, da exploração do trabalho em níveis análogos aos dos escravos, envolvendo grandes redes exatamente do ramo sob foco não é suficiente para concluir tratar-se de subterfúgio utilizado para mascarar o real liame jurídico.

Inconformado com a r. sentença de fls. 173/175, cujo relatório adoto, que julgou **IMPROCEDENTES** os pedidos deduzidos na ação civil pública, o parquet interpõe recurso ordinário.

Consoante as razões de fls. 182/204, intenta seja a ré instada a abster-se da utilização de mão-de-obra terceirizada para a consecução de específicas atividades que reputa finalísticas, sob pena de pagar multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por trabalhador irregularmente contratado, além da indenização pelos danos já causados, no montante de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), reversíveis ao FAT.

Dispensado o recolhimento das custas processuais (Lei nº 7.347/1985, artigo 18).

Contrarrazões às fls. 232/234.

Relatados.

**VOTO**

Conheço do recurso ordinário, vez que atendidos os requisitos de admissibilidade.

Da hipótese de terceirização de atividade finalística empresarial no contrato por facção

Antes de adentrar no mérito, propriamente dito, procede-se a breve digressão acerca da indispensabilidade da valoração permanente do trabalho, através da sua normatização pela Justiça Especializada.

A atividade humana em proveito de outrem, não obstante confira a sensação de utilidade, necessita de significativa carga protetiva, por se vislumbrar, ainda hoje, apesar dos movimentos históricos de proteção à mão-de-obra, resquícios de inaptidão para conferir a tão almejada dignidade.

A posição intervencionista do Estado é inescapável ao se verificar que o aprofundamento da convivência na sociedade contemporânea impeliu à revitalização de direitos fundamentais, permanentes, inalienáveis, irrenunciáveis, exatamente porque visam garantir ao ser humano o respeito ao seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, insculpidos em normas constitucionais que tem por escopo impor ao Poder Público a materialização do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inciso III), seja envidando esforços para que se abstenham de violá-los ou restringi-los, seja na concretização de práticas positivas de complementação das normas programáticas garantidoras, afastando o desnivelamento impediendo do objetivo estampado no artigo 3.º, inciso III, da Carta Magna, de redução da desigualdade social.

O norte para a solução dos conflitos é a perfeita assimilação do princípio da igualdade, adotado pela Constituição Federal de 1988, nas palavras do doutrinador ALEXANDRE DE MORAES, em sua obra “Direito Constitucional”, Ed. Atlas, 11ª edição, pág. 64/65, “... prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, ...”.

Ao se averiguar a clareza da gama de direitos disciplinada no Texto Magno, e sem perder de vista a real aferição do conceito absoluto da dignidade humana, o papel da Justiça do Trabalho concentra-se no preceito “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, porque, em discussão as liberdades e os direitos individuais, compete-lhe cumprir e fazer cumprir a lei, através da interpretação sistemática dos dispositivos e da sua aplicação ao caso concreto – da mihi factum dabo tibi jus - de modo que se impõe a prevalência, neste ramo do Poder Judiciário, de uma visão infinitamente mais abrangente da sua função social, cuidando de alinhar a jurisdição a situações até então flagrantemente relegadas, até porque inviolável o artigo 5.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, dispondo que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Pois bem. A presente ação civil pública restou ajuizada após

a frustração da tentativa de assinatura, pela ré, de um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta oferecido pela d. Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, em outubro de 2011, no Procedimento Preparatório de Inquérito Civil nº 001865.2011.02.000/8 (fls. 20/68), instaurado com base em investigações impulsionadas por elementos coligidos em reclamatória trabalhista (Processo nº 01770.2008.075.03.00-1), em tramitação na 1ª Vara do Trabalho de Pouso Alegre/MG, indicativos de, sob a fachada de contrato de facção, vir implementando a terceirização irregular de mão-de-obra, sob a perspectiva de destinar-se à consecução de atividade precípua (confecção de artigos de vestuário em geral) arrolada no bojo do seu objeto social.

Sendo assim, por abranger, o objetivo social (conforme o documento de fls. 91/94), a indústria e o comércio de roupas e “artigos de moda e acessórios”, a prevalência do cenário proposto na peça de estreia depende, primordialmente, da cabal demonstração do desvirtuamento da natureza, de fornecimento de produtos acabados, dos ajustes empresariais noticiados nos autos. Entretanto, a instrução processual encerrou-se - com o consentimento das partes, nada obsta convir, diante do teor da Ata de Audiência de fls. 88 -, sem qualquer evidência de se atrelarem à prestação de serviços nos moldes repudiados na Súmula nº 331 do Colendo TST.

Ora, como o Direito do Trabalho erige-se sobre o princípio da primazia da realidade, os fatos sempre se sobrepõem aos documentos que os representam, quando estes últimos não corresponderem àqueles. Contudo, no caso posto em debate, não há como desprezar os pactos mercantis formalizados sob a justificativa de corresponderem a mero subterfúgio utilizado para mascarar o real liame jurídico.

De se notar inaproveitável, a esta altura, aludir à dificuldade na produção de prova testemunhal, pela circunstância das empresas contratadas, ainda que “muitas vezes representadas pela costureira e sua família” (fls. 186), estarem instaladas em outras localidades. Mesmo inseridas em pequenas comunidades, nada impedia que os testemunhos de trabalhadores eventualmente prejudicados pela situação sugerida fossem colhidos através de cartas precatórias inquiritórias.

Ademais, a empreitada do parquet é inexistosa, em especial, ao se averiguar sequer minimamente vislumbrada a hipótese de exploração do trabalho em níveis análogos aos dos escravos reiteradamente veiculados pelos meios de comunicação, envolvendo grandes redes exatamente do ramo sob foco.

Com efeito. Inexiste, no processado, indício de fraude à legislação trabalhista a macular a conduta da ré na contratação de empresas, no Município de São Paulo e em outros, inclusive no Estado do Paraná, para, tal qual o fornecimento de produtos de confecção (documento de fls. 166/172), a consecução de serviços de bordados e afins, lavanderia, tinturaria e estamparia, em produtos têxteis que fabrica (documentos de fls. 126/133, 135/140, 142/147, 149/155 e 157/163), todos com previsão de ausência de exclusividade à contratante, até porque tampouco existem mecanismos para aferir, comparativamente, efetivos prejuízos aos integrantes das categorias profissionais que alberga, impingindo-lhes, por exemplo, redução salarial como corolário da discrepância dos pisos normativos.

Respeitados os contornos da lide, também aqueles destacados pelo recorrente com o intuito de delinear a existência de um grupo econômico por coordenação caem por terra. As previsões contratuais destacadas na peça sob exame desservem a tal desiderato porque, embora inequívoco que os serviços contratados atendem à complementação da atividade-fim da ré, dada a sua amplitude, “entregar as mercadorias da CONTRATANTE de acordo com as especificações e pedidos” (fls. 202) é regra comezinha na pactuação comercial, insusceptível de inspirar subordinação.

Destarte, ratifica-se a r. decisão vergastada.

**ACORDAM** os Magistrados da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO** ao recurso ordinário interposto pelo Parquet, remanescendo incólume a r. sentença, de conformidade com a fundamentação do voto da Relatora.

**MARIANGELA DE CAMPOS ARGENTO MURARO**

Desembargadora Relatora

**PROCESSO TRT/SP Nº 0000610-27.2011.5.02.0381**

**RECURSO ORDINÁRIO em ação civil pública**

**RECORRENTE: ministério público do trabalho**

**RECORRIDO: SINDICATO DOS CONDUTORES DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS E TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS E ANEXOS DE OSASCO E REGIÃO**

**ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE OSASCO**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABSTENÇÃO DA INSTITUIÇÃO E/OU DELIBERAÇÃO DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS, CONFEDERATIVAS e OUTRAS CORRELATAS, DE TRABALHADOR NÃO ASSOCIADO AO ENTE SINDICAL REPRESENTANTE DA SUA CATEGORIA PROFISSIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE “AD CAUSAM”.** Tratando-se de ação que, sob a perspectiva da tutela de interesses sociais e coletivos indisponíveis assegurados nos artigos 5o, inciso XX, e 8o, inciso V, da Constituição Federal, tem por objetivo obstar que integrantes da categoria profissional, não associados do ente sindical que a representa, sejam compelidos ao pagamento de contribuições assistenciais, confederativas e outras correlatas, há transcendência dos interesses puramente individuais, prevalecendo aquele da coletividade que ostenta tal característica, a legitimar a atuação do “Parquet”, na forma dos artigos 81, inciso II, e 82, da Lei nº 8.078/1990, e 83, incisos III e IV, e 84, da Lei Complementar nº 75/1993.

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABSTENÇÃO DA INSTITUIÇÃO E/OU DELIBERAÇÃO DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS, CONFEDERATIVAS e OUTRAS CORRELATAS, DE TRABALHADORES NÃO ASSOCIADOS AO ENTE SINDICAL REPRESENTANTE DA SUA CATEGORIA PROFISSIONAL.** Temática pacificada. Precedente Nor-

mativo nº 119 e Orientação Jurisprudencial nº 17 DA SDC do COLENDO TST. TUTELA INIBITÓRIA CONCEDIDA. São inconstitucionais as deliberações, quer em assembléia, quer por intermédio de instrumentos normativos, acerca da instituição, cobrança e recepção de valores a título de contribuição assistencial, retributiva, negocial, confederativa, dos integrantes da categoria profissional que optaram por não estabelecer liame com a entidade sindical que os representa, por compeli-los, inexoravelmente, à privação do direito, indisponível, à liberdade associativa, insculpido nos artigos 5o, inciso XX, e 8o, inciso V, da Constituição Federal. Temática pacificada, no âmbito da Seção de Dissídios Coletivos do Colendo TST, nos Precedente Normativo nº 119 e Orientação Jurisprudencial nº 17. Tutela inibitória concedida, antecipadamente, para assegurar que não se perpetue flagrante admoestação lesiva aos trabalhadores, diante da injustificada resistência ao cumprimento dos cristalinos preceitos da Lei Maior.

Inconformado com a r. sentença de fls. 48/50 verso, cujo relatório adoto, que julgou a ação civil pública **PROCEDENTE EM PARTE**, recorre, ordinariamente, o Parquet.

Sustenta, através do arrazoado de fls. 57/67, preliminarmente, a sua legitimidade ad causam em face de pedido relacionado com a abstenção, pelo adversário, de cobrar e/ou receber contribuições assistenciais, confederativas e outras correlatas, de trabalhador não sindicalizado, e, no mérito, a pertinência do óbice à instituição deste encargo em todos os futuros acordos ou convenções coletivas de trabalho, além da sustação dos efeitos jurídicos da deliberação, nesse sentido, havida em específica assembléia geral extraordinária, sob pena de multa em valor a ser revertido ao FAT. Reportando o artigo 515, § 3º, do CPC, requer, inclusive, a antecipação da tutela.

Contrarrazões às fls. 70/76.

Desnecessário o encaminhamento dos autos à d. Procuradoria Regional do Trabalho (artigo 85, § 3º, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região).

Relatados.

**VOTO**

Conheço do recurso ordinário, vez que atendidas as formalidades legais.

Das obrigações de não fazer a instituição, cobrança e a recepção de contribuições assistenciais, confederativas e outras correlatas, de integrantes da categoria profissional não associados ao ente sindical - Da legitimidade ativa do “Parquet”

Trata-se de ação civil pública que, sob a perspectiva da tutela dos interesses sociais e coletivos indisponíveis assegurados nos artigos 5o, inciso XX, e 8o, inciso V, da Constituição Federal, tem por objetivo impedir que integrantes da categoria profissional, não associados da entidade sindical que a representa, sejam compelidos ao pagamento de contribuições assistenciais, confederativas e outras correlatas.

Para tanto, o autor requer, liminarmente, a sustação dos efei-

tos jurídicos da deliberação, nesse sentido, havida na Assembléia Geral Extraordinária realizada em 18.03.2008 (conforme a Ata de fls. 33/34), bem como a imposição ao réu da obrigação de abster-se de instituí-las, cobrá-las e/ou recebê-las em tais condições, nos futuros acordos ou convenções coletivas de trabalho, sob pena de multa em valor a ser revertido ao Fundo de Amparo do Trabalhador - FAT.

Sendo assim, ab initio, é imperioso o acolhimento da preliminar relacionada com a legitimidade ad causam ativa da instituição ministerial para reivindicar seja, o réu, instado a não fazer a cobrança, tampouco recepcionar valores pelas rubricas epigrafadas, por encontrar espeque não só nos artigos 127, caput, e 129, inciso III, da Carta Magna, como, verificada a transcendência dos interesses puramente individuais, prevalecendo aquele da coletividade que ostenta a característica sob foco, nos artigos 81, inciso II, e 82, da Lei n. 8.078/1990, e 83, incisos III e IV, e 84, da Lei Complementar nº 75/1993.

No mérito, sem olvidar que os elementos jungidos ao processado podem conduzir à conclusão de a diretriz expressa assimilada na indigitada assembléia, quanto à cobrança indistinta, não ter reverberado, considerando, por exemplo, o teor das cláusulas/artigos de n. 38 e 40 da Convenção Coletiva de Trabalho cuja cópia consta de fls. 19/34, salutar que a autoria alcance, em parte, o seu desiderato.

Com efeito. Gritante a inconstitucionalidade das deliberações questionadas, quer em assembléia, quer por intermédio de instrumentos normativos. Inadmissível aquiescer que trabalhadores optantes por não estabelecer liame com a entidade sindical, mesmo arcando com ônus contributivos, permaneçam à margem da filiação, forçoso depreender que, a partir do momento da experimentação de desconto salarial a título de contribuição para o custeio do sistema, assistencial, retributiva, negocial, confederativa, ou qualquer outra com finalidade análoga, ver-se-ão privados da prerrogativa, indisponível, da liberdade associativa insculpida nos dispositivos magno alhures detalhados.

Insta salientar que, assentado no princípio da intangibilidade salarial (artigos 7º, incisos VI e X, da Carta Magna, e 462 e 545, da CLT), e no escopo de tolher, exatamente, cláusula convenionada passível de gerar abusos em detrimento dos direitos e liberdades individuais dos trabalhadores, a temática volvida pacificou-se, no âmbito da Seção de Dissídios Coletivos do Colendo TST, nos termos do Precedente Normativo nº 119 (“A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX, e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.”), e da Orientação Jurisprudencial nº 17.

Destarte, e na medida em que, consoante a normatização constitucional e legal vigente, à exceção do rotulado imposto sindical, de natureza compulsória, devido por todos os integrantes, independentemente da vontade de contribuir, as taxas

para o custeio do representante da categoria profissional são de caráter facultativo e voluntário, circunstância que, conseqüentemente, não implica vulneração aos comandos emanados dos artigos 7º, inciso XXVI, e 8º, caput e incisos I e IV, da Lei Maior, é de rigor a alteração do r. provimento jurisdicional primígeno, até porque, como ressaltado pelo recorrente, revela-se extra petita, ao direcionar uma obrigação de fazer, sob pena de imposição de multa, não intentada, de inserção, nos instrumentos normativos, da previsão do direito de oposição do trabalhador não filiado ao sindicato, que, ademais, remanesce absolutamente irrelevante ante o aqui delineado.

Pertinente a via alvitada para assegurar que não se perpetue flagrante admoestação lesiva aos interesses de integrantes da categoria profissional, as postulações são agasalhadas, nos seguintes parâmetros:

- 1) declaram-se sustados os efeitos da deliberação em face do item 7 da ordem do dia na Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 18.03.2008 (fls. 33/34);
- 2) determina-se ao réu que se abstenha das práticas alinhavadas no item 5.2.1 do exórdio (fls. 12), incidindo, na hipótese de descumprimento, a multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais), por reiteração constatada, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Por cuidar de ação que tem por objeto o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, sopesado que o artigo 461, do Código de Processo Civil, não exige todos os requisitos inseridos no artigo 273, da citada lei processual, o presente julgamento passa a surtir efeitos a partir da sua publicação, porque, não bastasse a evidência do direito vulnerado, a injustificada resistência do réu ao cumprimento de cristalinos preceitos constitucionais, mesmo quando provocado, em sede de Procedimento Preparatório (v. fls. 17/18) e, posteriormente, ao se recusar a assinar o Termo de Ajustamento de Conduta (fls.38/39), respalda a antecipação da tutela.

Considerando que a previsão cominatória atende, plenamente, ao objetivo de impelir o réu ao imediato cumprimento da ordem judicial, despiciendo instá-lo a afixar cópia da presente decisão em local de fácil visualização, bem como a notificar, para ciência, as empresas integrantes da categoria econômica.

**ACORDAM** os Magistrados da 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, em CONHECER e DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso ordinário interposto pelo Parquet, para, reformando a r. sentença de origem, reconhecer a sua legitimidade ativa ad causam e a adequação da ação para todos os fins vindicados, declarar sustados os efeitos da deliberação em face do item 7 da ordem do dia na Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 18.03.2008, e determinar ao réu que se abstenha, imediatamente, de instituir, cobrar e receber contribuições assistenciais, confederativas e outras correlatas, através de acordos ou convenções coletivas de trabalho, incidindo, na hipótese de descumprimento, a multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais), por reiteração constatada, a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, tudo de conformidade com a fundamentação do voto da Relatora.

**MARIANGELA DE CAMPOS ARGENTO MURARO**

Desembargadora Relatora



AMATRA · 2