

REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 13ª REGIÃO

COMISSÃO DA REVISTA

Desembargador PAULO MAIA FILHO – Presidente
Juiz MARCELLO WANDERLEY MAIA PAIVA
Juiz PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA

Secretária – Telma Meira Silveira Potiguara
e-mail – comissaodarevista@trt13.jus.br

Colaboradores

Anderson Antônio Pimentel
Denise Gomes Pereira de Melo
Ericson Benjamim Melo de Arruda
José Vieira Neto
Max Frederico Guedes Pereira

Capa

Omar Khayam Meira de Souza

Imagem da Capa

Pintura em tela e óleo do artista plástico Flávio Tavares

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO

v. 17 n. 1 – 2010
João Pessoa – Paraíba

R. Trib. Reg. Trabalho 13ª Região	João Pessoa	v. 17	n. 1	p. 1 - 312	2010
---	-------------	-------	------	------------	------

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Endereço da versão eletrônica:

<<http://www.trt13.jus.br>>

Ficha elaborada conforme as normas do
Código de Catalogação Anglo Americano (2ª ed.)

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região
Tribunal Regional do Trabalho. v. 1, n.1 (1991)-
João Pessoa: TRT 13ª Região, 1991 -

Irregular de 1991 – 1995 e 2008

Anual

1. Direito do Trabalho – Brasil. 2. Processo
Trabalhista – Brasil 2. Jurisprudência Trabalhista.

CDU: 349.2(81)(05)
CDU: 347.998.72(81)(05)

Comissão Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região
Av. Corálio Soares, S/N – Centro – João Pessoa – Paraíba – CEP: 58013-260
Fone: 3533-6040
email: comissaodarevista@trt13.jus.br

Sumário

I COMPOSIÇÃO DO T.R.T.....	7
II APRESENTAÇÃO.....	10
III ARTIGOS DOUTRINÁRIOS SOBRE DIREITO DO TRABALHO.....	12
1. ARTIGO 71 DA LEI 8.666/93 e SÚMULA 331 do C. TST: PODERIA SER DIFERENTE? - Desembargadora Federal do Trabalho Tereza Aparecida	13
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO – Juiz do Trabalho Júlio Ricardo de Paula Amaral.....	33
3. MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO DE CUNHO PESSOAL E CORPORATIVO: Análise sobre a possibilidade de ingerência do empregador (Poder Fiscalizatório) decorrente do contrato de trabalho - Juiz do Trabalho Sérgio Cabral dos Reis e Érica Cristina Paiva Cavalcante Moreira.....	61
4. A CONDIÇÃO DO EMPREGADO NAS NOVAS MODALIDADES DE TRABALHO A DISTÂNCIA: o teletrabalho - Luciana Santos Trindade Capelari.....	73
5. DO SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL – UM ENFOQUE TRABALHISTA - Maria Helena Moreira da Silva.....	85
6. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR DE OFÍCIO NO DIREITO DO TRABALHO: NOVA PERSPECTIVA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS - Lúcia Regina Melo De Andrade.....	106
7. MORTE: DE ASSUNTO COMUM NA FILOSOFIA A TABU NOS AMBIENTES DE TRABALHO - Isabela Márcia de Alcântara Fabiano.....	113
8. ASPECTOS IMPORTANTES DA CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA: a ilegalidade da sua cobrança de trabalhadores rurais não sindicalizados - Henrique Schaper e Jaime Alves Ferreira Júnior.....	123
9. O EXCESSO DE JORNADA DE TRABALHO COMO OFENSA AO DIREITO AO LAZER - Marília Sátyro Bonavides Eloy.....	133
10. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E DANO MORAL POR ACIDENTE DE TRABALHO - Aimê Alves Moreira.....	146
11. PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES REPARATÓRIAS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO - Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade.....	158
12. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL COLETIVO COMO COMPLEMENTO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL DA EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES - Jenete Monteiro Fernandes.....	168
13. VALE-TRANSPORTE E MODO DE FORNECIMENTO PELO EMPREGADOR: Aspectos Constitucionais Relevantes - Luiza Oliveira Nicolau da Costa.....	177
14. O POLÍGRAFO E O DIREITO DO TRABALHO - Rúbia Zanotelli de Alvarenga.....	189
15. NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O DANO EXISTENCIAL - Hidemberg Alves da Frota.....	203
IV ARTIGOS DOUTRINÁRIOS SOBRE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....	215
1. PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO – Juíza do Trabalho Herminegilda Leite Machado	216
2. O PROCESSO ELETRÔNICO E A CRISE DA JURISDIÇÃO – Desembargador Federal do Trabalho Luiz Eduardo Gunther e Noeli Gonçalves da Silva Gunther	237

3. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAR OS BENEFÍCIOS DECORRENTES DE ACIDENTES DO TRABALHO – Juiz do Trabalho Geraldo Magela Melo.....	258
4. LEI N.º 12.275/2010 (NOVA LEI DO AGRAVO DE INSTRUMENTO): EFETIVIDADE JURISDICIONAL X AMPLA DEFESA - Lucas Emmanuel Silveira Camêlo.....	265
V SENTENÇA.....	271
1. SENTENÇA – Juiz do Trabalho Marcello Wanderley Maia Paiva.....	272
VI ACÓRDÃOS.....	284
1. ACÓRDÃO – Desembargador Federal do Trabalho Paulo Maia.....	285
2. ACÓRDÃO – Desembargador Federal do Trabalho Ubirajara Carlos Mendes.....	299

I COMPOSIÇÃO DO T.R.T.

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
13ª REGIÃO**

COMPOSIÇÃO DO TRT

PRESIDENTE

Desembargador EDVALDO DE ANDRADE

VICE-PRESIDENTE

Desembargador PAULO MAIA FILHO

DESEMBARGADORES FEDERAIS DO TRABALHO

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

AFRÂNIO NEVES DE MELO

CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE

JUÍZES FEDERAIS TITULARES DAS VARAS TRABALHISTAS

Margarida Alves de Araújo Silva

Paulo Henrique Tavares da Silva

Herminegilda Leite Machado

Mirtes Takeko Shimanoe

Wolney de Macedo Cordeiro

Rita Leite Brito Rolim

Ubiratan Moreira Delgado

Rômulo Tinoco dos Santos

Arnaldo José Duarte do Amaral

Roberta de Paiva Saldanha

Normando Salomão Leitão

Humberto Halison Barbosa de C. e Silva

José Airton Pereira

Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto

Adriana Sette Da Rocha Raposo

Antônio Eudes Vieira Júnior

Juarez Duarte Lima

Maria Lilian Leal de Souza

Maria Iris Diógenes Bezerra

Antônio Cavalcanti da Costa Neto

Eduardo Sérgio de Almeida

André Wilson Avellar de Aquino

Solange Machado Cavalcanti

José Fábio Galvão

Maria das Dores Alves

João Agra Tavares de Sales

Nayara Queiroz Mota de Sousa

1ª Vara do Trabalho de João Pessoa

2ª Vara do Trabalho de João Pessoa

3ª Vara do Trabalho de João Pessoa

4ª Vara do Trabalho de João Pessoa

5ª Vara do Trabalho de João Pessoa

6ª Vara do Trabalho de João Pessoa

7ª Vara do Trabalho de João Pessoa

8ª Vara do Trabalho de João Pessoa

9ª Vara do Trabalho de João Pessoa

1ª Vara do Trabalho de Campina Grande

2ª Vara do Trabalho de Campina Grande

3ª Vara do Trabalho de Campina Grande

4ª Vara do Trabalho de Campina Grande

5ª Vara do Trabalho de Campina Grande

1ª Vara do Trabalho de Santa Rita

2ª Vara do Trabalho de Santa Rita

Vara do Trabalho de Areia

Vara do Trabalho de Cajazeiras

Vara do Trabalho de Catolé do Rocha

Vara do Trabalho de Guarabira

Vara do Trabalho de Itabaiana

Vara do Trabalho de Itaporanga

Vara do Trabalho de Mamaguape

Vara do Trabalho de Monteiro

Vara do Trabalho de Patos

Vara do Trabalho de Picuí

Vara do Trabalho de Sousa

JUIZES FEDERAIS DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Arnóbio Teixeira de Lima	1ª VT de João Pessoa
Andrea Longobardi Asquini	2ª VT de João Pessoa
Eduardo Souto Maior Bezerra Cavalcanti	3ª VT de João Pessoa
Lindinaldo Silva Marinho	4ª VT de João Pessoa
Marcello Wanderley Maia Paiva	4ª VT de João Pessoa
Paulo Roberto Vieira Rocha	5ª VT de João Pessoa
Ana Cláudia Magalhães Jacob	6ª VT de João Pessoa
Joliete Melo Rodrigues Honorato	7ª VT de João Pessoa
Adriano Mesquita Dantas	8ª VT de João Pessoa
Carlos Hindenburg de Figueiredo	9ª VT de João Pessoa
Táís Priscilla Ferreira Resende da Cunha e Souza	Central de Mandados de João Pessoa
Alexandre Amaro Pereira	1ª VT de Santa Rita
Ana Paula Cabral Campos	2ª VT de Santa Rita
José Guilherme Marques Júnior	1ª VT de Campina Grande
Francisco de Assis Barbosa Júnior	2ª VT de Campina Grande
Paulo Nunes de Oliveira	3ª VT de Campina Grande
Flávio Londres da Nóbrega	4ª VT de Campina Grande
David Sérgio Coqueiro dos Santos	5ª VT de Campina Grande
Cláudio Pedrosa Nunes	Central de Mandados CG
Mirella D'Arc de Melo Cahu Arcoverde de Souza	VT de Guarabira
Francisca Poliana Aristóteles Rocha de Sá	VT de Sousa
André Machado Cavalcanti	1ª Circunscrição
Rosivânia Gomes Cunha	1ª Circunscrição
Sérgio Cabral dos Reis	2ª Circunscrição
Alexandre Roque Pinto	3ª Circunscrição
Ana Beatriz Dias Fernandes	3ª Circunscrição
José de Oliveira Costa Filho	3ª Circunscrição
Veruska Santana Sousa de Sá	3ª Circunscrição
José Artur da Silva Torres	4ª Circunscrição
Renata Maria Miranda Santos	4ª Circunscrição
Albérico Viana Bezerra	5ª Circunscrição
Clovis Rodrigues Barbosa	5ª Circunscrição
Marcelo Rodrigo Carniato	5ª Circunscrição
Ana Paula Cabral Campos	Juízo Auxiliar de Precatório

II APRESENTAÇÃO

Esta 17ª edição da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, novamente em versão exclusivamente digital, coincide com a recente consolidação do TRT da Paraíba como o primeiro tribunal do Brasil totalmente eletrônico, da mais longínqua Vara do Trabalho à sua sede, das mais diversas espécies de ações judiciais até os processos administrativos, dos mais simples aos mais complexos procedimentos.

Com efeito, desde o ano de 2008, quando foram implantadas as duas primeiras Varas do Trabalho eletrônicas do país, até o presente, foram instaladas mais vinte e cinco Varas, Centrais de Mandados Judiciais e Arrematações, Distribuições de Feitos, além da sede do Regional, incluindo os processos de competência recursal e originária, além daqueles de natureza administrativa. Foi um longo caminho, mas é uma trilha sem volta. Os umbrais do futuro foram traspassados e, agora, o jurisdicionado e o advogado, profissional indispensável à administração da Justiça (Constituição Federal, art. 133), podem dispor de ferramentas tecnológicas que lhes dão o mais amplo acesso a esta Justiça Especializada, com possibilidade imediata de exercer o direito de petição, do canto mais remoto da Terra, a qualquer hora do dia ou da noite, bastando, para isso, ter acesso à rede mundial de computadores.

Nessa perspectiva, mais uma vez este Tribunal lança a sua Revista na forma eletrônica, porque, assim, confere acessibilidade mais ampla a todos aqueles que, simplesmente, abrirem a página desta Corte de Justiça na *internet*. Em acréscimo, o TRT 13 dá maior relevo ao sentimento ecológico que, atualmente, brota em todos nós que desejamos viver numa economia sustentável, do ponto de vista da utilização ideal dos recursos naturais.

Destacadas todas essas nuances, que diferem esta Revista de suas congêneres, impõe-se destacar os temas tratados nos textos doutrinários que a integram, por sua relevância, nas áreas de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho.

Assuntos recentes e controvertidos estão abordados, como a utilização de polígrafo, as novas perspectivas processuais diante da realidade do processo eletrônico, danos extrapatrimoniais em decorrência de responsabilidade civil, aspectos

específicos do registro notarial, monitoramento do correio eletrônico de empregados, entre outros.

Na parte de acórdãos, é de se realçar o acórdão por meio do qual o nosso Regional decidiu importante questão relativa à exploração sexual de menores, em processo que teve grande repercussão na mídia local.

Por último, considerando que, em janeiro de 2011, terminará a minha missão como Presidente desta Corte e começará a gestão do preclaro jurista desta Corte, Desembargador Paulo Maia Filho, Presidente da Comissão da Revista do Tribunal, cumprimento-o por mais uma edição desta Revista e parabenizo-o pela condução dos trabalhos da Comissão.

Desejo a todos uma boa leitura e que dela frutifiquem novas perspectivas em prol de uma Justiça do Trabalho cada vez mais eficiente.

EDVALDO DE ANDRADE

Desembargador Presidente

III ARTIGOS DOUTRINÁRIOS SOBRE DIREITO DO TRABALHO

1. ARTIGO 71 DA LEI 8.666/93 e SÚMULA 331 do C. TST: PODERIA SER DIFERENTE?

Tereza Aparecida Asta Gemignani¹

*“Uma coisa é um país,
outra um ajuntamento.
Uma coisa é um país,
outra um regimento.”*

Affonso Romano
(Que país é este?)

RESUMO

A Súmula 331 do TST reputa constitucional o artigo 71 da Lei 8.666/93, vedando a transferência da responsabilidade patronal conforme explicitado em seu inciso II, caminhando o inciso IV nesta mesma direção ao prever a observância do benefício de ordem, quando fixa a responsabilidade subsidiária. Considera que nas terceirizações cabe ao ente público, tomador dos serviços prestados, acompanhar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador. O fato desta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório não o desonera do encargo legal de fiscalizar a atuação do contratado, nem afasta a aplicação do artigo 186 do Código Civil. O comportamento negligente e omissivo, que permite a lesão aos direitos fundamentais do trabalhador que atuou em seu benefício, configura culpa *in vigilando* e viola o interesse público albergado nos princípios da legalidade, moralidade e eficiência elencados no artigo 37 da CF/88, que exigem a atuação pautada pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública.

Palavras-chaves: Constitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93 e Súmula 331 do TST. Cláusula de reserva de plenário. Boa governança e *accountability*. Responsabilidade subsidiária de ente público. Benefício de ordem.

1 INTRODUÇÃO

Em relação aos entes públicos, o inciso XXI do artigo 37 da CF/88 estabeleceu que os serviços prestados por terceiros devem ser contratados mediante processo de licitação. O artigo 71 da lei 8.666/93 fixou que nestes casos a responsabilidade do empregador pelos débitos trabalhistas

¹ Tereza Aparecida Asta Gemignani é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região- Campinas – Doutora em Direito do Trabalho- nível de pós-graduação- pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco- USP- Universidade de São Paulo

não seria transferida para a Administração Pública.

Nos últimos anos, em decorrência de significativas alterações que vem ocorrendo na atuação dos entes estatais, esse tipo de contratação tem se intensificado, notadamente em relação às atividades meio da Administração. A questão trazida para o Judiciário trabalhista surge quando o empregador deixa de pagar o empregado e de recolher as contribuições fundiárias e previdenciárias.

Neste caso, o disposto no artigo 71 supra referido poderia ser considerado salvo-conduto para afastar qualquer responsabilidade do ente público?

Provocado por um número significativo de processos em que esta situação jurídica é questionada, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331 que fixou dois parâmetros distintos:

A - Face às exigências previstas no inciso II do artigo 37 da CF/88, quanto à necessidade de prévia aprovação em concurso público, estabeleceu que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”, preservando a não transferência prevista no artigo 71 da Lei 8.666/93.

B - Atento à necessidade de conferir efetividade à legislação trabalhista, fixou o entendimento de que o “inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços”, o que exige a observância do benefício de ordem, mantendo assim essa mesma diretriz legal.

Entretanto, tal orientação jurisprudencial vem sendo objeto de reiterados questionamentos junto ao STF, tendo o Ministro Marco Aurélio Mello manifestado divergência por ocasião do julgamento da ADC 16/ DF e deferido liminar na Reclamação 9016, ajuizada pelo Estado de Rondônia, por entender que a decisão judicial que adota a Súmula trabalhista teria exarado manifestação implícita de inconstitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93, sem observar a cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da CF/88, assim desrespeitando a Súmula Vinculante nº 10.

Tendo em vista a significativa repercussão desta decisão na seara trabalhista, o presente artigo se propõe a trazer ideias e reflexões, que possam contribuir para o debate da matéria.

2 O SENTIDO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR.

Uma das argumentações contra a diretriz adotada pela Súmula 331 consiste na alegação de que o interesse particular de um trabalhador, ou de um grupo de trabalhadores, não poderia

prevalecer sobre o interesse público, de modo que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público, quando houve a contratação dos serviços mediante licitação, violaria o princípio da legalidade.

Será ?

Maria Sylvia Zanella di Pietro² explica que os:

dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo- liberdade do indivíduo e autoridade da Administração- são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular ... essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.

Entretanto, é interessante observar como a doutrinadora descola a idéia de *interesse particular* do conceito de direitos fundamentais. Com efeito, ao discorrer sobre as tendências atuais do direito administrativo brasileiro, ressalta que entre as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 está o “alargamento do princípio da legalidade (para abranger não só a lei, mas também princípios e valores)”, de modo que o Estado Democrático de Direito passa a vincular a lei aos ideais de justiça, submetendo o “Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição,” notadamente os que foram albergados nos artigos 1º a 4º, entre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a moralidade, publicidade e impessoalidade.

Destarte, a discricionariedade administrativa será por estes limitada “o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito”. Portanto, o princípio da legalidade, referido no inciso II do artigo 5º da CF/88, deve ser entendido como um conjunto de leis, valores e princípios agasalhados também nos direitos fundamentais, que estabelecem limites à atuação administrativa, exigindo submissão ao Estado de Direito.

Ao discorrer sobre os direitos fundamentais na Carta de 1988, Gilmar Ferreira Mendes³ enfatiza que a “colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhe significado especial...ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância”. Explica que os direitos fundamentais ultrapassam a órbita subjetiva, alçando uma dimensão maior na perspectiva da ordem constitucional objetiva, assim formando a base do ordenamento jurídico de

2 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella- Direito Administrativo- 21ª edição- Editora Atlas S.A.- São Paulo- 2008- págs. 62 e seguintes.

3 Mendes, Gilmar Ferreira- Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade- estudos de direitos constitucionais- Editora Saraiva – 2004- 3ª edição- São Paulo- págs 1 a 12

um Estado Democrático de Direito. Trazendo à colação doutrina desenvolvida por Jellinek, quanto a *Teoria dos quatro “status”*, ressalta que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Não se restringem mais à concepção tradicional de *direitos de defesa*, consagrando também direitos “que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)” por parte dos entes públicos.

Explica que na condição de *direito de defesa* impõem ao Estado o “dever de agir contra terceiros”, resguardando o indivíduo também “contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo”. Ademais, “reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que esse se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material”.

Com base na doutrina e jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, explica Gilmar Mendes que o dever de proteção abrange também deveres de segurança que impõem ao Estado a obrigação de “proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas” e o dever do Estado “atuar com objetivo de evitar riscos” para o cidadão, de modo que a inobservância do dever de proteção configura lesão a direito que a Carta Constitucional reputou fundamental.

Portanto, a definição do âmbito de abrangência do direito de proteção exige um “renovado e constante esforço hermenêutico”, concluindo que, face a sua importância como viga de sustentação da Carta Política de 1988, os direitos fundamentais “somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição”.⁴

Neste contexto, as lúcidas observações de Luigi Ferrajoli⁵ ao rejeitar também a análise da questão sob o estereótipo da maioria/minoria, ressaltando que os direitos fundamentais “correspondem às faculdades ou expectativas de *todos* os que definem as conotações substanciais da democracia e que são constitucionalmente subtraídos ao arbítrio da maioria como limites ou vínculos indissociáveis das decisões governamentais”, porque o reconhecimento jurídico desses direitos é intrínseco à condição de cidadão/sujeito, assim entendida como a superação da situação de súdito/objeto de dominação.

Na mesma senda trilhou Luis Roberto Barroso⁶ ao enfatizar que o “o público não se

4 Mendes, Gilmar Ferreira – Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade- pag. 14 e 28

5 Ferrajoli, Luigi- Direito e Razão- 3ª edição- Editora Revista dos Tribunais- São Paulo- 2010- págs 814/815

6 Barroso, Luis Roberto- Curso de Direito Constitucional contemporâneo- Editora Saraiva-1ª edição 2009- págs. 61, 69 e seguintes

confunde com o estatal” pois atuam em planos diversos, chamando atenção para a importância de “reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada”, que divide o conceito de interesse público entre primário e secundário. Explica que o interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e está sintetizado nos fins que lhe cabe promover: justiça, segurança e bem-estar social, enquanto o interesse público *secundário* corresponderia ao interesse estatal da “pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica- quer se trate de União, quer se trate de Estado-membro, do Município ou das suas autarquias.

Sem afastar a importância do interesse estatal secundário, pondera que “em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário”. Ressalta, ademais, que num “Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses foram protegidos por uma cláusula de direito fundamental” não remanesce nenhuma dúvida, pois configurados na constituição como “formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis”. Assim, o interesse público secundário- i.e. o da pessoa jurídica de direito público, o do erário- jamais desfrutará de supremacia, condição ostentada pelo interesse público primário, por consubstanciar os valores fundamentais que devem ser preservados, notadamente o princípio da dignidade a pessoa humana, conceito de “corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido á condição de meio para a realização de metas coletivas” (grifos acrescentados)

Ao analisar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sob uma dimensão objetiva, Virgílio Afonso da Silva⁷ destaca que “deve ser definido com base no significado deste direito para a vida social como um todo. Isso significa dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia deste direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou boa parte deles.”

Nesta perspectiva, exigir que a Administração Pública fiscalize o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado, não atende apenas ao direito de um indivíduo ou de um grupo de trabalhadores, mas visa proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental e seu significado como valor fundante da república brasileira, nos termos estabelecidos pelo inciso IV do artigo 1º da CF/88.

As ponderações de Daniel Sarmiento⁸ também caminham nesta direção ao destacar que uma

7 Afonso da Silva, Virgílio- Direitos Fundamentais- conteúdo essencial, restrições e eficácia- Malheiros editores- 2ª edição- São Paulo- pag 185.

8 Sarmiento, Daniel- Direitos fundamentais e relações privadas- 2ª edição- 2ª tiragem- Lúmen Júris Editora- Rio de

das consequências mais importantes da “dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. Através dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional” o que implica numa filtragem constitucional, na reinterpretação dos institutos legais “sob uma ótica constitucional”. Conclui que “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política” que penetram “por todo o ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes dos atores privados.”

Tais reflexões trazem subsídios importantes para a análise da controvérsia.

Se o ente público efetua contratação para a realização de um serviço, só porque tal se deu através de um processo licitatório estaria desobrigado de fiscalizar e exigir que este empregador cumpra suas obrigações trabalhistas, fundiárias e previdenciárias?

Se o Estado de Direito mantém a estrutura de uma Justiça Especializada Trabalhista como garantidora, por que iria permitir que um ente público se mantivesse inerte, precisamente quando a lesão é praticada contra aquele trabalhador que atua em seu benefício ?

O marco normativo exige que o ente público acompanhe e fiscalize se o empregador contratado está cumprindo as obrigações patronais trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, a fim de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas instituídos como fundamentais pela Carta Política de 1988.

Com efeito, num Estado Democrático de Direito, como sustentar que a Administração Pública aufera proveito dos serviços de um trabalhador, mas *lave as mãos* em relação aos seus direitos trabalhistas, que detém natureza alimentar, efetuando o pagamento ao empregador sem fiscalizar se houve o efetivo cumprimento da norma fundamental prevista no artigo 7º da CF/88, e fique tudo por isso mesmo?

Acaso o artigo 71 da lei 8.666/93 desobriga a Administração Pública de respeitar os direitos fundamentais daquele que presta serviços em seu benefício?

3 O ARTIGO 71 DA LEI 8.666/93

Vejamos o que diz o texto legal.

Estabelece o caput do artigo 71 da lei 8.666/93 que: “*O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato*” e o parágrafo 1º:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis

Acertadamente dispôs o preceito legal, pois cabe mesmo ao contratado a responsabilidade pelos encargos trabalhistas em decorrência de sua situação de empregador, condição que não se transfere ao ente público, porque nestes casos a Administração Pública está constitucionalmente impedida pelo inciso II do artigo 37 da CF/88 de atuar como empregadora, conforme observado pela Súmula 331 do C. TST ao dispor no inciso II:

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37 II da CF/88).

Agora, situação jurídica diversa é a referida pelo inciso IV da mesma Súmula, ao tratar da responsabilidade da Administração Pública pela omissão e negligência, quando deixa de exigir e fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado, fixando que:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da lei 8.666/93)

Este é o texto que tem sido objeto de vários questionamentos perante o STF, como passaremos a examinar.

4 INCONSTITUCIONALIDADE A SÚMULA VINCULANTE Nº 10

O Ministro Marco Aurélio Mello abriu divergência por ocasião do julgamento da ADC 16/

DF (ainda não concluído). Ao apreciar a Reclamação 9016 deferiu liminar, asseverando que a decisão proferida com esteio nesta diretriz jurisprudencial teria incorrido em declaração implícita de inconstitucionalidade do artigo 71 da lei 8.666/93, sem observância da cláusula de reserva de plenário, com flagrante violação da Súmula Vinculante nº 10, que estabeleceu:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Assim, é preciso analisar primeiramente a seguinte questão: A diretriz jurisprudencial estabelecida no inciso IV da Súmula 331 do TST afastou a incidência do disposto no artigo 71 da lei 8.666/93?

Penso que não.

Em nenhum momento a constitucionalidade do referido dispositivo legal foi questionada, nem mesmo de forma implícita. Pelo contrário, explicitamente se partiu do pressuposto de sua constitucionalidade, como demonstra o verbete sumular que faz menção expressa ao texto legal em seu inciso IV.

Ademais, a diretriz jurisprudencial trabalhista não estabeleceu a transferência dos encargos patronais do empregador para a Administração. Pelo contrário, **não houve transferência de responsabilidade, pois o empregador permanece como o principal responsável pelo adimplemento da obrigação**, de modo que aplicação do disposto no artigo 71 da lei 8.666/93 foi observada também pelo inciso IV deste verbete.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que a Lei 8.666/93 teve o objetivo de instituir normas para licitações/contratos da Administração Pública e não para disciplinar a responsabilidade advinda da conduta omissiva e negligente dos entes estatais. .

Ao estudar o instituto da licitação, Vladimir da Rocha França ressalta ⁹ que em relação a matéria os “princípios constitucionais não podem ser compreendidos como compartimentos estanques, tal como gavetas num armário. Tais normas jurídicas ganham maior inteligência e efetividade quando são conjugadas, no esforço de conferir harmonia, coerência e racionalidade à aplicação das regras do sistema do direito positivo. Nas licitações, os princípios jurídicos funcionam como bússolas na concretização das regras jurídicas que disciplinam a matéria no plano constitucional e infraconstitucional. Cabe ao gestor público justamente empregar esses preceitos fundamentais para otimizar a seleção da melhor proposta e a preservação da garantia da isonomia”

9 França, Vladimir da Rocha- Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação- in Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito- coordenadores Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Mauricio Adeodato- Editora Forense- Rio de Janeiro- 2009- pags. 395 a 416

evitando que haja a “ violação a um princípio jurídico durante a formação ou desenvolvimento da licitação”

Ora, o artigo 71 da lei 8.666/93 não isentou a Administração Pública do dever de acompanhar e fiscalizar a atuação da empresa contratada quanto ao efetivo cumprimento das obrigações legais trabalhistas.

Nem pode ser interpretado como permissivo legal que possibilite a adoção de conduta negligente por parte do ente público, que permite a violação de princípios jurídicos e cause lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que presta serviços em seu benefício.

A responsabilidade subsidiária não transfere à Administração Pública a responsabilidade que é própria do empregador, tendo em vista que em seu conceito está implícita a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva.

Destarte, a interpretação sistemática do disposto no *caput* do artigo 71 e seus parágrafos respalda a fixação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos termos estabelecidos na Súmula 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, que assim atua no legítimo exercício de sua competência constitucional exclusiva (art. 111 e seguintes da CF/88).

Interessante analisar as razões de decidir exaradas no voto proferido pelo Ministro César Peluso no julgamento da ADC 16/ DF, em que o Distrito Federal busca a declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93 em face da aplicação da referida Súmula. Ponderou este Relator que não havia sentido em apreciar o pedido, pois a presunção de constitucionalidade do referido dispositivo não estava em cheque, sendo que além de assegurar a satisfação dos débitos trabalhistas, mediante a responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviço, a Súmula do TST preservou o constante do parágrafo 1º do artigo 71 da lei 8.666/93, cuja menção expressa consignou no referido verbete, concluindo não ter sido demonstrada a existência de controvérsia sobre a constitucionalidade da norma. O Ministro Marco Aurélio apresentou divergência e o julgamento foi suspenso por pedido de vista do então Ministro Menezes Direito.

5 A AFERIÇÃO DOS LIMITES DE APLICAÇÃO DA LEI IMPLICA NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE ?

Ante tal panorama, o exame da questão exige que seja apreciado o seguinte ponto nodular da controvérsia: A aferição dos limites de aplicação de um determinado dispositivo legal implica em controle difuso de constitucionalidade?

Quando os Tribunais do Trabalho procedem à interpretação sistemática, a fim de aferir os

limites de aplicação de diferentes dispositivos legais, tal configura, por si só, controle de constitucionalidade?

Ao apreciar a Reclamação 6665/ 2008, apresentada em relação a decisão proferida pelo TRT da 2ª Região no P. 01663.2005.291.02.00-1, o Ministro Joaquim Barbosa julgou improcedente o pedido, ponderando:

A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, tão-somente por si, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, é possível que dada norma não sirva para desate do quadro submetido ao crivo jurisdicional pura e simplesmente porque não há subsunção. Para caracterização da ofensa ao artigo 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário (*full bench*) para declaração de inconstitucionalidade, é necessário que a causa seja decidida sob critérios diversos, alegadamente extraídos da Constituição, de modo a levar ao afastamento implícito ou explícito da norma por incompatibilidade com a Constituição. Ademais, é importante lembrar que não se exige a reserva estabelecida no artigo 97 da constituição sempre que o Plenário, ou órgão equivalente do Tribunal já tiver decidido a questão.

.....é importante salientar que a Súmula 10 desta Corte não se refere às exceções à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88). A súmula explícita e veda uma forma indireta de burla ao disposto no artigo 97 da CF/88. Desse modo, permanecem hígidas no sistema as exceções legalmente previstas à cláusula de reserva de plenário (RCL 7.874, Rel Min Joaquim Barbosa, decisão monocrática DJ de 23.04.2009)

Conforme ressaltado, a interpretação sistemática, ínsita a todo julgamento, efetuada com o escopo de aferir qual a norma apta a possibilitar a subsunção necessária para obter a solução de determinada controvérsia, não configura controle difuso de constitucionalidade dos demais dispositivos legais, que não se destinavam a disciplinar a situação jurídica em conflito.

A Lei federal 8.666/93, promulgada para estabelecer “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, disciplina as relações entre licitante e licitado, mas nada dispõe sobre a responsabilização da administração Pública pela conduta negligente que viole direitos fundamentais do trabalhador que atua em seu benefício, de modo que não há como ampliar sua aplicação à situação jurídica diversa daquela que visou regular.

Ademais, como bem pondera Maria Sylvia¹⁰, o procedimento licitatório decorre do “princípio da indisponibilidade do interesse público” e se constitui numa “restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público”. Deste modo, desatende aos princípios da moralidade e probidade, referidos nos artigos 89 a 99 da lei 8.666/93, a Administração Pública que deixa o contratante atuar sem fiscalização, permitindo que descumpra a legislação trabalhista mesmo

10 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella- obra citada- pag. 335

recebendo recursos públicos para tanto, assim lesando também o interesse público.

A diretriz jurisprudencial fixada pela Súmula 331 não trata da constitucionalidade, ou não, do artigo 71 da lei 8.666/93, mas da sua observância nos termos em que foi estabelecido, o que afasta a interpretação ampliativa e aplicação do referido dispositivo a situação jurídica que não visou disciplinar, como a referente à responsabilidade do ente público que paga sem fiscalizar se as obrigações patronais trabalhistas do empregador contratado foram satisfeitas, adotando flagrante conduta negligente, que viola os direitos trabalhistas.

Neste contexto, o marco normativo que permite a subsunção do fato (conduta lesiva por omissão da Administração Pública) está posto no artigo 186 do Código Civil ao dispor:

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

Tal imputação não caracteriza a transferência vedada pelo artigo 71 da Lei 8.666/93, porque o empregador continua a deter com exclusividade a responsabilidade patronal contratual. A responsabilidade da Administração Pública deriva de fato gerador diverso, *ex lege*, tendo a Súmula 331 observado tal disposição legal ao atribuiu-lhe a conotação de subsidiária, em que é de rigor a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva, de sorte que se trata de uma questão de subsunção do fato à norma, uma questão de legalidade, que em nenhum momento resvalou para o exame da constitucionalidade, o que afasta a aplicação da exigência contida na Súmula Vinculante nº 10.

6 O BALIZAMENTO DE CONDUTA. BOA GOVERNANÇA. ACCOUNTABILITY

Como anteriormente ressaltado, o argumento de que a responsabilidade subsidiária do Estado não poderia subsistir, pois o interesse público tem supremacia sobre o particular, da forma como foi construído não se sustenta, por se revelar falacioso.

Com efeito, não se trata de fazer valer o direito de um indivíduo ou de um grupo de empregados, mas de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas, cujo cumprimento se reveste de inequívoco interesse público por se tratar de norma fundamental, assim instituída pela Lei Maior em seu artigo 7º.

Ademais, como considerar que uma conduta omissa e negligente por parte da Administração Pública possa ser considerada preservadora do interesse público ?

Os preceitos infraconstitucionais que disciplinam a licitação se referem à situação jurídica diversa e não afastam o interesse público, nos termos em que foi conceituado pela Constituição

quanto ao respeito ao marco normativo trabalhista, estabelecido sob a matriz fixada nos princípios fundantes estabelecidos nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Como bem pondera Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹ a “preocupação com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se” mas “para proteger os vários interesses das várias camadas sociais.” Conhecido também como princípio da finalidade pública “vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação” e tem o objetivo primordial de atender ao bem-estar coletivo. Assim, se a lei concede à Administração o poder/dever de processar uma licitação, tal expediente não pode ser usado como salvo conduto para burlar as leis trabalhistas, pois tal configura abuso de poder que viola o interesse público.

Neste sentido as lúcidas reflexões de Celso Antonio Bandeira de Mello¹² ao ressaltar que “sendo interesses qualificados como próprios da coletividade- internos ao setor público- não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los- o que é também um dever- na estrita observância do que dispuser a *intentio legis*”. concluindo que a Administração Pública tem natureza instrumental, não detendo o Juízo de disponibilidade para escolher quais dos interesses públicos confiados a sua guarda e realização deverão ser observados, ou não, sob pena de ter que responder pela omissão.

O nexos causal justificador da responsabilização é a conduta omissiva e negligente do ente público, que se beneficia da força de trabalho de alguém e remunera seu empregador sem fiscalizar se este cumpriu com suas obrigações trabalhistas. Destarte, a construção jurisprudencial contida no inciso IV da Sumula 331 foi explicitada *secundum legem*, escorada no artigo 186 do Código Civil, aplicável por compatível com o Direito Trabalhista, restando plenamente observado o princípio da legalidade, tendo o Tribunal Superior do Trabalho assim atuado no desempenho de sua função constitucional, com o escopo de proceder à necessária uniformização da jurisprudência.

Mas não é só.

Produz efeito que se espraia por toda a sociedade como balizador de conduta, ao sinalizar que a Administração Pública deve proceder com mais cautela, fiscalizando e acompanhando a prestação de serviços em prol do interesse público, dever legal que não pode ser afastado pelo simples fato da contratação ter ocorrido mediante processo licitatório.

Neste sentido, trago novamente à colação as reflexões de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao pontuar que o princípio da finalidade está encartado na legalidade, pois não se “compreende

11 Di Pietro, Maria Sylvia- obra citada pag. 37 e seguintes ; 63 e seguintes.

12 Mello, Celso Antonio Bandeira de- Curso de Direito Administrativo- Malheiros- São Paulo – ano 2010- pags. 73/74

uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual é o seu objetivo. Donde não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo só se cumpre a legalidade quando se atende a sua finalidade. A atividade administrativa desencontrada com o fim legal é inválida e, por isso, judicialmente censurável”

O processo licitatório tem a finalidade de escolher a melhor proposta em igualdade de condições, em prol do interesse público.

A responsabilização da Administração pelo acompanhamento e fiscalização dos serviços contratados emerge, portanto, da própria finalidade da lei. Ademais, se reveste de inequívoco efeito moralizador dos procedimentos administrativos, conferindo-lhes maior lisura. Com efeito, cientes de que haverá efetiva fiscalização pelo ente público, os interessados só participarão de um processo licitatório se tiverem condições de honrar a proposta apresentada em sua integralidade, o que inclui o cumprimento das conseqüentes obrigações trabalhistas.

O argumento de que a responsabilidade subsidiária do Estado não poderia subsistir em tais casos, pois o interesse público tem supremacia sobre o particular, também se revela insustentável por ser antitético.

Como vislumbrar que está sendo priorizada a supremacia do interesse público, se houve a escolha de proposta menos vantajosa por apresentar números e valores irreais, já contando com o posterior inadimplemento das obrigações trabalhistas, assim viciando o próprio processo licitatório ao elidir a igualdade de condições ?

Como sustentar que está sendo atendido o interesse público, quando tal situação via de regra leva a uma paralisação dos serviços pelos trabalhadores que deixam de receber seus direitos, mesmo quando o empregador já foi pago pela Administração com recursos públicos ?

Ora, é precisamente o contrário!

A responsabilização subsidiária do Estado visa preservar o interesse público sobre interesses outros, nem sempre confessáveis, daqueles que participam de um processo licitatório apresentando propostas fictícias, já contando com futura inadimplência de certas obrigações. Trata-se de cumprir o princípio da legalidade e fazer valer a finalidade do ordenamento jurídico, evitando que a licitação seja usada para auferir vantagens e burlar a legislação trabalhista pelo contratante, causando pesado ônus para a sociedade como um todo, que arcará com os custos da máquina judiciária a ser movimentada pelos trabalhadores para o recebimento de seus direitos, além dos prejuízos causados pela falta de recolhimento das contribuições devidas.

O ordenamento jurídico do país não está fatiado em comportamentos estanques. As leis se articulam como vasos comunicantes, tendo por escopo o balizamento da conduta social . Ao exigir

que o ente público fiscalize a atuação do contratado, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, a lei está sinalizando que o processo licitatório é pra valer e não uma peça de ficção. Está evidenciando que o Estado que exige o cumprimento da lei trabalhista através da Justiça do Trabalho é o mesmo Estado que fiscaliza tal cumprimento na prestação de serviços por parte de terceiros, ou seja, o padrão de conduta exigível dos cidadãos é o mesmo, conferindo maior legitimidade ao próprio processo licitatório, por sinalizar aos participantes que atuará durante a prestação de serviços para evitar que tais parâmetros sejam infringidos de forma transversa.

A maioria do país, como nação, exige que tais marcos paradigmáticos sejam respeitados por todos, sem excluir a Administração Pública, que detém responsabilidade fiscalizadora durante a prestação dos serviços contratados.

É dizer, a lei não vale só para os outros, mas para a Administração Pública também, e com muito mais razão. O ordenamento jurídico não ampara a interpretação que possibilita a negligência e omissão do próprio ente público, reduzindo-o a triste figura de acobertador da conduta ilícita do empregador contratado.

Com efeito, qual o fundamento jurídico para sustentar que ao atuar como tomador o ente público estaria dispensado de exigir e fiscalizar o efetivo cumprimento da lei trabalhista, se a força de trabalho foi prestada em seu benefício?

Como admitir que teria obrigação de ressarcir o dano provocado por ato ilícito, praticado contra terceiros, conforme prevê o parágrafo 6º do artigo 37 da CF/88, mas estaria desobrigado de responder pelo ilícito praticado contra um trabalhador, de cuja atuação auferiu proveito?

Com percuciência pondera Maria Sylvia¹³ que quando

a administração pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando. Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.

Luis Roberto Barroso¹⁴ caminha nesta mesma direção ao ressaltar que a cabe à Constituição de um Estado democrático “veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que envolvem a garantia dos direitos fundamentais.”

Neste contexto, o fato de ter ocorrido um processo de licitação isenta a Administração Pública de responder pelos atos ilícitos praticados ?

Poderia ser utilizado o artigo 71 da Lei 8.666/93 como salvo-conduto para justificar conduta

13 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella- obra citada- pag 325

14 Barroso-Direito constitucional contemporâneo- págs 90/91

negligente e respaldar a irresponsabilidade da Administração Pública, quando todo o ordenamento jurídico aponta em sentido inverso?

Ao aplicar as balizas reitoras explicitadas no artigo 186 do Código Civil e 37 da CF/88, notadamente quanto à observância dos princípios da finalidade como informador da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, exige-se que Administração Pública atente para as regras da boa governança, para a observância da *accountability*, conduta que irradiará seus efeitos por todo o tecido social, estimulando a ética concorrencial no processo licitatório, o que redundará na prestação de um serviço público de melhor qualidade, agora sim, em benefício da coletividade e do interesse público da nação.

7 A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

A decisão proferida com espeque na diretriz jurisprudencial consignada na Súmula 331 viola a cláusula de reserva de plenário?

Ao disciplinar a matéria, estabeleceu a Constituição Federal em seu artigo 97:

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”

Trata-se, portanto, de exigência a ser observada quando se questiona a inconstitucionalidade de uma lei.

Não é esse o caso, pois a Súmula 331 do C. TST faz expressa menção ao artigo 71 da lei 8.666/91, reconhecendo sua constitucionalidade.

Ademais, não se pode perder de vista que este entendimento jurisprudencial advém de uma Súmula expedida pelo Plenário de um Tribunal Superior, que tem competência para tanto, assim atraindo a aplicação do disposto no artigo 557 do CPC, compatível com o processo trabalhista, que preceitua:

“O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Se a edição de Súmula pelo Tribunal Superior (TST) produz fundamentos judiciais suficientes para respaldar uma decisão monocrática, por que deixaria de gerar efeitos quando se trata de uma decisão de Colegiado, quando a lei sinaliza exatamente em sentido contrário como

consta do parágrafo 2º deste artigo ?

Tal raciocínio foi claramente explicitado pelo Ministro Ayres Brito ao apreciar reclamação com o mesmo questionamento, decidindo nos seguintes termos:

Trata-se de reclamação constitucional, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Estado de Minas Gerais, contra acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 2. Argúi o autor que a Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao negar provimento a recurso ordinário em reclamação trabalhista, afastou a aplicabilidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Isto sem que houvesse pronunciamento do Plenário do tribunal acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal. (...)

E o fato é que essa súmula foi objeto de análise pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297.751/96, em 11 de setembro de 2000. Não houve, portanto, nenhuma violação à reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal). Digo isto porque me parece, neste juízo provisório, aplicável ao caso a disciplina do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, in verbis: "Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (...) (STF-Rcl-8216- MC/MG, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, publicado no DJ de 19.05.09) (grifou-se).

(...) Ademais, não me parece razoável que o relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil (O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior) possa, monocraticamente, com supedâneo em súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior, julgar improcedente um recurso (que, lembre-se, não raro ataca sentença em que se tenha declarado a inconstitucionalidade de lei), sem que se confira a mesma prerrogativa às Turmas ou Câmaras dos tribunais. Daí a leitura conjunta que há de se fazer do parágrafo único do art. 481 e do art. 557, ambos do Código de Processo Civil (...) (STF-Rcl-7219- MC/MG, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, publicado no DJ de 13.02.2009) (grifou-se).

Importante ressaltar os termos em que foi exarado posicionamento, quando analisada a matéria referente à Súmula Vinculante nº10, conforme registro dos debates que constam da 15ª e 16ª Sessões Plenárias do STF - DJe nº 172/2008 **Divulgação:** quinta-feira- 11 de setembro **Publicação:** sexta-feira- 12 de setembro, cujo texto a seguir transcrevo, com grifos ora acrescentados:

DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 15ª (DÉCIMA QUINTA)
SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 11 DE JUNHO DE 2008
DEBATES PARA A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 7

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Senhores Ministros, talvez em relação a esses dois casos, a Súmula nº 648, e em relação também à reserva de Plenário, nós pudéssemos elaborar uma Súmula, ouvido o Procurador-Geral, e depois poderíamos chegar a um texto, porque parece que são matérias pacíficas.

Em relação à Súmula nº 648, claro, já se trata de entendimento sumulado.

Em relação à reserva de Plenário, com as ressalvas que nós conhecemos e que a jurisprudência do Supremo encaminhou, e depois foram incorporadas inclusive pelo legislador, nos arts. 481 e 482 do CPC, também é uma matéria bastante pacífica. Acho que não há nenhuma dúvida em relação a isso.

DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 16ª (DÉCIMA SEXTA)
SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 18 DE JUNHO DE 2008
DEBATES PARA A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Penso já ter sido distribuída a proposta de súmula que deliberamos na sessão anterior sobre a questão da reserva de Plenário. Houve aprovação, mas a Ministra Ellen Gracie, agora, nos submete essa proposta. Vou ler o texto (Questão de Ordem no RE 580.108): “Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, claro que podemos deixar de aplicar uma lei por ser também inadequada à espécie em termos de regência. Agora, no caso a premissa é única, a declaração - diria - “escamoteada” de inconstitucionalidade da lei. Penso que a percepção dessa premissa está na cláusula, embora não declare expressamente, ou seja, afasta, para aplicar a Constituição Federal, sem levar o incidente a órgão especial ou ao Plenário. Sendo esse o sentido, estou de pleno acordo. Presidente, apenas mais uma colocação, para que fique documentado, inclusive quanto ao meu ponto de vista. Aqui também não está apanhada a situação em que, em processo subjetivo, já houve a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou mesmo pelo órgão especial do Tribunal **porque o CPC faz essa ressalva.**

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Havendo decisão do próprio Tribunal, claro que não tem de ocorrer sucessivos incidentes.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Que são **aquelas hipóteses em que a própria lei ressalva.**

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Senhor Presidente, eu gostaria penas, como autora da proposta, de sugerir uma pequena alteração, que me foi alcançada pelo colega Ministro Carlos Britto. Na redação que Vossas Excelências têm em mãos, quando se diz: “não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma” substitua-se esse termo “norma” por “lei ou ato normativo do poder público”. Com isso **estaremos reproduzindo o texto do art. 97 da Constituição.** Acato essa ponderação do Ministro Carlos Britto, penso que enriquece a redação.”

.....
Portanto, esta será a Súmula Vinculante nº10:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

Destarte, como a ressalva quanto à aplicação do preceituado nos artigos 481 e 482 do CPC foi devidamente destacada nos debates, e a interpretação da Súmula Vinculante nº 10 não pode ultrapassar as balizas postas pelo artigo 97 da CF/88, onde estaria a violação da cláusula de reserva de plenário na decisão que adotou o entendimento contido na Súmula 331 ?

Após apreciar inúmeros processos, nos quais ficou evidenciado o comportamento negligente do ente público, quando deixa de fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pelos contratados, que atuavam como empregadores dos trabalhadores que prestavam serviços em seu benefício, o Tribunal Superior do Trabalho reputou constitucional o artigo 71 da Lei 8.666/93 nos termos em que foi promulgado. Assim, manteve o ali disposto quanto à impossibilidade de transferência das obrigações patronais, estabelecendo expressamente na Súmula 331 que não há

vínculo de emprego ente o ente público e o trabalhador. Ao aplicar o referido verbete as Câmaras ou Turmas mantêm este entendimento quanto à vedação de transferência, de modo que em nenhum momento se coloca em questão a inconstitucionalidade, nem mesmo implícita, do artigo 71 da Lei 8.666/93.

8 PODERIA SER DIFERENTE?

Ao constatar que o comportamento negligente da Administração Pública provoca lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, respaldado na diretriz constitucional prevista no inciso IV do artigo 1º e no parágrafo 6º do artigo 37, ambos da CF/88, bem como artigo 186 do Código Civil, cuja aplicação considera compatível com o direito trabalhista, o TST vem reconhecendo a responsabilidade subsidiária pela reparação da lesão, o que implica na observância do benefício de ordem e possibilita ação regressiva.

Portanto, não há qualquer transferência das obrigações empregatícias.

O empregador continua, como sempre, detentor da responsabilidade patronal. A responsabilidade do ente público decorre de fato gerador distinto, *ex lege*, qual seja, o comportamento culposo por negligência.

E poderia ser diferente?

A Justiça Trabalhista poderia ignorar que um número expressivo de entes públicos deixam de cumprir seu dever de fiscalizar a prestação de serviços pelos contratados, efetuando pagamentos sem antes exigir a comprovação de que houve a observância das obrigações patronais trabalhistas?

Poderia admitir que a omissão do ente público redunde num enriquecimento ilícito do empregador, que se apodera dos valores referentes às verbas trabalhistas, deixando de efetuar os pagamentos de natureza alimentar devidos ao seu empregado, além de sonegar os recolhimentos fundiários e previdenciários?

A Constituição pode ser reduzida a um simples ajuntamento de normas, com o descumprimento das regras de boa governança e *accountability* que instituem o devido processo legal administrativo, sob o descarado argumento de que o agente público se limitou a seguir os trâmites de um procedimento licitatório ?

Os direitos fundamentais, estabelecidos como vigas de edificação da República Brasileira pela Carta Constitucional, podem ser rebaixados a condição de mero regimento?

A Carta Constitucional é bússola que fixa a diretriz , o caminho a ser percorrido pelo ordenamento jurídico para preservar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que sustentam institucionalmente o país, preservando sua vitalidade como nação.

Assim é porque a Constituição atua como “fonte de Direito (constitucional) e também conjunto normativo que disciplina as demais fontes do direito”, como pontua André Ramos Tavares¹⁵

Cabe ao intérprete promover a análise sob tal perspectiva, para garantir a harmonia que propicia a efetividade do sistema. Para tanto, não se pode deixar de acompanhar Luis Roberto Barroso¹⁶ quando ressalta que a ordem jurídica é um sistema dotado de unidade e harmonia. “Os diferentes ramos do direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas” sendo a Constituição um “fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento”. Por isso, o Direito “existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social”, princípios albergados na Constituição que se irradiam por todo o sistema jurídico do país.

Poderia ser diferente ?

9 CONCLUSÃO

A regra posta no artigo 71 da Lei 8.666/93 estabeleceu que os deveres patronais próprios do empregador não se transferem para a Administração Pública, mas não excluiu sua responsabilização pela preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, base de sustentação do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, cuja exigibilidade se reveste de interesse público, de sorte que falacioso e incabível o argumento que pretende restringir a dimensão da controvérsia a um simples confronto entre público e privado.

Ademais, em cumprimento aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência albergados no artigo 37 da CF/88, a Administração Pública tem obrigação legal de pautar sua atuação pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública, de modo que lhe cabe fiscalizar o empregador contratado para que cumpra com suas obrigações trabalhistas. O fato desta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório não elide tal conclusão, pois não afasta a aplicação do artigo 186 do Código Civil quando o comportamento negligente e omissivo do ente público possibilita a violação e lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que atuou em seu benefício.

Assim sendo, ao consignar que as obrigações patronais do empregador não se transferem ao ente público, mas não impedem a sua responsabilização pela conduta culposa *in vigilando*, por omissão e negligência, imputando-lhe a responsabilidade subsidiária, que implica na observância do

15 Tavares, André Ramos- Teoria da Justiça Constitucional- Editora Saraiva- São Paulo- 2005- pag. 45

16 Barroso, Luis Roberto- obra citada- págs 294/295

benefício de ordem e possibilita a ação regressiva, a diretriz jurisprudencial traçada na Súmula 331 pelo TST não tratou da constitucionalidade, mas da legalidade, da subsunção do fato à norma apta para discipliná-lo, inexistindo na decisão pautada por tal diretriz qualquer descumprimento da cláusula de reserva de plenário preceituada no artigo 97 da CF/88 e referido na Súmula Vinculante nº 10.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª edição. Editora Atlas S.A.. São Paulo, 2008.

Mendes, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade- estudos de direitos constitucional**. Editora Saraiva, 2004. 3ª edição, São Paulo,

Ferrajoli, Luigi. **Direito e Razão**. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

Barroso, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. Editora Saraiva. 1ª edição, 2009

Afonso da Silva, Virgílio. **Direitos Fundamentais- conteúdo essencial, restrições e eficácia**. Malheiros editores. 2ª edição, São Paulo.

Sarmiento, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privada**. 2ª edição. 2ª tiragem. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2008.

França, Vlademir da Rocha. **Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação- in Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. coordenadores Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Mauricio Adeodato. Editora Forense. Rio de Janeiro- 2009

Mello, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros- São Paulo. ano 2010.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Júlio Ricardo de Paula Amaral¹

1 INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, a questão relativa aos direitos e liberdades públicas dos cidadãos, e, sobretudo, dos cidadãos-trabalhadores, mostra-se dotada de grande relevância. Isso decorre, por um lado, em face das diversas modificações nos sistemas de produção, o que passou a exigir uma alteração na postura dos empregadores no sistema de administração das empresas, e, por outro lado, com aquilo que se costumou a denominar como *constitucionalização do Direito do Trabalho*, que visa atribuir uma maior efetividade na proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Não se pode negar que essas questões, de forma quase que inevitável, poderão gerar a colisão entre direitos dos trabalhadores e dos empregadores.

Em face disso, mostra-se necessária, portanto, a verificação da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas estabelecidas entre trabalhadores e empregadores. Num primeiro momento, a resposta pode parecer simples, mas não pode ser abordada de forma tão superficial, tendo em vista que se faz imprescindível a análise dos fundamentos jurídicos que se devem utilizar para eventual adoção deste procedimento, especialmente diante das características das normas vigentes no Direito do Trabalho. Essa é a finalidade do presente estudo.

E, com o objetivo de verificar a forma pela qual poderá ocorrer a incidência dos direitos fundamentais nas relações de Direito do Trabalho – *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* –, necessariamente deverão ser superadas algumas etapas que logicamente se apresentam, com o estabelecimento de algumas premissas metodológicas ao estudo, sobretudo, realizando uma abordagem mais ampla acerca do que se costuma denominar como *direitos fundamentais*, bem como uma análise de toda a sua sistemática.

¹ Doutorando em Direito Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM – Espanha), Máster em Direito – Diploma de Estudos Avançados – pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM – Espanha), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (PR) – UEL, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC – Portugal) e Juiz do Trabalho na 9ª Região.

De igual sorte, faz-se uma abordagem da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das várias relações jurídicas, tanto nas relações jurídico-públicas como naquelas estabelecidas entre os sujeitos particulares. Analisa-se aquilo que se passou a denominar como *eficácia vertical*, bem como a vinculação positiva dos poderes públicos aos direitos e liberdades públicas dos cidadãos. Por outro lado, procede-se à verificação da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, ou a sua aplicação no contexto das relações entre sujeitos privados.

Depois de verificada as questões relativas à incidência dos direitos fundamentais em ambas as espécies de relações jurídicas – *públicas e privadas* –, no terceiro capítulo do presente estudo, passa-se a abordar a maneira pela qual poderá ocorrer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, e, ainda, a forma como isso se dará. Concentram-se os esforços na finalidade de analisar se as liberdades públicas dos cidadãos – *as quais são mantidas pelo trabalhador durante a prestação de serviços* – são aplicáveis de forma direta e imediata ou, se para tanto, requerem a intervenção dos poderes públicos, nomeadamente do legislador.

É relevante mencionar que, em determinadas ocasiões, em face da dinâmica que envolve as relações trabalhistas, inevitavelmente os direitos individuais dos trabalhadores entrarão em conflito com outros direitos, bens e valores constitucionalmente protegidos, tanto em benefício de outros trabalhadores, da coletividade, do Estado, como aqueles assegurados aos empregadores.

Ocorre, porém, que nem os direitos atribuídos aos trabalhadores nem os direitos estabelecidos aos empregadores se mostram como sendo absolutos, razão pela qual, em determinadas ocasiões, tais direitos comportarão alguma espécie de limitação ou restrição, em benefício de um outro bem ou valor também assegurado por normas constitucionais. Haverá, neste instante, a colisão entre direitos dos sujeitos envolvidos nas relações trabalhistas que, de uma forma ou de outra, deverão ser solucionados pelos órgãos jurisdicionais, como de fato acontece no cotidiano do Poder Judiciário incumbido de compor as lides trabalhistas.

Justamente em decorrência dos conflitos de direitos e interesses dos trabalhadores e empregadores, e, lembrando-se que a matéria pode ser abordada de forma bem mais profunda, visto que recheada de controvérsias em sede doutrinária e jurisprudencial, pode-se dizer que, de maneira sintética, é desta forma que se pretende analisar a incidência dos direitos fundamentais no seio das relações jurídicas estabelecidas entre trabalhadores e empregadores.

2 DEFINIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não se trata de tarefa das mais fáceis traçar uma definição do que vêm a ser os denominados *direitos fundamentais*. Mas, com o intuito de cumprir fielmente o objetivo traçado para o presente

estudo, mostra-se como sendo imprescindível a busca de um conceito no âmbito da doutrina jurídica.

Num primeiro momento, porém, há de se ressaltar que, de forma geral, costuma-se utilizar diversas denominações de forma sinônima, com o intuito de designar aquela categoria de direitos atribuídos às pessoas, apenas pela razão delas existirem. Dentre essas expressões, podem ser mencionadas algumas tais como: *direitos humanos*, *direitos morais*, *direitos naturais*, *liberdades públicas*, *direitos das pessoas*, *direitos subjetivos públicos*, entre outras diversas expressões utilizadas para nominar o conjunto dos direitos fundamentais.

Embora se mostre como questão de grande interesse para o estudo jurídico de maneira geral, ressalta-se que, no presente momento, os esforços serão concentrados sobre a distinção das expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, em face de serem estas dotadas de maior utilidade para os fins objetivados nesse estudo².

No mister de proceder a uma distinção, GREGORIO ROBLES afirma que a expressão *direitos humanos* ou *direitos do homem*, também denominados de forma clássica como *direitos naturais*, e, atualmente concebidos como *direitos morais*, na realidade não são verdadeiros direitos – protegidos por meio de ações processuais perante um juiz –, mas servem de critérios norteadores à boa convivência dos indivíduos, tendo em vista que “os direitos humanos, ou melhor dizendo, determinados direitos humanos, positivam-se, adquirindo a categoria de verdadeiros direitos protegidos processualmente e passam a ser direitos fundamentais, no âmbito de determinado ordenamento jurídico”³. Na concepção do ilustre jurista, pode-se concluir que os direitos fundamentais são uma espécie de positivação dos direitos humanos.

Por sua vez, GOMES CANOTILHO reconhece que “as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas”. Sustenta, porém, que “segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: ‘direitos do homem’ são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); ‘direitos fundamentais’ são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. Ressalta, ainda, que “os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais

2 Acerca das várias expressões mencionadas, confira-se: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 55-58. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Leciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 19-29. PALOMBELLA, Gianluigi. *Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría*. Doxa – Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes de la Universidad de Alicante, Alicante, n° 22, 1999. p. 525-579. CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *Derechos morales: concepto y relevancia, Isonomía*, México, n° 15, 2001, p. 55-79. HERNANDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. *Constitución y derechos fundamentales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, n° 84, 1995, p. 1041-1051. 3 ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1997. p. 20 e seguintes.

seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídico-concreta”⁴.

Segundo PÉREZ LUÑO, existe uma propensão doutrinária no sentido de se utilizar a expressão *direitos fundamentais* para designar aqueles direitos positivados no ordenamento jurídico interno, ao passo que designação *direitos humanos* seria mais comum para designar aqueles direitos naturais constantes das declarações e convenções internacionais, bem como àquelas essenciais exigências pertinentes à dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que ainda não constam de um estatuto jurídico-positivo⁵.

Independentemente da divergência existente no âmbito da doutrina jurídica, importa mencionar que é justamente a expressão *direitos fundamentais* aquela adotada pelas Constituições de Portugal, Brasil e Espanha, sendo que tais Estados se baseiam na *dignidade da pessoa humana*⁶, fundamento da existência dessa categoria de direitos, razão pela qual, para fins do presente estudo, doravante, adotar-se-á a designação *direitos fundamentais*.

Há de se ressaltar, porém, que, embora tenha sido definida a denominação a ser utilizada, não se tem até esse instante uma definição sobre essa categoria de direitos, o que é imprescindível para o presente estudo. O que vem a ser, portanto, os direitos fundamentais?

Analisando os vários enfoques dos direitos fundamentais, JOSÉ CARLOS DE VIEIRA ANDRADE afirma que “aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar direitos fundamentais pode, afinal, ser considerado por várias perspectivas”. Sob uma perspectiva *filosófica* ou *jusnaturalista*, sustenta que “os direitos fundamentais podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares”. Numa perspectiva *estadual* ou *constitucional*, são considerados “os direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados”. Ressalta, ainda, que sob uma perspectiva *universalista* ou *internacionalista*, os direitos fundamentais “podem ser considerados direitos

4 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

5 Acerca de tal questão, o referido autor sustenta “o termo ‘direitos humanos’ aparece como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de ‘direitos fundamentais’”. Dessa forma, “os direitos humanos devem ser entendidos como um ‘conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, tornam concretas as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional’”. Por outro lado, “a noção de ‘direitos fundamentais’ tende a aludir ‘aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional, e que devem gozar de uma tutela reforçada’”. In PÉREZ LUÑO, António-Enrique. *Los derechos fundamentales*, p. 44.

6 Nesse sentido, a Constituição portuguesa dispõe que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (CP, art. 1º). Por sua vez, a Constituição brasileira dispõe que “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: /.../ III – a dignidade da pessoa humana; /.../” (CRFB/1988, art. 1º, III). E, por fim, a Constituição espanhola dispõe que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (CE, art. 10, 1).

essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo”⁷.

Embora o ilustre constitucionalista português proceda a sua análise a partir de vários enfoques, facilmente se percebe a convergência existente em sua concepção, no sentido de serem os direitos fundamentais aqueles atribuídos a *todos os homens*, ou *direitos mais importantes das pessoas*, ou, ainda, *direitos essenciais das pessoas*. O Homem, o Ser humano, a pessoa é a figura ou foco central. A formulação, porém, apenas diverge, entre si, basicamente no que tange ao lugar e tempo de vigência de tais direitos, conforme cada uma das perspectivas, mas, a essência não se altera.

Segundo LUIGI FERRAJOLI, numa definição puramente *formal* ou *teórica*, seria possível considerar como direitos fundamentais “aqueles direitos subjetivos que correspondam universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do ‘status’ de pessoas, de cidadãos ou sujeitos com capacidade de agir”, sendo que, nesse caso, deve-se entender por *direitos subjetivos* toda aquela expectativa *positiva* – faculdade de agir – ou *negativa* – suscetibilidade de sofrer lesão – atribuída a um sujeito por meio de uma norma jurídica⁸. O ilustre autor vincula a idéia de direitos fundamentais com os direitos subjetivos.

Numa concepção ampla, CÉSAR HINES sustenta que “os direitos fundamentais em um Estado constitucional e democrático de Direito formam parte do conjunto de valores e princípios que regulam a atividade do poder público, estabelecendo uma inclinação especial para sua satisfação, tanto como uma proteção apreensível por cada indivíduo quanto como fins gerais aderidos à concepção mesma do Estado que se fortaleceria na medida em que os faça efetivos”⁹.

Sob uma *dimensão subjetiva*, há de se mencionar que os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, seja em suas relações com o Estado ou com os particulares. Embora originariamente tenham sido concebidos como forma de defesa dos cidadãos frente ao Estado, esses direitos tendem a tutelar a liberdade, autonomia e segurança das pessoas perante os demais membros do corpo social. No princípio, imaginava-se que não havia razão para ser aplicados os direitos fundamentais nas relações entre os privados, justamente em face da existência de uma igualdade formal entre tais pessoas. Ocorre, porém, que, em que pese haja uma igualdade formal, as relações jurídicas na sociedade comportam situações em que não existe uma igualdade material, razão pela qual a partir do Estado Social de Direito, houve uma mudança dessa concepção,

7 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15.

8 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 37.

9 HINES, César. *Limitaciones de los derechos fundamentales*. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, San José, n° 106, 2005. p. 36-37.

aplicando-se os direitos fundamentais a todos os setores do ordenamento jurídico¹⁰.

Depois de se ter apresentado essa pluralidade de conceitos, verifica-se que, regra geral, os direitos fundamentais podem ser concebidos como atributos naturais atinentes ao homem, ligados essencialmente aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, decorrentes da sua própria existência, com fundamento na *dignidade da pessoa humana*¹¹. Importa ressaltar, ainda, que esses direitos não são graciosamente atribuídos pelo Estado – que deve respeitá-los, promovê-los e garanti-los –, mas apenas têm o seu reconhecimento no ordenamento jurídico-positivo.

2.1. Eficácia dos direitos fundamentais

A eficácia dos direitos fundamentais, tal como ocorre com qualquer outra norma no âmbito constitucional, somente pode ser aferida em termos jurídicos, a partir da aptidão do seu conteúdo normativo para atingir a finalidade do seu objeto, consubstanciando-se este na garantia de um determinado campo de liberdade pessoal do indivíduo¹², sem interferências indevidas do Estado ou de sujeitos particulares.

Nesse contexto, pode-se dizer que o estudo da eficácia dos direitos fundamentais – *eficácia vertical e eficácia horizontal* – está intimamente ligada à verificação daqueles sujeitos que estão vinculados ou obrigados por essa categoria de direitos, bem como quais os argumentos utilizados para a respectiva vinculação destes entes. De igual sorte, mostra-se como questão primordial, caso de fato exista tal obrigação, analisar a forma de vinculação dos sujeitos aos direitos fundamentais. São estas, portanto, as questões essenciais que deverão ser abordadas no presente momento.

2.1.1 Eficácia vertical

10 PÉREZ LUÑO, António-Enrique. *Los derechos fundamentales*, p. 22-23.

11 Longe de ter a pretensão de esgotar o tema, mas apenas com a finalidade de situar o leitor, pode-se dizer que “a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas. /.../ O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada”. Ressalta, ainda, que “o fim primeiro e último do poder político é o ser humano, ente supremo sobre todas as circunstâncias. Não há valor que possa equiparar-se ou sobrepor-se à pessoa humana, que é reconhecida como integridade, abrangendo aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. /.../ A supremacia da dignidade da pessoa humana acarreta a equiparação de todos os seres humanos”. In JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n° 26, 1999, p. 125.

Costuma-se dizer que “a dignidade está fortemente vinculada aos direitos fundamentais, em face de sua razão de ser, fim e limite dos mesmos. /.../ A dignidade ao operar não só como um direito individual, mas também como um direito objetivo, serve de limite aos direitos fundamentais, o qual se traduz no dever geral de respeitar os direitos alheios e próprios”. In LANDA ARROYO, César. *Dignidad de la persona humana*. Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, n° 07, 2002, p. 129.

12 BASTIDA FREIJEDO, Francisco; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; PRESNO LINERA, Miguel Angel; ALAÉZ CORRAL, Benito; FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004. p. 179.

Quando se menciona a *eficácia vertical dos direitos fundamentais* se está a referir quanto à vinculação dos poderes públicos a essa categoria de direitos. Ocorre, todavia, que não há muita controvérsia acerca da sua incidência nas relações de natureza jurídico-públicas, tendo em vista que, originariamente, segundo a concepção da doutrina liberal, os direitos fundamentais se mostram justamente como sendo meios de defesa do cidadão perante o Estado, identificando este como o maior *ameaçador* dos direitos e liberdades dos indivíduos.

Aliás, a obrigatoriedade da vinculação pode ser encontrada no corpo das Constituições de diversos países. Sintonizado com a abrangência do estudo que ora se desenvolve, pode-se mencionar que, em Portugal e na Espanha, existe expressa menção no âmbito das respectivas Constituições¹³. No Brasil, em que pese não exista disposição específica no sentido de vincular os entes públicos aos direitos fundamentais, há o expresse reconhecimento dos direitos constantes do Título II – *Dos direitos e garantias fundamentais* – e, além disso, sem qualquer exclusão de direitos e garantias constantes de documentos internacionais ratificados pelo Brasil¹⁴.

Não há, pois, controvérsias doutrinárias acerca da vinculação do Estado aos direitos fundamentais, ou, ainda, àquilo que costumeiramente passou a ser designado como *eficácia vertical*¹⁵.

Há de se ressaltar, entretanto, que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos em toda a sua extensão, ou seja, em todo o alcance de sua delimitação. Tendo em vista que os direitos fundamentais são considerados como componentes essenciais da ordem constitucional, exige-se a sua não-eliminação na relação que se possa apresentar com outros bens ou direitos constitucionais, assim como não ser objeto de uma restrição superior àquela necessária em sua eficácia na vida da comunidade. Importa mencionar, ainda, que da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais se compreende que estes não podem ser limitados da forma que lhe aprouver, mas deve haver a menor restrição possível, com vistas a atingir o fim perseguido¹⁶.

Percebe-se, portanto, que incumbe aos poderes públicos de forma geral – *Executivo*,

13 Nesse sentido, a Constituição de Portugal preconiza que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” (CRP, art. 18, n.º 1). Por sua vez, a Constituição da Espanha, em seu art. 53, n.º 1, dispõe que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

14 O art. 5.º, § 2.º da Constituição do Brasil dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

15 Para um estudo mais aprofundado do tema, consulte-se: MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier. *El concepto de poder público y la protección de los derechos fundamentales frente a particulares*. Derecho y Sociedad, Lima, 2004, n.º 22, p. 117-130.

16 NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, p. 100.

Legislativo e Judiciário –, cada um a sua maneira, contribuírem para a proteção e promoção dos direitos fundamentais¹⁷. Há de se ressaltar que, em que pese haja a incumbência do Executivo no sentido de desenvolver políticas públicas a fim de promover os direitos e garantias dos cidadãos, e, ainda, embora os órgãos jurisdicionais possuam grande relevância na garantia dos direitos fundamentais, através do exercício da função jurisdicional¹⁸, e, sendo essa uma das atividades que mais contribuem para a eficácia dos direitos, a doutrina costuma atribuir uma importância maior ao Poder Legislativo, mencionando-se, na grande maioria das vezes, a *vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais*.

Conforme salienta PRIETO SANCHÍS, é inevitável a intervenção legislativa no campo das liberdades públicas dos cidadãos, tendo em vista que os direitos fundamentais normalmente aparecem no corpo das Constituições ou documentos internacionais como meras declarações de direitos, sendo que apenas oferecem ao legislador ordinário as diretrizes gerais para o seu regime jurídico, e, para a sua plena eficácia, mostra-se de vital relevância a sua concretização por meio de normas jurídicas¹⁹.

Em síntese, nota-se que a discussão agora já não mais se circunscreve à adequada utilização dos direitos fundamentais pelos cidadãos, mas quanto à necessária intervenção do Estado na remoção de eventuais obstáculos que, de uma forma ou de outra, impeçam ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos e liberdades. Resta assinalar, entretanto, que a interferência do Estado para propiciar o gozo de tais prerrogativas pelo cidadão, não ocorre de forma facultativa, mas se revela como uma obrigação imposta por meio de normas inseridas na constituição. O Estado, portanto, tem o dever constitucional de não apenas proteger, mas também promover o pleno e efetivo gozo dos direitos fundamentais.

17 BASTIDA FREIJEDO, Francisco, *et alli. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, p. 182-189.

18 Segundo NARANJO DE LA CRUZ, “os direitos fundamentais não vinculam já só aos órgãos administrativos e jurisdicionais, senão também ao legislativo, como consequência do caráter supremo da norma constitucional no ordenamento jurídico”. In NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 168.

19 O ilustre autor sustenta que ao legislador ordinário “se lhe atribui a legitimidade democrática e, com isso, a liberdade política de conformar a convivência social de acordo com determinados valores ou postulados ideológicos; e é evidente que o exercício dessa liberdade política se projeta com frequência no âmbito das liberdades públicas, precisamente porque a filosofia do legislador supõe sempre um determinado ponto de vista sobre o conceito e a função dos direitos fundamentais, e, também, sobre sua plena realização. Produz-se, então, uma tensão lógica entre a ideologia constitucional, que cristalizou juridicamente uma série de direitos fundamentais, e os valores e finalidades do legislador de cada momento, cuja expressão jurídica é a lei. Por conseguinte, o sistema de garantias dos direitos fundamentais há de fazer frente, em primeiro lugar, à atividade; o que em verdade constitui uma tarefa difícil, já que se trata de buscar um equilíbrio entre a inquestionável liberdade política do legislador e a não menos indiscutível resistência jurídica das decisões constitucionais”. In PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 140.

2.1.2 Eficácia horizontal

Tendo em vista a natureza originária com que foram concebidos os direitos fundamentais – *direitos de defesa do cidadão perante o Estado* –, mostra-se sendo uma questão um pouco mais tormentosa aquela referente à sua aplicação no campo das relações jurídico-privadas, ou a vinculação dos particulares a essa categoria de direitos, o que se costumou denominar como *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, sendo que, no âmbito da doutrina jurídica alemã – onde a questão foi originariamente abordada –, tratou-se do tema utilizando a expressão *Drittwirkung der Grundrechte*.

Há de se ressaltar que a expressão *eficácia horizontal* se utiliza para demonstrar que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas, em clara oposição à *eficácia vertical*, na qual somente resultam oponíveis às ações praticadas pelos entes públicos, ao contraste entre subordinação e coordenação. Na linguagem jurídica alemã – ordenamento jurídico onde esta discussão alcançou o seu maior nível de desenvolvimento – utiliza-se a expressão *Drittwirkung* com a finalidade de se referir aos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros. No âmbito jurídico anglo-saxão, em adição ao *horizontal effect*, introduziu-se a nomenclatura *Privatisation of human rights*²⁰.

Em seus ensinamentos, LUIGI FERRAJOLI recorda que, depois da Segunda Guerra Mundial, passa-se a refletir acerca dos direitos fundamentais, onde se “descobre ou se redescobre” a sua dimensão objetiva como ponto inicial para uma melhor reflexão acerca da *Drittwirkung*. Diante disso, o ilustre autor italiano sustenta que se reconhece, portanto, “o valor da Constituição como conjunto de normas substanciais dirigidas a garantir a divisão dos poderes e os direitos fundamentais de todos, ou seja, exatamente os dois princípios que haviam sido negados pelo fascismo e que são a negação deste”²¹.

Dessa forma, justamente com a finalidade de desenvolver essa teoria – *Drittwirkung der Grundrechte* –, em meados do século XX (1950), na Alemanha, HANS CARL NIPPERDEY – *Presidente do Tribunal Federal do Trabalho, no período compreendido entre 1954 até 1963* –, publicou o seu célebre ensaio sobre a *igualdade salarial da mulher – Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung* –, abordando pela primeira vez a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e, nesse caso, em especial, a incidência do princípio da igualdade no âmbito das relações de trabalho, visto que preconizava “igual salário para mulheres de mesma performance”.

20 LINETZKY, Andrés Jana. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios de la Justicia / Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001. Disponível na Internet: <<http://www.derecho.uchile.cl/cej>> Acesso em 11 de janeiro de 2006.

21 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 54.

Reconhecendo que o *perigo* não se encontra apenas na esfera pública, mas também no âmbito privado, PECES-BARBA MARTINEZ sustenta que “o Poder político não é o único capaz de causar danos às pessoas nos âmbitos protegidos pelos direitos”. Ressalta que “existem poderes sociais, e inclusive outros indivíduos capazes de produzir malefícios e danos dos quais devemos proteger os direitos fundamentais”. Mais adiante, afirma que “a vida, a integridade física, as condições de trabalho, a liberdade de ensino, o direito de reunião e de manifestação à liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e das comunicações, não são direitos que devam temer principalmente o Poder político em uma sociedade democrática”²².

Retomando, há de se mencionar, porém, que a idéia de uma *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* apareceu pela primeira vez na jurisprudência constitucional alemã, no ano de 1958, através da famosa sentença *Lüth*²³. Importa mencionar, todavia, que, mesmo antes da sentença *Lüth*, o Tribunal Supremo Federal e a Magistratura Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), já haviam começado a tratar da questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares²⁴.

Enfatizando a dignidade da pessoa humana, em obra específica acerca dos direitos fundamentais incidentes no âmbito das relações trabalhistas, JOSÉ JOÃO ABRANTES sustenta que “hoje, a eficácia dos direitos e liberdades fundamentais nas relações de direito privado é, pois, exigida, por um lado, pela ‘dignidade da pessoa humana’ encarada no quadro do Estado Social de Direito e, por

22 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 339

23 Há de se mencionar que o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – ainda que isso tenha ocorrido de *forma mediata* –, teve origem na Sentença ‘*Luth-Urteil*’, datada do ano de 1958, versando acerca do direito à liberdade de expressão. Durante o Festival de Cinema de 1950, em Hamburgo, na Alemanha, *Erich Lüth* – então Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo –, por meio de uma carta aberta à imprensa, incitou o boicote de um filme supostamente anti-semita – *Jüd Süß* –, sob o argumento de que o referido filme tinha sido produzido durante o período do regime nazista. Houve, ainda, a expressa crítica a outros filmes produzidos a serviço da ideologia nacional-socialista. Em face de tais críticas, o produtor do filme – *Veit Harlan* – que havia recebido a dura crítica apresentou uma ação por ilícito civil, com fundamento no art. 826 do BGB, segundo o qual “o que dolosamente causa dano a outro de maneira contrária aos bons costumes está obrigado a repará-lo”. Por sua vez, depois de ter sido condenado em primeiro grau e mantida a decisão em sede de recurso, *Lüth* recorreu ao Tribunal Constitucional argumentando que o direito à liberdade de expressão obrigava considerar legítima a sua forma de agir, tendo obtido êxito nessa etapa. In GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BRANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones particulares*. Madrid: Civitas, 1986. p. 21-26.

Em sua obra, JOSÉ JOÃO ABRANTES transcreve partes da decisão proferida no caso *Lüth*, nos seguintes termos: “Sem dúvida que os direitos fundamentais se destinam em primeiro lugar a proteger a esfera de liberdade dos indivíduos perante intervenções do poder público, são direitos de defesa do cidadão face ao Estado /.../.

Não obstante isto, é igualmente certo que a Constituição, que não é um ordenamento desprovido de valores, também instituiu, no título referente aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores. /.../ Este sistema de valores, que tem o seu cerne no livre desenvolvimento da personalidade humana /.../, deve reger, como decisão constitucional básica, em todos os âmbitos do Direito; dele recebem diretrizes e impulso a legislação, a administração e a jurisdição.

Dessa forma, ele influi, evidentemente, também sobre todo o Direito Civil; nenhuma disposição jurídico-civil deve estar em contradição com tal sistema e todas elas deverão ser interpretadas em conformidade com o seu espírito”. In ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 76-77.

24 VENEGAS GRAU, Maria. *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, p. 139-141.

outro, pela nova ‘dimensão objetiva’ atualmente reconhecida àqueles direitos”²⁵.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva n° 18, de 17 de setembro de 2003, em consulta realizada pelos Estados Unidos Mexicanos, em seu parágrafo n° 147, dispõe que “a obrigação imposta pelo respeito e garantia dos direitos humanos frente a terceiros se baseia também em que os Estados são os que determinam seu ordenamento jurídico, o qual regula as relações entre particulares e, portanto, o direito privado, pelo que devem também velar para que nessas relações privadas entre terceiros se respeitem os direitos humanos, já que do contrário, o Estado pode resultar responsável pela violação dos direitos”²⁶.

Diante disso, em face do reconhecimento de que não apenas o Estado figurava como sujeito *ameaçador* dos direitos e liberdades dos indivíduos, mas percebendo a urgente necessidade de proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídicas entre os particulares – *em evidente evolução depois da Segunda Guerra Mundial, com o fim dos regimes totalitaristas, sobretudo na Alemanha* –, e, ainda, concebendo uma dimensão objetiva a essa categoria de direitos, a doutrina e a jurisprudência passaram a refletir acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais²⁷.

Tal como já verificado em item anterior do presente estudo, os poderes públicos estão vinculados de forma positiva e negativa quanto aos direitos fundamentais, uma vez que, em determinado instante, deve se abster de imiscuir na esfera individual de liberdade do cidadão, e, noutro instante, incumbe-lhe a promoção e proteção dos direitos e garantias dos cidadãos²⁸. A grande diferença existente entre os poderes públicos e os particulares, no que tange à forma de tratamento, é o fato de que, em relação a estes últimos, há apenas uma vinculação *negativa* aos direitos fundamentais.

Pode-se concluir, portanto, nos dias de hoje, que já não mais há que se negar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – *eficácia horizontal* –, tendo em vista que, ainda que tenha ocorrido de forma cautelosa, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer que estes podem ser vulnerados por atos praticados nas relações jurídico-privadas, pelo que, tal como ocorre

25 ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, p. 72.

26 COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva n° 18, de 17 de setembro de 2003, San José, Costa Rica. Disponível na Internet: <http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 6 de março de 2006.

27 Em excelente análise acerca da evolução da jurisprudência no tema relacionado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, confira-se: VALADÉS, Diego. *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*. Obra coletiva coordenada por GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 589-616.

28 VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*. Obra coletiva coordenada por CARBONELL, Miguel. *Derechos fundamentales y el Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 692-693.

nas relações jurídico-públicas, também deve haver a proteção de tais direitos no âmbito das relações privadas. Ademais, some-se a isso o fato de que as normas constitucionais de diversos países – *Espanha, Portugal e Brasil* –, de forma expressa ou por meio de uma interpretação sistemática, contemplam a obrigação estatal de proteger os direitos fundamentais nas relações mantidas entre particulares. Isso não é nada mais que compreender a realidade dos fatos, e, por conseguinte, a prática de atos visando coibir as lesões dos direitos fundamentais.

Não há, pois, controvérsia quanto à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os privados, restando, agora, a verificação da forma da incidência de tais direitos e garantias no âmbito dessas relações – *eficácia direta ou indireta* –, razão pela qual, essa questão será objeto dos próximos itens do presente estudo.

2.2 Incidência dos direitos fundamentais nas relações de Direito do Trabalho

Inicialmente, pode-se mencionar que, enfrentando poucas controvérsias, a doutrina costuma entender que a questão relativa à *Drittwirkung der Grundrechte* se amolda, de forma quase natural, no âmbito do contrato de trabalho. Segundo TERESA MOREIRA, essa ‘*naturalidade*’ se deve ao fato de que a empresa, enquanto uma estrutura de poder, mostra-se detentora de diversas faculdades de atuação, razão pela qual, possui uma elevada potencialidade de afrontar os direitos fundamentais dos trabalhadores²⁹.

Sob essa perspectiva, não há como negar a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito da empresa, tendo em vista que isso é fato aceito desde as discussões iniciais do texto constitucional. De forma muito precisa, ESCRIBANO GUTIÉRREZ afirma que “a Constituição não poderia ficar às portas da fábrica, mas, pelo contrário, haveria de estar presente também nas relações entre empresários e trabalhadores”. Desta maneira, sustenta o ilustre autor, apesar de algumas dúvidas iniciais que foram suscitadas acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, até com certa rapidez, que os tribunais passaram a apresentar posicionamentos favoráveis a essa tese³⁰.

Adotando esse posicionamento, a Sentença nº 186/2000, de 10 de julho, do Tribunal Constitucional da Espanha, dispõe que “o empresário não fica apoderado para levar a cabo, sob o pretexto das faculdades de vigilância e controle que lhe confere o art. 20.3 LET, intromissões ilegítimas na intimidade de seus empregados nos centros de trabalho”. Ressalta, também, que “os equilíbrios e limitações recíprocas que se derivam para ambas as partes do contrato de trabalho

29 MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 57-58.

30 ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. *El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio*. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 01, 2001, p. 85-86.

supõem, pelo que agora interessa, que também as faculdades organizativas empresariais se encontram limitadas pelos direitos fundamentais do trabalhador, ficando obrigado o empregador a respeitar aqueles”. Mais adiante, a referida decisão menciona que “a jurisprudência constitucional tem mantido, como não poderia ser de outro modo, que o exercício das faculdades organizativas e disciplinares do empregador não pode servir em nenhum caso para a produção de resultados inconstitucionais, lesivos dos direitos fundamentais do trabalhador, nem à sanção do exercício legítimo de tais direitos por parte daquele”³¹.

Costuma-se afirmar, nesse contexto, que os direitos fundamentais também compõem estruturas básicas do Direito do Trabalho, levando-se em conta as características especiais de uma relação jurídica, onde não só a pessoa do trabalhador se encontra comprometida, mas atentando para o fato de que o trabalhador está inserido numa organização alheia e submetido a uma autoridade que, mesmo situada no âmbito privado, não deixa de ser um *poder social com relevância jurídica*³².

Aliás, a própria estrutura do contrato de trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais no âmbito desse tipo de pacto, tendo em vista que, ao celebrar um pacto dessa natureza, o trabalhador cede ao empregador a sua força de trabalho, pelo que, resta evidente que a relação que se origina não pode deixar de ser qualificada como uma *relação de dependência*. O próprio objeto do contrato de trabalho – disposição da mão-de-obra de um sujeito em benefício de outro – é o que “torna inevitável todo um conjunto de notáveis limitações à liberdade pessoal do trabalhador”³³.

Não se pode olvidar que as novas tecnologias e os novos modelos de organização da empresa, calcados em princípios de efetividade de produção em face da competitividade, ampliam de forma extraordinária as várias prerrogativas do empregador, gerando uma reinserção do ‘*princípio da autoridade*’ no desenvolvimento das relações de trabalho³⁴, razão pela qual, a tutela

31 ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença nº 186, de 10 de julho de 2000. Boletín Oficial del Estado, nº 192, publicado em 11 de agosto de 2000. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 6 de abril de 2006.

32 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 01/02, 1996, p. 15.

33 ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Obra coletiva coordenada por MOREIRA, Antônio. *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 105-106.

34 Nesse sentido, MOLINA NAVARRETE e OLARTE ENCABO ressaltam que, “justamente por isso, não se pode surpreender a comum imagem deste âmbito jurídico co-normativo relativo à tutela dos direitos fundamentais não especificamente trabalhistas como um dos mais dinâmicos e evolutivos do Direito ‘vivo’ do Trabalho”. Prosseguem afirmando que “temas tais como a definição da extensão e limites dos diferentes testes médico-sanitários para a seleção dos futuros trabalhadores de uma empresa ou para a vigilância da saúde naquela relação já existente; a proteção efetiva e eficaz dos direitos à dignidade pessoal e liberdade sexual perante a multiforme gama de comportamentos do ‘assédio sexual’; a tutela da intimidade ou, de forma mais ampla, da privacidade do trabalhador; as conseqüências da liberdade religiosa e ideológica na relação de trabalho, a delimitação dos espaços de exercício legítimo da liberdade de expressão dos trabalhadores dentro e fora da empresa..., são todos eles temas de extraordinária transcendência, de extrema conflituosidade e de máxima atualidade em nosso país como no resto dos países europeus, pelo que suscitam múltiplos e continuamente renovados problemas jurídicos”. In MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; OLARTE ENCABO, Sofia. *Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Relaciones Laborales:

aos direitos da pessoa do trabalhador, sobretudo os direitos de liberdade, privacidade e dignidade, adquirem uma nova e renovada atualidade.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003, em consulta realizada pelos Estados Unidos Mexicanos, em seu parágrafo nº 140, dispõe que “em uma relação trabalhista regida pelo direito privado, deve-se ter em conta que existe uma obrigação de respeito aos direitos humanos entre particulares. Isto é, da obrigação positiva de assegurar a efetividade dos direitos humanos protegidos, que existe na cabeça dos Estados, derivam-se efeitos em relação a terceiros (*erga omnes*). Essa obrigação foi desenvolvida pela doutrina jurídica e, particularmente, pela teoria da *‘Drittwirkung’*, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser respeitados tanto pelos poderes públicos como pelos particulares em relação com outros particulares”³⁵.

Tratando, ainda, acerca da incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho, JOSÉ JOÃO ABRANTES sustenta que isso demonstra a “mais marcante manifestação de uma nova concepção dessa relação, caracterizada pela depuração desses seus elementos comunitário-pessoais e em que a qualidade de vida e de trabalho, bem como a realização pessoal do trabalhador, são elementos dominantes”³⁶.

Na verdade, ocorreu – e ainda está ocorrendo, num processo dinâmico – o fenômeno da *constitucionalização* do Direito do Trabalho, sendo que o trabalhador deixou de ser considerado exclusivamente como um sujeito que, por meio de um contrato de trabalho – negócio jurídico de natureza privada –, põe à disposição de outra pessoa a sua força de trabalho, mas, com tal ocorrência, houve uma mudança no foco de proteção, passando-se a proteger também o trabalhador-cidadão, reconhecendo-lhe todos os direitos inerentes aos demais cidadãos previstos na Constituição, promovendo a dignidade da pessoa humana no âmbito de uma relação trabalhista.

Ao contrário do que aconteceu na primeira fase da constitucionalização do Direito do Trabalho, onde houve a consagração dos chamados *direitos fundamentais específicos dos*

Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 17, 1999, p. 11.

35 De igual sorte, com essa mesma concepção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003, em seu parágrafo nº 147, estabelece que “a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos, que normalmente tem seus efeitos nas relações entre os Estados e os indivíduos submetidos à sua jurisdição, também projeta seus efeitos nas relações interindividuais. /.../ Esses efeitos de obrigação de respeito dos direitos humanos nas relações entre particulares, especificam-se no marco da relação trabalhista privada, na qual o empregador deve respeitar os direitos humanos de seus trabalhadores”. In COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva nº 18, de 17 de setembro de 2003, San José, Costa Rica. Disponível na Internet: <http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 6 de março de 2006.

36 O referido autor sustenta que “é sabido, aliás, que a própria legislação (ordinária) do trabalho compreende dispositivos cujo fundamento só é referenciável à tutela de um ‘espaço de liberdade’ do trabalhador.

Todavia, mesmo esses afloramentos de uma atitude de salvaguarda da liberdade civil do prestador de trabalho tendem muitas vezes a ser contrabalançados por certas concepções fiduciárias do vínculo laboral e por teses comunitário-pessoais da empresa, que, sob a premissa de um interesse superior e comum a ambas as partes da relação, admitem especiais limitações a essa liberdade”. In ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, p. 106.

trabalhadores, atualmente a doutrina caminha noutra sentido, com a finalidade de estabelecer a denominada *cidadania na empresa*³⁷, ou seja, com a finalidade de dar ênfase ao que se passou a designar como *direitos fundamentais ou laborais inespecíficos*³⁸, consubstanciados naqueles direitos do cidadão de forma geral, exercitados na empresa, como trabalhadores, mas, também, e, sobretudo, como cidadãos.

Em síntese, o fenômeno da *constitucionalização do Direito do Trabalho*, tem por finalidade evitar que o homem-trabalhador seja tratado como mercadoria ou coisa³⁹, pondo em relevo a pessoa que trabalha, dispensando-lhe o mesmo tratamento constitucional quanto aos demais sujeitos, não como um trabalhador, mas como cidadão⁴⁰.

Segundo o entendimento de FERNANDO VALDÉS, juntamente com os direitos tipicamente trabalhistas – *tais como a greve e a liberdade sindical* –, vários daqueles direitos descritos na Constituição podem ser denominados como “direitos fundamentais da pessoa do trabalhador”, sendo que, mesmo possuindo um alcance geral, encontram as relações de trabalho como um fértil terreno para uma especial aplicação⁴¹. Nessa mesma esteira, referindo-se à mesma categoria de direitos, VICENTE PACHÉS afirma que “são direitos inerentes à pessoa humana cujo reconhecimento e exercício se pode produzir tanto no desenvolvimento estritamente privado do indivíduo, como quando esteja inserido no âmbito de uma relação de direito do trabalho”⁴².

Também quanto a esse tema, é importante relembrar a lição de ISAIAS BERLIN, no sentido de que no seio de um Estado Social de Direito, a evolução e o desenvolvimento dos direitos fundamentais deve ser orientado para fins de *garantia da liberdade*, como um *poder de autodeterminação* em todos os âmbitos da vida social. Há de deixar de considerar o homem *in*

37 ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, p. 107.

38 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Los derechos laborales inespecíficos*. Minerva – Revista de Estudos Laborais, Coimbra, nº 2, 2003, p. 173-194.

39 Neste sentido, vale a pena conferir: CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. *¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?* Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 11, 2004, p. 05-16. PEREIRA, Antônio Garcia. *A grande e urgente tarefa da dogmática juslaboral: a constitucionalização das relações laborais*. Obra coletiva coordenada por MOREIRA, Antônio. *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 275-293.

40 RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 01/02, 1996, p. 15.

41 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 08, 1990, p. 11.

42 Segundo o referido autor, “produz-se assim uma ‘impregnação laboral’ dos direitos de titularidade geral ou inespecífica pelo fato de sua utilização por trabalhadores assalariados (também eventualmente por empresários), a propósito e no âmbito de um contrato de trabalho. Em definitiva, são direitos que se reconhecem ao trabalhador enquanto pessoa, eles preexistem ao estabelecimento do vínculo contratual; não é este o que os origina, ainda que nele tenham manifestações específicas. Ou seja, são direitos atribuídos com caráter geral aos cidadãos, que são exercitados no seio de uma relação jurídica trabalhista pelos cidadãos que, num mesmo instante, são trabalhadores e, portanto, convertem-se em verdadeiros direitos trabalhistas em face dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que se fazem valer. Direitos do ‘cidadão trabalhador’, a final de contas, que se exercita como ‘trabalhador cidadão’”. In VICENTE PACHÉS, Fernando. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1998. p. 36-37.

abstrato – *aquele situado fora do contexto social em que vive* –, passando a considerá-lo *in concreto*, ou seja, em suas diversas vertentes, e, ainda, situados em determinados cenários da realidade em que vive⁴³.

Em sua precisa abordagem acerca do tema, JOSÉ JOÃO ABRANTES ressalta que, quanto se trata dos direitos fundamentais dos trabalhadores, não mais se está no terreno meramente contratual, mas no plano da *pessoa*, existente em cada trabalhador, tendo em vista que, em verdade, a celebração de um contrato de trabalho não resulta na cessão ou privação de direitos dos trabalhadores assegurados na Constituição. Finalizando a sua análise, afirma que, “na empresa, o trabalhador mantém, em princípio, todos os direitos de que são titulares todas as outras pessoas”⁴⁴.

Exatamente no caminho da doutrina acima mencionada, a Sentença nº 088/1985, de 19 de julho, do Tribunal Constitucional da Espanha, dispõe que “a celebração de um contrato de trabalho não implica em modo algum na privação para uma das partes – o trabalhador – dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão, entre outros o direito a expressar e difundir livremente os pensamentos, idéias e opiniões, e cuja proteção fica garantida perante eventuais lesões mediante o impulso dos oportunos meios de reparação, que no âmbito das relações laborais se instrumenta, nesse momento, através do processo do trabalho”. Prosseguindo na sustentação desta tese, arremata salientando que “nem as organizações empresariais não formam mundos separados e estanques do resto da sociedade nem a liberdade de Empresa que estabelece o art. 38 do texto constitucional legitima que aqueles que prestam serviços naquelas por conta e sob a dependência de seus titulares devam suportar despojos transitórios ou limitações injustificadas de seus direitos fundamentais e liberdades públicas, que tem um valor central e nuclear no sistema jurídico constitucional”⁴⁵.

Note-se, portanto, que as relações de trabalho se mostram, com toda certeza, como um dos campos das relações jurídico-privadas nas quais os direitos fundamentais estão mais suscetíveis de alcançar uma maior relevância, e, por conseguinte, maior vulnerabilidade. Isso decorre da própria natureza do trabalho assalariado, onde a pessoa do trabalhador envida os seus esforços para a realização de uma atividade em proveito alheio. Essa relação jurídica, de forma quase inquestionável, em face da situação de sujeição de uma das partes em relação à outra, pressupõe maiores riscos que em outras relações entre sujeitos privados, no que tange aos direitos do trabalhador, tanto como *pessoa* como na qualidade de *cidadão*⁴⁶.

43 BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Tradução de Belén Urrutia, Julio Bayón e Natalia Rodríguez Salmones. Madrid: Alianza, 1988. p. 58.

44 ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, p. 107.

45 ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença nº 088, de 19 de julho de 1985. Boletín Oficial del Estado, nº 194, publicado em 14 de agosto de 1985. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 8 de abril de 2006.

46 GARCÍA MURCIA, Joaquín. *La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1992. p. 86.

Tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em que não haja ofensas ao conteúdo mínimo essencial desses direitos e liberdades. E isso não é diferente no âmbito de uma relação trabalhista.

2.3 Eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas

Em relação à questão que ora se apresenta, depois de verificada a grande aceitação doutrinária e jurisprudencial da teoria da *Drittwirkung der Grundrechte*, consiste na análise acerca da forma pela qual deverá ocorrer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas – *aplicação indireta ou mediata, ou incidência de forma direta ou imediata* –, e, além disso, convém verificar quais são os motivos justificadores desta forma de incidência das normas Constitucionais.

A determinação do efetivo alcance aos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas requer, sem qualquer dúvida, uma verificação acerca de uma questão prévia. Segundo as palavras de MOLINA NAVARRETE e OLARTE ENCABO, depois de aceita por imperativo de ordem constitucional a vigência dos direitos constitucionais no campo privado, há de se responder a seguinte indagação: “são igualmente e plenamente efetivos, de forma direta e automática, os direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou seja, nas relações jurídico-privadas?”⁴⁷

Tal como acontece nos demais campos das relações jurídico-privadas, a maioria da doutrina entende pela aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas, tendo em vista que, apenas e somente desta maneira, seria possível a efetiva proteção dos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, no contexto da dinâmica relação trabalhista. Importa mencionar que tal posicionamento também encontra os seus ecos no âmbito da jurisprudência.

Tratando da questão relativa à eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal do Brasil julgou o Recurso Extraordinário nº 161.243/DF, de 29 de dezembro de 1996, onde determinou a incidência do princípio da igualdade nas relações trabalhistas. A referida decisão era pertinente a processo onde trabalhador brasileiro – *empregado numa companhia aérea em território francês* – pleiteava direitos trabalhistas previstos em regulamentos da empresa, mas, o referido instrumento, somente concedia tais direitos aos trabalhadores de nacionalidade francesa. A empresa, portanto, havia estabelecido um critério

47 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; OLARTE ENCABO, Sofia. *Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 13.

diferenciador dos destinatários e beneficiados pelos direitos, qual seja, a nacionalidade do indivíduo, em que pese os trabalhadores de ambas as nacionalidades prestassem serviços semelhantes.

O Ministro relator do referido processo – Recurso Extraordinário nº 161.243/DF –, reconheceu que existia a possibilidade de tratamento desigual entre os trabalhadores, desde que também existisse um fundamento para tal espécie de tratamento, mas, não naquele caso. Citando a lição de BANDEIRA DE MELLO, afirmou que, “em síntese, no caso, o elemento usado para desigualar e simplesmente singularizador do destinatário; acresce que não há conexão lógica e racional que justifique o tratamento diferenciado, e, ademais, não me parece ocorrer, no tratamento diferenciado, afinidade com o sistema normativo vigente”. Por fim, concluiu no sentido de que “porque não ocorrentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, tem-se que iguais foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à República”⁴⁸.

A intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como a flagrante desigualdade existente entre os sujeitos envolvidos nas relações trabalhistas – *empregados e empregadores* –, em face da grande concentração de poder nas mãos do empresário no seio destas relações, podem ser considerados como motivos justificadores para a aplicação da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho⁴⁹.

Em sua obra acerca da intimidade privada do trabalhador, ressalta VICENTE PACHÉS que a *Drittwirkung* jamais passa despercebida no campo das relações trabalhistas, tendo em vista que a empresa, enquanto estrutura de poder, atribui um grande complexo de faculdades de atuação ao empregador, sendo que, “por seu próprio conteúdo e significado, apresenta uma especial potencialidade lesiva para o exercício real e efetivo dos direitos fundamentais dos trabalhadores”. Afirma, ainda, que esse potencial lesivo tem a sua gênese na flagrante desigualdade existente entre trabalhadores e empregadores⁵⁰.

Tratando justamente sobre a desigualdade das partes, e, ainda, abordando acerca da obrigação que tem o Estado de garantir os direitos fundamentais, inclusive no âmbito das relações trabalhistas, a Sentença nº 129/1989, de 17 de julho, do Tribunal Constitucional da Espanha, dispõe que “esta garantia por parte dos poderes públicos, e em particular por parte do legislador, da vigência dos direitos fundamentais pode resultar singularmente presente no âmbito laboral, onde há desigual distribuição do poder social entre trabalhador e empresário, e a distinta posição que estes

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – RE nº 161.243/DF – Relator Ministro Carlos Velloso – julgamento em 29.10.1996 – DJ 19.12.1997, p. 057. Disponível na Internet: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 9 de abril de 2006.

49 ABRANTES, João José. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 131.

50 VICENTE PACHÉS, Fernando. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, p. 25.

ocupam nas relações laborais, eleva em certo modo o risco de eventuais menoscabos dos direitos fundamentais do trabalhador”⁵¹.

De igual sorte, percebe-se a preocupação com a situação de inferioridade do trabalhador perante o empregador, reconhecendo a evidente situação de desequilíbrio entre estes sujeitos. Segundo TERESA MOREIRA, mesmo tratando da questão no âmbito jurídico de Portugal, mas ressaltando que isso é ponto comum no ordenamento jurídico de diversos outros países, não se pode negar que a inferioridade substancial dos empregados diante dos empregadores, faz com que estes “fiquem vinculados às normas constitucionais que reconhecem estes direitos, isto é, aos direitos, liberdades e garantias não só da pessoa enquanto trabalhador, mas também do trabalhador enquanto pessoa, ou seja, aos direitos, liberdades e garantias atribuídos a todos os cidadãos”⁵².

Neste contexto, por mais que alguns segmentos doutrinários tentem trilhar caminho diverso, importa mencionar que o direito não mais tem como ignorar o fenômeno dos poderes privados, mas, ao contrário disso, deve combater essa realidade e dar uma resposta adequada, sendo que não se concebe a vida da adesão incondicional ao dogma da *autonomia privada*. Longe de servir para o desenvolvimento da liberdade, esta – *autonomia privada* – tem garantido a imunidade destes poderes dentro de uma sociedade na qual aparecem cada vez mais difusas as fronteiras entre o público e o privado⁵³.

É interessante ressaltar que, mesmo estando o contrato de trabalho inserido no contexto das relações jurídicas de natureza privada, e, por conseguinte, observando as normas e princípios inerentes ao direito privado, inclusive a autonomia da vontade, na verdade não pode haver a pactuação de cláusulas que possa ensejar afrontas aos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, pelo que, tais cláusulas serão nulas, não produzindo efeitos na relação jurídico-trabalhista⁵⁴.

Tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em

51 ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentença nº 128, de 17 de julho de 1989. Boletín Oficial del Estado, nº 189, publicado em 9 de agosto de 1989. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 9 de abril de 2006.

52 MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, p. 60.

53 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; OLARTE ENCABO, Sofia. *Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 16.

54 Exemplificando essa afirmação, pode-se mencionar que cláusulas de renúncia à greve, ou qualquer atividade sindical ou partidária, ou ainda a outros direitos, como a maternidade ou o casamento, a objeção de consciência, etc., são obviamente nulas; o mesmo se diga, em princípio, da cláusula pela qual um trabalhador ao serviço de uma firma se obriga a não trabalhar, durante um certo prazo após a cessação do contrato, no mesmo ramo de negócio, também nos merecendo reservas, por exemplo, a legitimidade da exigência feita pelo empregador a um trabalhador, no sentido de que não use emblemas de um partido político, por ser tal suscetível, em seu entender, de perturbar a paz da empresa. In ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, p. 113-114.

que não haja ofensas ao conteúdo mínimo essencial destes direitos e liberdades. E isso não será diferente no âmbito de uma relação trabalhista.

Em obra específica acerca do tema, TERESA MOREIRA afirma que “a relação estabelecida entre os trabalhadores e empregadores é um dos exemplos mais claros de uma situação de poder real de um dos sujeitos contratuais sobre o outro e, por este fato, a vinculação das entidades privadas prevalece sobre a autonomia privada”. Prosseguindo, ressalta que “não se pode admitir que os poderes atribuídos ao empregador não estejam sujeitos à referência dos preceitos constitucionais”⁵⁵.

Há de se mencionar, entretanto, que, até mesmo para aquela corrente doutrinária que entende pela aplicação mediata ou indireta dos direitos fundamentais em relação às entidades privadas, torna-se frequente o reconhecimento no sentido de que, no campo das relações jurídico-privadas, onde existe uma clara situação de desigualdade das partes – *tal como ocorre na relação mantida entre empregado e empregador* –, deve-se abrir uma exceção, promovendo à aplicação de forma imediata ou direta dos direitos, liberdades e garantias previstas na Constituição⁵⁶.

Percebe-se, portanto, que somente por meio da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas será possível a efetiva proteção aos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, em face do dinamismo destas vinculações. Essa conclusão pode ser atribuída à intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, e, ainda, diante da flagrante desigualdade que ocorre entre os envolvidos – *empregados e empregadores* – nas relações de trabalho. Pode-se mencionar, por fim, que o empregador, em decorrência desta relação jurídica, é detentor de direitos e faculdades que, exercidos de forma inadequada, mostram-se como potenciais fatores de afrontas e violações à liberdade, privacidade e dignidade dos trabalhadores.

3 CONCLUSÃO

Não há como se negar que a questão relativa aos direitos e liberdades públicas dos indivíduos, e, em especial, os direitos dos cidadãos trabalhadores, nos dias de hoje, mostra-se como sendo um dos principais temas no âmbito do Direito do Trabalho.

Isso advém, por um lado, das diversas transformações nos métodos de produção das empresas, e, por outro lado, pela chamada *constitucionalização do Direito do Trabalho*, com o intuito de estabelecer maior efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Isso, certamente é capaz de gerar a colisão de interesses constitucionalmente protegidos em benefício de

55 MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador*, p. 60.

56 CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 171.

trabalhadores e empregadores.

Diante da relevância das questões mencionadas, de forma gradual, mas progressiva, a doutrina e a jurisprudência passaram a tratar acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas estabelecidas entre trabalhadores e empregadores, a fim de proteger os direitos individuais dos trabalhadores, e, também, de certa forma, os direitos pertencentes aos empregadores⁵⁷.

Com a finalidade de alcançar a análise pretendida – *eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas* –, dentre uma pluralidade de conceitos, verificou-se que os direitos fundamentais podem ser concebidos como atributos naturais atinentes ao homem, ligados essencialmente aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, decorrentes da sua própria existência, com fundamento na *dignidade da pessoa humana*. Ademais, percebeu-se que esses direitos não são graciosamente atribuídos pelo Estado – *que deve respeitá-los, promovê-los e garanti-los* –, mas apenas têm o seu reconhecimento no ordenamento jurídico-positivo.

Atualmente, as normas constitucionais da maioria dos países reconhecem e, de forma constante, tem evoluído em matéria de reconhecimento, garantias e meios de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. As discussões evoluem na medida em que avançam as novas tecnologias, havendo um grande aumento das circunstâncias e agentes que potencialmente podem afrontar os direitos e liberdades públicas dos indivíduos. Isso ocorre, como não poderia deixar de ser, também no âmbito das relações trabalhistas.

Quando a constituição deixou de ser compreendida como um sistema de garantias, convertendo-se num sistema de valores fundamentais, com princípios de justiça social e direitos econômicos e sociais, deu-se lugar ao desenvolvimento de uma rica jurisprudência dos tribunais constitucionais na Europa – *particularmente na Alemanha* – sobre o conteúdo concreto dos direitos fundamentais, tendo ocorrido a formulação de novas e velhas teorias constitucionais, fortalecendo o Estado Constitucional.

Importa ressaltar, por outro lado, que mesmo desempenhando diversas funções essenciais para o desenvolvimento das relações jurídicas, não há como imaginar que os direitos fundamentais sejam direitos absolutos, tendo em vista que, se isso fosse tido como verdadeiro, seria possível admitir que os direitos de um cidadão estariam legitimados a ofender direitos de outros cidadãos em face de um exercício ilimitado, o que não se concebe. Os direitos fundamentais, portanto, poderão sofrer limitações, mas isso somente ocorrerá desde que haja uma justificativa plausível para o estabelecimento das respectivas restrições, e, ainda, somente depois de uma ponderação entre os

57 Mais acerca do tema, consulte-se: AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 52-75.

direitos eventualmente conflitantes.

Em outros tempos, na vigência das lições da doutrina liberal, os direitos fundamentais eram vistos como direitos de defesa do cidadão perante o Estado, mas, com o passar do tempo, essa concepção já não mais atendia às necessidades da sociedade. É importante mencionar que não apenas bastava uma *não-intervenção* dos poderes públicos na esfera da liberdade dos cidadãos, tendo em vista que havia a necessidade de interferência do Estado, a fim de que fossem preservados os direitos e garantias dos indivíduos, tal como concebido pela doutrina do Estado Social.

Segundo essa concepção, o cidadão não apenas deve possuir segurança no sentido de que o Estado não *invadirá* a esfera de liberdade individual – *tal como ocorria no âmbito da doutrina liberal* –, mas, além disso, e, sobretudo, o indivíduo deve ter a certeza de que poderá fazer uso adequado daquelas situações vantajosas que abstratamente lhe estão asseguradas no ordenamento jurídico, sendo que, para isso, caso seja necessário, deve ocorrer a intervenção estatal para plena realização dos direitos. Eis aí a *vinculação positiva* dos poderes públicos aos direitos fundamentais.

Em face disso, pode-se dizer que incumbe ao Poder Legislativo, por meio da atuação de sua primordial função, disciplinar normativamente os direitos fundamentais enunciados na Constituição, estabelecendo uma organização, e, ainda, apresentando eventuais limitações ao seu inadequado ou indevido exercício, oferecendo, assim, um marco jurídico para a sua eficaz garantia.

Em síntese, a discussão agora já não mais se circunscreve à adequada utilização dos direitos fundamentais pelos cidadãos, mas quanto à necessária intervenção do Estado na remoção de eventuais obstáculos que, de uma forma ou de outra, impeçam ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos e liberdades. Resta assinalar, entretanto, que a interferência do Estado para propiciar o gozo de tais prerrogativas pelo cidadão, não ocorre de forma facultativa, mas se revela como uma obrigação imposta por meio de normas inseridas na constituição. O Estado, portanto, tem o dever constitucional de não apenas proteger, mas também promover o pleno e efetivo gozo dos direitos fundamentais.

Ocorre, entretanto, que, com a evolução acerca da doutrina dos direitos fundamentais, de forma gradativa passou-se a reconhecer que não apenas o Estado figurava como sujeito *ameaçador* dos direitos e liberdades dos indivíduos, mas percebeu-se a urgente necessidade de proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídicas entre os particulares – *em evidente evolução depois da Segunda Guerra Mundial, com o fim dos regimes totalitaristas, sobretudo na Alemanha* –, e, ainda, concebeu-se uma dimensão objetiva a essa categoria de direitos, a doutrina e a jurisprudência passaram a refletir sobre a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.

Atualmente, portanto, já não mais há que se negar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – *eficácia horizontal* –, tendo em vista que, ainda que tenha ocorrido de forma

cautelosa, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer que estes podem ser vulnerados por atos praticados nas relações jurídico-privadas, pelo que, tal como ocorre nas relações jurídico-públicas, também deve haver a proteção de tais direitos no âmbito das relações privadas.

No que tange à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, há várias teorias que tratam acerca do tema, mas, em síntese, a discussão basicamente fica polarizada entre aqueles que entendem pela aplicação indireta e mediata, ou, por outro lado, por aqueles que compreendem que a incidência se dá de forma direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre os sujeitos particulares.

A corrente doutrinária que sustenta a tese da eficácia indireta ou mediata não se opõe à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os sujeitos particulares, mas nega a sua incidência de forma imediata ou direta. Costuma-se entender que as relações jurídicas entre os privados dependem sempre de certo poder de disposição, razão pela qual a aplicação direta daquela categoria de direitos restringiria a autonomia individual, o que também, de certa forma, afrontaria a Constituição. Em face disso, somente poderia ocorrer a incidência dos direitos fundamentais por meio da atuação do legislador neste sentido, conformando-os ou adaptando-os a sua aplicação neste campo das relações jurídicas.

Por outro lado, tem-se a corrente doutrinária que entende pela aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais frente aos particulares, tomando-se por fundamento o caráter normativo da Constituição – *em face de que a ‘carta magna’ normatizar toda a convivência humana* –, razão pela qual deverá ocorrer incidência em todas as relações jurídicas, tanto públicas como privadas, no intuito de proteger a *dignidade da pessoa humana*. Ademais, também não se pode negar que, nas relações jurídicas entre particulares, há indivíduos ou corporações que detém poderes suficientemente ativos para afrontar os direitos fundamentais de outros cidadãos, sendo que, em algumas circunstâncias, até mesmo com maior vigor que os poderes estatais para tal fim.

Por diversos motivos já mencionados, não se pode deixar de concluir que as relações de trabalho se mostram, com toda certeza, como um dos campos das relações jurídico-privadas nas quais os direitos fundamentais estão mais suscetíveis de alcançar uma maior relevância, e, por conseguinte, maior vulnerabilidade. Isso decorre da própria natureza do trabalho assalariado, onde a pessoa do trabalhador envida os seus esforços para a realização de uma atividade em proveito alheio. Essa relação jurídica, de forma quase inquestionável, em face da situação de sujeição de uma das partes em relação à outra, pressupõe maiores riscos que em outras relações entre sujeitos privados, no que tange aos direitos do trabalhador, tanto como pessoa como na qualidade de cidadão.

Além disso, somente por meio da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas

relações trabalhistas será possível a efetiva proteção aos direitos e liberdades públicas dos trabalhadores, em face do dinamismo destas relações. Essa conclusão pode ser atribuída à intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, e, ainda, diante da flagrante desigualdade que ocorre entre os envolvidos – *empregados e empregadores* – no âmbito das relações de trabalho. Pode-se mencionar, por fim, que o empregador, em decorrência desta relação jurídica, é detentor de direitos e faculdades que, exercidos de forma inadequada, mostram-se como potenciais fatores de afrontas e violações à liberdade, privacidade e dignidade dos trabalhadores.

Importa ressaltar, porém, que, mesmo que se apregoe por diversas vezes a possibilidade de violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores pelos seus respectivos empregadores, na verdade, poder-se-á verificar que, por vezes, é exatamente o contrário aquilo que pode acontecer. Ademais, não se pode deixar de mencionar que, por maior importância que possuam no âmbito constitucional, os direitos fundamentais não são absolutos, e, como tal, ao contrário do que se possa imaginar, comportam limitações.

Sendo assim, mesmo considerando a sua importância no âmbito do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, não podendo ser exercitados ao *bel prazer* do seu titular. Em diversas ocasiões, será perfeitamente possível a ocorrência de colisão dos direitos fundamentais com outros bens e direitos assegurados pelas normas constitucionais, razão pela qual se deve buscar um critério necessário e apto para a resolução da tensão entre os referidos direitos, o que implica no estabelecimento de limitações e restrições ao exercício dos direitos. Mas essa é questão que poderá ser abordada em outra oportunidade!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, João José. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Obra coletiva coordenada por MOREIRA, Antônio. *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

ALÁEZ CORRAL, Benito; *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

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

BASTIDA FREIJEDO, Francisco; *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

BERLIN, Isaiah. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Tradução de Belén Urrutia, Julio Bayón e Natalia Rodríguez Salmones. Madrid: Alianza, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – RE nº 161.243/DF – Relator Ministro Carlos Velloso – julgamento em 29.10.1996 – DJ 19.12.1997. Disponível na Internet: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 9 de abril de 2006.

CARBONELL, Miguel. **Derechos fundamentales y el Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. **¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo? Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Madrid, nº 11, 2004.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985.

COSTA RICA. **Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva nº 18**, de 17 de setembro de 2003, San José, Costa Rica. Disponível na Internet: <http://www.corteidh.or.cr/serieapdf/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em 6 de março de 2006.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. **Derechos morales: concepto y relevancia, Isonomía**, México, nº 15, 2001.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. **El derecho a la intimidad del trabajador. A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio**. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 01, 2001.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentença nº 088, de 19 de julho de 1985. Boletín Oficial del Estado, nº 194, publicado em 14 de agosto de 1985. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 8 de abril de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentença nº 128, de 17 de julho de 1989. Boletín Oficial del Estado, nº 189, publicado em 9 de agosto de 1989. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 9 de abril de 2006.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentença nº 186, de 10 de julho de 2000. Boletín Oficial del Estado, nº 192, publicado em 11 de agosto de 2000. Disponível na Internet: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em 6 de abril de 2006.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; *et alli*. **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978**. Madrid: Tecnos, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. 4ª edição Madrid: Editorial Trotta, 2004.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. **La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de**

amparo. Madrid: Tecnos, 1992.

GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BRANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones particulares.** Madrid: Civitas, 1986.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. **Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

HERNANDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. **Constitución y derechos fundamentales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado,** México, nº 84, 1995.

HINES, César. **Limitaciones de los derechos fundamentales. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica,** San José, nº 106, 2005.

JIMÉNEZ-BRANCO, Antonio; GARCÍA TORRES, Jesús. **Derechos fundamentales y relaciones particulares.** Madrid: Civitas, 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº 26, 1999.

LANDA ARROYO, César. **Dignidad de la persona humana. Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional,** México, nº 07, 2002.

LINETZKY, Andrés Jana. **La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Centro de Estudios de la Justicia / Facultad de Derecho de la Universidad de Chile,** Santiago, 2001. Disponível na Internet: <<http://www.derecho.uchile.cl/cej>> Acesso em 11 de janeiro de 2006.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier. **El concepto de poder público y la protección de los derechos fundamentales frente a particulares.** Derecho y Sociedad, Lima, 2004, nº 22.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; OLARTE ENCABO, Sofia. **Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica,** Madrid, nº 17, 1999.

MOREIRA, Antônio. **V Congresso Nacional de Direito do Trabalho.** Coimbra: Almedina, 2003.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NOGEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

OLARTE ENCABO, Sofia; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. **Los derechos de la persona del**

trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 17, 1999.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría.** Doxa – Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes de la Universidad de Alicante, Alicante, nº 22, 1999.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Los derechos laborales inespecíficos.** Minerva – Revista de Estudos Laborais, Coimbra, nº 2, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2004.

PEREIRA, Antônio Garcia. **A grande e urgente tarefa da dogmática juslaboral: a constitucionalização das relações laborais.** Obra coletiva coordenada por MOREIRA, Antônio. *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho.* Coimbra: Almedina, 2003.

PÉREZ LUÑO, António-Enrique. **Los derechos fundamentales.** 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PRESNO LINERA, Miguel Angel; *et alli.* **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978.** Madrid: Tecnos, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2003.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma; *et alli.* **Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978.** Madrid: Tecnos, 2004.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual.** Madrid: Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. **Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo. Relaciones Laborales:** Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 01/02, 1996.

VALADÉS, Diego. **La protección de los derechos fundamentales frente a particulares.** Obra colectiva coordinada por GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. **Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador. Relaciones Laborales:** Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 08, 1990.

VEGA GARCÍA, Pedro de. **La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte).** Obra colectiva coordinada por CARBONELL, Miguel. *Derechos fundamentales y el Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

VENEGAS GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada.**

Madrid: Marcial Pons, 2004.

VICENTE PACHÉS, Fernando de. **El derecho del trabajador al respeto de su intimidad.** Madrid: Consejo Económico y Social, 1998.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

3. MONITORAMENTO DO CORREIO ELETRÔNICO DE CUNHO PESSOAL E CORPORATIVO: Análise sobre a possibilidade de ingerência do empregador (Poder Fiscalizatório) decorrente do contrato de trabalho

Érica Cristina Paiva Cavalcante Moreira¹
Sérgio Cabral dos Reis²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que embora haja omissão legislativa acerca da possibilidade de monitoramento do correio eletrônico por parte do empregador decorrente do contrato de trabalho, doutrina e jurisprudência já vêm se posicionando acerca do assunto. Procuraremos evidenciar que há entendimentos distintos sendo necessário dividir o tema em dois tópicos: correio eletrônico de cunho pessoal e correio eletrônico de cunho corporativo. Em relação ao primeiro, verificaremos que corrente majoritária abomina qualquer possibilidade de quebra de sigilo por parte do empregador. No entanto, defender-se-á que a Lei 9.296 de 1996 previu a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações de dados, através de mandado judicial, quando servirem de provas para investigação criminal ou instrução processual penal. Em relação ao segundo, verificaremos que os direitos à privacidade e à intimidade do obreiro encontram baliza frente ao direito de propriedade e ao poder diretivo do empregador. Neste sentido, embora se observe a colisão de direitos fundamentais não se verifica a hipossuficiência do empregado perante o empregador sendo possível o monitoramento por parte deste.

Palavras-chaves: Correio eletrônico. Monitoramento. Colisão de direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Impossível não associar o avanço da tecnologia aos novos mecanismos utilizados para

¹Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. e-mail: ericapaiva@gmail.com

Endereço: Rua José Clementino de Oliveira, nº 157, Ed. Panorama, apto. 302, Tambauzinho, João Pessoa- PB, CEP: 58042-300.

²Juiz do Trabalho da 13ª Região. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR/PR.

Professor da graduação e da pós-graduação do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

Professor da ESMAT - 13ª Região.

e-mail: sergio.juiz@gmail.com

Endereço: Avenida Ingá, nº 540, Ed. Killie de Lamberti, apto 2201, Manaíra, João Pessoa-PB, CEP: 58038-250.

melhoria da produção e do próprio ambiente de trabalho por parte do empregador. A Internet³, acompanhando esse avanço tecnológico, vem sendo implementada, vastamente, pelas pequenas, médias e grandes empresas buscando efetivar os canais de ligações decorrentes do mundo globalizado, fazendo com que em poucos segundos possa o empregador receber informações de seus fornecedores, de seus concorrentes, efetuar vendas, comprar insumos etc.

Com a inserção do correio eletrônico, um dos serviços mais utilizados da Internet, nas relações trabalhistas surgiram vários questionamentos acerca da possibilidade de o empregador ter acesso ao seu conteúdo dentro do estabelecimento empresarial.

Outrossim, no que concerne ao uso do e-mail institucional (corporativo), tal preocupação não está apenas restrita ao estabelecimento da empresa, pois pode o obreiro efetuar transações relacionadas ao trabalho em qualquer lugar, não havendo mais a necessidade de um espaço físico determinado para sua concretização.

Não há legislação em nosso ordenamento pátrio que venha dirimir os conflitos que estão surgindo por causa deste avanço tecnológico. Coube à doutrina e à jurisprudência assumir tal papel. No entanto, ainda há divergência sobre esse poder de fiscalização patronal, tendo diversas posições acerca do tema.

Este trabalho pretende contribuir, ainda que não exaustivamente, para a solução do problema apresentado. Para que o tema seja da melhor forma aprofundado, faz-se necessário fazer uma divisão em relação aos tipos de correio eletrônico. Desta forma, procurar-se-á fazer uma análise sobre a possibilidade de ingerência (poder fiscalizatório) do empregador no e-mail pessoal do trabalhador, como também em seu e-mail corporativo, tomando como parâmetro a possibilidade de haver colisão de direitos fundamentais.

2 DA COLISÃO DE DIREITOS NO QUE CONCERNE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diferentemente do que ocorrem com as regras jurídicas⁴, os princípios constitucionais não podem ser solucionados por intermédio dos critérios de solução da antinomia jurídica. Quando houver colisão de princípios constitucionais fundamentais, que é a ocorrência de conflito de exercício de direitos individuais entre diferentes titulares, estes devem ser ponderados, sopesados, não sendo possível suprimi-los. De acordo com os ensinamentos de Marmelstein,⁵

3 Trata-se de uma rede de computadores interligados por todo planeta utilizando um protocolo comum que objetiva trocar dados e mensagens em tempo real.

4 Para a solução de conflito entre normas aparentes, aplicar-se-ão critérios que busquem dirimir tais conflitos. São eles: critério hierárquico, critério cronológico e critério da especialidade. Não sendo solucionada a antinomia jurídica tomando como base tais critérios, ainda será possível se fazer uso do critério de antinomia de segundo grau.

5 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 368.

todas as situações envolvendo o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de complexa solução. Tudo vai depender das informações fornecidas pelo caso concreto e das argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial.

Gilmar Mendes,⁶ citando o doutrinador alemão Grundrechtskonflikte Rüfner, esclarece-nos que “tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual”, pois quando nos deparamos aos direitos fundamentais de reserva legal expressa⁷ caberia ao legislador traçar os limites adequados, a fim de assegurar o exercício pacífico de direitos tidos como conflitantes.

Arelado ao juízo de ponderação está o princípio da proporcionalidade. Embora não esteja previsto explicitamente na Carta Magna, tal princípio busca conciliar dois (ou mais) direitos tidos como fundamentais sem que haja a total anulação de um em relação ao outro tomando como parâmetro um caso concreto. Deve ser ressaltado que mesmo havendo a ponderação dos direitos tidos como fundamentais isso não significa que aquele que foi sopezado não mantenha seu núcleo essencial.

Na prática, o dever de respeitar, proteger e promover determinado direito fundamental poderá resultar em eventual violação a outro direito fundamental. O que se busca é a máxima otimização da norma. Desta forma, o agente concretizador deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional, buscando não sacrificar outros direitos da mesma forma protegidos.

2.1 Princípio da intimidade e privacidade do empregado versus poder diretivo e direito de propriedade do empregador

Embora os direitos à intimidade e à privacidade do trabalhador sejam de caráter fundamental, componente da dignidade humana, não significa dizer que são absolutos, havendo situações em que o empregador poderá adentrar nessa seara.

O empregador tem o dever de assumir o risco do negócio⁸. Ele é responsável, civil e penalmente, pelos atos de seus obreiros no que se refere às relações de trabalho. Não seria plausível não ter o direito de fiscalizar as condutas laborais realizadas pelos seus empregados. Obviamente, o

6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 375. Apud GRUNDRECHTSKONFLIKTE, Wolfgang Rüfner. Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, v.2, p. 452.

7 De forma sucinta, seriam considerados direitos fundamentais de reserva legal expressa aqueles em que o legislador interveio no âmbito de proteção de diversos direitos individuais, tais como: art. 5º, VI; VII; XV; XXVII; entre outros.

8 Art. 2º, *caput*, CLT.

poder diretivo e o direito de propriedade do empregador não são absolutos, cabendo analisar diante de um caso concreto o conflito existente, como é o caso do monitoramento do correio eletrônico (particular e institucional) do empregado.

2.2 Quebra do sigilo das comunicações versus direito à intimidade e privacidade

De forma sucinta, apesar de haver divergência doutrinária e jurisprudencial, evidencia-se que o direito ao sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas é passível de quebra e possui previsão própria e independente na Carta Constitucional⁹.

Apesar de ainda não existirem normas positivadas sobre os casos em que podem existir mitigações de direitos fundamentais, doutrina e jurisprudência vêm construindo parâmetros norteadores sobre a possibilidade de quebra de sigilo das correspondências¹⁰, da quebra da comunicação de dados etc. Destarte, ainda que tais direitos também sejam fundamentais, quando entram em colisão com os demais direitos fundamentais, pode haver a restrição de sua aplicabilidade diante de um caso concreto.

3 CORREIO ELETRÔNICO: breves considerações acerca de seu conceito, aplicação e inserção nas relações de trabalho

Correio eletrônico, ou e-mail, é o processo de enviar uma mensagem diretamente de um computador a outro, onde ela é armazenada até que o destinatário resolva recebê-la¹¹. Este serviço possibilita a distribuição da mesma mensagem a diversas pessoas, reduz o acúmulo de papéis e não interrompe, por exemplo, uma reunião como o faz um telefonema. Também não exige que as pessoas se comuniquem em tempo real, pois a comunicação estará armazenada em sua caixa postal.

Trata-se do recurso mais utilizado na Internet, utilizado por um número ainda maior de pessoas do que a própria web¹². Para H. L. Capron e J. A. Johnson,¹³ o envio de e-mails através da conexão da Internet se assemelha ao sistema telefônico, pois não importa qual companhia proverá seu serviço telefônico local, pode-se fazer uma ligação para qualquer pessoa do mundo, uma vez

9 CF/88, Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

10 A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar de inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (HC 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.03.1994).

11 CAPRON, H. L.; JOHNSON, J. A. **Introdução à Informática**. Trad. José Carlos Barbosa dos Santos. São Paulo: Person Prentice Hall, 2004, p. 210. Original Inglês.

12 Sigla de World Wide Web (www). É considerado o conjunto de todos os sites do mundo.

13 CAPRON, H. L.; JOHNSON, J. A. Op. cit. p. 237.

que todas as companhias telefônicas estão conectadas entre si. Neste sentido, a rede mundial de computadores também proporciona essa mesma amplitude, bastando que o usuário do sistema possua um computador, um provedor de acesso e a Internet ao seu dispor.

Observa-se que a inserção dos computadores nas relações de trabalho está cada vez mais rotineira, não se vislumbrando mais a idéia de ser um mecanismo desnecessário e de alto custo. Uma empresa que busca sua expansão no mercado deve utilizar todas as vantagens trazidas pelas novas tecnologias, pois caso não esteja à frente dos seus concorrentes se tornará obsoleta e não poderá competir em igualdade com as demais empresas.

3.1 Natureza do correio eletrônico: correspondência postal ou meio de comunicação de dados

Boa parte da doutrina indaga se o correio eletrônico pode ser considerado uma correspondência postal ou não. Alguns autores o equiparam às cartas, outros aos cartões postais. Mas, há também quem questione qualquer tipo de comparação com as correspondências postais.

Marmelstein¹⁴ ao falar do art. 5º, inciso XII, da CF/88, equipara o correio eletrônico (e-mail) às comunicações escritas pertencente ao rol das correspondências, dos telegramas e dos bilhetes de modo geral.

De acordo com Laert Mantovani Júnior e Leda Maria Messias da Silva,¹⁵ o grande questionamento está em saber se os e-mails estariam protegidos pelos preceitos legais oriundos do art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, quais sejam; Lei 6.538/1978, que trata dos serviços postais; e Lei 9.296/96, que trata da comunicação telefônica.

Inicialmente, faz-se salutar observar que não há previsão de ser o e-mail uma correspondência postal¹⁶. Pactuam com essa não inclusão o fato de a Internet não pertencer à União nem tampouco ser explorada por uma concessionária de serviço público.

Ademais, o envio e recebimento de e-mails não está adstrito a um único país, tais serviços, por exemplo, extrapolam a soberania do Brasil e pertencem à rede mundial de computadores. Mesmo que houvesse regulamentação brasileira acerca de como seria o envio e recebimento de e-mails, esta estaria comprometida se não existisse uma regulamentação internacional sobre o assunto, pois seria impossível de ser aplicada.

Tecnicamente falando, o chamado correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de

14 MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 128.

15 MANTOVANI JÚNIOR, Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. O Direito à intimidade do empregado e a possibilidade de monitoramento de e-mails por parte do empregador. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, Maringá, v. 9, n.1, p. 223-250, jan./jun. 2009.

16 Art. 7º. Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento: § 1º - São objetos de correspondência: a) carta; b) cartão-postal; c) impresso; d) cecograma; e) pequena – encomenda.

mensagens não é, propriamente, uma caixa postal.

Insta ressaltar que, diante do próprio conceito do que seria o correio eletrônico, pode-se concluir que ele é, na verdade, meio de comunicação de dados. A própria informática assim o considera, pois ao enviarmos uma mensagem ela assumirá a configuração de dados e será emitida através de uma rede a outro computador de acesso.

Deve-se também observar que, para que a comunicação de dados se concretize, isto é, para que o correio eletrônico seja enviado, é necessária uma rede de transmissão de dados, assim como ocorre com a comunicação telefônica. Para tanto, podem ser usadas as linhas telefônicas de voz¹⁷, linhas-tronco, rede digital, rede de fibra óptica, rede de TV a cabo etc.

É de suma importância observar que apesar de o art. 5º, inciso XII da CF/88,¹⁸ apenas prever a possibilidade de quebra de sigilo às comunicações telefônicas, a Lei 9.296/1996¹⁹, em seu parágrafo único, estabelece a possibilidade de haver interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Destarte, defendemos que é possível a quebra do sigilo das comunicações de dados através de ordem judicial, desde que seja para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, não sendo a legislação extravagante considerada inconstitucional, isto é, ela é plenamente vigente até que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie acerca de tal matéria.

Luis Flávio Gomes citado por Alexandre de Moraes²⁰ pactua da posição exposta acima e diz que:

o texto legal é legítimo, [...], a Lei nº 9.296/96 tem incidência em qualquer forma de comunicação telefônica, assim como nas comunicações telemáticas (independentes do uso da telefonia). A CF só exigiu (explicitamente) lei regulamentadora no que concerne às comunicações, é verdade, mas isso não exprimia impedimento para que o legislador disciplinasse outras formas de comunicação [...]. Em conclusão: entendemos que o parágrafo único em questão é absolutamente legítimo, inquestionavelmente constitucional.

O fato de defendermos que o correio eletrônico é um meio de comunicação de dados e não

17 Inicialmente, o serviço utilizado para comunicação de dados era feito pelas linhas telefônicas de voz (linhas analógicas), mais conhecida como linha *dial up* (acesso discado).

18 Art. 5º. (*omissis*)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

19 Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

20 MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Op. cit. p. 153-154.

uma correspondência postal não retira a possibilidade de haver conflito entre direitos fundamentais quando nos deparamos com o monitoramento do correio eletrônico do empregado, seja ele pessoal ou institucional, pelo empregador.

Diante do apresentado e defendido, a inviolabilidade da comunicação de dados pode vir a sofrer uma possível quebra de sigilo, pois o empregado poderá cometer crime contra seu empregador utilizando o e-mail como mecanismo facilitador de ilícito penal²¹.

3.2 Correio eletrônico de cunho pessoal (particular)

O e-mail pessoal, para a maioria da doutrina e jurisprudência, não pode sofrer nenhum tipo de quebra de sigilo por parte do empregador.

Para Joana Zago Carneiro²² “as correspondências eletrônicas protegidas constitucionalmente são as pessoais, e não as profissionais, pois as primeiras dizem respeito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas humanas, [...]”.

Pactuando do mesmo entendimento, Vânia Siciliano Aieta²³ nos instrui que:

os e-mails pessoais devem ser considerados como as missivas de outrora. Nestes casos, ainda que acessado louvando-se do terminal do computador do empregador, ninguém poderá exercer qualquer tipo de controle sobre o conteúdo das mensagens, pois a Constituição da República de 1988 assegura não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, alcançando quaisquer formas de comunicação pessoal, ainda que no universo pessoal. Assim configura-se como consagrada e inviolável a comunicação de dados em e-mail particular.

Divergindo de grande parte da doutrina e da jurisprudência, defendemos que em relação aos e-mails particulares será possível a quebra do sigilo das comunicações de dados, com previsão no parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296 de 1996. Para tanto, Adriana Carrera Calvo²⁴ nos aponta que seriam necessários cinco requisitos a serem atendidos. São eles: a instantaneidade da quebra de sigilo; a existência de fortes indícios da autoria ou participação da infração penal cometida; a ordem judicial competente; o procedimento vinculado aos ditames da Lei 9.296/1996 e o fim legítimo, que nada mais é do que a impossibilidade da prova ser feita por outros meios disponíveis.

21 Exemplo: Art. 154, CP. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.

22 CARNEIRO, Joana Zago. O monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, jul-set.

23 AIETA, Vânia Siciliano. A violação da Intimidade no Ambiente de Trabalho e o Monitoramento Eletrônico dos Empregados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, abr./jun., 2006, p. 67.

24 CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

Uma vez sendo tipificado o crime cometido pelo obreiro²⁵, entendemos ser possível a quebra do sigilo de seu e-mail particular, através de ordem judicial, desde que seja para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, a fim de trazer subsídios ao processo que demonstrem o ilícito praticado.

Não seria justo entender que o correio eletrônico particular é inviolável, sem qualquer exceção, pois se adotássemos tal entendimento estaríamos apoiando a impunidade e o total descumprimento das normas legais.

3.3 Correio eletrônico de cunho corporativo (institucional)

Apesar de ainda existir corrente minoritária que defende a impossibilidade de fiscalização do e-mail corporativo por parte do empregador²⁶, a grande maioria dos autores entende que o e-mail institucional (corporativo) é um instrumento de trabalho e, portanto, deve conter informações pertinentes somente ao empregador. Há quem alegue que o respectivo e-mail é como se fosse um papel timbrado digital da empresa²⁷. Na maioria dos casos, a própria senha é fornecida pelo empregador ao empregado. Além disso, o provedor é de propriedade patronal, assim como seu nome está presente junto com o nome de seu empregado no corpo do correio eletrônico.²⁸

Se o conteúdo dos e-mails institucionais não pudesse ser “violado”, a empresa ficaria unicamente a mercê de seu empregado, pois teria apenas que confiar na escolha efetuada durante a contratação e ser responsável por essa esta²⁹. Entretanto, sabemos que a simples escolha não significa confiança absoluta, tanto é verdade que o empregador possui poderes perante seus empregados que visam um melhor gerenciamento do empreendimento.

Outrossim, insta ressaltar que a propriedade do correio corporativo pertence ao empregador. Com o término do contrato de trabalho o empregado terá sua senha bloqueada e o e-mail institucional extinto perante a empregadora. Os dados de clientes, de fornecedores, as transações efetuadas deverão ser repassadas à empresa, não tendo o empregado mais acesso aos referidos dados.

25 Exemplos de crimes tipificados: art. 138; art. 139; art. 140; art. 153; art. 154; art. 171; art. 184; do Código Penal Brasileiro.

26 Conforme notícia veiculada pelo Jornal O Globo, em 17.05.2005, p. 81, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) é contra o rastreamento indiscriminado dos e-mails dos obreiros pelas empresas, pois tal conduta pode também possuir conotação ideológica. Para CUT, o monitoramento se assemelha às revistas íntimas feitas pelo empregador durante a saída da jornada de trabalho do empregado.

27 PINHEIRO, Patrícia Peck. É preciso cautela ao usar computador no trabalho. **O Liberal**. Belém, 23 nov. 09, TRABALHO & RENDA, p.6.

28 Exemplos: nome do empregado@nome da empresa. com ou nome do empregado@nome da empresa.com.br

29 Trata-se de culpa *in eligendo* que decorre da má escolha do empregador que confiou a prática de atos ou do adimplemento de obrigações por parte de seus empregados.

Ademais, o empregador responde civilmente pelos danos praticados pelos seus empregados.

³⁰ Se a empresa não pudesse monitorar os e-mails institucionais de seus trabalhadores poderia correr o risco de responder a inúmeras ações indenizatórias, pois sem o devido controle os obreiros poderiam estar usando o nome da empresa para fins ilícitos. Obviamente, nada impede que haja o direito de regresso perante o empregado. Mas, de acordo com a Consolidação das Leis Trabalhistas somente será possível o desconto no salário do obreiro se o ato ilícito decorrer de dolo ou se houver previsão em seu contrato de trabalho individual, acordo ou convenção coletiva quando derivar de culpa.³¹

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, assim como a maioria da doutrina, vem se posicionando de duas formas sobre a possibilidade do monitoramento no correio eletrônico do empregado. Em relação ao e-mail particular, mantém o posicionamento de não ser permitido afrontar direitos fundamentais dos obreiros, garantido-lhes o direito à privacidade, à intimidade, à honra, ao sigilo das comunicações de dados. No que atine ao e-mail institucional, vem permitindo o monitoramento efetuado pelo empregador considerando-o, inclusive, como meio de prova quando um ato ilícito é praticado pelo obreiro através de seu instrumento de trabalho virtual³².

Não havendo acordo ou convenção coletiva sobre o tema, deverá o empregador, através de regimento interno, estabelecer as normas de uso do correio eletrônico corporativo. Há quem defenda que tais regras deverão estar presentes no contrato individual de trabalho.

O trabalhador deve usar o e-mail institucional somente para fins profissionais, não podendo usá-lo para enviar mensagens para familiares ou amigos, enviar *spams*³³ etc. Enfim, não poderá enviar ou receber mensagens que não contenham pertinência laboral.

A desobediência às regras estipulada pelo poder patronal, a depender do caso concreto e da infração cometida pelo trabalhador, poderá ensejar desde uma simples advertência, uma suspensão de até 30 dias ou mesmo a rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

³⁰ Art. 932, CC/02. São também responsáveis pela reparação civil: (*omissis*) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933, CC/02. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

³¹ Art. 462, CLT - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. § 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

³² EMENTA. "E-MAIL" CORPORATIVO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO EMPREGADOR. A prova obtida através de correspondências eletrônicas extraídas de "e-mail" corporativo do empregado são lícitas, pois o endereço eletrônico disponibilizado pelo empregador tem vistas única e exclusivamente à execução do serviço e, portanto, é sujeito a seu controle (TRT da 2ª Região, RO 01848-2006-472-02-00-5, Rel. Mércia Tomazinho, DOJ 22/09/2009).

³³ Trata-se do envio, a uma grande quantidade de pessoas, de uma só vez, de mensagens eletrônicas, geralmente com cunho publicitário, mas não exclusivamente. O spam também é conhecido pela sigla inglesa UCE (Unsolicited Commercial Email, ou Mensagem Comercial Não-Solicitada).

4 CONCLUSÃO

O barateamento dos computadores, do acesso à Internet e a proliferação de e-mails gratuitos favoreceram a interligação das pessoas demonstrando que elas têm sede de usarem a rede para os mais diversos fins. As empresas acompanharam esse “boom” e passaram também a se utilizar de e-mails institucionais com o intuito de estreitar relações e se inserir no mundo globalizado.

Devido ao uso massificado dos e-mails corporativos passou o empregador a monitorar seu conteúdo. Embora ainda haja divergências, doutrina e jurisprudência dominantes entendem que o correio eletrônico corporativo é um instrumento de trabalho pertencente ao empregador. Ao ser rescindido o contrato de trabalho seu acesso não estará mais disponível, devendo todos os dados das transações efetuadas repassados para a empregadora.

O correio eletrônico de cunho pessoal também passou a ser investigado quando acessado dentro do estabelecimento comercial sob a alegação de a empresa estar se utilizando de mecanismos de segurança para impedir o envio de mensagens sigilosas, conteúdos pornográficos, vírus, entre outros problemas gerados pela Internet. Porém, corrente majoritária vem defendendo que no caso de e-mail particular não é possível a ingerência do empregador por afrontar o direito à privacidade e à intimidade do trabalhador, além de afrontar sua dignidade como pessoa humana. O nome, a senha e até mesma a forma de adquirir um e-mail pessoal não dependem da intervenção do empregador.

A fim de não se prestigiar a impunidade, com fulcro no parágrafo único da Lei 9.296/1996, que engloba a possibilidade de quebra de sigilo das comunicações de sistema de informática, a presente pesquisa se posicionou no sentido de haver possibilidade de quebra de sigilo de comunicação de dados no caso do e-mail de cunho pessoal, desde que seja por ordem judicial e para fins penais.

Devem-se sopesar os direitos fundamentais, afinal, não é apenas o empregador que deve zelar pela privacidade, intimidade, honra e imagem de seu empregado, mas, também, a recíproca deve ser verdadeira.

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de se criarem normas legais sobre o assunto discutido. O legislador precisa acompanhar as mudanças de seu tempo, pois o Direito evolui assim como o avanço tecnológico que interage nos mais diversos âmbitos: seja o trabalhista; econômico; social; político etc.

A presente pesquisa se posicionou favorável ao monitoramento por parte do empregador no correio eletrônico corporativo do empregado. Desta forma, seguiu a doutrina e jurisprudência majoritária. Mas, no que se refere ao e-mail particular, posicionou-se de certa forma contrária à corrente dominante, pois, apesar de entender que não seria possível ao empregador monitorar o e-

mail pessoal de seu obreiro, desde que haja mandado judicial, abriu exceção quanto à possibilidade de quebra de sigilo das comunicações de sistema de informática, no caso, o e-mail particular, uma vez tendo fortes indícios de que o obreiro, utilizando-se do referido mecanismo, cometeu ato ilícito de cunho penal objetivando, por exemplo, denegrir a imagem da empresa em que trabalha ou trabalhou.

Por fim, demonstrou-se que o correio eletrônico é, na verdade, um meio de comunicação de dados e não uma correspondência postal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIETA, Vânia Siciliano. A violação da Intimidade no Ambiente de Trabalho e o Monitoramento Eletrônico dos Empregados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, abr./jun, 2006, p. 60-88.

ANTÔNIO, João. **Informática para concursos: teoria e questões**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ARAÚJO, Danielle Regina Wobeto de. Direito fundamental à inviolabilidade do sigilo das comunicações, em especial, as comunicações eletrônicas. **Raízes Jurídicas**, Curitiba, v.3, n.1, jan./jun. 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho**. São Paulo. LTr, 2004.

CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

CAPRON, H. L.; JOHNSON, J. A. **Introdução à informática**. Trad. José Carlos Barbosa dos Santos. São Paulo: Person Prentice Hall, 2004. Original Inglês.

CARNEIRO, Joana Zago. O monitoramento dos e-mails corporativos à luz dos princípios constitucionais. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, LTr, jul-set. 2007.

CORREIA DE MELO, Bruno Herrlein. Aspectos jurídicos da fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 973, 1 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8014>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MANTOVANI JÚNIOR, Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. O Direito à intimidade do empregado e a possibilidade do monitoramento de e-mails por parte do empregador. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, Maringá, v. 9, n. 1, p. 223-250, jan./jun. 2009.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NORTON, Peter. **Introdução à Informática**. Trad. Maria Claudia Santos Ribeiro Ratto. São Paulo: Pearson Makron Books, 1996, p. 557. Original Inglês.

4. A CONDIÇÃO DO EMPREGADO NAS NOVAS MODALIDADES DE TRABALHO A DISTÂNCIA: o teletrabalho

Luciana Santos Trindade Capelari¹

1 INTRODUÇÃO

O trabalho é uma necessidade intrínseca da raça humana. Certamente, sem trabalhar o homem não pode existir. É através dele que o homem obtém todo o necessário para a sua existência. O Trabalho mereceu destaque em toda a história da existência humana. Já na Bíblia faz-se menção a ele como significativo condicional a manutenção do homem, "ganharás o pão com o suor do teu rosto..." dando a entender que tudo que fosse almejado pelo ser humano teria por caminho trabalho árduo e significativo. Sabemos de pronto a divisão histórica do trabalho como o Matrimunus e o Patrimunus (Matrimônio e Patrimônio), ou seja o múnus do pai e o múnus da mãe. Dessa divisão histórica inclusive surgiu o brocardo e a concepção de que ao homem incumbiria prover a subsistência do lar e à mulher o cuidado deste.

Analisando historicamente, a cada geração que passa, nota-se um avanço na forma de produção, em especial com a introdução da tecnologia, o que modificou de forma gritante a visão sobre a "utilidade" do trabalhador. Os nascidos há menos de 20 anos não conheceram uma época em que o mundo vivia sem computador, celular e internet.

É claro que toda a evolução laboral se deu de forma progressiva. O homem sempre evoluiu raciocinando em seu anterior instrumento de produção. Através do uso, da experiência, pôde adaptar-se e melhorar. Dessa forma, o trabalhador sempre teve que se enquadrar nessas mudanças, sujeitando-se ao progresso imposto.

Assim, tem-se que a humanidade passou por situações históricas marcantes, que por essencial, serão analisadas neste estudo o Estado Liberal, Estado do Bem-Estar-Social, Neoliberalismo, Revoluções Industriais, Globalização até o Estado na modernidade.

Observar-se-á como esta evolução influenciou nas relações de trabalho, sujeitando o trabalhador à condições desprotegidas para não enfrentar o desemprego.

¹Advogada Trabalhista e Empresarial, especialista em Direito Processual, em Direito do Trabalho e em Consultoria Jurídico Empresarial, Professora de Direito e Processo do Trabalho.

Será estudada a influência da globalização, da flexibilização e da tecnologia na vida do trabalhador.

Em especial, será estudado um novo fenômeno na era das atividades chamadas flexibilizadas: o teletrabalho.

Portanto, vejamos.

2 O TRABALHADOR E A HISTÓRIA

O Estado de hoje sofre mudanças continuamente. Através do estudo da evolução sofrida pelos anos, compreende-se o fenômeno atual e as alterações pelas quais vem sofrendo o Estado.

O Estado Liberal surgiu no fim do século XVIII, tendo a liberdade como princípio maior. O poder político interno era limitado e as funções do Estado perante a sociedade eram mínimas. Acreditava-se que o mercado se auto-regularia através das vontades individuais. O Estado se limitava apenas a funções de segurança das relações sociais; não intervinha na atividade econômica.

A Administração Estatal no primado do *laissez faire laissez passer* não poderia interferir nos direitos e liberdades individuais nem na ordem social e econômica. É por isso que Maria Sylvia Zanella de Pietro (p.14, citada por Ramos, 2001, p.22), dá ao Estado Liberal a característica de abstenção e o coloca em uma posição essencialmente negativa.

Porém, os resultados negativos de tal extremado liberalismo logo começaram a surgir. Conglomerados empresariais passaram a monopolizar o poder e uma grande massa proletária passou a viver em condições de miséria.

O mercado passou a demonstrar crescentes falhas observadas através da injusta repartição de riquezas, crises de estocagem e altos índices de desemprego.

Observou-se com isso a necessidade de um Estado mais atuante. Para tanto, uma série de leis e regulamentos foram editados e o Estado começa, mesmo que timidamente, a regular a atividade econômica. Passou a estar à frente do mercado, tentando evitar monopólios.

Com isso, na transição dos séculos XIX para XX, surge um modelo intervencionista, neoliberal. Objetivava corrigir o mercado e garantir a liberdade contratual. Segundo Modesto Carvalhosa (1973, p.101,102, citado por Ramos, 2001, p.23), o Estado passa a ter uma atuação positiva, passa a editar normas de proteção aos trabalhadores e consumidores, executa serviços e obras públicas, sem, no entanto, dirigir de forma completa a economia. Tenta solucionar os problemas que haviam surgido.

Nesse ínterim, o Estado apenas controla o mercado para obtenção de lucros. O objetivo é corrigir as crises que ameaçam os interesses coletivos.

Com o tempo o Estado passou também a exercer influência sobre as políticas sociais. Discute-se igualdade ao invés de liberdade. Passa a ter primazia o bem comum, o interesse público ao invés dos interesses individuais.

Surge, então, a partir do século XX o Estado de Bem-Estar Social. (Welfare state)

Ramos (2001, p.23-25) nos mostra que o primeiro marco deste Estado foi a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) que obrigou o Estado a assumir uma posição de direção da economia, devido aos desequilíbrios causados pela guerra. Após esta, o Estado continua a assumir esse papel econômico.

Outro ponto marcante foi a Revolução Russa (1917) que ao abolir a propriedade privada e as classes sociais introduzindo a idéia de igualdade, faz com que a economia, para que possa sobreviver, admita intervenção do Estado na sua regulação, alcançando um padrão de justiça distributiva, garantindo à sociedade condições de subsistência.

Por volta do final dos anos 20, início dos anos 30, o Estado passa não só a intervir, mas a integrar a ordem econômica, chegando a participar das decisões do mercado.

Tal Estado encontra seu apogeu após a Segunda Guerra Mundial, tomando o papel de regulador da vida social e econômica. Presta cada vez mais serviços públicos, depositando sua preocupação nas necessidades básicas da sociedade. Passa a ser um Estado que distribui bem-estar social e que produz bens e serviços, protegendo o cidadão da miséria, doença e desemprego.

Porém, a manutenção desse bem-estar social passou a ser insustentável diante das massas populacionais cada vez maiores. O Estado passa a repassar os custos para a sociedade. Os serviços Públicos perdem sua qualidade, lançando a necessidade da reformulação do papel do Estado.

Diante dessa desestruturação do Estado de Bem-Estar Social, surge o neoliberalismo, trazendo à tona novamente o individualismo do liberalismo.

Paulo Bonavides (1996, p.20, citado por Ramos, p.28), analisa que este neoliberalismo é o mesmo liberalismo usado anteriormente que deflagrou desemprego, fome e miséria.

De acordo com Ramos (2001, p.26-32), com essa nova forma de Estado procurou-se assegurar a liberdade das pessoas e do mercado, tendo este último, porém, a regulação do Estado para garantir sua eficiência e sobrevivência. O Estado não poderia intervir no mercado no caso de restringir a concorrência, mas poderia criar normas que proibissem o uso de substâncias tóxicas, limitasse as horas de trabalho, que regulassem o funcionamento da concorrência, dentre outros.

A diferença para o liberalismo de outrora, é que agora se permite a intervenção do Estado no domínio econômico, como mediador, para corrigir suas distorções. Além de reafirmar a liberdade individual, este novo liberalismo aprimora as instituições jurídicas, políticas, sociais e econômicas.

Estas propostas, com o passar do tempo vem se modificando no sentido de se ver a

necessidade do investimento em políticas sociais. Com isso, são aderidas políticas sociais como a instituição da renda mínima, a descentralização, a privatização e a concentração dos programas sociais nos grupos de maior necessidade.

Afasta-se cada vez mais do Estado Mínimo para se alcançar o Estado Necessário, Subsidiário, onde este se omite até onde o particular pode atuar, somente quando a iniciativa privada não puder mais atuar é que o Estado suprirá esta deficiência, buscando o bem da coletividade. É Subsidiário porque visa ajudar de maneira supletiva e não tomar o lugar da iniciativa privada.

Pietro (1999, p. 24-25), identifica três fundamentos para este Estado à saber:

Primazia da iniciativa privada sobre a Estatal; atuação do Estado voltado para fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de forma a permitir aos particulares sucesso na condução de seus empreendimentos e incremento da parceria entre público e privado.

As Revoluções Industriais também tiveram um impacto profundo nas transformações sofridas pelo mundo. A Primeira ocorreu na Inglaterra em meados do século XVIII. Esta introduziu as máquinas a vapor o que alterou a organização do trabalho. Foi um período onde houve grande concentração de capitais e o que colaborou para isso foi a falta de regulamentação dos direitos sociais.

A Segunda Revolução Industrial ocorreu entre os séculos XIX e XX, onde a energia a vapor foi substituída pela elétrica e pelo petróleo. Começa-se a produção em série, caracterizada pelo taylorismo e pelo fordismo onde os trabalhadores produziam mais através de um trabalho repetitivo.

Chega um momento em que surge no lugar do Estado Liberal, o Estado Social de Direito; momento este marcado pela Terceira Revolução Industrial, caracterizada pela robotização, informática e energia nuclear. O toyotismo passa a ser a nova organização de trabalho, ocasionando demissões em massa, flexibilização das leis trabalhistas, trabalhos temporários e a terceirização.

Surge então o fenômeno da globalização da economia que exige que as economias se tornem atraentes para investimentos.

Pois bem, mas como tudo isso afeta o ser humano? Exatamente no seu meio de subsistência: NO TRABALHO! Em uma sociedade em que a mão de obra humana torna-se dispicienda e que novas tecnologias afloram a cada minuto, inexistente lugar para normas rígidas que regulamentem o trabalho. O Estado pode até tentar ser atuante e buscar sempre a defesa do trabalhador em prol do social, mas, neste diapasão, chegará um momento em que terá ele em mãos, de um lado um exército de proletários desempregados e de outro uma casta burguesa que recusa-se a dar emprego, aliás digamos que não mais necessita da força humana no trabalho.

3 O TRABALHADOR E A GLOBALIZAÇÃO

Com o fenômeno da globalização, observa-se o grande avanço tecnológico através da microeletrônica, o que também permitiu um grande avanço na rede mundial de telecomunicações, onde, segundo Gonçalves, tornou-se mais barata e rápida a comunicação, permitindo às pessoas e às empresas falarem em qualquer lugar do mundo, pagando o preço de ligação local. Além disso, os transportes tornaram-se mais rápidos, o que permitiu o deslocamento de mercadorias em tempos inimagináveis. (GONÇALVES, 2007, p. 109,110).

Tudo isso possibilitou às empresas produzir em qualquer parte do planeta, fazendo com que o capital procurasse mercados onde a mão-de-obra fosse mais barata, para gerar um lucro maior aos donos dos meios de produção. (GONÇALVES 2007, p. 109, 110).

De fato, foi uma grande mudança na economia. Ela precisou se tornar atrativa para buscar investimentos internacionais. Com isso, as empresas multinacionais estenderam-se aos países menos desenvolvidos em busca de mão-de-obra mais barata. É por isso que Ramos fala que hoje existem "produtos mundiais", pois suas partes são produzidas em diferentes países. (2001, p.34-35)

Nota-se, porém, com essas inovações, grande concentração de capital nas mãos das corporações e crise na noção de soberania de Estado. Ocorre o seu enfraquecimento com a internacionalização das empresas, pois eles têm limitado a manutenção de políticas fiscais e intervencionistas, sob pena de não atraírem investimentos.

As empresas passam por um processo de competição, pois precisam ser capazes de entrar na competição de preços mundial, o que leva a altos índices de desemprego.

Sentiu-se, portanto, a necessidade de reforma dos Estados, objetivando-se reduzir ao máximo o exercício de atividades econômicas. Observa-se neste contexto o discurso da privatização. Essas privatizações, que tem por objetivo enxugar as máquinas estatais e que também atingem a prestação de serviços públicos, que são repassados à iniciativa privada, são adotadas pelos estados em nome da eficiência de atuação esperada por eles.

Porém, segue-se junto à reforma, a desregulamentação e flexibilização da economia, atingindo seu equilíbrio.

No Brasil, essa reforma é implementada através do Programa Nacional de Desestatização, que foi a Lei 8031/90, revogada pela Lei 9491/97. Com essa reforma, sai das mãos do Estado o papel de execução direta na produção de bens e serviços, passando apenas a regular e promover seu desenvolvimento. (RAMOS, 2001, p.37)

Estas transformações exigidas pelo Estado se deram em um momento em que o Estado Social de Direito se torna caro e pouco eficiente ao atender a necessidade da coletividade e também da globalização econômica, onde passa-se à necessidade de amoldar suas condições internas para se tornar atrativo à economia mundial. Estas são as condições que deram base à atual estrutura do Estado.

4 O TRABALHADOR E A FLEXIBILIZAÇÃO

A palavra flexibilização é oposto da palavra rigidez, ou seja, o que se pode dobrar, curvar, fácil de manejar, elástico. O Dicionário Aurélio conceitua flexibilidade como sendo:

Verbetes: flexibilidade. [Do lat. *flexibilitate*]. Qualidade de flexível. 2. Elasticidade, destreza, agilidade, flexão, flexura: flexibilidade corporal. 3. Facilidade de ser manejado; maleabilidade. 4. Aptidão para variadas coisas ou aplicações: flexibilidade de espírito. 5. Docilidade, brandura. 6. Disponibilidade de espírito; compreensão, complacência.

Poder-se afirmar em um primeiro momento, que a flexibilização das normas trabalhistas tem por objetivo tornar elástica a rigidez do Direito do Trabalho.

Falando sobre o objetivo da flexibilização trabalhista, Gonçalves nos mostra:

A flexibilização fundamenta-se ideologicamente na economia de mercado e na saúde financeira da empresa, justificando-se para que uma empresa saudável gere empregos. É também fundamento da flexibilização a grande massa de excluídos do mercado formal que, com a flexibilização, passaria a integrar o "mercado oficial" do trabalho e teria, portanto, mais dignidade. Todos esses argumentos assentam-se na teoria do neoliberalismo. (GONÇALVES, 2007, p. 115)

Diante da proposta do fenômeno da globalização, o trabalhador que antes tinha uma preparação relativa para o mercado, em face da concorrência mundial, passa a ser despreparado, o que sem dúvida gera desemprego. A flexibilização foi uma forma de reinserção desse trabalhador no mercado, embora com uma proteção "flexibilizada".

Certamente esse não era o objetivo inicial do Brasil para seu trabalhador, pois na atual Constituição, de 1988, o trabalhador tem como garantia o acesso à dignidade, o que inclui condições mínimas de vida individual e familiar. Porém, com o advento da "mundialização do mercado", fugiu das mãos do próprio Estado, garantir o mínimo aos seus trabalhadores.

Como expressões da flexibilização, temos a possibilidade da utilização de serviços terceirizados, os horários flexíveis, os contratos por prazo determinado, os turnos ininterruptos de

revezamento, a prestação de serviços em casa, dentre outros. Essas formas de flexibilização são tidas como legais pelo ordenamento jurídico trabalhista.

A tecnologia influenciou e muito na flexibilização. Proporcionou que trabalhadores estivessem conectados às empresas sem a necessidade da presença física, apenas a virtual.

A empresa virtual reinventa o modo de trabalho. É a realização do trabalho a qualquer tempo e a qualquer hora. Ela, a empresa, está em todo e qualquer lugar onde se encontrarem seus membros móveis, e, paradoxalmente, não se encontra em lugar nenhum. Há uma nítida substituição, na virtualização, das unidades de tempo espaço, uma vez que se desterritorializam. A primeira - o tempo - é substituída pela interconexão, enquanto que a unidade de espaço é substituída pela sincronização. (OLIVEIRA, 2003, p. 65)

Sem dúvida este é um fenômeno mundial que está afetando inclusive o Brasil. O sociólogo José Pastore, em entrevista à Revista Veja, nos mostra que em todos os países, inclusive no Brasil, diminui o número de pessoas que saem de casa para trabalhar em um escritório. O que se observa é um grande número de pessoas realizando projetos para várias empresas ao mesmo tempo sem sair de casa. Ele ainda afirma que este formato tende a prevalecer porque retira a importância de uma superestrutura física, que leva a altos custos fixos. (REVISTA Veja, edição 1781, ano 35, n. 49, 11 de Dezembro de 2002. Páginas amarelas. Citado por OLIVEIRA, 2003, p. 67).

Para que este fenômeno do teletrabalho possa ser entendido, será feito um estudo de como é feito e das modalidades.

5 O TRABALHADOR E O TELETRABALHO

O teletrabalho se refere às prestações de serviço fora da Empresa, utilizando-se, como contato, os meios de comunicação e informática.

Este é um fenômeno ainda recente no Brasil, não previsto pelo ordenamento jurídico. O que se tem de legislação mais próxima, são os arts. 6º e 83º da CLT, onde lemos:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

Art. 83º É devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere.

Assim, o teletrabalho pode ser considerado uma espécie do gênero trabalho a domicílio, desde que tenha o vínculo do emprego. Neste caso gerará um contrato de empregatício.

Para configurar o vínculo de emprego, a própria CLT, em seu artigo 3º expõe os requisitos, onde a prestação de serviços deverá ser prestada por pessoa física, de forma pessoal, não eventual, subordinada e mediante salário.

Por outro lado, podem existir também os teletrabalhadores autônomos, que são aqueles que prestam serviços de forma desvinculada da empresa.

Mas observa-se que, de um modo geral, os teletrabalhadores têm sim um vínculo com a empresa à qual realizam o serviço. Portanto, a análise deste trabalho será com base no teletrabalhador vinculado.

Como não ocorre a presença física do trabalhador na empresa, o teletrabalhador precisará se equipar com um "parafernália" de equipamentos eletrônicos para que possa realizar seus serviços, como lap top, palm top, notebook, scanners, computador, impressoras portáteis, telefone celular multifuncionais, dentre outros.

Assim, entendemos de forma clara que teletrabalho se caracteriza pela prestação de qualquer atividade fora do ambiente tradicional de trabalho, utilizando-se das tecnologias eletrônicas e de comunicação.

Nestes casos, observam-se todos os requisitos para a existência do vínculo de emprego, pois o trabalho é realizado por pessoa física, de forma pessoal, não eventual, mediante salário e a subordinação se dá de maneira indireta.

E a jurisprudência vem entendendo da mesma forma. No acórdão publicada em 26 de julho de 2008, lemos o seguinte:

Declara-se a existência da relação de emprego quando evidenciado nos autos que a reclamante, no âmbito residencial, realizava tarefas essenciais ao empreendimento econômico da reclamada, trabalho esse também desempenhado dentro do seu próprio estabelecimento, por empregados por ela contratados. O regime domiciliar não obsta o reconhecimento do vínculo empregatício (artigo 6-a da CLT). Nesse sentido, na medida em que a empresa optou pelo serviço prestado no âmbito residencial "abriu mão" da subordinação direta para fazer uso da indireta, que, como dito, não desnatura o contrato de trabalho. "In casu", a subordinação delinea-se com a integração da atividade da reclamante na atividade-fim da empresa que, por certo, já conta, periódica e constantemente, com a entrega dos trabalhos prestados pela laborista, realizando, assim, a sua finalidade produtiva. (ACÓRDÃO PUBLICADO EM 26/07/2008, OITAVA TURMA, RELATOR: MARIA CRISTINA DINIZ CAIXTA, REVISOR: MÁRCIO RIBEIRO DO VALLE, PROCESSO 01560-2007-014-03-00-20RO.)

O teletrabalho é resumido de uma forma muito interessante por Tatiana Oliveira, onde "traz, em si, a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador em lugar de enviar o trabalhador ao trabalho". (OLIVEIRA, 2003, p. 82)

Com respeito à classificação, Ana Beatriz Manssour mostra que o teletrabalho pode ser autônomo ou doméstico, quando prestado por profissionais autônomos em seus home offices ou

centros de telesserviços e pode ser vinculado ou empregado quando prestado por empregados, respeitando o art. 3º da CLT, podendo ocorrer em centros de telesserviços, em home offices ou concomitantemente na empresa. (MANSSOUR, 2001, citada por OLIVEIRA, 2003, p. 83).

O teletrabalhador pode, em alguns casos, trabalhar alternadamente na empresa e em casa ou prestar seus serviços em telecentros que são deslocados da empresa matriz e normalmente mais próximo da casa de alguns trabalhadores, que mantém contato com a empresa mãe através de comunicação eletrônica.

Sobre esses telecentros, NILLES nos explica que funciona como se fosse um conjunto de escritórios individuais, de tamanhos diferentes, com mesas, computadores, telefones, salas de reunião e assim por diante. (NILLES, 1997, p. 28)

Com respeito à configuração da relação de emprego entre o teletrabalhador e a empresa, é necessária uma situação fático-jurídica composta pelos elementos desta, expostos na CLT.

Sobre esta relação, GODINHO nos expõe o seguinte:

Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente no Direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sócio jurídica, são eles porém captados pelo Direito que lhe confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência, ser chamados de elementos fático-jurídicos). (DELGADO, Maurício Godinho, citado por OLIVEIRA, 2003, p. 86).

Como já citado anteriormente, esses elementos estão presentes nos arts. 2º e 3º da CLT. A combinação destes elementos configura a relação de emprego.

Portanto, é necessário que o teletrabalhador seja uma pessoa física e nunca jurídica ou sociedade de pessoas.

O trabalho, mesmo que em domicílio, o que é o caso do teletrabalho, deve ser prestado com pessoalidade, ou seja, pela própria pessoa contratada pela empresa, embora o art. 83 da CLT autoriza ajuda de pessoas da família, pois relaciona o serviço a domicílio com oficina de família.

A realização do trabalho deve se dar de forma contínua, ou seja, dotada de não-eventualidade. O fato de ser contínuo, não significa que deve ser uma prestação diária, mas que deve ter o caráter de permanência, que não demonstre eventualidade.

Um ponto importantíssimo, e que contribui e muito pela caracterização da relação de emprego é a subordinação. Esta é uma dependência jurídica do empregado ao seu empregador. Aquele, deve seguir o poder diretivo ou as ordens deste.

Embora no teletrabalho esta subordinação não se dê de maneira direta, ou seja, o empregador não está todo momento fiscalizando e controlando a prestação do serviço do empregado, ela se dá de forma indireta, através de uma subordinação psicológica. O controle,

embora seja menos intenso, certamente está presente. O essencial, é que as atividades prestadas pelo teletrabalhador se insiram na estrutura empresarial.

O último ponto que caracteriza a configuração da relação de emprego é o salário. Esta é a contraprestação do serviço realizado.

Dessa forma, se observados os cinco elementos para caracterização da relação de emprego nas atividades prestadas pelo teletrabalhador, certamente o vínculo de emprego existirá.

Neste momento importa destacar um importante princípio do Direito do Trabalho, o Princípio da Realidade sob a Forma, onde o que se busca é a verdade real dos fatos, mesmo que esta seja diferente da verdade contratual. Sobre este princípio, GODINHO expõe:

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferencialmente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação dos serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano na prestação de serviços (...).

O princípio da primazia da realidade sob a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato,...) o intérprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação" (DELGADO, Maurício Godinho. 2005, p.209).

Portanto, mesmo que exista um contrato entre teletrabalhador e empresa que negue a relação de emprego, se estiverem presentes os elementos caracterizadores dessa relação fático-jurídica, ela existirá.

Analisando desta ótica, entende-se que somente o caso concreto poderá responder a respeito da relação empregado-empresa.

Caberá ao teletrabalhador o ônus da prova, quanto aos fatos constitutivos do direito que alega e à empresa caberá o ônus da prova quanto aos fatos extintivos, modificativos dos direitos alegados pelo trabalhador, de acordo com o art. 818 CLT: "Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer."

O juiz então analisará as provas, baseando-se no princípio da primazia da realidade sob a forma e se confirmado a presença dos elementos constitutivos da relação de emprego, caracterizará o vínculo empregatício.

6 CONCLUSÃO

Observa-se uma grande evolução nas relações de trabalho de tempos passados aos dias de hoje.

Vivenciou-se simultaneamente um Estado buscando o bem do empregado, parte mais fragilizada da relação de emprego, e este mesmo Estado aderindo à globalização, que com a busca desenfreada por melhores mercados com a redução de custos obrigou empresas a desvalorizar seus empregados, gerando uma grande massa de desempregados.

Não restou alternativa, senão flexibilizar as medidas protetivas criadas para resguardar uma classe desfavorecida.

Esta flexibilização pode ser encarada como um excelente meio de restaurar a vida produtiva de muitos trabalhadores desempregados e ao mesmo tempo ser um desdobramento do mercado, aumentando o lucro para as empresas.

O Teletrabalho é, como observado, uma das formas de flexibilização do trabalho, pois o próprio empregado quem organiza sua jornada de trabalho da maneira que melhor lhe prestar, normalmente em seu próprio domicílio.

Com esta modalidade observou-se a oportunidade de reinserção de desempregados no mercado de trabalho.

Para a empresa esta modalidade foi um sucesso, pois esta dividiu os gastos com seu empregado não necessitando de dispor de um espaço físico para este trabalhar, além do que todo o stress gerado por funcionários como faltas, problemas de transporte, competições e danos morais e sexuais passam a praticamente inexistir.

Por outro lado, o teletrabalho faz com o que o trabalhador viva praticamente isolado, realizando suas tarefas de forma individual, longe da convivência social, fazendo com que este talvez perca o limite entre a vida profissional e a vida pessoal, o que poderá acarretar uma série de doenças psicológicas. E ainda há o fato da visão preconceituosa da sociedade com relação a pessoas que trabalham em casa.

Mas, aceitando ou não, esta é uma modalidade em ascensão na atual sociedade, que está à mercê de avanços tecnológicos quase que diários.

Com isso, o trabalhador, para se inserir neste mercado flexibilizado, tem que se atualizar também, quase que diariamente.

Diante da situação pode ser reportada uma passagem Bíblica que talvez seja a tradução, de forma simples, da situação vivida pela sociedade: (...) homem tem dominado homem para seu prejuízo. (ECLESIASTES 8:9)

Espera-se que esta não seja mais uma oportunidade para exploração de trabalhadores que, aos poucos, têm todos os seus direitos desrespeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências.** São Paulo: LTr, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de (coord.). **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá.** São Paulo, LTr, 1993. Vols. I e II.

CARTES, Omar. **História do Trabalho.** Disponível em <<http://www.guatimozin.org.br/artigos>>. Acesso em: 05 set. 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo, LTr, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização Trabalhista.** 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

HORTA, Carlos Roberto; CARVALHO, Ricardo Augusto Alves de (org.). **Globalização, Trabalho e Desemprego: processos de inserção, desinserção e reinserção: enfoque internacional.** Belo Horizonte: C/Arte, 2001.

HOSBAWN, Eric. **Era dos Extremos. O Breve século XX: 1914-1991.** Trad. Marcos Santarrita e Ver. Maria Célia Paoli. São Paulo, Cia das Letras, 1995.

LUPION, Márcia Regina Oliveira. **A Gênese da história do Trabalho e dos Trabalhadores no Brasil e os paradigmas da "transição" e da "substituição".** Disponível em <<http://www.revistatemalivre.com/trabalho11.html>>. Acesso em: 05 set. 2008.

MACCALÓZ, Salete Maria; LEITE, Júlio César do Prado; BONFIM, Benedito Calheiros; CIRTEZ, Rita de Cássia; LOBO, Eugênio Haddock; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; PINAUD, João Luiz. **Globalização: Neoliberalismo e direitos Sociais.** Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

MELLER, Fernanda. **A flexibilização das normas trabalhistas como uma tendência atual e a integridade do trabalhador como aspecto fundamental da personalidade.** Disponível em <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos>. Acesso em 08 set. 2008.

NILLES, Jack M., **Fazendo do Teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores.** Trad.: Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: 1997, p. 28.

OLIVEIRA, Tatiana Penna de. **Teletrabalho: Fatos-suportes para a sua caracterização.** Dissertação Mestrado. Belo Horizonte, 2003.

5. DO SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL – UM ENFOQUE TRABALHISTA

Maria Helena Moreira da Silva*

INTRODUÇÃO

1 JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA DO TEMA

A explanação objeto deste trabalho, ainda que sucinta, visa a contribuir para maiores reflexões sobre a matéria, pois ressalta alguns pontos marcantes dos serviços notarial e registral.

A identificação das figuras do titular - notarial e registral - e dos seus auxiliares tem suma importância, permitindo ao intérprete do Direito enquadrá-los no campo das relações jurídicas, bem como traçar um paralelo distintivo entre os sujeitos e as relações que entre eles se estabelecem.

O enfoque trabalhista mostra-se necessário, visto que o titular da serventia pode vir a equiparar-se a um empregador comum e os seus auxiliares também poderão ser considerados empregados em relação aos contratos de trabalho celebrados, desafiando tal temática uma incursão jurídica atual e inovadora.

2 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA TEÓRICO

O presente estudo centra-se na análise de alguns aspectos dos serviços notarial e registral, procurando contribuir para o reconhecimento da figura dos titulares das Serventias – o Notário e o Oficial de Registro de Imóveis – bem como dos seus Auxiliares.

Expõe, em síntese, a origem e desenvolvimento das funções notarial e registral e ainda a sua evolução legislativa.

Tece algumas considerações sobre o conteúdo, atribuições, finalidade e natureza de tais

*Ex-Assessora da Escola Judicial do TRT-3ª Região; Servidora Aposentada; Advogada; Pós-graduada do Curso de Especialização em Direito Público do Instituto de Educação Continuada – IEC – da PUC.

funções.

Trata da Relação de Emprego e da Relação de Trabalho, destacando os pressupostos necessários para o reconhecimento do vínculo empregatício, nos moldes previstos no artigo 3º da CLT.

Aponta alguns critérios distintivos entre as figuras do Empregado e do Empregador, Notário, Registrador e Serventuário, tentando identificar os sujeitos e as relações que se estabelecem entre estas figuras.

Apresenta, por fim, uma conclusão.

3 DAS FUNÇÕES NOTARIAL E REGISTRAL

3.1 Histórico

As funções notarial e registral têm origem bem remota.

Com efeito, a eternização - na memória dos homens - dos ajustes celebrados e a proteção dos seus efeitos sempre constituíram uma preocupação entre os povos, desde os primórdios da civilização.

Segundo COMASSETTO¹, encontra-se na Bíblia Sagrada, no livro de Gênesis, a mais antiga referência à publicidade registral, traduzida pelo ato de Abraão que reúne pessoas a fim de assistirem à aquisição de terreno para sepultar sua mulher. **À vista da intenção que impregnara aquela manifestação de vontade, revelada pelo ânimo de dar o mais amplo conhecimento possível do ato de sua aquisição imobiliária e gerar testemunho, a maioria dos doutrinadores passaram a reconhecer nesse fato a pedra fundamental do surgimento da publicidade.**

No reino da Babilônia – Código de Hamurabi – já existia o chamado “escriva”, que pertencia à organização judicial, mas o “escriva egípcio” é que teria dado origem ao atual notário, já que na condição de um funcionário burocrático da organização estatal egípcia, era importante figura para a sociedade da época, baseando-se toda a administração nos seus textos escritos.

O surgimento do notário advém da figura do *tabelion* originária da organização estatal romana, um técnico em assuntos jurídicos, que redigia documentos relativos à atividade privada dos indivíduos, assessorando-os com a competência que lhe garantia o largo conhecimento jurídico de que era detentor.

No Brasil, à época do seu descobrimento, não se conhecia o termo **domínio**, mas apenas a

1 SANTOS, Márcia Elisa Comassetto, *Fundamentos Teóricos e Práticos das Funções Notarial e Registral*, Porto Alegre: Norton Editor, 2004, p. 21 e 22

noção de **posse**, concedida esta pelas sesmarias (Capitanias Hereditárias).

Em 1850, a Igreja Católica criou o “Registro do Vigário”, mas ainda aqui não se fala em propriedade; apenas se separa o público do privado. Até então a propriedade imóvel no Brasil era transmitida pela tradição, de início, nas pegadas do direito romano que não conheceu a publicidade registral.

O denominado Registro Geral surgiu em 1864, com a Lei n. 1.237, que cuidou de todos os direitos reais sobre imóveis, fato que significa, para a maior parte da doutrina, a origem do atual Registro de Imóveis. Aqui se opera a mudança da tradição pela transcrição como forma translativa da propriedade imobiliária.

No entanto, a eficácia desse sistema registral não se fez sentir, à falta de obrigatoriedade de registro das transmissões *causa mortis* e atos judiciais, o que só mereceu reparo com o advento do Código Civil de 1916 que imprimiu tal força obrigatória, ao exigir a inscrição de todos os atos de transmissão e constituição de direitos reais sobre imóveis, além da titularidade do direito real àquele que figurasse no registro, a prioridade, especialidade, publicidade e a continuidade registral.

Na atualidade, existem três sistemas principais de publicidade imobiliária: o consensual ou privatista, o publicista e o eclético. É este o sistema registral adotado no Brasil que combina título mais publicidade registral e opera a constituição do direito real ou sua disponibilidade, mas está vinculada ao título causal.²

3.2 Tratamento legislativo dos serviços notariais no Brasil

Não há na Constituição Política do Império do Brasil qualquer referência à função notarial e registral. Também as Cartas Políticas subsequentes não se ocuparam do assunto.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 as atividades notariais e registrares mereceram o tratamento que a importância das funções estava a exigir.

Com efeito, segundo o art. 236 e parágrafos do Título IX das Disposições Constitucionais Gerais da Magna Carta (1988), “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.”

A Lei n. 6015, de 31 de dezembro de 1973 representou um avanço no sistema de registro imobiliário, ao instituir a matrícula para cada imóvel e substituir a antiga transcrição pelo registro, por extrato, transpondo-se apenas os elementos principais do título para o registro imobiliário. Foi o Código Civil de 1916 que imprimiu força obrigatória ao registro das transmissões *causa mortis* e

² SANTOS, Márcia Elisa Comassetto, *Fundamentos Teóricos e Práticos das Funções Notarial e Registral*, Porto Alegre: Norton Editor, 2005, p. 62 e 63.

atos judiciais, ao exigir a inscrição de todos os atos de transmissão e constituição de direitos reais sobre imóveis, além da titularidade do direito real àquele que figurasse no registro, a prioridade, especialidade, publicidade e a continuidade registral.

A Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, veio disciplinar a atividade dos notários e oficiais de registro e de seus prepostos, disciplinar a sua responsabilidade civil e criminal, bem como definir a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

A Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000, regula o § 2º do artigo 236, da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

No Código Civil em vigor (2002), o art. 1.245 estabelece que: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.” Extraí-se ainda do teor dos seus parágrafos e art. 1.246 e 1247 princípios básicos relativos à função registral que serão objeto de outro tópico deste trabalho.

A Lei n. 11.331, de 26 de dezembro de 2002, dispõe sobre os emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, em face das disposições da Lei Federal n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000.³

3.3 Conteúdo e atribuições

Em seu Tratado de Direito Privado, PONTES DE MIRANDA⁴ especifica o registro imobiliário como “O ofício público em que se dá a publicidade a atos de transmissão de bens imóveis e aos direitos reais sobre imóveis ou a negócios jurídicos que a eles interessem.”

WIELAND⁵ define o registro imobiliário como aquele

[...] constituído pelo conjunto de registros e atos praticados por um funcionário público, conjunto que permite ser apercebida a situação jurídica dos imóveis sob o ponto de vista dos direitos reais que o gravam.

Em assim sendo, a função notarial tem como conteúdo próprio a realização do Direito, no

3 Também merecem ser destacados outros diplomas legais que guardam afinidade com a matéria em apreço: A Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que disciplina o parcelamento do solo urbano, regulando, no Capítulo VI, art. 18 a 24, o registro do loteamento; A Lei n. 7.433, de 18.12.85, que estabelece os requisitos para a lavratura de escrituras públicas; O Decreto n. 93.240, de 09.09.86, que regulamenta a supracitada Lei n. 7433/85; A Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000, que regula o § 2º do art. 236, da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro; A Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que regula os art. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana.

4 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Editora Borsoi, vol. XI, p. 207

5 WIELAND, *Lés Droits Réels dans le Code Civil Suisse, tome II*, p. 419, *apud* João Roberto Parizzatto; Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda. 1995, p.30.

sentido de que serve de bússola para os particulares que recebem do titular dessa função a orientação jurídica correta e segura, na condição de consultor jurídico das partes, além de assessor destas e redator especializado.⁶

A função registral tem importância similar à da notarial; como esta, aquela é exercida também para orientar os particulares no *iter* jurídico próprio à boa condução dos seus negócios, nesse sentido realizando o Direito e prevenindo litígios.

A insegurança cada vez mais acentuada da sociedade hodierna, cunhada pelo intensificado avanço tecnológico e conseqüente sofisticação de hábitos e atitudes que impregna a moderna civilização, exalta sobremaneira a relevância do papel da função registral de conferir segurança aos atos e negociações privadas, dando conhecimento destes a terceiros, gerando, em relação a estes, efeitos imediatos.

Sob a ótica da legislação, as atribuições da função notarial estão definidas nos incisos I e II, do art. 6º da Lei n. 8.935/94, quais sejam, a formalização jurídica da vontade das partes e intervenção nos atos e negócios jurídicos a que elas pretendam dar a forma adequada, redigindo os instrumentos públicos, conservando os seus originais e expedindo cópias fidedignas do seu conteúdo.

A citada Lei 8.935, em seu art. 12, define como atribuições peculiares da função registral, a serem exercidas pelo registrador delegado, as que constam da Lei n. 6015, de Registros Públicos: certificação e informação; conservação; escrituração, através de registros e averbações na matrícula, dessa espécie de bens, tudo conforme explicitação contida na lei específica.

3.4 Finalidade e natureza

A natureza⁷ dos serviços notariais e de registro vem enunciada no Capítulo I, do Título I, da Lei n. 8.935/94.

O fim precípua da atividade notarial é garantir a certeza jurídica aos atos praticados pelas partes, conciliando os interesses destas e prevenindo litígios; já a atividade registral tem sua finalidade especificada no art. 1º da Lei n. 6.015/73 que dispõe sobre os Registros Públicos e consiste na garantia da autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos *inter vivos* ou *causa mortis*, consultivos, declaratórios, translativos ou extintivos de direitos reais sobre a propriedade

6 SANTOS, Márcia Elisa Comassetto, *Fundamentos Teóricos e Práticos das Funções Notarial e Registral*, Porto Alegre: Norton Editor, 2004, p. 24 e 25.

7 Para CENEVIVA, “[...] o vocábulo *natureza* é empregado em sentido amplo, como o conjunto das qualidades atribuídas a tais serviços para que realizem suas finalidades.” CENEVIVA, Walter, *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada (Lei n. 8.935/94)*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

imobiliária.

No que tange aos princípios do notariado, no Brasil, impõe-se destacar os seguintes: livre escolha do tabelião; proibição da prática de atos fora do limite territorial de sua delegação; da autoria do instrumento público; da unicidade do ato; da imparcialidade; da legalidade; da instância ou rogação; da fé pública e da conservação⁸.

Em relação aos princípios do registro imobiliário, cabe enumerar o princípio da *rei sitae* ou da territorialidade; da inscrição; da instância ou rogação; da titularidade; da publicidade e da obrigatoriedade.

O ingresso e a remoção nos serviços notarial e registral estão disciplinados nos artigos 14 a 19 da Lei 8.935/94, minudenciados em tais dispositivos legais os requisitos e exigências específicas para cada passo do acesso à delegação para o exercício das atividades em apreço.

A sede do exercício dessas funções era o denominado Cartório que assumiu uma conotação pejorativa, eis que era visto aos olhos da sociedade de então como monopólio de uma “casta” privilegiada, que auferia grandes lucros, cuja fonte de riqueza era transmitida de pai para filho, sem espaço para acesso a outros profissionais, o que revelava um favorecimento inaceitável.

No passado, as funções cartoriais eram de mera autenticação, puramente burocráticas e qualificados os Cartórios como “serviços auxiliares da justiça”.

Hoje, tais sedes passaram à denominação de serviços exatamente para escaparem do termo cartório que as consagrou, bem como daquele significado que lhes imprimiu a opinião comum. A intenção, porém, infrutífera, não logrou exterminar o uso já consagrado e a força do hábito se sobrepôs e se impôs na fala do povo, permanecendo, assim, a antiga denominação de Cartório.

Não obstante isso, as funções notarial e registral foram alçadas à magnitude que a importância social que lhes é ínsita estava a suplicar - por louvável imposição constitucional – e não apenas se fizeram desgarrar da qualificação de “serviços auxiliares da justiça”, como dantes enquadradas, mas também a odiosa hereditariedade deu lugar ao concurso público para ingresso nas respectivas atividades, **concedendo acesso a todos os bacharéis em Direito ou com exercício na atividade por dez anos.**

Os art. 25 a 28 da Lei n. 8.935/94 declaram ser o exercício das atividades notarial e registral incompatível com o da advocacia, da intermediação dos seus serviços ou de qualquer cargo, emprego ou função públicos, mesmo em comissão.

8 SANTOS, Márcia Elisa Comassetto *Fundamentos Teóricos e Práticos das Funções Notarial e Registral*, Porto Alegre: Norton Editor, 2004, p. 27 e 69.

No caso de mandato eletivo, a diplomação e a posse implicarão no afastamento do titular da atividade.

Se interessado no ato notarial ou registro for algum parente em grau de impedimento, o ato incumbe ao substituto.

A responsabilidade dos notários e registradores está disciplinada nos art. 22 a 24 da Lei 8.935/94 e pode ser civil, penal, disciplinar e fiscal e seus direitos e deveres encontram-se elencados nos art.29 e 30 da Lei n. 8.935/94; são direitos próprios de sua condição de delegados, além daqueles que se atribuem aos agentes públicos em geral, havendo inúmeros deveres a eles impostos em legislações esparsas.

Cada ato jurídico praticado pelos notários e registradores corresponde a disposições legais que por eles devem ser respeitadas.

Observadas as disposições legais e administrativas impostas pelo Poder Judiciário que os fiscaliza, os Notários e Registradores usufruem de total independência no desempenho da sua atividade, podendo organizar e administrar a serventia do modo mais eficiente possível e da maneira como lhes aprouver, sem necessidade de autorização judicial para tanto.

No que tange ao relacionamento com os clientes, cumpre aos delegados dispensar-lhes atendimento eficiente, com presteza e urbanidade, orientando seus auxiliares a manter igual comportamento.

A recusa da prática de ato contrário à lei constitui dever, tanto dos titulares, quanto dos serventuários que deverão fazê-lo de forma gentil e explicando o porquê da atitude.

4 DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

Nos termos do art. 5º, da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, os titulares de serviços notariais e de registro são: I – tabeliães de notas; II – tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; III – tabeliães de protestos de títulos; IV – oficiais de registro de imóveis; V – oficiais de registros de títulos e documentos civis das pessoas jurídicas; VI – oficiais de registros civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas; VII – oficiais de registro de distribuição.

Segundo o disposto no art. 39 da Lei n. 8.935/94, a delegação conferida ao notário ou registrador extingue-se pelas seguintes causas: morte; aposentadoria facultativa; invalidez; renúncia; perda por decisão judicial transitada em julgado ou processo administrativo instaurado pelo juízo competente, com a mais ampla defesa; descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei n. 9.534, de dezembro de 1997.

4.1 Do titular notarial

4.1.1 Definição

Segundo PARIZZATTO “os serviços notariais podem ser definidos como sendo as atividades desempenhadas por oficiais públicos, a quem se confere o encargo de instrumentar na forma legal, os atos jurídicos e os contratos elaborados pelas partes interessadas.”⁹

Conforme o disposto no art. 3º da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, “Notário ou Tabelião é o profissional do Direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial.”

4.1.2 Conceito

O Notário ou Tabelião é consultor das partes e sua atividade é a de um autêntico assessor que desempenha uma função social, pois objetiva fins jurídicos para os interessados. Ele orienta e instrui as partes quanto à ressonância, no plano jurídico, dos atos por elas praticados; essas expõem seus problemas pessoais, familiares e/ou econômicos, seus desejos e o Notário torna concreta a sua importante missão de imprimir forma à vontade das partes; conduz os atos que lhe são confiados à produção dos efeitos almejados; ao promover a paz social, exercitando essa importante função preventiva de litígios, realiza atividade de polícia jurídica.

4.2. Do Oficial de Registro de Imóveis

4.2.1 Definição

Conforme dicção do art. 3º, da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, o Oficial de Registro, ou Registrador, é o profissional do Direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade de registro.

4.2.2 Conceito

Entende PARIZZATTO que o “Oficial de Registro de Imóveis é a pessoa a quem cabe a atribuição de promover o registro da propriedade imobiliária, a fim de que se assegurem aos

⁹ PARIZZATTO, João Roberto *Serviços Notariais e de Registro*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1995, p.13.

respectivos titulares os direitos de propriedade ou os direitos reais, que sobre ela incidirem.”¹⁰

5 DOS AUXILIARES DAS SERVENTIAS

O *serventuário* é o que ocupa cargo ou função de ordem pública, autorizada, ou instituída pelo Estado, mas não tem vencimentos estipulados em lei, ou não é pago pelos cofres públicos, retirando proventos através de emolumentos cobrados pelos serviços executados.¹¹

Reza o art. 20 da Lei 8.935/94 que “Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.”

Trata-se de uma faculdade, não de uma obrigação, como é possível verificar-se da redação do dispositivo em exame. Tudo a depender das necessidades do próprio delegado que é senhor de tal decisão, a quem cabe a avaliação das reais necessidades de pessoal para o eficaz desempenho do serviço que lhe é confiado.

Segundo CENEVIVA,

Escrevente¹² é o empregado com capacitação técnica para o serviço, habilitado, nos officios de registro, a examinar títulos, a autorizar o assentamento ou devolvê-los ao interessado, com exigências legais, dar buscas e promover ou certificar assentamentos existentes. Nos tabelionatos, é habilitado para a lavratura de instrumentos próprios dessas serventias, exceto o testamento.

[...] *Escrevente substituto* é o empregado com capacitação técnica plena, habilitação a praticar, simultaneamente com o titular, todos os atos da atividade tabelioa ou os relacionados na Lei dos Registros Públicos e na legislação extraordinária pertinente¹³.

[...] *Escrevente auxiliar* caracteriza os demais empregados dessa categoria, que não se confundem com os *auxiliares*, definidos na Lei dos Notários e dos Registradores.

[...] *Auxiliar* é o empregado, com relação também submetida à legislação trabalhista, contratado para serviços gerais, com ou sem capacitação técnica específica para a função registraria ou notarial, cumprindo as tarefas que lhe forem designadas pelo titular ou pelo

10 PARIZATTO, João Roberto, *Serviços Notariais e de Registro*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1995, p. 29.

11 **De servente**, designa a pessoa a quem se atribui o desempenho de em encargo, ou de um officio, geralmente de natureza pública, e em caráter de *auxiliar*. Por essa razão, *serventuário*, mesmo aplicado à designação genérica de cargo, função, ou de officio público, denota o *empregado* que exerce atividades sob dependência [...] e, como auxiliares, diretos ou indiretos, dos serviços, ou das atribuições cometidas a um departamento público, ou a um departamento instituído no interesse público.” [...] Vocabulário Jurídico SILVA, De Plácido e, RIO DE JANEIRO: Forense, 1991, 11ª ed., p. 215.

12 A palavra *escrevente* deixou de ter, em relação aos cartórios registrários, o significado de *pessoa que escreve*. A lei a manteve, em acepção mais ampla, tendo em conta a tradição brasileira, que indica por esse nome o auxiliar qualificado do titular das serventias judiciais e extrajudiciais.

13 Um dos escreventes substitutos, e apenas um, deve, a todo tempo, ter designação expressa, informada ao juízo competente, para substituir o titular em suas ausências e impedimentos. [...] Para evitar confusão com oficial de registro, é de bom alvitre evitar a clássica designação *oficial maior* e preferir, por exemplo, *escrevente encarregado*, de modo a distingui-lo dos escreventes simplesmente substitutos. (CENEVIVA, Walter, *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*, SÃO PAULO: Saraiva, 2002, p. 139)

escrevente substituto, sob cuja ordem trabalhe.¹⁴

Distinto é o entendimento de COMASSETO¹⁵, para quem a intenção do legislador outra não foi senão a de que o substituto, atualmente, pode praticar qualquer ato atribuído por lei à serventia, inclusive quanto a testamentos, sem nenhuma restrição.

Quanto aos Órgão Auxiliares da Justiça, mais precisamente do escrivão, afirma o insigne jurista MARQUES:

O escrivão é portador de fé pública e pode ser *funcionário* da administração judiciária, ou serventuário, consoante a fonte de onde percebe sua remuneração pecuniária. O *serventuário* é órgão indireto do Estado, por tratar-se de órgão privado no exercício de função pública, remunerado pelas partes ou interessados, ao invés de o ser pelo Estado, como acontece com o que é *funcionário*. No Código de Processo Civil fala-se em ofícios de justiça, *nomen iuris* ali dado à função do escrivão (art. 140).¹⁶

No que concerne aos Auxiliares Eventuais o mesmo autor agrupa em “quatro categorias, entre elas – a mais numerosa – a dos *Auxiliares por circunstâncias resultantes de situações de direito*: [...] o tabelião.[...] Auxiliar em razão de uma situação de direito é aquele que participa do processo em virtude de sua qualificação funcional.

6 RELAÇÃO DE TRABALHO *VERSUS* RELAÇÃO DE EMPREGO

No estudo da relação de emprego impõe-se uma menção acerca da relação jurídica¹⁷ e dos elementos que a compõem (sujeitos, objeto e negócio jurídico) que vinculam as partes, constituindo o ponto central, nuclear, em torno do qual gira o fenômeno do Direito.

Nesse sentido, as propriedades da relação jurídica servem de base para a formulação de regras, princípios e institutos do mundo jurídico.

No que tange ao Direito do Trabalho, a relação de trabalho é gênero de que a relação de

14 A Lei n. 8.935/94 [...] ora comentada derogou o art. 185 da Lei dos Registros Públicos [...]. Deu independência ao delegado, a seu exclusivo critério, para organização dos serviços e atribuição de funções a seus prepostos.

Assim, o termo *substituto legal*, do art. 185 da Lei n. 6.015/73, corresponde ao único escrevente escolhido pelo delegado para exercer todas as funções tabelioas e registrárias em suas ausências ou impedimentos, exceto, conforme esclarecido, no relativo a lavratura de testamentos.’ (*Ibidem*, p.140)

15 SANTOS, Márcia Elisa Comassetto, *Fundamentos Teóricos e Práticos das Funções Notarial e Registral*, Norton Editor, 2005, p. 127 a 130.

16 José Frederico, MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, SÃO PAULO: Saraiva, 1990, vol. I, p. 260.

17A relação jurídica é a pedra-de-toque em cada ramo jurídico especializado; o ponto de partida para a identificação, um a um, desses ramos especiais, conforme a sua especificidade, ensejando, como tal, a construção de normas e princípios próprios relativos a essa mesma relação de direito.

A expressão é aqui admitida na sua acepção ampla da Teoria Geral do Direito, isto é, no simples significado de relações sociais regulamentadas pelo direito positivo, cuja eficácia e cumprimento o Direito assegura e a que os romanos denominavam *vinculum iuris*.

emprego faz-se espécie. No sentido estritamente técnico-jurídico, a relação de trabalho é uma relação de fato; a relação jurídica de trabalho – que decorre de um contrato de trabalho - é a relação de emprego.

A propósito da questão, ensina GODINHO:

A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual¹⁸.

6.1 A pessoa empregadora

É da dicção do art. 2º da CLT que emana a definição legal da figura do empregador, considerado como tal “... a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Empregador, então, é a pessoa física ou jurídica que contrata com uma pessoa física a prestação dos seus serviços, realizados com pessoalidade, de forma não eventual, sob sua subordinação e mediante salário¹⁹.

Segundo, ainda, VILHENA, a fisionomização que assume o empregador origina-se de uma posição contraposta supostamente advinda de uma relação de fato alcançada pelo Direito que se exterioriza numa junção de situações apresentadas de modo tão harmônico, num encadeamento de condutas - praticadas por ambos no desenvolvimento da relação - tão perfeito que a fisionomia de um e de outro se complementam. O talhe do perfil de um conduz simultaneamente ao contorno da figura do outro²⁰.

Para o eminente jurista, o que se assoma com grande relevância, no caso, é o princípio *realístico* da relação de emprego, pelo fato de que a vontade das partes não influi na sua

18DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: julho, 2004, LTr, p. 285 a 287.

19Para Delgado, “Empregador define-se como a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado (condomínio, espólio, massa falida etc) que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e sob sua subordinação.” *Ibid*, p. 389 e ss.

20VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 86 e 87.

caracterização, pois os efeitos decorrentes dos fatos e condutas que a constituem e que são jurídicos, resultam do *ato-fato-trabalho-por-conta-de-outrem*. Este é o motivo pelo qual elementos, puramente formais - como CTPS não assinada, declarações, comprovantes de recolhimentos do prestador de trabalho, na condição de autônomo – que não refletem a realidade fática efetivamente vivida pelas partes, não têm importância na qualificação da natureza jurídica da situação de fato desenvolvida entre o prestador dos serviços e o credor do seu trabalho²¹.

Ao definir a figura do empregador, o legislador, no artigo 2º. da CLT, estabelece que esse, “...assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”

Entendem alguns doutrinadores que o supracitado artigo não se refere ao elemento salário como pressuposto da existência da relação de emprego, mas como um dever legal imposto ao empregador, uma das partes contratantes, na hipótese de ser configurada a relação de emprego.

Ao se firmar o contrato de trabalho como sinalagmático perfeito ou bilateral, ao direito de um dos sujeitos desse contrato corresponde a obrigação do outro. Empregador e empregado são, ao mesmo tempo, credor e devedor, um do outro. Esse é devedor do trabalho e credor do salário²², ao tempo em que aquele é credor da prestação de trabalho e devedor da contraprestação remuneratória.

Assim, “A obrigação primordial e característica do empregador [...] é a de pagar o salário na forma ajustada.”²³

O empregador, então, é a pessoa empreendedora que, dentro de seu poder diretivo²⁴, explora a atividade econômica e que se confunde com aquela que aufero o resultado da exploração do negócio.

21 Para o Autor, somente quando a vontade das partes guardar correlação com a vontade da lei, poder-se-á dizer que trabalhador e tomador de trabalho constituíram um verdadeiro contrato de trabalho ou de emprego. Assim, o ponto alto da questão, para garantia da tutela legal específica, revela-se no *modus faciendi* do labor: sua forma de execução, a realidade que jaz por trás da situação fática vivenciada por ambos. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975 p. 86 e 87.

22 Conforme se infere dos art. 76 e 458, da CLT, o salário compreende não somente as prestações pagas em dinheiro, mas, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações **in natura** que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado

23 CATHARINO, José Martins, *Tratado Jurídico do Salário*, Rio de Janeiro: Livraria Ed. Freitas Bastos, 1951, p. 89.

24[...] *O poder diretivo revela-se pela natureza objetiva do vínculo, através do qual o empregador conta permanentemente com a atividade-trabalho daquela pessoa que participa da atividade da empresa. [...] Compreende a efetiva e a potencial disponibilidade dos meios de produção e neles está, certamente, incluída a atividade-trabalho de outrem.*

[...] A disponibilidade é jurídica, no sentido de que, ainda não efetivamente prestando serviços ou não executando determinações do empregador, o trabalhador aguarda-as (CLT, art. 4º), ou objetivamente, sabe quando, como e/ou onde executar as tarefas que se compreendem na função por ele desenvolvida na empresa ou para ela.

Exclui-se a direção onde se encontra a álea, isto é, na esfera jurídica pessoal que não se tenha integrado ou de que não participe, em termos de previsão, na atividade empresarial. (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, Relação de Emprego, São Paulo: Saraiva, 1975, p.114)

6.2 A pessoa empregado

Os Códigos Civil e Comercial, no Brasil, não intitulavam os prestadores de serviço com a denominação empregado.²⁵

Em seus artigos 74-86, o Código Comercial (1850) faz referência ao trabalhador no comércio como [...] feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer **prepostos** (gênero) das casas de comércio [...].

Já o Código Civil Brasileiro (1916) regulou a prestação de serviços nos art. 1.216 a 1.236, denominando o prestador de trabalho de **locador**. Hoje, este diploma legal (CCB - 2002), ao regular referido contrato, define a figura do contratado como **prestador de serviços** (art. 593 a 609).

Operários eram aqueles trabalhadores que desenvolviam o seu ofício nas fábricas

Alguns autores dão-nos notícia de que o vocábulo empregado surgiu pela vez primeira quando já em desenvolvimento a legislação especial, nos idos de 1891 e 1925 ²⁶. **Após isso, com a CLT e o Estatuto do Trabalhador Rural, a denominação empregado restou consagrada para os prestadores de serviço em atividades urbanas, ficando reservada a expressão trabalhador rural para o homem do campo.**

A Constituição Federal de 1988, no capítulo dos direitos sociais, emprega o termo trabalhador na sua expressão genérica, abrangente do trabalhador urbano e rural (art. 7º, *caput*), referindo-se, no inciso I desse mesmo artigo, a “**relação de emprego** protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa [...]”

No âmbito da Administração Pública, antes da CF/88, o termo técnico genérico para designar o trabalhador a esse ente vinculado, por uma relação de trabalho institucional ou estatutária, era **funcionário**, substituído pelo legislador constituinte por **servidor** (V. capítulo VII – Da Administração Pública).

Na acepção legal, empregado é a pessoa natural ou física que põe a serviço de outrem a sua força de trabalho, em razão de uma relação de emprego, de natureza privada, não estatutária.

Nesse sentido todo empregado é trabalhador, mas nem todo trabalhador é empregado. O trabalhador que despende sua energia humana em favor de outra pessoa em virtude de uma relação

²⁵ Empregado é palavra cuja formação se deve ao processo de derivação parassintética, derivada do vocábulo **empregar** que se classifica, entre as classes gramaticais, como verbo, nas acepções de ‘aplicar, ocupar, dar ocupação remunerada’[XIII, *en-* XIII] Do lat. *Implicare* [...] CUNHA, Antônio Geraldo da *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, 2ª. ed., revista e ampliada, 2003,p.

²⁶ Decreto n. 1.313, de 17 de janeiro de 1891 - Regulamento do trabalho de menores em fábricas e Decreto n. 4.982, de 24 de dezembro de 1925, que concede férias a prestadores de serviços que menciona, empregados e operários de estabelecimentos industriais, comerciais e bancários.

distinta, de natureza jurídica outra, não se classifica como empregado na acepção própria que interessa ao Direito do Trabalho. Tanto um quanto o outro pertencem a uma categoria genérica – **trabalhador**; diversificam-se, porém, quanto às espécies que, no entanto, não se repelem. Diferentemente, muitas vezes apresentam-se tão próximas, que a linha divisória que as separa - e faz dos seus sujeitos credores das vantagens jurídicas decorrentes de uma ou outra relação - coloca-as nos lindes das denominadas *zonas grises* que se erigem num dos maiores problemas a ser enfrentado por aqueles a quem porventura caiba a árdua tarefa de desatar o nó górdio sob o qual se esconde a realidade subjacente capaz de possibilitar a segura separação e individuação de tais categorias confinantes, definindo a qualificação dos sujeitos vinculados e a efetiva natureza dos negócios em que estão envolvidos.

A CLT regula as relações de trabalho apenas entre empregado e empregador, usufruindo, o trabalhador rural²⁷, no entanto, de disposições constitucionais que lhe são aplicáveis por força do contido no art. 7º, da Magna Carta de 1988.

6.3. Pressupostos da relação de emprego

São pressupostos²⁸ de conceituação da figura do empregado os que defluem da definição legal de que se ocupa o art. 3º, da CLT: prestação de serviços a outrem; serviços de natureza não eventual; subordinação e salário.

Curioso notar que a exata definição legal de empregado vai encontrar subsídio na dicção do art. 2º, da CLT, que define a figura do empregador, com a qual logra completar-se.

Com efeito, o art. 3º, da CLT, ao se referir a empregado, trata de defini-lo como pessoa física que presta serviços de natureza não eventual e o art. 2º diz que é considerado empregador aquele que “... admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Na verdade não é de causar espécie tal detalhe, já que consoante enfatizado acima, no contrato de trabalho, o talhe do perfil de um dos seus sujeitos conduz simultaneamente ao contorno da figura do outro.

Como um dos pressupostos da relação de emprego, a pessoalidade impõe a prestação do labor pelo próprio contratado; não qualquer sujeito, mas aquela determinada pessoa; daí a natureza *intuitu personae* que torna inviável a substituição do contratado, a substituição no que diz respeito à posição jurídica do sujeito da relação contratual.

²⁷ Aplica-se-lhe a Constituição e, subsidiariamente, a CLT, no ponto em que não sofreu restrições a lei ordinária (Lei n. 5.889/73) que continua regendo tais relações, por constituir a legislação específica a ele aplicável.

²⁸ Pressuposto (“[De *pre+supor.*] V.t.d.l. significa supor antecipadamente; conjeturar, presumir [...]”) *Novo Aurélio Século XXI*, 3ª ed. Nova Fronteira, p. 1634.

Por sua vez, a personalidade, como elemento essencial distintivo – constitui fator diferenciador da relação de trabalho autônomo e relação de emprego.

Aliás, é aspecto marcante da relação de trabalho autônomo a alteração e substituição do profissional que presta o serviço contratado, nada impedindo também, nem descaracterizando a relação assim pactuada, o fato de o trabalho autônomo ser ajustado com cláusula de rigorosa personalidade – sem prejuízo da total ausência de subordinação, como nos casos de serviços a serem prestados por profissionais de alto nível de qualificação ou especialidade – médicos, artistas.

A não-eventualidade é também um dos pressupostos da relação de emprego e significa que o empregado tem o dever de colocar sua força de trabalho à disposição do empregador de forma contínua²⁹; trata-se da possibilidade imanente no contrato de trabalho de se prolongar no tempo de modo indefinido ou a termo certo; a intenção das partes contratantes leva-as a estabelecerem relações jurídicas em situações tais, sempre a resguardar o *animus* de se colocarem à inteira disposição uma da outra até a ruptura do vínculo ou a expiração do prazo ajustado.

O trabalhador eventual, ocasional, não se enquadra no figurino da lei, sendo-lhe impossível, em tais condições, assumir as feições de empregado, por não prestar serviços contínuos nos moldes talhados pela legislação trabalhista pátria, motivo pelo qual não tem essa tutela específica.³⁰

Na verdade, a aferição da natureza eventual dos serviços prestados por força de um contrato há de ser feita com vistas aos fins normais da empresa, de modo que a prestação poderá não ser contínua, mas a necessidade há de ser permanente, não se podendo negar que o fator duração do trabalho, além do caráter transitório do serviço, será muitas vezes decisivo para a solução dos casos duvidosos.

Outro pressuposto da relação de emprego é a subordinação³¹.

A subordinação jurídica resulta de um contrato em que a pessoa natural, por ato de própria e

29 O conceito de continuidade e permanência obviamente não compromete as interrupções normais, legal e humanamente plausíveis, retomando os contratantes as bases da relação anteriormente entabulada para o seu normal prosseguimento.

30 O assunto é delicado, merecendo destaque o entendimento manifestado pelo eminente EVARISTO DE MORAIS FILHO que, apoiado em citação de MARIO DE LA CUEVA, conclui pelo critério mais aceito, segundo o qual: [...] a existência de um emprego efetivo não depende de que o trabalhador preste serviço todos os dias, mas de que o referido serviço seja prestado de maneira uniforme, em períodos de tempo fixos. Assim, por exemplo, o serviço que presta uma pessoa duas vezes por semana a uma empresa constitui um emprego efetivo, mas não o será se por uma circunstância acidental [...]. A necessidade e permanência constituem os dois elementos que servem para caracterizar o trabalhador efetivo.[...] Mas, nem mesmo assim é esse critério absoluto, conclui, advertindo que hipóteses há que exigem cuidados redobrados no exame da real situação de fato, a fim de ser evitada a fraude à lei, não se devendo deixar, no entanto, de consultar todos os elementos objetivos e subjetivos na realização do contrato. (MORAIS FILHO, Evaristo de, *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*, RIO DE JANEIRO: Liv. Freitas Bastos S.A., 1960, 2ª ed., vol. I, p. 371 e 372)

31 O vocábulo subordinação provém de **subordinar** vb. ‘fazer dependente, dominar, sujeitar’1813. Adapt. do fr. *Subordonner*, deriv. do lat. Méd. *subordināre* [...] CUNHA, Antônio Geraldo da – Dicionário. Etimológico da Língua Portuguesa – Nova Fronteira, p 740.

livre vontade, obriga-se a trabalhar para outrem - sujeito de direito – sob seu comando e controle, deste auferindo, em contrapartida, a remuneração correspondente.³²

Não obstante, para existência da relação de emprego, devam concorrer todos os elementos legais que a definem, é forçoso reconhecer-se que a subordinação jurídica constitui o fator predominante na sua caracterização, mormente naqueles casos de maior complexidade, em especial os situados na zona fronteira - que separa a relação de trabalho autônomo da relação de trabalho subordinado ou relação de emprego - a denominada zona cinzenta.

O elemento flexibilidade³³ é marca característica do trabalho prestado com autonomia, que tem sentido contraposto ao do elemento subordinação. Esta é a nota diferenciadora dessas duas figuras que se extremam no seu conceito.

A auto-organização do trabalho, iniciativa e independência técnica, na sua realização, consubstanciam o ponto crucial para o alcance da distinção segura entre o trabalho concluído com autonomia e o realizado em regime de subordinação.

Essa mobilidade e independência de atitude na realização do trabalho por contra própria é que dão o tom definidor do labor autônomo e asseguram ao trabalhador liberdade tal na condução dos seus negócios que o possibilitam a contratação com vários tomadores de serviço, erigindo a pluralidade de credores a fator ínsito no trabalho autônomo.

A exclusividade, no entanto, não implica necessariamente estado de subordinação.

Enfim, o que caracteriza o liame estabelecido entre as partes como um vínculo de natureza autônoma ou subordinada é o fator comando, direção do trabalho. Se a execução deste, no plano concreto, ocorre por conta do próprio sujeito prestador dos serviços que detém a direção da atividade prestada, está-se diante de uma relação de trabalho posta em ação com autonomia; se sob as ordens do tomador dos serviços que direciona a prestação pessoal dos serviços, resvala indubitosa a relação de emprego.

Outro pressuposto importante da relação empregatícia é o salário.

Dada a natureza do contrato de trabalho - que se funda no aspecto econômico - e considerando o caráter oneroso de que se reveste a relação que lhe corresponde, não se presume a prestação de trabalho gratuito ou benemérito.³⁴

32 A subordinação não é subjetiva, mas objetiva, no sentido de que tem por alvo a (correta e normal) *atividade* do prestador dos serviços em favor do processo produtivo da empresa e, não, a sua pessoa; o empregado não se põe em estado de sujeição pessoal, pois lhe assegura a ordem jurídica o respeito mínimo à dignidade do trabalhador como pessoa humana. Essa atividade e o modo da sua execução é que constitui o ponto fundamental do liame que une prestador e tomador de serviços. (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro, de, *Relação de Emprego*, SÃO PAULO: Saraiva, 1975)

33 Tal flexibilidade ou flexibilização diz respeito ao *modus faciendi* da prestação que se realiza sem qualquer intervenção do credor da atividade, incidindo o *vinculum iuris* sobre o resultado da prestação e, não, sobre esta. (Ibidem., p. 236 a 238)

34No caso de religiosos – pastores, frades, freiras - o trabalho prestado em razão da natureza comunitária da atividade a

Podemos concluir que a figura jurídica da relação de emprego resulta da combinação dos pressupostos de que tratam os art. 2º e 3º da CLT.

A legislação específica incide, pois, sobre a relação assim constituída, dada a suposição de uma reciprocidade de prestações de maneira tal que, inquestionavelmente a real prestação de serviços nos moldes descritos na norma – com dependência, permanência etc. – principalmente com integração da atividade, de natureza pessoal, nos fins normais da empresa ou atividade do tomador do trabalho, ainda que constatada a ineficácia do contrato, nos seus efeitos, ou mesmo a sua inexistência, o pagamento do salário correspondente e demais obrigações que derivariam de um contrato validamente concluído, é medida que se impõe.

Podemos concluir que a relação jurídica de trabalho que dá origem à figura jurídica da relação de emprego resulta da combinação – no plano concreto das relações sócio-econômico-jurídicas dos indivíduos – dos elementos de que tratam os art. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, tais elementos - elementos fático-jurídicos formadores da relação de emprego - são a prestação de trabalho por uma determinada pessoa física, em favor de outrem – tomador dos serviços – o qual se beneficia da força de trabalho ou energia física do prestador que o faz de forma não eventual e pessoalmente, em troca de um pagamento – salário ou remuneração (onerosidade) - e de forma subordinada.

7 EMPREGADO E AUXILIARES DA SERVENTIA

O âmago da questão posta no presente trabalho reside na intenção ou tentativa de contribuir para o equacionamento do problema relativo aos efeitos jurídicos da transferência da titularidade do serviço notarial e registral no que tange aos contratos de trabalho firmados para prestação de serviços nos cartórios. Para tanto, obviamente, além das considerações até agora expostas, assentadas no propósito de melhor elucidar o tema central motivador desta pesquisa, mostra-se essencial a pontuação dos elementos distintivos das figuras do **empregado** e **serventuário**.

Como visto acima, o molde da figura do empregado, traçado à luz da legislação específica e com respaldo na doutrina que o sustenta, não deixa dúvida quanto à feição que assume, no mundo jurídico-trabalhista; no sentido contraposto e também abeberado em clássico contorno legal-doutrinário, eis que germinou, à sombra dos mesmos ensinamentos, surge a figura do empregador;

que se integram, com resultado voltado em benefício dos próprios órgãos aos quais pertencem, assume sempre a natureza da gratuidade. No entanto, desde que tais serviços não se restrinjam aos misteres a que, por profissão de fé, se dedicam, o alcance da lei é inevitável.

uma indissociável da outra, como não pudera deixar de ser.

O Código de Processo Civil, no Capítulo VI, do Título VIII, Subseção I, que trata *Da força probante dos documentos*, assinala em seu art. 364 que “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

Do reconhecimento constitucional surgiu uma situação nova que foi objeto das Disposições Transitórias da Lei n. 8.935/94 que veio disciplinar o art. 236 da CF/88. Trata-se da opção de que fala o art. 48 e parágrafos de tais disposições, segundo o qual os então escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial poderiam optar, expressamente, pela contratação, no prazo legal, pelos titulares das serventias, sob o regime jurídico trabalhista ou permanecer nas mesmas condições de trabalho em que se encontravam naquela data, como não-optantes.

Conforme dicção do § 2º do art. 48, os não-optantes continuaram regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo, vedadas novas admissões por qualquer desses regimes, a partir da publicação da referida lei.

Restou, pois, uma situação peculiar, a ser tratada, como tal, pelos Tribunais de Justiça de cada Estado, que passaram a compor a situação - conforme as particularidades de cada um, sempre respeitada a opção feita e realizadas as adequações pertinentes necessárias - a fim de permitirem àqueles que não optaram pelo regime jurídico-trabalhista a manutenção das situações jurídicas anteriores - de relação estatutária ou especial - a 21 de novembro de 1994, marco final intransponível.

Além das normas disciplinares, a questão previdenciária e o tempo de serviço foram o objeto dessas normas de ajustamento de tais casos.

Como se vê, a fisionomia do serventuário - que possui características muito próprias - não guarda identidade com a do empregado, porquanto a sua fonte remuneratória é os emolumentos pagos pelas partes, pelo serviço executado, e, não, a contraprestação salarial paga pelo empregador, como manda a legislação trabalhista.

Ora, por conveniência do Estado, os antigos servidores dos Cartórios puderam optar por um ou outro regime. Os que não o fizeram adquiriram o direito de manter-se naquela condição anterior de trabalho, distintas da relação de emprego e subordinadas ao regime estatutário ou especial, conforme a lei do Estado e do Distrito Federal, que persistirá até que fique vago o último cargo dos não-optantes, em cada serviço notarial ou registrário. Referida vacância diz respeito à pessoa do titular da serventia, não alcançando em seus efeitos a vida funcional dos serventuários, no que tange ao regime jurídico a que estão submetidos - em face da administração a que estão servindo - em nada interferindo nos seus direitos adquiridos. Por se tratar de serviços estatizados, estão

subordinados ao regime estatutário, especial, ou até mesmo único, conforme o caso.

Esse é o entendimento manifestado na melhor doutrina e ratificado nos Tribunais.

8 EMPREGADOR E TITULAR NOTARIAL

Também traçados restaram os parâmetros legais, características próprias e fundamentos teóricos que definem e singularizam as figuras **do notário e registrador** e suas respectivas atividades.

Cumprida essa primordial tarefa, cabe repetir que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento da atividade notarial e registral veio consagrado no texto do art. 236, acima transcrito.

O grupo profissional dos notários e registradores não se confunde com empresa, tendo em vista o desenvolvimento de suas atividades sem objetivo de lucro, em sentido estrito.

Não obstante, a equivalência da serventia à empresa é permitida para determinados efeitos jurídicos, como, por exemplo, para fins previdenciários. (Também para efeitos penais aplica-se aos notários e registradores, bem como aos seus auxiliares, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública, pois ainda que atuando em caráter privado, são eles agentes públicos.)

Importante reflexo da inclusão dos notários e registradores entre aqueles trabalhadores de que fala o art. 6º da Magna Carta, a quem são assegurados vários direitos sociais, reside no fato de, a partir da publicação da Lei n. 8.935, passarem tais trabalhadores a ter um vínculo com a previdência social, de âmbito federal, garantida ainda a contagem recíproca de tempo de serviço em sistemas distintos.

Não obstante assumo o termo “direitos sociais” um significado mais restrito, quanto à questão referente à relação do delegado com os seus empregados, o certo é que para tratamento da matéria, a expressão diz respeito ao exercício do trabalho remunerado, sob relação de emprego ou avulso, tal como posto no art. 7º do Texto Maior.

Ainda, para efeito de sindicalização, os delegados são considerados como pertencentes a uma *categoria econômica ou patronal*, à vista da categoria profissional na qual se encontram integrados os empregados.

Doutrinadores de peso entendem que a justificativa jurídica para essa conclusão encontra respaldo na circunstância de que, nem a Constituição Federal, nem mesmo a legislação ordinária específica atribuíram terminologia própria para os notários e registradores de modo a lhes imprimir tratamento diferenciado.

Por fim, a lei define os notários e os registradores como profissionais autônomos, com fé

pública. Exercem eles uma função pública, própria do Estado, que a delega a um particular. Tal função é exercida em caráter privado; sobrepõe-se ao interesse privado, interessando de modo genérico a toda a sociedade. É, na verdade, uma situação muito particularizada, especial.

Cabe registrar que os serviços notariais e de registro, que anteriormente eram de responsabilidade de oficiais escolhidos pela autoridade competente, por livre nomeação, após a promulgação da CF/88 passaram a se constituir em atividade delegada do poder público, cujo ingresso se dá através da aprovação em concurso público de provas e títulos (art. 236 da CR/88).

Nesse contexto, o novo titular, aprovado em concurso público, não tem obrigação de aceitar os auxiliares que já trabalhavam no cartório, pois a lei atribui ao titular o gerenciamento dos serviços, de conformidade com o contido no art. 21 da Lei n. 8.935/94³⁵.

A citada lei não responsabiliza o novo titular pelo pagamento das verbas rescisórias de trabalhadores anteriormente contratados, porque o antigo titular é que deve responder pelos encargos decorrentes da contratação de trabalhadores, pois é o detentor da atividade empresarial tendo obtido lucros derivados prestação de trabalho.

Mesmo a escrevente juramentada que assume, em caráter de interinidade, o cartório, passa a ser órgão do Poder Público, na prestação de serviços de interesse público. Desta forma, não existe qualquer vínculo laboral da escrevente com o novo titular e, também, não se caracteriza a sucessão da serventia. Assim, extinta a relação de trabalho com o Titular da Serventia, aposentado compulsoriamente, não há falar em relação de emprego da escrevente, nos termos do artigo 3º da CLT, tampouco para o Titular do Cartório, nomeado em concurso público.

9 CONCLUSÃO

Como se vê, essas questões e outras assemelhadas que certamente hão de surgir - porque o Direito é uma ciência viva, dinâmica e o Direito Notarial e Registral que ora desponta no universo jurídico obviamente não será diferente – encerram o rico conteúdo que confere à novel disciplina certamente um caráter muito especial, visto que acompanha a pessoa humana em todos os seus momentos de vida, em todos os seus percalços; com ponderação sobre o SER e zelando pelo TER.

À luz desse contexto, pode-se concluir:

- O Notário é um profissional autônomo, com fé pública, bacharel em Direito que, após a

35 “O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação de serviços.”

Constituição de 1988, só pode ingressar na serventia por concurso público;

- O Oficial de Registro, a exemplo do Notário ou Tabelião, também é um profissional autônomo, com fé pública, bacharel em Direito que, após a Constituição de 1988, só pode ingressar na serventia por concurso público. Tem o exercício da sua função limitado às circunscrições geográficas ou jurisdição em que exerce sua atividade, não estando, porém, ao contrário do Notário, sujeito às vicissitudes próprias à natureza do empreendimento, em razão da concorrência de clientela;

- **A serventia cartorária não se confunde com a empresa privada, quer pelo objeto da atividade, quer pelas relações jurídicas existentes entre o seu titular e o Estado. No entanto, a equivalência da serventia à empresa é permitida para fins previdenciários e efeitos penais;**

- Os serviços notarial e registral constituem atividade delegada do Poder Público, sendo que o titular do Cartório contrata, assalaria e dirige a prestação de serviços dos seus auxiliares, assumindo os riscos da exploração do empreendimento, inclusive os decorrentes das relações de trabalho;

- A assunção da serventia por outro titular, em virtude de concurso público, representa uma quebra na cadeia sucessória, sem continuidade na prestação laboral dos empregados anteriormente contratados pelo antigo titular do sistema de livre nomeação;

- O novo titular aprovado em concurso público administra e auferir renda oriunda da prestação de serviços dos seus contratados, não respondendo pelos débitos trabalhistas relativos aos empregados contratados pela serventia anterior;

- Os antigos auxiliares dos cartórios - de investidura estatutária ou em regime especial - são servidores públicos e não se confundem com os empregados contratados sob a égide do regime jurídico-trabalhista;

- Os auxiliares da serventia, optantes pelo Fundo de Garantia, com prestação de serviço nos moldes do art. 3º, da CLT, são considerados empregados;

- A escrevente juramentada que assume, em caráter de interinidade, o cartório, passa a ser órgão do Poder Público, na prestação de serviços de interesse público, não existindo qualquer vínculo laboral com o novo titular.

6. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR DE OFÍCIO NO DIREITO DO TRABALHO: NOVA PERSPECTIVA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Lúcia Regina Melo De Andrade¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR

O direito civil além de ser a fonte originária do direito do trabalho também é sua fonte subsidiária, consoante prescreve o parágrafo único do art. 8º da CLT. Por esse fato, é inegável a aplicação de normas civilistas ao ramo laboral. Assim sendo, nosso intento na presente exposição será o de estudar a aplicação de uma regra específica concernente à indenização suplementar, que se apresenta na reparação por perdas e danos, verificando se a mesma poderá ocorrer por iniciativa do magistrado trabalhista.

Como sabemos, as obrigações são pactuadas a fim de que sejam cumpridas, ou seja, adimplidas. Nesse sentido, o Mestre Orlando Gomes nos ensina que a obrigação “é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa física fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra” (2004, p.15). Assim sendo, caso ocorra o inadimplemento da obrigação teremos alguns efeitos jurídicos, quais sejam: a mora, as perdas e danos, cláusula penal, os juros e as arras.

Contudo, apenas trataremos da indenização suplementar estipulada no capítulo que trata sobre as perdas e danos, como consequência do inadimplemento. Impende destacar, inicialmente, o conceito trazido por Maria Helena Diniz, de que “seriam as perdas e danos o equivalente do prejuízo ou do dano suportado pelo credor, em virtude do devedor não ter cumprido, total ou parcialmente, absoluta ou relativamente, a obrigação, expressando-se numa soma de dinheiro correspondente ao desequilíbrio sofrido pelo lesado” (2004, p.400).

O atual Código Civil trouxe uma importante previsão não constante no Código anterior, haja vista que além de prever as perdas e danos devidos ao credor - abrangendo aquilo efetivamente perdido (dano emergente ou positivo) e o que ele razoavelmente deixou de lucrar (lucro cessante ou frustrado ou dano negativo) - passou a prever a possibilidade de o juiz conceder uma indenização

¹ Advogada e pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho. E-mail: luciareginaa@bol.com.br. Av. Dom Pedro I, Empresarial Holanda Center I, 4º andar, sala 402 – João Pessoa – PB

suplementar, diante da comprovação de que os juros de mora não foram suficientes para cobrir o prejuízo experimentado e diante da falta de previsão de uma pena convencional na obrigação inadimplida, a denominada cláusula penal. Seguramente, entendemos que mencionada previsão atende os reclamos da justiça.

Desse modo, verificado o inadimplemento, parte-se para a liquidação do dano, que deverá atender a efetiva reparação do dano sofrido pelo lesado. A liquidação pode ocorrer de três modos: por determinação legal, como nos artigos 312, 407 e 940 do CC; por convenção das partes, a exemplo das cláusula penal fixada pelas partes; ou por sentença judicial, quando a liquidação das perdas e danos não estiver prevista em lei nem for estabelecida pelas partes contratantes. Pontilhe-se, que em qualquer dos casos deverá haver uma indenização justa na sentença.

Destarte, primando pela realização da justiça, deverá o magistrado agir com prudência e razoabilidade, com o objetivo de assegurar uma apuração justa diante do inadimplemento da obrigação. Logo, julgando o caso concreto, poderá o juiz, sem a provocação da parte, estipular indenização suplementar a fim de garantir uma decisão justa e consoante os ditames constitucionais.

Sendo assim, passaremos a analisar a viabilidade quanto à aplicação, de ofício, da referida indenização suplementar na seara trabalhista.

2 DANO SOCIAL E SUA REPARAÇÃO DE OFÍCIO NA SEARA TRABALHISTA

Na prática laboral inúmeras vezes somos surpreendidos por ações reparatórias que, inicialmente, visam atender indenizações individuais. Contudo, com o trâmite dos processos verifica-se que as agressões são realizadas não apenas quanto ao ser individualmente, mas sim a vários trabalhadores e, conseqüentemente, aos direitos trabalhistas, gerando de maneira reflexa um dano à sociedade.

Diante desse contexto, surge uma nova modalidade de reparação, qual seja, a do dano social. Contudo, registre-se que, lamentavelmente, a realidade não é nova, apenas a sua reparação, o que nos apresenta como um avanço no âmbito do direito social a ser concretizado pelo magistrado.

Assim, várias reclamações trabalhistas apresentam condutas de empregadores que são verdadeiras agressões reincidentes e conscientes aos direitos sociais, a exemplo do trabalho clandestino de empregados, salários em atraso, da habitual jornada extraordinária ou revistas íntimas e constrangedoras aos empregados. Configura-se, então, um ato ilícito em razão do abuso do direito por parte dessas empresas.

Destaca-se, oportunamente, a denominação *dumping social*, que de igual modo é um exercício abusivo do direito ao adotar condições desumanas de trabalho a fim de auferir vantagens

comerciais, descumprindo o Direito Laboral e causando o dano social.

Diante dessa realidade e dos avanços nos estudos realizados quanto à matéria foi elaborado o Enunciado nº 4 da 1ª Jornada do Direito e Processo do Trabalho, como a seguinte redação:

“DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT. (CARRION, 2008, p. 1269)

A legislação trabalhista infraconstitucional nos mostra que as multas prescritas na CLT são ínfimas para o propósito de coibir tais práticas, mas a jurisprudência está evoluindo e apresentado uma interpretação da Lei Civil imbuída de caráter constitucional, no sentido de realizar a reparação necessária ao dano social. Entretanto, a aplicação da indenização suplementar de ofício pelo magistrado, presente do Enunciado supra, gera divergência entre os juristas.

Argumentos dissidentes alegam que o juiz não pode atuar de ofício, sob pena de ferir o princípio da congruência ou adstrição, presente nos artigos 128 e 460 do CPC. Por outro lado, alguns entendem que a CLT no art. 765 amplia a liberdade na direção do processo, podendo o juiz realizar as diligências que entender necessárias. Vejamos, então, os argumentos contrários e os favoráveis de nossos tribunais trabalhistas.

Posicionamento contrário pode ser extraído da decisão do TRT da 2ª Região, expondo caso de não concessão da estudada indenização, diante de interesse individual não manifestado em inicial, pautando-se no princípio da razoabilidade:

EMENTA: Código Civil e sua aplicação de ofício pelo Magistrado trabalhista de primeira instância, sem que suceda qualquer menção ou pedido a respeito na petição inicial. [...] A utilização da equidade em seara laboral (a teor do § único contido no art. 8º da CLT de 1943) só pode ocorrer de maneira subsidiária e naquilo em que não for incompatível, do ponto de vista principiológico, com o Direito do Trabalho. No caso ora focalizado bem se verifica ser afrontoso ao princípio da razoabilidade que emana sempre da Teoria Geral do Processo e de todos os ramos jurídicos, a determinação de ofício no sentido condenatório de verbas contidas no diploma civil, sem que a peça vestibular delas faça conta. [...] Recurso patronal ao qual fica dado provimento para ser declarada nulidade parcial da r. sentença proferida, no que tange à condenação de indenização prevista no art. 404 do Código Civil, não postulada pela reclamante, eis que nenhum Juiz deve prestar o serviço público da tutela jurisdicional para solução da lide (pretensão resistida), senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas previstos em norma jurídica (imperativo autorizante). RO 01752-2005-071-02-00-7 Relator: Ricardo Verta Luduvicé. Data de Publicação: 06/02/2007. 11ª Turma.

Contudo, em outro posicionamento é admitida a possibilidade dessa indenização suplementar realizada pelo juiz na justiça do trabalho, como exemplo temos o Recurso Ordinário do TRT 3ª Região, que em sua ementa consta o seguinte argumento favorável à aplicação de referida indenização em julgamento de dumping social:

REPARAÇÃO EM PECÚNIA – CARÁTER PEDAGÓGICO – *DUMPING SOCIAL* – CARACTERIZAÇÃO – Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização de mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificáveis do denominado *dumping social*, favorecendo em última análise o lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à queda dos custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social” (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado n.º 4). Nessa ordem de idéias, não deixam as empresas de praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem comezinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem deriva da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza (LAFER, Celso – “Dumping Social” in Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, LTR, São Paulo, 1994, p. 162). Impossível afastar, nesse viés, a incidência do regramento vertido nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, a coibir – ainda que pedagogicamente – a utilização, pelo empreendimento econômico, de quaisquer métodos para produção de bens, a coibir – evitando práticas nefastas futuras – o emprego de quaisquer meios necessários para sobrepujar concorrentes em detrimento da dignidade humana. RO 00866-2009-063-03-00-3. Relator: Julio Bernardo do Campo. Data de Publicação: 30/08/2009. 4ª Turma.

Igualmente, Jorge Luiz Souto Maior (2009, p. 3), ativo defensor de referida atuação do magistrado, entende que:

Já passou há muito o tempo do Judiciário trabalhista tomar pulso da situação e reverter este quadro que não tem similar no mundo. Antes, ainda que indevidamente, alheio a uma análise jurídica mais profunda, até se poderia dizer que a culpa não era dos juízes, mas diante de uma legislação frágil, que não fornecia instrumentos para correção da realidade. Hoje, no entanto, essa alegação alienada não se justifica sob nenhum aspecto. O próprio Código Civil, com respaldo constitucional, apresenta-se como instrumento de uma necessária atitude contrária aos atos que negligenciam, deliberadamente, o direito social e, portanto, aplicando-se normas e preceitos extraídos da teoria geral do direito, sequer a atuação dos juízes neste sentido poderá ser reprimida retoricamente com o argumento de que se trata da aplicação de um direito retrógrado originário da ‘mente fascista de Vargas’

Respeitando as divergências existentes, consideramos que o magistrado ao deter o poder de dizer o direito, ou seja, a jurisdição, também tem um inafastável papel de efetivar os direitos fundamentais e assegurar a concretização dos direitos sociais, que no caso em estudo encontra o

amparo da importante previsão legal do parágrafo único do art. 404 do CC/02 para cumprir sua função. Visto que tal previsão soa como um instrumento eficaz nas mãos do julgador, para a concretização e obediência das normas trabalhistas.

3 O CARÁTER PEDAGÓGICO PROPOSTO PELO *PUNITIVE DAMAGE* E A CONSEQUENTE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O instituto conhecido como *punitive damage* tem sua origem nos EUA, sendo aqui no Brasil conhecido como a teoria do valor do desestímulo, que tem como objetivo impor uma condenação além da compensatória, como forma de desestimular o lesante na reiteração de sua prática reprovável e, ao mesmo tempo, conferindo um caráter pedagógico perante a sociedade.

O ordenamento pátrio, ainda de maneira tímida, vem admitindo a utilização do instituto, através, inclusive, de algumas decisões proferidas pelo STJ, a exemplo do RESP 910.764/RJ e do Resp. 965.500/ES. Em igual sentido temos o Enunciado n. 379 da IV Jornada de Direito Civil, interpretando que o direito positivo admite sim a teoria ora em análise.

O relevante papel pedagógico pode, certamente, ser conferido à responsabilidade civil trabalhista. Por isso, deve-se ter prudência e verificar se condenação ressarcitória individual é suficiente ou não para desestimular a repetição da conduta do empregador. Além do mais, o magistrado deve investigar se outras medidas já não foram tomadas visando o objetivo, a exemplo de Termo de Ajuste de Conduta firmado pelo Ministério Público do Trabalho e razoáveis multas administrativas determinadas pela Delegacia Regional do Trabalho.

Ademais, percebe-se que ao não ocorrer nenhuma reparação ao dano social que determinada empresa possa causar, certamente acabará por estimular outras empresas que antes cumpriam os direitos trabalhistas e que por tal motivo seus produtos eram mais caros que os da primeira empresa, a igualmente descumprir tais normas, precarizando as relações sociais e os direitos. Assim, urge atentarmos para essa realidade que nos apresenta, haja vista a necessária fiscalização e coibição das referidas práticas contrárias ao direito social assegurado constitucionalmente.

Logo, amparados nos ditames da boa-fé objetiva e na função social do contrato, a empresa que deu causa ao inadimplemento do contrato de trabalho e de suas obrigações deverá arcar com a reparação cabível, com o fito de restaurar o *status quo* ou a garantir compensação necessária para ensejar o equilíbrio da situação jurídica de ambas as partes, bem como da sociedade.

Como visto, resta claro que a devida indenização deverá assumir um caráter pedagógico, pois busca o desestímulo da conduta ilícita, evitando seja novamente praticada, já que pretende aplicar ao infrator uma medida punitiva no sentido de que este sinta uma perda significativa em seu

patrimônio, bem como pretende demonstrar às demais empresas que há fiscalização e reparação àquelas condutas que desrespeitam o princípio da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, concluímos que a regra do artigo 404, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, no contexto da realidade nacional, é poderoso instrumento que o juiz pode utilizar, haja vista ser o mesmo hábil a garantir a real obediência e a almejada efetivação dos direitos sociais. Apresentando-se, inclusive, em conformidade com o caput do art. 7º da CF/88 ao determina que seja direito dos trabalhadores outros que visem a melhoria de sua condição social.

Ademais, diante dessa postura ativa do Judiciário Trabalhista pretende-se difundir a importância da responsabilidade social das empresas, que amparadas pelo princípio fundamental da livre iniciativa deverá, da mesma forma, respeitar a observância do fundamento pautado nos valores sociais do trabalho, ambos previstos no inciso III do art. 1º da CF/88.

Diante de todo o exposto, e cientes da nova modalidade de responsabilidade civil das empresas, ou seja, a decorrente do dano social, que atinge direitos sociais previstos na Lei Maior, não podemos nos omitir deste fato e simplesmente colaborar para que se verifique uma constitucionalização simbólica, onde as normas sirvam apenas como retórica política. Devemos sim, em uma nova perspectiva buscar mecanismo de concretização de ditos direitos, por meio da importante missão exercida pelo Poder Judiciário.

Finalmente, complementando a reflexão acerca do tema, registre-se as sábias e inspiradoras palavras retiradas do preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho: “ (...)a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Daniel Leão de. Indenização Suplementar. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>- 25 fevereiro de 2010. Acesso em: 20 set. 2010.

CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis de trabalho / Valentin Carrion. 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 2º volume: Teoria geral das obrigações. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Indenização por dano social pela agressão voluntária e reincidente

aos direitos trabalhistas. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses_aprovadas.cfm Acesso em: 15 agosto.2009 Material da 2ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Obra: Novo curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil) / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. Função Social do Contrato e equivalência material. São Paulo, Saraiva, 2005, págs. 49 a 70. Material da 4ª aula da Disciplina Atualidades em Direito do Trabalho, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho/ Carlos Henrique Bezerra Leite. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho/ Renato Saraiva. 3.ed. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Tadeu Alexandre de Albuquerque e. A indenização suplementar do parágrafo único do artigo 404 do Código Civil e sua aplicação no Direito do Trabalho . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2380, 6 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14139>>. Acesso em: 21 set. 2010.

7. MORTE: DE ASSUNTO COMUM NA FILOSOFIA A TABU NOS AMBIENTES DE TRABALHO

Isabela Márcia de Alcântara Fabiano¹

*“(…)Como é, por exemplo,
Que dá pra entender
A gente mal nasce
Começa a morrer (...)”
(Toquinho/Vinicius de Moraes)*

RESUMO

O presente artigo traz breves considerações sobre a morte e estuda suas consequências no mundo do trabalho contemporâneo. A correlação é cabível ante o crescimento do número de mortes nas relações de emprego, sobretudo por excesso de trabalho imprimido pelas mutações decorrentes da reestruturação produtiva. No final do trabalho, apresentam-se propostas para melhorar as condições de trabalho baseadas na idéia de exame de consciência sugerida pelo filósofo moderno Michel Foucault.

Palavras-chaves: Morte. *Karoshi*. *Kaizen*. Toyotismo. Excesso de Trabalho. Exame de consciência

ABSTRACT

This article provides brief comments on the death and study its implications in the employment relationships. The association is timely in view of the growing number of deaths in the employment relationship, particularly by overwork impressed by the changes resulting from restructuring productivity. At the end, we present proposals for improvement of working conditions based on the ideas (examination of conscience) suggested by Michel Foucault.

Keywords: Death.. *Karoshi*. *Kaizen*. Toyota System. Overwork. Examination of Conscience.

FALANDO SOBRE MORTE

O fim da vida é objeto de investigação pelos filósofos, porquanto a morte encerra evento futuro, ainda que de termo incerto, do qual nenhum ser humano escapará.

Já em ambientes de trabalho falar sobre morte não é fácil. Normalmente, o assunto é ignorado ou camuflado em levantamentos estatísticos de empresas que, ao invés de desenvolverem

¹Mestranda em Direito do Trabalho pela PUCMinas. Especialista em Direito do Trabalho pelo IEC/PUC-Minas. Graduada em Direito pela UFMG. Servidora Pública do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais).

e investirem em medidas genuinamente preventivas, em métodos de trabalho e maquinários verdadeiramente mais seguros, seguem negligenciando normas e condutas que visariam à preservação da vida de seus trabalhadores.

E a justificativa empresária é paradoxal: segundo os donos dos meios de produção, são elas (as empresas) que necessitam sobreviver num mundo de competitividade e livre concorrência mercadológica.²

MORTE PARA SÊNECA E MICHEL FOUCAULT

As preocupações existenciais do homem se repetem ao longo do tempo.

Com efeito, o desejo de desvendar os segredos da vida, a vontade de compreender a morte e de descobrir se há imortalidade da alma após o descanso definitivo do corpo mereceram atenção de Sêneca, cujos estudos têm influxo na atualidade.

Segundo o pensamento senequiano,

Uma vez principiada, a vida segue seu curso e não reverterá nem o interromperá, não se elevará, não te avisará de sua velocidade. Transcorrerá silenciosamente, não se prolongará por ordem de um rei, nem pelo apoio do povo. Correrá tal como foi impulsionada no primeiro dia, nunca desviará seu curso, nem o retardará. Que sucederá? Tu estás ocupado, e a vida se apressa; por sua vez virá a morte, à qual deverás te entregar, queiras ou não. (SÊNECA, 1993, p. 36-37).

Em tempos de pós-modernidade e de reestruturação produtiva, com novos sistemas de gestão empresarial que exigem incessante multifuncionalidade do empregado sobrevivente no mercado formal de trabalho, as indagações de Sêneca merecem ainda mais atenção, pois o ser humano juridicamente subordinado a outrem nada ou quase nada desfruta de tempo saudável para, efetivamente, cuidar de si.

Na condição de ocupado, o laborista abandona seu lar para bater na porta de outrem (que, no sistema capitalista, é o tomador de serviços, dono dos meios de produção), abdicando, na atual conjuntura socioeconômica, não só de energia física, psíquica e/ou mental em proveito alheio, mas, em especial, da qualidade do restante de seus dias.

Baseando-se em lições de Epitecto que aludem à correlação morte/ocupação, Michel Foucault defende que,

[...] se chegarmos a considerar que há uma ocupação mais bela, moralmente mais válida, que poderíamos estar realizando no momento de morrer, é esta que devemos escolher, e

² Noutros dizeres, a lógica foi invertida: a empresa que, antes, era conceituada como atividade econômica destinada à produção de bens ou serviços passou a ocupar o papel de sujeito de direito, preferindo até mesmo ao ser humano.

conseqüentemente (devemos) nos colocar na melhor situação para morrer a cada instante.
(FOUCAULT, 2006, p. 582).

A colocação é sábia, tendo em vista a superação do raciocínio clássico antigo que entendia o trabalho como atividade penosa, carregada de valores depreciativos e endereçada aos desafortunados.

Deflagrado movimento de valorização do trabalho, a ele, além do fator econômico de produção (trabalho como energia humana empregada para alcance de escopo produtivo), passaram a convergir componentes éticos e sociais que dignificam e elevam a criatura humana.

Todavia, na contemporaneidade, são muito poucos os que podem romper vínculos de emprego em busca de ocupação mais elevada e enriquecedora, pois a nova morfologia do trabalho, que externou suas características de maneira globalizada a partir da década de 1970, com a disseminação do toyotismo e a generalização da terceirização/descentralização das atividades periféricas, desencadeou a redução e a precarização dos postos e condições de trabalho, por ter como elementos estratégicos determinantes e favoráveis ao capital o desemprego estrutural, a informatização e a automação do trabalho.

TRABALHO CONTEMPORÂNEO – NOVOS FATORES DE RISCO

No mundo do trabalho, a morte segue *pari passu* a trajetória do empregado.

Embora se saiba que, na era da tecnologia, microeletrônica e telemática, ainda persistem descasos e falhas primárias semelhantes àquelas observadas na Primeira Revolução Industrial, que culminaram e continuam provocando acidentes de trabalho típicos seguidos de morte, o presente estudo priorizará a divulgação de novos fatores de risco, que vêm sendo sutilmente impostos aos trabalhadores no mundo do trabalho contemporâneo.

Eles traduzem técnicas veladas e silenciosas implantadas pelo modelo de gestão toyotista, que consistem em verdadeiras “arapucas” para a sobrevivência do laborista. Isso porque o mencionado sistema de produção de bens e serviços se funda em falsos discursos, sendo dois deles o da “administração participativa” e o do “investimento em pessoas”.

Ambos são fruto da filosofia japonesa *kaizen*, que significa melhoria. São implementados, por exemplo, através de programas de controle contínuo de qualidade (CCQ) que constituem realização de reuniões periódicas envolvendo grupos de 6 a 12 empregados para a descoberta de novos métodos de trabalho que otimizem a produtividade.

Ocorre que essas técnicas são sistemas refinados de manipulação dos subordinados, dando-lhes a ilusão de que são valorizados e indispensáveis para o sucesso do empreendimento. Com a

propagação desse falso sentimento e desse fraudulento discurso democrático, o patrão consegue que os trabalhadores “vistam e suam ainda mais a camisa da empresa”.

Da classe obreira, porém, é ocultado o outro interesse do empregador: paralelamente ao aumento da produtividade, deve-se obter a redução do custo operacional, que, via de regra, é atingido com o rebaixamento salarial e a adoção de fórmulas alternativas de remuneração variável, como prêmios, que, para serem alcançados, incutem na mente do trabalhador a necessidade de dedicar mais tempo e mais empenho ao tomador de serviços.

Nesse sentido, pontua Eurenice Lima:

*Tal definição propicia uma falsa apreensão do significado real do **kaizen** pelo trabalhador, pois ele faz sugestões com o objetivo de melhorar o seu trabalho, e a empresa as examina buscando elementos que resultem na diminuição de custos. (LIMA, 2006, p. 128)*

O CCQ e outras técnicas toyotistas - tais como o trabalho em células/ equipes e em ilhas elaboradas na forma da letra U, propositalmente projetadas para permitir a constante fiscalização de um empregado pelo outro - contribuem sobremaneira para o aumento da jornada e das doenças de trabalho correspondentes, como estresse e problemas cardíacos.³

Trabalhadores mais conscientizados politicamente – normalmente ocupantes de cargos diretivos em sindicatos – vêm percebendo o ardil empregado via *kaizen*. Contudo, eles sabem que nada ou quase nada tem sido feito para reverter a lógica toyotista que se mascara em um caminho de consentimento, quando, na verdade, está-se diante de um descaminho rumo à precarização das condições de trabalho e de vida do laborista.⁴

De fato, só continua na empresa aquele trabalhador polivalente e “dedicado”, que se sujeita às diretrizes empresariais reputadas prioritárias em detrimento da sua dignidade, do valor social do trabalho, do valor social da livre iniciativa e da função social da propriedade.

Só permanece no mundo formal do trabalho quem se disponibiliza a cumprir horas extras com habitualidade, ainda que o instituto não tenha sido criado para esse fim.

3 Outras conseqüências advindas do toyotismo são a queda dos salários, a maior desqualificação do empregado, o aumento do exército de reserva e o agravamento do desemprego estrutural. A par disso, a estrutura sindical também sofre os efeitos da reestruturação produtiva, porquanto o toyotismo (também chamado de ohnismo) enfraquece os laços de solidariedade e confiança entre os trabalhadores. Com isso, fragmentam-se a representação e a resistência aos desmandos empresários. As entidades de classe perdem o poder de barganha nas negociações coletivas, fazendo concessões sobre concessões de outrora.

4 Elias, operador multifuncional da Toyota, do Brasil, em entrevista informal para uma pesquisadora, disse: “Um dia nós apresentamos uma sugestão de *kaizen*, o superior avaliou e disse: ‘Isso aqui vai demitir gente, não vou passar para frente’. Nós ficamos agradecidos. Passados uns dias, pressionando por resultados, ele disse: ‘Vamos tomar cuidado, eu sei que tem gente demais aqui’. Ele podia pressionar à vontade.” (LIMA, 2006, p. 130).

MORTE POR EXCESSO DE TRABALHO – JAPÃO

Os abusos empresários são tão desmedidos, que, em 2002, no Japão - país berço do ohnismo - Kenichi Uchino, ex-empregado da montadora Toyota, faleceu por excesso de trabalho.

Em terras nipônicas, o fenômeno denomina-se *Karoshi*, onde *Karo*, significa excesso de trabalho e *shi*, morte. E o pior: nas relações de emprego japonesas, as horas extras não são remuneradas, porque consideradas trabalho de cunho exclusivamente voluntário.

Kenichi literalmente “morreu de tanto trabalhar”.

Devido à notoriedade do fato, o *Karoshi* começou a ser debatido no mundo.

Todavia, o tema ainda é recente no âmbito acadêmico, carecendo de mais pesquisas a respeito.

MORTE POR EXCESSO DE TRABALHO – BRASIL

No Brasil, o pagamento de jornada extraordinária é menos dispendioso para o empregador que o aumento do salário básico. Paralelamente, exigir sobrelabor de empregados é mais atraente para o empresariado, por permitir flexibilidade mais condizente com a flutuação da demanda, com os momentos de urgência, além de servir como alternativa à contratação de novos trabalhadores em períodos de incerteza, crise, depressão ou recessão.

Em Nota Técnica⁵, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE - noticiou o aumento de empregados assalariados que trabalharam além da jornada-padrão semanal entre 1988 e 2005. Em alguns setores, como no comércio, o índice foi elevado para 56% no período acima.

Os trabalhadores se sujeitam habitualmente ao cumprimento de jornada extraordinária, que deveria ser de caráter excepcional, como o próprio *nomen iuris* indica, porque precisam complementar a renda e readquirir o poder aquisitivo de antes, atingido pelo rebaixamento do salário nominal. Outrossim, não querem e nem podem correr o risco de uma dispensa.

Infelizmente, o terrível cenário de mortes por excesso de trabalho repete-se no Brasil.

A título de ilustração, citam-se fatos levados ao conhecimento da Justiça do Trabalho mineira que revelam o cometimento reiterado de ilícitos por empresa metalúrgica que se valia habitualmente do expediente das horas extraordinárias, o que importou na morte de um de seus empregados.

As condições de trabalho impostas pela demandada aos seus subordinados eram

⁵Para maiores informações, vide <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec31HorasExtras.pdf>>

assustadoras. Era excedido não só o limite constitucional de 8 horas diárias de trabalho e 44 horas semanais (art. 7º, inciso XIII, da Norma Fundamental), mas qualquer parâmetro de bom senso e razoabilidade.

De acordo com o acórdão proferido nos autos do Recurso Ordinário 00648-2006-028-03-00-9, relatado pelo Desembargador Federal do Trabalho Marcus Moura Ferreira, era comum o cumprimento de jornada extraordinária além de 2 horas diárias; não era concedido o intervalo integral para alimentação; não havia pausa suficiente de 11 horas entre um dia de trabalho e outro; não havia repouso semanal remunerado. Anote-se que os empregados da reclamada chegaram a trabalhar até 23 dias consecutivos sem qualquer dia de descanso.

Segundo o Desembargador:

[..]Em face da morte de um dos empregados da ré, ocorrida em função de acidente do trabalho, a fiscalização efetivada pela Seção de Segurança e Saúde do Trabalhador da DRT regional apontou como causas concorrentes do referido acidente o 'excesso de jornada, realização de horas-extras diárias e falta de descanso semanal remunerado' (f. 468/473).

Na doutrina justtrabalhista, há muito, Márcio Túlio Viana alerta:

*A constrição para o trabalho, cada vez maior, é revelada por novas doenças – como a LER, para não falar nas mortes por excesso de fadiga, no Japão, batizadas de karoshi. 'Poucos trabalhando muito' – poderia ser o **slogan** do empresário moderno. Até o que parece positivo tem o seu lado perverso: a automação não libera tempo do trabalhador, mas apenas do consumidor. (VIANA, Márcio Túlio, 2004, p. 164-165)*

O caso concreto demonstra que o uso indiscriminado e desvirtuado das horas extras é um dos principais responsáveis por mortes por excesso de trabalho. E, no mundo do trabalho rural, os exagerados impostos ao empregado que recebe salário por produção e que morre na vã tentativa de ganhar um pouco mais, por si sós, merecem estudo particularizado, que, infelizmente, não é possível abordar no presente artigo.

QUESTÕES

Diante desse cenário fúnebre, indaga-se: a)é possível compatibilizar o pensamento foucaultiano referente à relação morte/melhor ocupação com a sociedade de trabalho toyotista? b)há meios de conciliar o sentido filosófico de morte com a realidade dos trabalhadores hoje? c)se os trabalhadores contemporâneos estão premidos pela necessidade de sobrevivência e exauridos física, psicológica e intelectualmente, como disporão de tempo para cuidar de si, para desfrutar de cada dia

de vida, e para questionar sucessivos desmandos do patrão?

A situação é grave, porque a grande maioria dos assalariados perdeu o que Epicteto chama de “fortaleza interior”, ou seja, a razão e a capacidade de dizer sim ou não a algo.

Extenuados, temerosos de engrossarem a fila dos desempregados, após o cumprimento de longa jornada, os empregados vão para suas casas dormir poucas horas para recomeçar no dia seguinte a mesma rotina de trabalho que lhes causa estranhamento ou, pior, continuam a labutar, dessa vez, em seus residências e computadores pessoais para completar a interminável lista de atribuições que lhes foi confiada, ou para desenvolverem mais um *kaizen* que precarizará ainda mais as condições de trabalho.

Nesse particular, extremamente valiosa a lição de Sêneca:

A condição de todos os ocupados é miserável, contudo a mais miserável é a daqueles que nem se molestam com suas próprias ocupações, que regulam seu sono pelo alheio, que caminham segundo as passadas de outro e que estão sob ordens, mesmo nas mais livres das coisas: amar e odiar. Estes, se quiserem saber quão breve é a vida, que considerem quão insignificante é a parte que lhes cabe. (SÊNeca, 1993, p. 53).

Não obstante a realidade seja desfavorável aos trabalhadores, seguem-se propostas para a melhoria do dia-a-dia dos assalariados e, conseqüentemente, para a redução das mortes por excesso de trabalho. As sugestões partem das concepções de morte e de exame de consciência vislumbradas por Foucault na obra “Hermenêutica do Sujeito”.

EXAME DE CONSCIÊNCIA – UMA PROPOSTA PARA MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

O exame de consciência proposto por Foucault, em “Hermenêutica do Sujeito”, visa à aproximação do sujeito de ação do sujeito ético da verdade. Com efeito, ele pretende constituir o sujeito de conhecimento verdadeiro como sendo o sujeito de ação reta.

Segundo o filósofo, todos devem exercitar a memória para reativação dos fins íntimos pretendidos em cada mente e espírito. Avaliando os meios utilizados para atingir esses objetivos e as ações concretamente realizadas durante o cotidiano,

[..]podemos medir em que ponto estamos: se temos ainda um grande esforço a fazer, se estamos longe da meta, se fomos ou não capazes de efetivamente traduzir em ação os princípios de verdade de que dispomos na ordem do conhecimento. (FOUCAULT, 2006, p. 587).

Na perspectiva das relações de emprego, o exame de consciência sugerido por Foucault seria

excelente mecanismo para a melhoria das condições de trabalho, sobretudo no sistema toyotista, e, portanto, para redução das mortes por excesso de trabalho, na medida em que, praticando a memorização, o empregador avaliaria a (in)compatibilidade do que foi idealizado no seu contrato social com aquilo que efetivamente é praticado no interior de sua empresa. Nesse exame, ele seria forçado a pensar se sua atividade econômica observa os postulados constitucionais que informam a ordem jurídica brasileira.

Num sistema de verdadeira gestão democrática da empresa, essa avaliação poderia ser promovida pelo sindicato da categoria profissional correspondente à atividade preponderante do empregador ou pelo sindicato de categorias diferenciadas, conforme o caso concreto. Na ausência do sindicato, a atribuição caberia à federação e, na falta desta, à confederação. Paralelamente, o Ministério Público do Trabalho poderia acompanhar a avaliação, porque, na qualidade de fiscal da lei, tem a prerrogativa e incumbência constitucionais de zelar pela observância de direitos metaindividuais.

Simultaneamente, o cabimento de ações coletivas com imposição de obrigações de fazer, não fazer, dar, pagar, cujo cumprimento seria estimulado, sob pena de incidência de multas cominatórias diárias, demais medidas coercitivas indiretas ou sub-rogatórias que se fizessem necessárias no caso concreto, sem falar na imputação de sanções pecuniárias expressivas e condizentes com a gravidade da lesão, que reverteriam em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador ou da comunidade profissional ofendida por empresário que ignorasse a adequação de sua atividade econômica com as funções sociais da propriedade e da livre iniciativa, com o valor social do trabalho e com a dignidade da pessoa humana.

A medida fortaleceria o papel das entidades de classe, a atuação sindical e, finalmente, promoveria uma sociedade mais isonômica e justa, pois todos, inclusive o “quarto Poder”, estariam somando esforços para a consecução dos primados democrático e social da nossa Constituição. Finalmente, o mecanismo contribuiria para a integral recuperação do ser humano, que merece celebrar cada dia de sua vida.⁶

CONCLUSÃO

Os influxos da filosofia clássica são sentidos na pós-modernidade. Com efeito, ensinamentos de Sêneca, Epicteto, dentre outros permanecem atuais em muitos aspectos.

Contudo, no atinente à compreensão da morte, à execução e finalidades do exame de consciência, o novo olhar lançado por Michel Foucault mostra-se útil e dá sinais de esperança para

⁶ Como ensina Sêneca, “[...]Quem quotidianamente diz: “vivi!”, quotidianamente ficará a lucrar”. (p. 35-36)

os homens, na medida em que pautado na aproximação do sujeito de ação do sujeito ético da verdade.

Transmigrando essa concepção filosófica para a seara justralhista, é recomendável que o empregador reative sempre sua memória quanto aos fins pretendidos (que, antes de legais e moralmente aceitáveis, devem ser compatíveis com os enunciados da Norma Fundamental, que coloca a pessoa humana no epicentro do sistema jurídico). Ele deve, assim, avaliar se os meios utilizados são os mais adequados, necessários e proporcionais para o seu escopo, sem prejudicar o direito elementar do ser humano de viver.

É imprescindível fiscalizar se o empregador é um sujeito de ação reta, pois nenhuma desculpa fincada em eventuais exigências impostas pela reestruturação produtiva, pelas novas formas de organização do trabalho, pela nova gestão empresarial, pela competitividade do mercado, pelos efeitos da globalização e argumentos congêneres é aceitável para ceifar vidas, tampouco justifica o uso do trabalhador como mera mercadoria descartável a qualquer tempo, sob a forma de cadáver.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARREIRO, Líbia Martins. Morte por excesso de trabalho (*karoshi*), **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, n. 76, p. 131-141, jul a dez 2007.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Redução da jornada normal de trabalho versus horas extras**. Nota Técnica n 31, ago 2006. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec31HorasExtras.pdf>>. Acesso em: 15 set 2009.

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. Tradução Márcio Alves da Fonseca; Salma Tannus Muchail. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 680p.

FREDDO, Antonio Carlos. Taylor e Foucault: o operário e a "tecnologia de si". **Horizontes**, Bragança Paulista, v.13, n.1, p. 91-104, jan./jun. 1995.

LIMA, Eurenice. Toyota: a inspiração japonesa e os caminhos do consentimento. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006, p.115-145.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Recurso Ordinário n. 00648200602803009. Ação civil pública, interesse de agir do Ministério Público do Trabalho. Recorrentes: Metalsider Ltda. e Ministério Público do Trabalho. Recorridos: Os mesmos. Relator: Desembargador Marcus Moura Ferreira, Belo Horizonte, 06 ago 2007. **Disponível em:**<<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++0712197&idAndamento=RO++0712197PACO20070809+>>

[+++12504300>](#). Acesso em: 25 jul 2009.

SÊNECA. Lúcio Aneu. **Cartas a Lucílio**. Tradução J. A. Segurado e Campos. 2.ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 713p.

_____. **Sobre a brevidade da vida**. Tradução William Li. São Paulo: Nova Alexandria, 1993, 79p.

ULLMANN, Reinhold Aloysio. **O estoicismo romano: Sêneca, Epitecto, Marco Aurélio**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, 139p.

VEYNE, Paul. **Sêneca y el estoicismo**. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1996, 268p.

8. ASPECTOS IMPORTANTES DA CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA: a ilegalidade da sua cobrança de trabalhadores rurais não sindicalizados

*Henrique Schaper**
*Jaime Alves Ferreira Júnior***

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar o instituto jurídico da Contribuição Confederativa, com enfoque nas especificidades da legislação rural aplicável, e apresentar o entendimento dos tribunais superiores e do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE - acerca dos seus pontos controversos. Para isso, proceder-se-á à análise da natureza jurídica da Contribuição Confederativa, com a exposição de suas características idiossincrásicas, que a diferenciam das demais contribuições destinadas ao financiamento do sistema sindical brasileiro.

A partir do advento da Constituição da República de 1988, passaram a coexistir quatro espécies de contribuições destinadas ao financiamento do sistema sindical. A primeira espécie é a Contribuição Sindical, prevista em vários diplomas legais, inclusive na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em seu art. 578 e seguintes. Existem também a Contribuição Associativa, ou Retributiva, e a Contribuição Assistencial, ambas previstas em Convenções Coletivas de Trabalho. Por último, a Contribuição Confederativa, que se destina especificamente ao financiamento do sistema confederativo sindical da categoria profissional, recebeu essa denominação após a sua previsão pelo art. 8º, inciso IV, da CR/88, que assim dispõe:

Art. 8º [...]

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; [...]. (BRASIL, 1998).

É sob o enfoque das características específicas da Contribuição Confederativa destinada à categoria profissional dos trabalhadores rurais que será abordado este tema.

* Sócio do Escritório Schaper e Andrade Advogados Associados, Consultor Jurídico da Federação da Agricultura e Pecuária do Estado de Minas Gerais - FAEMG, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras.

** Graduando no Curso de Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas.

2 A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA

Houve grande debate a respeito da natureza jurídica da Contribuição Confederativa. Segundo Pessoa (2004), havia, principalmente, três posições antagônicas. A primeira delas entendia que a Contribuição Confederativa não seria espécie de tributo, caracterizando-se como uma espécie *sui generis*. A segunda disciplinava que essa Contribuição seria espécie de tributo e se enquadraria ora como imposto, ora como taxa. Por último, ainda de acordo com esse autor, havia a corrente que classificava a Contribuição Confederativa como espécie diferenciada de tributo, sem que pudesse ser classificada como imposto, taxa ou contribuição de melhoria.

Hoje, esse assunto não fomenta muitas discussões, os tribunais e os doutrinadores entendem, segundo Pessoa (2004), que a Contribuição Confederativa não é espécie de tributo. Trata-se de contribuição, de caráter voluntário, paga às entidades sindicais, mediante previsão em assembleia geral, exigível apenas dos empregados sindicalizados. O entendimento exposto é adotado pela jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – TRT-3, *in verbis*:

EMENTA - CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA - A contribuição confederativa é instituída por assembléia geral sindical e distingue-se da contribuição sindical por não possuir natureza tributária, sendo, portanto, compulsória, apenas para os trabalhadores filiados ao sindicato. As contribuições confederativa e assistencial destinam-se a custear as atividades assistenciais prestadas pelo sindicato a toda a categoria profissional, como por exemplo, serviços de atendimento médico, odontológico, assistência e representação jurídica em Juízo, decorrendo o seu desconto de previsão em instrumento normativo. Assim, muito embora o sindicato represente a totalidade dos trabalhadores da categoria profissional, sejam filiados ou não, alcançando a toda a categoria as vitórias e conquistas, a cobrança das contribuições confederativas e assistencial dos empregados não sindicalizados ferem o direito de livre associação e sindicalização, assegurado nos artigos 5, XX e 8o, V da CF. (Autos do processo nº 00464-2007-100-03-00-2 RO. Desembargadora Relatora: Maria Lúcia Cardoso de Magalhães. Data da Publicação: 16/02/2008, grifo nosso).

Não se deve confundir, entretanto, a Contribuição Confederativa com a Contribuição Sindical. A Contribuição Sindical tem previsão legal na Constituição Federal, na CLT e em normas esparsas e consiste no desconto obrigatório de um dia de salário mínimo regional, por ano, que deverá ser recolhido por meio de guia própria à entidade representativa da categoria profissional. A Contribuição Confederativa, por seu turno, tem como finalidade a manutenção do sistema sindical confederativo e possui, como se demonstrará, caráter voluntário, e previsão em assembleia geral do ente sindical.

A importância da pesquisa acerca da natureza jurídica da Contribuição Confederativa reside

na possibilidade de aplicação ou não de normas de outro instituto a essa Contribuição, em virtude de compartilharem a mesma natureza. Na medida em que a Contribuição Confederativa não tem natureza tributária, ela não sofrerá as limitações atribuídas aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria, por exemplo.

Outrossim, as regras contidas nos artigos 9º a 15 do Código Tributário Nacional – CTN, principalmente no que toca à necessidade de instituição ou majoração dos tributos por meio de Lei e aos Princípios Constitucionais Tributários, conforme ensina Coelho (1999), como o da anterioridade, a própria legalidade, a isonomia tributária, o que veda a bi-tributação entre outros, não poderão ser aplicados à Contribuição Confederativa.

3 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Neste capítulo, far-se-á uma breve digressão histórica sobre a criação e evolução da Contribuição Confederativa, bem como sobre os institutos a ela correlatos, para que se possa compreender sua atual sistemática e as normas a ela aplicáveis.

A instituição de sindicatos destinados à associação dos profissionais da agricultura e indústrias rurais foi prevista já em 1903, pelo Decreto nº 979, sem, contudo, estabelecer a forma por meio da qual seriam angariados os recursos necessários para a sua manutenção. *In verbis*:

Art. 1º E' facultado aos profissionaes da agricultura e industrias ruraes de qualquer genero organisarem entre si syndicatos para o estudo, custeio e defesa dos seus interesses. (BRASIL, 1903).

Com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, em seu artigo 138, o legislador pátrio optou pela criação de contribuições impostas aos seus associados para a sustentação econômica dos sindicatos. Tal Constituição não previu, entretanto, o número ou espécies de contribuições que poderiam ser criadas pelos sindicatos, limitando-se a utilizar a denominação em sua forma plural: “contribuições”. Nos seguintes termos:

Art. 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, **impor-lhes contribuições** e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público. (BRASIL, 1937, grifo nosso).

A Consolidação das Leis do Trabalho e demais normas esparsas que foram legisladas sobre o assunto somente se referiam à Contribuição Sindical, sem qualquer previsão legal da Contribuição

Confederativa. A própria Lei nº 5.889, de 08 de junho de 1973, que estatui normas reguladoras do trabalho rural, exige do trabalhador rural o recolhimento apenas da Contribuição Sindical. A mesma posição foi adotada no Decreto nº 73.626, de 1974, que aprova o Regulamento da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973. *In verbis*:

Art. 18. [...]

§ 3º A fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego exigirá dos empregadores rurais ou produtores equiparados a comprovação do recolhimento da Contribuição Sindical Rural das categorias econômica e profissional. (Brasil, 1973).

Art. 24. Aplicam-se ao empregado e empregador rural as normas referentes ao enquadramento e contribuição sindical, constantes do Decreto-lei nº 1.166, de 15 de abril de 1971. (Brasil, 1974).

A Contribuição Confederativa somente foi criada com a promulgação da Constituição da República de 1988, instituída e regulada pelo inciso IV do artigo 8º:

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

[...]

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

[...]. (Brasil, 1988).

Diante da constatação do recente surgimento da Contribuição Confederativa e da existência de várias contribuições similares, houve grande discussão sobre o modo como seria realizada a sua cobrança e, principalmente, sobre a polêmica obrigatoriedade dessa contribuição, como defendido pelas entidades sindicais.

4 O DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA DOS TRABALHADORES RURAIS

Como destacado anteriormente, após a criação da Contribuição Confederativa pela Constituição da República de 1988, houve grande divergência acerca de sua obrigatoriedade. Acaso fosse considerada obrigatória, todos os trabalhadores rurais, bem como os empregados de outras classes, independentemente de sua sindicalização, deveriam pagá-la, por meio de desconto em suas respectivas folhas de pagamento.

Pautando-se pela obrigatoriedade da Contribuição Confederativa, algumas entidades sindicais passaram a inserir nas atas de suas assembleias gerais a cláusula da obrigatoriedade do

pagamento dessa Contribuição por todos os trabalhadores enquadrados naquele sistema confederativo sindical. Ressalte-se que a previsão da Contribuição Confederativa em assembleia geral do ente sindical é exigência constitucional, de modo que o questionamento sobre a ilegalidade diz respeito tão-somente à obrigatoriedade de seu pagamento também pelos empregados não sindicalizados.

Diante do enorme impasse e da ilegalidade apontada, o Tribunal Superior do Trabalho - TST - baixou o Precedente Normativo nº 119, no qual expõe seu entendimento sobre a controvérsia, *in verbis*:

Precedente Normativo n.º 119 do TST - CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS - (nova redação dada pela SDC em sessão de 02.06.1998 - homologação Res. 82/1998, DJ 20.08.1998 - "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." (Brasil, 1998, grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal - STF - também expôs seu posicionamento sobre o tema, pelo que editou a Súmula nº 666, na qual defende a voluntariedade da Contribuição Confederativa, nos termos *infra*:

Súmula 666 do STF - A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. (Brasil, 2003, grifo nosso).

O Ministério do Trabalho e Emprego, por seu turno, editou a Portaria nº 160, de 13 de abril de 2004, que disciplinava sobre o desconto em folha de pagamento de salário das contribuições instituídas pelos sindicatos. Do texto do parágrafo 1º do artigo 2º dessa portaria, depreendia-se que a Contribuição Confederativa somente seria devida pelo trabalhador regularmente sindicalizado ou por aquele não sindicalizado que manifestasse expressamente sua autorização.

Art. 1º As contribuições instituídas pelos sindicatos em assembléia geral da categoria, em especial a confederativa e/ou as constantes de convenção ou acordo coletivo e sentença normativa, em especial a contribuição assistencial, **são obrigatórias apenas para os empregados sindicalizados.**

§1º A contribuição confederativa, prevista no inciso IV, do art. 8º da Constituição Federal, fixada pela assembléia geral do sindicato, tem por finalidade custear o sistema confederativo.

[...]

Art. 2º [...]

§ 1º Para os empregados não sindicalizados, o desconto em folha de pagamento somente poderá ser efetuado mediante prévia e expressa autorização do empregado.

[...]

§ 2º O desconto em folha de pagamento efetuado sem a devida autorização do empregado não sindicalizado ou com base em instrumento coletivo não registrado no MTE sujeita o empregador a autuação administrativa pela fiscalização do trabalho (Ementa nº 000365-4 Efetuar descontos nos salários do empregado, salvo os resultantes de adiantamentos, de dispositivos de lei ou convenção coletiva de trabalho).

[...]. (Brasil, 2004, grifo nosso).

No ano de 2004, o MTE editou a Portaria nº 180, que suspendeu temporariamente (até 31 de maio de 2005) a eficácia do artigo 1º e dos parágrafos 1º e 2º do art. 2º da Portaria nº 160. *In verbis*:

Art. 1º Suspender a eficácia do art. 1º, e dos §§ 1º e 2º, do art. 2º, da Portaria Ministerial nº 160, de 13 de abril de 2004, até 31 de maio de 2005. (Brasil, 2004).

Posteriormente, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – nº 3.206, ajuizada por confederações nacionais de trabalhadores de alguns setores, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Portaria nº 160. O STF fundamentou sua decisão na incompetência do Ministro do Trabalho para editar norma disciplinadora do assunto¹. A inconstitucionalidade vislumbrada pelos ministros do STF na Portaria nº 160, no entanto, limitar-se-ia ao seu aspecto formal, permanecendo inalterado o entendimento manifestado na Súmula nº 666, ora exposto, nos seguintes termos:

[...]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Frisando que a inconstitucionalidade por incompetência da autoridade para editar o ato normativo independe de qualquer exame do conteúdo dela, pouco importando que, no caso efetivamente pareça ser um édito consagrador, à antiga, da Súmula nº 666.

[...]. (Brasil, 2005).

Quanto ao seu recolhimento, a Contribuição Confederativa será descontada em folha de pagamento do trabalhador rural, pelo seu empregador, e recolhida ao Sindicato representativo de sua categoria econômica.

Dessa forma, pacificou-se o entendimento de que a Contribuição Confederativa somente pode ser cobrada do empregado devidamente enquadrado no ente sindical respectivo e desde que seja filiado a ele ou manifeste expressamente seu consentimento em contribuir para a entidade sindical. Ademais, nos termos do art. 8º, inciso IV, da CR/88, a Contribuição Confederativa deve necessariamente advir de assembleia geral do sindicato. Ressalte-se ainda que, segundo Donato (2004), o fato de o trabalhador não estar associado ao sindicato respectivo não lhe exclui dos

¹ Vide Voto apresentado pelo MM. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, relator dos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.206. Data de Julgamento: 14/04/2005.

benefícios que porventura forem agregados à sua categoria profissional. Entretanto, estando associado, poderá gozar, além dos benefícios originados para toda a sua classe, daqueles destinados apenas aos sindicalizados².

5 O ENTENDIMENTO DOS AUDITORES FISCAIS DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego, amparados por portarias, por pareceres e pela jurisprudência majoritária do STF e do TST, estão notificando e, em alguns casos, autuando empregadores rurais que procedem ao desconto, em folha de pagamento, da Contribuição Confederativa dos empregados não associados ao sindicato dos trabalhadores, ainda que exista Convenção Coletiva de Trabalho com cláusula autorizativa desse desconto.

Esse entendimento coaduna com o disposto no art. 7º, inciso X, da CR/88, no art. 9º da Lei nº 5.889/73 e, principalmente, com o conteúdo do art. 545 da CLT, de onde se depreende que somente poderão ser descontadas do salário do empregado as contribuições por ele autorizadas, salvo quando se tratar da contribuição sindical, uma vez que o seu desconto independe das formalidades previstas nesse artigo.

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

[...]

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; [...]. (Brasil, 1988)

Ar. 9º - Salvo as hipóteses de autorização legal ou decisão judiciária, só poderão ser descontadas do empregado rural as seguintes parcelas, calculadas sobre o salário mínimo:

até o limite de 20% (vinte por cento) pela ocupação da morada;

até 25% (vinte e cinco por cento) pelo fornecimento de alimentação sadia e farta, atendidos os preços vigentes na região;

c) adiantamentos em dinheiro.

§ 1º. As deduções acima especificadas deverão ser previamente autorizadas, sem o que serão nulas de pleno direito. [...]. (Brasil, 1973)

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar em folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades.

Parágrafo único. O recolhimento à entidade sindical beneficiária do importe descontado deverá ser feito até o 10º (décimo) dia subsequente ao do desconto, sob pena de juros de mora no valor de 10% (dez por cento) sobre o montante retido, sem prejuízo da multa prevista no artigo 553, e das cominações penais relativas à apropriação indébita. (Brasil, 1943).

² Contribuições sindicais e a Portaria nº 160, de 13 de abril de 2004, do Ministro do Trabalho e Emprego. Donato, Carlos Rosa. Texto extraído de <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5603>.

A par desse entendimento, o valor das multas que porventura forem impostas e os encargos de mora, previstos nos artigos 598 e 600, ambos da CLT, não poderão ser aplicados ao empregador rural, em virtude da previsão contida no art. 18 e parágrafos da Lei nº 5.889/73, alterados pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001, lei especial dirigida ao trabalho rural que fixa multa em valor inferior àquele previsto na ordem celetista. *In verbis*:

Art. 18. As infrações aos dispositivos desta Lei serão punidas com multa de R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) por empregado em situação irregular.

§ 1º As infrações aos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e legislação esparsa, cometidas contra o trabalhador rural, serão punidas com as multas nelas previstas.

§ 2º As penalidades serão aplicadas pela autoridade competente do Ministério do Trabalho e Emprego, de acordo com o disposto no Título VII da CLT.

§ 3º A fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego exigirá dos empregadores rurais ou produtores equiparados a comprovação do recolhimento da Contribuição Sindical Rural das categorias econômica e profissional. (*Brasil, 1973, grifo nosso*).

Amparado por esses mesmos dispositivos, o Ministério Público do Trabalho tem ajuizado ações em face de sindicatos para anular cláusulas de convenções e acordos coletivos que fixam a obrigatoriedade do pagamento de Contribuição Confederativa, de forma indiscriminada.

Dessa forma, os auditores do MTE adotam o mesmo posicionamento anteriormente expresso na Portaria nº 160/2004, alinhando-se à voluntariedade no pagamento da mencionada Contribuição.

6 CONCLUSÃO

A Contribuição Confederativa, que tem como fim específico custear o sistema confederativo sindical, conforme entendimento esposado pelos tribunais superiores, possui natureza estritamente voluntária, o que impõe a necessidade de prévia sindicalização do trabalhador rural para que se lhe possa ser descontada. Entendendo-se de maneira diversa, a sua cobrança estará eivada de ilegalidade e passível de desconstituição por meio de decisão judicial, bem como de autuações por parte do Ministério do Trabalho e Emprego.

Assim, recomenda-se aos empregadores rurais que, antes de realizarem o desconto da Contribuição Confederativa na folha de pagamento de seus empregados, obtenham destes uma autorização por escrito e/ou exijam-lhes documento apto a comprovar a filiação ao sindicato profissional. Essa recomendação deve ser observada até mesmo nas localidades em que exista Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho com cláusula autorizando ou impondo esse pagamento, já que, como visto, a simples previsão em negociação coletiva não é suficiente para fundamentar o mencionado desconto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

3ª REGIÃO. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário. Contribuição Confederativa - A contribuição confederativa é instituída por assembléia geral sindical e distingue-se da contribuição sindical... DJMG, Minas Gerais, Ano 2008, fev. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto 979**, de 06 de janeiro de 1903. Faculta aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de sindicatos para defesa de seus interesses. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto 73.626**, de 12 de fevereiro de 1974. Aprova Regulamento da Lei número 5.889, de 8 de junho de 1973. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto-lei 1.166**, de 15 de Abril de 1971. Dispõe sobre enquadramento e contribuição sindical rural. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>.

Brasil. Congresso Nacional. Lei 5.889, de 08 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do Trabalho Rural e dá outras providências. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 9.393**, de 19 de Dezembro de 1996. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília: Senado, 1943.

BRASIL. Constituição (1937) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1937. Brasília: Senado, 1937.

BRASIL. Constituição (1988) **Atos das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasil: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Editora Saraiva. 35ª edição. São Paulo: 2005.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria n. 160**, de 13 de abril de 2004.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria n. 180**, de 30 de abril de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 666**. A Contribuição Confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. Diário de Justiça da União, Brasília, 09 de novembro 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade – ADI 3.206**. Contribuições – Categoria profissional – Regência – Portaria – Inconstitucionalidade formal... DJ,

Brasil, Ano 2005, ago. 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedente Normativo nº 119**. Contribuições sindicais – Inobservância de preceito Constitucional. *DJ 20 de ago. de 1998*.

CERDEIRA, Mauro Tavares; CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. **Das contribuições sindicais na prática**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1.720, 17 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11054>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

COELHO, Yuri Carneiro. **Sistema e princípios constitucionais tributários**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1282>>. Acesso em: 03 jan. 2010

COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany, MARTINS, Melchíades Rodrigues. CLT-LTr 2005. Editora LTr. 32ª edição. São Paulo: 2005.

DONATO, Carlos Rosa. **Contribuições sindicais e a Portaria nº 160, de 13 de abril de 2004, do Ministro do Trabalho e Emprego**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 411, 22 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5603>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

GODINHO, Mauricio Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora LTr. 4ª edição. São Paulo: 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Contribuição Confederativa**. Editora LTr. São Paulo: 1996.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO - MTE. PORTARIA MTE N.º 160, DE 13 DE ABRIL DE 2004. Dispõe sobre o desconto em folha de pagamento de salário das contribuições instituídas pelos sindicatos. Disponível em <http://www.mte.gov.br>

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO - MTE. PORTARIA MTE N.º 180, DE 30 DE ABRIL DE 2004. Suspende, temporariamente, a eficácia de dispositivos da Portaria Ministerial nº 160, de 13 de abril de 2004 e dá outras providências. Disponível em <http://www.mte.gov.br>

PESSOA, Flávia Moreira. **Contribuições sindical, confederativa, associativa e assistencial: natureza e regime jurídicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 415, 26 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5634>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

9. O EXCESSO DE JORNADA DE TRABALHO COMO OFENSA AO DIREITO AO LAZER

Marília Sátyro Bonavides Eloy¹

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 elevou os limites de jornada de trabalho, bem como o direito ao lazer, à categoria de direitos fundamentais, por entender serem estes direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Nesse viés, e considerando-se que o direito ao lazer, mesmo sendo norma programática, tem eficácia jurídica, é de se entender que o excesso de jornada, além dos limites constitucionais e de forma habitual, vem a se constituir uma afronta direta a esta garantia, já que o aumento do “tempo de trabalho” implica na diminuição do “tempo livre”.

Palavras-chaves: Trabalho. Jornada. Lazer

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 increased the limits on working hours, and the right to leisure, the category of fundamental rights, understanding these rights are inherent to human dignity. With this direction, and considering that the right to leisure, even though the standard program, has legal effect, is to understand that excessive journey, beyond the constitutional limits and as usual it comes to constitute a direct affront to this warranty since the increase in "working time" implies the decrease of "free time".

Keywords: Work. Duration of activity. Leisure

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido no mundo jurídico e sócio/político/cultural sobre o excesso de jornada, seja do ponto de vista de suas implicações na esfera econômica e de mercado, seja com fins a barrar a exploração do trabalhador pelo poder empresarial. Chegou-se, então, ao disciplinamento infraconstitucional da jornada e seu limite extraordinário (artigos 59 e seguintes da

¹ELOY, Marília Sátyro Bonavides é pós-graduanda e Analista Judiciária com lotação no Gabinete do Desembargador Edvaldo de Andrade, do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. End. Res. R. Durval Ribeiro de Lima, s/s apto. 1001, Miramar, J. Pessoa/PB. E-mail: mseloy@trt13.jus.br

CLT) e, posteriormente, ao patamar constitucional, como garantia fundamental ao trabalhador (CF/1988, art. 7º, incs. VIII, XIV e XVI). Entretanto, a dimensão mais aprofundada do caráter humano desse instituto, duração do trabalho, ainda hoje é pouco discutida na seara forense, mormente do ponto de vista de sua oposição ao direito ao lazer. Na verdade, a única tese específica de referência, no momento, é a obra de Otávio Calvet, “Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho”.

Essa omissão, no campo jurídico, em se aprofundar na discussão dos aspectos humanísticos da duração do trabalho, foi compreensível, até certo ponto, no período Pós-Revolução Industrial que teve como centro da estruturação social a valorização do trabalho, indiscriminadamente, conforme avaliou Bertran Russell em sua obra “O Elogio ao Ócio” (RUSSELL, 2002). Todavia, com o reconhecimento do direito ao lazer também como uma garantia fundamental, e considerando-se o novo contexto social em que o “tempo-livre”¹ passou a ser visto como um bem de valor, tão precioso para o indivíduo e para a sociedade quanto o trabalho, faz-se necessária uma análise mais profunda das consequências do excesso de jornada, numa perspectiva humanística.

Esse trabalho visa refletir sobre a possibilidade de o excesso de jornada constituir uma ofensa ao direito fundamental ao lazer, a partir de considerações e ponderações que exsurgem da nova dinâmica interpretativa do direito natural, sua normatização na Constituição e sua eficácia jurídica.

Começa-se com uma breve referência histórica sobre a evolução do direito ao trabalho, até sua consolidação como garantia social fundamental, e suas implicações para a duração da jornada. Após, faz-se uma análise do valor social do lazer e sua função como agente promotor da saúde integral do indivíduo. Em seguida, aborda-se aspectos jurídicos desse instituto como um direito social fundamental e sua eficácia jurídica em relação ao direito ao trabalho, analisando-se como o excesso de jornada afeta diretamente este direito.

2 O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO NA PERSPECTIVA DE UM TRABALHO DIGNO

2.1 Breve histórico até sua aceitação como um direito social fundamental na atual Constituição Republicana

Euclides da Cunha, autor de “Os Sertões”, em homenagem aos trabalhadores no 1º de maio de 1892, escreveu no Jornal “A Província de São Paulo”, atualmente “O Estado de São Paulo”, um

¹ Assim, o conceito “tempo livre” parece aquele que melhor corresponde à necessidade de “batizar” a parte do dia em que não estamos ocupados com atividades definidas. Adaptado por Página Viva da revista *Partes*, Raulito Ramos Guerra Filho, mestre em Lazer pela Universidade de Campinas. <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf>.

artigo que denota a percepção de um brasileiro angustiado com os problemas sociais das grandes crises de sua época que assolavam a massa operária em várias partes do mundo, mas que vaticinava um novo horizonte em que a paz se estabeleceria pela regulamentação da justiça nas relações de trabalho. Seguem suas palavras a esse respeito:

O escravo antigo, que ia nos circos romanos distrair o humor tigrino dos reis, num pugilato desigual e trágico com as feras; o servo da gleba, o vilão cobarde que atravessou a idade média, à sombra dos castelos sob o guante do feudalismo; que tem alimentado com o sangue a alma destruidora das guerras; ele _ a matéria prima de todas as hecatombes, seguindo sempre acurvado a todos os jugos _ transfigura-se realmente, atentado por uma inspiração grandiosa e apresenta esta novidade à história _ pensa!
Deu todas as energias ao progresso humano, sempre inconsciente da própria força, e quando no fim do século XVIII, uma grande aura libertadora perpassou a terra, ele se alevantou, aparentemente apenas _ para trazer às costas, até os nossos dias _ a burguesia triunfante.

Então acrescenta com otimismo: “Os governos da Europa hão de transigir porém; hão de entabular as preliminares da paz, pelas concessões justas e inevitáveis que terão de fazer.” (apud LTR, 2009)

A normatização do trabalho surge a partir dessa necessidade de se criar um organismo jurídico capaz de satisfazer aos anseios sociais do período Pós-Revolução Industrial do século XIX, quando as massas oprimidas pela exploração que não distinguia homens, mulheres e crianças, imputando-lhes jornadas de trabalho que se elasteciam até as 14 horas diárias, lutaram pelo resgate de sua dignidade como pessoa humana.

Nesse anseio por direitos humanos, dentre os quais se situam os direitos sociais e, nesses, o direito ao trabalho, foram surgindo as primeiras normas de cunho constitucional, a exemplo da Constituição Mexicana - 1917² e da Constituição Alemã de Weimar – 1919.

Não se pode também deixar de destacar a importância da Declaração Internacional de Direitos Humanos da ONU (1948) que retratou bem a preocupação mundial com a questão social do trabalho, ao dispor sobre direitos trabalhistas e direito ao lazer (art. XXIV), reconhecendo, com isso, uma conquista da luta da classe operária pelo direito a um trabalho digno.

No Brasil, a Carta de 16.07.1934, notadamente inspirada na Constituição de Weimar, deu os primeiros passos em direção à contemplação de direitos referentes à proteção do trabalhador e à tutela da ordem social e econômica. A Constituição de 1937, além de instituir outros direitos trabalhistas, limitou a jornada de trabalho em oito horas. As constituições seguintes (1946, 1967) e Emenda Constitucional de 1969, ampliaram ainda mais a visão social do trabalho, na medida em

2 A Constituição Mexicana foi o primeiro ordenamento constitucional a reconhecer e dispor sobre a ordem social e econômica, isto é, o primeiro ordenamento a se preocupar de forma expressa com as questões sociais, em 31/01/1917. No dizer de Alexandre de Moraes esse diploma garantia "direitos individuais com fortes tendências sociais". (MORAES, Alexandre de, Direitos humanos fundamentais 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.30.

que estabeleceram diversos direitos sociais relativos aos empregados e trabalhadores em geral.

Porém, foi apenas com a promulgação da Carta Constitucional de 05.10.1988, com a promoção do Estado Social, que o direito ao trabalho foi acentuadamente dignificado, tomando vulto de garantia fundamental, com destaque especial para as normas de duração do trabalho.

2.2 Os limites de jornada como elementos essenciais ao trabalho digno

Enfatiza-se essa adjetivação do trabalho *digno* porque acredita-se que foi essa a intenção do constituinte ao conferir a todos os cidadãos o direito fundamental ao trabalho.

Na luta por dignidade, foram ganhando forma aquilo que a humanidade almejava como direito de todo ser humano, ou seja, os direitos necessários para a subsistência digna do homem, quais sejam: alimento, vestimenta, moradia, trabalho e lazer, considerados pela doutrina como direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração.

Na ótica de Paulo Bonavides (2007), sem a efetivação desses direitos mínimos à subsistência digna do homem, não há sequer direito à liberdade *direito de primeira dimensão*, o qual servirá apenas como elemento de retórica da nossa Constituição. Ao refletir sobre como o neoliberalismo tolhe a institucionalização material da liberdade humana, enfatiza o jurista (pag.13).

Com efeito, tal institucionalização não é outra senão a concretização dos direitos fundamentais em sua concepção humanística, universalizadora, de teor constitucional mais largo, atada ao estabelecimento e promoção da justiça.

Por isso, antes de tratar dos direitos e garantias sociais, foi estabelecido pelo legislador constituinte o princípio maior da dignidade da pessoa humana, estrategicamente no primeiro artigo, parágrafo terceiro. Isso implica dizer que todos os desdobramentos dos direitos sociais insertos na Constituição Republicana, dentre os quais os limites de jornada (artigo 7º, incs. XIII, XIV e XVI), passam pelo direito à liberdade, e tem como base o princípio maior da dignidade do ser humano, com o fim de garantir o *mínimum dos povos*.

São, assim, apropriadas as palavras de Vólia Bonfim Cassar ao sustentar que:

A garantia de direitos mínimos ao trabalhador faz parte de um conjunto de valores humanos civilizatórios (*mínimo existencial*), que encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente como maior patrimônio da humanidade.

Nesse contexto, a escritora faz menção do lúcido posicionamento de Luiz Edson Fachin quando este defende “a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à

própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores.”. (FACHIN, apud VÓLIA, 2008)

Infere-se, pois, que quando o excesso de jornada rouba a liberdade do homem e agride a sua saúde integral, não se pode mais falar em trabalho dignificante.

Partindo desse axioma, e com as considerações feitas acima, chega-se à ilação de que os limites de jornada, conforme inseridos no texto constitucional, compõem o rol dos elementos necessários para a figura do trabalho digno, razão por que foi elevado ao patamar de direito fundamental.

3 O EXCESSO DE JORNADA E SEU DISCIPLINAMENTO JURÍDICO NA DOUTRINA ATUAL DOMINANTE

O excesso de jornada possui normatização constitucional (art. 7º, incs. XIII, XIV e XVI) e infraconstitucional (CLT, art. 59, caput e §§ 1º e 2º, art. 61, caput e §§ 1º, 2º e 3º). Cabe ao interprete da lei analisar o controle de constitucionalidade, essencial para demonstração da problemática enfocada no tema proposto, e aferir as implicações jurídicas atuais do excesso de jornada.

3.1 Limites constitucionais à jornada de trabalho

O legislador constituinte, no art. 7º, incs. XIII a VI da CF, estabelece o lapso temporal de trabalho diário e semanal permitido, impondo o limite máximo de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais e, nas hipóteses de turnos ininterruptos de revezamento, de seis horas, salvo negociação coletiva para compensação de jornada, em ambos os casos.

Entende-se, pois, que as horas que ultrapassarem esses limites, e que não forem objeto de compensação mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, deverão ser consideradas excedentes.

3.2 O excesso de jornada de trabalho na CLT

O excesso de jornada encontra-se disciplinado legislação consolidada, sendo três as hipóteses legalmente possíveis para o excesso de jornada: a) prorrogação pactuada mediante

negociação coletiva, até o limite de duas horas diárias (art. 59, caput); b) compensação de horários ou jornada, também acordados, até o limite diário de duas horas (art. 59, § 2º e art. 61, § 3º) e c) necessidade imperiosa de serviços, até o limite de 12 horas diárias (art.61,§ 2º).

3.3. Interpretação e controle de constitucionalidade

Em estudos sobre a interpretação e controle de constitucionalidade do excesso de jornada, Otávio Calvet (2006, PAG. 89-117) observa que o texto constitucional admite uma única hipótese de se produzir aumento de jornada, que está na faculdade das partes, por negociação, acordarem sobre compensação, “em que a prática do labor além do limite normal é posteriormente compensada por gozo de folgas.”. Ressalta que “o fato do legislador dispor, ao lado da compensação, possibilidade de redução da jornada, demonstra, sem qualquer dúvida, a intenção de não permitir mais simples prorrogações eternas da jornada.”.

Corroboramos com essa exegese em que o autor conclui que a CLT, art. 59, *caput*, ao dispor sobre a possibilidade de acordo para prorrogação da jornada, de modo indiscriminado, não se coaduna com o valor da norma constitucional que deu tratamento restritivo à hipótese de prorrogação de jornada, limitando-a aos acordos compensatórios de horários de trabalho, e, por conseguinte, que o mencionado dispositivo infraconstitucional não fora recepcionado pela nossa Carta Magna. (CALVET, 2006)

Já no tocante à hipótese celetista de imperiosa necessidade de serviço, decorrente de força maior, em que está previsto no art. 61, § 2º a prorrogação da jornada até o limite de 12 horas diárias, e por período não superior a 45 (quarenta e cinco dias por ano), indaga-se se estaria este dispositivo albergado pelo texto constitucional.

Em parte, sim. Com efeito, tendo em vista sua excepcionalidade, bem como o fato de haver previsão, no inciso XVI, do acréscimo de 50% do salário, na hipótese de ocorrência de horas extras, fica subentendido serem estas as horas que não foram compensadas, conforme ensina o jurista acima citado. Entretanto, podem ser pertinentes algumas objeções sobre a elasticidade de jornada prevista no dispositivo sob análise, de até 12 horas diárias, não obstante sua excepcionalidade (Lei nº 6.019/74).

É que, em primeiro lugar, deve-se levar em consideração o fato de que nosso ordenamento jurídico prevê outro meio de salvaguardar a hipótese de necessidade imperiosa de trabalho, sem pesar tanto para o empregador e sem desgastar o empregado com tamanha carga laboral, que é a possibilidade de contratação para serviços temporários ou esporádicos.

Por outro lado, também deve ser levado em conta que os riscos do empreendimento não são do empregado, e sim do empregador, a quem compete arcar com os ônus advindos dos infortúnios que porventura venha a sofrer. Note-se, essa faculdade de o empregador, em face de “força maior”, poder esticar a jornada de um empregado até 12 horas, foi cunhada num período de forte prevalência do domínio do poder privado sobre as questões sociais ainda incipientes.

Ademais, adverte Fábio Rodrigues Gomes (2008, pag. 335 a 342), que os direitos contidos na CLT não foram resultado de ação politizada dos trabalhadores, mas de uma imposição estatal com forte controle sobre os sindicatos, motivo por que devem ser reavaliados à luz da evolução das conquistas sociais.

Em resumo, sob o crivo constitucional, aponta-se três hipóteses de excesso de jornada ilegal: a) as horas trabalhadas além da jornada normal e que não foram objeto de negociação coletiva, para respectiva compensação, nem são decorrentes de “força maior” ou imperiosa necessidade de serviço; b) as horas trabalhadas além da segunda hora extraordinária, mesmo que decorrente de negociação coletiva, quando não for o caso de labor extra por “força maior” ou imperiosa necessidade de serviço; e c) as horas excedentes da **décima hora** de trabalho em caso de “força maior” ou imperiosa necessidade de serviço.

3.4 Consequências sociológicas e jurídicas do excesso de jornada na doutrina atual dominante

Nossos doutrinadores, bem como os operadores do direito, em geral, ainda são tímidos no tratamento das consequências de caráter social advindas do excesso de jornada.

Amauri Mascaro Nascimento (1996) elenca como fundamentos da limitação da jornada os seguintes: **físicos**, como aqueles responsáveis pela saúde física, uma vez que a fadiga pode acarretar insegurança ao trabalhador; **psicológico**, porque pode “causar prejuízos à normalidade do trabalho”; **econômico**, “uma vez que o aumento da produtividade está relacionado com o empenho satisfatório no trabalho. Até aqui, pode-se observar que o escritor parece mais preocupado com o desenvolvimento do trabalho em favor da empresa do que com o ser existencial do empregado. Embora acrescente também a essa lista os fundamentos humanos, políticos e familiar, os faz bem resumidamente, numa análise tímida, sem maiores pretensões na abordagem do assunto.

Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Viana e Lima Teixeira, em pensamento expresso na obra conjunta “Instituições de Direito do Trabalho” (2002), também não se estendem muito nas consequências sociológicas do excesso de jornada, deixando de abordá-las à luz irradiante da proteção constitucional da dignidade da pessoa do trabalhador.

Por conseguinte, também ficam limitadas as consequências jurídicas do desrespeito ao

direito constitucional da duração do trabalho, que vão se resumir à simples contraprestação salarial respectiva, nos termos da lei. Todavia, isso parece ser pouco diante da nova hermenêutica do direito que, passo a passo, se consolida no mundo jurídico ocidental.

Essa a razão por que urge debater com mais instância sobre o assunto em tela. A luta pela efetividade dos direitos humanos sociais constantes da Carta Magna é crescente, e deve avançar até que não mais os vejamos só no papel, mas efetivados na vida de cada cidadão a que se destina, ainda que muitas das normas sociais sejam de caráter programático.

4 O DIREITO AO LAZER

4.1 Considerações gerais sobre o lazer

Não há ofensa sem a pressuposição de um valor. Logo, não se pode falar em ofensa ao direito ao lazer sem antes demonstrar seu valor para a sociedade.

È certo que, do ponto de vista jurídico, só o fato de constar na Constituição Federal como um direito social fundamental já lhe garante a condição de um bem de valor do cidadão brasileiro. Todavia, esse direito ainda carece muito de densidade normativa, pois pouco se tem pensado sobre ele na seara jurídica, mais especificamente no ramo trabalhista.

Como afirmado no início desse estudo, o período Pós-Revolução Industrial teve como centro da estruturação social a valorização do trabalho, o que se deu, nem tanto a partir de uma preocupação humanística, mas muito mais em face do poder econômico, com vistas ao lucro, num mercado competitivo, próprio de um sistema capitalista voraz. Articulou-se uma sociedade tão devotada às questões do trabalho, sob o contexto ora enfocado, que se esqueceu de que o homem é também um ser cultural por excelência, e que, antes de precisar trabalhar, precisa existir como pessoa humana, em busca da felicidade. E esta felicidade, pelo menos para a larga maioria das pessoas, não é achada no período devotado ao trabalho, mas nos momentos de “tempo livre”. Tal quadro, portanto, precisa mudar de figura, para que se possa desenhar uma sociedade mais livre, mais humana, mais feliz.

Essa, obviamente, não é uma tarefa fácil. Já houve esperanças de que com o avanço da tecnologia o homem precisaria dispender menos trabalho, e, assim, poderia ter mais “tempo livre”, para dedicar a outras atividades extra-laborais. Filosofia esta já proposta pelo inglês Bertrand Russell e outros filósofos (2002), no auge da Revolução Industrial.

Mas não é isso o que sucede. Pelo contrário, o que se vê é a tecnologia, unida à informação,

subtrair-lhe cada vez mais o tempo devido ao lazer, pois quanto mais tecnologia, mais o homem se informa, e quanto mais se informa, mais precisa se manter informado, para não ficar fora do mercado de trabalho. E nesse círculo vicioso, associado à filosofia contemporânea do “ter”, que se contrapõe ao “ser”, o homem vai se auto-escravizando ao trabalho, sem se dar conta dos demais valores essenciais da existência humana.

O lazer, então, vai tomando contornos cada vez mais paradoxais, na medida em que, de um lado, soa como surreal, utópico; de outro, como uma necessidade urgente para fazer frente à cura e prevenção de doenças psico-somáticas que vem assolando a humanidade, em proporções jamais experimentadas em tempos passados.

Urge, pois, voltar um pouco o nosso olhar para a cultura grega, no aspecto da valorização do ócio, ali entendido como o privilégio de se ter um tempo para o pensamento e a espiritualidade. A mudança sociológica de mentalidade coletiva, é certo, não se faz da noite para o dia, às vezes demanda décadas, gerações e até séculos. Todavia, vale a pena somar idéias com vistas a uma nova perspectiva sobre o valor do lazer, ainda mais quando, no campo jurídico, a largada inicial já foi dada com sua inserção no Álbum Constitucional como um direito social fundamental.

4.2 Conceito e função do lazer

Para essa pesquisa, interessa trabalhar com a conceituação mais antiga e genérica de lazer, assim consagrada como “tempo livre”, ou “tempo de não-trabalho”, aquele desvinculado do trabalho, destinado ao convívio familiar, à sociabilidade, às atividades esportivas, artísticas, intelectuais, etc.

Segundo o sociólogo Joffre Dumazedier “a idéia do lazer não é a da ociosidade que rejeita o trabalho, nem a da licença que infringe as obrigações, mas a de um novo equilíbrio entre as exigências utilitárias da sociedade e as exigências desinteressadas das pessoas. Essa concepção favorece a idéia de um tempo tão precioso quanto o destinado ao trabalho, pois dele também depende o sucesso deste, mormente quando visto sob a perspectiva de promotor da saúde integral do indivíduo.

Na ótica das pesquisadoras Maria Elizabeth Roza Pereira e Sônia Maria Villela Bueno (1997), que tomaram por base os estudos apresentados por (DUMAZEDIER,1973; MAGNANE, 1969; REQUIXA, s.d.), o lazer enquanto promoção da saúde integral, tem três funções primordiais. São elas: a de descanso, de divertimento (distração, recreação e entretenimento) e de desenvolvimento da personalidade.

Não se pode, pois, desprezar os benefícios cientificamente comprovados do lazer, uma vez entendido que ele “favorece consideravelmente o nível de saúde integral e sobretudo mental das pessoas, canalizando as energias perdidas para os aspectos saudáveis, aliviando, assim, a fadiga exaustiva e o estresse provocados pelas condições desfavoráveis da contextualidade das pessoas em geral (DUMAZEDIER, apud BUENO,1979)

Dessarte, não deve o mundo jurídico se olvidar da importância do lazer na vida integral do trabalhador, a quem se visa tutelar direitos, pois tais direitos co-existem com este outro direito, numa associação de valores humanos que garantem dignidade e melhor qualidade de vida.

4.3 O Lazer como um direito fundamental e sua eficácia jurídica

O lazer galgou a tutela de um bem jurídico fundamental a partir de seu reconhecimento pelo importantíssimo documento da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, assinada em 1948, onde expressamente se reporta ao lazer no contexto do direito ao trabalho, como essencial à boa qualidade de vida do trabalhador, *in verbis*: Art. XXIV – *Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável à horas de trabalho e férias remuneradas periódicas* (grifamos).

Com essa nova visão a nível internacional, o lazer, antes visto como algo contrário ao trabalho, chegando mesmo à conotação pejorativa sinônima de preguiça, passa a ser compreendido como valor essencial à dignidade humana, recebendo a tutela de direito fundamental na Constituição Brasileira/1988, em seu art. 6º, inserido no título II, que trata sobre os Direitos e Garantias Fundamentais.

Todavia, sua positivação no ordenamento jurídico ainda se mostra de forma indireta, como norma programática; contudo, não impede sua efetividade jurídica, ou seja, sua materialização na dinâmica social. Marcos André Couto Santos (2004), em artigo sobre a efetividade das normas constitucionais, lembra o ensino de Luís Roberto Barros, no sentido de que essas normas não figuram mais como meros enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica, como antes eram vistas pela doutrina clássica, sendo a elas reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas.

Isso lhes garante certo grau de imperatividade e efetividade, tanto na perspectiva subjetiva, como em sua dimensão objetiva, no campo das relações privadas, mediante uma interpretação realística e evolutiva do Direito Constitucional. (SANTOS, 2004).

Na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, Barroso entende que está alicerçada no

fato de que todo direito fundamental irradia valores e fornece as bases da ordem jurídica da coletividade, servindo, assim, de sedimentação em que a sociedade funda o Estado, e cita o magistério do constitucionalista português Gomes Canotilho: “Fala-se de uma fundamentação objetiva de uma norma consagrada de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária”. (apud SANTOS, 2004)

Desse modo, é possível afirmar a eficácia do direito ao lazer como um direito fundamental de onde emana valores sociais a serem respeitados, tanto pelo Estado, no âmbito público, como pela Sociedade, no âmbito privado, sempre que o caso concreto o exigir.

4.4 Direito ao trabalho x Direito ao lazer. Ponderação de interesses para se avaliar as consequências jurídicas

Como já observado anteriormente, tanto os legisladores como os doutrinadores (em sua maioria) e os aplicadores do direito, pouca atenção tem dado à questão do lazer nas relações de trabalho, seja pela pouca densificação normativa desse direito fundamental e conseqüente timidez em reconhecer sua eficácia objetiva, seja porque ainda não o vêem no status que o legislador constituinte lhe outorgou, de um bem social intrínseco à dignidade humana tanto quanto o é o direito ao trabalho.

A verdade é que, como direito fundamental de segunda geração, constante da cartilha dos direitos sociais, o direito ao lazer tem o mesmo grau de importância do direito fundamental ao trabalho. Na verdade, como ressaltado por Alexandre Lunard (2008) “a garantia de um não deixa de ser a tutela do outro, afinal, em todos os casos, está se buscando a dignidade da pessoa humana através da proteção do trabalhador.”.

De fato, o direito ao lazer tem total pertinência quando o assunto é duração da jornada de trabalho. É que, se por um lado, o trabalho dignifica o homem, por outro, a sua exploração, ainda que remunerada, retira dele essa dignidade, na medida em que lhe rouba a liberdade para o exercício do direito ao lazer. Ao se admitir o excesso de jornada, e a este somado o tempo que o trabalhador gasta para chegar ao trabalho e que dispense no retorno para o lar, e ainda o tempo destinado a repouso, pouco lhe sobrar para o exercício do lazer, que fica objetivamente afetado.

É mister uma ponderação de interesses sempre que estiver em foco a duração do trabalho, devendo o aplicador da lei atentar para os limites de cada um desses direitos fundamentais, de modo a não transgredir no fiel da balança, porquanto em jogo a dignidade da pessoa humana. Do contrário, poderá estar ratificando a idéia de que o pagamento das horas extraordinárias e seus

acréscimos legais, em qualquer quantidade, já dá ao trabalhador uma distinta compensação, restando resolvida a questão da exploração do trabalho.

Pelo que, se o direito do trabalhador ao lazer está sendo afetado indignamente, a hipótese avança do campo do direito laboral (regras de pagamento de horas extras) para a esfera constitucional, pela ofensa a uma outra garantia constitucional. A questão deve então ser dirimida sob o enfoque da ponderação de interesses, com as consequências jurídicas a serem abalizadas em moldes próprios.

CONCLUSÃO

A eficácia jurídica do direito ao lazer, como um direito fundamental, mesmo em se tratando de norma programática, pode interferir subjetiva e objetivamente na aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais relativas à duração do trabalho.

Sob tal raciocínio, esse direito tem o efeito de se opor judicialmente ao trabalho extraordinário habitual, uma vez que essa prática não se coaduna com o preceptivo constitucional da duração da jornada e lhe ofende diretamente.

Portanto, já não é mais tempo dos aplicadores do direito contemplarem apáticos a institucionalização de uma excrescência tão prejudicial ao trabalhador como a toda a coletividade, por extensão, apenas porque o “excesso de jornada” reclama uma contraprestação salarial maior, pressupondo-se ser do interesse do empregado. Não convém cruzar os braços, e simplesmente deixar a locomotiva do crescimento econômico passar como um rolo compressor sobre a dignidade do trabalhador, esmagando direitos sociais historicamente conquistados a sangue, suor e lágrimas.

Do axioma acima, seguem consequências jurídicas importantes que podem ser analisadas em estudo específico, no campo da interpretação dos princípios e normas, na perspectiva da dignidade do trabalhador, em prol de uma sociedade mais justa, que é o bem maior que almejamos aferir na luta pela efetividade dos direitos sociais fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pag. 13

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas Relações de Trabalho**. 1 ed. Rio de Janeiro: LTR, 2006, pag. 89 a 117. Material da 3ª aula da Disciplina Direitos Fundamentais e Tutelado

Empregado, Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho – UNIDERP

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 2 ed. Niterói: Impetus Ltda., 2007

COSTA, Armando Cassimiro. **Invocando Euclides da Cunha ao Ensejo do Dia do Trabalho**. In: Revista Ltr, ano 73, Legislação e Trabalho. São Paulo: LTR, 2009

LUNARD, Alexandre. **A Estruturação Positiva do Direito ao Lazer como Direito Fundamental**. In: Revista Acadêmica Direitos Fundamentais. Osasco/SP: Ano 2 n.2, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32 ed. São Paulo: LTR, 2007

PEREIRA et al. **Lazer - Um Caminho Para Aliviar as Tensões no Ambiente de Trabalho em UTI: uma concepção da equipe de enfermagem 1997**. In: DUMAZEDIER, J. **Lazer e cultura popular**. São Paulo: Perspectiva, 1973. <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v5n4/v5n4a10.pdf>

RUSSEL, Bertrand. **O Elogio ao Ócio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002

SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 204, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4731>>. Acesso em: 01 dez. 2009.

10. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E DANO MORAL POR ACIDENTE DE TRABALHO

Aimê Alves Moreira¹

RESUMO

O presente estudo se destina a analisar um dos mais importantes institutos do Direito Civil que se irradia, praticamente, sobre todas as esferas jurídicas, inclusive a trabalhista. As más condições de trabalho provocam riscos aos trabalhadores que já são conhecidos há muitos anos, mas que continuam a serem difundidos. O empregador deverá, portanto, adotar medidas de higiene e segurança, para prevenir doenças profissionais e acidentes de trabalho, respondendo civilmente pelos danos materiais e/ou morais causados ao empregado, pois a partir do momento em que o empregador não estiver fornecendo um ambiente nesses moldes, certamente estará descumprindo uma obrigação contratual.

Palavras-chaves: Acidente de trabalho. Responsabilidade do empregador. Dano Moral.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade é fruto da atividade humana, não sendo um fenômeno limitado exclusivamente à vida jurídica, pois ela se encontra presente em variados domínios da vida social, como na moral, nas relações jurídicas de direito público ou privado.

Nos primórdios, a responsabilidade jurídica era a própria responsabilidade moral, mas esta é muito mais ampla do que aquela. Com a evolução do tempo a responsabilidade jurídica se dividiu em responsabilidade penal, que ocorre quando há turbação social devido ao cometimento de uma infração penal; e em responsabilidade civil.

A responsabilidade é traduzida como a satisfação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis dessa violação, traduzidas em

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Estagiária da 5ª Vara Trabalhista do Fórum Maximiano Figueiredo.

Endereço eletrônico: aime_alves@hotmail.com

Rua da Candelária, nº 155, Manaíra, na capital da Paraíba. CEP: 580.38-620.

medidas que a autoridade encarregada de velar pela preservação do preceito lhe impunha, providências essas que podem, ou não, estar previstas. (CARDOZO, 2005, p.17-18).

Destarte a responsabilidade é o dever de responder por atos que impliquem prejuízo a terceiro ou violação da norma jurídica.

A idéia de reparação é um dos mais velhos pensamentos morais da humanidade. Tanto é que na moral cristã o arrependimento não basta para reparar o dano. Para que se cesse a responsabilidade, é preciso reparar o mal causado.

O prejuízo é quem regula a responsabilidade jurídica, de modo que, se não houver prejuízo, não haverá a incidência de responsabilidade. Logo, dano que acarreta responsabilidade poderá ser tanto material como moral.

1.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Para a teoria subjetiva ou clássica a responsabilidade implica na necessária existência do elemento culpa, podendo o dano dar-se por imperícia, imprudência ou negligência. Dentro desta concepção, só há responsabilidade se houver culpa ou dolo.

A culpa é a violação do dever sem a consciência de estar causando danos. O dolo, entretanto, consiste numa violação consciente do dever jurídico, bem como intencional de causar dano ao agente.

Mas existem situações em que a lei impõe ao agente a obrigação de reparar o dano mesmo que não tenha agido culposamente. É o que dispõe a teoria do risco ou objetiva, a dispor que todo dano é indenizável, devendo ser reparado por aquele que o praticou, independentemente de culpa, desde que haja nexo de causalidade entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal modo que se o fato não tivesse ocorrido, o dano não ocorreria.

Não se exige a prova de culpa do agente, pois esta é presumida pela lei, como no caso de culpa presumida do dono do animal que venha a causar prejuízos a alguém, ou em outros casos, decorre do próprio risco da atividade desenvolvida pelo responsável, para com terceiros.

O Código Civil brasileiro se filiou à teoria subjetiva, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos, como na Lei de Acidentes de Trabalho, Código de Defesa do Consumidor, Código brasileiro de Aeronáutica, entre outros.

As responsabilidades subjetiva e objetiva se conjugam e se dinamizam, ficando a segunda

circunscrita aos limites da primeira, tendo em vista a insuficiência da idéia de culpa e a autorização da lei, o autor poderá ser obrigado a reparar independente de ter agido com culpa.

1.3 REQUISITOS CARACTERÍSTICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Quando o agente, por meio de um liame de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado, age culposa ou dolosamente, vindo a causar prejuízos a outrem, terá a obrigação de reparar tal prejuízo, em virtude da sua responsabilidade civil.

São, então, pressupostos da responsabilidade civil: a) o dano, pois sem o qual não há o que indenizar; b) ação ou omissão do agente que poderá ter a responsabilidade derivada de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente e de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam; c) relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano proferido; d) culpa ou dolo, ressaltando-se que o nosso direito admite, em casos de culpa presumida ou de acordo com a teoria do risco, responsabilidade sem culpa.

2 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SAÚDE DO TRABALHADOR

O meio ambiente do trabalho é o local onde os trabalhadores desempenham suas atividades laborais.

A proteção ao meio ambiente de trabalho é essencial para que o trabalhador possa desenvolver suas atividades de modo que lhe seja assegurado incolumidade física-psíquica.

A probabilidade de ocorrer acidentes de trabalho e enfermidades profissionais em ambientes laborais inadequados, que não haja perfeitas condições de segurança, é bastante elevada, visto que os trabalhadores são submetidos a grande carga de *stress* funcional, tensão, fadiga e insatisfação.

A duração excessiva da jornada, a falta de repouso suficiente, trabalhos em turnos de revezamento, tarefas repetitivas, trabalho penoso, esforço físico, ambiente hostil, posturas inadequadas, intenso ritmo de trabalho e exposição inadequada a substâncias químicas são exemplos de causas geradoras de acidentes, doenças e envelhecimento precoce.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR DANOS CAUSADOS A SEUS EMPREGADOS

A regra geral é que a responsabilidade civil do empregador por danos causados a seus

empregados é subjetiva, posto que o mero risco econômico que assume o empregador não é suficiente para gerar a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao trabalhador.

Dallegrave Neto, em seu minucioso estudo, elenca as hipóteses de responsabilidade objetiva do empregador. São elas: quando o dano causado pelo empregador ao empregado decorrer de um inadimplemento de norma contratual que seja potencialmente apta a ocasionar danos ao empregado, ou proveniente da execução normal do contrato de trabalho, em face da assunção de risco da atividade econômica; quando o empregador não cumprir com o seu dever legal de vigilância e proteção do empregado durante o contrato de trabalho; quando o dano provier de acidente de trabalho em atividade normalmente de risco; quando os danos ambientais incidirem sobre a comunidade de trabalhadores; ou quando o ato praticado por empregado ou preposto em razão do contrato de trabalho vêm a causar danos a terceiro.

O empregador deverá manter, no estabelecimento, todo o material necessário aos primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade, bem como fornecer gratuitamente, equipamentos de proteção individual, em perfeito estado de conservação e funcionamento.

A omissão do empregador quanto ao fornecimento de equipamentos de proteção individual, capazes de reduzir os riscos da atividade desenvolvida, enseja responsabilização civil daquele, pois a empregadora tem o dever não só de fornecer os equipamentos de proteção individual, como de exercer fiscalização severa quanto ao seu uso. Assim, um empregado que realiza a pintura da parte externa de um prédio deverá ter acesso a todos os equipamentos necessários para que labore em um ambiente seguro, devendo o empregador inspecionar o uso de tais instrumentos, sob pena de responder civilmente, caso venha a ocorrer algum acidente de trabalho.

A respeito destaca-se a seguinte ementa:

Dano moral decorrente de acidente de trabalho – Dever de indenizar.

Deve o empregador zelar pela incolumidade física de seus funcionários, não só buscando a criação de um ambiente de trabalho livre de riscos – ou ao menos a minimização destes -, como também, nos casos em que o perigo se concretize, prestando a assistência devida para que as conseqüências do dano sejam as menores possíveis. Se não for a demandada hábil em prevenir o acidente, ao menos deve cuidar para que o atendimento do obreiro seja eficiente e, principalmente, imediato. Se o descanso da empresa implica prejuízo no socorro do empregado – perda de dois dedos da mão esquerda -, patente o dever de indenizar por parte da empresa pelos danos morais decorrentes”.

TRT – 10ª R – 1ªT – RO n. 388/2002 – Rel. Luiz V. Foltran – DJDF 24.5.2002 – p. 11 (RDT n.6 – junho de 2002)

Deverá o empregador, ainda, ter o dever de informação para com o trabalhador sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente

assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

4 DA RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELOS DANOS CAUSADOS AO EMPREGADO DECORRENTES DO ACIDENTE DE TRABALHO

Vislumbra-se duas correntes dominantes no que diz respeito à responsabilidade do empregador pelos danos causados ao empregado em razão do acidente de trabalho: a teoria da responsabilidade subjetiva e a teoria da responsabilidade objetiva em atividade de risco. Com menor prestígio doutrinário há a teoria que defende a responsabilidade objetiva do empregador, como regra geral. E por último, a teoria da responsabilidade subjetiva com culpa presumida do empregador, defendida por Mauro Schiavi, em sua obra *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho* (2007: 30-35).

4.1 TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR

Para essa teoria, a responsabilidade do empregador é sempre subjetiva, mesmo quando há atividades de risco, ou seja, só haverá responsabilidade do empregador se este agir com dolo ou culpa.

Tal teoria se fundamenta no artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal, não podendo o artigo 927 do Código Civil, em seu parágrafo, confrontar a Lei Magna.

4.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR PELA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO EMPREGADO NAS ATIVIDADES DE RISCO

Por essa teoria, a responsabilidade do empregador pelos danos oriundos do acidente de trabalho é objetiva, já que este assume o risco da sua atividade econômica.

Nas atividades de risco para a saúde do trabalhador, ou para sua integridade física, a responsabilidade do empregador é objetiva, em razão da aplicação teoria do risco criado.

O §1º do artigo 927 do CC não atrita com o artigo 7º, XXVIII, da CF, já que este último está inserido no rol de garantias mínimas do trabalhador, não impedindo que a lei ordinária preveja responsabilidade mais acentuada em situações peculiares, como a atividade de risco (SCHIAVI, 2007, p.28)

Neste pensamento, ressalva-se a seguinte ementa:

Em acidente do trabalho em que a atividade do empregado é, potencialmente, perigosa, responde o empregador pelo simples risco e somente estará isento da responsabilidade civil se restar comprovado que a hipótese foi de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. (TAPR – 4ª C. – Ap. 134.970-4 – Rela. Ruy Cunha Sobrinho – j. 16.06.1999 – RT 772/403).

Como a lei não traz a definição de atividade de risco, adota-se um critério subjetivo em que caberá ao juiz, no caso concreto, utilizando-se da equidade e razoabilidade, definir se a atividade é de risco ou não.

Vale, ainda, destacar que o risco a que se alude não é o meramente econômico, mas um risco mais acentuado de dano pessoal ao trabalhador.

Entretanto, nem sempre a responsabilidade do empregador é objetiva, pois ocorre casos em que a culpa ou dolo são exclusivos da vítima. É o que ocorre, por exemplo, por quem, por iniciativa própria, tenta manipular máquina da qual não tem pleno domínio e vem a se acidentar, não podendo pleitear indenização da empregadora que, para o evento, não concorreu culposamente. Neste caso, a culpa do empregador fica descaracterizada, não ensejando o dever de reparação do empregador.

Neste sentido destaca-se a seguinte ementa:

Para a responsabilidade civil do empregador por atos praticados à época da vigência do Código Civil de 1916, faz-se necessária a presença de três requisitos, a saber: a) o ato culposo ou doloso do empregador; b) o dano para o empregado; c) o nexo causal entre o ato e o dano causado ao empregado. Na hipótese, não obstante o reclamado ter incidido nos efeitos da revelia, o empregado agiu a seu bel talante, realizando a limpeza de orifício contendo lâmina cortante de uma máquina adubadeira com as próprias mãos e com o equipamento em funcionamento, não se podendo imputar ao empregador qualquer conduta culposa que pudesse contribuir com o ocorrido, de maneira que incabível a pretensão indenizatória do obreiro. (TRT23. RO - 02294.2007.051.23.00-6. Publicado em: 20/06/08. 1ª Turma. Relator: DESEMBARGADOR ROBERTO BENATAR).

4.3 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR PELA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO EMPREGADO NO ACIDENTE DE TRABALHO

Por essa teoria, o empregador responde, como regra geral, objetivamente pelos danos causados ao empregado, pois a reparação do dano é devida pela simples criação do risco. A obrigação de indenizar por ocorrência de acidente de trabalho não depende de prova de culpa, cabendo apenas a prova do dano e do nexo causal, aplicando-se a teoria do risco criado.

4.4 TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COM CULPA PRESUMIDA DO

EMPREGADOR PELOS DANOS CAUSADOS AO EMPREGADO NO ACIDENTE DE TRABALHO

A regra geral é que o empregador possui responsabilidade subjetiva no acidente de trabalho, pois não há como sustentar que em todos os casos a responsabilidade do empregador é objetiva, mas essa culpa é presumida porque decorre de uma atividade de risco exercida pelo empregado.

Cabe ao empregador tomar todas as medidas preventivas de lesões e acidentes laborais ao trabalhador, além de manter a salubridade do ambiente de trabalho, preservando a integridade dos empregados sendo, portanto, em casos de acidente de trabalho, sua culpa presumida.

O empregador deverá provar que observou todas as normas de segurança do trabalho e que o meio ambiente de trabalho encontrava-se equilibrado, feito isto, o ônus da prova de demonstrar a culpa transfere-se ao empregado.

Dada a previsibilidade do evento danoso é devida a indenização, ao empregado que acidenta-se no trabalho quando o empregador, sem oferecer devido treinamento requisita-o para operar máquina.

Neste sentido destaca-se a seguinte ementa:

Age culposamente a empresa que, sem submeter o trabalhador a nenhum treinamento específico, o requisita para operar em máquina, pois a ocorrência de acidente era previsível. (TJSP – 2ª C. – Eínfrs. Rel. Costa de Oliveira – j. 25.08.1992 – RT 695/82)

5 DO ACIDENTE DE TRABALHO E O DANO MORAL

O acidente de trabalho é aquele que ocorre quando o empregado está exercendo o seu trabalho ou quando está a disposição do empregador, provocando-lhe lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade laboral.

Além da responsabilidade objetiva da previdência (pagamento de auxílio-doença para aquele empregado que se encontra afastado do trabalho por mais de quinze dias; pagamento de auxílio-acidente para aquele empregado com seqüelas permanentes; e por aposentadoria por invalidez do trabalhador) o empregador poderá ser responsabilizado por culpa ou de forma objetiva, nas atividades de risco pela reparação por danos morais decorrentes do acidente ou doença profissional do trabalho.

A Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XXVIII, ao prever o seguro contra acidentes no trabalho, dispôs que isso não prejudicaria a indenização devida ao trabalhador em caso de dolo ou culpa do empregador. Logo, é distinta as ações acidentárias ajuizadas contra o INSS e a ação

indenizatória decorrente de acidente de trabalho.

A partir da ocorrência de um acidente de trabalho, poderão ocorrer três tipos de responsabilização: a contratual, com a eventual suspensão contratual e o reconhecimento da estabilidade acidentária; benefício previdenciário do seguro de acidente de trabalho, financiado pelo empregador, mas adimplido pelo Estado; e a de reparação civil.

O empregado também poderá pleitear por danos morais, pois as lesões decorrentes do acidente de trabalho atingem a sua integridade física e moral, sua capacidade de trabalho, sua estética, bem como prejudica futuras chances de conseguir outro emprego.

Os exemplos mais típicos de danos morais decorrentes de acidente de trabalho são a redução da capacidade de laborar, invalidez permanente, perda de membro ou função e deformação estética.

Na jurisprudência trabalhista, vale ressaltar a seguinte ementa:

Indenização por danos morais, estéticos e materiais – Lesões parcialmente incapacitantes para o trabalho – Omissão da reclamada quanto às regras de segurança – Acidente de trabalho – Obrigação de indenizar. O acidente de trabalho sofrido pelo empregado resultou em lesões que o incapacitaram parcialmente para o exercício de atividades laborativas, incumbindo à empregadora a obrigação de indenizá-las, diante de sua atitude culposa, consistente na omissão quanto às regras de segurança. (TRT 12ª R – 3ª T – ROV n. 2211/2005.027.12.00-3 – Ac. N. 677/06 – Relª. Gisele P. Alexandrino – DJ 23.01.06 – p.241) (RDT n. 2 – fevereiro de 2006)

6 DANO MORAL E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Já está pacificada na doutrina e na jurisprudência a competência da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal.

A controvérsia que persistiu mesmo após a Emenda Constitucional n. 45 foi relativa à competência para apreciação de pedido de compensação por dano moral ou material decorrente de acidente do trabalho.

6.1 DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA APRECIÇÃO DOS DANOS MORAIS DECORRENTES DO ACIDENTE DE TRABALHO

Uma das mais polêmicas questões que envolve a responsabilidade civil no âmbito do Direito do Trabalho, é a questão da competência.

Sob os prismas dos artigos 109, I, da CF e Súmula n.15 do STJ, afastava-se a competência da Justiça do Trabalho para apreciação de litígio atinente a danos morais e patrimoniais resultantes da relação empregatícia, sendo atribuída à Justiça Comum, pois a responsabilidade civil traz a idéia

de um ressarcimento por um dano provocado que seria originário do Direito Civil, não sendo possível admitir ou introduzir este instituto no campo trabalhista.

Tal entendimento era descabido, pois, os danos sofridos pelo empregado, provenientes dos acidentes do trabalho, estão diretamente relacionados à execução do contrato de trabalho, visto que resulta da não observância das normas regulamentares de segurança, higiene e saúde no ambiente de trabalho, previstas na legislação trabalhista. Pelo fato da controvérsia se dar entre empregado e empregador, controvérsia, portanto decorrente de relação de trabalho, deveria ser, assim de competência da Justiça do Trabalho.

Além disso, a Justiça do Trabalho é melhor aparelhada para apreciar tal matéria, pois o Juiz do Trabalho é mais sensível às peculiaridades do trabalho subordinado que o Juiz de Direito.

O STF, após alguma hesitação, em 29 de junho de 2005, ao decidir conflito de competência, alterou seu posicionamento e definiu, por unanimidade, pela competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ação reparadora de dano (material e/ou moral) decorrente de acidente de trabalho ajuizada pelo empregado contra o empregador.

Com a nova redação do artigo 114 dada pela EC 45/04 e a mudança de posicionamento do STF sobre o tema, parece estar pacificada a competência da Justiça do Trabalho para dirimir ações de reparação de danos morais decorrentes do acidente de trabalho.

Sobre a temática, destaca-se a seguinte ementa:

ACIDENTE DE TRABALHO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO FÍSICO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Sendo distinta a ação acidentária ajuizada contra o INSS (CF, art. 109, I, parágrafo 3º) e a ação indenizatória decorrente de acidente de trabalho (CF, art. 7º, XXVIII) e considerando que o empregado somente poderia, em tese, sofrer acidente de trabalho no exercício da sua profissão, ou seja, estando vinculado contratualmente a um empregador, não há como se afastar a competência material desta especializada para julgar ação de indenização por dano físico, nomeadamente porque é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a Justiça do Trabalho detém competência material para julgar ação de reparação por dano moral. São danos ontologicamente idênticos, porquanto derivam da mesma matriz – a relação de trabalho. Daí a inafastabilidade da competência desta Especializada.

(TST RR483206/98.4 – Ac. 4ª T., 27.09.00, Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho *in* LTr n. 65-04/456)

7 PRESCRIÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO

Outra questão bastante discutida diz respeito ao prazo prescricional da pretensão destinada a exigir do empregador uma compensação pelo dano moral sofrido pelo empregado.

O ramo do Direito onde nasce a pretensão é o que marca a prescrição, logo, para se determinar qual o prazo prescricional para determinado direito, é necessário investigar a natureza

jurídica da relação controvertida. Assim, se a relação jurídica for trabalhista, aplica-se a prescrição prevista no Direito do Trabalho (art. 7º, XXIX, da CF e art. 11, da CLT). Se a natureza for civil, aplicam-se as regras disciplinadas no Código Civil.

Divergem a doutrina e a jurisprudência quanto à aplicação, na hipótese estudada, do prazo prescricional.

Há entendimentos no sentido de que a indenização pelos danos morais e materiais oriundos do acidente de trabalho tem índole de verba trabalhista por ser um direito do trabalhador resultante da relação de trabalho, previsto no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal.

Neste sentido destaca-se as seguintes ementas:

Indenização por danos morais – Prazo prescricional.

Tratando-se de indenização por danos morais decorrente da relação de emprego havido entre as partes, a prescrição a ser aplicada é a preconizada no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988 e não aquela prevista no Código Civil Brasileiro de 2002. Recurso da reclamante ao qual se nega provimento.

(TRT 15ª R – 4ªT – RO n.424/2003.090.15.00-9 – Rel. Manuel Soares F. Carradita – DJSP 19.12.05 – p.56) (RDT n.01 – janeiro de 2006)

Dano moral na Justiça do Trabalho. Indenização.

Prazo de prescrição trabalhista e não civil. Quando em juízo estão litigando as partes do contrato de trabalho, ambas agindo na condição de empregado e empregador, e tendo por objeto a indenização por dano moral decorrente de alegado ato ilícito patronal, a pretensão de direito material deduzida na reclamatória possui natureza de crédito trabalhista que, portanto, sujeita-se, para os efeitos da contagem do prazo da prescrição, à regra estabelecida no art. 7º, XXIX, da CF/88, e não à prescrição vintenária prevista no art.177 do CÓDIGO Civil. Recurso de revista não concedido.

(TST – RR-540996/99 – 5ª T. – Rel. Juiz convocado Waldir Oliveira da Costa – DJ 15.12.2000, p.1053.

A indenização do dano moral, na Justiça do Trabalho, é considerada crédito trabalhista por ser decorrente da violação de um direito imaterial do trabalhador, durante uma relação de emprego ou de trabalho. Sendo crédito trabalhista, esta indenização fica sujeita à prescrição bienal prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Carta Política de 1988.

(TRT 9ª Região – RO 15384/97 – Ac. 2ª T, 013741/98 – Rel. Juiz Eduardo Gunther) *in* Revista LTr 62-09/1.282/1.283.

Entretanto, existem entendimentos que afirmam que a prescrição aplicável é a vintenária, caso a lesão tenha ocorrido sob a égide do Código Civil de 1916 ou a decenal do art. 205 do Código Civil de 2002, por tratar-se de dano pessoal.

Segue as seguintes ementas relativas a tal entendimento:

Dano moral – Prescrição vintenária – Justiça do Trabalho.

O prazo prescricional aplicável à reparação dos danos morais é de 20 anos (art. 177 do Código Civil), mesmo quando ajuizada na ação na Justiça do Trabalho. A definição dos prazos prescricionais decorre da natureza do direito material controvertido, pouco importando a competência do órgão que irá julgar a ação. (TRT 13ª Região, RO n. 00095/2001 – Relator Juiz Edvaldo de Andrade, j. 03.04.2001.)

Indenização por danos morais. Prescrição.

Observada a natureza civil do pedido de reparação por danos morais, pode-se concluir que a indenização deferida a tal título em lide cujo trâmite se deu na Justiça do Trabalho não constitui crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante do ato praticado no curso da relação de trabalho. Assim, ainda que justificada a competência desta Especializada para processar a lide não resulta daí, automaticamente, a incidência da prescrição trabalhista. A circunstância de o fato gerador do crédito de natureza civil ter ocorrido na vigência do contrato de trabalho, e decorrer da prática de ato calunioso ou desonroso praticado por empregador contra trabalhador não transmuda a natureza do direito, uma vez que o dano moral se caracteriza pela projeção de um gravame na esfera da honra e da imagem do indivíduo, transcendendo os limites da condição de trabalhador do ofendido. Dessa forma, aplica-se, na hipótese, o prazo prescricional de 20 anos previsto no artigo 177 do Código Civil, em observância ao art.2028 do novo Código Civil Brasileiro, e não o previsto no ordenamento jurídico-trabalhista, consagrado no art. 7, xxix, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e providos. (TST – E –RR- 00871-2002-900-02-00.4 – Ac. SDI-1 – Rel. Ministro Lélío Bentes Côrrea – DJ 5.3.2004).

Há, ainda, doutrinadores que defendem a imprescritibilidade do dano moral decorrente do acidente de trabalho, pois não se trata de um crédito trabalhista, mas de um bem jurídico referente á vida, á saúde física e/ou psíquica, á imagem etc. do trabalhador, nem se trata também de reparação civil, pois seu fundamento é constitucional.

Porém, em termos jurídicos, não se pode dizer que a indenização por danos morais e materiais referentes ao contrato de emprego, mesmo quando decorrentes de acidente de trabalho ou doença ocupacional, seja imprescritível, pois a indenização do dano moral e material não se confundem com os direitos em si, da personalidade, da integridade física, psíquica ou moral, bem como os pertinentes ao meio ambiente e às condições híidas de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4.ed, São Paulo: LTr, 2008.

CARDOZO, Hélio Apoliano. **História dinâmica da Responsabilidade civil**. São Paulo: Bookseller, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**. 2.ed, São Paulo: J.H Mizuno, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.7, 15.ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. v.3, 7.ed, São Paulo: Saraiva,2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Método, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v.4, 4.ed, São

Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9.ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Obrigações e responsabilidade civil**. v.2, 3.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes contratuais das obrigações e responsabilidade civil**. v.5, 4.ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

MARANHÃO, Daniel de Albuquerque; MONTENEGRO FILHO, Misael; PIRES FILHO, Ivon. **Responsabilidade civil: temas atuais**. Recife: Bagaço, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 17.ed, São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.3, 10.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o Novo Código Civil**. 2. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v.4, 9.ed, São Paulo: Atlas, 2009.

11. PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES REPARATÓRIAS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO

Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise do prazo prescricional nas ações de indenização por acidente de trabalho. Tal idéia surgiu em razão da dificuldade enfrentada pelos operadores do direito quanto à contagem do prazo devido à multiplicidade de correntes de entendimento sobre o tema. Trata-se de matéria controversa, que ganhou espaço após a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar as ações desta natureza, que antes eram processadas na Justiça Comum. Dessa forma, vários são os questionamentos por parte de seus aplicadores, tendo em vista a imperiosidade da prescrição, por ser instituto de ordem pública, que de um lado requer observância, mas por outro não há unanimidade quanto à corrente a ser aplicada.

Palavras-chaves: Indenização. Acidente de trabalho. Prescrição. Correntes.

INTRODUÇÃO

Infringido o direito, surge para o seu titular deste a pretensão, a qual se extingue pela prescrição. Segundo Clóvis Beviláqua (apud VENOSA, 2005, p. 597), “a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em conseqüência ao não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”. Assim, a prescrição torna inexigível a pretensão do direito material em razão da inércia de seu titular.

Embora seja a prescrição instituto de direito material, sua manifestação normalmente ocorre no plano processual, ou seja, é pronunciada no curso da ação, ajuizada com pedido de satisfação do direito material violado. Além disso, importante ressaltar que o instituto da prescrição é de ordem pública, devendo ser decretada de ofício pelo juiz, por expressa determinação da Lei nº 11.280/2006, em razão dos princípios da celeridade e da economia processual.

Muito se tem discutido a respeito da prescrição da ação de reparação de dano moral

¹ Advogada, especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 13ª Região

email: pollyvasconcelos@hotmail.com

Endereço: Rua José Augusto Trindade, nº 145, Tambaú, CEP 58039-020, João Pessoa/PB.

decorrente de acidente de trabalho, especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que expressamente atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para julgar as ações reparatórias de danos morais decorrentes da relação de trabalho.

São centenas de ações dessa natureza remetidas da Justiça Comum para a Justiça do Trabalho, a maioria proposta dentro do prazo prescricional previsto no Código Civil de 1916, ou no de 2002, que estavam, até o advento da referida Emenda, aptas ao julgamento no foro original perante o qual foram propostas.

Entretanto, a Justiça do Trabalho continua vacilante quanto ao prazo prescricional das ações acidentárias, sendo o tema objeto de grandes controvérsias na doutrina e na jurisprudência, não havendo, ainda, em nossos tribunais, orientação pacífica sobre qual prazo deve prevalecer.

Dessa forma, objetiva o presente estudo tecer algumas considerações sobre a matéria, para despertar a reflexão e o debate, em razão da atualidade do tema, principalmente pelo aumento de demandas na Justiça do Trabalho versado sobre reparação desta natureza.

1 PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES ACIDENTÁRIAS: correntes de entendimento sobre o tema

Após a pacificação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar as ações envolvendo danos morais decorrentes de acidente de trabalho, nossos magistrados vêm enfrentando dificuldades em aplicar a prescrição do direito de ação acidentária.

Os obstáculos são ainda maiores quando os autos são originários da Justiça Comum Estadual, pois, na maioria das vezes, o processo encontra-se estagnado há anos, sem qualquer impulso oficial ou, até mesmo, sem contestação. Nessas hipóteses, entre a distribuição da ação e a remessa para a Justiça do Trabalho, chega-se a passar mais de dois, três ou cinco anos.

Existem, pelo menos, quatro correntes sobre o prazo prescricional para as ações reparatórias acidentárias em face do empregador.

A primeira corrente sustenta a imprescritibilidade dessas ações por entender que decorrem de danos aos direitos da personalidade e, por essa natureza, a pretensão de postular indenização correspondente não estaria sujeita à prescrição.

Já para a segunda corrente, os prazos a serem aplicados são os previstos no inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal, de cinco e de dois anos, por serem considerados créditos de natureza trabalhista.

A terceira corrente entende que a reparação é de natureza civil e sustenta a aplicabilidade do prazo previsto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, qual seja, de três anos.

Por fim, quarta corrente entende ser aplicável o prazo genérico de dez anos, previsto no

artigo 205 do Código Civil, para as pretensões sem prazo especificado em lei.

Diante do exposto, passemos à análise das mencionadas correntes.

1.1 Primeira corrente: da imprescritibilidade

Antes de adentrarmos no tema propriamente dito, é imperioso fazer um apanhado conceitual acerca do dano moral e dos direitos da personalidade.

Tradicionalmente, a doutrina classifica o dano em patrimonial e moral. O dano patrimonial traduz a lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular; corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima ou aquilo que ela deixou de lucrar em virtude do dano. Sobretudo, a par desses direitos, que se refletem em uma expressão pecuniária, o homem ainda é sujeito de relações jurídicas que lhe representam um alto valor, descabidas de expressão econômica e que se prendem especificamente ao indivíduo. É o valor moral, cujo dano atinge bens de cunho personalíssimo.

Segundo Carlos Alberto Bittar (apud PAMPLONA FILHO, 2004, pp. 49-50), qualificam-se

como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntima da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

A indenização por dano moral é decorrente de um direito personalíssimo, pois é o constrangimento que alguém sofre em consequência de lesão a direito personalíssimo, ilicitamente causado por outrem.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que deve haver a reparação além do dano patrimonial da vítima, também nos casos de dano à imagem, à honra, ao nome etc., pois o bem tutelado é a dignidade da pessoa humana, disciplinado em seu artigo 1º, inciso III.

Nas palavras de Gustavo Tepedino (2001, apud FRANCO JÚNIOR),

a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial tornam-se fundamentos da República, ao mesmo tempo em que os valores inerentes à pessoa humana e um expressivo conjunto de direitos sociais são elevados ao vértice do ordenamento. A partir de então, todas as relações do Direito Civil, antes circunscritas à esfera privada, hão de ser revisitadas, funcionalizadas aos valores definidos pelo Texto Maior.

Observa-se, pois, que os avanços constitucionais permitiram o crescimento de mais uma vertente do Direito Civil, os chamados “Direitos da Personalidade”.

A personalidade surge com o nascimento com vida, antes do qual não há que se falar em sujeito de direito, não obstante a legislação assegurar proteção especial, resguardando os interesses do nascituro desde a sua concepção. No mesmo sentido, somente com a morte, real ou presumida, cessa a personalidade da pessoa natural.

Os direitos da personalidade são reconhecidos à pessoa humana perante si e em suas projeções na sociedade. São valores inatos ao homem, essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana.

A doutrina tradicional os admite limitando-os aos tipos legais previstos. Já a doutrina moderna posiciona-se no sentido de que os direitos da personalidade transcendem o direito positivo, uma vez que são direitos inerentes à condição humana e como tal não podem ser taxados de forma limitativa, pois a sociedade evolui fazendo surgir novas formas de agressão à personalidade humana, devendo igualmente ser repudiadas.

Importante ressaltar que ocorrendo lesão ou ameaça contra qualquer direito da personalidade, o titular pode exigir que cesse a ameaça ou a lesão, bem como pode reclamar indenização pelos danos sofridos.

Para os precursores desta vertente, essa categoria de direitos fundamentais constitucionais é garantida ao ser humano enquanto pessoa e não porque ostenta a condição de cidadão, trabalhador ou empregado. Para eles, não se trata de direito de natureza trabalhista, tampouco civil, mas de direito de índole fundamental que diz respeito à dignidade humana e não se perde a dignidade em razão do decurso de tempo.

Defensor da corrente, Francisco das Chagas Lima Filho (2006, p. 3288), explica:

Assim, os danos decorrentes da violação a direito fundamental como o direito à saúde, a vida, a integridade física ou mental do ser humano trabalhador ou não são de natureza pessoal e não trabalhista. Por conseguinte, não se lhe aplica o prazo previsto no inciso XXIX, do 7º da Constituição e nem aquele constante do artigo 206, parágrafo 3º, inciso V do Código Civil para o ajuizamento das ações de reparações civil inerentes aos danos causados ao patrimônio material.

Não obstante presente o entendimento mais favorável à proteção dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à integridade física, entendemos que a imprescritibilidade dos direitos da personalidade refere-se ao exercício desses direitos que, de fato, jamais prescrevem. O que prescreve é a pretensão à reparação por danos causados à vítima, para a qual há prazo fixado em lei. Não são discutidos os direitos da personalidade, mas somente sua violação, razão pela qual essa tese parece-nos indefensável.

1.2 Segunda corrente: da incidência do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal

Esta corrente embasa-se no argumento de que as reparações advindas de acidente de trabalho são créditos de natureza trabalhista, uma vez que o dano ocorreu na constância do pacto laborativo. Tal pensamento baseia-se nos prazos genéricos fixados pela norma constitucional, sustentando que o prazo de prescrição para o ajuizamento de ação tendo por objeto quaisquer verbas oriundas do contrato de trabalho, ainda que versem sobre danos extrapatrimoniais, é de cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, tanto para o trabalhador urbano como para o rural.

O principal fundamento deste entendimento reside na constatação de que a CLT está autorizada a utilizar-se a integrar a norma jurídica através do empréstimo de dispositivos de outros diplomas legais apenas em caso de omissão e desde que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais adotados pelo ordenamento jurídico trabalhista, conforme preconiza o artigo 8º, parágrafo único da CLT.

Ademais, sustenta-se que em razão da nova competência da Justiça do Trabalho para apreciar tais pretensões, o prazo só pode ser o trabalhista.

Para Sebastião Geraldo de Oliveira (2005, p. 276),

Entendemos, porém, que a indenização por acidente do trabalho é também um direito de natureza trabalhista, diante da previsão contida no art. 7º, XXVIII, da Constituição da República de 1988, devendo-se aplicar, portanto, a prescrição de cinco ou dois anos prevista no inciso XXIX do mesmo art. 7º. Esse argumento, sem dúvida, é de fácil acolhida porque a indenização, na hipótese, não deixa de ser “um crédito resultante da relação de trabalho”, mesmo que atípico, e o litígio tem como partes o empregado e o empregador.

Com a devida vênia, não vislumbramos esses argumentos, uma vez a aplicabilidade dessa norma resta mais que prejudicial ao trabalhador, que gozava de prazo bem mais amplo na Justiça Comum, eis que se aplicava o prazo previsto no Código Civil.

A circunstância de que o acidente tenha ocorrido no seio da relação de trabalho e de que tenha sido atribuída à Justiça do Trabalho a competência para julgamento dessa espécie de ação não induz a conclusão de que a indenização constitua crédito trabalhista. A prescrição é o exercício de uma pretensão que se fixa pela natureza jurídica do direito material, e não em razão da competência do órgão julgador.

Por outro lado, existem outros direitos na seara trabalhista os quais não compõem o rol do artigo 7º que não se sujeitam à prescrição prevista no inciso XXIX do mesmo artigo, a exemplo do FGTS, do crédito previdenciário, da anotação da CTPS para fins previdenciários, entre outros.

Desse modo, a prescrição no Direito do Trabalho deve ser vista levando-se em consideração os princípios e as peculiaridades que compõem esse ramo do Direito e, em especial, a hipossuficiência e a subordinação do trabalhador diante do empregador. Na esfera trabalhista, a interpretação deve ser feita em favor daquele a quem a norma pretende proteger, razão pela qual não acreditamos ser essa tese a que melhor atenda ao hipossuficiente.

1.3 Terceira corrente: da aplicação do artigo 206, § 3º, inciso V do Código Civil

Defende, esta corrente, a aplicação do artigo 206, § 3º, inciso V do Código Civil de 2002 por se tratar de direito de natureza civil, ainda que o julgamento seja proferido pela Justiça do Trabalho, uma vez que tal competência se estabelece em razão da relação jurídica vinculada à relação de trabalho, pouco importando que a demanda verse sobre direito material de natureza comum.

Aos que defendem esta corrente, os danos advindos de acidente de trabalho não se inserem no conceito de crédito trabalhista. Ao revés, trata-se de ação de reparação de dano decorrente de ato ilícito, ou seja, baseado na responsabilidade civil.

Assim, o prazo prescricional a ser aplicado às ações de reparação decorrentes de acidente de trabalho, para esta corrente, é de três anos, devendo ser observada, quando for o caso, a regra de transição prevista no artigo 2.028 do mesmo diploma, a qual estabelece que “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada” (IN: VADE MECUM, 2007). Ou seja, se o dano ocorreu antes de 11.01.1993, a prescrição é de vinte anos; se o dano ocorreu entre 12.01.1993 e 11.01.2003, a prescrição é de três anos e, se o dano ocorreu após 12.01.2003, a prescrição é de três anos.

Sem embargos, acatamos as argumentações desta vertente por entender que sua fundamentação jurídica é correlata e coerente. A responsabilidade civil pode ser vista como um dever jurídico imposto por lei em que o ofensor deve assumir as vicissitudes do ato ilícito por ele causado, ressalvadas as hipóteses de responsabilidade objetiva, quando não há necessidade do fato ter decorrido por ato do responsável.

Assim, aplica-se a responsabilidade civil aos danos causados aos empregados por atos omissivos ou comissivos do empregador que violar direitos subjetivos daqueles. Nesse caso, a violação do direito do empregado é que vai fazer surgir a pretensão e com ela o prazo prescricional.

Para André Araújo Molina (2007, p. 3971)

responsabilidade civil, seja de empregado ou de outros trabalhadores, que não estejam diretamente vinculadas aos artigos do Código Civil (mormente os artigos 186, 187 e 927, parágrafo único), razão pela qual é estúpida a clareza de que a causa de pedir próxima dessas ações são normas do Código Civil, de modo a vincular, por absoluto exercício de lógica jurídica, a aplicação das regras de prescrição dispostas neste mesmo diploma material civil, seja o de 1916 ou de 2002, conforme data em que ocorreu o dano.

Nesse mesmo sentido, também já decidiu a Primeira Turma do TST (apud MOLINA, 2007, p. 3975)

PRESCRIÇÃO – DANO MORAL E MATERIAL TRABALHISTA – 1. O prazo de prescrição do direito de ação de reparação por dano moral e material trabalhista é o previsto no Código Civil. 2. À Justiça do Trabalho não se antepõe qualquer obstáculo para que aplique prazos prescricionais diversos dos previstos nas Leis trabalhistas, podendo valer-se das normas do Código Civil e da legislação esparsa. 3. De outro lado, embora o dano moral trabalhista encontre matrizes específicos no Direito do trabalho, a indenização propriamente dita resulta de normas de Direito Civil, ostentando, portanto, natureza de crédito não-trabalhista. 4. Por fim, a prescrição é um instituto de direito material e, portanto, não há como olvidar a inarredável vinculação entre a sede normativa da pretensão de direito material e as normas que regem o respectivo prazo prescricional. 5. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – RR 1162/2002-014-03-00.1 – 1ª T. – Red. p/o Ac. Min. João Oreste Dalazen – DJU 11.11.2005).

Assim, ainda que justificada a competência da Justiça Especializada, entendemos que a ação de reparação decorrente de acidente de trabalho não constitui crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho, sendo aplicável, portanto, o prazo prescricional de três anos para as pretensões dessa natureza.

1.4 Quarta corrente: da aplicabilidade do artigo 205 do Código Civil

Aos que adotam essa corrente, o fazem por entender que não trata a reparação por dano decorrente de acidente de trabalho de crédito trabalhista, nem de reparação civil, uma vez que a reparação buscada decorre da violação a um direito fundamental inerente à pessoa humana e aos direitos da personalidade, a quem a Constituição Federal assegura o direito à indenização pelo dano material ou moral.

Dessa forma, a previsão do direito à indenização por acidente de trabalho seria constitucional e não civil ou trabalhista. Seriam, na verdade, danos pessoais e, por tal razão, não se aplicaria o prazo previsto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, tampouco o prazo disposto no artigo 206, § 3º, do Código Civil, eis que a reparação civil prevista neste dispositivo envolveria apenas dano de natureza patrimonial.

Portanto, ante a inexistência de previsão legal, o prazo prescricional para as pretensões decorrentes de acidente de trabalho, para os defensores desta tese, é o prazo genérico de dez anos

previsto no artigo 205 do Código Civil.

Eis a explicação de Raimundo Simão de Melo (2007, pp. 3664-3665)

A previsão desse direito, portanto, é constitucional, não se lhe podendo mais dar natureza de direito civil. Não se trata de mero direito trabalhista ou civil, repita-se, mas de direito de índole constitucional humana-fundamental, independente do ramo do Direito em que praticada a ofensa. (...) Portanto, como as reparações por acidente de trabalho (dano pessoal) não são de natureza trabalhista e nem civil e, inexistindo dispositivo legal regulando expressamente o prazo de prescrição para as pretensões decorrentes das mesmas, deve ser aplicado subsidiariamente o prazo geral de dez anos (CC, art. 205). A norma civil deve ser utilizada, repita-se, não porque se trate de uma pretensão de reparação civil no sentido estrito, mas porque é a lei civil, que socorre nos casos de omissão regulatória sobre a prescrição no Direito brasileiro, ou seja, quando não há prazo expresso de prescrição sobre determinada pretensão, aplica-se o geral, de dez anos.

Com todo o respeito ao ilustre autor, não acolhemos o seu entendimento pelo simples fato de que encontramos no artigo 206, § 3º, a previsão para as pretensões dessa natureza, conforme exposto no item anterior. Entendemos que a reparação civil mencionada no referido dispositivo não diz respeito aos danos patrimoniais em sentido estrito, mas sim aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, onde se insere o dano moral, e ambos sujeitam-se à reparação quando violados.

Por esse motivo, não vislumbramos a hipótese da aplicação desta corrente nas ações acidentárias.

2 INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

A violação do direito da vítima de acidente de trabalho se concretiza com a ocorrência do evento acidentário ou exposição a agentes nocivos à saúde. Por outro lado, o prazo prescricional para as pretensões daqueles que forem violados em seus direitos subjetivos deve ser contado da ciência inequívoca pela vítima da incapacidade laboral ou redução da mesma.

Assim, não se leva em conta a data da extinção do contrato de trabalho, nem a data do evento acidentário ou do aparecimento da doença, mas sim a data do diagnóstico médico-pericial, quando o trabalhador toma conhecimento, de forma inequívoca da lesividade e sua extensão.

Nesse sentido já decidiu o STF e o STJ, nas respectivas Súmulas:

Súmula 230 do STF: “A prescrição da ação de acidente de trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade”

Súmula 278 do STJ: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, concluímos que várias são as correntes de entendimento sobre o prazo prescricional a ser aplicado nas ações reparatórias de acidente de trabalho. Entendemos, como já explicitado acima, que o prazo a ser aplicado é o do artigo 206, § 3º do Código Civil, qual seja, de três anos. Entretanto, qualquer que seja o prazo prescricional a ser aplicado, tem o Magistrado trabalhista o dever constitucional de observar a lei que melhor se ajuste à matéria, agindo com rigor e justiça em tais causas, pois somente assim poderá incluir no mercado de trabalho uma situação de guarda e segurança do trabalhador, a fim de que seja assegurada a sua dignidade, não só na qualidade de trabalhador, mas de pessoa humana, pois essa é a finalidade maior do nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Vade Mecum**: Constituição Federal, Códigos, CLT, Estatutos, Legislação complementar, Súmulas, Índices. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANDO JÚNIOR, Raul de Mello. **Fundamento constitucional do direito civil**. Disponível em: <http://www.raul.pro.br/artigos/art-geral.htm>. Acesso em: 13 mai. 2008.

FONSECA, J. G. da. Prescrição das ações reparatórias de dano moral por acidente do trabalho. **O Trabalho**. n. 126, 2007.

LIMA FILHO, F. das C. Dignidade humana – prescrição da ação de danos morais em acidente de trabalho. **O Trabalho**. n. 111, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/testo.adp?id=4445>. Acesso em: 13 mai. 2008.

MELO, R. S. de. Prescrição nas ações acidentárias. **O Trabalho**. n. 119, 2007.

MOLINA, A. A. A prescrição das ações de responsabilidade civil na Justiça do Trabalho. **O Trabalho**. n. 125, 2007.

MUNIZ, A. de P.. A prescrição no acidente do trabalho. **O Trabalho**. n. 132, 2008.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. São Paulo: LTR, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAROSKI, M. V. A prescrição da ação de reparação por dano moral no contrato de trabalho. **O Trabalho**. n. 86, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2005.

12. DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL COLETIVO COMO COMPLEMENTO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL DA EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Jenete Monteiro Fernandes (Esp.)¹

RESUMO

A questão da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes em todas as suas modalidades é preocupante por tratar-se de um fenômeno encontrado em expansão em todo o mundo e, especialmente, considerando-se que as vítimas são pessoas em processo de desenvolvimento biopsicossocial e espiritual. Os danos causados às crianças e adolescentes são inúmeros e, muitas vezes, permanecem ao longo da vida, mas, além destas, também a sociedade se vê agredida em um de seus maiores valores: a profanação da inocência de suas crianças. A dificuldade da sanção através da legislação penal específica tem contribuído para a impunidade dos infratores, o que leva muitas vezes a coletividade a nutrir um sentimento de descrença no poder público. Além da responsabilização criminal do infrator, sua responsabilização por dano moral coletivo perante a Justiça do Trabalho constitui um elemento a mais para desestimular a prática, e amenizar os efeitos deletérios dela decorrentes.

Palavras-chaves: Crianças e adolescentes. Exploração sexual comercial. Dano moral coletivo.

INTRODUÇÃO

A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é um fenômeno que ocorre em esfera mundial e que tem mobilizado organizações não-governamentais, governamentais e diversos setores da sociedade de vários países, no sentido de serem discutidos encaminhamentos para combater essa prática que tem vitimizado milhares de seres humanos.

É um grave atentado aos direitos das crianças e dos adolescentes. Ela é caracterizada pelo uso de crianças ou adolescentes, seja com o fim de manter relações sexuais com adultos, seja utilizando-os para a produção de materiais pornográficos, como revistas, fotografias, filmes, vídeos e sites da Internet, sendo uma realidade tanto nos grandes centros urbanos como em pequenas

¹Endereço para contato: Praça Tiradentes, 97, Torre, João Pessoa/PB, 58040-160
fone (83)88040623 – jenetempf@hotmail.com
Instituição: Ministério Público do Trabalho

idades. O fenômeno adquire contornos diversos e conta com a ação organizada de redes que reduzem meninas e meninos à condição de mercadoria, tratados como objeto, para dar prazer ao adulto.

O I Congresso Mundial Contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes realizado em Estocolmo em 1996 definiu que exploração sexual comercial é o abuso sexual cometido por adulto com remuneração à criança e ao adolescente, onde estes são tratados como objeto sexual, uma mercadoria, constituindo uma das piores *violações dos direitos humanos*, e sendo identificada por muitos órgãos nacionais e internacionais como uma *forma moderna de escravidão*. O Congresso classificou a exploração sexual comercial em quatro modalidades: tráfico para fins sexuais, prostituição, turismo sexual e pornografia.

O mercado do sexo é formado por redes, organizações, agentes de exploração do corpo para se obter lucro ou dinheiro sob diferentes formas: compra e venda de crianças, leilões de virgindade, pornoturismo, bordéis, tráfico, pornografia. Usam-se hotéis, motéis, agências de turismo, rede de tráfico, Internet, “agentes da noite”, centros de diversão, comércio de saunas e massagens, pontos de bares e restaurantes, funcionários de empresas, policiais. As redes envolvem grupos de aficionados ou viciados, de pedófilos, não raro de altas camadas sociais (FALEIROS, V., 1998).

A Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho classifica a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes como uma das piores formas de trabalho infantil.

Dados divulgados no II Congresso Mundial contra a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, realizado em Yokohama, em 2001, revelam que, a cada ano, um milhão de crianças e adolescentes são explorados sexualmente ao redor do mundo, e, anualmente, cem mil crianças são vítimas de exploração sexual no Brasil. Estudos sobre o tema indicam que, além da inserção feminina no mercado sexual, há a masculina. Também foi evidenciado o aumento da inserção nessas atividades de crianças e adolescentes das classes média e popular. Existem variações na faixa etária, mas as idades entre 12 e 18 anos são as mais comuns. A maioria é afro-descendente e migra internamente ou é enviada para fora do país (PESTRAF, 2002).

Também na internet, principal meio de comunicação da vida moderna, a exploração sexual de crianças e adolescentes encontra a sua disseminação. Desenvolvida durante a Guerra Fria, quando os Estados Unidos e a União Soviética disputavam a hegemonia política, econômica e militar, inicialmente com a idéia de criar uma rede de comunicação entre as bases militares que não pudesse ser destruída. A partir da década de 1990, passou a ser utilizada por instituições educacionais e de pesquisa, empresas, organizações e indivíduos.

Com o crescimento do número de usuários, surgiram graves problemas relacionados ao uso indevido para a prática de crimes e violações contra os Direitos Humanos, como o aliciamento,

produção e difusão em larga escala da pornografia, racismo, neonazismo, intolerância religiosa, homofobia, entre outros considerados crimes cibernéticos atentatórios aos Direitos Humanos presentes na rede.

A SAFERNET Brasil, Central Nacional de denúncias contra crimes cibernéticos, atua na América Latina e Caribe, recebendo denúncias envolvendo páginas contendo evidências dos crimes cibernéticos, neles incluídos a exploração sexual de crianças e adolescentes, nas suas diversas modalidades. No período de 1º de setembro de 2010 a 1º de outubro de 2010, por exemplo, foram 2.222 denúncias de pornografia infantil.

Segundo o site da SAFERNET Brasil, o uso da Internet no Brasil já atingiu mais de 68 milhões de usuários, dos quais parcela significativa tem entre 2 e 17 anos de idade. A utilização da Internet foi rapidamente incorporada aos hábitos dos brasileiros configurando uma nova geração, habituada ao uso constante e prolongado de diferentes tecnologias de comunicação desde a tenra infância, oferecendo ricas oportunidades para o desenvolvimento de habilidades cognitivas, de comunicação e socialização para nossas crianças e jovens, devendo seu uso ser estimulado, mas, como outros espaços públicos, a Internet requer cuidados, principalmente para proteger crianças e adolescentes dos riscos advindos de seu uso.

A pornografia infantil, uma das modalidades da exploração sexual de crianças e adolescentes, pode ser definida como a produção, utilização, exibição, comercialização de material (fotos, vídeos, desenhos) com cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes ou imagens das partes genitais destas, com fins sexuais (CHILDHOOD, 2006), é todo material áudio-visual utilizando crianças num contexto sexual (LEAL, 1999).

A pedofilia é muitas vezes utilizada pela mídia e até mesmo por algumas instituições como sinônimo de pornografia mas, segundo o dicionário Aurélio, a pedofilia consiste na *“parafilia representada por desejo forte e repetido de práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes”*. É um desvio da sexualidade que leva um indivíduo adulto a se sentir sexualmente atraído de modo compulsivo por crianças e adolescentes.

Apesar da confusão na utilização dos termos, fica claro que a pedofilia é uma doença, um distúrbio, um desvio sexual e um pedófilo pode nunca ter praticado um crime sexual contra uma criança ou adolescente. O que pode ser considerado crime, são as conseqüências do comportamento do pedófilo. Já a pornografia, é um crime tipificado no artigo 241 do estatuto da Criança e do Adolescente.

Mais do que o abuso direto de crianças usadas para a sua elaboração, as quais sofrem danos físicos e emocionais, a pornografia infantil em veiculação de massa atua como estímulo erótico gerador de maior demanda pedófila no mercado sexual, alimentando o ciclo de exploração sexual

comercial. O site censura.com.br noticia a existência de um comércio onde fotos e vídeos de crianças são vendidos e chegam a movimentar U\$S 5 bilhões por ano no mundo. Informa ainda que, conforme dados de uma pesquisa realizada nos EUA, de cada 5 crianças que navegam na internet, uma recebeu proposta de um pedófilo, e uma a cada 33 já se comunicou, através de telefone e recebeu dinheiro ou passagem para se encontrar com um criminoso.

O Relatório do ano de 2009 da ONG italiana Telefono Arcobaleno sobre a pedofilia, afirma que esta aumentou em 16,5% em relação ao ano de 2008, sendo criados 135 novos sites de pornografia na Internet por dia. Este é o quadro que emergiu a partir do "14º Relatório Anual sobre Pornografia on line" divulgado pela Telefono Arcobaleno (Observatório Internacional), em 2009.

Ainda de acordo com a ONG italiana, a pornografia online envolve crianças cada vez menores, apenas 1% das quais são identificadas, contudo, não existem dados efetivos sobre este mercado virtual, que realmente explora as fotos e filmes de abusos e atos de violência reais. Apenas um site de pornografia gera mais de 100 mil clientes - dos quais 60% são europeus. Do ponto de vista geográfico, a Europa e os Estados Unidos são os líderes em termos de difusão e consumo de matérias de pornografia infantil.

Alemanha, Holanda, Estados Unidos, Rússia, Chipre, Canadá, Hungria, Suíça, Espanha e Tailândia estão no gráfico de posições como os dez países que mais hospedam os sites denunciados.

Em 2007, a Polícia Federal deflagrou a primeira grande operação de combate à pornografia na internet originada no Brasil, a Carrossel 1. Depois de rastrear por seis meses a troca de arquivos pornográficos na rede, a PF obteve 103 mandados de busca e apreensão em catorze estados, mais o Distrito Federal. Um sucesso em termos de alcance e um fiasco do ponto de vista do número de presos: apenas três. Isso ocorreu porque, até então, só se podia prender em flagrante quem estivesse enviando ou recebendo arquivos ilegais no momento em que fosse abordado pela polícia. A posse de material pornográfico infantil não era crime. Hoje é. Além disso, as penas para quem produz, distribui, arquiva e vende material ilegal podem ser aplicadas de forma cumulativa: quem alicia uma criança para participar de um vídeo pornográfico, produz, guarda e vende o material, por exemplo, pode pegar de 20 a 40 anos de prisão (Revista Veja, edição 2105, março/2009).

Apesar da empresa Google (responsável também pelo Orkut) ter assinado um termo de ajustamento de conduta com Ministério Público Federal do Estado de São Paulo, em 2008, para a criação de ferramentas de bloqueio a páginas que contenham material pornográfico com crianças e adolescentes, ainda foram encontrados, pela CPI do Senado que investiga casos de pedofilia, conteúdos, desse tipo em mais de 1,2 mil vídeos no *YouTube*, comprado pelo provedor.

Quando foi acertado com representantes da Google a assinatura do termo de ajustamento de conduta, a empresa requereu prazo de um ano para criar as ferramentas necessárias, com o objetivo

de coibir o acesso a materiais de pornografia infantil, contudo, o que se verifica, é que as ferramentas implementadas não são suficientes para impedir a prática.

Na ocorrência da exploração sexual comercial, não são apenas as crianças e adolescentes que são agredidas, mas toda a coletividade.

A vida em sociedade implica a obediência e respeito aos direitos alheios. Todo indivíduo, portanto, tem o dever de não praticar atos nocivos, danosos ou prejudiciais a outro indivíduo, dos quais resultem ou possam resultar-lhes prejuízos. Cada indivíduo tem sua carga de valores, e a comunidade, por ser um conjunto de indivíduos, tem sua dimensão ética. O sentimento de despreço e a inquietude gerados pelos danos coletivos acarretam uma lesão moral que deve ser reparada coletivamente.

Para Medeiros Neto (2004), a ideia e o reconhecimento do dano moral coletivo, bem como a necessidade de sua reparação, constituem mais uma evolução nos contínuos desdobramentos do sistema de responsabilidade civil, significando a ampliação do dano extrapatrimonial para um conceito não restrito ao mero sofrimento ou à dor pessoal, porém extensivo a toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, a qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade e que refletem a dignidade de seus membros.

É grande o sentimento de indignação causado na coletividade, quando esta toma conhecimento de que crianças e adolescentes estão sendo vítimas de atos de exploração sexual comercial, em qualquer de suas modalidades, e, principalmente em um meio de grande difusão como a internet.

Toda a sociedade sente-se agredida e aviltada, ao ver profanada a inocência de suas crianças, sendo atingida em um de seus valores mais íntimos: a integridade moral daqueles seres que representam o futuro de uma nação.

A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes leva estes seres, ainda em formação, à total degradação, desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e ferindo sua dignidade pessoal, valor este que representa uma fonte elevada de satisfação espiritual para todo ser humano e que se encontra albergado no seio social e coletivo.

Não há como negar, então, que o dano moral emergente da conduta não se restringe às pessoas envolvidas, mas a toda coletividade, haja vista que a ordem jurídica transgredida importa em despreço da sociedade em que estão inseridos os cidadãos e, embora atinja um determinado grupo, causa um descompasso social que retira o sossego e a paz de toda a coletividade, que espera realmente do sistema jurídico uma resposta eficaz que combata e previna o dano a ela causado.

É indiscutível que o valor da indenização pelos danos morais coletivos, representada em dinheiro, não tem a mesma função reparadora, própria da indenização por danos materiais, já que

não se direciona à vítima. Mesmo não sendo possível aferir o valor que corresponda a um perfeito pagamento dos danos sofridos pela coletividade, a reparação sempre será considerada como uma forma de compensação ou mesmo uma pena indenizatória, para conter a ação lesiva do agente causador.

Assim, um valor considerado excessivamente elevado para o caso concreto deve ser visto como razoável, para alertar não só ao causador do dano, mas a todos os demais causadores potenciais do mesmo dano, que tais comportamentos são inadmissíveis perante o Direito.

É imperioso, portanto, fazer o infrator apreender, pela sanção imposta, a força da reprovação social e os efeitos deletérios decorrentes de sua conduta.

Afirma o artigo 127 da Constituição Federal: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Considerado o guardião da sociedade, cabe ao MP ingressar com a ação civil pública (Lei nº 7347/85) que corresponde a um instrumento constitucional vocacionado à proteção dos direitos fundamentais de dimensão coletiva, sem restrição à área de sua manifestação, quando ameaçados ou lesados, tornando-se uma destacada via processual de concretização do princípio de acesso à justiça, constituindo-se no instrumento de maior relevância na seara dos interesses transindividuais, ou seja, daqueles interesses relacionados a um grupo, categoria ou coletividade de pessoas. Esta tornou-se o principal instrumento processual utilizado pelo *parquet*, por se prestar, por excelência, à defesa dos valores coletivos em geral, na hipótese de ocorrência de danos causados à sociedade e, especialmente, de dano moral coletivo, inclusive em se tratando de dano moral coletivo decorrente da exploração sexual de crianças e adolescentes.

No que concerne à destinação da parcela pecuniária correspondente à reparação do dano moral coletivo, de acordo com o artigo 13 da mencionada lei, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Na reparação do dano moral coletivo, o direcionamento da parcela pecuniária ao Fundo é de importância indiscutível, por apresentar lesão dispersa no âmbito da coletividade. Deve-se ter em conta que a reparação em dinheiro não visa a reconstituir um bem material passível de quantificação, e sim oferecer compensação diante da lesão a bens de natureza imaterial sem equivalência econômica e sancionamento exemplar ao ofensor.

O número de casos e pessoas envolvidas nos casos de exploração sexual comercial e, principalmente, em casos de pornografia via internet, aumenta assustadoramente, sendo

imprescindível, portanto, que sejam tomadas medidas enérgicas com a finalidade maior de desestimular tanto os que já atuam, quanto os que pretendem se envolver com esse tipo de atividade.

As indenizações, fruto da reparação do dano moral coletivo, por se referir a interesses transindividuais da mais alta relevância para a sociedade, prestam-se, em grande escala, a desarticular o esquema de pessoas e, até mesmo de empresas envolvidas no esquema.

De acordo com o parágrafo 3º do artigo 1º da Lei nº 9.008/95, os recursos arrecadados deverão ser aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos e científico e também na edição de material informativo, especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relacionadas às áreas atingidas.

É de fundamental importância que o Juiz arbitre um valor, valendo-se do bom senso e proporcionalidade, levando em conta, para a sua quantificação, a extensão da conduta praticada contra a criança ou adolescente, a repercussão, a situação econômica dos ofensores, a intensidade do efeito negativo do dano infligido à coletividade, a gravidade das conseqüências geradas, tudo isso, tendo como norte, a questão do caráter compensatório e, sobretudo, do preventivo-pedagógico.

Não se pode olvidar que, em determinados casos de ocorrência de dano moral coletivo, o ofensor pode apresentar situação patrimonial desfavorável, impossibilitando, por conseqüência, efetivar-se a reparação pecuniária fruto de condenação judicial oriunda de ação coletiva, por absoluta ausência de bens passíveis de execução.

Nada impede, assim, na ausência de idoneidade patrimonial do lesante, que a reparação do dano moral coletivo incida sobre a sua esfera pessoal por meio da imposição, na sentença ou, posteriormente, em sede de execução, de cominações ou sanções em obrigações de fazer ou não fazer e no cerceamento de alguns direitos.

Caberá, então, ao prudente arbítrio do Juiz, a partir do que for requerido pelo ente legitimado na ação ajuizada e das circunstâncias reveladas no caso concreto, estabelecer a melhor forma de reparação, de acordo com o que cada situação exigir, sempre de maneira a traduzir, o máximo possível, a dupla função da reparação do dano moral, especialmente em sede de interesses transindividuais, sancionar o lesante e oferecer uma compensação à coletividade em face da lesão sofrida.

A morosidade da justiça penal e o excesso de benefícios concedidos aos réus gera na coletividade o sentimento de impunidade e de injustiça, por acreditarem seus membros que os responsáveis por tão abomináveis práticas podem ficar isentos de sofrerem qualquer sanção.

O Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba proferiu, em junho de 2010, um acórdão inédito

no Brasil, reconhecendo a competência dessa justiça especializada para processar e julgar a Ação Civil Pública com pedido de dano moral coletivo, condenando 11 pessoas pela exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, essa se dando na modalidade de prostituição.

Diante desse novo contexto que surge no âmbito da justiça brasileira, a sociedade espera a disseminação do exemplo dado pela justiça trabalhista paraibana, aguardando que haja, por parte dos demais tribunais brasileiros, o reconhecimento do instituto do dano moral coletivo decorrente da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, e da necessidade de sua efetiva reparação, pela Justiça do Trabalho, principalmente com o desenvolvimento do turismo e com o crescimento do número de usuários da internet, contribuindo, assim, para que essas condutas não venham a se multiplicar no seio da coletividade, causando tão graves desequilíbrios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 9 de outubro de 2010.

_____, **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Lei da Ação Civil Pública. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1990.htm. Acesso em 9 de outubro de 2010. 09/10/2010.

_____, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1990.htm. Acesso em 9 de outubro de 2010.

_____, **Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9008.htm. Acesso em 9 de outubro de 2010.

CHILDHOOD. **Navegar com segurança**: protegendo seus filhos da pedofilia e da pornografia infanto-juvenil na internet. 2006. Disponível em <http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2008/11/Navegar-com-Seguran%C3%A7a-2008-1.pdf>. Acesso em 6 de outubro de 2010.

FALEIROS, Vicente de Paula. A violência sexual contra crianças e adolescentes e a construção de indicadores: a crítica do poder, da desigualdade e do imaginário. In: LEAL, Maria de Fátima Pinto; CÉSAR, Maria Auxiliadora (Orgs.). **Indicadores de violência intra-familiar e Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes**: relatório final da oficina. Brasília: CECRIA, 1998.

LEAL, Maria Lúcia Pinto. **A Exploração Sexual Comercial de Menino, Meninas e Adolescentes na América Latina e Caribe: Relatório Final - Brasil**. Brasília, CECRIA, 1999.

LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra. Exploração sexual comercial infanto-juvenil: categorias explicativas e políticas de enfrentamento. In: LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra; SOUSA, Sônia M. Gomes (org.). **A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil**: reflexões teóricas,

relatos de pesquisas e intervenções psicossociais. São Paulo: Casa do psicólogo, 2004.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTR, 2004.

OIT-IPEC. **A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes na legislação brasileira: lacunas e recomendações**. 2002. Disponível em http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/a_exploracao_sexual_comercial.pdf. Acesso em 6 de outubro de 2010.

PESTRAF. **Pesquisa Sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial: Relatório Nacional**. Brasília: CECRIA, 2002.

SAFERNET Brasil. **Relatório alunos Paraíba 2009**. Disponível em <http://www.safernet.org.br/site/prevencao/pesquisas>. Acesso em 5 de outubro de 2010.

TELEFONO ARCOBALENO. **14th, Annual Report: against on line child abuse and sexual exploitation**. 2009. Disponível em http://www.telefonoarcobaleno.org/report2009-eng_web.pdf. Acesso em 6 de outubro de 2010.

13. VALE-TRANSPORTE E MODO DE FORNECIMENTO PELO EMPREGADOR: Aspectos Constitucionais Relevantes

Luiza Oliveira Nicolau da Costa¹

1 BREVE INTRODUÇÃO AO TEMA

A Lei nº. 7.418, de 1985, instituiu o Vale-Transporte como direito do trabalhador a cargo do empregador, pessoa física ou jurídica, a fim de cobrir despesas efetivas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa, equiparando aos mencionados trabalhadores, para os benefícios desta lei, os servidores públicos da Administração Federal direta e indireta. A saber:

Art. 1º. Fica instituído o Vale-Transporte, que o empregador, pessoa física ou jurídica, poderá antecipar ao trabalhador para utilização efetiva em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa, mediante celebração de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho e, **na forma que vier a ser regulamentada pelo Poder Executivo**, nos contratos individuais de trabalho.

Nos exatos termos da lei e para uma melhor compreensão do tema, convém consignar que a concessão deste benefício implica na aquisição, pelo empregador, dos Vales-transporte necessários aos deslocamentos do trabalhador no percurso residência-trabalho e vice-versa, no serviço de transporte que melhor se adequar (Art. 4º). Ademais, em seu art. 2º, o diploma legal estabelece expressamente que **o benefício, concedido nas condições e limites definidos nesta Lei**, no que se refere à contribuição do empregador, **não terá natureza salarial** nem se incorporará à remuneração para quaisquer efeitos, **não constituirá base de incidência de contribuição previdenciária** ou de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e também **não se configurará rendimento tributável do trabalhador**.

O referido instrumento normativo assegurou, outrossim, tais benefícios aos empregadores que proporcionarem, por meio próprios ou contratados, em veículos adequados ao transporte coletivo, o deslocamento integral de seus trabalhadores.

¹advogada, pós-graduanda em Direito do Estado e autora do livro “Neoconstitucionalismo: o modelo jurídico do Estado Constitucional de Direito”.

Currículo: Formada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ, desde dezembro de 2008, atualmente exerce a advocacia e está em fase de conclusão de pós-graduação em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera –UNIDERP. É também autora do livro “Neoconstitucionalismo: o modelo jurídico do Estado Constitucional de Direito”. Reside na Rua Doutor Arnaldo Escorel, 310, Bairro Tambauzinho, João Pessoa/PB. Tem como telefone residencial: (83)3244-3208; celular: (83)8770-1706 e endereço eletrônico: luiza_oncosta@hotmail.com

A fim de regulamentar o referido instituto, e conforme determinação legal, foi editado posteriormente, em 1987, pelo Poder Executivo Federal, o Decreto 95.247 que veio proibir, veementemente, a concessão de tal benefício mediante pagamento em dinheiro, sob o seguinte regramento:

Art. 5º. É vedado ao empregador substituir o Vale-Transporte por antecipação em dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. No caso de falta ou insuficiência de estoque de Vale-Transporte, necessário ao atendimento da demanda e ao funcionamento do sistema, o beneficiário será ressarcido pelo empregador, na folha de pagamento imediata, da parcela correspondente, quando tiver efetuado, por conta própria, a despesa para seu deslocamento.

Ocorre que, grande divergência jurídica se instaurou acerca do alcance e dos efeitos práticos do supracitado dispositivo e até mesmo no que concerne a sua legalidade e parametricidade constitucional.

Isto porque, muitos, influenciados por uma interpretação publicista – que, diga-se de passagem, em muito beneficia a Fazenda Pública - passaram a proclamar a incidência direta do ônus tributário sobre as parcelas pagas a título de vale-transporte, caso prestadas em pecúnia, sustentando que tais verbas teriam sim natureza salarial, eis que não adequadas ao dispositivo regulamentador do Executivo Federal.

A questão chegou, recentemente, ao Supremo Tribunal Federal, que por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 478410, em 10 de março de 2010 (Informativo Nº.578), decidiu que o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS não poderia cobrar contribuição previdenciária incidente sobre o valor pago, em pecúnia, a título de vale-transporte, aos funcionários do UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S/A.

A fim de clarificar o debate, embasando o posicionamento atual do STF, julgamos oportuno e necessário lançarmos luz sobre algumas questões de fundo, de natureza trabalhista e tributária, que entendemos suficientes para fundamentar a decisão e apaziguar a divergência instaurada. É o que passamos a fazer.

2 VALE-TRANSPORTE: QUESTÕES DE ORDEM JURÍDICO-TRABALHISTA

Como é por todos sabido, a onerosidade configura um dos elementos essenciais caracterizadores da relação empregatícia, materializando-se na relação de trabalho através do recebimento pelo trabalhador de um conjunto de parcelas econômicas retributivas da prestação de serviços² ou, para outros, retributivas, até mesmo, pura e simplesmente, da existência da relação de

² Maurício Godinho Delgado, Curso de Direito do Trabalho, 8ª ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 650.

emprego³.

Neste contexto de parcelas econômicas recebidas pelo obreiro, há, portanto, aquelas de cunho natural, conseqüencial, relativas à contraprestação do serviço realizado, potencial ou efetivamente, pelo trabalhador. São as ditas parcelas de cunho salarial, de natureza nitidamente contraprestativa, uma vez que fornecidas em razão da prestação do serviço.

Há também, no entanto, aquelas parcelas econômicas recebidas pelo obreiro que, não configurando contraprestação de serviço, são entregues pelo empregador por outras razões, finalidades e naturezas. São as ditas *parcelas não salariais*, que conforme esclarece Alice Monteiro de Barros⁴, são assim denominadas porque fornecidas **para** uma melhor execução do trabalho e não, contraprestativamente, **pela** execução do trabalho.

Segundo Maurício Godinho Delgado⁵, estas parcelas, vez que escapam da órbita de incidência salarial das parcelas remuneratórias, devem ser classificadas segundo distintos critérios, emergindo, com especial importância, os critérios relativos à natureza jurídica da parcela remuneratória e à figura do devedor principal da respectiva verba.

É dentro desta perspectiva e destes distintos critérios que podemos encarar e identificar parcelas econômicas como as gorjetas, as ajudas de custo, as diárias para viagens, dentre tantas outras recebidas pelos trabalhadores no curso da relação laboral. Tais parcelas - por não configurarem, sob o prisma da técnica jurídica, parcelas salariais, não se identificando, portanto, com um intuito de contraprestação remuneratória - retiram seu fundamento jurídico de outras fontes e fatos jurídicos presentes na relação de trabalho, tais quais a necessidade de indenização ou ressarcimento do obreiro por despesas feitas durante a realização do trabalho e até mesmo o fornecimento de verbas por terceiros, espontaneamente, durante a realização do serviço pelo obreiro.

Diante desta constatação irremediável, o próprio autor acima mencionado expressamente consigna que, afiguram-se, sem dúvida, como parcelas não salariais, dada a sua natureza jurídica indenizatória, as parcelas prestadas a título de vale-transporte, haja vista que tais parcelas detêm o escopo primordial de embolsar despesas reais já feitas ou a se fazer em função do contrato de trabalho.

Mas não podemos olvidar, contudo, que a verificação da natureza indenizatória de uma parcela remuneratória guarda, em verdade, uma estreita conexão com o mundo dos fatos, eis que só é possível atestarmos a natureza jurídica indenizatória de uma parcela econômica se houver total correspondência, conceitual e jurídica, desta natureza com a realidade da relação laboral.

3 Alice Monteiro de Barros, Curso de Direito do Trabalho, 5ª ed., São Paulo: LTr, 2009, p.751.

4 *Op. cit.*, p.752, nota2.

5 *Op. cit.*, p.650, nota1.

Isto quer dizer que, uma parcela econômica poderá ou não ter natureza indenizatória, a depender de seu real papel na prática contratual. A fim de exortar quanto a esta realidade, Godinho⁶ cita como exemplo a instituição da chamada ajuda de combustível, destinada a repor as perdas remuneratórias do obreiro pela utilização freqüente do automóvel em razão da relação laboral, e ensina que a parcela não terá caráter indenizatório no caso concreto, afigurando mera parcela salarial dissimulada, se verificado que, *in casu*, o uso do veículo não é essencial ou instrumental à prestação do serviço ou que a quantia paga é desproporcional aos reais gastos e desgastes do veículo.

Estabelecidos tais conceitos e fixadas estas noções doutrinárias, podemos agora voltar à realidade da disciplina legal acerca do vale-transporte para tecer algumas críticas e considerações.

Vejam. Resta claro que, pelo confronto dos dispositivos da Lei 7.418/1985, aqui já apontados, e em consonância com a mais abalizada doutrina jurídico-trabalhista brasileira, neste tópico realçada, a parcela relativa ao vale-transporte guarda, em tese, inequívoca natureza indenizatória. Apenas lembrando o leitor, o art.1º da aludida lei, menciona expressamente que o benefício do vale-transporte está jungido à utilização em despesas efetivas do obreiro com o deslocamento trabalho-residência-trabalho, o que demonstra a nítida configuração não salarial da parcela, haja vista que é estabelecida **para** melhor execução do trabalho.

Desta feita, a única razão de ser e o único fundamento jurídico da parcela ora estudada é indenizar despesas reais do obreiro com o transporte para o serviço. Poderia, então, tal benefício ter sua natureza jurídica transmutada, passando a configurar parcela salarial, apenas por ter sido disponibilizada em pecúnia pelo empregador, conforme proíbe o Decreto 95.247/1987? Poderíamos passar a supor, abstratamente, uma nova natureza jurídica para o instituto em razão de uma alternativa forma de pagamento?

Veja-se que, a natureza jurídica indenizatória de uma parcela remuneratória não é conceituada, nem pode ser mensurada, a partir da forma de pagamento que a constitui, como demonstrado doutrinariamente. A própria Lei 7.418/1985 assegura os benefícios legais propostos para o instituto, quais sejam, natureza não salarial e não incidência tributária, mesmo que o empregador proporcione, por meios próprios ou contratados, em veículos adequados ao transporte coletivo, o deslocamento integral de seus trabalhadores.

Ou seja, o que se quis proteger com a instituição do benefício do vale-transporte e com a publicação da mencionada lei, foi o direito do empregado de não empenhar seu salário em despesas de transporte realizadas para prestação do serviço, e não uma forma específica de pagamento ou adimplemento do benefício. O direito que avulta em jogo é o direito do trabalhador, não podemos

⁶ *Op. cit.*, p.698, nota 1.

disto esquecer.

Ademais, o Decreto 95.247/1987, em que pese haver proibido o cumprimento do instituto em dinheiro, ou mesmo a Lei 7.418/1985, em nenhum momento deixam expressos ou determinam a natureza salarial e a incidência tributária sobre as parcelas pagas em dinheiro a título de vale-transporte.

Este entendimento, acerca da possibilidade de configuração salarial de tais parcelas se pagas em pecúnia, surgiu de uma construção interpretativa acerca dos efeitos do inadimplemento da determinação estabelecida no mencionado decreto e guarda, claramente, grande relação com os interesses da Fazenda Pública em auferir mais tributos.

Entretanto, não podemos presumir abstratamente em todas as relações laborais que tenham o benefício do vale-transporte prestado através de pecúnia, que, necessariamente, tais parcelas terão natureza salarial, uma vez que a regra é justamente inversa e, por lógica, estabelece a natureza indenizatória do benefício.

Outrossim, como já dito, por guardar estreita conexão com o mundo dos fatos e com a prática contratual, apenas a análise concreta de um caso específico poderia dizer se o valor em dinheiro recebido a título de vale-transporte estaria sendo fraudado e dissimulado para esconder um real viés salarial.

Conclui-se, pois que, neste ponto, no que tange a natureza jurídica trabalhista do vale-transporte, não julgamos plausível que, a forma de seu cumprimento possa, abstratamente, transmutar a natureza essencialmente indenizatória do instituto.

3 VALE-TRANSPORTE: QUESTÕES DE ORDEM JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

Há ainda uma grande questão, de ordem tributária, sinalizando para a ilegalidade da admissão, abstratamente considerada, da natureza salarial e, por conseguinte, da pretensão à tributação indistinta das parcelas concedidas em pecúnia a título de vale-transporte.

Cumprir notar que, admitir, abstratamente, a tributação sobre o valor pago em dinheiro a título de vale-transporte, com base unicamente na forma de concessão do benefício, é admitir, indiretamente, a validade do Decreto 95.247/1987 como instituidor de obrigação tributária não disciplinada em diploma legal competente, o que não nos parece nem um pouco plausível.

Os princípios da estrita legalidade, com a reserva absoluta da lei, e o princípio da tipicidade fechada, que norteiam o direito tributário, de plano, nos ajudam a situar a questão de forma clara e definida.

Neste sentido, convém transcrevermos algumas disposições normativas para melhor elucidar

a questão. Vejamos. A Constituição Federal expressamente consigna que:

Art. 201, §11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Já o Código Tributário Nacional, complementando a matéria, estabelece que:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I - a instituição de tributos, ou a sua extinção; II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo; IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Art. 99. O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei.

Primeiramente, é imperioso observar atentamente que a Constituição Federal determina a tributação, para efeito de contribuição previdenciária, sobre todos os “**ganhos**” habituais do empregado, **nos casos e na forma da lei**.

Em razão da natureza jurídica das parcelas econômicas fornecidas a título de vale-transporte - reconhecida até mesmo por lei como essencialmente “não salarial”, conforme já foi exposto - não podemos considerá-las, para os fins previstos constitucionalmente, como um efetivo “ganho” do trabalhador, eis que tais parcelas apenas cobrem efetivas despesas feitas ou a se fazer com transporte. Este ponto já nos parece vencido.

Perceba-se ainda que, o dispositivo constitucional determina tal tributação “nos casos e na forma da lei”. E como demonstrado brevemente, pela transcrição da lei disciplinadora do benefício do vale-transporte, a possibilidade de tributação sobre tais parcelas é expressamente excluída em razão da natureza jurídica indenizatória do benefício.

Tais argumentos, de antemão, nos parecem adequados ao deslinde da questão. Entretanto, cumpre seguirmos com a fundamentação jurídica legal para que ela seja inteiramente superada.

Nesta linha, seguem os dispositivos do Código Tributário Nacional, sequencialmente transcritos acima. Tais dispositivos denotam, ainda mais, a importância e especialidade do princípio da legalidade no campo tributário.

Conforme ensina Yonne Dolacio de Oliveira⁷, o princípio da legalidade, especificamente em matéria tributária, reserva de modo exclusivo à lei escrita, proveniente do Poder Legislativo, a criação ou majoração de tributos, uma vez que sua essência encontra-se ligada à clássica noção de separação de poderes e à luta para resguardar a liberdade dos cidadãos, enquanto contribuintes, contra a concentração e o desvio de poder, tão presentes na história política do Estado.

Ou seja, o primeiro e grande consectário do princípio da legalidade é a exclusão das demais fontes do direito como fontes legítimas em matéria de criação tributária. Neste campo, o conceito de lei é estrito, e abrange apenas leis ordinárias e complementares. A única exceção que poderia ser aqui levantada diz respeito ao uso da Medida Provisória em matéria tributária, entretanto, ela não merece grande atenção, eis que sua abrangência é sobremodo restrita, pois conforme determina o art.62, §2, CF, tais medidas dependem, em sua quase totalidade, da ratificação legislativa para que possam vir a valer no exercício seguinte.

Daí o princípio da legalidade tributária, converter-se, nesta seara, no princípio da reserva absoluta da lei, inexistindo repartição de competência entre fontes normativas ou “interpenetração de poder”,⁸ sendo a lei, que se estrutura no seio do Poder Legislativo, a única fonte de instituição ou majoração de um tributo.

E não é só. Há de se consignar que, esta reserva legal abrange e subordina todos os elementos essenciais do tributo, como previsto no art. 97, CTN. Todo o conteúdo da obrigação tributária, portanto, e com extrema exatidão, deve ser previsto em lei. Este é um corolário lógico do princípio da legalidade tributária que acaba por conformar um princípio de feições próprias. É o que os doutrinadores convêm denominar de princípio da tipicidade.

Segundo ele, o tipo legal tributário deve determinar de modo taxativo todos os seus elementos, de modo que não haja margem de discricionariedade a ser definida no caso concreto. Ao contrário, o fato concreto deve apenas se subsumir ao tipo, caso haja total correspondência entre seus elementos.

Sacha Calmon Navarro Coêlho, vai além ensinando que: “se a lei for omissa ou obscura ou antiética em qualquer destes pontos, descabe ao administrador e ao juiz integrarem a lei, suprindo a lacuna por analogia ou interpretação extensiva. É dizer, em Direito Tributário, a tipicidade é cerrada.”⁹

Tais exigências e procedimentos são necessários por ser o Direito Tributário ramo muito invasivo dos direitos dos cidadãos, adentrando na esfera privada da propriedade dos indivíduos a

7 OLIVEIRA, Yonne Dolacio de. **Curso de Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.113.

8 *Ibidem*, p.117.

9 CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. Forense. 1990, p.287.

fim de realizar o interesse público, o que é por todos consentido em razão do “contrato social”¹⁰ implicitamente estabelecido para sobrevivência do Estado.

Logo, vê-se que, a admissão de que qualquer parcela paga habitualmente, em dinheiro e a título de vale-transporte tem natureza salarial e é passível de tributação automática, ofende não só o princípio da legalidade e tipicidade, como demonstrado até aqui, mas também e, maiormente, o devido processo legal, direito fundamental pétreo e cláusula geral¹¹ do qual se irradiam inúmeros dogmas e princípios em nosso ordenamento jurídico.

O devido processo legal enquanto princípio de regulação da atuação estatal, não se restringe, tão somente, à regulação da atuação do Estado Legislativo na produção de normas jurídicas, como o seu nome sugere. O processo devido que o princípio constitucional demanda, é todo o processo estatal de criação do direito, seja em sua esfera legislativa, judicial ou mesmo administrativa.

Sendo assim, todos os atos de poder do Estado, haja vista que todos eles são modos de criação do direito, atingindo de alguma maneira a esfera privada dos indivíduos, devem se submeter à exigência de um procedimento devido, ou seja, de uma atuação não somente formal, mas materialmente devida.

É dizer, os atos legislativos, judiciais e administrativos devem corresponder à forma legal e constitucionalmente prevista mas, também e maiormente, devem atentar ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais que deve estar presente em qualquer processo de criação do direito, a fim de que nossa Constituição, marcadamente principiológica e invasiva, em razão dos direitos fundamentais nela previstos, alcance real eficácia e normatividade em todos os seus postulados.

No dizer de Fredie Didier Jr, a dimensão material do devido processo legal representa, na verdade, a exigência de que todos os atos estatais sejam razoáveis, adequados e proporcionais¹².

O Ministro Celso de Mello, em voto proferido na ADIN 1158-8, corrobora esse entendimento, nos seguintes termos:

Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art.5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, a abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.¹³

Oportuno ainda registrar o brilhante pensamento de Soraya David Monteiro Locatelli, quando afirma que o art. 5º, LVI, CF, “vem se firmando como verdadeira arma no combate aos atos

10 ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do Contrato Social**. Ed. Martin Claret, 1990.

11 DIDIER JR.,Fredie. **Curso de Direito Processual Civil v.1**. Salvador: Edições Juspodvim, 2009.

12 *Ibidem*.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1158-8. Relator Ministro Menezes Direito. Plenário, Brasília, DF, 19 de dezembro de 1994.

arbitrários e notoriamente irrazoáveis decorrentes dos Poderes Públicos em todas as esferas de atuação”.¹⁴

Sendo assim, podemos concluir que a atividade administrativa do Estado, e em especial, sua atividade tributária – objeto do presente estudo -, deve ser materialmente devida, e respeitar não apenas os trâmites legais para sua auferição, mas também os direitos fundamentais e a exigência de razoabilidade e proporcionalidade que cerca toda a sua atividade.

É de se notar, portanto, que a postura da Administração Pública de considerar o descumprimento da determinação do Decreto 95.247/1987 um permissivo para tributação das parcelas de vale-transporte configura, indubitavelmente, uma real afronta ao princípio da legalidade e assim ao postulado fundamental da separação dos poderes, como também arbitrariedade e desarrazoabilidade, violadoras não só de direitos e princípios tributários, mas, mormente, da própria essência do devido processo legal.

Note-se, ademais, que no plano fático não há como presumir-se, abstratamente, pelo simples fornecimento em dinheiro do vale-transporte, a má-fé do contribuinte e o intuito sonegatório. É inadmissível, como ensina Yonne Dolacio de Oliveira, o emprego, em termos de obrigação tributária, de ficções e presunções absolutas. É como ensina a autora:¹⁵

Se a ficção falseia deliberadamente a realidade natural, como admitir fato gerador ficto na hipótese de incidência exigindo a conseqüente exigência do tributo? Do mesmo modo, como exigir o tributo em razão de presunção absoluta que considera verdadeiro o que apenas aparência ou probabilidade de verdade natural, vedando ao contribuinte o direito de prova em contrário?

Cabe aqui ainda a oportuna consideração de Ives Gandra da Silva Martins, quando alerta que a atuação administrativa do Fisco só deveria ocorrer em casos de sonegação evidente e não de mero “palpite da fiscalização”.¹⁶

Com efeito, a tributação sobre parcelas de vale-transporte pagas em pecúnia só poderia ocorrer em casos de sonegação evidente e não sob uma pretensão geral e abstrata em razão de mero palpite da fiscalização.

Não há dúvida, portanto, agora também sob o prisma tributário, da evidente inconstitucionalidade e ilegalidade do posicionamento interpretativo da Administração Pública em considerar, indistintamente, as parcelas pecuniárias pagas a título de vale-transporte como parcelas salariais tributáveis.

14 LOCATELLI, Soraya David Monteiro. **O princípio da Razoabilidade no Direito Tributário Brasileiro – um panorama geral**, in *A defesa do contribuinte no direito brasileiro*, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Rogério Vidal da Silva Martins, São Paulo, IOB, 2002, p.213-4.

15 *Op. cit.*, nota 6, p.120.

16 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo Bancário**, RDDT, 1:22-4 .

4 CONSIDERAÇÕES PERTINENTES E CONCLUSÕES

Sobrepuja, neste ponto, inferir que, mesmo que possamos admitir que o Decreto 95.247/1987 regula, legitimamente, o modo de cumprimento do benefício do vale-transporte, proibindo a prestação em dinheiro – o que, ainda sim, é alvo de controvérsias no meio jurídico - este argumento, por si só, não seria juridicamente idôneo ou suficiente para, em caso de seu descumprimento pelo empregador, ilidir a natureza jurídica indenizatória essencialmente ligada ao instituto do vale-transporte, nem determinar, autônoma e abstratamente, a tributação sobre esta parcela.

Veja-se que, o debate acerca deste tema esbarra em questões e postulados, fundamentalmente, jurídicos, o que impede a perpetuação da divergência. Como destacou o Ministro Eros Grau, relator do Recurso Extraordinário 478410, em seu voto, “a cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago em dinheiro a título de vale-transporte – que efetivamente não integra o salário – seguramente afronta a Constituição em sua totalidade normativa.”¹⁷

Na mesma linha o Ministro Cezar Peluso destacou que, mesmo se o valor relativo às parcelas de vale-transporte for pago em dinheiro, o que afronta o decreto regulador da espécie, isto não altera a obrigação e não descaracteriza a natureza do instituto.

A questão, portanto, é eminentemente jurídica e dela não podemos fugir. Apesar de reconhecermos que este precedente acaba por elastecer a possibilidade de os empregadores aumentarem o valor pecuniário referente à parcela de transporte, sobre a qual não incide a contribuição previdenciária, e diminuïrem o valor do salário, a fim de burlar o pagamento da contribuição, esta é uma consideração de ordem prática que deve ser resolvida como tal, mas que não é capaz de atingir a certeza da juridicidade da questão tal qual se nos apresenta hoje, através dos mencionados e vigentes instrumentos normativos.

De fato, esta realidade prática deve ser suportada pelos Poderes Públicos através de outros instrumentos – deve a Administração Pública intensificar a fiscalização acerca do cumprimento de sua legislação e o Poder Legislativo promover um aprimoramento do corpo normativo relativo ao tema – mas, o que não podemos admitir é a generalização da presunção de má-fé e de sonegação do empregador que fornece os vales-transporte em pecúnia para fazer jus à arbitrariedade da tributação desmedida sobre tais parcelas, que, de qualquer maneira, continuarão a guardar cunho

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 478410. Relator Ministro Eros Grau. Plenário, Brasília, DF, 10 de março de 2010.

essencialmente indenizatório.

O sentimento pró-fisco, que muitas vezes embasa os posicionamentos dos Poderes Públicos em matérias divergentes como esta, não pode prevalecer sobre a juridicidade tão nítida de toda esta questão relativa à natureza jurídica do vale-transporte, e agora avultada através do julgamento do RE 478410 pelo STF.

Sem dúvida, por ora, caberá ao Judiciário resguardar do arbítrio fiscal os direitos dos contribuintes lesados com a desarrazoabilidade dessa cobrança, permitindo a incidência tributária apenas nos casos em que restar comprovada evidente e inequívoca fraude aos direitos do trabalhador e, conseqüentemente, à legislação tributária.

Concluimos, pois, que o posicionamento do STF no presente caso, prestigia a força normativa da Constituição e a Teoria Neoconstitucional do Direito¹⁸, e empurra os demais Poderes Públicos ao cometimento dos seus ideais constitucionais e à realização da justiça social, cada qual dentro de suas competências.

A decisão do STF, efetiva, portanto, o ideal estimulado por Konrad Hesse em seu livro “A força normativa da Constituição”¹⁹ quando pontua que:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada de vontade de Constituição.

Logo, esperamos que, na esteira do posicionamento do STF, os demais Poderes Públicos, revestidos desta ‘vontade de constituição’, procurem implementar a Constituição Federal da forma que mais fortemente assegure a realização dos direitos fundamentais, lembrando que, uma democracia fortalecida é representada por um Legislativo que saiba responder, de forma rápida e oportuna, aos padrões sociais que remodelam, em contínuo, a estrutura das normas legais, como também por um Executivo estritamente vinculado à realização prática dos valores constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

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

_____. **Lei n. 7.418, de 16 de dezembro de 1985**. Disponível em:

18COSTA, Luiza Oliveira Nicolau da. **Neoconstitucionalismo: o modelo jurídico do Estado Constitucional de Direito**. João Pessoa: Idéia, 2009.

19 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.21.

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7418.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

_____. **Decreto n. 95.247, de 17 de novembro de 1987**. Disponível em: <. Acesso em: 10 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário, RE 478410, Rel. Min. Eros Grau, **INFORMATIVO Nº. 578**.

CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. Forense, 1990.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – v.1**. Salvador: Edições Juspodvim, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LOCATELLI, Soraya David Monteiro. **O princípio da Razoabilidade no Direito Tributário Brasileiro – um panorama geral**, in *A defesa do contribuinte no direito brasileiro*. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Rogério Vidal da Silva Martins. São Paulo: IOB, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Sigilo Bancário**. RDDT, 1:22-4 .

OLIVEIRA, Yonne Dolacio de. **Curso de Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do Contrato Social**. Ed. Martin Claret, 1990.

14. O POLÍGRAFO E O DIREITO DO TRABALHO

Rúbia Zanotelli de Alvarenga¹

1 O EXAME DO POLÍGRAFO

O polígrafo compreende um aparelho de registro de respostas, utilizado para comprovar a veracidade das informações colhidas de uma pessoa, visando medir e gravar registros de diversas variáveis fisiológicas enquanto essa pessoa é interrogada. A finalidade do equipamento é averiguar a possível ocorrência de mentiras da pessoa examinada em seu depoimento.

O polígrafo, também conhecido como detector de mentiras, é uma invenção do século XX e consiste em um aparelho que mede e registra as atividades neurovegetativas, reproduzindo-as sob a forma gráfica, com o objetivo de aferir a veracidade das informações da pessoa que se submete ao teste por esse meio. O aparelho registra variações da pressão arterial, da respiração, das contrações musculares, dos movimentos oculares. Esse teste funda-se no princípio segundo o qual o fato de mentir acarreta alteração psicológica, gerada pelo temor. (BARROS, 2009, p.586)

A autora assevera que existem três etapas no teste por meio de polígrafo. A primeira se refere a uma conversa preliminar entre o interrogado e o interrogador, a segunda ao teste propriamente dito e a terceira, à conclusão. No início do teste, é colocado um sensor em um dos braços da pessoa interrogada, para medição do pulso e da pressão arterial. Em seguida, um tubo flexível ajustado ao redor do tórax irá observar o ritmo da sua respiração. Podem também ser inseridos dois eletrodos nas mãos ou braços da pessoa examinada para analisar as suas variações elétricas e um sensor de movimentos em suas pernas para analisar a contração involuntária de músculos.

O polígrafo visa, assim, avaliar o comportamento e as possíveis reações fisiológicas da pessoa questionada durante a realização do teste. Essas mudanças fisiológicas possibilitarão detectar se está ou não mentindo.

Caso, durante o teste do polígrafo, sejam registradas alterações de extrema importância na condição física e emocional da pessoa examinada, a mesma, durante o interrogatório, poderá ser considerada mentirosa.

¹ Advogada. Mestre em Direito do Trabalho. Professora de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Faculdade Casa do Estudante de Aracruz-ES.

Desse modo, durante o procedimento para a execução do exame, quando a pessoa é questionada sobre um determinado acontecimento, o examinador irá analisar se os batimentos cardíacos, a pressão arterial, a frequência respiratória e a atividade eletrodérmica (suor dos dedos ou calafrios) da pessoa examinada se alteram em comparação aos níveis normais, pois a cada resposta, os sensores registram as reações do interrogado em um gráfico. De acordo com tais reações será possível determinar a veracidade de seu depoimento. É preciso destacar que as variações podem indicar se a pessoa está ou não mentindo, mas os resultados do exame estão abertos à interpretação do examinador.

2 O POLÍGRAFO E O DIREITO DO TRABALHO

O polígrafo é utilizado pelas empresas tanto na fase pré-contratual de trabalho para candidatos que concorrem à vaga de emprego quanto durante a fase de execução do contrato de trabalho, como forma de fiscalizar os empregados, sob a justificativa de que tal procedimento decorre do exercício do poder fiscalizatório do empregador.

A finalidade do equipamento polígrafo utilizado por algumas empresas é analisar se a pessoa examinada (pré-candidato ao emprego ou o empregado) está mentindo ou não acerca de fatos relacionados à sua vida laboral passada, bem como sobre a sua conduta profissional durante a execução da sua prestação de serviços no ambiente de trabalho.

Convém ressaltar que o poder fiscalizatório ou poder de controle compreende um conjunto de prerrogativas que são deferidas ao empregador com o intuito de fiscalizar e controlar a atividade desempenhada pelo empregado ao longo do contrato de trabalho. Trata-se do poder que é concedido ao empregador para acompanhar e monitorar a prestação de serviços que é realizada pelo empregado no espaço empresarial.

Através dessa faculdade, o empregador fiscaliza e controla os passos do empregado durante a jornada de trabalho, com vistas a aferir se as atividades estão sendo executadas conforme pactuado no contrato de trabalho e, ainda, se estão de acordo com os fins almejados pela empresa. (NASCIMENTO, 2009, p. 72)

Segundo Delgado (2008), o poder fiscalizatório, também conhecido como poder de controle, compreende “o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno”.

O poder fiscalizatório autoriza o empregador, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, verificar se os empregados estão respeitando as exigências e diretrizes estabelecidas para o desempenho da sua atividade laborativa.

Ocorre que, em decorrência da proteção legal concedida aos direitos de personalidade do empregado, como, por exemplo, na *Constituição Federal de 1988 - art. 5º, incisos V e X e no Código Civil Brasileiro - no capítulo II, do Livro I*, o poder fiscalizatório não pode ser exercido de forma ilimitada, da mesma forma que não é ilimitada a subordinação jurídica do trabalhador ao poder patronal.

[...] sendo o poder de controle da atividade laboral do trabalhador imanente ao próprio conceito de subordinação jurídica, elemento caracterizador essencial do contrato de trabalho, serão, todavia, proibidos os meios de vigilância e controle dessa atividade para os quais não exista uma razão objetiva, v.g. em função de exigências organizativas e/ou de segurança ou da necessidade de tutela do patrimônio do empregador, bem como as modalidades desse controle que (ao menos potencialmente) sejam lesivas da dignidade do trabalhador, máxime por revestir caráter vexatório. (REIS, 2007, p. 87)

Segundo Branco (2007), os direitos de personalidade visam proteger o patrimônio moral da pessoa humana em suas dimensões psicológica, social, ideológica e estética.

Em razão disso, a utilização do polígrafo no ambiente de trabalho extrapola sobremaneira os limites do razoável no que tange ao exercício regular do poder fiscalizatório do empregador e, por consequência, a necessária observância aos direitos fundamentais de personalidade do empregado. Tais direitos visam não só estabelecer limitações ao exercício abusivo e irregular do poder empresarial no âmbito das relações trabalhistas, como também inviabilizar a perda das liberdades do empregado no ambiente de trabalho.

Os direitos fundamentais de personalidade do empregado devem se sobrepor aos poderes de comando do empregador, haja vista que o intuito maior do ordenamento jurídico brasileiro é proteger a dignidade da pessoa humana no âmbito das relações de trabalho.

Segundo Cogo (2006), se o processo de gestão de pessoas utilizado pela empresa for levado a efeito sem os controles sociais e jurídicos necessários, os direitos e garantias individuais e sociais dos trabalhadores poderão ser dilapidados.

Para Branco (2007), já se passaram quase vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade humana, estampado no artigo 1º, inciso III, apesar de ser considerado o fundamento da República Federativa do Brasil e um valor supremo do Estado Democrático de Direito, ainda não atingiu de forma satisfatória o grau de eficácia normativa esperado, a ponto de ser reconhecido como o *status* de essência em relação aos demais princípios constitucionais. Para a autora, o princípio da dignidade da pessoa humana compreende a razão de ser do próprio Direito, que é tutelar o homem como bem maior em todas as dimensões de sua existência, inclusive, no que concerne aos direitos humanos fundamentais sociotrabalhistas.

Barros ainda assevera que “[...] é justamente na dignidade da pessoa humana como princípio

fundamental que os direitos fundamentais encontram seu próprio fundamento”.

Desse modo, o exame através do polígrafo representa um atentado aos direitos fundamentais de personalidade do empregado, pois agride a sua integridade física e moral e seus direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Trata-se de afronta à dignidade da pessoa humana, por não decorrer do exercício legítimo e regular do poder fiscalizatório do empregador.

O pressuposto teleológico de todo o sistema normativo brasileiro, que é a dignidade da pessoa humana, seria suficiente, por si só, para fazer eclodir uma rede de proteção dos direitos da personalidade no âmbito da relação de emprego, impedindo-se que fossem perpetradas contra os empregados transgressões destinadas a limitar os direitos à intimidade, honra, vida privada, imagem. Por derradeiro, incolumidade física e psíquica. (COGO, 2006, p.41).

À guisa de ilustração, vale colacionar julgados onde a utilização do polígrafo foi repudiada pelo judiciário. Vejamos:

EMENTA: Seleção de funcionários por intermédio de polígrafo (detector de mentira) – Ilegalidade – Dano moral – A submissão do empregado ao teste do polígrafo gera constrangimento, eis que expediente discriminatório e que viola a vida íntima do indivíduo, afrontando o art. 5º, X, da CF/88, assim como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, insculpido no inciso III do artigo 1º da CF/88. Recurso a que se dá provimento. (TRT 4 R., Proc. RO 01315.2002.312.02.00-8, 1ª Turma. Relª. Desembargadora Maria Inês M. S. A. Cunha. Publicação da decisão no DJ 14/03/2006.)

No mesmo sentido, estão as decisões abaixo:

EMENTA: USO DE POLÍGRAFO, COMO INSTRUMENTO TÉCNICO DE AVALIAÇÃO, PARA FINS ADMISSIONAIS DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL. Por certo que o uso de meios técnicos, para fins de avaliação da idoneidade da pessoa, como critério inadequado e evidentemente falho, só por si, acaba por representar um ato de constrangimento pessoal – ainda que desprezado, aqui, o “*modus procedendi*”, de acoplagem de aparelhos, capazes de identificar reações de sudorese, batimentos cardíacos e reações emocionais. Comprimido pela necessidade de um emprego, qualquer cidadão de melhor índole e sensibilidade, só pela certeza da falha desse critério e pelo receio de não vir a alcançar o objetivo perseguido, por certo que se encontra extremamente exposto a reações daquela ordem – sem que, nem por isso, as mesmas guardem qualquer relação com a meta da verdade perseguida. De tanto se pode concluir, pois, inequivocamente, tratar-se de método duplamente atentatório, contra a dignidade da pessoa: em si, como ato vexatório; e, quanto ao seu resultado, enquanto que eventualmente oposto à realidade examinada. A todos os títulos, portanto, afrontoso à privacidade da pessoa e que fere, frontalmente, a sua dignidade – substrato e fundamento do direito à reparação por “dano moral”, melhor dito dano não patrimonial. (TRT 3 R., Proc. 00298200309203000, 6 Turma. Rel. Juiz Manoel Cândido Rodrigues, DJ 30.04.2004).

Portanto, por se tratar de agressão à saúde do empregado, é inadmissível sustentar a realização de determinado exame que possa gerar constrangimento, pressão e mal-estar físico e

psicológico no decorrer da sua utilização. Além disso, é preciso pontuar que, durante o procedimento de tal exame, são formuladas perguntas ao empregado “entrevistado”, que podem não ser divulgadas ao mesmo. Autorizar tal certame representa, de fato, retroceder aos preceitos fundamentais sociais assegurados pela Constituição Federal de 1988, que acentuam a importância do valor social do trabalho e da proteção à dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho (art. 3º e 170 da CF/88).

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana constitui, na verdade, a maior razão de ser dos direitos denominados como da personalidade, sendo, portanto, um corolário lógico que a proteção de tais bens jurídicos tenha se dado em nosso ordenamento, para além de outros diplomas infraconstitucionais, ou seja, no próprio seio da Carta da República – conforme pode ser verificado por meio do inciso X do art. 5 – ante a relevância dos valores aos quais estão ligados, quais sejam: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. (BRANCO, 2007, p.71)

As medidas de segurança necessárias para a defesa do patrimônio, que compreendem a justificativa sustentada pelas empresas para salvaguardar a realização de tal exame, não são motivos suficientes para suplantarem o caráter vexatório e sigiloso do exame, muito menos, o stress físico e mental que o mesmo acarreta ao trabalhador, restando clara, portanto, a constatação de abuso de direito do empregador.

O empregador tem o dever de assegurar aos trabalhadores o desenvolvimento de suas atividades em ambiente moral e rodeado de segurança e higiene, tendo a obrigação de prover aos trabalhadores um ambiente de trabalho sadio, com condições físicas e psicológicas ideais para o desenvolvimento das atividades laborais (NASCIMENTO, 2004, p. 10).

Para Barros (2009), o temor, a raiva e o constrangimento pelo fato de estarem se submetendo ao teste do polígrafo são fatores que geram estresse e que acarretam, conseqüentemente, alterações fisiológicas nas pessoas. A autora destaca que fatores emocionais como o cansaço, a angústia e até mesmo uma simples cefaléia poderão falsear os resultados obtidos pelo teste do polígrafo.

Explana Garcez (2001) em sua dissertação de mestrado acerca da vida privada na relação de emprego: "Podemos afirmar que o direito do empresário à administração adequada da empresa, bem como o direito constitucional à livre iniciativa, estão em patamar inferior ao direito do obreiro à intimidade, devendo prevalecer este, em caso de conflito".

Nesse enleio, submeter o empregado ao teste do polígrafo é adentrar na esfera íntima do trabalhador. Além do mais, trata-se de equipamento de eficácia duvidosa e, por consequência, passível de falhas, não correspondendo a cem por cento da verdade, uma vez que não há qualquer prova de que o polígrafo possa medir, de maneira incontestada, se o ser humano está mentindo ou

sendo honesto.

Assim se manifestou a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo):

EMENTA: CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONDICIONADA A RESULTADO OBTIDO ATRAVÉS DE TESTE DE POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). VIOLAÇÃO À INTIMIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. O polígrafo ou "detector de mentiras" (*liedetector*), máquina inventada no ano de 1.921, foi introduzida no Brasil nos anos sessenta e banida uma década depois. Registra, de forma simultânea, mudanças nos processos fisiológicos, através da medição de batidas do coração, respiração e pressão arterial. Parte-se da premissa de que, enquanto mentimos, sofremos alterações fisiológicas. Contudo, é sabido que as indigitadas mudanças não derivam apenas de mentiras, mas também por causas diversas, como tristeza, timidez, angústia, entre outros. Fato concreto é que estudiosos do mundo todo são unânimes em asseverar que não há qualquer prova de que o polígrafo possa medir, de maneira incontestada, se o ser humano está mentindo ou sendo honesto, razão pela qual muitos países não têm admitido como meio de prova os resultados obtidos através de testes de polígrafos. Ademais, as perguntas formuladas pelo empregador não guardam qualquer relação com o vínculo empregatício mantido entre os litigantes e configuram notória violação aos termos expressamente consubstanciados pelo artigo 1º da Lei nº 9.029/95 e dispostos nos incisos do artigo 5º da Carta Magna vigente. Não se pode olvidar, outrossim, que a inserção da empregada no ambiente do trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. Portanto, não há dúvida de que o uso do polígrafo por parte da recorrente apresenta-se como ilegal e ao permitir essa lógica do mercado de aviação, é dizer, essa política equivocada de gerenciamento, estaríamos reduzindo a importância do Direito do Trabalho Brasileiro e a força normativa de seus princípios, restringindo o trabalhador à condição de objeto. O empregador deve exercer seu poder diretivo, e esse exercício não lhe autoriza jamais dirigir a vida do empregado. Configurado o ilícito praticado pela reclamada, para atender exigência da empresa aérea *American Airlines*, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais é medida que se impõe. (TRT 1ª R., Proc. RO 01275-2003-311-02-00-9, 6ª Turma, Rel. Desembargador Valdir Florindo. DJ 14/10/2005).

Barros (2009) corrobora este entendimento ao sustentar que não deve ser admitida a hipótese de submissão do empregado ao teste de polígrafo, por se tratar de um instrumento duvidoso do ponto de vista científico e por implicar em total violação à esfera privada do empregado.

Desse modo, a utilização do polígrafo caracteriza abuso de direito do empregador, pois extrapola os limites de atuação do seu poder fiscalizatório, transgride a dignidade do empregado ao submetê-lo a constrangimento injustificado e expõe a sua intimidade e a sua privacidade no ambiente de trabalho.

Destaca-se, então

A possibilidade de distinção ou exclusão infundada provocada pelo teste do polígrafo, uma vez que, para obter resultados, é necessário fazer indagações sobre temas discriminatórios. Para atingir os objetivos do teste, são abordadas questões muito pessoais a respeito de atuação política ou sindical do trabalhador e ainda a respeito do uso de drogas no passado. (LEFEBVRE in Barros, 2009, p. 587)

3 O PROJETO DE LEI N. 7.253/2002

Convém ressaltar que, em 2002, tramitou no Congresso Nacional o projeto de Lei sob o número 7.253/2002, que proibia expressamente a utilização do polígrafo no ambiente de trabalho. O autor do projeto, atual senador federal e ex-deputado federal Paulo Paim, sugeriu a alteração do artigo 3º da CLT, quando dispôs acerca da proibição do uso do polígrafo pelo empregador no Brasil.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta lei altera o art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, a fim de proibir o uso do polígrafo pelo empregador.

Art. 2º Acrescentem-se ao art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, os seguintes parágrafos:

Art. 3º (...)

§ 1º É proibido em quaisquer circunstâncias submeter o trabalhador ou candidato a emprego a teste com o uso de polígrafo, ou outro método que possa causar dano à honra e à dignidade do trabalhador.

§ 2º Pelo efetivo dano à honra e à dignidade do trabalhador, nos termos do § 1º deste artigo, é devida uma indenização no valor de dez a cem vezes o salário estabelecido para o cargo, a ser paga pelo empregador ou pelo recrutador.

Art.3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

O senador Paim (2002) justificou em seu projeto de lei que o uso do polígrafo representa grosseira violação à liberdade e à privacidade do homem, indo contra o respeito à "dignidade da pessoa humana", fundamentada pela Constituição Brasileira que, em seu artigo 5º estabelece que "...ninguém será submetido a tratamento desumano". Considera-se, assim, inadmissível, em quaisquer circunstâncias, a submissão do obreiro ao teste detector de mentiras.

Mesmo em caso de existência de suspeitas veementes de crime praticado pelo empregado (p. ex., furto, ou apropriação indébita), sua utilização consiste em prática reprovável (além de bizarra), eis que o empregador não pode instituir por sua própria conta, um "processo penal" travestido, pois cabe ao Estado a persecução penal. A prática de testes através do polígrafo nas relações de trabalho – obviamente inadmissível em nosso ordenamento jurídico, eis que atentatória à dignidade da pessoa humana – assemelha-se aos métodos medievais de controle descritos por Michel Foucault na obra *Vigiar e Punir*. Cabe ao legislador reprimir o uso da ciência sem o adequado substrato ético. É lamentável que o avanço científico traga em seu bojo o retrocesso no campo da ética e da fraternidade nas relações entre os homens. Seu uso configura grosseira violação à liberdade, à dignidade e à privacidade do homem. (PAIM, 2002)

Vários dispositivos constitucionais contidos na Constituição Federal de 1988 são tidos como fundamento para considerar-se abusivo o uso do polígrafo no ambiente de trabalho, *verbis*:

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:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição;

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ainda acompanhando o pensamento do senador Paim, submeter o trabalhador ao objeto polígrafo implica frontal desrespeito a tais princípios. A dignidade da pessoa humana é a origem da qual deve partir a interpretação do Direito, permeada sempre pela concepção do trabalho como instrumento de efetivação da justiça social, bem como pela noção de que o direito de propriedade deve ser exercido segundo sua função social, nos termos do artigo 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988. Além disso, a proteção da dignidade da pessoa humana autoriza uma ação contra tratamentos intromissivos, impedindo atitudes que diminuam o *status* da pessoa humana enquanto indivíduo, cidadão e membro da comunidade.

No direito comparado, Barros (2009) assevera que a jurisprudência da Suprema Corte do Canadá considera o teste do polígrafo algo similar às perseguições abusivas e inconstitucionais, por não permitir a constatação de uma prova válida e por considerar o seu valor científico duvidoso. Além disso, essa mesma Corte considera que esse teste representa um sério e profundo atentado à privacidade dos empregados.

Na França, ensina Barros que o teste do polígrafo encontra obstáculo nos artigos 120-2 e 121-7 do Código do Trabalho, pois os mesmos vedam restrições aos direitos das pessoas e às liberdades coletivas que não sejam justificadas pela natureza das tarefas a executar, nem sejam proporcionais aos fins almejados. Por este motivo, o teste do polígrafo não é utilizado na França e a doutrina francesa o considera uma técnica forçada de transparência.

4 O POLÍGRAFO E O ASSÉDIO MORAL VERTICAL DESCENDENTE

É muito comum a imposição da realização do teste do polígrafo por empresas de aviação

americana, como a *American Airlines*. Argumentam que, após o atentado terrorista de 11 de setembro nos EUA, suas aeronaves se tornaram potenciais alvos de atentado por parte do terrorismo internacional. Em razão disso, a submissão dos empregados ao exame por meio de polígrafo é uma medida preventiva de segurança em favor do bem estar da comunidade, não ensejando, desse modo, a devida compensação por dano moral.

A esse respeito, colacionamos o seguinte julgado acerca da submissão de empregados a detectores de mentiras (polígrafo) por empresa aérea americana:

DANO MORAL. TESTE DO POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). DIREITO À HONRA E À INTIMIDADE DO TRABALHADOR. O trabalhador, ao ingressar em uma empresa na qualidade de empregado, não se despe dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição da República a todos os cidadãos, dentre os quais figura com destaque a inviolabilidade de sua intimidade, de sua honra e de sua imagem (artigo 5, inciso X, do Texto Fundamental). Se é verdade que o empregador detém poderes de direção, fiscalização e disciplinamento em relação àqueles que lhe prestam serviços, não menos certo que o exercício desse direito potestativo encontra limite em tais direitos e garantias constitucionais. Quando o empregador obriga o seu empregado a se submeter ao teste do polígrafo, equipamento de eficácia duvidosa e não adotado no ordenamento jurídico pátrio, extrapola os limites de atuação do seu poder diretivo e atinge a dignidade desse trabalhador, expondo a honra e intimidade deste e submetendo-o a um constrangimento injustificado, apto a ensejar a reparação pelos danos morais causados por essa conduta. (TRT 3 R, 5ª Turma, Poc. RO-00317-2003-092-03-00-9. Rel.: Juiz José Roberto Freire Pimenta. DJ 5/6/2004).

A utilização do equipamento polígrafo pode ser considerada uma forma de abuso do direito praticado pelo empregador durante o exercício do seu poder fiscalizatório, pois como bem ensina Meireles (2005) o abuso de direito é aquele que “excede manifestamente os limites impostos na lei, pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé e pelos bons costumes, decorrente de ato comissivo ou omissivo”.

[...] toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exigido de uma forma desarrazoada. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso do direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum a todos os povos civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial é que, num Estado de Direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto, inaceitável. (MEIRELES, 2005, p22)

Em razão disso, a realização do exame polígrafo, seja na fase do pré-contrato de trabalho ou na fase propriamente dita de execução do contrato de trabalho, caracterizará a prática do assédio moral vertical descendente, pois o seu uso pelo empregador fere os direitos fundamentais de personalidade do empregado e a sua dignidade.

O assédio moral praticado por um superior hierárquico em face de um subordinado é conhecido como vertical descendente e compreende uma forma de exposição do trabalhador a situações humilhantes, vexatórias e constrangedoras. Com isso, o trabalhador se sente inferiorizado e menosprezado em relação aos demais colegas, tendo, por consequência, ofendida a sua honra, a sua dignidade e a sua convivência no seio social.

Não obstante (e como mostram os estudos de Psicopatologia do Trabalho) no espaço das relações laborais são cada vez mais freqüentes os casos de reiteradas e profundas agressões psicológicas contra o empregado, não raras vezes levando-o ao estresse, ao desequilíbrio mental e até mesmo ao suicídio, além de causar-lhe outros males psicossomáticos. A pressão psicológica, o acoso psíquico, a violência moral, a humilhação, o *burn out*, o vilipêndio, o *mobbing*, a cobrança exagerada de produção e de resultados, a discriminação, a crítica desmedida e várias outras formas de maltrato psicológico são, nos dias de hoje, formas de violência no trabalho que exigem uma resposta do Direito, um remédio jurídico de proteção às vítimas. (SIMM, 2007, p. 11).

O atual mundo competitivo e o aumento considerável do trabalho consagraram a concorrência ilegal. O objetivo da atividade econômica é a intensa produtividade, com redução de custo a qualquer preço. Com as mudanças tecnológicas e de reestruturação produtiva, o ambiente de trabalho mostrou-se mais propício para práticas abusivas do poder de comando do empregador.

Com a expansão dos mercados, com o aumento da competitividade entre as empresas e com a busca incessante pelo lucro, o poder empregatício, conferido ao empregador passou a ser exercido de forma dissimulada e desproporcional. Tudo em decorrência das novas formas de organização e gestão estabelecidas pela empresa. (GOSDAL, 2009, p. 89).

A autora ainda assevera que:

[...] em algumas situações, essas mudanças têm levado a excessos que transbordam o exercício regular do poder do empregador de gerir a atividade empresarial, até mesmo favorecendo a configuração de um ambiente propício a situações de assédio. (2009, p. 89)

Todos os fatores acima elencados criaram um ambiente laboral propenso à prática injusta do assédio moral. Faz-se, portanto necessário apontar soluções a fim de que seja erradicada essa prática danosa no âmbito das relações trabalhistas para que seja instaurado um ambiente tranqüilo, sadio, harmonioso e garantidor de valores humanos. E uma dessas soluções é afastar definitivamente a realização do exame polígrafo, pois, no ambiente de trabalho, todo constrangimento e situação vexatória por que passa o trabalhador trazem a ele consequências muitas vezes irreversíveis, pois além de afetar sua saúde física, afeta também sua autoestima e o seu comportamento no seio da sociedade.

[...] a empresa contemporânea deverá estar preparada para não praticar ou para coibir a prática do terrorismo psicológico, vendo o trabalhador não apenas como um mero prestador de serviços ou um dos fatores de produção, mas, além disso e acima de tudo, um ser humano dotado de direitos e garantias inerentes a essa condição, como forma de assegurar-se a sua inclusão no conceito de cidadania. (SIMM 2008, p. 19)

O Direito do Trabalho deve buscar soluções para garantir os direitos trabalhistas e proteger os trabalhadores de abusos decorrentes das novas formas de gestão, que, por vezes, apresentam características egoístas e enganosas sob o ponto de vista social, pois como bem assevera Muchail (1995) “[...] vivemos o antagonismo do que é digno do humano e o que é útil à sociedade. Entendo que vivemos uma crise de humanismo, da centralização do humano, fruto da própria banalização do homem.”

Assim se manifesta o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade e vida, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O empregador possui, assim, o dever legal de assegurar um meio ambiente laboral saudável e equilibrado, pois é preciso proteger o homem trabalhador, enquanto ser vivo, das formas de degradação do meio ambiente onde exerce seu labor, por ser este fundamental à sua qualidade de vida. Dessa forma, o uso do equipamento polígrafo enseja a reparação de danos morais pela Justiça do Trabalho, uma vez que, ante seu uso, ocorre não só violação à dignidade e à integridade do trabalhador, como também, muitas vezes, a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos moldes do artigo 483 da CLT.

Nesse universo, direitos fundamentais de personalidade e meio ambiente do trabalho se instauram sobre um caráter indissociável, uma vez que o respeito ao direito do meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado implica prática defensiva do direito a uma saúde digna, que é o mais básico alicerce dos direitos fundamentais da pessoa humana. Inexorável se eleva o direito ao meio ambiente laboral equilibrado, como um direito fundamental, materialmente considerado e ligado ao direito à vida.

Dessa maneira, reconhece-se mundialmente o quanto é essencial a sadia qualidade de vida no aspecto que aqui se pretende enfocar, destacando-se, com relevância, a harmonia no meio ambiente do trabalho. Essa se dogmatiza subjetiva e objetivamente na proteção dos direitos à dignidade da pessoa humana, fulcrado no artigo 1º, III, da CF/88.

A Constituição Federal de 1988 estrutura a atividade econômica nos valores intrínsecos da dignidade da pessoa humana (artigo 170, VI, CF/88), já que tal é o princípio-mãe para a edificação

de uma ordem econômica e social lapidada na ética e na equidade. Assim, pretende-se instaurar o sentimento universal do avanço à dignificação do trabalho, pois

O primeiro e fundamental direito do homem, consagrado em todas as declarações internacionais, é o direito à vida, suporte para existência e gozo dos demais direitos. Entretanto, não basta declarar o direito à vida sem assegurar os seus pilares básicos de sustentação: o trabalho e a saúde. (OLIVEIRA, 2009, p. 189)

O trabalhador busca na atividade laboral o acesso aos bens de consumo necessários para conservar sua vida. Por isso não se pode ignorar a ressonância direta do labor com o processo vital, pois para que ocorra o exercício do trabalho, o homem não pode perder a saúde, sem a qual o direito à vida não se sustenta.

Cogo (2006) ensina que é preciso encontrar soluções capazes de estruturar uma relação mais humana e ética entre aqueles que tem o papel social de produzir riquezas e aqueles que, na outra ponta dessa relação, buscam sua inclusão no mercado de trabalho.

O ministro do TST Maurício Godinho Delgado já se manifestou de forma contrária acerca da utilização do equipamento polígrafo por empresa americana de transporte aéreo nacional e/ou internacional. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL DECORRENTE DE SUBMISSÃO DE EMPREGADA A TESTES DE POLÍGRAFO (DETECTOR DE MENTIRAS). A submissão de empregados a testes de polígrafo viola sua intimidade e sua vida privada, causando danos à sua honra e à sua imagem, uma vez que a utilização do polígrafo (detector de mentiras) extrapola o exercício do poder diretivo do empregador, por não ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro o mencionado sistema. Assim, *in casu*, compreende-se que o uso do polígrafo não é indispensável à segurança da atividade aeroportuária, haja vista existirem outros meios, inclusive mais eficazes, de combate ao contrabando, ao terrorismo e à corrupção, não podendo o teste de polígrafo ser usado camufladamente sob o pretexto de realização de teste admissional rotineiro e adequado. Além disso, o uso do sistema de polígrafo assemelha-se aos métodos de investigação de crimes, que só poderiam ser usados pela polícia competente, uma vez que, no Brasil, o legítimo detentor do Poder de Polícia é unicamente o Estado. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido. (TST, 6ª Turma, Proc. RR 28140-17.2004.5.03.0092. Re.: Ministro Maurício Godinho Delgado. DJ 07/05/2010).

O ministro relator do processo esclarece que o teste de polígrafo, utilizado pela empresa americana não pode ser adotado em relação a empregados brasileiros aqui admitidos, pois estes têm como fonte de proteção as normas trabalhistas brasileiras, devendo ser respeitados os princípios basilares traçados pela Constituição Federal de 1988, quais sejam o da dignidade da pessoa humana e o da inviolabilidade da intimidade e da honra subjetiva.

Em sua decisão, não considera o polígrafo um mecanismo legalmente previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro e, além disso, entende que o mesmo representa um instrumento de

transgressão à intimidade dos submetidos ao exame, uma vez que sequer é eficaz como meio de prova contra os empregados. Esclarece também que se a medida fosse realmente indispensável, já teria sido adotada pelas companhias de aviação de outras nacionalidades. Chama a atenção o trecho de sua decisão: “[...] o uso do polígrafo não é indispensável à segurança da atividade aeroportuária, haja vista existirem outros meios, inclusive mais eficazes, de combate ao contrabando, ao terrorismo e à corrupção, não podendo o teste de polígrafo ser usado camufladamente sob o pretexto de realização de teste admissional rotineiro e adequado.”

Vejam também as indagações de cunho intimidativo feitas à recorrente nos autos em análise:

- ___ Você já cometeu crimes ou já foi presa?
- ___ Vende ou já vendeu narcóticos?
- ___ Tem antecedentes de desonestidade?
- ___ Cometeu violações de trânsito?
- ___ Deve dinheiro para alguém? Quem? Quanto?
- ___ Já roubou qualquer propriedade do local onde trabalha?
- ___ Desde seu último teste, já usou drogas ilegais?
- ___ Intencionalmente já permitiu que alguém viajasse com documentos falsos?
- ___ Permitiu que alguém violasse os procedimentos de segurança?
- ___ Já permitiu contrabando em alguma aeronave?

Finalmente, explana o ilustre Ministro que o uso do polígrafo acaba por expor a vida pessoal do empregado submetido ao exame, gerando inclusive uma não-contratação de caráter discriminatório. Por isso, constata em sua decisão que o uso do polígrafo não só viola a intimidade e a vida privada dos submetidos ao teste como também destina-se, direta ou indiretamente, a um fim discriminatório, o que vai de encontro aos objetivos da República Federativa do Brasil insculpidos no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, cujo fundamento principal é o respeito à dignidade da pessoa humana prevista no inciso III do artigo 1º do mesmo diploma legal. Dessa maneira, comprova que o uso do detector de mentiras resulta em decisões que contrariam não só o inciso X do artigo 5º, como também o próprio *caput* do referido artigo, que estabelece o princípio da igualdade e veda as distinções legais de qualquer natureza. Ademais, considera que “o uso do sistema de polígrafo assemelha-se aos métodos de investigação de crimes, que só poderiam ser usados pela polícia competente, uma vez que, no Brasil, o legítimo detentor do Poder de Polícia é unicamente o Estado”, não podendo, em hipótese alguma, ser usado arbitrariamente por empresas privadas.

Como ainda assevera o ministro, o uso do teste de polígrafo, como pretensa medida de segurança, viola a intimidade da pessoa humana e enseja a pretensão a prováveis danos materiais e morais, conforme a previsão disposta no artigo 5º, X, de nossa Carta Magna, que assim dispõe, *in*

verbis: “Art. 5º (...) X são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” .

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

COGO, Sandra Negri. Gestão de pessoas e a integridade psicológica do trabalhador. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

GARCEZ, Maximiliano Nagl. Vida privada e a relação de emprego. Curitiba, 2001. 310 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná.

GOSDAL, Thereza Cristina. Assédio moral interpessoal e organizacional. São Paulo: LTr, 2009.

MEIRELES, Edilton. Abuso do direito na relação de emprego. São Paulo: LTr, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. Manual do poder diretivo. São Paulo: LTr, 2009.

PAIM, Paulo - Projeto de lei sob o número 7.253/2002, disponível em www.senadorpaim.com.br - acesso em 25 de abril de 2010.

SIMM, Zeno. Acoso psíquico no ambiente de trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

15. NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE O DANO EXISTENCIAL

Hidemberg Alves da Frota¹

RESUMO

Este artigo traz a lume o conceito e as espécies de dano existencial. Além disso, examina acontecimentos que podem redundar em dano existencial. E, por último, versa acerca de casos concretos judiciais nos quais se identificou a presença do dano existencial.

Palavras-chaves: dano existencial; dano ao projeto de vida; dano à vida de relações; noções basilares; precedentes judiciais.

ABSTRACT

This article brings to light the concept and modalities of existential damage. It also examines events that can result in existential damage. And, finally, analyzes judicial cases in which it was identified the presence of existential damage.

Key words: existential damage; damage to the project of life; damage to the relationship life; basic notions; judicial precedents.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a finalidade de propiciar à comunidade jurídica aportes teóricos basilares acerca do dano existencial, a fim de franquear aos profissionais do Direito elementos precípuos, por meio dos quais possam compreender a essência de tal construção jurídica e, ao mesmo tempo, obtenham subsídios sobre quais seriam as circunstâncias em que o referido constructo se revelaria, eventualmente, aplicável, ao contrastarem o conceito de dano existencial e suas espécies com circunstâncias ilustrativas de sua ocorrência.

¹ Advogado em Manaus-AM. Autor da obra “O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Princiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira” (Rio de Janeiro: GZ, 2009, 286 p.).

1 CONCEITO

O *dano existencial* constitui espécie de *dano imaterial* ou *não material* que acarreta à vítima, de modo *parcial* ou *total*, a *impossibilidade* de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu *projeto de vida* (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua *vida de relação*² (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

2 OS DANOS AO PROJETO DE VIDA E À VIDA DE RELAÇÕES

O dano existencial se subdivide no *dano ao projeto de vida* e no *dano à vida de relações*.

Em outras palavras, o *dano existencial* se alicerça em 2 (dois) eixos:

(a) De um lado, na ofensa ao *projeto de vida*, por meio do qual o indivíduo se volta à própria *autorrealização*³ *integral*, ao direcionar sua *liberdade de escolha* para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão *sentido* à sua existência.

Por dano existencial (também chamado de dano ao projeto de vida ou *prejudice d'agrément* — perda da graça, do sentido) compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perda a fonte de gratificação vital.

Por projeto de vida entenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.⁴

O *dano ao projeto de vida* refere-se às alterações de caráter não pecuniária nas condições de existência, no curso normal da vida da vítima e de sua família. Representa o

2 “[...] o dano existencial, este ligado sobretudo à vida de relação, nomeadamente, familiar.” Cf. PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 28 de Setembro de 2009 (Processo nº 518/06.1TTOAZ.P1). Relatora: Juíza Desembargadora Albertina Pereira. Porto, 31 de Março de 2009 (votação unânime). Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/89f98413823bf7c4802576c600503c48?OpenDocument>>. Acesso em: 06 ago. 2010.

3 “A autorrealização é todo um lento e complexo processo de despertamento, desenvolvimento e amadurecimento psicológicos de todas as adormecidas potencialidades íntimas, que estão latentes no ser humano, como suas experiências e realizações ético-morais, estéticas, religiosas, artísticas e culturais. Equivale esclarecer que é todo um esforço bem direcionado para a realização do *Eu* profundo e não da superficialidade das paixões do ego.” Cf. FRANCO, Divaldo Pereira. *O despertar do espírito*: obra ditada pelo espírito de Joanna de Ângelis. 5. ed. Salvador: LEAL, 2003, p. 19.

4 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (*estético, biológico e existencial*) — breves considerações. *Revista LTr*: legislação do trabalho, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

reconhecimento de que as violações de direitos humanos muitas vezes impedem a vítima de desenvolver suas aspirações e vocações, provocando uma série de frustrações dificilmente superadas com o decorrer do tempo. O dano ao projeto de vida atinge as expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar da vítima, incidindo sobre suas liberdade de escolher o seu próprio destino. Constitui, portanto, uma ameaça ao sentido que a pessoa atribui à existência, ao sentido espiritual da vida.⁵ (grifo da autora)

[...] Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O conceito de projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe parecem acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida revela, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. [...] É por isso que a brusca ruptura dessa busca, por fatores alheios causados pelo homem (como a violência, a injustiça, a discriminação), que alteram e destroem, de forma injusta e arbitrária, o projeto de vida de uma pessoa, reveste-se de particular gravidade, — e o Direito não pode se quedar indiferente a isso. A vida — ao menos a que conhecemos — é uma só, e tem um limite temporal, e a destruição do projeto de vida acarreta um dano quase sempre verdadeiramente irreparável, ou uma vez ou outra de difícil reparação.⁶

(b) E, de outra banda, no prejuízo à *vida de relação*⁷, a qual diz respeito ao conjunto de *relações interpessoais*, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua *história vivencial* e se *desenvolver* de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsita à humanidade.

O dano existencial representa, em medida mais ou menos relevante, uma alteração substancial nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas, etc. Abrange todo

5 NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 166.

6 Cuida-se de tradução livre do trecho principal dos itens 3 a 4 do voto articulado pelo Juiz Augusto Cançado Trindade, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gutiérrez Soler versus Colombia*: “[...] 3. Todos vivimos en el tiempo, que termina por consumirnos. Precisamente por vivimos en el tiempo, cada uno busca divisar su proyecto de vida. El vocablo ‘proyecto’ encierra en sí toda una dimensión temporal. El concepto de proyecto de vida tiene, así, un valor esencialmente existencial, ateniéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida desvenda, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno. 4. Es por eso que la brusca ruptura de esta búsqueda, por factores ajenos causados por el hombre (como la violencia, la injusticia, la discriminación), que alteran y destruyen de forma injusta y arbitraria el proyecto de vida de una persona, revístese de particular gravedad, - y el Derecho no puede quedarse indiferente a esto. La vida - al menos la que conocemos - es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable.” (grifo do autor) Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C nº 132. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc>. Acesso em: 09 abr. 2010.

7 “[...] vida de relação: funções que põem o ser vivo em comunicação com o mundo exterior.” Cf. DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente — temporária ou permanentemente — sobre a sua existência.

[...] O dano existencial materializa-se como uma renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer gênero, em comprometimento das próprias esferas de desenvolvimento pessoal.

[...] O dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou de lazer, etc.

[...] É afetado pelo dano existencial aquele que é injustamente privado de sua liberdade, privação essa que pudesse [sic] ter ceifado a possibilidade de convívio familiar, durante alguns meses, tempo esse precioso, principalmente, considerando a eventualidade de um familiar próximo dessa pessoa estar doente, com risco de morte e, ainda, sem ter condições de compartilhar de confraternizações, de ir ao cinema, de participar de atividades religiosas, acadêmicas, etc.

[...] Os sacrifícios, as renúncias, a abnegação, a clausura, o exílio, o prejuízo do cotidiano, uma interação menos rica do lesado com as outras pessoas, coisas e interesses, provisórias ou definitivas, todos esses elementos constituem dano existencial.⁸

Não há projeto de vida sem a vida de relação: as pessoas humanas, como *seres-no-mundo-com-os-outros*⁹ ou *seres coexistenciais*¹⁰, precisam interagir umas com as outras, de modo que sejam concebidos, modelados, planejados, materializados, adaptados e readaptados os objetivos, as metas e as atividades que fornecem propósito às suas existências.

Como foi expresso, a coexistencialidade é um dos pressupostos existenciais do “projeto de vida”. Embora o projeto seja uma decisão livre, só pode se realizar com a contribuição dos demais seres, no seio da sociedade. O “projeto de vida” se formula e decide para sua realização em sociedade, em companhia dos “outros”. A constituição coexistencial do ser humano torna possível sua realização comunitária. Sem os outros não se poderia projetar.¹¹

8 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44, 46-47.

9 Expressão existencialista inspirada no pensamento do filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976) e adotada pela jusfilósofa Jeannette Antonios Maman, docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Cf. MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2003, p. 84.

10 Locução adotada no singular (*ser coexistencial*) por um dos pioneiros, na filosofia italiana, no estudo do existencialismo, Nicola Abbagnano (1901-1990). Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Introdução ao existencialismo*. São Paulo: Martins, 2006, p. 28. (Coleção Dialética)

11 Trata-se de tradução livre deste ensinamento doutrinário: “Como se ha expresado, la coexistencialidad es uno de los supuestos existenciales del “proyecto de vida”. Si bien el proyecto es una decisión libre, sólo se puede realizar com la contribución de los demás seres en el seno de la sociedad. El “proyecto de vida” se formula y decide para su realización en sociedad, en compañía de los “otros”. La consistencia coexistencial del ser humano hace posible su realización comunitaria. Sin ló “otros” no se podría proyectar.” Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”, p. 35. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06 ago. 2010. Por meio do portal eletrônico *Diké*, a Pontifícia Universidade Católica do Peru homenageou o jusfilósofo peruano Carlos Fernández Sessarego (docente da plurissecular *Universidad Nacional Mayor de San Marcos* — UNMSN e nome de relevo nas pesquisas jurídicas hispano-americanas relacionadas ao *dano ao projeto de vida*), ao franquear aos usuários da Rede Mundial de Computadores trabalhos significativos de sua trajetória intelectual. Cf. PERU. Biblioteca de Autor de DIKE: selección de diez artículos del doctor Carlos Fernández Sessarego. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/?ba_fs.htm>. Acesso em: 10 abr. 2010.

Tendo havido ou não ataque à integridade física ou psíquica, à esfera do patrimônio material (lucros cessantes ou danos emergentes¹²), à constituição biológica ou estética ou ao bem-estar psicológico da vítima, importa, do ponto de vista do dano existencial, que o ilícito tenha ocasionado ao *sujeito passivo* do dano a abusiva *privação* de componente significativo de seu *projeto de vida* e/ou *vida de relação*.

Salienta Guedes: “O dano existencial pode decorrer de atos ilícitos que não prejudicam a saúde nem o patrimônio da vítima, mas a impedem de continuar a desenvolver uma atividade que lhe dava prazer e realização pessoal.”¹³

3 POSSÍVEIS EVENTOS QUE PODEM RESULTAR EM DANO EXISTENCIAL

Podem resultar em *dano existencial* incidentes cuja repercussão seja de tamanha magnitude a ponto de inviabilizar relacionamentos de cunho familiar, afetivo-sexual ou profissional (*dano à vida de relação*) e/ou fulminar metas e objetivos de importância vital à autorrealização (*dano ao projeto de vida*), resultando no esvaziamento da perspectiva de um presente e futuro minimamente gratificantes.

Possíveis situações caracterizadoras de dano existencial (rol meramente exemplificativo):

(a) A perda de um familiar¹⁴ ou o abandono parental¹⁵ em momento crucial do desenvolvimento da personalidade.

(b) O assédio sexual.

(c) O terror psicológico no ambiente de trabalho¹⁶, no contexto escolar ou na intimidade familiar.

(d) A violência urbana ou rural.

(e) Atentados promovidos por organizações extremistas e o terrorismo de Estado.

(i) Prisões arbitrárias ou fruto de erro judiciário¹⁷.

12 No campo dos danos *materiais*, os danos *emergentes* aludem “ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, ‘o que ela perdeu’”, ao passo que os *lucros cessantes* dizem respeito “àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, ‘o que ela não ganhou’”. Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 41.

13 GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 128.

14 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo nº 04B3527 — JSTJ000).

Relator: Juiz Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>>.

15 CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 8, nº 36, jun.-jul. 2006, p. 93-95.

16 GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 128-130.

17 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84, 85.

(g) Guerras civis, revoluções, golpes de Estado e conflitos armados multiétnicos e internacionais.

(h) Acidentes de trânsito¹⁸ ou de trabalho¹⁹.

De acordo com as peculiaridades do caso concreto, tais acontecimentos podem ter o condão de impedir a prática de atos de suma importância para a *autorrealização pessoal* (a exemplo do exercício de um trabalho, uma profissão, um ofício, uma atividade ou uma ocupação, bem como da possibilidade de se estabelecer ou manterem vínculos afetivos e de se fundar um núcleo familiar) e tornar facetas do cotidiano que, até então, pareciam triviais ou corriqueiras um momento de profunda angústia, tensão, dificuldade e frustração, como ir e vir, dirigir um automóvel, tomar um ônibus, manter relações sexuais com o marido ou a esposa, o companheiro ou a companheira, deixar os filhos no colégio, ler um livro, entabular uma tertúlia despreocupada com amigos e parentes, andar na rua sem estar em estado de alerta ou entrar em um espaço fechado sem se sentir asfíxiado.

4 PRECEDENTES JUDICIAIS EMBLEMÁTICOS

Colhem-se do Poder Judiciário de Portugal²⁰ didáticos exemplos²¹ do campo de incidência do dano existencial:

(a) Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Acórdão de 18 de março de 2003 (Relator, Juiz Conselheiro Lucas Coelho). Reconheceu que a morte de genitor, devida a acidente de trânsito, quando a filha mais nova era recém-nascida, proporcionou “um dano existencial de relevo na

18 Ibid., p. 47 e 85. Nesse sentido: PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo nº 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010; PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 31 de Março de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz-Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbfd?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010; PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Trecho do item 4 da ementa e do item 4 do Capítulo V da fundamentação do Acórdão de 20 de Abril de 2010 (Processo nº 5943/06.5TBVFR.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 20 de Abril de 2010. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c73f871aa8d85f3880257729003caad3?OpenDocument>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

19 SOARES, Flaviana Rampazzo. Op. cit., p. 77, 88, 89.

20 Em Portugal (Estado unitário), conforme a Constituição nacional de 1976 (art. 210, nº 4), a segunda instância do Poder Judiciário é exercida, em regra, pelos *Tribunais da Relação* (compostos por *Juizes Desembargadores*), denominação que, no Brasil, ao longo do Império, possuíam os atuais *Tribunais de Justiça* dos Estados-membros (então *Províncias*), período em que o Brasil tem era Estado unitário. Cf. PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em:

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

21 Na citação de fragmentos de decisões judiciais portuguesas, manteve-se a ortografia do português europeu.

personalidade moral da criança”²².

(b) Tribunal da Relação de Guimarães (TRG). Acórdão de 23 de maio de 2004 (Relator, Juiz Desembargador José M. C. Vieira e Cunha). Vislumbrou *dano existencial e psíquico* decorrente de sequelas de acidente de trânsito do qual adveio, para o jovem vitimado (à época estudante de curso politécnico, estudo que não pôde prosseguir depois do acidente viário), a incapacidade laboral permanente estimada em 50% (cinquenta por cento). Sob o prisma do dano existencial e psíquico, o TRG constatou a dificuldade de o autor da ação judicial enfrentar o fato de que, após o sinistro, adquiriu expressiva incapacidade para protagonizar todos os aspectos da sua vida:

[...] revelando os autos a incapacidade actual de completar qualquer formação e um fortíssimo dano existencial, que torna o Autor fortemente dependente de terceiros, designadamente de familiares próximos [...]

[...] na vertente do dano existencial e psíquico (o dano da vida de relação, com base na dificuldade de “coping” do Autor, na dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem como o *id quod plerumque accidit*: a dificuldade de realização do Autor, portador de grande incapacidade, em todas as vertentes das respectivas relações sociais, para futuro).

[...] os autos patenteiam um sofrimento notório do Autor, acompanhado de um dano existencial e de relação (a incapacidade de exprimir a força vital orientada para a realização do eu e a incapacidade que para o Autor resultou de se tornar protagonista da sua própria existência – cf. M^a Gloria Campi, in Molinari, op. cit., pg.390) de que apenas tenuamente poderemos acompanhar as consequências futuras.²³

(c) Tribunal da Relação do Porto (TRP). Acórdão de 31 de março de 2009 (Relator, Juiz Desembargador José Maria Cabrita Vieira e Cunha). No tocante aos reflexos de acidente de trânsito sobre a integridade psíquica e existencial de mulher de meia-idade (empregada doméstica acometida de incapacidade geral para o trabalho de 25%), o TRP teceu considerações seguindo a linha de raciocínio esposada no supracitado precedente do TRG (ambos os julgados da relatoria do Juiz Desembargador Vieira e Cunha), ao atinar com os efeitos deletérios do sinistro para a esfera das relações interpessoais e o campo de atividades da vítima:

[...] na vertente do dano existencial e psíquico (o dano da vida de relação e o dano da dificuldade de “coping”, ou seja, da dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem como a dificuldade nas relações sociais, a incapacidade para o desempenho da actividade profissional de empregada doméstica que sempre desempenhou; o prejuízo sexual — fixável num grau 3 em 5)²⁴

22 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Trechos do Item 4 da ementa e item 2 do Capítulo III da fundamentação Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo n. 04B3527 – JSTJ000). Relator: Juiz-Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>>. Acesso em: 06 abr. 2010.

23 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Trechos do item V da ementa e do Capítulo III da fundamentação do Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo n° 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

24 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Trecho do Capítulo III da fundamentação do Acórdão de 31 de Março

(d) Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 20 de abril de 2010 (novamente na qualidade de Relator, o Juiz Desembargador Vieira e Cunha). Consiste em caso judicial que ilustra como o dano existencial (também, *in casu*, decursivo de acidente de trânsito), mais do que afetar o projeto de vida da pessoa humana e seus círculos de relações intersubjetivas, faz com que atos tão intrínsecos à rotina pretérita da vítima se convertam, após a prática do ilícito, em tarefas árduas de executar:

[...] o dano da vida de relação e o dano da dificuldade de “coping”, ou seja, da dificuldade em lidar com a sua actual incapacidade, bem como a dificuldade nas relações sociais, a incapacidade para o desempenho das actividades diárias, de cultivo ou agrícolas, de carpinteiro, ou outras, de utilidade permanente, e próprias do passado de vida de qualquer cidadão e de qualquer estrato social, a dificuldade em realizar as tarefas tão simples de vestir; calçar ou tomar banho, em suma, o prejuízo de afirmação pessoal [...].²⁵ (grifo nosso)

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Corte IDH*)²⁶, destaca-se, recorda Nunes²⁷, o caso *Benavides versus Peru*, julgado em 3 de dezembro de 2001.

No referido *decisum*, a Corte IDH, sob a presidência do Juiz Augusto Antônio Cançado Trindade²⁸, inferiu “dano ao projeto de vida”²⁹ de Luis Alberto Cantoral Benavides e, por conseguinte, impôs à República do Peru a concessão à vítima de “uma bolsa de estudos”³⁰ e o custeio dos “gastos de sua manutenção durante o período de seus estudos”³¹.

Tal condenação do Estado peruano se originou de prisão provisória ilegal e arbitrária, realizada no domicílio da vítima pela Polícia Antiterrorista³² (*Dirección Nacional contra el*

de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbfd?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

25 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Trecho do item 4 da ementa e do item 4 do Capítulo V da fundamentação do Acórdão de 20 de Abril de 2010 (Processo nº 5943/06.5TBVFR.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 20 de Abril de 2010. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c73f871aa8d85f3880257729003caad3?OpenDocument>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

26 Instituição autônoma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem como desiderato “a aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (Pacto de San José da Costa, 1969), consoante prevê o art. 1º, 1ª parte, do seu Estatuto. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Estatuto de la Corte Interamericana e Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

27 NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 167.

28 Presidente da Corte IDH no quadriênio 1999-2003, Cançado Trindade, na atualidade, encontra-se no desempenho de mandato (2009-2018) de Juiz da Corte Internacional de Justiça, sediada em Haia, nos Países Baixos.

29 *Ibid.*, p. 167

30 *Ibid.*, loc. cit.

31 *Ibid.*, loc. cit.

32 FUNDACIÓN ECUMÉNICA PARA EL DESARROLLO Y LA PAZ. Informe resumido de la situación jurídica de Luis Alberto Cantoral Benavides. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/fedepaz/cantoral.html>>.

Terrorismo) do Peru (que, em verdade, procurava pelo irmão mais velho e, na ausência deste, prendeu aquele)³³.

O encarceramento durou 4 (quatro) anos, durante os quais Benavides sofreu abusos físicos e psicológicos que ocasionaram problemas psiquiátricos perenes e o impeliram a se refugiar no Brasil após sua soltura, prejudicando a dimensão acadêmica do seu *projeto de vida* anterior à prisão (então com vinte anos de idade, cursava graduação em Biologia na Universidade Nacional Maior de São Marcos, instituição universitária sediada em Lima)³⁴.

Ao motivar sua decisão, salientou a Corte Interamericana:

É, de outra parte, evidente para esta Corte que os fatos deste caso ocasionaram uma grave alteração do curso que, normalmente, teria seguido a vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Os transtornos que esses fatos lhe impuseram, impediram a realização da vocação, das aspirações e potencialidades da vítima, em particular no que diz respeito à sua formação e ao seu trabalho como profissional. Tudo isso tem representado um sério prejuízo para o seu “projeto de vida”.³⁵

Ao compulsar a jurisprudência italiana relativa ao dano existencial, Soares³⁶ menciona precedente da Corte de Apelação de Gênova, corporificada em sentença de mérito de 7 de fevereiro de 2003, por meio da qual o juízo monocrático de revisão, decorridos cerca de 7 (sete) anos de prisão, absolveu Daniele Barilla da acusação de prática de crime relativo a tráfico de drogas.

Sob a óptica do dano existencial, aquele juízo singular de segundo grau focou os desdobramentos dos anos de prisão sobre a vida social e familiar do acusado:

A indenização por dano existencial foi concedida, tendo em vista que o ofendido teve um comprometimento negativo em suas condições de vida, em razão da prisão injusta, tendo renunciado “involuntariamente aos próprios hábitos da vida”, não pôde constituir uma família, ficou privado do convívio da família e da noiva; não estava junto ao pai quando este faleceu, sofreu preconceito e privações por ser considerado traficante de drogas.³⁷

Acesso em: 09 abr. 2010.

33 Ibid., loc. cit.

34 Informações colhidas dos itens 35 e 54 do supracitado aresto. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Inter-American Court of Human Rights. Cantoral Benavides Case, Judgment of December 3, 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001). Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/88-ing.html>>.

Acesso em: 09 abr. 2010.

35 Tradução livre nossa do item 60, Capítulo VIII, do aresto em sede do caso *Benavides versus Peru*: “60. Es, por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su ‘proyecto de vida’.” Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.doc>. Acesso em: 07 ago. 2010.

36 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84.

37 Ibid., loc. cit.

5 CONCLUSÃO

O *dano existencial* constitui espécie de *dano imaterial* que acarreta à vítima, de modo *parcial* ou *total*, a *impossibilidade* de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu *projeto de vida* (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua *vida de relação* (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

Subdivide-se no *dano ao projeto de vida* e no *dano à vida de relações*. Em outras palavras, o *dano existencial* se alicerça em 2 (dois) eixos: de um lado, na ofensa ao *projeto de vida*, por meio do qual o indivíduo se volta à própria *autorrealização integral*, ao direcionar sua *liberdade de escolha* para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, objetivos e ideias que dão *sentido* à sua existência; e, de outra banda, no prejuízo à *vida de relação*, a qual diz respeito ao conjunto de *relações interpessoais*, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua *história vivencial* e se *desenvolver* de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética) em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsita à humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Introdução ao existencialismo*. São Paulo: Martins, 2006. (Coleção Dialética)

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (*estético, biológico e existencial*) — breves considerações. *Revista LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 1, p. 26-29, jan. 2009.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 8, nº 36, p. 71-87, jun.-jul. 2006.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt>>. Acesso em: 07 abr. 2010.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF>. Acesso em: 06 ago. 2010.

FRANCO, Divaldo Pereira. *O despertar do espírito: obra ditada pelo espírito de Joanna de Ângelis*. 5. ed. Salvador: LEAL, 2003.

FUNDACIÓN ECUMÉNICA PARA EL DESARROLLO Y LA PAZ. Informe resumido de la situación jurídica de Luis Alberto Cantoral Benavides. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/fedepaz/cantoral.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartir Latin, 2003.

NUNES, Raquel Portugal. Reparações no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de Oliveira (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Cap. 9, p. 159-178.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C nº 132. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_132_esp.doc>. Acesso em: 09 abr. 2010.

_____. _____. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.doc>. Acesso em: 07 ago. 2010.

_____. Estatuto de la Corte Interamericana e Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

_____. Inter-American Court of Human Rights. Cantoral Benavides Case, Judgment of December 3, 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001). Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/88-ing.html>>. Acesso em: 09 abr. 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 3 de Junho de 2004 (Processo nº 04B3527 — JSTJ000). Relator: Juiz Conselheiro Lucas Coelho. Lisboa, 3 de Junho de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/22bbafa4ca2fadf080256ec20055bb19?OpenDocument>>.

_____. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão de 23 de Maio de 2004 (Processo nº 1152/04-2). Relator: Juiz-Desembargador José M. C. Vieira e Cunha. Guimarães, 23 de Maio de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b2dd012966b8e180256ed7003dea47?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 28 de Setembro de 2009 (Processo nº 518/06.1TTOAZ.P1). Relatora: Juíza Desembargadora Albertina Pereira. Porto, 31 de Março de 2009 (votação unânime). Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/89f98413823bf7c4802576c600503c48?OpenDocument>>. Acesso em: 06 ago. 2010.

_____. _____. Acórdão de 31 de Março de 2009 (Processo nº 3138/06.7TBMTS.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 31 de Março de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7d5d7974a6af84cd802575af003ccbfd?OpenDocument>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. _____. Acórdão de 20 de Abril de 2010 (Processo nº 5943/06.5TBVFR.P1). Relator: Juiz Desembargador José Manuel Cabrita Vieira e Cunha. Porto, 20 de Abril de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/c73f871aa8d85f3880257729003caad3?OpenDocument>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade civil por dano existencial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

IV ARTIGOS DOUTRINÁRIOS SOBRE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

1. PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Herminegilda Leite Machado¹

1 INTRODUÇÃO

O processo judicial, como forma de solução de conflitos, teve sua história desenvolvida segundo os elementos oferecidos pela sociedade de cada época.

À proporção que os conhecimentos foram ampliados, os conflitos sociais tornaram-se mais complexos, circunstância que exigiu da Ciência Processual um aperfeiçoamento técnico, de modo a permitir, da melhor maneira, a pacificação social e conferir uma resposta adequada aos anseios dos jurisdicionados.

No mundo contemporâneo, o direito processual tem acompanhado o dinamismo da sociedade, deixando-se influenciar pelas suas conquistas tecnológicas, com a utilização de instrumentos de comunicação modernos, que permitem uma interação imediata entre os indivíduos, a exemplo da rede mundial de computadores.

Seria injustificável que o Poder Judiciário, diante do contexto virtual, ficasse alheio a esses avanços e não utilizasse tais elementos a favor de sua missão institucional.

Despertando para essa realidade, os diversos Tribunais brasileiros começaram a utilizar a tecnologia da informação, buscando, com isto, aperfeiçoar a atribuição jurisdicional, dando-lhe um novo impulso, sem desprezar, contudo, os princípios reitores do direito processual.

Os trabalhos afetos à atividade cartorária, assim como a atividade judicante, passam a ser realizados eletronicamente, com a utilização dos recursos da Informática, dispensando o uso do papel e também dos serviços de Correios.

E assim, migrando de um sistema totalmente material para o virtual, se vence o desafio de construir a nova fase da ciência do direito processual – a do processo judicial eletrônico.

Percebe-se, desta forma, que o uso de meios modernos para a realização da Justiça apresenta benefícios que se desdobram em três facetas: celeridade, economia e respeito ambiental.

De fato, a efetivação do processo eletrônico sugere não só a celeridade nos conflitos, como também proporciona economia ao Estado e traz o conforto de que a atuação estatal está sendo realizada em comunhão com a consciência ambiental.

¹Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região

A denominação “processo judicial eletrônico” ainda não é definitiva, pois são muitos os debates a esse respeito. Alguns estudiosos o denominam de processo virtual, processo eletrônico, processo digital, e-processo e até mesmo processo judicial telemático².

À margem dessa discussão, serão utilizadas, nessas breves linhas, as expressões “processo eletrônico” e “processual virtual”, que são as mais correntes entre os usuários da Justiça no Brasil.

Por outro lado, no que diz respeito ao aspecto prático, o trabalho será circunscrito à experiência vivenciada no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, visto que os mais diversos Tribunais que compõem o Poder Judiciário³ brasileiro estão desenvolvendo programas próprios, adequadas à natureza de cada processo. No aspecto teórico, abordar-se-á temas como a evolução legislativa, os novos princípios do processo eletrônico, a assinatura eletrônica, a comunicação eletrônica, os prazos processuais e sobre os documentos e arguição de falsidade.

2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Poder-se-ia afirmar que a informatização judicial teve início com a edição da Lei nº 9.800, de 26.05.1999, que autorizava a utilização dos meios eletrônicos para transmissão de dados e imagens tipo *fac-símile* ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependessem de petição escrita (art. 1º).

Todavia, não se pode estabelecer que esse tenha sido o marco da informatização judicial, visto que a referida lei era lacunosa e omissa quanto à segurança da transmissão de documentos por meio eletrônico, pois lhe faltava a exigência do uso de certificação digital, retirando “[...] do remetente a certeza de que a peça enviada chegaria ao seu destino final íntegra ou imune a alterações que poderiam ser realizadas sem deixar qualquer indício de adulteração”⁴.

2 Augusto Cesar de Carvalho Leal, in O processo judicial telemático: considerações propedêuticas acerca de sua definição e denominação, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9296>, acesso em 25.06.2010

3 Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I- Ao Conselho Nacional de Justiça (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004);

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

* Importante destacar que o Poder Judiciário brasileiro é composto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pelo Superior Tribunal Militar (STM), pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, pelos Tribunais Regionais do Trabalho e Juízes do Trabalho, pelos Tribunais Regionais Eleitorais e Juízes Eleitorais, pelos Tribunais e Juízes Militares e pelos Tribunais de Justiça dos 27 Estados e do Distrito Federal e Territórios. Como se vê, é complexa a estrutura do Poder Judiciário.

4Alexandre Atheniense, Comentários à Lei 11.419/06 e As Práticas Processuais por Meio Eletrônico nos Tribunais

A referida lei limitava-se apenas a disciplinar a transmissão de documentos escritos, cuja eficácia estava condicionada à apresentação dos seus originais em juízo no prazo de até cinco dias do término do prazo em que o ato deveria ter sido praticado (art. 2º), e a responsabilidade pela qualidade e fidelidade do material transmitido, bem como pela sua entrega ao órgão judiciário, era da pessoa que fizesse uso do sistema de transmissão (art. 4º).

Esse novo contexto fez apenas com que os prazos processuais fossem ampliados, já que não obrigava os Tribunais a oferecer qualquer meio material para a recepção de documentos (art. 5º).

Portanto, a referência a essa lei serve apenas para fixar o marco em que o legislador sentiu a necessidade de começar a inserir no Poder Judiciário as ferramentas ofertadas pela tecnologia da informação e da comunicação.

Em 2002 foi editada a Medida Provisória nº 2.200, instituindo a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras (art. 1º).

Posteriormente, um outro passo foi dado com a edição da Lei nº 10.259, de 12.07.2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

O § 2º do art. 8º da referida lei faculta os Tribunais a organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico.

O § 3º do art. 14 dispõe que a reunião de juízes domiciliados em cidades diversas deverá ser feita pela via eletrônica.

E o art. 24 autoriza ao Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e as Escolas de Magistratura dos Tribunais Regionais Federais a criarem programas de informática necessários para subsidiar a instrução das causas submetidas aos Juizados.

Com o aval legislativo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a Resolução nº 13, de 11.03.2004, estabelecendo as normas para o funcionamento do processo eletrônico nos juizados especiais federais no âmbito de sua jurisdição. As novas causas ajuizadas a partir da implantação do processo eletrônico somente foram permitidas pelo sistema eletrônico (art. 2º da referida Resolução), e todo o procedimento passou a ser virtual. Os processos em tramitação continuaram em autos físicos (§ 3º do art. 2º).

Foram oferecidas condições materiais às partes mediante a instalação de sala de auto-atendimento, com acesso ao sistema de escaneamento e computador conectado à rede mundial para uso dos advogados e procuradores dos órgãos públicos, como também para consulta pelas partes litigantes (§ 1º do art. 2º).

Em 16.02.2006, foi editada a Lei nº 11.280, que, além de alterar diversos artigos do Código de Processo Civil, introduziu, no art. 154⁵, o parágrafo único, autorizando aos tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, a disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, desde que atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.

Ainda no ano 2006, foi publicada a Lei nº 11.382, em 06.12.2006, alterando dispositivos do Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução para permitir, *v.g.*, a utilização do sistema eletrônico para requisição de informações sobre a existência de ativos financeiros em nome do executado e determinar a sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução (art. 655-A do CPC⁶), e autorizar a realização de alienação, por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado. (art. 689-A do CPC⁷).

Finalmente, após esses pequenos avanços e depois de inúmeras discussões legislativas, objetivando a regulamentação do uso da informática nos processos judiciais, foi aprovado o Projeto de Lei de nº 5.828/01, apresentado pela Associação dos Juizes Federais – AJUFE, que resultou na

5Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil. [\(Incluído pela Lei nº 11.280, de 2006\)](#)
§ 2º Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei. [\(Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006\)](#).

6Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\)](#).

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\)](#).

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\)](#).

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\)](#).

§ 4º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o caput deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão-somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no [art. 15-A da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995](#). [\(Incluído pela Lei nº 11.694, de 2008\)](#)

7Art. 689-A. O procedimento previsto nos arts. 686 a 689 poderá ser substituído, a requerimento do exequente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\)](#).

Parágrafo único. O Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, regulamentarão esta modalidade de alienação, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital. [\(Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006\)](#).

Lei nº 11.419, de 19.12.2006.

Pode-se dizer que a informatização do processo judicial teve o seu principal amparo nessa lei, que tem aplicação indistinta ao processo civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (§ 1º do art. 1º).

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁸, preocupado em viabilizar a informatização de todo o Poder Judiciário (PJ) brasileiro, editou várias Resoluções⁹, uma delas no sentido de orientar a utilização da tecnologia da informação e da comunicação. Também padronizou temas relativos ao domínio “jus.br” para todos os sítios eletrônicos do PJ e aos endereços eletrônicos desses órgãos judiciais, estabelecendo, ainda, a utilização de um sistema de numeração único para os processos que tramitam nos órgãos do Poder Judiciário.

8Órgão integrante do Poder Judiciário, desde 31.12.2004, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004), com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, e a quem cabe o controle e a transparência administrativa e financeira dos tribunais, bem como a coordenação do planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário, vem tomando medidas com o objetivo de contribuir na solução dos problemas que venham a surgir com a implantação do sistema de informática nos tribunais brasileiros. www.cnj.jus.br

9Resolução nº 12/2006, que cria o Banco de Soluções do Poder Judiciário, com o objetivo de reunir e divulgar a todos os interessados, de forma mais completa e ampla possível, os sistemas de informação implantados ou em desenvolvimento que visam à melhoria da administração da Justiça ou da prestação jurisdicional e com a competência para definir as regras de estrutura do parque tecnológico, sistemas de informação, conectividade e padronização do Poder Judiciário.

Resolução nº 41, que institui o domínio primário “jus.br” para todos os sítios eletrônicos do Poder Judiciário.

Resolução nº 45/2007, que dispõe sobre a padronização dos endereços eletrônicos dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

Resolução nº 46/2007, que cria as Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário para padronizar e uniformizar os assuntos e movimentação processuais no âmbito da Justiça.

Resolução nº 65/2008, que padroniza o número dos processos nos órgãos do Poder Judiciário, estabelecendo sistema de numeração única.

Resolução nº 70/2009, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário.

Resolução nº 79/2009, que dispõe sobre a transparência na divulgação das atividades do PJ, com a utilização preferencial de meios eletrônicos em detrimento dos impressos.

Resolução nº 87/2009, que dá nova redação e renumera artigos da Resolução nº 66/2009, e cria mecanismo de controle estatístico e disciplina o acompanhamento, pelos juízes e Tribunais, dos procedimentos relacionados à decretação e ao controle dos casos de prisão provisória, permitindo a dispensa do envio de relatórios por meio físico quando seja possível obtê-los automaticamente por meio de sistema informatizado e mandando os Tribunais desenvolver mecanismos, prioritariamente eletrônicos, de auxílio aos magistrados, no controle das prisões e internações sob sua jurisdição.

Resolução nº 90/2009, que dispõe sobre os requisitos de nivelamento de tecnologia da informação.

Resolução nº 91/2009, que institui o Modelo de Requisitos para Sistemas Informatizados de Gestão de Processos e Documentos do Poder Judiciário, além de disciplinar a obrigatoriedade da sua utilização no desenvolvimento e manutenção de sistemas informatizados para as atividades judiciárias e administrativas no âmbito.

Resolução nº 92/2009, que dispõe sobre a Gestão de Precatórios.

Resolução nº 99/2009, que institui o Planejamento Estratégico de Tecnologia da Informação e Comunicação, com a missão de prover soluções tecnológicas efetivas para que seja cumprida a função institucional.

Resolução nº 100/2009, que dispõe sobre a comunicação oficial, por meio eletrônico.

Resolução nº 101/2009, que define a política institucional do Poder Judiciário na execução das penas e medidas alternativas como padrão a ser utilizado, mandando que os Tribunais adotem o sistema de processamento processual acessível e interoperável com os sistemas CNJ.

Resolução nº 105/2010, que dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência.

Resolução nº 121/2010, que dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores e expedição de certidões judiciais.

Entre todas as Resoluções editadas pelo CNJ, merece destaque a de nº 70/2009, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário, fixando as dez metas¹⁰ a serem cumpridas pelos Tribunais.

Nada menos do que seis dessas dez metas referem-se ao uso da tecnologia da informação e da comunicação, conforme transcrição a seguir:

3. Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet);
4. Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos;
5. Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias;
- (...)
7. Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça;
8. Cadastrar todos os magistrados nos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud);
- (...)
10. Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias.

Poder-se-á afirmar que essa Resolução nº 70 desdobrou-se em várias outras resoluções, regulamentando os requisitos de nivelamento de tecnologia da informação; instituindo o modelo de requisitos para sistemas informatizados de gestão de processos e documentos do Poder Judiciário, além de disciplinar a obrigatoriedade da sua utilização no desenvolvimento e manutenção de sistemas informatizados para as atividades judiciárias e administrativas.

Estão disciplinadas nas resoluções editadas pelo CNJ as matérias relativas à gestão de precatórios; à comunicação oficial por meio eletrônico; à política institucional do Poder Judiciário na execução das penas e medidas alternativas como padrão a ser utilizado; à adoção, pelos Tribunais, de sistema de processamento processual acessível e interoperável com os sistemas CNJ; sobre a forma de documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual, realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência; e sobre a publicidade de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores.

3 DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO ELETRÔNICO

Esse novo processo acolhe os princípios tradicionais básicos do processo material, como, por exemplo, o do devido processo legal, do acesso à jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade, da privacidade das partes, da instrumentalidade, da igualdade de tratamento, entre

¹⁰ Resolução 70/2009 – Alteração aprovada pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na 100ª Sessão Ordinária, de 09 de março de 2010, no julgamento do processo Ato Normativo 0001480-91.2010.2.00.0000. (Emenda nº 01 à Resolução CNJ nº 70/2009, publicada no DJ-e nº 70/2010, em 20/04/2010, p. 2-3). Anexo II da Resolução nº 70/2009

outros, porém, a sua concretização se perfaz com base em princípios próprios, concebidos em conformidade com a sua natureza desmaterializada, dinâmica.

Os princípios próprios a esse novo direito eletrônico processual são defendidos por estudiosos da matéria, a exemplo dos que são propostos pelo nobre colega José Eduardo de Resende Chaves Júnior, em estudo por ele publicado na obra *Comentários à Lei do Processo Eletrônico*, que também é por ele coordenada, e que podem ser assim sintetizados:

1. Princípio da Imaterialidade – decorre da própria desmaterialização dos autos. Os conceitos de “processo”, “procedimento” e “autos” não se diferenciam em sede de processo eletrônico e mais se aproximam da ideia de fluxo, de impulso, de movimento, ínsitos a esse novo processo, o qual se guia pela forma lógica e não pela forma material (de papel), reafirmando-se como um processo linguístico que une os sujeitos do processo, juiz, autor e réu, essencialmente por meio da linguagem dos homens e das máquinas. É um processo “um caráter dual de imaterialidade, pois tanto é carga dos conteúdos (informação) dos direitos materiais em litígio, quanto da própria discussão, do debate, da comunicação, da transmissão e do tráfego de atos e dados”¹¹.

Esse princípio, nas palavras do Autor, aponta no sentido da flexibilidade processual, no sentido de que os sujeitos integrantes do processo irão atuar de forma condicionada ao *workflow* e desafiados pela imaterialidade, moldando, com o passar do tempo, uma concepção mais construtivista e democrática de processo.

Essa flexibilidade estará controlada pelo *workflow* dos sistemas processuais eletrônicos, cuja função é equilibrar eventuais excessos das partes e discricionariedades do judiciário.

2. Princípio da Conexão – o processo eletrônico é um processo em rede, passível de conexão, tanto do ponto de vista tecnológico, como do ponto de vista social, ou seja, um processo de conexão entre sistemas, máquinas e pessoas, como assim escreve o autor, que sistematiza esse princípio em duas perspectivas principais: conexão reticular e conexão em rede.

2.1. Princípio da conexão reticular – diferentemente da conexão linear (que é apenas uma aproximação entre duas adjacências), a conexão reticular é uma conexão em rede, que pressupõe uma mudança de escala, de patamar, de lógica, com fluxo complexo, instável.

O processo eletrônico, nas palavras do doutrinador, “não se diferencia simplesmente pela desmaterialização, mas, sobretudo, pela possibilidade dessa desmaterialização viabilizar a

11 José Eduardo de Resende Chaves Júnior. *Comentários à Lei do processo Eletrônico*, Editora LTR, 2010, pág. 25/26

transmissão incessante, em tempo real, do conteúdo dos atos e das práticas processuais.”¹²

O processo em rede elimina etapas, como “pedido de vista do processo”, pois o processo se encontra conectado em tempo real, a qualquer hora, a qualquer dia, em qualquer lugar onde haja disponibilidade de acesso à Internet. A publicidade dos atos passa a ser efetiva e não uma mera presunção. O princípio da escritura, que informava que o que não estava nos autos, não estava no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*) já não pode ser utilizado por nenhum dos sujeitos do processo, pois o hipertexto faz transcender a separação entre o mundo dos autos e o das relações sociais, permitindo que se acesse, através dos *links*, outros conjuntos de informações na forma de textos, palavras, imagens ou sons, que podem complementar o texto principal. Ensina o autor que:

[...] o princípio da conexão reticular torna o processo judicial um fenômeno menos segmentado e sequencial. Torna os atos menos dedutivos e silogísticos. Troca-se a compartimentalização dos atos pela instantaneidade, o tempo lógico, pelo tempo real. O prazo deixa de ser um conceito estanque, para assumir uma perspectiva mais dinâmica, mais concreta e real, que se estende por todas as horas do dia, mas que também se reduz e se amolda à pragmática concreta dos atos.

[...] O princípio da conexão em rede impõe às partes o ônus da vigilância permanente e em tempo real.

A conexão aumenta a responsabilidade das partes no processo, como contrapartida ao próprio alargamento de sua participação.¹³

2.2. Princípio da Conexão Inquisitiva – o processo virtual, por ser um processo em rede, derrubou as fronteiras que separavam os autos e o mundo, permitindo-lhes interagir. Nesse contexto, e como anteriormente afirmado, o princípio da escritura já não encontra espaço, visto que o hipertexto permite uma navegação indefinida pelo espaço virtual na busca de informações que contribuam para o julgamento da causa, e alterando o conceito de “fato público e notório” para “fato comum e conectável”.

3. Princípio da Intermidialidade – o termo intermidialidade ainda não se encontra nos dicionários. O seu conceito ainda está sendo construído pelos teóricos da informação, da comunicação, da literatura, das artes, e pode ser compreendida como “o processo de conjunção, interação e contaminação recíproca entre várias mídias”.

A incorporação dessas mídias no processo material ocorre de forma precária, requerendo sempre a transposição para a escrita. O processo virtual, ao contrário, pode e deve agregar todos esses elementos disponíveis no mundo moderno (sons, imagens, imagens-sons em movimento).

O mesmo autor esclarece que:

12 Ibidem, pág. 28

13 Ibidem, pág. 28/29

A possibilidade de interação entre várias mídias dentro do processo virtual o tornam, sem qualquer dúvida, muito mais complexo que o processo tradicional registrado, quase que completamente na forma escrita.

(...)

Essa maior liberdade em relação à escritura enseja, por outro lado, a potencialização do processo como meio, como instrumento da efetivação dos direitos materiais, pois além de aumentar a possibilidade de se aferir a verdade real, sua intermedialidade, isto é, a maior interação entre várias mídias, acaba por deformalizar o processo, torná-lo inclusive mais pragmático e menos sujeito a regras rígidas de um único meio. Essa deformalização possibilita de uma maneira mais ressaltada a canalização dos meios e das mídias a benefício dos escopos sociais do processo.¹⁴

4. Princípio da Hiper-realidade – a utilização das mais diversas mídias permite que se busque “a verdade real-virtual, por meio de apresentação, tendo como substrato a instantaneidade, em tempo real, *on line*.”

O autor, antes citado, nos ensina que:

A realidade aprisionada na escritura do processo é uma realidade estática, resultante do meio utilizado e condicionada por ele, o papel. No meio eletrônico, pode-se registrar não a efetiva realidade, mas uma realidade digitalizada, codificada e virtualizada, ou melhor, “hiper-realizada”.

O “hiper-real” não é a representação do real, senão sua apresentação, traduzida em linguagem binária, em bits; melhor seria pensar em termos de *transrepresentação* do real, em simulação do real, porquanto o processo em si já é uma performance, uma encenação. Os autos já são a representação dessa performance, ou seja, uma representação de uma representação, a *precessão do simulacro*.

(...)

No processo eletrônico, de forma diferente, é possível amenizar – jamais excluir – a representação. É possível *apresentar* a representação das testemunhas e até uma performance da realidade nos autos, por meio de imagens e som. Em síntese, o princípio da hiper-realidade, diferente da oralidade, cujo esquema era traduzido no trinômio *verdade real-representação-celeridade*, busca a verdade real-virtual, por meio de *apresentação*, tendo como substrato a instantaneidade, *em tempo real, on line – rectius: on network*.¹⁵

5. Princípio da Interação – consiste na versão mais aprimorada e democrática do tradicional princípio do contraditório, pois a sua aplicação no processo eletrônico ocorre de forma imediata, em tempo real, exigindo um comportamento cada vez mais ético das partes e evitando, desta forma, a procrastinação processual. Sobre este princípio, o autor entende que o:

[...] contraditório hipertextual, hiper-real, intermediático, imediato, mediado e participativo acaba se tornando muito mais interação do que mera contradição. A interação significa uma mudança de escala, uma transformação qualitativa em relação à mera contradição linear e segmentada. Interagir é contradizer e participar em tempo real, com sinergia e maior grau de autenticidade”.¹⁶

6. Princípio da Instantaneidade – o meio eletrônico torna mais efetivo o princípio da

14 Ibidem, pág. 31

15 Ibidem, pág. 33

16 Ibidem, pág. 34

celeridade processual. A participação dos advogados e das partes dispensa mediação, posto que eles podem proceder:

à juntada das peças e provas diretamente nos autos. Não há pedido de vista, pois o processo está à vista das partes 24 horas por dia. Não há necessariamente conclusão para o juiz, porque o juiz tem contato imediato e não mediado com os autos em tempo real com as partes.

(...) o processo eletrônico rompe com a linearidade da numeração de páginas. Não há uma sequência numerada de páginas, mas um fluxo - workflow - do processo, que não é necessariamente linear, mas conduzido a partir de eventos processuais.¹⁷

7. Princípio da Desterritorialização – como ensina o autor, “a desmaterialização do processo acaba também por desmaterializar a ideia de foro e de circunscrição judicial”. Significa, segundo o autor:

[...] bem mais do que a mera transposição física de territórios e circunscrições jurisdicionais e até de jurisdições, significa a fluência da efetividade dos direitos, que não mais pode ser contida simplesmente pelas limitações materiais do espaço físico.¹⁸

Exemplo da aplicação desse princípio, no Brasil, é a utilização dos sistemas BACENJUD¹⁹, INFOJUD²⁰ e RENAJUD²¹, para apreensão de bens fora dos limites territoriais da comarca e que dispensa a remessa de cartas precatórias executórias.

Além desses princípios, merece menção o princípio da ubiquidade, no qual se assenta a ideia de que o acesso ao processo e a prática da maior parte dos seus atos dispensa a presença das partes

17 Ibidem, pág. 35

18 Ibidem, pág. 37

19 BACENJUD - é um instrumento de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições financeiras bancárias, com intermediação, gestão técnica e serviço de suporte a cargo do Banco Central. Por meio dele, os magistrados protocolizam ordens judiciais de requisição de informações, bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados, que serão transmitidas às instituições bancárias para cumprimento e resposta. O tratamento eletrônico do envio de ordens judiciais pelo sistema possibilita a visualização das respostas na tela e oferece recursos úteis para a tomada de decisão da autoridade judiciária, a exemplo das estatísticas de inadimplência de respostas. A padronização e a automação dos procedimentos envolvidos, no âmbito das varas ou juízos e das instituições financeiras, reduzem significativamente o intervalo entre a emissão das ordens e o seu cumprimento (incluindo-se eventuais ações subseqüentes), comparativamente à radicional prática de ofícios em papel. Destaca-se, ainda, a segurança das operações e informações do sistema, eliminando-se, ao máximo, a participação manual nas diversas etapas, especialmente na troca de arquivos entre os participantes. Os dados das ordens judiciais são transmitidos com a utilização de sofisticada tecnologia de criptografia, em perfeita consonância com os padrões de qualidade do Banco Central.

20 INFOJUD - é o sistema dá acesso aos juízes, praticamente em tempo real, via Internet, a dados cadastrais de pessoas físicas e jurídicas na Receita Federal. Esse sistema permite apenas que o processo de solicitação seja feito via Internet, dispensando o uso de ofícios em papel e agilizando a obtenção dos dados pela Justiça

21 RENAJUD - é uma ferramenta eletrônica que interliga o Poder Judiciário e o Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, possibilitando consultas e o envio, em tempo real, de ordens judiciais eletrônicas de restrição e de retirada de restrição de veículos automotores na Base Índice Nacional (BIN) do Registro Nacional de Veículos Automotores – RENAVAM

nas secretarias e podem ser praticados em qualquer lugar do mundo, onde haja conexão à rede mundial de computadores.

4 EVOLUÇÃO E IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO NO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO – PARAÍBA

O sistema jurídico brasileiro já dispõe de lei regulamentando a informatização do processo judicial desde dezembro de 2006 (Lei nº 11.419/2006), mas a sua implantação ainda não se efetuou na maior parte dos tribunais que compõem o Poder Judiciário, em face das peculiaridades de cada região, o que faz com que a migração do processo físico para o eletrônico ocorra de forma gradual.

Apesar de o Poder Judiciário estar integrado por todos os tribunais anteriormente mencionados, não há uma unificação dos programas de informática utilizados por cada um deles, pelo que a prática a seguir relatada será restrita à experiência do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (Estado da Paraíba), onde foi instalada a primeira Vara do Trabalho Eletrônica e, logo depois, o primeiro Fórum Trabalhista totalmente eletrônico, na cidade de Santa Rita, no ano de 2008²².

O funcionamento das Varas Eletrônicas foi antecedido de todo um trabalho de adaptação, cuja experiência remonta a segunda metade dos anos 90, quando foram criados quatro sistemas internos, sem comunicação entre si. Tais sistemas se referiam: 1) ao acompanhamento dos processos em tramitação nas Varas do interior do Estado; 2) ao acompanhamento dos processos em tramitação nas Varas da Capital; 3) ao acompanhamento dos processos em tramitação na sede do Tribunal; e 4) aos protocolos administrativos.

As tentativas de aperfeiçoamento resultaram, no ano de 2004, na unificação dos sistemas, cujo resultado passou a ser denominado Sistema Único de Administração de Processos – SUAP. A partir de então, os atos processuais, que eram praticados isoladamente dentro de cada sistema, passaram a interagir na mesma rede interna e, logo depois, puderam ser realizados com a utilização da rede externa.

A partir do advento da Lei nº 11.419, o sistema foi aperfeiçoado e, gradualmente, o Tribunal passou a editar atos normativos internos, autorizando a prática de procedimentos das diversas fases

²² No ano seguinte, 2009, foi instalado o Fórum Eletrônico da cidade de João Pessoa, composto por nove Varas do Trabalho, Distribuição, Central de Atendimento e Central de Mandados. Em 2010, foi instalado o Fórum Eletrônico da cidade de Campina Grande, com cinco Varas do Trabalho e semelhante estrutura ao Fórum Trabalhista de João Pessoa. Em julho e agosto/2010, foram instalados os Foruns Eletrônicos das cidades de Guarabira e Patos e neste mês de outubro/2010, foram instalados os Foruns Eletrônicos das cidades de Monteiro, Picuí, Areia, Itabaiana, Catolé do Rocha e Itaporanga, todas no interior do Estado da Paraíba. Até o dia 29/11 serão instalados os três últimos fóruns eletrônicos (Cajazeiras, Sousa e Mamanguape) e então todo o Tribunal da 13ª Região, nas suas duas instâncias e na parte administrativa, será totalmente eletrônico.

processuais, tanto judiciais quanto administrativos²³.

Atualmente, na jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, tramitam processos totalmente eletrônicos, processos digitalizados, processos materiais-digitais e processos materiais, e a meta é que até o final deste ano de 2010 todos os processos estejam tramitando de forma eletrônica.

23 Ato TRT GP nº 175/2007, autorizando o Secretário do Tribunal Pleno do TRT 13 a distribuir os processos originários da segunda instância, e assinar eletronicamente a certidão de distribuição;

Portarias e Ordem de Serviço passaram a ser assinadas digitalmente (2008).

Ato TRT GP nº 246/2007, institui o Sistema de Protocolo Administrativo Eletrônico, mediante a autorização da implantação da tecnologia para procedimentos eletrônicos nos protocolos deste Tribunal. Com esse novo sistema, magistrados e servidores passaram a fazer suas solicitações de forma totalmente eletrônica e todo o procedimento tramita e é decidido, também, eletronicamente.

Requisitório de Precatório Eletrônico. Em 03/03/2008, regulamentado pelo Provimento 1/2008, da Secretaria de Corregedoria, foi implantado, dentro do SUAP, o primeiro procedimento tecnológico para processos judiciais eletrônicos do TRT 13. Com esse sistema, as Varas passaram a instruir os requisitórios de precatório mediante digitalização das peças do processo principal necessárias à sua formação.

Carta Precatória Digital. Em 03/03/2008, regulamentado pelo Provimento 2/2008, da Secretaria de Corregedoria, foi implantado no SUAP o segundo procedimento de tecnologia para processos judiciais eletrônicos do TRT 13. A partir de então, as Cartas Precatórias a serem cumpridas dentro da jurisdição deste Tribunal passaram a ser totalmente eletrônicas, sem a impressão de nenhuma peça processual.

Diário da Justiça Eletrônico. Em 17/06/2008, regulamentado pela Resolução Administrativa nº 33/2008, foi criado o Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. O DJ_e passou a ser o instrumento de comunicação oficial, publicação e divulgação dos atos judiciais e administrativos do Tribunal, substituindo a versão impressa das publicações oficiais, mediante veiculação gratuita na Internet, no sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região – www.trt13.jus.br.

Portal de Serviços. Em 24/04/2008, começou a funcionar o portal de Serviços do TRT 13, por meio do qual os advogados, partes, magistrados, procuradores, servidores, peritos passaram a ter acesso aos recursos de tecnologia que permitem consultar processos e protocolos, ingressar com petições iniciais, fazer requerimentos, entre diversos outros serviços de interesse dos que militam na Justiça do Trabalho da 13ª Região.

1ª Vara do Trabalho Eletrônica do Brasil. O Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, em maio de 2008, implantou a primeira Vara Eletrônica, na cidade de Santa Rita-Paraíba. É, também, a primeira Vara do Trabalho Eletrônica do Brasil, onde a utilização do papel é coisa do passado.

2ª Vara do Trabalho de Santa Rita e Distribuição dos Feitos. Em setembro de 2008, foi implantada a segunda Vara do Trabalho eletrônica do Brasil, também em Santa Rita/PB, juntamente com a distribuição dos feitos e a Central de Mandados Judiciais, igualmente eletrônicas.

TRT Eletrônico. Através da Resolução Administrativa nº 19/2009, de 13/02/2009, foi implantado, na sede do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, o sistema de processamento em meio eletrônico das ações de competência originária do Tribunal Pleno e das Turmas.

Fórum de João Pessoa. Em junho de 2009, no Fórum Trabalhista de João Pessoa/PB, composto por nove Varas do Trabalho e cerca de 13 mil processos tramitando, foi transformado no Primeiro Fórum Trabalhista totalmente Eletrônico. A partir de 01.06.2009, todos os processos passaram a ser distribuídos e a seguir o procedimento totalmente eletrônico. Os processos antigos passaram a ser digitalizados.

Correição Eletrônica. A Secretaria de Tecnologia da Informação do Tribunal criou um módulo dentro do SUAP especialmente desenvolvido para a Correição Eletrônica, que permite que os processos a serem analisados sejam escolhidos eletronicamente. Basta que os servidores da Corregedoria acionem um comando específico e a Correição acontece de forma eletrônica – sem prescindir, naturalmente, da análise processual da equipe de Correição e do Desembargador Corregedor. A Correição Eletrônica dá controle absoluto sobre os processos examinados e ainda permitiu que fosse a mesma realizada desde o gabinete de trabalho do Corregedor, na sede do TRT. As visitas às Varas, assim, passam a ter outro sentido, o da interação entre as Varas e a Corregedoria, de natureza substancialmente didática. Transmissão *on line* das sessões do Tribunal – desde janeiro de 2008 as sessões das Turmas e do Pleno do Tribunal podem ser acompanhadas pelos jurisdicionados, advogados e demais interessados, desde qualquer ponto do planeta.

Criação do selo histórico – em 22/06/2010, foi criado o selo histórico, para marcar a relevância histórica do processo eletrônico da 13ª Região.

Instalação do Fórum Trabalhista Eletrônico de Campina Grande, composto por cinco Varas, distribuição e central de mandados.

Realização de leilões eletrônicos das hastas públicas de bens penhorados em processos de execução (Ato 280/2008).

Como a implantação do processo eletrônico não tem o poder de retroagir ao passado para desmaterializar os processos físicos, encontrou-se a seguinte solução: continuam com os **processos materiais** as Varas da jurisdição do Tribunal que ainda não migraram totalmente para o sistema virtual. Nessa hipótese, os atos são praticados eletronicamente e depois impressos em papel para juntada nos autos, sem prejuízo da permanência desses atos no sistema virtual; **processos materiais-digitais**, referentes aos processos que se encontravam em tramitação quando adveio o ato que instalou o processo eletrônico e não mais permitiu a prática de atos mediante a utilização de papel, e cuja digitalização não foi possível em razão da forma como foram juntados os documentos ou pela ilegitimidade dos mesmos. Em tais hipóteses, os processos que estavam nessa condição continuaram de forma materializada até a data do ato da implementação do processo eletrônico, quando, então, passaram a tramitar de forma eletrônica; **processos digitalizados**, relativos aos processos que puderam ser totalmente digitalizados; e os **processos eletrônicos ou virtuais**, concernentes aos que tiveram início a partir do ATO GP 002/2009.

No que se refere aos processos digitalizados, constata-se que houve uma mera transferência dos atos praticados materialmente para o sistema eletrônico. Mas, a partir daí, os atos passaram a se adequar a realidade que vem sendo imposta pelo processo eletrônico, regulamentado pela Lei nº 11.419, de 19.12.2006.

5 ASSINATURA ELETRÔNICA

A assinatura eletrônica é um dos principais recursos utilizados pelos profissionais que atuam nos processos eletrônicos e pode ser feita de duas maneiras:

1. Assinatura digital, baseada em certificado digital emitido pelo ICP - Brasil, com uso de cartão e senha;
2. Assinatura cadastrada, obtida perante o Tribunal Superior do Trabalho ou Tribunais Regionais do Trabalho, com fornecimento de login e senha (art. 4º, I e II, da IN 30/2007/TST).

Para o uso da primeira modalidade, o usuário precisa adquirir assinatura digital, baseada em certificado digital emitido pelo ICP-Brasil, com uso de cartão e senha. Na segunda hipótese, o usuário deverá se credenciar perante o Tribunal, mediante o preenchimento de formulário eletrônico, disponibilizado no Portal de Serviços do Tribunal do Trabalho - 13ª Região, com posterior validação na presença de funcionário da Justiça do Trabalho da 13ª Região.

Ao usuário credenciado pelo login e senha, será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo (mediante criptografia de senha), a identificação e a autenticidade de suas comunicações (§ 4º, art. 4º da IN/30/TST).

A alteração dos dados cadastrais pode ser feita pelo próprio usuário no Portal de Serviços do TRT 13 ou no sítio eletrônico do Tribunal no qual se cadastrou. O uso indevido da assinatura eletrônica é de responsabilidade do próprio usuário (§§ 5º e 6º da IN/30/TST).

6 PRÁTICA DO PROCESSO ELETRÔNICO

A tramitação do processo eletrônico ocorre de acordo com a Lei nº 11.419/2006 e a Instrução Normativa nº 30/2007, sendo necessário que todos os profissionais de direito (magistrados, promotores, procuradores, advogados, funcionários, peritos) estejam aptos a operar o sistema.

Essa aptidão refere-se não só à identificação da assinatura eletrônica, como, também, à disponibilidade para os usuários dos serviços de peticionamento eletrônico, de equipamentos de acesso à rede mundial de computadores e de digitalização do processo, para a distribuição de peças processuais. Tais equipamentos deverão estar à disposição das partes nas dependências dos Tribunais e nas Varas do Trabalho²⁴.

Inicia-se o processo judicial eletrônico com o cadastramento do advogado por meio do Portal de Serviço do TRT, momento em que será criado seu *login* e senha, que somente produzirá efeito após o seu comparecimento a qualquer unidade judiciária, portando declaração emitida no Portal e documentos obrigatórios (OAB ou CPF) para confirmação do login/senha.

Esse procedimento é exigido apenas na primeira vez que o advogado passa a atuar na Justiça do Trabalho. A partir de então, o defensor passa a firmar suas petições de modo eletrônico ou digitalmente, lembrando que lhe é permitida a utilização de quaisquer dessas assinaturas.

Superada essa fase, o advogado envia a petição e documentos através do Portal de Serviços, diretamente para o órgão distribuidor (eletrônico) que recebe a petição e a distribui eletronicamente para uma das Varas. O próprio sistema já fornece a data da audiência.

Uma vez recebida a petição inicial, o próprio sistema verifica se há ocorrência de prevenção, litispendência ou coisa julgada, sendo, então, a ação distribuída para a Vara onde tramitou o processo anterior.

Concluído esse procedimento, o órgão distribuidor faz a remessa virtual do processo à

24 Art. 2º da Instrução Normativa nº 30/2007 do TST, que regulamentou o § 3º do art. 10 da Lei nº 11.419/2006, *in verbis*:

Art. 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho disponibilizarão em suas dependências e nas Varas do Trabalho, para os usuários dos serviços de peticionamento eletrônico que necessitarem, equipamentos de acesso à rede mundial de computadores e de digitalização do processo, para a distribuição de peças processuais. (IN 30/2007 – TST)

Art. 10

§ 3º Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais. (Lei nº 11.419/2006)

Secretaria da Vara para a qual foi distribuída, que, por sua vez, expede a notificação para a parte reclamada, pelos Correios, por oficial de justiça ou por edital, conforme a situação, sendo que nessa última hipótese, o edital é publicado no Diário da Justiça Eletrônico - DJe.

A contestação pode ser enviada eletronicamente ou entregue no ato da audiência para imediata digitalização. Nessa segunda hipótese, a peça apresentada em papel e a documentação que a acompanha são devolvidas à contestante, após a digitalização.

Na audiência, faz-se necessária a presença das partes, quando são tomados os depoimentos pessoais e colhida a prova oral. Sendo necessária a realização de prova pericial, o perito é notificado, sendo-lhe assinado prazo para entrega do laudo. A partir desse momento passa o perito a ter acesso ao processo para o qual foi nomeado.

Concluída a instrução, é designada a data para publicação da sentença, não havendo mais necessidade de se notificar os advogados, a não ser que a decisão não seja publicada na data designada.

A remessa de petições e documentos é feita sempre pelo Portal de Serviços, diretamente para o processo indicado pelo advogado e este receberá em seu correio eletrônico o número do protocolo da remessa para seu controle.

Ao interpor recurso, o advogado deverá fazer a remessa, também, dos comprovantes dos depósitos recursais e do pagamento de custas processuais, que serão recepcionados pelo sistema da mesma forma como se faz como as demais petições.

A tramitação do processo na segunda instância ocorre da mesma maneira, ou seja, de forma eletrônica, inclusive no que tange à distribuição e remessa eletrônica aos gabinetes dos magistrados. A participação dos advogados nos julgamentos da segunda instância ocorre mediante a sua inscrição virtual, até o momento do início das sessões, as quais são gravadas e transmitidas pela internet, passando o registro de áudio das sessões a compor o arquivo permanente do Tribunal.

Havendo recursos para o Tribunal Superior do Trabalho, os mesmos são enviados através do sistema e-Remessa.

Em síntese: a distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital (PDF), nos autos do processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se o recibo eletrônico de protocolo (art. 10 da Lei 11.419/2206). Esse recibo servirá como comprovante de entrega da petição e dos documentos que a acompanharam. Por sua vez, as secretarias das unidades judiciárias devem verificar, diariamente, no sistema informatizado, a existência de petições eletrônicas pendentes de processamento.

A execução das decisões ocorre automaticamente. Caso não seja cumprida a obrigação de pagar, o Juiz utilizará os sistemas do BACENJUD, INFOJUD e RENAJUD, sucessivamente.

Havendo penhora de bens do devedor/executado, e depois de esgotados todos os meios de defesa do mesmo, é designado leilão para a venda judicial, sendo o edital publicado no DJ-e, com a descrição dos referidos bens.

Os leilões são realizados de modo semi-presencial, permitindo a participação de pessoas que não possam se deslocar até o local onde estejam sendo realizados e as quais deverão estar cadastradas previamente no sistema.

7 COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA DOS ATOS PROCESSUAIS

A comunicação eletrônica dos atos processuais e a contagem dos prazos estão disciplinadas no Capítulo II, artigos 4º a 7º, da Lei nº 11.419/2006.

Os atos judiciais e administrativos, bem como as comunicações em geral, são publicados no Diário da Justiça Eletrônico – Dje, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores.

As intimações também poderão ser feitas por meio eletrônico, em portal próprio, aos advogados cadastrados, o que dispensa a publicação no órgão oficial, inclusive o eletrônico.

No Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba, as intimações são feitas apenas pelo Diário da Justiça Eletrônico.

Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual, nos termos do § 3º do art. 5º da Lei nº 11.419/2006, aos que manifestarem interesse por esse serviço (Sistema Push)

A publicação eletrônica da comunicação dos atos processuais substitui qualquer outro meio de publicação, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

A publicidade de todo o processo, no sentido de acessibilidade ao mesmo por pessoas estranhas aos autos foi regulamentada pela Resolução nº 121/2010 do CNJ.

Essa resolução, buscando harmonizar os princípios da publicidade dos atos processuais (inciso IX, art. 93²⁵), com os princípios do respeito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem

25 art.93

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; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

das pessoas (inciso X do art. 5º) e do acesso à informação (inciso XXXIII e XXXIV, b, do art. 5º²⁶), fixou os limites à publicidade ampla e irrestrita dos autos, estabelecendo quais os dados dos processos que podem ser divulgados na rede mundial de computadores e quais os dados que terão acesso restrito, uniformizando, desta forma, as regras para o acesso virtual aos autos.

Portanto, o acesso a petições, aos depoimentos dos litigantes e das testemunhas, e a documentos, está restrito aos advogados, às partes e membros do Ministério Público, cadastrados nos autos.

A resolução estabelece quais os dados básicos dos autos acessíveis por pessoas estranhas aos autos, excluindo dessas informações o nome das partes e as decisões, com relação aos processos de natureza trabalhista e criminal.

8 PRAZOS PROCESSUAIS

Os atos processuais podem ser praticados dentro do prazo fixado pela lei ou pelo juiz, sendo considerados tempestivos os que forem transmitidos até as 24 horas do seu último dia (parágrafo único do art. 3º da Lei 11.419/2006), ficando o usuário com a incumbência de observar o horário estabelecido como base para recebimento, como sendo o do Observatório Nacional, devendo atentar para as diferenças de fuso horário existentes no país.

O horário a ser considerado, para efeito de tempestividade, é o do recebimento da petição no Órgão da Justiça do Trabalho e não o horário da conexão do usuário à Internet, nem o horário do acesso ao sítio do Tribunal, e, tampouco os horários consignados nos equipamentos do remetente.

Caso o serviço respectivo do Portal – JT esteja indisponível por motivo técnico que impeça a prática do ato no termo final do prazo, este fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à solução do problema.

Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico e os prazos processuais têm início no primeiro dia útil que segue ao considerado como data da publicação. Por exemplo: a intimação é disponibilizada no

26 art. 5º

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; ([Regulamento](#))

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

DJe no dia 19/07, publicada em 20/07, desconsidera-se o dia 21 e começa a contagem do prazo em 22/07, ou no primeiro dia útil subsequente. O controle dos prazos é feito pelo próprio sistema.

Considera-se realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização. Nas hipóteses em que a consulta ocorra em dia não útil, a intimação será tida como realizada no primeiro dia útil seguinte.

A consulta eletrônica deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos, contados da data do envio da intimação, sob pena de se considerar a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

Nos casos urgentes, em que a intimação realizada na forma do art. 5º possa causar prejuízo a quaisquer das partes, ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz. As intimações feitas na forma do referido artigo 5º, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

As citações, inclusive da Fazenda Pública, observadas as cautelas legais e à exceção das relativas aos Direitos Processuais Criminal e Infracional, podem ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando.

9 DOS DOCUMENTOS E DA ARGUIÇÃO DE FALSIDADE

Os documentos inseridos no processo eletrônico tanto podem ter sua origem em documento físico, em papel, como podem ser originados no próprio sistema.

Os documentos físicos, em papel, são anexados ao processo por meio da digitalização, devendo os originais ser guardados pelo detentor dos mesmos até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória. Não sendo possível a digitalização em face de ilegibilidade dos mesmos, permanecerão eles em secretaria até o trânsito em julgado da decisão.

Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos, com garantia da origem e de seu signatário, são considerados originais para todos os efeitos legais. Sua autenticidade pode ser verificada pelo sistema de criptografia assimétrica. Daí a necessidade de o remetente encontrar-se cadastrado no Tribunal.

Esse cadastro ou credenciamento no Poder Judiciário é realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado, oportunidade em que lhe será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a

autenticidade de suas comunicações.

Também os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização (§ 1º do art. 11 da Lei nº 11.419/2006).

Arguida a falsidade do documento original, será instaurado o incidente para apuração de sua falsidade. O incidente será processado eletronicamente na forma da lei processual em vigor. Tratando-se de documento digitalizado, o original deverá permanecer em secretaria até o trânsito em julgado do incidente.

10 CONCLUSÃO

As novas tecnologias, com o impulso que teve nas duas últimas décadas, estão presentes em todas as áreas do conhecimento humano. Somente no campo da ciência jurídica-processual, é que houve resistência à sua adoção, talvez pelo temor do desconhecido, talvez por demasiado apego ao conservadorismo.

A realidade se impôs e o descompasso entre essas novas realidades sociais e a informatização do Poder Judiciário teve o condão de agravar ainda mais as críticas que lhe são dirigidas.

Uma das formas para afastar o estigma da morosidade e da ineficácia foi a criação do processo eletrônico, pois este exige uma participação mais efetiva e transparente dos profissionais que nele atuam, além de prescindir da prática de muitos atos cartorários, como a juntada de petições, expedição de notificações, informar decurso de prazo, etc.

O processo eletrônico não se constitui em mera digitalização de peças processuais de forma segmentada. Segue uma lógica própria. Dispensa numeração de páginas, porque se constrói por eventos.

O fato de o processo ser e estar em rede não significa que todas as pessoas tenham acesso a ele (processo). É necessário que a parte esteja credenciada para acessá-lo.

Por ser um processo em rede, disponível às partes a qualquer momento, os atos neles praticados assumem o caráter da instantaneidade, com a eliminação de etapas mortas do processo e dispensando-se os pedidos de vista dos autos.

A forma pela qual se desenvolve o processo eletrônico faz com que os sujeitos que dele

participam atuem de modo mais dinâmico, interativo e transparente. As próprias partes fazem inserir nos autos os seus requerimentos, manifestações e declarações. A celeridade, como vetor de efetividade jurisdicional, cede lugar à instantaneidade. A publicidade dos atos é imediata e real, e não uma mera presunção.

A escritura através da qual se materializa o processo em papel é substituída pela linguagem binária, dos bits. A prova não mais se restringe ao que pode ser transposto para o papel, podendo ser acessada pelas diversas mídias que interagem dentro do processo, o que torna mais efetiva a busca pela verdade real.

Princípios, como os da preclusão, das nulidades, da territorialidade, não têm mais os mesmos conceitos, porque o processo eletrônico é dinâmico e requer atitudes proativas das partes.

Nas palavras de José Eduardo de Resende Chaves Júnior²⁷, é um processo que tanto é carga dos conteúdos (informação) dos direitos materiais em litígio, quanto à própria discussão, o debate, a comunicação, a transmissão e o tráfego de atos e dados.

Enfim, o processo eletrônico abrevia o tempo na solução dos litígios, exige das partes maior responsabilidade e transparência dos seus atos e impõe maior eficácia às decisões, tornando mais democrático o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHENIENSE, Alexandre. **Comentários à Lei 11.419/06 e As Práticas Processuais por Meio Eletrônico nos Tribunais Brasileiros**. Juruá Editora, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contêm as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 9.800/1999**. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais.

BRASIL. **Lei 10.259/2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

BRASIL. **Lei 11.419/2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à Lei do Processo Eletrônico**. Editora LTR, 2010.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo Judicial Eletrônico**. Editora Juruá. 2008.

²⁷Op. Cit.

Código de Processo Civil e Constituição Federal. 16ª Ed. Editora Saraiva. 2010.

FORTES, Rafael Costa. **Informatização do Judiciário e o processo eletrônico**, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14101&p=3>, acesso em 27.06.2010.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **O processo judicial telemático: considerações propedêuticas acerca de sua definição e denominação**, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9296>, acesso em 25.06.2010

PAULA, Wesley Roberto de. Publicidade no Processo Judicial Eletrônico. Editora LTR, 2009.

2. O PROCESSO ELETRÔNICO E A CRISE DA JURISDIÇÃO

*Luiz Eduardo Gunther¹
Noeli Gonçalves da Silva Gunther²*

RESUMO

O processo eletrônico vem sendo implantado diariamente no sistema judicial brasileiro. O texto procura mostrar um pouco da história da atividade do juiz para chegar a esse momento histórico. Aponta a necessidade de preservação dos direitos fundamentais, sejam eles quanto aos direitos de personalidade (garantias dos direitos de privacidade, intimidade, imagem), quanto às garantias processuais (publicidade, devido processo legal, contraditório). Traz, também, alguns questionamentos sobre a duração razoável do processo e, especialmente, o papel do Poder Judiciário e das partes envolvidas na compreensão desse novo modelo para solucionar os conflitos.

1 O TEMPO E O PROCESSO

Quando se fala em conflito levado ao Poder Judiciário, a primeira indagação levantada sempre é: quanto tempo levará a solução definitiva?

Não se pergunta quando será a primeira audiência, quando serão realizadas as provas, quando o juiz encerrará a instrução e proferirá a sentença. Ou, quanto tempo levará até o recurso ser examinado pelo Tribunal, incluído o julgamento dos embargos declaratórios. E quando o novo recurso ao Tribunal Superior será apreciado. Ou, havendo matéria constitucional, quando o Supremo Tribunal Federal receberá os autos e proferirá a decisão.... definitiva... ou, finalmente, quando, retornando os autos à Vara será iniciada e terminada a fase executória, recebendo aquele que venceu a demanda o seu direito reconhecido judicialmente.

O que as partes desejam saber, simplesmente, é: quando acontecerá o fim da disputa judicial. E essa previsão torna-se quase impossível fazer, pois não existem parâmetros objetivos, concretos, para indicar (ainda que em cálculo aproximado) o tempo da duração de um processo judicial.

Essa angústia existente (sobre o tempo da demora de um conflito judicial) entranhou-se de

¹ Desembargador Federal do Trabalho junto ao TRT da 9ª Região. Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Membro do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná e da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

² Advogada. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM.

tal forma entre as partes, operadores do direito e sociedade, que a salvadora regra veio por intermédio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Acreditou-se no Poder Legislativo que a existência de uma norma do constituinte derivado poderia trazer previsibilidade ao deslinde de um processo judicial (e, quem sabe, segurança jurídica às partes!).

Promulgou-se a mencionada Emenda Constitucional em dezembro de 2004, trazendo-se à lume o novo inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição, cujo texto é o seguinte: *A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Mas como assegurar a todos, no âmbito judicial, e também no administrativo, a razoável duração do processo? E, ainda, os meios garantidores da celeridade da tramitação processual?

Duração razoável do processo: esta passou a ser a principal obsessão do Poder Judiciário, a partir da EC 45, acompanhada de perto por Advogados, Ministério Público, Poderes Executivo e Legislativo e, principalmente, pela sociedade, por aqueles que se encontram litigando no sistema judicial.

José Carlos de Araújo Almeida Filho assinala que temos, no Brasil, falta de acesso à justiça. Mas, quando o acesso é viável, existe uma morosidade injustificada. Menciona esse autor que o texto do inciso LXXVIII do art. 5º objetiva “*ainda que subjetivamente, reduzir o tempo de tramitação processual*”. Embora reconheça ser subjetivo o que se possa entender pela terminologia “*razoável tramitação*”, considera importante “*o fato de o legislador ter inserido sua preocupação com a celeridade no texto constitucional*”³.

Ao escrever sobre o nascimento do instituto da repercussão geral, a reforma do sistema judiciário no Brasil, e, sobretudo, a racionalização judicial, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes assinalou, emblematicamente, que Poder Judiciário célere e desenvolvimento econômico de um país estão umbilicalmente entrelaçados. Assim, os esforços desenvolvidos para modernizar o sistema de justiça brasileiro devem servir “*não só para garantir a concretização do direito constitucional de acesso à justiça, mas, além disso, de estímulo para o desenvolvimento do País*”⁴.

Há, doutrinariamente, quem desacredite do princípio constitucional da “*duração razoável do processo*”, pois a norma do inciso LXXVIII do art. 5º conteria “*uma solene declaração de princípios que, todavia, no plano da realidade prática, corre sério risco de converter-se em*

3 ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 48-49.

4 MENDES, Gilmar Ferreira. Reforma do sistema judiciário no Brasil: repercussão geral e racionalização judicial. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Mauricio Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos (Coord.). **A efetividade do direito e do processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 107.

retórica inconsequente”⁵.

Para que a prestação jurisdicional ocorra com a celeridade prometida, deveria haver: a) juízes em número suficiente, e que cumprissem os prazos legais; b) estruturas administrativas adequadas; c) aparatos tecnológicos; d) e dotações orçamentárias. Vale dizer, meios materiais e recursos humanos necessários e suficientes⁶.

A preocupação do doutrinador antes citado tem razão de ser, porque o crescimento do número de processos judiciais no Brasil tem superado até o aumento da população. Com efeito, “*de 2007 para 2008, ‘nasceram’ 2,4 milhões de novas ações no país contra menos de 2 milhões de brasileiros*”. Em 2008 a quantidade de processos aumentou 3,4% em relação a 2007, saltando de 67,7 milhões para um total de 70,1 milhões de ações em todo o país. Entretanto, no mesmo período, “*a estimativa do IBGE indica que a população subiu 1,03%, de 187,64 milhões para 189,61 milhões*”⁷.

Segundo Walter Ceneviva, o Poder Judiciário enfrenta o dilema de “*melhorar a qualidade e a velocidade de seus serviços ou perder espaço e respeito em sua missão de julgar*”. Assegura esse articulista, muitos milhões de processos em andamento no Judiciário brasileiro “*não têm a menor possibilidade de julgamento a curto prazo*”⁸.

Os efeitos da delonga podem ser, e são, muitas vezes, devastadores, aumentando os custos para as partes e pressionando “*os economicamente fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito*”⁹.

Segundo reconhece explicitamente a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, no artigo 6º, parágrafo 1º, “*a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável, é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível*”¹⁰.

Tornou-se inevitável, como é sabido, recorrer à tecnologia, especialmente à informática, para tentar dar celeridade à solução dos conflitos, racionalizando o serviço judicial.

Desde logo, porém, defrontou-se essa opção como um enorme problema: “*a tecnologia está simplesmente avançando depressa demais, em um número excessivo de categorias, difícil de ser acompanhada até por um especialista astuto*”¹¹.

5 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Breves comentários à reforma do poder judiciário (com ênfase à justiça do trabalho)**: emenda constitucional nº 45/2004. São Paulo: LTr, 2005. p. 24.

6 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Op. cit.*, p. 24.

7 Processos judiciais crescem mais que a população brasileira. **Jornal Gazeta do Povo**, de Curitiba-PR. Edição de 18.11.2009.

8 CENEVIVA, Walter. Na busca de melhor justiça. **Jornal Folha de São Paulo**, 06.06.2009. p. C-2

9 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre-RS: Sergio Fabris, 1988. p. 20.

10 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 20-21.

11 POPCORN, Faith; HANFT, Adam. **O dicionário do futuro**: as tendências e expressões que definirão nosso comportamento. Tradução de Maurette Brandt. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 369.

Essa intrusão da tecnologia é tal que se recorre, quase sempre, a duas analogias:

assim como é impossível falar sobre a natureza da existência humana sem falar sobre o cérebro, e assim como era antes inconcebível – e ainda é, para muitos – pensar no universo sem considerar Deus, é também impossível discutir a estrutura da vida do século XXI sem voltar, de novo e inevitavelmente, à tecnologia.¹²

Para mostrar-se a rapidez dessas transformações basta lembrar o exemplo dado por Thomas L. Friedman em seu livro “*O mundo é plano*”. Menciona esse autor que a primeira era da globalização, denominada 1.0 (um ponto zero), estendeu-se de 1492 (Colombo inaugura o comércio entre o Velho e o Novo Mundo) até por volta de 1800. Nesse período o mundo foi reduzido de grande para médio, sendo a questão básica como meu país se insere na concorrência e nas oportunidades globais. A segunda era, rotulada de globalização 2.0 (dois ponto zero), durou mais ou menos de 1800 a 2000, diminuindo o mundo do tamanho médio para o pequeno, sendo a grande indagação: como a minha empresa se insere na economia global? A terceira era, chamada globalização 3.0 (três ponto zero), encolheu o tamanho do mundo de pequeno para minúsculo, tendo como força dinâmica a descoberta da capacidade dos indivíduos de colaborarem e concorrerem no âmbito mundial. Esse fenômeno deve-se à convergência entre o computador pessoal, o cabo de fibra ótica e o aumento dos *softwares* de fluxo do trabalho. Para sintetizar esse momento, que o mundo passou a viver bem em torno do ano 2000, pode-se dizer o seguinte:

O computador pessoal permitiu, subitamente, a cada indivíduo tornar-se o autor de seu próprio conteúdo em forma digital. O cabo de fibra ótica permitiu, subitamente, a todos aqueles indivíduos acessar cada vez mais o conteúdo digital no mundo por quase nada. O aumento dos **softwares** de fluxo de trabalho permitiu aos indivíduos de todo o mundo colaborar com aquele mesmo conteúdo digital estando em qualquer lugar, independentemente da distância entre eles. Ninguém previu essa convergência. Ela simplesmente aconteceu.¹³

Tornou-se inevitável, portanto, que, no Brasil, tendo em vista o princípio da duração razoável do processo e a necessidade de usar a tecnologia no Poder Judiciário, sobreviesse uma lei tratando do tema. Isso ocorreu com a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial¹⁴. Essa lei admite o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais (art. 1º). Abrange, esse diploma, de forma indistinta, os processos civil, penal e trabalhista, e também os juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (art. 1º, §1º). Identificam-se três expressões, que passam a ser

12 POPCORN, Faith; HANFT, Adam. *Op. cit.*, p. 369.

13 FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano**: uma breve história do século XXI. Tradução de Cristina Serra, Sergio Duarte, Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 19-22.

14 BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial: altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil; e dá outras providências. D.O.U. de 20.12.2006.

usadas no Poder Judiciário: *meio eletrônico, transmissão eletrônica e assinatura eletrônica*. Como *meio eletrônico* entende-se “qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais” (art. 1º, §2º, I). *Transmissão eletrônica* passa a ser entendida como “toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores” (art. 1º, §2º, II). Por fim, para o efeito de *assinatura eletrônica*, como forma de identificação inequívoca do signatário, considera-se: a) a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora; b) o cadastro de usuário no Poder Judiciário.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 30 de 2007, editada pela Resolução nº 140, e publicada no Diário da Justiça por 30 dias, a partir de 18.09.07, regulamentou, no âmbito da Justiça do Trabalho, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

Informações recentes dão conta de que o Tribunal Superior do Trabalho, a partir do segundo semestre de 2010, estará operando, exclusivamente, com processo digital, o que inclui não só as ações que são ajuizadas nesse Tribunal, originariamente, mas, também, os recursos enviados pelos Tribunais Regionais do Trabalho¹⁵.

Registra-se, ainda, que uma vez implantado, em todo o TST, o processo eletrônico, além de agilizar o trâmite processual, irá propiciar economia anual da ordem de onze milhões de reais, entre “despesas com correios, mão-de-obra terceirizada, mensageiros, grampos, papéis e outros materiais relacionados à existência de processos físicos”. Esse Tribunal cancelou, recentemente, em função do processo eletrônico, licitação que iria realizar para aquisição de estantes para armazenamento de processos físicos: “somente com essa medida foram economizados um milhão e duzentos mil reais”¹⁶.

Trata-se, portanto, num país de desigualdades gritantes, de reduzir custos da máquina judiciária. Recorde-se que, historicamente, se pensarmos como os juízes exerciam suas tarefas, inicialmente prolatavam suas decisões oralmente. Depois passaram a registrá-las em material diferente semelhante ao papel de hoje, escrevendo com alguma coisa parecida com as canetas atuais. Muito, muito recentemente, passaram a usar-se as máquinas de escrever mecânicas, cujos erros datilográficos eram difíceis de corrigir-se, além dos carbonos necessários para produzir as cópias. Evoluiu-se para a máquina elétrica e eletrônica, e por volta da década de noventa para o computador – este apenas usado, inicialmente, como uma máquina de escrever sofisticada, que tinha duas grandes vantagens: as correções antes da impressão e a ausência do terrível barulho

15 Segundo semestre iniciará com processo eletrônico em todo o TST. Medida trará agilidade processual e economia de recursos. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 1. jul. 2010.

16 *Op. cit.*

existente no matraquear das máquinas de escrever (um pouco reduzido apenas nas eletrônicas). E, ainda, as impressoras com papel remalinado, que já imprimiam com cópia.

Chegamos no século XXI e não só o computador sofisticou-se como guardador de arquivos, com memórias cada vez mais estendidas, como as máquinas impressoras hoje são, além de silenciosas, reprodutoras digitais com extremada perfeição.

As audiências no Poder Judiciário, especialmente no primeiro grau, realizavam-se em forma extremamente antiquada. Nos depoimentos das testemunhas o juiz concede a palavra ao advogado, que pergunta; o juiz transmite a pergunta à testemunha, que responde; e o juiz, finalmente, reproduz as respostas para serem consignadas na ata. Isso era (e em muitos locais ainda continua sendo) motivo de intermináveis discussões entre juízes e advogados sobre o teor das respostas consignadas.

Houve certa evolução a respeito, de tal modo que felizmente, já se produz o registro audiovisual dos depoimentos, com celeridade, segurança e eficiência. Segundo o Juiz responsável pela implantação desse sistema perante as Varas do Trabalho do Tribunal Regional da 9ª Região, a maior vantagem seria permitir aos juízes do Tribunal “*o conhecimento da totalidade da questão fática por seus próprios olhos, ou, pelos seus próprios processos perceptivos, e não através da visão do juiz de primeiro grau*”¹⁷.

Ressalta o professor e juiz, responsável primeiro pela implantação desse sistema na Justiça do Trabalho do Paraná, que antes de iniciado o depoimento, convém ao magistrado “*orientar advogados, partes e testemunhas a respeito do registro audiovisual, inclusive, para permitir a mencionada dinamicidade, sem sobressaltos*”¹⁸.

Considera, também, o mencionado articulista e professor, extremamente relevante, no uso do procedimento, formular “*advertência acerca da vedação de divulgação não autorizada dos registros audiovisuais a pessoas estranhas ao processo*”¹⁹.

Sendo a duração razoável do processo um objetivo a alcançar; e estando o processo eletrônico dentre as alternativas escolhidas para obter esse desiderato de forma mais econômica e racional, indaga-se: quais seriam as características principais do processo eletrônico? Adotando-se o processo eletrônico, quais seriam as vantagens e as desvantagens?

2 AS CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO ELETRÔNICO (VANTAGENS E DESVANTAGENS)

Conforme George Marmelstein Lima, o novo direito processual que surge, com o uso da

17 BARACAT, Eduardo Milléo. Registro audiovisual dos depoimentos: fundamentos jurídicos. In GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Jurisdição**: crise efetividade e plenitude institucional. Curitiba: Juruá, 2008. v. I. p. 187.

18 BARACAT, Eduardo Milléo. *Op. cit.*, p. 187.

19 BARACAT, Eduardo Milléo. *Op. cit.*, p. 187.

tecnologia da informação, é totalmente diferente do que imaginaram os grandes processualistas do século passado: “*Não há papel. Não há documentos físicos. Não há carimbos. Tudo é digital. Tudo é novo. Tudo é diferente*”²⁰.

Se a afirmação acima pode parecer exagerada, interessante esclarecer que foi feita em 20.12.2002 pelo autor mencionado. E o que está acontecendo na Justiça brasileira vem lhe dando razão, a cada dia que passa.

O referido autor denomina esse novo processo, na onda dos modismos cibernéticos, de e-processo ou processo eletrônico. Refere, também, as características de que se reveste esse tipo de processo: a) máxima publicidade; b) máxima velocidade; c) máxima comodidade; d) máxima informação (democratização das informações jurídicas); e) diminuição do contato pessoal; h) automação das rotinas e decisões judiciais; g) digitalização dos autos; h) expansão do conceito espacial de jurisdição; i) substituição do foco decisório de questões processuais para técnicos de informática; j) preocupação com a segurança e autenticidade dos dados processuais; k) crescimento dos poderes processuais-cibernéticos do juiz; l) reconhecimento da validade das provas digitais; m) surgimento de uma nova categoria de excluídos processuais: os desplugados²¹.

A legislação brasileira, sobre o processo eletrônico, estabeleceu, no art. 8º da Lei nº 11.419, de 19.12.2006:

os órgãos do poder judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.²²

Os tribunais “*poderão*” desenvolver Sistemas Eletrônicos de Processamento de Ações Judiciais (SEPAJs), diz esse dispositivo legal. A utilização do verbo “*poder*” traduz alguma dificuldade de interpretação, dando a impressão de tratar-se de uma faculdade dirigida aos tribunais. Isso não ocorre, porém. Os tribunais não possuem autonomia para cumprir ou não o comando do legislador, que, nesse caso, é bem claro “*no sentido da informatização do processo judicial*”. Devem, pois, os tribunais “*desenvolver os sistemas de informática necessários*”, ainda que tenham que começar com a simples elaboração de proposta orçamentária²³.

Sebastião Tavares Pereira aponta quatro princípios fundamentais, pelos quais os juristas deveriam se orientar, para um SEPAJ: a) máxima automação; b) imaginalização mínima (ou da

20 LIMA, George Marmelstein. e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental. Disponível em <<http://georgelimablogspot.com>> Acesso em: 29. ago. 2010.

21 LIMA, George Marmelstein. *Op. cit.*

22 CALMON, Patrônio. **Comentários à lei de informatização do processo judicial**: Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95.

23 CALMON, Patrônio. *Op. cit.*, p. 95-96.

datificação pertinente); c) extraoperabilidade; d) prioridade à função judicante (ato de julgar)²⁴.

Pelo princípio da máxima automação deve entender-se: “*tudo que for passível de automação deve ser automatizado, respeitados os princípios jurídicos materiais e processuais*”. O princípio da imaginalização mínima (ou da datificação pertinente) pode ser explicitado em dois enunciados: a) “*se o dado existir em formato mais adequado para a instrução processual, deve ser desprezada a imagem*”; ou b) “*o dado deve chegar ao SEPAJ na forma mais adequada para a máxima automação*”. Pelo princípio da extraoperabilidade, “*um SEPAJ deve ser concebido como um subsistema autônomo e estruturalmente acoplado*”. E, por fim, o último dos princípios dá prioridade à função judicante (ao ato de julgar), pois “*um SEPAJ deve orientar-se pelo apoio máximo à função judicante estrita (ato de julgar)*”²⁵.

Tendo em conta algumas características mencionadas, é possível antever algumas vantagens e desvantagens do chamado processo eletrônico.

Iniciando-se pela enumeração de algumas vantagens, pode-se mencionar como a primeira delas a máxima publicidade. Sem dúvida, isso representará uma vantagem do processo eletrônico, permitindo não apenas o acompanhamento por qualquer interessado, mas, especialmente, “*uma maior fiscalização pública dos atos judiciais e administrativos praticados pelos membros do Poder Judiciário*”. A segunda vantagem que se pode assinalar é a máxima velocidade, pela qual “*a comunicação dos atos processuais ocorrerá em tempo real*”. Como terceira vantagem, pode-se mencionar a chamada democratização das informações jurídicas, pois “*com a internet, o acesso às informações jurídicas foi enormemente facilitado*”. Uma quarta vantagem pode ser tida com a automação das rotinas, pela qual será automatizada “*boa parte do impulso processual, sobretudo a comunicação dos atos processuais*”. E uma quinta (e última, de forma exemplificativa e não exaustiva) vantagem seria a expansão do conceito espacial da jurisdição. Por esta última ideia, “*as regras de competência territorial e internacional serão revistas. As relações jurídicas praticadas na internet não terão nacionalidade*”²⁶.

Se existem vantagens, por certo existirão desvantagens, que disso é feita a vida, coisas boas e também ruins. No rol das desvantagens, podemos indicar duas que parecem mais visíveis atualmente: a) surgimento de uma nova categoria de excluídos processuais (os desplugados); e a b) falsificação de documentos processuais.

Quanto à primeira das desvantagens, sinaliza José Carlos de Araújo Almeida Filho: “*os que mais têm necessidade de acesso à justiça, conforme relatório da ONU, se encontram excluídos*

24 PEREIRA, Sebastião Tavares. Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso. **Revista trabalhista direito e processo**. Ano 8, n° 30. Brasília: Anamatra: São Paulo: LTr, julho 2009. p. 181-186.

25 PEREIRA, Sebastião Tavares. *Op. cit.*, p. 181-186.

26 LIMA, George Marmelstein. *Op. cit.*

digitalmente ou marginalizados pela sociedade da informação”²⁷.

Não se pode afirmar que a população mais carente poderá utilizar o processo eletrônico, mas sim, ao contrário, “*que o processo eletrônico excluirá grande parcela da sociedade, como se estivéssemos elitizando o processo*”.²⁸

Para George Marmelstein Lima essa é a principal desvantagem do processo eletrônico, pois os “*desplugados*” são aqueles que não possuem conhecimentos em informática (analfabetos tecnológicos), “*não possuem computadores, linhas telefônicas ou nem mesmo são alfabetizados, ficarão isolados*”²⁹.

Conforme registrou o IBOPE, em 2005, no Brasil, o analfabetismo funcional atinge cerca de 68% da população. Como 7% da população é totalmente analfabeta, resulta que 75% da população “*não possui o domínio pleno da leitura, da escrita e das operações matemáticas*”. Essa constatação equivale a dizer que “*apenas 1 de cada 4 brasileiros (25% da população)*” pode ser considerado alfabetizado³⁰.

Analfabeto funcional é uma denominação que se dá à pessoa que, mesmo com a capacidade de decodificar minimamente as letras (geralmente frases, sentenças e textos curtos) e os números, “*não desenvolve a habilidade de interpretação de textos e de fazer as operações matemáticas*”³¹.

É possível que em 2010, no censo que está sendo realizado pelo IBGE, esses números sejam diferentes (melhores!). Mas, infelizmente, ainda existe muito analfabetismo no Brasil (funcional e não funcional).

Dessa forma, ainda existe um abismo social entre os que têm acesso e os que não têm acesso às mídias digitais. Como assevera George Marmelstein Lima, “*os desplugados serão párias processuais. Não terão acesso às informações jurídicas. Terão dificuldades em contratar um advogado. Serão facilmente ludibriados no mundo virtual*”³².

Como segunda desvantagem, assinala-se a possibilidade da falsificação de documentos processuais.

No mundo virtual, existe um submundo no qual vivem pessoas cuja maior diversão é violar sistemas de segurança, segundo George Marmelstein de Lima. E os processos digitais seriam, sem dúvida, um prato cheio para esses malfeitores cibernéticos, “*sobretudo se houver possibilidade de lucro com essa atividade*”³³.

27 ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Op. cit.*, p. 49.

28 ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Op. cit.*, p. 49-51.

29 *Op. cit.*

30 Analfabetismo funcional. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Analfabetismo_funcional>. Acesso em: 28. mai. 2010.

31 *Op. cit.*

32 LIMA, George Marmelstein. *Op. cit.*

33 LIMA, George Marmelstein de. *Op. cit.*

A desvantagem, então, é que poderá haver tentativa de destruição de autos digitais, “*de adulteração de documentos ou simplesmente violação do sigilo dos processos que tramitam em segredo de justiça*”. Portanto, a segurança e a autenticidade dos dados processuais torna-se essencial, pois o campo para fraudes torna-se amplo, “*e as punições esbarram na dúvida quanto à identidade do fraudador ou no território físico em que ele se encontra*”³⁴.

Possivelmente, com a experimentação do processo eletrônico, outras vantagens e desvantagens poderão ser encontradas. O certo é que as vantagens decorrentes da agilidade e economia se agigantam relativamente às desvantagens. Não há, assim, hoje, processualista brasileiro que não reconheça (com o art. 5º, LXXVIII da Constituição e a Lei nº 11.419, de 19.12.2006) a necessidade premente da informatização do processo judicial, apesar dos riscos e das possíveis desvantagens.

3 A NECESSIDADE DE GARANTIR A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, ou aquilo a que se chama, ou é lícito chamar assim, podem ser considerados por três dimensões, pelo menos. A perspectiva filosófica ou jusnaturalista, por exemplo, pela qual podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares. Sob uma perspectiva universalista ou internacionalista, podem ser considerados direitos de todos os homens, em todos os lugares, num certo tempo. E, também, numa terceira dimensão, podem ser referidos aos direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, vale dizer, em um Estado concreto, é a perspectiva estatal ou constitucional³⁵.

Como assinalado por Antonio E. Perez Luño, ocorre um estreito nexo de interdependência, genética e funcional, entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, já que “o Estado de Direito exige e implica para tê-lo garantir os direitos fundamentais, enquanto que estes exigem e implicam para sua realização o Estado de Direito”³⁶.

A Constituição brasileira estende os direitos fundamentais também, às relações entre pessoas e entidades privadas. Não se concebe, assim, tais direitos como meros limites ao poder do Estado em favor da liberdade individual. Portanto, a Constituição e os direitos fundamentais por ela consagrados “*não se dirigem apenas aos governantes, mas a todos que têm de conformar seu*

34 LIMA, George Marmelstein, de. *Op. cit.*

35 ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 11-42.

36 PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecno, 2007. p. 19.

*comportamento aos ditames da Lei Maior*³⁷.

Passa-se, a partir daí, a examinar as funções dos direitos fundamentais, que podem ser sintetizadas em quatro categorias: a) de defesa ou de liberdade; b) de prestação social; c) de proteção perante terceiros; d) de não discriminação³⁸.

A função de defesa ou de liberdade proíbe as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual, mas, também, implica no poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). A função de prestação social dirige-se a garantir o direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). A função de proteção perante terceiros significa que muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido deste proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo: o direito de proteção de dados informáticos. Finalmente, a função de não discriminação, pela qual cumpre ao Estado tratar os seus cidadãos como fundamentalmente iguais³⁹.

Oportuno, então, recordar-se da obra *1984*, de George Orwell, que expressa um sentimento e uma advertência. O sentimento é de quase desespero acerca do futuro do homem. E a advertência é que, a menos que o curso da história se altere: “*os homens do mundo inteiro perderão suas qualidades mais humanas, tornar-se-ão autômatos sem alma, e nem sequer terão consciência disso*”⁴⁰.

Quando se estuda o avanço dos computadores, em estado de contínuo aprimoramento, melhorando sua capacidade de processar um mundo em transformação, verificam-se revoluções em andamento e envolvem tudo, desde computação quântica e sem silício “*até a ideia de computação comunitária (a proposta de consolidar o poder de processamento de bilhões de computadores individuais em um só cérebro gigante, um imenso órgão planetário)*”⁴¹.

O dicionário do futuro prevê, relativamente a internet, uma ansiedade comparativa, uma onda de insegurança. A internet cria um mundo conectado em rede que permite a todos comparar tudo, instantaneamente. Quanto dinheiro você está ganhando em relação a pessoas de sua idade, formadas pela mesma universidade? Quantas palavras seu bebê conhece em comparação a milhões de bebês exatamente na mesma idade, no mundo inteiro? Essa capacidade de as pessoas se compararem com outras em questão de segundos, “*criará uma epidemia de ansiedade comparativa*

37 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 235.

38 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 383-386.

39 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 383-386.

40 FROMM, Erich (1961) - posfácio. *Apud* ORWELL, George. **1984**. Tradução Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 365.

41 POPCORN, Faith; HANFT, Adam. *Op. cit.*, p. 81.

– *uma onda nacional de insegurança*”⁴².

Nada, porém, compara-se ao que ocorrerá em relação à privacidade. Já em 1890 (portanto, há mais de cem anos), no ensaio “*O direito à privacidade*”, os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, Louis Brandeis e Samuel Warren chamaram a atenção para a invasão da nossa privacidade por “*empresas e invenções modernas*”. Não é, porém, apenas a internet que representa o perigo, embora ela certamente o enriqueça. “*Os microprocessadores em nossos carros e até as roupas que vestimos farão com que nosso paradeiro seja conhecido durante praticamente cada minuto do dia*”.

E mais, “*impulsionada por essas inovações, a proteção da privacidade promete ser uma indústria de muitos bilhões de dólares*”...⁴³.

Todas essas transformações tecnológicas (e problemas decorrentes) chegarão ao Poder Judiciário, mais cedo ou mais tarde. Além do mais, agigantou-se a atuação desse Poder, elevado a instância mor de solucionador último dos conflitos sociais, especialmente pelo incremento daquilo que Mauro Cappelletti denominou de “*massificação da tutela jurídica*”⁴⁴.

Além disso, na prática da vida, cada aplicação de regras, necessariamente, envolve, de fato ou potencialmente, “*direitos fundamentais, obrigando o decisor a considerar sempre aqueles direitos, que podem ser afetados por sua decisão*”.⁴⁵

Robert Alexy esclarece, a respeito dos direitos fundamentais, cuja aplicabilidade bem pode ser direcionada a questões voltadas ao processo eletrônico: “*um juiz que aplica uma regra tem que estar seguro de que sua aplicação estrita não infringe nenhum direito fundamental*”⁴⁶.

O Poder Judiciário está, sem dúvida, em evidência nas sociedades contemporâneas. A adoção do processo eletrônico é uma das apostas que se faz no seu funcionamento com maior eficiência. O ex-Ministro do STF Carlos Velloso, aliás, sintetiza como os Poderes podem ser considerados ao longo dos últimos séculos: “*se os séculos XVIII e XIX foram os séculos do Poder Legislativo e o século XX foi o século do Poder Executivo, o século XXI será o século do Poder Judiciário*”⁴⁷.

Ponderam vozes fortes que a independência dos magistrados constitui-se um dos aspectos fundamentais das suas atividades, para o pleno exercício das suas funções, o que poderia ser seriamente comprometido quando o que se conta exclusivamente é: “*a) a celeridade do processo e*

42 POPCORN, Faith; HANFT, Adam. *Op. cit.*, p. 204-205.

43 POPCORN, Faith; HANFT, Adam. *Op. cit.*, p. 357.

44 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 11-12.

45 GALVÃO, Paulo Braga. FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Interpretação judicial e direitos humanos. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 717.

46 ALEXY, Robert. **Derecho y razon práctica**. México: Fontanamara, 1993. p. 31.

47 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1997. p. 137.

b) a *previsibilidade das decisões*”⁴⁸.

Eros Grau, sobre a interpretação, assinala que ela consiste na produção, pelo intérprete, de normas jurídicas, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso. Dessa forma, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade. E é justamente “*nessa inserção do Direito na vida que os juízes podem desempenhar papel decisivo, mormente no que respeita aos direitos humanos*”⁴⁹.

Quando se examina o direito à privacidade como fundamental, é evidente que o processo eletrônico estará relacionado a essa problemática.

A internet e o processo eletrônico estarão, como irmãos siameses, andando juntos nessa caminhada para o futuro.

E se a internet trouxe tantos benefícios ao homem, pode, também, ser usada para o crime e para a invasão da privacidade, “*numa verdadeira afronta aos direitos da pessoa*”⁵⁰.

O Professor Luís Alberto David de Araújo esclarece, aliás, que o desenvolvimento tecnológico ameaçou o indivíduo, sua imagem, “*de tal forma que a proteção deve ser de molde a preservá-lo das violações produzidas pela captação e veiculação da imagem*”⁵¹.

As ameaças à privacidade surgem, igualmente, da revolução provocada pelas possibilidades abertas através do “*tratamento automatizado dos dados pessoais*”, que nos transformou em “*pessoas eletrônicas*”⁵².

O ponto central, segundo Mônica Sette Lopes, não está nas câmaras de vídeo, nem nas gravações ou na implantação de microfones à distância, mas, sim, na visibilidade proporcionada pela exposição aberta dos atos judiciais por meio eletrônico. Como registra essa autora: “*associada a essa disponibilização incondicionada de dados pela internet está a transformação da produção jurídica em notícia*”⁵³.

Duas perguntas, então, podem ser formuladas, segundo a autora mencionada. Em primeiro lugar, qual seria o limite para a preservação da intimidade das partes numa situação, juridicamente apropriável, que é contraposta à publicidade como um dado inerente ao processo? E, como segunda pergunta: será que todo processo deve ser acessível a todos de forma incondicionada?⁵⁴

48 GALVÃO, Paulo Braga. FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Op. cit.*, p. 726-727.

49 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 55.

50 TOMIZAWA, Guilherme. **A invasão de privacidade através da internet**. Curitiba-PR: JM Livraria Jurídica, 2008. p. 31.

51 ARAÚJO, Luís Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 72.

52 CASTRO, Catarina Sarmiento de. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 19.

53 LOPES, Mônica Sette. Informação e imagem – a internet e a preservação da intimidade das partes. **Revista LTr**. vol. 73, nº 08. São Paulo: LTr, 2009. p. 946.

54 LOPES, Mônica Sette. *Op. cit.*, p. 946.

A Constituição de 1988 cuidou de outorgar proteção jurídica no caráter programático centralizador do inciso III do art. 1º, onde refere a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito. O tema projeta-se, ainda, no inciso X do art. 5º, onde está previsto ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas⁵⁵.

Há um aparente paradoxo quando se contrapõem as ideias de publicidade (vinculada ao exercício da jurisdição) e de respeito à privacidade. O inciso LX do art. 5º estabelece um limite para a lei, que só “*poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”⁵⁶.

O desafio a enfrentar é que a tecnologia não pode se transformar num monstro a fabricar suas próprias regras. O Poder Judiciário não pode, apenas, fingir que controla os efeitos do que faz. Cabe, sim, aos juízes, “*zelar pela inviolabilidade da vida privada da pessoa natural*”⁵⁷.

A primeira jornada de direito material e processual da Justiça do Trabalho, realizada em Brasília em novembro de 2007, entre outros enunciados, sobre o tema, aprovou o de nº 14, que diz:

*São vedadas ao empregador, sem autorização judicial, a conservação de gravação, a exibição e a divulgação, para seu uso privado, de imagens dos trabalhadores antes, no curso ou logo após a sua jornada de trabalho, por violação ao direito de imagem e à preservação das expressões da personalidade, garantidos pelo art. 5º, V, da Constituição.*⁵⁸

Pode surgir colisão, também, entre o direito à imagem e o direito de informação jornalística, pois os meios de comunicação, quando atingem a esfera de intimidade pessoal de alguém, defendem-se argumentando que agiram no interesse público pela informação. Como nenhum direito é absoluto, um desses direitos deverá sofrer atenuações, e aí reside uma grande dificuldade. Entretanto, “*nenhuma informação, ainda que haja interesse jornalístico, poderá causar dano ao retratado, já que tem ele direito à preservação da sua imagem*”⁵⁹.

Relativamente ao princípio da publicidade, o processo eletrônico respeita-o quando “*assegura e amplia o conhecimento pelas partes de todas as suas etapas, propiciando-lhes manifestação oportuna*”. Deve essa “*nova forma de processo*”, com o uso da tecnologia, ensejar e ampliar o conhecimento público do que ocorreu no processo, “*bem como do conteúdo das decisões ali proferidas, para plena fiscalização da sua adequação pelas partes e pela coletividade*”⁶⁰.

55 LOPES, Mônica Sette. *Op. cit.*, p. 946.

56 LOPES, Mônica Sette. *Op. cit.*, p. 947.

57 LOPES, Mônica Sette. *Op. cit.*, p. 947.

58 **Primeira jornada de direito material e processual da justiça do trabalho**. Coordenadores Cláudio José Montesso, Maria de Fátima Coêlho Borges Stern, Leonardo Ely. São Paulo: LTr, 2008. p. 37.

59 RODRIGUES, Edson Moreira. Inovação jurisdicional – direito de imagem como exteriorização da personalidade. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**. Estudos de Administração Judiciária. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 128.

60 CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo judicial eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 175-176.

Quanto ao devido processo legal, garantido em um Estado Democrático de Direito, o processo judicial eletrônico deve sujeitar-se às mesmas formalidades essenciais do processo tradicional, obedecendo: “*o procedimento legalmente previsto para a apuração da verdade, em uma sucessão concatenada de Atos Processuais*”⁶¹.

Um acontecimento bastante grave, no entanto, e que já acontece com certa frequência, embora possa ser considerado ilegal, é a utilização, pelo órgão jurisdicional (de qualquer grau ou hierarquia), nas sentenças e acórdãos, “*de informações pertinentes aos fatos, hauridas diretamente por ele na rede mundial de computadores, como base para o seu convencimento*”⁶².

Ainda que se admita a iniciativa do juiz na busca dos documentos e sua juntada, as mesmas cautelas exigíveis com pertinência aos documentos tradicionais terão de ser adotadas com respeito aos chamados documentos eletrônicos. Precisam esses “*documentos*”, como quaisquer outros, ser “*submetidos à crítica dos litigantes, em homenagem ao princípio do contraditório, quando não em obediência a normas processuais explícitas*”⁶³.

Esse fragmentado itinerário permite antever algumas das dificuldades que o processo eletrônico poderá apresentar, no momento em que começar, efetivamente, a ser utilizado, em escala, no Brasil.

Mas existirão, com certeza, outras dificuldades e possíveis soluções que surgirão ao longo do seu uso. Resta ao intérprete acompanhar esse itinerário e esperar que tenha êxito, atendendo, na medida do possível, pelo menos aquilo que se convencionou chamar “*duração razoável do processo*”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até que ponto os operadores do direito, extremamente formalistas e conservadores, estão preparados para recepcionar o processo eletrônico? Será que estamos prontos (a maioria dos operadores!) para fazermos profundas modificações no nosso sistema de trabalho, “*para lidarmos com documento digitais sem autos em papel, com rotinas de trabalho automatizadas?*”⁶⁴.

Na linha dessa indagação, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), em parceria com o Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho do

61 CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Op. cit.*, p. 175.

62 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 301.

63 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, p. 300.

64 GARBELLINI, Alex Duboc. Processo digital. In CORDEIRO, Juliana Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coord.). **O processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2007. p. 169.

Instituto de Economia da UNICAMP, realizou a pesquisa *Trabalho, justiça e sociedade: o olhar da magistratura do trabalho sobre o Brasil do século XXI*, tendo por objetivo identificar a opinião da magistratura do trabalho no Brasil sobre temas contemporâneos. A pesquisa contou com a participação de um universo bastante expressivo de magistrados (792 ao todo), o que corresponde a mais de 20% da população pesquisada, oferecendo enorme representatividade estatística para as informações representadas no relatório. É importante assinalar que magistrados de todas as regiões do Brasil enviaram suas respostas, estando todas as instâncias da Justiça do Trabalho representadas na pesquisa (TST, TRTs, Juízes Titulares e Substitutos).

No que diz respeito aos aspectos eletrônicos do processo, duas perguntas/respostas interessam aqui: sobre a penhora *online* e o registro audiovisual de audiências.

Relativamente à penhora *online* (BACEN-JUD), foi julgada muito importante, e importante por 97% dos magistrados. Paradoxalmente, o registro audiovisual de audiências somente contou com o apoio de 40%. Outros 58% dos magistrados julgaram a medida pouco ou nada importante⁶⁵.

A Escola Nacional da Magistratura do Trabalho, que funciona junto ao C. TST, divulgou, em 2009, dados sobre o parque tecnológico existente: 40 mil estações de trabalho em produção, 40 milhões de consultas anuais a andamento processual. A rede nacional da Justiça do Trabalho, que está em implantação, permite a conexão entre todas as 1.372 Varas do Trabalho existentes no País, os 24 Tribunais Regionais e o CSJT. O título do texto que fornece essas informações é significativo: “*processo eletrônico traz desafios e exige mudanças de paradigmas na Justiça do Trabalho*”⁶⁶.

A videoconferência, no âmbito do processo penal, foi disciplinada pela Lei nº 11.900/2009. O objetivo do interrogatório *online* (ou seja: do uso da videoconferência no âmbito criminal) não é só a agilização, a economia e a desburocratização da justiça. É, também, “*a segurança da sociedade, do juiz, do representante do Ministério Público, dos defensores, dos presos, das testemunhas e das vítimas*”⁶⁷.

Quanto à tramitação processual por meio eletrônico, deve-se pensar “*como se por meio físico fosse tramitar*”. Isso porque o advento do processo eletrônico não pode se tornar um problema em si mesmo. Para evitar que a incompatibilidade dos sistemas desenvolvidos pelos Tribunais possa ocasionar um empecilho para obter a tão desejada celeridade, o ideal a ser alcançado é, sem dúvida, “*o desenvolvimento de um sistema único para a tramitação processual em*

65 Trabalho, justiça e sociedade: o olhar da magistratura do trabalho sobre o Brasil do século XXI. Pesquisa realizada entre os magistrados do trabalho do Brasil por contrato entre a Associação dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA e a Fundação Economia de Campinas – FECAMP. Relatório final, Campinas, dezembro de 2008. Disponível em: <www.anamatra.org.br>. Acesso em: 1. set. 2010.

66 Processo eletrônico traz desafios e exige mudanças e desafios na Justiça do Trabalho. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 8. out. 2009.

67 GOMES, Luiz Flávio. Videoconferência e os direitos e garantias fundamentais do acusado. Jornal **O Estado do Paraná**. Curitiba, 22,03.2209. Caderno direito e justiça, p. 7.

todo o território nacional”⁶⁸.

O desejo por um processo eletrônico completo, que tenha início, meio e fim, é apresentado por dois professores reconhecidos nacionalmente.

Leonardo Greco assevera que o mais extraordinário progresso do processo eletrônico será a implantação de um autêntico processo virtual, “*desde a propositura da petição inicial até a entrega da prestação jurisdicional*”⁶⁹.

Talvez um pouco ironicamente, J.J. Calmon de Passos lamenta não estar presente na vitória final do progresso, “*quando um processo começará (eletronicamente) e acabará (eletronicamente), talvez em poucos minutos*”⁷⁰.

As Dez Metas do Judiciário para 2010, definidas no 3º Encontro Nacional do Judiciário são ambiciosas, mas, relativamente ao aspecto eletrônico, as de número 9 e 10 chamam a atenção:

Meta 9. Amplia para 2 Mbps a velocidade dos links entre o Tribunal e 100% das unidades judiciárias instaladas na Capital e, no mínimo, 20% das unidades do interior.

*Meta 10. Realizar, por meio eletrônico, 90% das comunicações oficiais entre os órgãos do Poder Judiciário, inclusive cartas precatórias e de ordem.*⁷¹

Finaliza-se esse artigo, agora, que foi gestado para ser curtíssimo e acabou alongando-se, refletindo-se sobre três temas importantes: a) o processo eletrônico poderá substituir o juiz? c) a velocidade do processo eletrônico não criará novas necessidades para que a solução dos conflitos possa ser mais rápida ainda? c) qual o papel dos intelectuais no enfrentamento da seguinte questão – o processo eletrônico criará mais um fosso entre os que possuem acesso à justiça e os que não possuem?

Quanto à primeira interrogação, pode-se antecipar a resposta: não! O processo eletrônico jamais poderá substituir o juiz. Na teoria, um computador, alimentado com a lide proposta e as leis vigentes, seria capaz de emitir um julgado. Ocorre que a decisão judicial é essencialmente humana. E sendo humana não está, por inteiro, no domínio da ciência ou da técnica. A decisão judicial, na verdade, está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional. E a independência do juiz se encontra, preponderantemente, “*na sua capacidade de*

68 BARKOKEBAS, Rafael dos Anjos. A necessidade de uniformização das ferramentas empregadas no processo eletrônico . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1851, 26 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11536>>. Acesso em: 01 set. 2010.

69 GRECO, Leonardo. O processo eletrônico. In GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e internet**: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 93.

70 PASSOS, J.J. Calmon de. Considerações de um troglodita sobre o processo eletrônico. In JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAVAR, Maria Terra (Coord.). **Processo civil**: novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 99.

71 Metas do Judiciário para 2010. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 31. ago. 2010.

*julgar com esses elementos que participam da sua natureza racional, livre e social*⁷².

Quanto à segunda interrogação, pode-se, também, antecipar a resposta: sim! Quanto melhor funcionar o processo eletrônico, maiores desafios existirão para que funcione mais rapidamente ainda. Aqui vale lembrar a metáfora de origem norte-americana, trazida em um dos escritos de José Carlos Barbosa Moreira, e que se adapta à suposta “*miragem*” da duração razoável do processo. Construir um sistema de Justiça, afirma, é como construir uma estrada: “*quanto melhor for a estrada, maior será o tráfego; e quanto maior o tráfego, mais depressa a estrada acusará o inevitável desgaste*”⁷³.

Para a última interrogação devemos nos valer de Norberto Bobbio. Sempre pesa sobre os intelectuais a impressão de que existe uma postura de presunção. Não há dúvida de que é são privilegiados, por suas formações. Portanto, devem dar suas próprias contribuições “*ao advento de uma sociedade na qual a distinção entre intelectuais e não-intelectuais não tenha mais razão de ser. Esse é o problema*”⁷⁴. O fácil acesso à justiça, por meio do processo eletrônico, poderá ser uma dessas contribuições formidáveis que os privilegiados formadores de opinião (da magistratura, do ministério público, da advocacia, do magistério jurídico) poderão dar à sociedade conflituosa deste século que se inicia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Derecho y razon práctica**. México: Fontanamara, 1993.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Analfabetismo funcional. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Analfabetismo_funcional>. Acesso em: 28. mai. 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Luís Alberto David de. **A proteção constitucional da própria imagem**: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

72 MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. A decisão judicial. **Revista Forense**. Volume 351. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 19-30.

73 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 376.

74 BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder**: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 108.

BARACAT, Eduardo Milléo. **Registo audiovisual dos depoimentos: fundamentos jurídicos**. In GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). **Jurisdição: crise efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Juruá, 2008. v. I. p. 187.

BARKOKEBAS, Rafael dos Anjos. **A necessidade de uniformização das ferramentas empregadas no processo eletrônico**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1851, 26 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11536>>. Acesso em: 01 set. 2010.

BOBBIO, Norberto. **Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial: altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil; e dá outras providências. D.O.U. de 20.12.2006.

CALMON, Petrônio. **Comentários à lei de informatização do processo judicial: Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre-RS: Sergio Fabris, 1988.

CASTRO, Catarina Sarmento de. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

CENEVIVA, Walter. Na busca de melhor justiça. *Jornal Folha de São Paulo*, 06.06.2009. p. C-2.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. **Processo judicial eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 292-301.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano: uma breve história do século XXI**. Tradução de Cristina Serra, Sergio Duarte, Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p. 19-22.

FROMM, Erich (1961) - posfácio. *Apud* ORWELL, George. **1984**. Tradução Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

GALVÃO, Paulo Braga. FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Interpretação judicial e direitos humanos. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 709-730.

GARBELLINI, Alex Duboc. Processo digital. In CORDEIRO, Juliana Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coord.). **O processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2007. p. 160-170.

GOMES, Luiz Flávio. Videoconferência e os direitos e garantias fundamentais do acusado. **Jornal O Estado do Paraná**. Curitiba, 22,03.2209. Caderno direito e justiça, p. 7.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Leonardo. **O processo eletrônico**. In GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 77-94.

LIMA, George Marmelstein. e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental. Disponível em: <<http://georgelimablogspot.com>>. Acesso em: 29. ago. 2010.

LOPES, Mônica Sette. Informação e imagem – a internet e a preservação da intimidade das partes. **Revista LTr**. vol. 73, nº 08. São Paulo: LTr, 2009. p. 946-952.

MENDES, Gilmar Ferreira. Reforma do sistema judiciário no Brasil: repercussão geral e racionalização judicial. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Mauricio Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos (Coord.). **A efetividade do direito e do processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 103-207.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. A decisão judicial. **Revista Forense**. Volume 351. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 19-30.

Metas do Judiciário para 2010. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 31. ago. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367-377.

PASSOS, J.J. Calmon de. Considerações de um troglodita sobre o processo eletrônico. In JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAVAR, Maria Terra (Coord.). **Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 95-99.

PEREIRA, Sebastião Tavares. Processo eletrônico, máxima automação, extraoperabilidade, imaginalização mínima e máximo apoio ao juiz: ciberprocesso. **Revista trabalhista direito e processo**. Ano 8, nº 30. Brasília: Anamatra: São Paulo: LTr, julho 2009. p. 168-187.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecno, 2007.

POPCORN, Faith; HANFT, Adam. **O dicionário do futuro: as tendências e expressões que definirão nosso comportamento**. Tradução de Maurette Brandt. Rio de Janeiro: Campos, 2002.

Primeira jornada de direito material e processual da justiça do trabalho. Coordenadores Cláudio José Montesso, Maria de Fátima Coêlho Borges Stern, Leonardo Ely. São Paulo: LTr, 2008. p. 37.

Processo eletrônico traz desafios e exige mudanças e desafios na Justiça do Trabalho. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 8. out. 2009.

Processos judiciais crescem mais que a população brasileira. Jornal **Gazeta do Povo**, de Curitiba-PR. Edição de 18.11.2009.

RODRIGUES, Edson Moreira. Inovação jurisdicional – direito de imagem como exteriorização da personalidade. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**. Estudos de Administração Judiciária. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 113-129.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Segundo semestre iniciará com processo eletrônico em todo o TST. Medida trará agilidade processual e economia de recursos. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 1. jul. 2010.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Breves comentários à reforma do poder judiciário (com ênfase à justiça do trabalho)**: emenda constitucional nº 45/2004. São Paulo: LTr, 2005.

TOMIZAWA, Guilherme. **A invasão de privacidade através da internet**. Curitiba-PR: JM Livraria Jurídica, 2008.

Trabalho, justiça e sociedade: o olhar da magistratura do trabalho sobre o Brasil do século XXI. Pesquisa realizada entre os magistrados do trabalho do Brasil por contrato entre a Associação dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA e a Fundação Economia de Campinas – FECAMP. Relatório final, Campinas, dezembro de 2008. Disponível em: <www.anamatra.org.br>. Acesso em: 1. set. 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1997.

3. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAR OS BENEFÍCIOS DECORRENTES DE ACIDENTES DO TRABALHO

Geraldo Magela Melo¹

RESUMO

Os pedidos de benefícios previdenciários decorrentes de um acidente do trabalho em face da Previdência Social devem ser apreciados pela Justiça Trabalhista, após a alteração constitucional promovida no art. 114, I da CR/88, pela EC n. 45/04, por se tratarem de demandas decorrentes da relação de trabalho; portanto, trata-se de competência material, a qual é absoluta e inderrogável, principalmente em face da exclusão expressa do art. 109 da CF/88 e por força da carga normativa do princípio da unidade de convencimento, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, do acesso à Justiça, da celeridade e eficiência, bem como da razoável duração do processo.

Palavras-chaves: Benefícios Acidentários e Competência da Justiça do Trabalho.

ABSTRACT

Applications for pension benefits arising from an accident at work in the face of Social Security should be considered by the Labour Court, after the constitutional amendment promoted in art. 114, I of CR/88 by EC. 45/04, as they are key demands arising from the employment relationship, so it is substantive jurisdiction, which is absolute and inalienable, especially in light of the express exclusion of Art. 109 of CF/88 and under the load of the normative principle of unity of conviction, legal certainty, of human dignity, access to justice, the speed and efficiency, as well as the reasonable duration of proceedings.

Keywords: Accident Benefits and Powers of the Labour Court

1 INTRODUÇÃO

A escolha do presente assunto se deu em virtude da constatação cotidiana de processos em

¹Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Professor Universitário. Ex-Auditor Fiscal da Previdência Social e da Receita Federal do Brasil

mesa de audiência, na Justiça do Trabalho, em que a parte autora vindica pleitos decorrentes de acidente do trabalho em face de seu empregador, tais como, por exemplo, dano moral em razão do sofrimento físico a que o obreiro foi submetido, por não ter o patrão tomado as medidas ambientais de segurança tendentes a evitar a ocorrência do evento danoso, demandas nas quais há toda uma dilação probatória quanto à existência ou não do acidente do trabalho e do nexos causal entre o acidente e o labor despendido; porém, atualmente, por causa do entendimento jurisprudencial prevalecente, o trabalhador é compelido a realizar a mesma produção de provas, com relação ao mesmo acidente e seu nexos causal com o trabalho perante a Justiça Comum, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em um total contrassenso com o princípio da unidade de convicção, da segurança jurídica e da economia processual.

Em face de tal fato, o presente trabalho propõe uma releitura do texto constitucional, principalmente após a alteração promovida pela EC n. 45/04, no art. 114, I da CR/88, com vistas a garantir maior efetividade da jurisdição, eficiência na prestação jurisdicional do Estado, respeito a uma duração razoável do processo, bem como garantir acesso à Justiça em sua completude.

2 COMPETÊNCIA ACIDENTÁRIA

O art. 109, da Constituição Federal, que rege a competência da Justiça Federal, a qual, atualmente, em regra, julga as demandas previdenciárias contrárias ao INSS, exclui expressamente de tal ramo do Poder Judiciário a apreciação de ações que decorram de acidentes do trabalho, vejamos:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, **exceto** as de falência, **as de acidentes de trabalho** e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (grifos não constam do original) (BRASIL, 2007, p.41)

Considerando a redação anterior à Emenda Constitucional n. 45/04, do art. 114 da CF/88, que mencionava que competia à Justiça do Trabalho conhecer das demandas entre empregados e empregadores, portanto, competência em razão da pessoa; e, considerando que o INSS não se enquadrava no conceito jurídico de empregador, não era possível sua inclusão no polo passivo das demandas, como litisconsorte, perante a Justiça Obreira, por isso consolidou-se o entendimento de que competente seria a Justiça do Trabalho para apreciar as demandas de acidente do trabalho em face do empregador e as ações de acidente do trabalho em face do INSS a Justiça Comum Estadual, por força de sua competência residual, conforme remansosa Jurisprudência, colacionamos:

Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de **Justiça**: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de Goiânia - GO, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Hélio Quaglia Barbosa e Arnaldo Esteves Lima. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Medina e Nilson Naves. Ementa CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E TRABALHISTA. AÇÃO REVISIONAL DE **BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO**. ART. 109, I DA CF. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004. ALTERAÇÃO DO ART. 114 DA CF. MATÉRIA DECIDIDA PELO STF – CC 7204/MG. **COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO. Em recente posicionamento, o eg. STF deliberou no sentido de que “As ações de indenização por empregado contra empregador, fundadas em acidente do trabalho, são da competência da justiça do trabalho.” – CC 7204/MG (Informativo 394). Ação de revisão de benefício previdenciário decorrente de pensão por morte acidentária deve ser julgada pela justiça comum, eis que não constitui ação reparadora de dano oriundo de relação prepositiva entre empregado e empregador. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de Goiânia-GO.** (destaques não constam do original) (BRASÍLIA, STJ. Conflito de Competência - 49811, Rel. José Arnaldo da Fonseca, 2005).

Decisão A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento. Ementa PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - RESTABELECIMENTO DE AUXILIO-ACIDENTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPETÊNCIA DA **JUSTIÇA ESTADUAL** - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ARTIGO 109, INCISOS I E VIII, CF/88 - DECISÃO DECLINATÓRIA DA COMPETÊNCIA REFORMADA. 1. **A competência para concessão e revisão de benefícios decorrentes de acidentes de trabalho, mesmo intentada em sede de mandado de segurança, é da Justiça comum estadual, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal.** 2. Precedente: AMS 1999.01.00.106985-0/AM, Rel. Des. CARLOS FERNANDO MATHIAS, Rel. p/ o acórdão: Des. Federal CARLOS MOREIRA ALVES, 2ª Turma, DJ 24/06/2002 p. 27. 3. Agravo a que se nega provimento. (destaques não constam do original) (BRASÍLIA, TRF1. Agravo de Instrumento - 200701000093411, Rel. José Amílcar Machado, 2007).

Todavia, dito entendimento não colabora com a segurança jurídica, haja vista que propicia decisões antagônicas, esclareça-se, Juiz Estadual defere auxílio doença acidentário e Juiz do Trabalho indefere qualquer pretensão relativa a acidente do trabalho, sob o argumento de que se tratou de acidente de qualquer natureza, com decisões publicadas em decisões e períodos completamente diferentes.

Nesse deslinde, propugnamos que após a Emenda Constitucional 45/04, a Justiça Trabalhista passou a ter como atribuição primeira “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” (grifos nossos), vale dizer, a competência atualmente se perfaz em razão da matéria, qual seja, demanda que tenha como causa de pedir uma relação de trabalho, frise-se, fatos ocorridos no âmago dessa relação, ainda que no polo passivo da demanda esteja arrolada um ente da administração pública indireta da União.

Calha mencionar que a infortunística laboral está muito bem caracterizada, como regra, pelo

art. 19, da Lei 8.213/91, vejamos:

Art.19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo **exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei**, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (grifos não constam do original) (BRASIL, 1991).

O art. 11, inciso VII, da Lei de Benefícios, por sua vez, se refere ao segurado especial quando no exercício de seu trabalho; ou seja, da leitura do texto expresso supra, infere-se que o acidente do trabalho apenas ocorre se o segurado for empregado ou segurado especial no exercício de seu labor, vale dizer, acidente do trabalho só assim é considerado se ocorrer no curso de uma relação de trabalho.

É bom notar que o art. 109, inciso I, da CF/88, apenas exclui da competência da Justiça Federal as causas de acidente do trabalho, mas não atribui expressamente à Justiça Comum e nem pode ser automaticamente aplicada a competência residual, pois, primeiro deve-se verificar se não há regra de competência especializada, principalmente, em razão da matéria, na qual possam se enquadrar as referidas ações.

Vale lembrar que para se qualificar uma competência jurisdicional, primeiro o aplicador do direito deve verificar se há regra de competência em razão da matéria, para distinguir entre os diversos ramos do Poder Judiciário, havendo regra de competência material, que se enquadre os elementos de uma demanda, com relevo a causa de pedir, tal ação será de competência da Justiça Especial que possuir como atribuição a matéria trazida na *causa petendi*, pois, pelo critério objetivo, a competência em razão da matéria é inderrogável e prevalece em face da competência residual.

Interessante observar o julgamento do CComp. 7.204-1-MG, pelo Supremo Tribunal Federal, em que se sedimentou o entendimento pela competência da Justiça Laboral para as ações de acidente do trabalho em face do empregador e a Súm. 736, também do STF, que atribui à Justiça Especializada as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, obrigação de respeito que inclusive também está prevista no anteriormente citado art. 19, da Lei de Benefícios.

No citado julgamento, o STF se embasou no princípio da unidade de convicção ou unidade de convencimento, sob o fundamento de que o mesmo fato deve ser apreciado por um mesmo Magistrado, para evitar a possibilidade de decisões conflitantes, o que se amolda com inteireza também ao caso presente, na medida em que o que vem acontecendo atualmente, na prática, é que, por exemplo, o Juiz Estadual reconhece nexo causal e defere auxílio doença acidentário e o Juiz do Trabalho não reconhece o nexo entre o acidente e o labor e indefere o pleito de estabilidade

acidentária, lapidada no art. 118 da Lei 8.213/91, o que fere o princípio da segurança jurídica e da razoabilidade.

Ademais, via de regra, os processos envolvendo acidentes do trabalho demandam realização de perícia médica para se avaliar a perda da capacidade laborativa, a permanência dessa ou não, possíveis sequelas, dentre outras diversas matérias médicas, sendo que as perícias são dispendiosas e os processos judiciais ainda mais, acarretando um ônus de tempo, de recursos, além do desgaste inevitável em lides judiciais para as partes e para o próprio Estado que precisa movimentar duas máquinas judiciais para dizer o direito ao caso concreto para o mesmo fato.

Quando não acontecem verdadeiros absurdos e situações conflituosas, como a Autarquia Previdenciária determinar o retorno ao trabalho e a área médica da empresa não autorizar o retorno, sob o argumento de que ainda prevalece a incapacidade acidentária, sendo que o trabalhador acaba ficando em um limbo, às vezes, por meses e até anos, sem perceber remuneração, muito menos benefício acidentário, e sem uma resposta estatal eficaz, já que se quiser acionar a empresa deve buscar a Justiça Obreira e se quiser acionar o INSS deve se socorrer da Justiça Comum e, por não raras vezes, com sentenças completamente opostas, o que vem ocasionando uma total insegurança jurídica, que se torna injustiça para com o cidadão e com o empresariado, os quais ficam sem uma definição segura do direito a se aplicar ao caso concreto, porquanto não recebem resposta estatal coesa e, na maioria dos casos, com datas de prolatação completamente distantes.

Assim, entender-se que a alteração constitucional promovida no art. 114, I da CR/88, pela EC n. 45/04, transferiu a apreciação os pedidos de benefícios que decorram de acidente do trabalho para a Justiça do Trabalho, por ser esses decorrentes da relação de trabalho, reforça o prestígio à unidade do convencimento, a interpretação sistemática da Constituição, e acaba por conquistar maior celeridade à prestação jurisdicional, haja vista atribuir a apenas uma Justiça a apreciação do mesmo fato, Justiça essa vocacionada, precipuamente, para a defesa dos direitos sociais do trabalhador, dentre os quais está elencado o direito à Previdência Social.

Note-se que tal entendimento contribui para desafogar a Justiça Comum, tão assoberbada com a imensa gama de atribuições, em razão de sua competência residual, e ainda, pelo fato de não ter essa Justiça vinculação histórica ou finalística com a prestação jurisdicional dos direitos sociais dos trabalhadores, que são, ao mesmo tempo, segurados obrigatórios da Previdência Social, nos termos do art. 12, inciso I, alínea “a” da Lei 8.212/91.

Ademais, a formação de litisconsórcio passivo entre o empregador e o INSS vai ao encontro do interesse público, na medida em que, como é costumeiro nos processos laborais acidentários, se designar perícia das condições ambientais do trabalho, a ser realizada por engenheiro especializado em segurança do trabalho, com vistas a se averiguar a culpa do empregador, art. 7º, inciso XXVIII

da Constituição Republicana, para, acaso sobejar demonstrado nos autos que houve culpa por parte do patronato na observância das normas de saúde e segurança do trabalho, viabilizar a condenação do agente, o que trará para a Autarquia todo o conjunto probatório necessário para manejar a demanda prevista no art. 120, da Lei de Benefícios, in verbis:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis. (BRASIL, 1991).

Sendo assim, o entendimento de que os pleitos decorrentes de acidente do trabalho devem ser apreciados pela Justiça Trabalhista, ainda que em face da Previdência Social, por decorrerem da relação de trabalho é conclusão que se faz premente, com vistas a se garantir acesso com inteireza ao Poder Judiciário e se garantir uma razoável duração do processo, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII da Constituição Federal/88.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o expandido supra, faz-se necessária uma nova leitura no pertinente às consequências do desrespeito às normas de proteção à saúde do trabalhador, na busca de dar maior efetividade à prestação jurisdicional reparatória, a partir de uma interpretação da Constituição Republicana que propicie maior dignidade ao trabalhador, com uma visão moderna e democrática do conceito de relação de trabalho, com o fim último de valorização do trabalho humano e de respeito aos direitos do trabalhador, em especial o da saúde, bem maior do ser humano.

Nesse contexto, atribuir à Justiça do Trabalho competência para apreciar os pedidos de benefícios previdenciários acidentários em face do INSS contribui para a formação de um entendimento doutrinário e jurisprudencial mais favorável ao acesso ao judiciário e o respeito aos direitos do trabalhador/segurado/jurisdicionado/cidadão acidentado, por meio de uma visão focada no princípio da unidade de convencimento, galgando, por conseqüência, maior segurança jurídica, celeridade e eficiência do Poder Judiciário no exercício da sua missão constitucional de dizer o direito no caso concreto.

O Direito do Trabalho, as relações de trabalho na modernidade e a busca do ideal de democracia que a Constituição da República preconiza são indicativos da necessidade de uma nova análise dos conceitos postos na Carta Magna, já que o respeito ao direito social ao trabalho e a dignidade da pessoa humana somente estarão verdadeiramente assegurados quando as relações de

trabalho respeitarem os direitos mínimos reservados aos empregados, em especial a proteção efetiva contra a infortunistica laboral ou sua eficaz reparação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. CC. 49811. Rel. José Arnaldo da Fonseca, Ano 2005, Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 14 mai. 2010.

BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal da 1 Região. AG. 200701000093411. Rel. José Amilcar Machado, Ano 2005, Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 14 mai. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. CC. 7.204-1. Rel. Min. Carlos Britto, Ano 2005, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25686>. Acesso em: 16 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 736. **COMPETE À JUSTIÇA DO TRABALHO JULGAR AS AÇÕES QUE TENHAM COMO CAUSA DE PEDIR O DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS RELATIVAS À SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES**. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 09 de dezembro 2003. p.2.

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25.7.1991 e Republicado no D.O.U. de 14.8.1998.

Chiovenda, Giusepe. **Instituições de direito processual civil**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, v. 2,1998. p. 183-191.

4. LEI N.º 12.275/2010 (NOVA LEI DO AGRAVO DE INSTRUMENTO): EFETIVIDADE JURISDICIONAL X AMPLA DEFESA

Lucas Emmanuel Silveira Camêlo¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, insta explicitar que as presentes linhas não almejam esgotar ou esmiuçar os mandamentos legais referentes ao instituto jurídico do agravo de instrumento, nem muito menos os preceitos insculpidos na nova lei n.º 12.275/2010, pelo contrário, têm o fito de levantar uma reflexão jurídica sobre os “benefícios e malefícios” do aludido regramento jurídico, no que tange à efetividade jurisdicional, bem como, noticiar a sua vigência para aqueles operadores do direito e jurisdicionados que porventura ainda não saibam da sua vigência normativa.

2 BREVES LINHAS SOBRE A LEI 12.275/2010

O agravo de instrumento, no que tange à seara juslaboralista, encontra-se positivado no art. 897, “b” da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Ante a auto-explicatividade do aludido preceptivo legal, nos absteremos de transcrevê-lo nessa oportunidade. Por outro lado, calha timbrar nessa oportunidade a conceituação do apelo de instrumento, nos dizeres do jurista Carlos Henrique Bezerra Leite (2009, p.730):

o agravo de instrumento é utilizado no processo do trabalho de forma diversa do processo civil. Neste, o agravo de instrumento (ou retido) é o recurso aviado contra as decisões interlocutórias em geral (CPC, art. 522); naquele, somente é cabível, no prazo de oito dias, dos despachos que denegarem a interposição de recursos (CLT, art. 897,b).

Em síntese, pode-se asseverar que o apelo de instrumento trabalhista é aquele que pode ser

¹Pós-graduado em Direito Processual Civil. E-MAIL: lucasesc20@hotmail.com
Av. Dom Pedro I, Empresarial Holanda Center I, 4º andar, sala 402 – João Pessoa - PB

manejado contra as decisões que denegam seguimento a recurso ordinário, de revista, extraordinário, adesivo, de petição, bem assim as decisões judiciais que denegam seguimento ao próprio remédio recursal de instrumento.

Com efeito, insta consignar que, no que se refere ao cabimento do agravo de instrumento, a IN – Instrução Normativa n. 16/1999, item II, reafirma a limitação do seu cabimento, no processo do trabalho, aos despachos que denegarem a interposição de recurso (art. 897, alínea “b” da CLT).

Após a sucinta análise acima, faz-se necessário tecer alguns comentários quanto a Lei 12.275/2010, que teve sua gênese no Projeto de Lei n.º 5468/2009, do Deputado Federal Regis de Oliveira (PSC-SP), cuja sanção se deu pelo Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, no dia 29 de junho de 2010. Frise-se que o Ministro Presidente do TST, Milton de Moura França teve grande contribuição na aprovação da supracitada norma, pois além de ter elaborado a minuta de alteração da CLT, no tocante ao capítulo de recursos, participou de várias audiências públicas na Câmara e no Senado Federal com o objetivo de esclarecer eventuais dúvidas sobre a proposição e reiterar pedidos de apoio para aprovação da matéria.

Sublinhe-se por oportuno, que o Projeto de Lei n.º 5468/2009 tramitou na Câmara dos Deputados perante a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), com início em 29.06.2009 e aprovação em 04.11.2009, tendo como relator o Deputado Roberto Santiago (PV-SP). Depois foi remetido a Comissão de Cidadania, Constituição e Justiça (CCJ), iniciando-se o seu trâmite em 11.11.2009, com aprovação em 27.04.2010, tendo como Relator o Deputado Flavio Dino (PCdoB-MA). O Relator da redação final, na Câmara dos Deputados, foi o deputado Marçal Filho (PMDB-RS).

Em 05.05.2010, a matéria ingressou no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara 46/2010. No dia seguinte, foi feita a leitura do Projeto em Plenário e, na sequência, foi encaminhada às seguintes Comissões: Comissão de Assuntos Sociais (CAS), com início em 06.05.2010 e aprovação, por unanimidade, em 25.05.2010, tendo como relator o senador Paulo Paim (PT-RS). Ato contínuo, remeteu-se à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), na qual também foi aprovada, por unanimidade, em 26.05.2010, tendo como relator o senador Marco Maciel (DEM/PE) e relator /ad hoc/ o senador Demóstenes Torres (DEM-GO).

Nessa senda, cumpre destacar que o aludido diploma normativo é composto de apenas 03 (três) artigos, tendo o último sido vetado, conforme veremos adiante. Assim, surge no sistema normativo pátrio imbuído dos nobres objetivos de conceder ao cidadão/jurisdicionado uma Justiça mais célere, econômica e efetiva, em plena sintonia com os anseios da população do século XXI e com o postulado da razoável duração do processo, preceito este elevado ao patamar de direito e garantia fundamental, conforme se infere do inciso LXXVIII, da Carta Cidadã de 1988.

Com efeito, não obstante o momento político (ano eleitoral) e cultural (copa do mundo de futebol) quando da sanção da inovação legislativa ora em comento, a concisa compilação normativa com certeza imprimirá uma grande mudança no sistema recursal constante da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, e terá uma grande repercussão no dia-a-dia forense trabalhista, pois no dia 13 de agosto de 2010 (45 dias após a sua publicação no Diário Oficial da União que se deu no dia 30 de junho do corrente), começou a vigorar, surtindo-se os seus jurídicos e legais efeitos, sendo certo que contribuirá de forma significativa com a Prestação Jurisdicional Laboral, que diga-se de passagem é a mais dinâmica e célere do nosso país.

Nesse norte, debruçando-nos sobre o teor do art. 1º da lei n.º 12.275 de 2010, de logo, percebe-se que o legislador pátrio alterou a redação do inciso I do § 5º do art. 897, do Diploma Celetista, senão vejamos a antiga e nova redação, respectivamente:

Art.897 (...)

§ 5º

Inc. I. obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, da petição inicial, da contestação, da decisão originária, da comprovação do depósito recursal e do recolhimento das custas;

Art.897 (...)

§ 5º

Inc. I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, da petição inicial, da contestação, da decisão originária, **do depósito recursal referente ao recurso que se pretende destrancar, da comprovação do recolhimento das custas e do depósito recursal a que se refere o § 7º do art. 899 desta Consolidação;**

(grifo nosso)

Pois bem, aliada a inteligência do novel inciso I, do § 5º art. 897 Celetado, insta imprimir uma interpretação sistemática com o § 7º, dispositivo 899 da CLT, introduzida nessa norma positivada através do art. 2º da Lei ora em análise, onde preconiza que:

7º No ato de interposição do agravo de instrumento, o depósito recursal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrancar.” (NR)

Dessarte, verifica-se que a aludida alteração legiferante tornou obrigatório o pagamento prévio de depósito recursal para a interposição de agravo de instrumento na Justiça Obreira Brasileira.

Outrossim, pontilhe-se que o art. 3º da Lei n.º 12.275/2010 foi revogado, pois a sua literalidade aduzia que a supracitada lei entraria em vigor na data da sua publicação, todavia, por motivo de relevância e maior publicidade da referida norma, determinou-se um prazo de 45 dias de

vacatio legis, conforme explicitado anteriormente.

De igual modo, é de sobrelevar importância explicitar, que no dia 13 de agosto de 2010 o TST elaborou a Resolução n.º 168, na qual atualizou a Instrução Normativa n.º 3, de 15 de março de 1993, a qual versa sobre depósito recursal. Desta feita, ante a importância das modificações regulamentadas pelo referido instrumento normativo, pedimos vênua para transcrever alguns trechos do seu conciso conteúdo, porém, de grande aperfeiçoamento e relevo para o dia-a-dia forense, vejamos:

Art. 1º Os itens I, II, a, b, c, d, e, f, g e h, III, VI e VIII da Instrução Normativa n.º 3 passam a vigorar com a seguinte redação:

“I – Os depósitos de que trata o art. 40, e seus parágrafos, da Lei n.º 8.177/1991, com a redação dada pelo art. 8º da Lei n.º 8.542/1992, e o depósito de que tratam o § 5º, I, do art. 897 e o § 7º do art. 899, ambos da CLT, com a redação dada pela Lei n.º 12.275, de 29/6/2010, não têm natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal, que pressupõe decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado.

II – No processo de conhecimento dos dissídios individuais o valor do depósito é limitado a R\$5.889,50 (cinco mil, oitocentos e oitenta e nove reais e cinquenta centavos), ou novo valor corrigido, para o recurso ordinário, e a R\$11.779,02 (onze mil, setecentos e setenta e nove reais e dois centavos), ou novo valor corrigido, para cada um dos recursos subseqüentes, isto é, de revista, de embargos (ditos impropriamente infringentes) e extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, observando-se o seguinte:

a) para o recurso de agravo de instrumento, o valor do “depósito recursal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrarcar”;

III - Julgada procedente ação rescisória e imposta condenação em pecúnia, será exigido um único depósito recursal, até o limite máximo de R\$11.779,02 (onze mil, setecentos e setenta e nove reais e dois centavos), ou novo valor corrigido, dispensado novo depósito para os recursos subseqüentes, salvo o depósito do agravo de instrumento, previsto na Lei n.º 12.275/2010, observando-se o seguinte:

*VI - Os valores alusivos aos limites de depósito recursal serão reajustados **anualmente** pela variação acumulada do INPC do IBGE dos dois meses imediatamente anteriores, e serão calculados e publicados no **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho** por ato do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, tornando-se obrigatória a sua observância a partir do quinto dia seguinte ao da publicação.*

*VIII - O depósito judicial, realizado na conta do empregado no FGTS ou em estabelecimento bancário oficial, mediante guia à disposição do juízo, será da responsabilidade da parte quanto à exatidão dos valores depositados e deverá ser comprovado, nos autos, pelo recorrente, no prazo do recurso a que se refere, independentemente da sua antecipada interposição, observado o limite do valor vigente na data da efetivação do depósito, bem como o contido no item VI, **salvo no que se refere à comprovação do depósito recursal em agravo de instrumento, que observará o disposto no art. 899, § 7º, da CLT, com a redação da Lei n.º 12.275/2010.***

Art. 2º Excluir os Itens XII e XIV da Instrução Normativa n.º 3.

Art. 3º Determinar a republicação da Instrução Normativa n.º 3, com as alterações introduzidas por esta Resolução.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor no dia 13 de agosto de 2010.

Diante do teor da Lei 12.275/10, assim como, da Resolução supra, formam-se correntes

favoráveis e contrárias ao novo regramento do agravo de instrumento, como exemplo, cite-se o respeitável posicionamento do Advogado Fernando Augusto de Vita Borges, em artigo publicado no site jurídico *jus navigandi*, no qual preconiza que:

(...) Vê-se, pois, sem muito esforço, que a exigência de depósito recursal para o agravo visa apenas impossibilitar ou dificultar o recurso, o que nos parece inconstitucional, à luz do disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. (...) Ao determinar a sujeição do recurso de agravo de instrumento ao depósito recursal, está criando um embaraço financeiro para a parte que se sente prejudicada em relação a uma decisão judicial, obstando o livre acesso ao Poder Judiciário. (...) Não há justiça nessa lei, na medida em que ela retira dos pequenos empresários a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, fazendo uma clara – e inconstitucional – distinção entre aqueles que têm poder econômico e aqueles que não têm.

Por outro lado, vale destacar o entendimento do Órgão de Cúpula da Justiça Laboral Brasileira, onde em notícia disponibilizada rotineiramente em seu *site*, afirma que, o objetivo da lei é impedir o uso abusivo desse recurso, freqüentemente interposto com intuito meramente protelatório, gerando efeitos perversos tais como o adiamento do pagamento de direitos trabalhistas, e a sobrecarga dos Tribunais Regionais do Trabalho e, em especial, o TST, fato que prejudica o julgamento de outros processos.

Em outras palavras, podemos asseverar que o aviamento dos agravos de instrumentos na processualística trabalhista, na sua grande maioria terminam por ensejar um verdadeiro dano marginal, prejuízo este oriundo da famigerada morosidade processual.

Ademais, para se ter uma ideia da ineficácia do multicitado recurso, conforme dados disponibilizados pelo próprio TST, somente no ano de 2009, foram interpostos 142.650 agravos de instrumento no TST, e apenas 5% foram acolhidos.

Diante de tais constatações, verifica-se na apreciação desta incipiente norma, um verdadeiro choque de princípios, quais sejam, de um lado o preceito da ampla defesa e do contraditório, de outra banda, o postulado da razoável duração do processo e efetividade judicial. Assim, diante dos casos práticos que observamos do no dia-a-dia forense chegamos à conclusão que o fato de se exigir o pagamento do depósito recursal para o aviamento do agravo, não se trata de um afrontamento ao exercício de se defender/recorrer em juízo, pois conforme dados/estatísticas do próprio TST, repita-se, a grande maioria dos agravos são protelatórios e não são acolhidos. Note-se que conforme o conhecido adágio popular “tudo em demasia é veneno”, também entendemos que a defesa judicial ou administrativa em excesso, no nosso sentir, torna-se um abuso de direito, comparável àquele que litiga de má-fé. Assim, nada mais louvável do que se homenagear a tão-almejada efetividade jurisdicional, através da edição de leis, como a ora em discepção.

3 CONCLUSÃO

Por derradeiro, respeitando-se os entendimentos e posicionamentos em contrário, entendemos que a Lei n.º 12.275/2010 é uma norma jurídica constitucional, pois em sintonia com a legislação e os princípios que norteiam o ordenamento jurídico pátrio (dignidade da pessoa humana do trabalhador, razoável duração do processo e devido processo legal), sem se olvidar que se trata de diploma normativo elaborado em total harmonia com os anseios dos jurisdicionados que almejam ardentemente uma Justiça econômica, célere e efetiva, concretizando-se em toda sua amplitude e integralidade o postulado do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF/88).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução ao código civil*. Organização do texto; Yussef Said Cahali. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 148-153 p.

_____. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 de agosto de 2007.

CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis de trabalho / Valentin Carrion. 33ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: Ltr, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16958>>

V SENTENÇA

1. SENTENÇA

4ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA
Proc. nº 0026700-67.2010.5.13.0004

RECLAMANTE: **BRUNO QUEIROZ DOS SANTOS**

RECLAMADO: **TRANSPETRO - PETROBRAS TRANSPORTE S/A**

I - RELATÓRIO

Vistos etc.

BRUNO QUEIROZ DOS SANTOS, devidamente qualificado na inicial, ajuizou reclamação trabalhista em face de TRANSPETRO - PETROBRAS TRANSPORTE S/A, alegando, em síntese, que se submeteu a concurso público realizado pela reclamada para a contratação de empregados, precisamente para a função de técnico de faixa de dutos, quando foi aprovado em segundo lugar. Diz, ainda, que foi convocado para realizar exames admissionais e comprovar o nível de escolaridade requerido, tendo sido considerado apto para o exercício da referida função em ambas as situações. Finaliza afirmando, no entanto, que não foi contratado pela reclamada, embora o certame em tela previsse no seu edital a existência de vinte vagas, bem como que a reclamada vem se valendo de empregados terceirizados para atender as suas necessidades na área de atuação para a qual promoveu o concurso público referido.

Anexou procuração e documentos.

Devidamente notificada, a reclamada compareceu à audiência designada e apresentou defesa alegando, em preliminar, incompetência da Justiça do Trabalho para solucionar o presente litígio, e carência de ação, por ausência de interesse de agir. No mérito, em suma, discorre sobre a ausência de direito adquirido e de preterição a candidatos aprovados em concurso público, impugna o pleito de honorários advocatícios e pede, alfim, a improcedência da reclamação.

Juntou procurações, substabelecimentos, carta de preposição e diversos documentos.

Valor de alçada fixado na inicial.

Audiência una realizada, com depoimentos das partes e das testemunhas apresentadas. Sem mais provas, foi encerrada a instrução, com razões finais remissivas pelas partes, recusada a última

proposta de conciliação.

O Ministério Público do Trabalho, conquanto ciente, não compareceu à audiência designada, lançando cota por meio da qual afirma não haver interesse público primário que justifique a sua intervenção (seq. 28).

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 DAS QUESTÕES PROCESSUAIS

II.1.1 DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, EM RAZÃO DA MATÉRIA

A reclamada suscita a preliminar em epígrafe, argumentando, em resumo, que a discussão envolve apenas o processo seletivo público ao qual se submeteu o reclamante, não tendo sido formada relação de emprego que atraia a competência desta Justiça do Trabalho.

Não tem razão.

A empresa reclamada é uma sociedade de economia mista, entidade da administração pública indireta, dotada de personalidade jurídica de direito privado, motivo pelo qual se submete às regras da CLT para a contratação de empregados (C.F., art. 173, § 1º, inciso II).

Por outro lado, o concurso público que realizou teve exatamente o propósito de viabilizar, com observância às exigências constitucionais (C.F., art. 37, inciso II), a contratação de empregados celetistas.

Dessa forma, a competência da Justiça do Trabalho se revela de forma translúcida, já que o conflito envolve questão pré-contratual de natureza essencialmente trabalhista, inserido nos contornos do artigo 114 da Constituição Federal, notadamente quando afirma que a Justiça do Trabalho é competente para julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

A propósito, deparando-se com situação análoga, decidiu o colendo TST da seguinte forma, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar pedido relacionado a período pré-contratual, decorrente da não convocação de aprovados em concurso público realizado por sociedade de economia mista estadual. Exegese do Artigo 114 da CF/88. Recurso de revista não conhecido. (...).¹

1 TST - RR-758.787/2001.8, Rel. Min. Renato Lacerda Paiva, pub. no DJ de 03/12/2004.

Na fundamentação do acórdão em que extraído o aresto acima transcrito, deixou expresso o eminente Relator que a *competência da Justiça do Trabalho, na hipótese, decorre da potencial e futura relação de emprego a se concretizar com a reclamada.*

Essas questões que envolvem concurso público realizado por empresa pública ou sociedade de economia mista, na verdade, de nada se diferenciam, para efeito de competência, de processos seletivos de pessoal promovidos por empresas privadas, em relação aos quais, inclusive quando o tema se relaciona a responsabilidade civil, há farta jurisprudência dos nossos tribunais firmando a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos porventura surgidos.

Nesses termos, rejeita-se a preliminar.

II.1.2 DA CARÊNCIA DE AÇÃO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

Diz a reclamada que não há mais nesse caso interesse de agir do reclamante, tendo em vista o término do prazo de vigência do concurso público em questão, o que se deu em 30/03/2010, deixando sem objeto a presente ação.

Também não lhe socorre a razão.

A presente reclamação foi ajuizada em 12/03/2010, portanto quando ainda em pleno vigor o prazo estabelecido para vigência do Processo seletivo público 001/2005 promovido pela reclamada.

Ora, o fato de expirar a validade do concurso no decorrer da tramitação processual não tem o efeito que pretende lhe atribuir a reclamada, pois de modo contrário seria penalizado o trabalhador por retardo que não deu causa, de exclusiva responsabilidade do Poder Judiciário.

Aliás, o colendo STJ tem entendido que, mesmo após o transcurso do prazo de vigência do concurso público, o candidato aprovado dentro do número de vagas estabelecido no edital respectivo pode pleitear a sua nomeação, até porque é com o esgotamento do prazo sem a nomeação que exsurge a violação ao direito pretendido. Exemplo desse posicionamento é a ementa abaixo transcrita, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL, CONSIDERADAS AS DESISTÊNCIAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. 1. **De acordo com entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, mesmo após expirado o prazo de validade do concurso público, há interesse processual do candidato na impetração de mandado de segurança contra ato omissivo consubstanciado na ausência de sua nomeação.**(...)²

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO.

2 STJ, ROMS 2006/0022068-1, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª T, pub. no DJ de 21/06/2010.

ENCERRAMENTO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. I - **Não caracteriza falta de interesse processual o fato de o *mandamus* ter sido impetrado após expirado o prazo de validade do concurso**, porquanto não se questiona atos da Administração relacionados à realização do concurso público, mas sim atos referentes à nomeação dos candidatos. (...). Recurso desprovido.³

Assim exposto, rejeita-se a preliminar.

II.2 DO MÉRITO

II.2.1 DO DIREITO AO EMPREGO

Sustenta o reclamante, na peça de ingresso, que é um direito seu ser contratado pela reclamada para o exercício da função de técnico de faixa de dutos. Argumenta, em princípio, que se submeteu a concurso público por ela promovido e foi aprovado em segundo lugar, também tendo participado de exames médicos pré-contratuais que atestaram estar ele apto para a função em referência.

Aduz que apenas o candidato aprovado em primeiro lugar no concurso foi contratado pela reclamada, embora o edital previsse um número de vinte vagas para a função e a região escolhidas por ele reclamante.

Diz mais, que a reclamada necessita do seu trabalho de forma permanente, tanto que vem se utilizando de mão-de-obra terceirizada, por meio de contrato celebrado com a empresa Worktime Assessoria Empresarial Ltda., para realizar as tarefas inerentes à função de técnico de faixa de dutos.

A reclamada, por sua vez, afirma que o reclamante teria mera expectativa de direito de ser contratado em razão do concurso público questionado, pois o número de vagas constante no edital era simplesmente para formação de cadastro de reserva. Diz, ainda, que a sua necessidade em relação à função de técnico de faixa de dutos, neste Estado da Paraíba, foi suprida com a nomeação do primeiro colocado no referido certame, e que não mantém trabalhadores terceirizados realizando atividades próprias dessa função.

Tem razão o reclamante.

Observando-se o edital do concurso público ao qual se submeteu, constata-se que foram previstas vinte vagas para a formação do cadastro de reservas para possível contratação, no Estado da Paraíba, na função de técnico de faixa de dutos (seq. 03, p. 09).

Não se discute, por outro lado, que o reclamante ficou colocado no segundo lugar para a

³ STJ, RMS 24.690/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, pub. no DJ de 12/05/2008.

opção escolhida e foi considerado apto para o exercício da função, tanto em relação ao nível de escolaridade, como em relação aos exames médicos realizados. Também não discordam as partes que o candidato colocado no primeiro lugar no certame já foi nomeado.

O cerne da controvérsia, na verdade, reside na tormentosa questão jurídica: tem direito a nomeação ou a contratação candidato aprovado em concurso público?

Nos tribunais superiores, notadamente no colendo STJ, que com mais frequência se vê diante de litígios da espécie, já há bastante tempo se consolidou jurisprudência que responde à questão acima em sentido positivo, desde que a aprovação do candidato tenha se dado mediante colocação no número de vagas previsto no edital.

À guisa de ilustração, vale a pena transcrever a ementa abaixo, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL, CONSIDERADAS AS DESISTÊNCIAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. (...) 2. Tendo em vista os princípios da lealdade, da boa-fé administrativa e da segurança jurídica, bem como o fato de que a criação de cargos depende de prévia dotação orçamentária, **o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame**, consideradas as desistências dos candidatos melhor classificados, **não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação**. Precedentes. 3. Recurso ordinário provido.⁴

No caso em apreço, contudo, o argumento da reclamada que afastaria a aplicação do entendimento acima expresso é exatamente porque não haveria número de vagas previamente estabelecido no edital, já que o concurso teria se realizado simplesmente para a formação de cadastro de reserva.

Sob essa ótica, em princípio, realmente o reclamante seria detentor de mera expectativa de direito, a par da discricionariedade da Administração pública para a sua contratação.

Não obstante, o concurso público realizado para a formação de cadastro de reserva surgiu a partir da necessidade dos entes públicos de possibilitarem o preenchimento rápido de vaga surgida ao longo do prazo de validade do certame, levando-se em conta que a realização de um processo seletivo demanda tempo, despesas, etc.

Nesse matiz, é fácil perceber que o concurso realizado apenas com esse propósito, sem nenhuma indicação da existência de vagas a serem preenchidas de imediato, pressupõe que essas vagas não existem no momento da sua realização, mas que poderão surgir no curso do período de vigência do concurso.

Acontece, entretanto, que a proliferação de concursos destinados à formação de cadastro de reserva terminou por revelar que o interesse dos gestores públicos, na maioria dos casos, é não

4 STJ, ROMS 2006/0022068-1, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª T, pub. no DJ de 21/06/2010.

assumir compromisso com a nomeação dos aprovados, deixando a Administração em situação bastante cômoda para nomear ou contratar apenas quando e se entender necessário, embora as vagas existam.

Conduta absurda como essa, por sinal, aliada aos inúmeros questionamentos jurídicos e conflitos surgidos desses concursos, levou o Poder Legislativo a apreciar projeto de lei que os proíbe expressamente (PLS 369/2008).

Oxalá em breve não tenhamos mais que nos deparar com situações dessa natureza. Como disse alhures o eminente Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, *a Administração Pública não pode brincar com o cidadão, convocando-o para um certame e depois, simplesmente, deixando esgotar o prazo de validade do concurso sem proceder às nomeações*.

Voltando ao caso sob estudo, verifica-se que, embora não se possa falar em cargos vagos, cuja exigência de criação legislativa não atinge a reclamada, sociedade de economia mista, a necessidade dos serviços a que se dispõem os candidatos aprovados no processo seletivo em tela, pela reclamada, é evidente e irrefutável.

Não se sabe porque, quando poderia contratar empregados escolhidos mediante criterioso e concorrido processo seletivo, em tese, portanto, bem preparados para o desempenho da função, optam com frequência os entes públicos, máxime os integrantes da Administração Pública indireta, pela via da terceirização, formalizando contratos precários.

Aliás, corrija-se, sabe-se muito bem porque. Os exemplos recorrentes não permitem a ocultação dos interesses sub-reptícios da maior parte dos gestores públicos, nessa seara, permitindo-se o regalo de nomear ou contratar quem bem entendam (parentes, amigos, amantes, etc.), e por preços que nem sempre se justificam, somando altíssimas quantias, quiçá emolduradas em interesses inconfessáveis. Entre 2006 e 2009, estima o Ministério Público do Trabalho da 19ª Região que mais de cem milhões de reais tenham sido gastos pela reclamada em contratos de terceirização⁵.

Na Petrobrás, por exemplo, empresa à qual a reclamada é coligada, as consequências da terceirização sem limites são desastrosas. Empresas desprovidas de suporte econômico para garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias; Trabalhadores recebendo baixos salários, sem capacitação e treinamento em segurança adequados, que engrossam as estatísticas de acidentes de trabalho no Brasil e alimentam as crônicas policiais.

Na hipótese em discussão, observa-se que a reclamada, embora tivesse a possibilidade legal de contratar empregados entre os aprovados no concurso público que realizou, preferiu se servir de trabalhadores terceirizados, firmando milionário contrato de prestação de serviços com esse

5 <http://www.prt19.mpt.gov.br/informativo/2009/set/01transpetro.htm>

objetivo, precisamente com a empresa denominada Worktime (seq. 018).

Ora, a função para a qual fora aprovado o reclamante é a de técnico em faixa de dutos, que como o próprio nome deixa entrever, deve ser alguém capacitado para realizar ou mesmo coordenar serviços diversos nas chamadas faixas de dutos, sendo estas as áreas de servidão (faixas de terra) nas quais estão instaladas as tubulações que conduzem o gás distribuído pela reclamada.

Veja-se, a propósito, o que se extrai do memorial descritivo do contrato de prestação de serviços firmado pela reclamada com a Worktime, relativamente às atribuições dos prestadores de serviços, na “área de manutenção de faixa de dutos”, *in verbis*:

Executar e apoiar atividades de inspeções nas faixas de dutos e áreas adjacentes, inclusive vias de acesso; fiscalização e/ou medidas dos serviços de topografia, execução de sondagens, instalação de instrumentação e obras de estabilização; especificação dos serviços de drenagem e manutenção de faixas; emissão e elaboração dos boletins, relatórios e gráficos, e da identificação de irregularidades, interação com as comunidades locais, moradores, proprietários ou responsáveis pelas áreas nas quais se encontram as faixas de dutos.

Apoiar e assessorar as atividades de gestão do plano de comunicação social desenvolvido nas faixas de servidão e operados pela TRANSPETRO, apoiar o processo de relacionamento com as comunidades vizinhas a faixa de dutos, entre outras.

Executar, apoiar e assessorar as atividades de análise de documentação jurídica, Fichas Cadastrais, Memorial Descritivo, escrituras de servidão de passagem e desapropriação, emitir relatório detalhado sobre o recebimento e liberação de área, entre outras.

A descrição dessas atribuições, sem maiores rodeios, deixa evidente que o inspetor de faixa de dutos, nome dado aos prestadores de serviços terceirizados que atuam nessa área, realiza atividades típicas de um técnico em faixa de dutos. Aliás, a testemunha trazida pelo reclamante, empregado da reclamada há mais de vinte anos, foi enfático ao afirmar que no gasoduto da reclamada situado entre Mamanguape-PB e a divisa dos Estados de Pernambuco-Alagoas trabalham prestadores de serviços terceirizados que cumprem tarefas típicas de técnico em faixa de dutos (seq. 026, p. 02).

Acrescentou a referida testemunha que essa mão-de-obra se constitui em necessidade permanente da reclamada, tendo sido atendida por outra empresa antes do contrato firmado com a Worktime.

Por outro lado, a testemunha ouvida por indicação da reclamada, embora tenha se esforçado em negar que aqui na Paraíba houvesse empregado terceirizado exercendo a função de inspetor de faixa de dutos, bem como que fossem idênticas essa e aquela outra função, de técnico de faixa de dutos, acabou por revelar que as atribuições são semelhantes, sem conseguir esclarecer quais seriam as pequenas diferenças entre elas que menciona.

Disse mais, quando posto em acareação com a outra testemunha, ante as evidentes contradições entre os depoimentos, em visível desconforto e tentando justificar as suas declarações

anteriores, que havia uma trabalhadora terceirizada prestando serviços aqui na Paraíba, na função de inspetora de faixa de dutos, mas que esta não permanece continuamente neste Estado.

Enfim, o quadro fático delineado nestes autos, aos olhos deste Juízo, deixa translúcida a seguinte situação: a reclamada se utiliza de mão-de-obra terceirizada para suprir necessidade permanente da sua atividade produtiva, em relação a qual havia candidatos aprovados em concurso público aptos para atender essa demanda, entre eles o reclamante.

Nesse contexto, ainda que se trate de concurso para cadastro de reserva, verificada a utilização de mão-de-obra precária para o cumprimento das atribuições inerentes à função para a qual se fez o certame, a mera expectativa de direito decorrente da aprovação do candidato se convola em direito subjetivo à contratação.

Vale a pena transcrever, nessa linha de pensamento, arestos oriundos do colendo STJ, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO DA REDE PÚBLICA DE ENSINO DO DISTRITO FEDERAL. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO SUBJETIVO DE CANDIDATOS APROVADOS À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. **Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação. Porém, tal expectativa se transforma em direito subjetivo para os candidatos quando dentro do prazo de validade do certame, há contratação precária de terceiros, concursados ou não, para exercício dos cargos.** Precedentes. 2. Hipótese em que restou demonstrada nos autos a existência e a necessidade de preenchimento das vagas, tendo em vista a contratação temporária de terceiros, em detrimento de candidatos aprovados no concurso público. 3. Recurso especial conhecido e provido.⁶

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE ENFERMEIRA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO AFASTADA. CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO. Nos termos da reiterada jurisprudência desta corte, **comprovada a necessidade perene de preenchimento de vaga (o que se perfaz com a contratação temporária reiterada) e a existência de candidato aprovado em concurso válido, a expectativa de direito à nomeação convola-se em direito líquido e certo.**⁷

A Administração pública, é cediço, deve agir com estrita observância à legalidade, à moralidade e à impessoalidade, ou seja, atento às leis e aos valores e princípios do Direito público. Deve, ainda, direcionar a sua conduta com olhos voltados para os princípios da eficiência, da boa-fé e da segurança jurídica, todos de estatura constitucional.

No caso concreto posto nestes autos, pode-se dizer que esses princípios foram deixados à margem pela reclamada. Olvidou a moralidade e a legalidade quando optou por se utilizar de

6 REsp nº. 631674/DF, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 28.05.2007, p. 385.

7 RMS nº. 18105/MG, 5ª Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 27.06.2005, p. 415.

trabalhadores terceirizados para a consecução dos seus objetivos finalísticos, recusando a via legal e moralmente prevista para tanto: o concurso público.

Por sua vez, tangenciou a eficiência e a impessoalidade, quando deixou de aproveitar mão-de-obra qualificada, selecionada em rigoroso e concorrido certame, para permitir que a função fosse exercida por quem foi escolhido por critérios subjetivos e, pelos menos teoricamente, com capacitação inferior àquele que se preparou para alcançar o posto respectivo pela forma de acesso constitucional.

Pautou a sua conduta com desprezo à segurança e à boa-fé que devem nortear todos os atos jurídicos, quando promoveu o certame em tela e permitiu que trabalhadores despendessem tempo e recursos financeiros em busca de um emprego, certos de que a aprovação em boa colocação os deixaria perto da realização do sonho, e ao final frustrou todas as expectativas, recusando a contratação sem justificativa plausível, ou pior, discriminando os concursados em favor de trabalhadores contratados precariamente.

Em remate, calha o mestre Canotilho, com a percuciência que lhe é peculiar, ao nos ensinar que o *homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.*⁸

Com essas razões, firma-se que a reclamada deve ser obrigada a contratar o reclamante na função de técnico em faixa de dutos, para a qual foi aprovado em segundo lugar no Processo seletivo público 001/2005 por ela promovido, ofertando-lhe, outrossim, a participação em curso de formação prévio, como previsto no edital respectivo.

II.2.2 DA JUSTIÇA GRATUITA

Concede-se a justiça gratuita ao reclamante, conforme postulado, na forma da CLT, artigo 790, § 3º, considerando, ainda, o disposto na OJ nº 331 da SBDI-1 do colendo TST¹⁰.

II.2.3 DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A questão referente aos honorários advocatícios no âmbito da Justiça do Trabalho ainda hoje

⁸ *in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 252.

⁹ É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

¹⁰ Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita.

tem gerado grande celeuma, acentuadas que foram as discussões a partir da vigência do novel Código Civil.

O colendo TST, contudo, mantém inalterada a sua jurisprudência, expressa em sua Súmula 219¹¹, afastando o cabimento de honorários sucumbenciais no processo do trabalho, notadamente nas reclamações decorrentes de relação de emprego.

Entende este Juízo, não obstante, revisando posicionamento anterior, que essa não é a solução mais consentânea com o quadro legislativo hodierno, fruto de estudos realizados por ocasião de debate promovido pela Amatra 13, que resultou na edição do Enunciado nº 3¹².

Na verdade, o novo Código Civil, em seus artigos 389¹³ e 404¹⁴, imprime aos honorários advocatícios natureza de indenização por perdas e danos, não se tratando mais de mero adendo em decorrência da sucumbência.

A propósito, nos ensina Izidoro Oliveira Peniago:

Destarte, o que o CC/02 veio a consagrar, de modo expreso, é o direito a plena reparação do dano.

Reconheçamos, pois, que o novo direito material contempla, expressa e independentemente da sorte dos honorários sucumbenciais (julgados ao direito processual), a plenitude da indenização, há muito prejudicada pelo usual comprometimento de seu alcance diante da assunção pelo credor do aumento de seu passivo decorrente da contratação de advogado.¹⁵

No mesmo caminho segue José Afonso Dallegrave Neto, ao afirmar que:

os honorários advocatícios impostos pelo novo Código Civil não estão relacionados com a mera sucumbência processual (CPC, art. 20, § 3º), mas com o princípio da reparação integral do dano (art. 944 do novo CCB).¹⁶

Adotou o legislador o princípio da restituição integral, já que as partes têm o direito constitucional de acesso à jurisdição, o que podem fazer mediante escolha livre do patrocínio de um profissional, ou, em alguns casos, como no processo do trabalho, por iniciativa própria.

11 Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superior a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte está assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demanda sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

12 Honorários Advocatícios. Princípio da Sucumbência. Aplicação na Justiça do Trabalho. Não obstante permaneça como faculdade das partes litigar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, elas têm direito a demandar por meio de advogado de sua livre escolha, sendo, nesses casos, devidos os honorários de sucumbência, inclusive nas lides oriundas da relação de emprego, ressalvadas as situações de justiça gratuita.

13 Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

14 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.

15 *in* Das Inovações do Código Civil (Lei n. 10.406/2001) acerca dos Honorários Advocatícios e suas Repercussões no Direito do Trabalho. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 67, n. 06, junho/93, p. 704.

16 *in* Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p. 128.

Não se admite, contudo, que o *jus postulandi* seja uma imposição como único meio de se garantir a restituição integral, até porque a prática no meio forense tem revelado que essa não é a melhor opção para o empregado. Sem conhecimento técnico, não raro se depara ele com o *ex adverso* acompanhado de excelentes profissionais, pondo-o em evidente situação de desvantagem, o que pode, inclusive, terminar violando a garantia fundamental do direito à ampla defesa.

Nesse matiz, a partir do momento em que a parte opta pela contratação de um profissional de sua confiança, deve ser ressarcida por quem deu causa a essa despesa, inclusive em relação aos honorários por ele cobrados.

À guisa de ilustração, vale a pena transcrever ementa de acórdão que bem espelha o entendimento aqui defendido, *in verbis*:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Devidos. Inadimplemento de obrigação trabalhista. Aplicação dos arts. 389 e 404 do CC/02. Hodiernamente, na Justiça do Trabalho, também, são devidos honorários advocatícios pelo inadimplemento da obrigação trabalhista, por aplicação subsidiária dos arts. 389 e 404 do novo CC/02, cuja inovação deve ser prestigiada como forma de reparação dos prejuízos sofridos pelo trabalhador, que, para receber o crédito trabalhista, necessitou contratar advogado às suas expensas, causando-lhe perdas. De sorte que a reclamada deve responder pelos honorários advocatícios, a fim de que a reparação do inadimplemento da obrigação trabalhista seja completa, ou seja, a reparação deve incluir juros, atualização monetária e ainda os honorários advocatícios, cujo ideal está em perfeita sintonia com o princípio fundamental da proteção ao trabalhador. Honorários advocatícios da ordem de 20%, a favor do reclamante (não se trata de honorários de sucumbência)¹⁷.

Não é tarefa das mais difíceis perceber, portanto, que o entendimento reproduzido na Súmula 219 do colendo TST, com toda vênua, encontra-se em completa desarmonia com os princípios estatuídos nos artigos 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal, 389 e 404 do Código Civil.

O credor não pode ser penalizado com o recebimento de quantia inferior àquela que lhe seria efetivamente devida, caso não fosse necessária a contratação de advogado para defender os seus interesses em face do devedor, arcando com os custos dela decorrentes.

Impõe-se, assim, ao devedor indenizar o credor por todos os danos que tiver de suportar em decorrência do inadimplemento da obrigação, inserindo-se entre eles, por óbvio, os honorários pagos ao advogado, de modo a preservar o princípio da restituição integral.

Defere-se o pedido, fixando-se os honorários advocatícios em vinte por cento sobre o valor da causa, a serem pagos diretamente ao reclamante, a título de indenização.

17 TRT 15ª Região – RO 1381/2003. 11ª T. DOESP de 22/07/2005.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, decide este Juízo rejeitar as preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho, em razão da matéria, e de carência de ação, por ausência de interesse de agir, e julgar procedente a reclamação trabalhista proposta por BRUNO QUEIROZ DOS SANTOS em face de TRANSPETRO - PETROBRAS TRANSPORTE S/A, nos termos da fundamentação supra, que é parte integrante deste dispositivo, condenando esta a contratar o reclamante na função de técnico em faixa de dutos, para a qual foi aprovado em segundo lugar no Processo seletivo público 001/2005 por ela promovido, ofertando-lhe, outrossim, a participação em curso de formação prévio, como previsto no edital respectivo, e a lhe pagar a quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de indenização de honorários advocatícios.

Concedido o benefício da justiça gratuita ao reclamante.

Astreintes fixadas desde já em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) diários, a contar da intimação para o cumprimento da decisão, após o trânsito em julgado desta sentença.

Juros e correção monetária na forma da lei.

Custas no importe de R\$ 700,00 (setecentos reais), calculadas sobre o valor dado à causa na inicial, pela reclamada.

Notifiquem-se as partes.

E para constar foi lavrada a presente ata que vai assinada na forma da lei.

João Pessoa-PB.

Marcello Wanderley Maia Paiva

JUIZ DO TRABALHO

VI ACÓRDÃOS

1. ACÓRDÃO

ACÓRDÃO

PROC. NU.: _____

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: _____

RECORRIDOS: _____

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. EXPLORAÇÃO DO TRABALHO SEXUAL DE ADOLESCENTES. ILÍCITO TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Em se tratando de Ação Civil Pública que persegue a responsabilização por dano moral coletivo, em decorrência da exploração do trabalho sexual de adolescentes, a competência é da Justiça do Trabalho. Inteligência do Decreto 3.596/2000, ratificador da Convenção 182 da OIT.

DANO MORAL COLETIVO. LESÃO À SOCIEDADE. PROSTITUIÇÃO INFANTIL. PROVA TESTEMUNHAL SUFICIENTE. Constatada a participação de alguns dos réus no esquema de prostituição infantil, é de ser imposta a condenação correspondente.

INQUÉRITO POLICIAL. PROVA DESCOMPROMETIDA COM O CONTRADITÓRIO. DEPOIMENTO NÃO- CONFIRMADO NA ESFERA JUDICIAL. No contexto da prova, o processo coletivo, que tem conteúdo objetivo, aproxima-se do penal. A teor do art. 155 do CPP, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, seja aquela advinda do inquérito policial, seja a produzida no inquérito civil público, ainda mais

quando, por ocasião dos depoimentos na esfera judicial as testemunhas deixam de confirmar as alegações outrora firmadas por ocasião da oitiva policial.

“Vistos etc.

Trata-se de Recursos Ordinários oriundos da 1ª Vara do Trabalho de Santa Rita/PB, interpostos nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo _____ em face de _____.

Esta Corte, em Acórdão prolatado às fls. 2417/2423 (Vol. 13), anulou a sentença, às fls. 2148/2166 (Vol. 11), determinando o retorno dos autos à Vara de origem, para reabertura da instrução processual, permitindo-se ao autor e aos réus a produção de prova testemunhal, com prolação de nova sentença.

Em cumprimento ao referido acórdão, o Juízo de primeira instância designou audiência de instrução, na qual foram colhidos os depoimentos de testemunhas do autor e de um dos réus (fls. 2489/2496 e 2534/2536), tendo, as partes, apresentado suas razões finais sob a forma de memorial (fls. 2537/2635).

Em novo julgado, às fls. 2642/2656, o Juízo *a quo* acolheu a preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Sapé/PB.

Irresignado, o *Parquet* apresenta recurso às fls. 2662/2685. Aduz, inicialmente, que as questões concernentes à competência da Justiça Especializada já tinham sido superadas pela preclusão *pro judicato*, uma vez que, embora tenha, a anterior sentença, sido anulada, este Regional, na oportunidade, teria lançado luzes para a existência de possível relação de trabalho, o que, *per se*, seria o *quanto satis* para a fixação de sua competência *in statu assertionis*. Acrescenta que, por se tratar de primeiro pressuposto de validade do processo a ser avaliado pelo juiz, o TRT, ainda que não expressamente, vinculou a competência à Justiça do Trabalho, posto que admitiu a potencialidade da relação de trabalho oriunda da apreciação *in statu assertionis* do pedido e da causa de pedir. Afirma que, mesmo sendo, a competência, pressuposto intrínseco de validade do processo, podendo ser avaliada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, a dilação probatória imposta pelo TRT torna superada tal discussão, que somente pode ser retomada em recurso dirigido ao Tribunal Superior do Trabalho ou ao Supremo Tribunal Federal, já que a primeira instância não poderia contrariar comando jurisdicional emanado de Órgão que lhe é hierarquicamente superior. Reitera, ainda, que todas as qualificações fáticas e jurídicas do pedido

vinculam-se à responsabilidade decorrente de relação laboral ilícita mantida entre os tomadores de serviços (clientes) e as crianças vitimadas (prestadoras de trabalho sexual). Faz menção aos fundamentos já expostos na exordial. Sustenta que não deve prevalecer o entendimento do Juízo *a quo*, no sentido de que a relação denunciada nos autos é de consumo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana. Discorre, com menção à doutrina, sobre a dificuldade de se reconhecer algumas relações de trabalho surgidas no mundo moderno, enfatizando que, no caso concreto, se mostra indubitável a caracterização do aspecto trabalhista do liame entre as partes, porquanto presentes a habitualidade, a onerosidade e a subordinação, distinguindo-se da classificação de consumo descrita no art. 3º da Lei 8.078/90. Assevera que o próprio Código de Defesa do Consumidor deixa claro o caráter residual de suas regras, para que não se transforme, a força de trabalho, em mero produto de consumo. Realça que o próprio juízo *a quo* reconheceu a relação de trabalho mantida entre a “cafetina” e as meninas prestadoras de serviços, assemelhando-se, a hipótese dos autos, à estrutura da terceirização de mão-de-obra, devendo, pois, ser declarada a responsabilidade solidária daqueles que, de fato, protagonizaram tamanha atrocidade. Aponta a inversão de princípios, ocorrida na decisão de primeiro grau, o que, numa visão teratológica, poderia redundar na possibilidade de os clientes virem a reclamar ao PROCON, alegando vícios e defeitos na prestação de “serviço sexual”. Reafirma a aplicação da Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho, que preconiza o caráter trabalhista na exploração sexual de crianças e adolescentes para fins comerciais. Aduz que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, não há outro entendimento compatível com a Constituição Federal, senão o reconhecimento da relação jurídica havida entre os réus e suas vítimas como sendo trabalhista, sendo todos os demandados responsáveis solidariamente pelo atos ilícitos praticados, quer seja na condição de clientes contumazes, quer seja como donos de motéis e bares que patrocinavam ou favoreciam diretamente a abominável prática narrada na inicial, impondo-se, pois, sua condenação ao pagamento de dano moral coletivo nos termos propostos na inicial. Requer o provimento do apelo.

Também recorre o réu, _____ (fls. 2733/2743), renovando a prefacial de ilegitimidade de parte. Aduz que jamais manteve “relação de trabalho” de exploração sexual ou qualquer outra similar na cidade de Sapé. Afirma que não conhece a maior parte das menores envolvidas na dita “exploração sexual”, além de não possuir residência ou estabelecimento em Sapé. Assevera que nunca teve contato com as menores em dias, horas ou locais certos, que não as mantém sob sua subordinação, gerenciamento, imposição de ordens ou horários, e que não recrutou ou ofertou crianças para a prostituição. Realça o fato de que reside em outra cidade, distante 350 quilômetros de Sapé e que, por ser representante comercial, apenas duas vezes ao mês, passa pela

dita localidade. Sustenta que se alguém tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda, esses são _____ e _____, apontados pelas menores como recrutadores ou aliciadores. Reitera, em suma, a inexistência de relação de trabalho e a impossibilidade de pagamento de indenização. Requer “seja o presente recurso ordinário julgado totalmente procedente, confirmando-se todos os termos da sentença quanto ao reconhecimento da não-existência de relação de trabalho, no presente caso, bem como, reformando a mesma sentença quanto à suposta relação de consumo e envio dos autos ao Juízo comum, considerando que, se for o caso, se houver direito, os seus legitimados deverão perseguir pela ação que entenderem e no tempo que concluírem adequado, por seus próprios fundamentos, para todos os termos da Lei”.

O apelo do *Parquet* foi contrarrazoado pelos seguintes recorridos: _____, às fls. 2700/2725 (vol. 14); _____ (fls. 2726/2728); _____ (fls. 2747/2751) e _____ (fls. 2752/2758).

Apenas o Ministério Público do Trabalho apresentou contrarrazões ao recurso do réu, pugnando pelo não-conhecimento do apelo, por ausência de interesse recursal (fls. 2765/2768).

Na condição de *custos legis*, o Ministério Público do Trabalho, em pronunciamento à fl. 2799, salienta que a matéria debatida nos autos já se encontra plena e suficientemente explicitada no Recurso Ordinário, às fls. 2662/2685, e nas contrarrazões às fls. 2765/2768.

Despacho da Desembargadora Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega, averbando-se suspeita, por motivo de foro íntimo, para atuar no presente feito, nos termos do art. 135, parágrafo único, do CPC.

Nova distribuição do processo.

É o relatório, aprovado em sessão.

V O T O

RECURSO DO AUTOR

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Insurge-se o *Parquet* contra o acolhimento da prefacial de incompetência material da Justiça Especializada, argumentando, inicialmente, a incoerência e a inconveniência do julgamento recorrido, em virtude da ocorrência de preclusão *pro judicato*. Em seu entender, o Juízo *a quo* não poderia se declarar incompetente, porque a matéria já se encontra ultrapassada nos autos.

Com razão.

Este Egrégio Regional, por maioria, proferiu decisão, anulando sentença de 1º grau anteriormente prolatada. Entretanto, apesar de não haver consignado no Acórdão de fls. 2417-2423 a incompetência, ou não, desta Justiça Especializada, houve, na sessão de julgamento, claro pronunciamento sobre a questão, no sentido da necessidade de uma melhor instrução, partindo do pressuposto de que, *in casu*, o que se discutia, de forma processualmente coletiva, eram “relações de trabalho”, o que atraía a competência da Justiça do Trabalho *ex vi* art. 114, I, da CF. Isso é claríssimo na minha declaração de voto oral, cuja transcrição faço constar. No julgamento, assim declarei:

eu entendo que é de relação de trabalho, até o secretário me mostrou, está até catalogado como relação de trabalho no rol das atividades do Ministério do Trabalho, e, aí, eu me pergunto qual é a diferença entre uma, quer dizer, a diferença é enorme, mas do ponto de vista da relação de trabalho, qual é a diferença entre alguém que paga para uma manicure fazer as unhas e alguém que pega/paga uma outra pessoa para fazer sexo com ela. ? Quer dizer que o fato do tomador de serviços incorrer uma ação ilícita, eu acho que não descaracteriza a relação de trabalho, é o caso do jogo do bicho, na minha visão, e outras atividades; (...) Por conta disso, o indeferimento da prova foi equivocado na minha visão, na visão do juiz não, mas na minha visão foi equivocado porque se for provado o que o Ministério Público coloca na petição inicial tem-se relação de trabalho, a competência é da Justiça do Trabalho.

O pressuposto para a decretação da nulidade do processo por cerceamento de defesa, portanto, foi o de que a Justiça do Trabalho é, *in statu assertionis*, competente, pois, do contrário, estar-se-ia inutilmente atuando, e processando um feito coletivo complexo, inclusive determinando-se a coleta de prova, para, no final, se repristinar o julgamento de decretação da incompetência material laboral, antes proferido, e que foi, repita-se, reformado.

Então, ao menos *in statu assertionis*, a incompetência da Justiça do Trabalho foi efetivamente afastada no julgamento que resultou no Acórdão antes proferido.

No plano “concreto”, também reafirmo a competência da Justiça do Trabalho, após a instrução do feito.

O que se verificou, *data venia*, não foram relações sexuais de consumo, mas típicas e ilícitas formas de exploração do trabalho sexual infantil da mulher, em condições análogas as de escravas.

O Ministério do Trabalho e Emprego incluiu a atividade de prestação de serviços sexuais no Catálogo Brasileiro das Ocupações, definindo-a, conseqüentemente, como ocupação, sob o código 5198-05, reconhecendo, o Poder Público, a prostituição como trabalho.

Os litígios dela decorrentes, notadamente aqueles que envolvem a exploração do trabalho sexual infantil, por óbvio, atraem a competência da Justiça do Trabalho.

A Convenção da OIT - Organização Internacional do Trabalho -, nº 182, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 3.597/2000, em seu artigo 3º, alínea “b”, é taxativa a respeito:

Art. 3º - Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

A - *omissis*

B – utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos;

Portanto, a legislação brasileira, ao incorporar a Resolução da OIT, indica como de “trabalho”, e não como de “consumo”, a exploração da prostituição infantil, o que já atrai a competência da Justiça do Trabalho, senão pelo inc. I, mas também pelo inc. IX do art. 114 da CF.

Passada a discussão sobre a competência desta Justiça para apreciar o processo, e, estando, os autos, suficientemente instruídos para julgamento, passo a analisar o mérito propriamente dito, com lastro no que determina o § 3º do art. 515 do CPC.

O Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública, pleiteando a condenação dos réus em danos morais coletivos, no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Sapé/PB, alegando que estes faziam parte de uma rede de exploração sexual de crianças e adolescentes, tipificado pela Convenção da OIT nº 182, ratificada pelo Brasil, como forma de trabalho desumano e cruel.

Compulsando os autos, verifica-se que existe prova suficiente, atestando a participação dos réus em programas sexuais previamente acertados com as menores. Tais provas são oriundas de depoimentos prestados em ação penal promovida contra os réus, na Justiça Comum da Comarca de Sapé/PB, constante nestes autos, às fls. 717-748; 753-809 e 1130-1153.

O depoimento de _____ foi esclarecedor, até porque, na época, era ela quem agenciava ou intermediava o encontro dos réus com as menores. Em seu depoimento, ela alega que, quando os réus queriam fazer programa com alguma menor, a ela procuravam.

A testemunha _____ confirmou ter participado de programas com os réus _____, _____ e _____ (fls. 1130-1133).

A testemunha _____ confirmou ter participado de programas com _____, _____, _____, além de ter garantido a participação de outra menor em programas sexuais com o réu _____ (fls. 1138-1141).

A testemunha _____ mencionou a participação do réu _____ no esquema de exploração das menores, e este atestou que o réu _____ pagava à _____, agenciadora dos encontros (fls. 1143-1145; 731).

A menor _____, quando de seu depoimento no inquérito policial, declarou ter mantido relações sexuais com _____ (fl. 93).

Quanto à participação de _____ nos encontros com as menores, a testemunha

_____, em seu depoimento perante o Juízo Estadual da Comarca de Sapé/PB, às fls. 1130/1131, disse:

[...] que participou e programas sexuais organizados pela ré _____ com o réu conhecido por _____, além do réu _____; [...]. QUE no entanto, a própria _____ falava que participava de encontros sexuais com um tal _____ e _____. [...] Que reconhece o réu _____ como sendo o _____ que ela depoente se relacionava sexualmente. [...].

Já a testemunha _____, em seu depoimento às fls. 1138-1141, assim declarou:

[...]. QUE manteve relações sexuais com os réus _____, _____, _____, _____ E _____. [...] QUE se recorda de ter mantido relações sexuais com o réu _____, mas não se recorda o valor que ele pagou ao término da relação. [...] QUE o _____ que ela depoente se relacionou sexualmente é o acusado _____ que se encontra presente no corredor do Fórum. [...] QUE tem conhecimento que a ré _____ também se relacionou com o réu _____.

A testemunha _____, em seu depoimento às fls. 1143-1145, disse:

[...] QUE manteve relações sexuais com _____ no Motel Happy Day. QUE ao término da relação sexual, _____ pagou a ela depoente a quantia de R\$ 30,00. QUE ela depoente procurou saber pelos R\$ 20,00 restantes. QUE _____ falou para que ela depoente recebesse o restante da ré _____, [...].

Portanto, pelos depoimentos colhidos na instrução da Justiça Comum, onde tramita o processo, na Vara de Sapé/PB, ao contrário do que afirma o réu, a maioria das testemunhas conhece o mesmo, tendo, inclusive, mantido relações sexuais com ele.

Cabe ainda ressaltar que o _____ tinha um grau de amizade com a acusada de agenciar as menores, _____, que, num dos programas, chegou a pagar menos do que o acertado a uma das menores, afirmando que a menor deveria pegar o restante do valor com a cafetina.

Portanto, não há dúvidas da sua participação no esquema de prostituição infantil na cidade de Sapé, não sendo obstáculo a ausência de moradia ou estabelecimento comercial na cidade.

Com essas explanações, tenho que o réu participou e deve ser condenado solidariamente com os demais réus na presente demanda.

Quanto aos réus _____, conhecido como _____ e _____, conhecido como _____, tenho que a prova não é suficiente para se lhes impor condenação.

É que as menores que alegavam ter sido exploradas sexualmente pelos citados réus, quando de seus depoimentos na esfera policial, não confirmaram tal fato na esfera judicial. Pelo contrário, sem exceção, todas aquelas que fizeram as incriminações na esfera policial, retiraram as acusações quando depuseram em juízo, senão vejamos.

A menor _____, em seu depoimento de fls. 1130/1133, assim depôs:

[...] QUE acusou na delegacia de ter feito programa sexual com o réu _____, conhecido por _____. QUE na verdade, tem dúvidas se na verdade saiu mesmo com _____, ou _____, irmão de _____. [...].

Já a menor _____, em seu depoimento de fls. 1134/1137, assim depôs:

[...] QUE afirmou perante o delegado de polícia ter saído para manter relações sexuais com _____ por R\$ 60,00. QUE na verdade, não saiu com _____. QUE somente disse isso ao delegado porque estava nervosa demais. [...].

Já a menor _____, em seu depoimento de fls. 1138/1142, disse:

[...] QUE de igual forma, nunca saiu na companhia de _____. [...] QUE nunca saiu com _____, conhecido por _____. [...].

Pelo que se vê, além de não terem confirmado as acusações, atribuindo-as ao nervosismo ou engano, uma delas chegou a confundir _____ com seu irmão. Já quanto ao réu _____, a única testemunha que a ele fez referência, fê-lo para alegar que, com ele, nunca tinha saído.

Logo, é consabido que a prova do inquérito policial ou do inquérito civil é descomprometida com o contraditório e, como tal, não-subsistente para uma condenação, seja criminal, seja civil.

Portanto, a unilateralidade das investigações desenvolvidas pela polícia judiciária, na fase preliminar da persecução penal, ou aquelas desenvolvidas perante o Ministério Público em sede de inquérito civil público, e em virtude do caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial ou do Ministério Público, não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória.

Desta forma, não vejo como condenar os réus _____.

Por fim, na audiência de instrução (fls. 2489-2496), a primeira testemunha do autor foi o delegado responsável pela investigação, e do seu depoimento, pode-se extrair o seguinte:

que durante a investigação verificou que havia uma pessoa encarregada de encaminhar as meninas, definindo preço e fazendo os contatos, de modo constante; que as pessoas que buscavam os serviços oferecidos pela _____, responsável pelo contato com as meninas, tinham conhecimento do tipo de serviço ofertado; [...] que os clientes mantinham encontros sexuais frequentes com as meninas, não eram casuais; [...] que em algumas ocasiões o cliente dava “um agrado” diretamente à menina que prestou o serviço; [...] que a sua conclusão é que as pessoas envolvidas no inquérito praticaram de exploração sexual com as meninas vítimas; [...] que os réus na presente demanda foram identificados como aqueles que procuravam a _____ e solicitavam os serviços das meninas; [...].

Quando do depoimento da testemunha _____, esta negou qualquer envolvimento em agenciamento de menores, informando que eram as meninas quem a chamavam para beber e depois saíam com homens, mas que ela não sabia o que as meninas iam fazer com os homens. Logo, o depoimento da testemunha é completamente contraditório em relação aos seus depoimentos no inquérito policial e na ação penal. Aliás, ressalte-se que os depoimentos dessa testemunha foram diferentes na polícia e na Justiça, demonstrando que a mesma não tem qualquer compromisso com a verdade, tampouco interesse em elucidar os fatos como realmente aconteceram, já que, nas três oportunidades que teve de depor, o fez com versões diferentes.

A única testemunha apresentada por um dos réus nada acrescentou, já que conhece o réu _____ em virtude da amizade existente entre os pais de ambos, além de ter afirmado que o réu é uma pessoa de bem e exemplar pai de família.

Às fls. 2534-2536, consta depoimento de outra testemunha arrolada pelo MPT, a Promotora de Justiça, _____, que assim depôs:

que mesmo considerando o inquérito policial, para reforçar as provas, a depoente ouviu novamente todas as meninas e testemunhas, antes de apresentar a denúncia; que todas confirmaram que foram vítimas de exploração sexual; [...] que os acusados eram vistos com menores de idade bebendo em bares, não especificamente, as menores que foram ouvidas pela depoente; [...] que as meninas diziam que os clientes pagavam e elas repassavam uma parte do valor para a _____; que a outra parte ficava com a menina; [...].

Extrai-se dos depoimentos citados que, além de existir uma pessoa responsável por assediar garotas, menores, para os réus, estes poderiam procurar diretamente as garotas, podendo, inclusive, pagar-lhes diretamente o preço acertado pelo serviço sexual prestado.

Pelo ato praticado, que causou lesões à sociedade Sapeense/PB, devem, os réus, responder pelos danos morais coletivos que causaram à sociedade.

O dano moral é tradução da iniciativa da proteção dos direitos da personalidade, sendo que, o de característica individual, é para a reposição da dor psíquica, ao passo que, o de característica coletiva é essencial e de dimensão transindividual, tendo como foco a restauração da crença na ordem jurídica e da segurança para a sociedade, em um papel muito mais que meramente compensatório, como é o individual, mas crucialmente preventivo-pedagógico, com finalidade educadora. Diz o autor João Carlos Teixeira:

Nota-se, pois, que a doutrina e a jurisprudência vêm evoluindo na aplicação da teoria da responsabilidade civil em matéria de dano moral, especialmente em ações coletivas, em que a reparação, com caráter preventivo-pedagógico e punitivo, é devida pelo simples fato da efetiva violação de interesses metaindividuais socialmente relevantes e juridicamente protegidos, como é o caso de serviço de transporte coletivo, de grande relevância pública, eis que explorado por empresa privada, mediante contrato de concessão, pelo qual está

obrigada a prestar um serviço satisfatório e com segurança, o que não foi cumprido pela empresa. Tal atitude negligente causou transtorno e tumulto para o público usuário, configurando o dano moral coletivo puro, perceptível pelo senso comum, porque diz respeito à natureza humana, dispensando-se a prova (*damnum in re ipsa*). Repara-se o dano moral coletivo puro, independentemente de caracterização efetiva, em nível individual, de dano material ou moral. O conceito de valor, da moral coletiva é independente, autônomo, e, portanto, se desatrela da moral individual. TEIXEIRA, João Carlos (2000) apud GÓES, Gisele Santos Fernandes. Processo civil coletivo: o pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 476.

Correlata a idéia do autor Yussef Said Cahali que demonstra:

Que o dano moral vai paulatinamente se afastando de seus, contingente exclusivamente subjetivos de ‘dor’, ‘sofrimento’, ‘angústia’, para projetar objetivamente os seus efeitos de modo a compreender também as lesões à honorabilidade, ao respeito, à consideração e ao apreço social, ao prestígio e à credibilidade nas relações jurídicas do cotidiano, de modo a afirmar-se a indenizabilidade dos danos morais infligidos às pessoas jurídicas ou coletivas, já se encaminha com fácil trânsito para o reconhecimento da existência de danos morais reparáveis. CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 388.

Assim, a partir de todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo, na brilhante definição de Carlos Alberto Bittar Filho (1996), consiste na:

Injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção de fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor) idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. BITTAR FILHO, Carlos Alberto (1996) apud CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 388.

In casu, cabe aqui ressaltar obra de Xisto Tiago de Medeiros sobre o tema, onde este exemplifica as hipóteses de incidência do dano moral coletivo, dentre as quais, selecionamos, na esfera trabalhista, as que se seguem:

[...] exploração de crianças e adolescentes no trabalho; submissão de grupos de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívidas; descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde e prática de fraudes contra grupos ou categorias de trabalhadores. MEDEIROS, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo, São Paulo, LTR, 2004, pág. 155.

Logo, conforme acima demonstrado, sem dúvidas, existiu o dano de dimensão coletiva, que afeta valores gerais e morais da coletividade local, já que causa dano moral coletivo o ato antijurídico contra determinado segmento da coletividade, ofendendo seus valores extrapatrimoniais, gerando repulsa na comunidade.

Nesse diapasão, o arcabouço legal para o cabimento do dano moral transindividual está assentado no art. 5º, X, da CF/1988, que prediz a inviolabilidade da intimidade, honra, vida privada e imagem das pessoas (físicas, jurídicas, coletivas), assegurando direito à indenização por danos moral e material decorrentes da sua violação; no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, quando se reporta a “ações de responsabilidade por dano morais”; e arts. 2º, parágrafo único, ao “equiparar a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, e 6º, VI, ao estabelecer direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Nesse passo, peço *venia* para trazer aos autos o seguinte precedente:

DANO MORAL COLETIVO – POSSIBILIDADE. Uma vez configurado que a ré violou direito transindividuais de ordem coletiva, infringindo normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho e do trabalhador, é devida a indenização por dano moral coletivo, pois tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade, falta de apreço e consideração, tendo reflexos na coletividade e causando grandes prejuízos à sociedade (Acórdão 1ª T., RO 5309/2002, origem 2ª VT de Marbá, julgado em 17.12.2002, DOEPA 19.12.2002, Relato Juiz Convocado Luís José de Jesus Ribeiro).

No mesmo sentido, recente precedente do TST:

I) AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO MORAL COLETIVO - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Estando os interesses em debate perfeitamente enquadrados dentro dos coletivos, goza o Ministério Público do Trabalho de legitimidade ativa para propor, perante o Judiciário Trabalhista, a presente ação coletiva, inexistindo as afrontas legais e constitucionais invocadas. II) DANO MORAL COLETIVO - CARACTERIZAÇÃO E QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. A reparabilidade do dano moral coletivo não pode ter as mesmas premissas do dano moral tradicional, já que este, baseado no Código Civil, é dotado de cunho meramente patrimonialista e individualista, não enxergando, assim, os valores transindividuais de um sentimento coletivo. 2. De fato, a honra coletiva tem princípios próprios que não se confundem com os interesses pessoais, na medida em que leva em conta a carga de valores de uma comunidade como um todo, corporificando-se no momento em que se atestam os objetivos, as finalidades e a identidade de uma comunidade política. 3. Nessa senda e considerando que o Texto Constitucional afirma a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político, como sendo fundamentos do Estado Democrático de Direito, tem-se que a Empresa Ré, por intermédio de um de seus prepostos, ao desrespeitar e submeter seus trabalhadores a condições humilhantes de trabalho, circunstância, aliás, agravada pelo fato de a diretoria, quando informada, mais do que manifestar descaso, demonstrar concordância e aprovação em relação à conduta do autor do gravame, produziu uma lesão significativa a interesses extrapatrimoniais da coletividade e, como tal, merece ser condenada na reparação do mal, em valor adequado e justo. 4. De fato, o ato da reclamada não só lesionou os princípios inerentes a dignidade da pessoa humana, comprometendo a qualidade de vida dos trabalhadores, como também violou diversos valores sociais, na medida em que a prática atingiu também, como é curial, a vida familiar, a vida comunitária e a sociedade como um todo. 5. Assim, considerando a gravidade do ato, o alto grau de culpabilidade da ré, o grande número de empregados vitimados pelo assédio moral, a resistência da ré às negociações e o descaso da direção da empresa, de se concluir que o valor indenizatório fixado, R\$ 300.000,00, mostra-se

razoável à situação. 6. Logo, o recurso da parte não merece trânsito pela via da alegada violação constitucional, visto que ileso o inciso V do art. 5º da Carta Republicana. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 90040-64.2006.5.04.0007 , Relatora Ministra: Maria Doralice Novaes, Data de Julgamento: 17/03/2010, 7ª Turma, Data de Publicação: 30/03/2010)

Quanto à quantificação do dano moral coletivo, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, diz:

Havendo dano a interesse público ou difuso, perfeitamente possível a imposição de reparação civil com caráter marcadamente sancionatório sob a forma de dano punitivo. Contudo, a imposição de indenização com caráter de sanção deve ser cercada de cuidados para não exorbitar sua finalidade repressiva e dissuasiva. [...] A sua aplicação comedida e prudente levaria a uma maior esfera de proteção ao interesse público e aos novos conceitos de interesse difuso e coletivo. A reparação, nesses casos, deve ser feita por arbitramento judicial, a exemplo do que ocorre no dano moral tradicional. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). In: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Revista da EMERJ, v. 3, n. 9, 2000. p. 21-42.

_____ (2003, p. 263), embora tenha assumido uma posição restritiva no que diz respeito à natureza punitiva da reparação do dano moral individual, admite a função sancionatória em sua vertente pedagógica quando a ação versar sobre casos em que se faça imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social. Por exemplo, quando se tratar de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. A autora, enfaticamente, reconhece:

Um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Nesse casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização a ser pago "punitivamente", não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema [...], servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito em fundos [...]. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Nesse passo, levando-se em consideração a gravidade dos fatos praticados pelos réus, a idade dos explorados, a modalidade da exploração, e o indubitável abalo moral e à honra das menores exploradas, fixo a indenização no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em desfavor dos réus, de forma solidária, a ser paga em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Sapé/PB.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para, reconhecendo como relação de trabalho a relação jurídica invocada como causa de pedir da presente ação, afastar a incompetência

da Justiça do Trabalho decretada no primeiro grau e, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente em parte a ação, condenando os réus: _____, de forma solidária, ao pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Sapé/PB, julgando IMPROCEDENTE a ação em face dos réus _____.

Custas pelos réus sucumbentes, no valor de R\$ 10.000,00.

RECURSO DO RÉU _____

Recorre o réu, _____, alegando ilegitimidade passiva, já que nunca teve relação de trabalho com as menores, afirmando, inclusive, que não conhece a maior parte das menores, que não tinha contato em dias, horas ou local certo, não mantendo qualquer subordinação, gerenciamento, imposição de ordens ou horários, não recrutando ou oferecendo crianças para prostituição. Destaca que sequer tem residência ou estabelecimento na cidade de Sapé/PB. Alega que deveriam constar no pólo passivo da demanda _____, apontados pelos menores como aliciadores. No mérito, reitera a inexistência da relação de trabalho e a impossibilidade do pagamento de indenização.

Pelos fundamentos já expostos no recurso do Ministério Público do Trabalho, onde restou clara a participação do recorrente no esquema de prostituição infantil, ocasião em que foi condenado solidariamente com os demais réus na presente demanda, resta prejudicado seu recurso.

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Sua Excelência o Sr. Procurador EDUARDO VARANDAS ARARUNA, em relação ao recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho, por maioria, declarar a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito, vencidos, no particular, Sua Excelência o Senhor Desembargador Relator, acompanhado de Suas Excelências os Senhores Desembargadores Ana Maria Madruga e Carlos Coelho, e, no mais, por maioria, vencido Sua Excelência o Senhor Desembargador Relator, acompanhado de Sua Excelência o Senhor Desembargador Carlos Coelho, dar PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para condenar os réus _____, de forma solidária, ao pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Sapé/PB, julgando IMPROCEDENTE a ação em face dos réus _____; quanto ao recurso do réu _____, por unanimidade, com ressalva de Sua Excelência o Senhor Desembargador Relator, acompanhado de Sua Excelência o Senhor Desembargador Carlos Coelho, REPUTÁ-LO PREJUDICADO. Custas pelos réus sucumbentes, no valor de R\$ 10.000,00.

João Pessoa, 10 de junho de 2010.

ASSINADO ELETRONICAMENTE

PAULO MAIA FILHO

Desembargador Federal do Trabalho

Revisor Designado para Redigir o Acórdão

2. ACÓRDÃO

TRT-PR-00449-2008-195-09-00-0 (RO)

NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. OBJETO ILÍCITO. MOTORISTA QUE TRANSPORTAVA CLANDESTINAMENTE MERCADORIAS DO PARAGUAI. DESCAMINHO.

A relação que se estabeleceu entre a parte Autora e os Reclamados foi decorrente de atividade ilícita, vez que o objeto do contrato de trabalho, antijurídico, em tese, poderia ser enquadrado como o descaminho, tipificado na legislação penal como crime, conforme previsto no art. 334 do Código Penal. Assim, nulo o contrato de trabalho cuja prestação de serviços está vinculada à exploração de atividade ilegal, impossibilitando guarida por esta Justiça Especializada. A afronta a bem social proeminente (protegido pelo Direito Penal) pelo trabalho exercido pelo "de cujus" implica sua desconsideração frente a princípios de direito público, em face da segurança da sociedade. Frise-se que a atividade ilícita comprovada não se limitou à figura do "sacoleiro", onde o descaminho refere-se a objetos de pequeno valor para comércio, marcado pelo princípio da insignificância penal e que foi, inclusive, regularizado pela Lei nº 11.898/09 e Decreto nº 6.956/09. Porém, na hipótese presente, o "de cujus", além de transportar mercadorias originadas do Paraguai, de grande valor, chegou a estocá-las nos fundos de sua casa, e também as vendia e entregava, tendo sido preso por várias vezes. Assim, nulo o contrato de trabalho cuja prestação de serviços está vinculada à exploração de atividade ilegal, impossibilitando guarida por esta Justiça Especializada. Preliminar de carência de ação conhecida de ofício para declarar a extinção do processo sem resolução do mérito, em face da impossibilidade jurídica do pedido.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **MM. 03ª VARA DO TRABALHO DE CASCAVEL - PR**, sendo Recorrente **ADAUTO LEANDRO BATISTA DA SILVA (ESPÓLIO DE)** e Recorridos **RUBENS ADEMIR MENDES DOS SANTOS** e **SUZEMAR PIMENTEL DE SOUZA**.

1. RELATÓRIO

Inconformada com a r. sentença de fls. 151/158, complementada pela decisão resolutiva de embargos de fl. 165, que acolheu parcialmente os pedidos, recorre a parte Autora.

Através do recurso ordinário de fls. 168/176, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes itens: a) contrato de trabalho; b) valor reconhecido como salário; c) verbas rescisórias; férias e gratificação natalina; FGTS; d) horas extras e reflexos; e e) indenização por ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias.

Contrarrazões apresentadas pelos Réus, em conjunto, às fls. 180/187.

Em conformidade com o art. 20 e incisos da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, os presentes autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho.

2. FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do recurso ordinário interposto, assim como das respectivas contrarrazões.

PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO CONTRATO DE TRABALHO. OBJETO ILÍCITO

O Juízo "a quo" reconheceu o vínculo de emprego entre as partes, deferiu verbas trabalhistas e determinou a expedição de ofícios à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal (em face da prática de ilícito pelos Réus), aos seguintes fundamentos (fls. 154/155 e 158):

"(...)

Uma vez constatada a existência dos elementos característicos do contrato de trabalho (CLT, art. 3º), resta saber se tal contrato é capaz de surtir efeitos jurídicos, posto alegado pelos réus a ilicitude da prestação de serviços.

Importante ressaltar que atividade desempenhada pelo de cujus não se confundia com a atividade-fim dos empregadores, uma vez que aquele somente realizava o transporte das mercadorias comercializadas pelos demandados.

Veja-se há nítida dissociação entre o labor prestado pelo de cujus e o núcleo da atividade ilícita dos réus (venda de mercadorias).

Assim, certo o serviço prestado não estava diretamente entrosado com o núcleo da atividade ilícita, não pode ser tido como ilícito, para fins trabalhistas.

Observe-se a tarefa realizada pelo de cujus, por si só, não atentava contra a ordem social ou os bons costumes, já que sua atividade não era ligada, senão indiretamente, à finalidade do empreendimento.

Diante do exposto, mister o reconhecimento da validade do liame laboral entre os litigantes no período compreendido entre 01-06-05 a 15-12-07 (veja-se o autor não se desincumbiu do ônus de demonstrar o período alegado na inicial, já que a testemunha ouvida a seu convite, afirmou ter trabalhado com o de cujus 'de meados de 2005 a meados de 2006'), tendo o obreiro desenvolvido a função 'motorista', com remuneração mensal no importe de um salário mínimo (também improvada a média salarial noticiada pelo demandante, acato a tese defensiva, no particular).

(...)

Face à evidente prática de ato ilícito perpetrado pelos réus, oficie-se a Polícia Federal de Cascavel e o Ministério Público Federal de Cascavel, no prazo de cinco dias, independente do trânsito em julgado desta decisão, para apuração das infrações penais e providências legais reputadas cabíveis, com cópia integral destes autos."

Com o devido respeito ao entendimento do Juízo primeiro, mas a r. sentença merece reforma.

Na exordial a parte Autora (Espólio de Aduino Leandro Batista da Silva) alegou que foi admitida em 05.04.02, na função de comerciário ("*Os reclamados são prósperos comerciantes na cidade de Cascavel e Região, com o trabalho do autor e de seus colegas, tornaram-se mais afortunados, o autor trabalhava na atividade fim dos reclamados, como comerciário, realizando compras, vendas, entregas e transporte, muitas vezes exercendo também a função de Motorista*" - fl. 05), com rescisão contratual, por falecimento, em 15.12.07. Pleiteou o reconhecimento do vínculo de emprego, anotação na CTPS e o pagamento das verbas consectárias.

O primeiro Réu (Rubens Ademir Mendes dos Santos), em defesa, aduziu a prática de **atividade ilícita**, mas negou que fosse empregador do Autor, pois trabalha como "sacoleiro", realizando compras e vendas de produtos importados dos países vizinhos Paraguai e Argentina. Afirmou que o Reclamante também exercia a mesma atividade, de forma autônoma (fls. 35/37).

A segunda Ré (Suzemar Pimentel de Souza), por sua vez, alegou que inexistiu vínculo empregatício com o Autor, bem como que improcede o pedido de sua condenação solidária, pois ausente qualquer relação comercial ou societária com o primeiro Réu. Salientou que apenas tem uma filha em comum com o primeiro Reclamado, fruto de casamento dissolvido há mais de dez anos. Aduziu que não é comerciante, mas enfermeira instrumentadora, e que as atividades desenvolvidas pelo primeiro Réu são de "sacoleiro", ou seja, **comércio ilegal** de produtos do país vizinho Paraguai (fls. 53/60) .

Frisem-se os seguintes documentos acostados aos autos:

* fls. 83/86: Auto de Apreensão e Guarda Fiscal da Receita Federal, datado de 12.12.05, de produtos (equipamentos de informática) no valor de R\$ 27.873,25, onde consta como preposto da segunda Ré (Suzemar) o Autor (vez que conduzia o veículo que transportava as mercadorias);

* fls. 87/92: Auto de Infração da Receita Federal, datado de 17.08.06, em que o Autor sofreu apreensão de mercadorias no valor de R\$ 157.651,77;

* fls. 147/150: declarações unilaterais juntadas pela parte Autora, impugnadas pelos Réus somente quanto a não confirmarem indício de vínculo de emprego entre as partes (fl. 128), com os seguintes conteúdos:

- declaração de Rosemar dos Reis:

"(...)

Trabalhei com o Sr. Rubens por um ano, de meados de 2005 a meados de 2006, na função de motorista de um caminhão, sem CTPS anotada, sempre adiando registro, pois o nosso patrão dizia que logo iria registrar sua empresa, que o nosso trabalho iria ser legalizado; Quando ingressei o Adauto já laborava lá, segundo informações por muitos anos, e trabalhou até o dia da sua morte, quando estava em serviço, entre a cidade de Guaira e Marechal Candido Rondon.

O nosso trabalho consistia no transporte de mercadoria do Paraguai, tudo comercializado pelo Sr. Rubens, em grande montante, valores que a vezes ultrapassava R\$ 200.000,00, eu mesmo muitas vezes levei em dólares para o Paraguai valores em torno de U\$ 50.000,00, percebia salário fixo de R\$ 1.000,00 e mais comissões que variava de R\$ 300,00 até R\$ 800,00, variando meu salário de R\$ 1.300,00 até R\$ 2.000,00, o mesmo valor médio recebia o Adauto que trabalhava com veículo pequeno.

A nossa equipe era composta por mim, pelo Adalto, Rosimar, Mauro, André, Marcelo, Anderson e Mauro Pertile e mais o Sr. Rubens que sempre acompanhava as viagens, e em nossa ida a Foz do Iguaçu, costumava vir na frente de nós, sem transportar mercadorias. Transportávamos normalmente materiais eletrônicos e de informática dos mais diversos e de grande valor.

Como dito trabalhei com um caminhão, quando deixei soube que fora apreendido, depois o Rubens comprou mais dois que também fora apreendido, tenho conhecimento ainda que após minha saída houve apreensão de mercadorias de R\$ 30.000,00 e de até R\$ 150.000,00

O Adauto várias vezes fora preso, com o Sr. Rubens pagando-lhe as fianças, sendo este solto após alguns dias e voltando ao trabalho.

(...)." (grifos acrescidos).

- declaração de Siderlene Aparecida Raimunda Alves da Silva:

"(...)

Era vizinha do Adauto, de sua esposa e até da sogra e mãe da esposa, e constatei que o Adauto era visitado constantemente pelo Sr. Rubens e mais colegas de trabalho, tendo o Sr. Rubens a postura de chefe, dono do negócio.

Via o Adauto e colegas recebendo ordens do Sr. Rubens; também por algum tempo a mercadoria ficava no fundo da casa do Adauto, com Aluguel pago pelo Sr. Rubens.

Trabalhava todos os dias, exceto em alguns domingos, ou no depósito ou em viagens.

Tive contato pessoal com Rubens, Adauto e outros colegas, como o André e Rosemar e mais alguns.

Veículos vi muitos por ali como caminhão, e mais veículos pequenos, e pelo que sei eram de propriedade do Sr. Rubens.

O depósito nos fundos da Casa do Adauto funcionou por pequeno período, talvez um ano, mas o Rubens comparecia por lá desde 2002 até o falecimento do seu empregado.

(...)." (grifos acrescidos).

3 declaração de Luiz Fernando Scheidt:

"(...) nossa empresa fora contratada para executar trabalhos a cerca de uma apreensão de mercadorias, notadamente informática, onde era condutor a pessoa que passou a ser nosso cliente Sr. Hilário, ocorrida no Posto Policial na cidade de Santa-Fé, em processo que tramitou na Vara Federal da cidade de Paranavaí, e para acertar o contrato de honorários com a nossa empresa, compareceu três pessoas o Sr. Rubens, Anderson e Adauto, mas ficou bem claro para mim que o patrão destes dois e mais o Hilário era o Sr. Rubens, quem fora que acertou pelos serviços e realizou o pagamento combinado para atendimento na Polícia Federal.

O trabalho apenas consistiu na liberação do Sr. Hilário do Flagrante do Crime de Descaminho perante a fase policial, pois a mercadoria de grande monta, mais de R\$. 80.000,00 ficara apreendida juntamente com um caminhão cargo.

(...)." (grifos acrescidos).

Referidos documentos demonstram contornos de que o objeto do contrato de trabalho entre as partes configurou, em tese, crime previsto na legislação penal.

Saliente-se que a própria parte Autora, ao impugnar as defesas dos Réus, não negou a ilicitude das atividades que desenvolvia junto com os Reclamados, evidenciando que tinha conhecimento de que eram ilegais, pois atendia ao "negócio empresarial" dos Réus (fl. 94):

"(...)

Os Reclamados até admitem a prestação de serviços por parte do Autor, porém alegam que fora de forma esporádica e aleatória vez que, na versão dos Reclamados, o Autor servia-se da condição de exercer as funções de comprista de produtos adquiridos no Paraguai e Argentina, mais conhecida como 'sacoleiro' e, nesse mister teria adquirido também alguns produtos para o primeiro Reclamado que sobrevive deste ramo de comércio.

Conforme denunciado na exordial, no período de abril de 2002 a dezembro de 2007, ou seja, por mais de um lustro, o Reclamante prestou serviços aos Reclamados, nas diversas atividades que atendiam aos interesses comerciais destes.

(...)

Os Reclamados, talvez por recearem as consequências de suas declarações inseridas nas defesas apresentadas, alegam que o Reclamante 'de cujus' era quem praticava a atividade

considerada ilícita de efetuar compras nos países vizinhos e as revender no Brasil. No entanto, o Reclamante nada mais fazia que atender às necessidades do verdadeiro negócio empresarial praticado pelos Reclamados que ainda se mantém nessa atividade, e até conseguiram amedilhar um bom patrimônio e ostentar uma condição financeira favorável, bem acima da média brasileira, às custas do trabalho prestado inclusive pelo Reclamante na forma descrita na vestibular.
(...). " (grifos acrescidos).

Vejam os a prova oral colhida.

A testemunha ouvida a convite da parte Autora, Sr. André Luiz Becker, disse

(fls. 128/129):

"1) depoente e autor faziam retirada e transporte de mercadorias adquiridas pelo 1º réu no Paraguai; 2) que tais mercadorias eram transportadas até Cascavel em veículos de propriedade do 1º réu tanto pelo depoente como pelo autor, sendo que viajavam em conjunto mas em veículos separados; 3) que as viagens ocorriam em quase todos os dias da semana, exceto no domingo; reperfuntas do(a) reclamante: 4) ao que o depoente sabe o 1º réu tinha uma sociedade de fato com Paula, sendo que esta última possuía os clientes para os quais fazia as vendas, sendo o 1º réu responsável pelo transporte das mercadorias vendidas; 5) que geralmente o 1º réu acompanhada as viagens, como 'batedor'; 6) que na época em que depoente e autor prestavam serviços para o 1º réu, este último e a 2ª ré moravam juntos; reperfuntas do(a) 1º reclamado(a): 7) que o depoente prestou serviços na forma antes mencionada de meados de 2005 a meados de 2006; 8) que o depoente utilizava vários veículos na viagem tais como Corsa Sedan, Fiesta, Palio, sendo que afirma que o documento de um deles constava como proprietário a 2ª ré; 9) que depoente e autor transportavam equipamentos de informática e eletrônico; 10) que normalmente depoente e autor traziam as mercadorias até Cascavel, sendo que a maioria era embalada e encaminhada para outros destinos; 11) que durante o período de prestação de serviços do depoente sempre foi acompanhado pelo autor; 12) que o autor foi detido com mercadorias do 1º réu, mas nunca com mercadorias próprias; 13) que a residência dos réus era no centro, mas o depoente não se recorda o nome da rua. Nada mais." (grifos acrescidos).

A testemunha ouvida a convite do primeiro Réu, Srª. Anna Paula Carvalho Paulino, afirmou (fl. 129):

"1) a depoente conheceu o 'de Cujus' e o 1º réu que faziam compras em estabelecimento onde trabalhava no período compreendido entre 2000 a 2006; 2) a depoente alega que o 'de Cujus' e o 1º réu sempre estavam juntos, mas não sabe se as mercadorias apanhadas pelo demandante tinham sido compradas pelo Sr. Rubens; 3) que a depoente nunca manteve parceria com o 1º réu ou mesmo com o autor, sendo que limitava-se a realizar as vendas, esclarecendo que as notas eram emitidas em nome de clientes diversos e não em nome do autor ou 1º réu, sendo que

ambos somente apanhavam e transportavam as mercadorias; reperguntas do(a) 1º reclamado(a): 4) que a depoente não presenciou o 1º réu dando ordens ao autor; 5) que a depoente também presenciou a testemunha anteriormente ouvida apanhando mercadorias no Paraguai, mas não na loja em que vendia; 6) que a depoente se lembra de certo lapso de tempo em que o autor não compareceu no Paraguai, mas não se recorda quando aconteceu o fato. Nada mais" (grifos acrescidos).

A testemunha ouvida a convite da segunda Ré, Srª. Nedir Godoes Constantin, afirmou (fls. 129/130):

"1) a depoente fez faculdade com a 2ª ré de 2002 até o final de 2006, quando a senhora Suzemar comentava que era separada, não sabendo a depoente se formalmente ou não; 2) que a Srª Suzemar comentava com a depoente que morava sozinha com sua filha, sendo que a depoente nunca foi até a casa da autora no período da faculdade. Nada mais".

O conjunto probatório fartamente comprova que as atividades exercidas pelo Reclamante e Reclamados eram proibidas pela lei, configurando, em tese, ilícito criminal praticado contra a Administração em geral, previsto no art. 334 do Código Penal, mais especificamente o descaminho:

"Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem:

(...)

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

(...)." (grifos acrescidos).

As provas contidas nos autos revelam que as atividades objeto do

contrato de trabalho informam efetiva lesão a bem jurídico protegido pelo Direito Penal, pois o trabalho da parte Autora compunha, em tese, tipo legal penal. A afronta a bem social proeminente (protegido pelo Direito Penal, repise-se) pelo trabalho exercido pelo "de cuius" implica sua desconsideração frente a princípios de direito público, em face da segurança da sociedade.

Frise-se que a atividade ilícita comprovada não se limitou à figura do "sacoleiro", onde o descaminho refere-se a objetos de pequeno valor para comércio, marcado pelo princípio da insignificância penal e que foi, inclusive, regularizado pela Lei nº 11.898/09 e Decreto nº 6.956/09 (o art. 3º, III, restringe a importação de mercadorias a R\$ 110.000,00 por ano). Porém, na hipótese presente, o "de cuius", além de transportar mercadorias originadas do Paraguai, de grande valor (que ultrapassavam R\$ 200.000,00), chegou a estocá-las nos fundos de sua casa, e também as vendia e entregava, tendo sido preso por várias vezes.

Verificada a questão da ilicitude do objeto do contrato de trabalho, vinculada à possibilidade jurídica do pedido, passa-se a analisá-la de ofício, na forma do § 3.º do art. 267 do CPC ("Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: (...) § 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI ("quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;"))).

O reconhecimento do vínculo de emprego exige o preenchimento dos requisitos elencados no art. 3º da CLT. No entanto, saliente-se que a sua validade contratual condiciona-se à capacidade do agente, à licitude do objeto e à forma prescrita ou não defesa por lei, conforme disposto no art. 104 do Código Civil:

"Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei." (grifos acrescidos).

A ilicitude do objeto, outrossim, ocasiona a nulidade do contrato, conforme disposto no art. 166 do Código Civil:

**"Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
IV - não revestir a forma prescrita em lei;
(...)." (grifos acrescentados).**

O presente caso não trata de trabalho proibido ou irregular, mas ilícito e, portanto, eivado de nulidade o contrato. Frise-se que ilícito é o trabalho que constitui tipo penal ou concorre para ele, enquanto que irregular ou proibido é aquele que desrespeita a norma imperativa proibitória, como, por exemplo, na hipótese de labor por menor de 16 anos. Deste modo, no trabalho irregular prevalece o interesse individual, enquanto que, no trabalho ilícito, sobressai o interesse público.

Nas atividades proibidas ou irregulares, embora o ato jurídico seja anulável, produz efeitos jurídicos. Outrossim, se o labor prestado é ilegal e o empregado tem consciência da sua ilicitude, como ocorreu no presente caso, inexistente contrato de trabalho válido, e, portanto, nenhum efeito jurídico dele decorrerá.

A respeito da nulidade absoluta do contrato de trabalho em face do elemento essencial - objeto, observa o jurista José Affonso Dallegrave Neto:

"Quanto ao objeto ilícito:

Neste quadrante os efeitos irão variar conforme a análise de cada caso concreto. Os parâmetros valorativos são exatamente aqueles extraídos dos princípios trabalhistas da nulidade: proteção ao empregado, boa-fé, conservação da eficácia mínima, não locupletamento e razoabilidade.

José Augusto Rodrigues Pinto apresenta critério eficiente ao qual aderimos e pedimos venia para transcrevê-lo de forma sucinta:

1º caso: o empregado desconhece a atividade ilícita (vg.: contrabando) e para ela não contribui diretamente (...pois trabalha no balcão do comércio);

2º caso: o empregado conhece a atividade ilícita (contrabando) e para ela não contribui diretamente (...pois apenas faz a limpeza do recinto onde se realiza);

3º caso: o empregado conhece a atividade de contrabando e para ela contribui diretamente (...pois entabula os negócios respectivos).

Na primeira situação, embora a nulidade exista e deva ser declarada, o empregado se coloca na mesma posição analisada, quanto ao aspecto da incapacidade, isto é, nenhuma retroação deve ser considerada para prejudicá-lo.

Na segunda conjuntura, deve preservar-se da retroação apenas a contraprestação salarial, correspondendo diretamente à energia

utilizada pelo empregador, visto ter sido passiva a postura do empregado e não contributiva, diretamente, para o resultado ilícito do empreendimento.

Na terceira ocorrência, em que o empregado assumiu uma postura ativa e contribuiu diretamente com sua energia para o resultado ilícito do empreendimento, deve aplicar-se inteiramente a retroatividade oriunda da teoria civil das nulidades, pois nem mesmo os mais altos princípios de Direito podem levar ao reconhecimento de efeitos de atos anti-sociais, cujo resultado foi querido pelo sujeito.'

Adaptando tais casuísmos àqueles princípios antes esposados, pode-se dizer que no '1º caso' houve boa-fé do empregado que, por esse motivo, não poderá ser penalizado. Aplicação do princípio de proteção ao trabalhador, ao trabalho e ao salário e da vedação ao locupletamento do empregador que se utilizou do trabalho do empregado. O contrato mesmo nulo será, neste caso, eficaz, vez que os efeitos trabalhistas desejados pelas partes foram alcançados.

Caso seja impossível reconhecer-se o vínculo de emprego (caso em que a ilicitude penal alcança ou se confunde com toda a pessoa jurídica da empresa), os direitos trabalhistas serão devidos na forma de indenização. Tal situação ensejará o reconhecimento de contrato nulo e ineficaz, porém com *conseqüências jurídicas*, qual seja, a indenização que colima reparar o dano do empregado. A despeito de ser equivalente aos direitos trabalhistas, a indenização é vista não como efeitos próprios do contrato, mas *impróprios*. Até porque não dá para imaginar que as partes 'desejavam a reparação do dano'. Portanto, nesta situação não há contrato eficaz (efeito próprio), mas ineficaz com *conseqüências jurídicas* (efeitos impróprios).

No '2º caso', prevaleceram principalmente os princípios da conservação e eficácia máxima do contrato e do não enriquecimento ilícito do agente criminoso (vg: contrabandista), dando-lhe solução proporcional (princípio da razoabilidade). Aqui sequer se reconhece o vínculo de emprego, mas uma indenização equivalente aos salários. Uma vez mais teremos, então, contrato nulo e ineficaz, com a produção de efeitos impróprios. As ditas *conseqüências jurídicas* se traduzem aqui na indenização cabível ao obreiro.

No '3º caso', estando ausente a boa-fé do empregado que participava diretamente do ilícito criminal, nenhum dos princípios protetivos foi aplicado. Ao contrário, impôs-se aqui o efeito *ex tunc* da nulidade. Contrato nulo, ineficaz e sem *conseqüências jurídicas*." (Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural. São Paulo: LTr, 1998. pp. 171/173) (grifos acrescidos).

Destaquem-se os seguintes trechos de voto do Ministro Milton de Moura França, ao analisar a questão do vínculo de emprego abrangendo atividades de "jogo do bicho":

"O argumento de que, mesmo sendo ilícita a atividade desenvolvida pelo patrão, existe a relação de emprego, é, com a *maxima venia*, equivocado. Sabido que o contrato de trabalho é bilateral, e que o empregador deve ser a empresa, individual ou coletiva, que explora

atividade econômica, que só pode ser lícita, é inadmissível que, no pólo da relação de trabalho, possa existir prestador de serviços legalmente amparado pela lei, quando seu beneficiário é um contraventor.

Se prevalecer o referido entendimento, não será difícil, em futuro não muito distante, em face das enormes dificuldades econômico-financeiras de grande parcela de pessoas desempregadas neste País, de se proclamar o vínculo de emprego com 'passadores de drogas', com os pequenos vendedores de pássaros silvestres, etc.

O jogo de bicho, típica contravenção, assim como o tráfico de drogas e a venda de pássaros nativos, são ontologicamente ilícitos penais e, portanto, alijados do mundo jurídico como geradores de direitos, mas não de responsabilidade penal, tanto para o prestador do serviço, como para seu tomador." (Processo: RR - 120500-38.2002.5.06.0906 Data de Julgamento: 05/02/2003, Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 21/02/2003).

Oportunas também as lições do Ministro Maurício Godinho Delgado:

"A ordem jurídica somente confere validade ao contrato que tenha objeto lícito. O Direito do Trabalho não destoa desse critério normativo geral. Enquadrando-se o labor prestado em um tipo legal criminal, rejeita a ordem justralhista reconhecimento jurídico à relação socioeconômica formada, negando-lhe, desse modo, qualquer repercussão de caráter trabalhista. Não será validado, pois, contrato laborativo que tenha por objeto trabalho ilícito.

(...)

É o que se passaria com o chamado 'trabalho ilícito'. Aqui, ou não existe efetivo trabalho (à luz da perspectiva constitucional, que enfoca o labor como a produção de bens e serviços sob a ótica social) ou há um trabalho que conspira francamente contra o interesse público, não merecendo, a qualquer fundamento, proteção qualquer da ordem jurídica." (DELGADO. Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 501).

Sobre a validade do contrato de trabalho, Sergio Pinto Martins

observa:

"Para a validade do contrato de trabalho, como qualquer outro jurídico, requer-se agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC). Será considerado nulo o ato jurídico quando for ilícito ou impossível seu objeto (art. 166, II, do CC).

(...)

Inexistirá contrato de trabalho entre trabalhador e cambista de jogo do bicho ou de outras atividades ilícitas previstas em lei, como contravenções penais, e é nulo de pleno direito o ato praticado que não produz nenhum efeito no mundo jurídico. O próprio trabalhador não poderá dizer que desconhecia a ilicitude da atividade do tomador de serviços, pois 'ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que

não a conhece' (art. 3.º da LICC)." (MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 113).

Indene de dúvidas que a relação que se estabeleceu entre a parte Autora e os Reclamados foi decorrente de atividade ilícita, vez que o objeto do contrato de trabalho, antijurídico, em tese poderia ser enquadrado como o descaminho, tipificado na legislação penal como crime, conforme previsto no art. 334 do Código Penal. Assim, nulo o contrato de trabalho cuja prestação de serviços está vinculada à exploração de atividade ilegal, impossibilitando guarida por esta Justiça Especializada.

Trata-se, no caso, de situação análoga à das atividades de "jogo do bicho", segundo entendimentos jurisprudenciais:

"RECURSO DE REVISTA. ATIVIDADE ILÍCITA. JOGO DO BICHO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A decisão regional de reconhecimento de vínculo empregatício entre as partes, a despeito da constatação da ilicitude das atividades desempenhadas pela Reclamada, que promove jogo do bicho, diverge do entendimento consolidado por esta Corte na Orientação Jurisprudencial nº 199 da SBDI-1 desta Corte. Registrada a ilegalidade do objeto pactuado, é nulo o contrato de trabalho daquele que desempenha atividades relacionadas ao jogo do bicho. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento." (Processo: RR - 189200-75.2006.5.06.0017 Data de Julgamento: 24/02/2010, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 05/03/2010)

"RECURSO DE REVISTA. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. Para a validade do contrato de trabalho, como qualquer ato jurídico, além do agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, há que se observar à licitude do seu objeto (art. 104 do Novo Código Civil), posto que o não atendimento desse requisito enseja a nulidade do ato, tal como previsto no inciso II do art. 166 do Novo Código Civil Brasileiro. Aplicação da OJ nº 199. Recurso de revista conhecido e provido para extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil, dada a impossibilidade jurídica do pedido." (Processo: RR - 159700-50.2003.5.12.0033 Data de Julgamento: 04/03/2009, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 20/03/2009)

"RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE TRABALHO. OBJETO ILÍCITO. JOGO DO BICHO. O contrato de trabalho deve observar as regras de validade do ato jurídico previstas nos artigos 104 e 166 do Código Civil. Daí não há como se conferir validade ao contrato cujo objeto é ilícito, conforme dispõe o art. 58 da Lei de Contravenções Penais. Aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 199 da SDI-1 desta C. Corte. Recurso de revista conhecido e provido." (TST-RR-

1463/2003-001-06-00.3, 5.ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 17/02/2006).

Em face do exposto, a ilicitude do objeto do contrato de trabalho implica impossibilidade jurídica do pedido:

"Proposta ação trabalhista para reconhecimento de relação de emprego em atividade ilícita, principalmente em casos que envolvem jogo do bicho, o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC) e falta de interesse processual do autor de postular em juízo (art. 3.º do CPC), em virtude da ilicitude do objeto do contrato de trabalho, pois este deve observar a moral, a ordem pública e os bons costumes, como deve ocorrer em qualquer ato jurídico." (MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 114).

Reforma-se a r. decisão primeira para declarar, de ofício, a carência da ação, decorrente da impossibilidade jurídica do pedido, e declarar extinto o processo sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

Considerando o objeto ilícito do contrato de trabalho, **afasta-se** a justiça gratuita deferida pelo Juízo primeiro.

Reitera-se, outrossim, a determinação do Juízo "a quo" de oficiar-se à Polícia Federal de Cascavel e ao Ministério Público Federal de Cascavel, para apuração de eventuais infrações penais e providências legais reputadas cabíveis, com cópia integral destes autos, vez que não cumprida no primeiro grau.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE AUTORA**, assim como das respectivas contrarrazões. No

mérito, por igual votação, **DECLARAR DE OFÍCIO**: a) a carência da ação, decorrente da impossibilidade jurídica do pedido; e b) a extinção do processo sem resolução de mérito, conforme disposto no art. 267, VI, do CPC, nos termos da fundamentação. Sem divergência de votos, **DETERMINAR** seja oficiado à Polícia Federal de Cascavel e ao Ministério Público Federal de Cascavel para apuração de eventuais infrações penais e providências legais cabíveis, com cópia integral destes autos, independentemente do trânsito em julgado.

Custas invertidas, pela parte Autora, no valor de R\$ 310,00 (trezentos e dez reais), calculadas sobre o valor dado à causa, de R\$ 15.500,00 (quinze mil e quinhentos reais).

Intimem-se.

Curitiba, 06 de julho de 2010.

UBIRAJARA CARLOS MENDES
DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRABALHO
RELATOR