



TRTPR

ESCOLA JUDICIAL

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região



Justiça do Trabalho:

DECRETO-LEI N. 3.229 – DE 30 DE ABRIL DE 1941. Dispõe sobre o processo para o julgamento dos processos referentes à legislação de trabalho e a questões de previdência social, antes de decididos ou remetidos à data da instalação da Justiça do Trabalho, e outras providências. O Presidente da

70

ANOS

de Justiça Social.

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

é de circulação dirigida as instituições voltadas
à área jurídica e afins, no Brasil e no Exterior:

- A ANAMATRA – BRASÍLIA
- AMATRA IX – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO – 9ª REGIÃO
- BIBLIOTECA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – BRASÍLIA
- BIBLIOTECA NACIONAL – RIO DE JANEIRO – RJ
- CÂMARA DOS DEPUTADOS – BRASÍLIA
- CASA CIVIL – CURITIBA
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO – RIO DE JANEIRO
- ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL
- FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA – CURITIBA
- FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – CURITIBA
- FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO PARANÁ – CURITIBA
- INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO PARANÁ – CURITIBA
- MINISTÉRIO DO TRABALHO – BRASÍLIA
- NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA – UTP – CURITIBA
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – BRASÍLIA
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE CURITIBA
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA-PUC – CURITIBA
- PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO – BRASÍLIA
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – BRASÍLIA
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – BRASÍLIA
- TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO (23 REGIÕES)
- TRINUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 2ª REGIÃO – PR
- UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ – CURITIBA
- UNIVERSIDADES FEDERAIS – BRASIL
- UNIVERSIDADES ESTADUAIS – BRASIL

EXTERIOR

- FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES – ARGENTINA
- FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA-UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA – ITÁLIA
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO – CHILE
- UNIVERSIDAD COMPLUTENSE – MADRID-ESPAÑA
- LIBRARY OF CONGRESS – WASHINGTON, EUA
- UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA – MONTEVIDEO - URUGUAY
- ILO-INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – OIT – GENEBRA
- FACULDADE DE DIREITO-UNIVERSIDADE DE LISBOA = PORTUGUAL

**REVISTA
DO TRIBUNAL
REGIONAL
DO TRABALHO
DA 9ª REGIÃO**

DOCTRINA

**Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário -
CRB9/546 Diretora do Serviço de Biblioteca e Jurisprudência**

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região/Tribunal Regional
do Trabalho 9ª Região /Escola Judicial.

v. 1, n. 1, 1976. - Curitiba, 1976 --

Semestral até o v.16, n.2, 1991.

Anual a partir do v.17, n.1, 1992.

Semestral a partir do v.21, n.1, 1996 até o v. 26, n. 2, 2001

Semestral com numeração contínua a partir do ano 27 n. 47, 2002

Edição Comemorativa de 2003, v. 28, nº 50, somente em CD-ROM

Anual a partir do v. 39, n.70, 2013

ISSN-0100-5448

CCN-0685/7-8

1. Direito do Trabalho - Doutrina - Periódicos. 2. Direito - Doutrina -
Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região.

2.ed. CDU: 34:331(05)

CDD: 341.605

*Os artigos publicados são reproduções fiéis dos originais enviados
pelos autores.*

Capa: Fotografia da obra “**Mural do Trabalho**” executado pelo artista
plástico **Jairo Fernando Culau**, servidor do TRT-9ª Região, exposto na sede do
Tribunal Regional do Trabalho, em Curitiba.

Distribuição dirigida

Correspondência

periodico@trt9.jus.br

Av. Vicente Machado, nº 147

Edifício Administrativo - fone 3310-7464

CEP 80.420-010 - Curitiba – PR

APRESENTAÇÃO

O Direito do Trabalho, na concepção de Manuel Alonso Olea, “descansa sobre uma realidade social singular e diferenciada”, sobre uma “conduta da gente”, considerada diferente das demais na trama das relações sociais. Essa realidade é descrita como transcendental ou crítica e, justamente por se revelar diferenciada, fez surgir este ramo do Direito também diferenciado, em que emergem conflitos singulares e são identificados procedimentos de formalização e de composição também peculiares.

Os direitos assegurados aos trabalhadores, que no sistema jurídico brasileiro encontram-se minimamente estruturados no art. 7º da Constituição Federal de 1988, inserem-se no vasto conjunto dos direitos humanos e mais especificamente nos direitos fundamentais da pessoa. Se trabalhar é um dever moral de todo ser humano com capacidade produtiva, inclusive como resposta à sociedade de que faz parte e da qual depende, então se pode afirmar que seus direitos decorrentes do trabalho também são direitos de conotação moral, que decorrem do correspondente obrigacional moral do empregador.

Esse raciocínio remete ao campo da ética e da moral, em que se situa o trabalho humano e o próprio Direito. É por essa razão que o Direito não pode ser compreendido como uma “pura técnica” em qualquer de suas formas de solução de conflitos. Como discorreu Alain Supiot, o Direito sempre apresentou a singular função antropológica de interdição, função que também já foi atribuída às religiões, no sentido de refrear alguns riscos de abalo da convivência social por imposição da vontade individual. Nessa função, não pode ser reduzido a “pura técnica vazia de significado”. Ainda nas palavras de Alain Supiot, “seria insano querer fazer do Direito o instrumento de propagação de nossas convicções; mas é razoável esperar que os recursos de interpretação próprios da técnica jurídica nos evitem os tormentos do autismo, forçando-nos a ver a Justiça com o olhar dos outros”.

Essa visão antropológica de Direito, que lhe atribui a função de conseguir representação justa do mundo e que inspira a ver a Justiça com o olhar do outro tem movido o pensamento jurídico laboral a construir uma doutrina baseada na necessária verificação concreta da justiça e no funcionamento de um sistema socioeconômico justo.

Parte dessa doutrina compõe esta edição de nº 70 da Revista do TRT da 9ª Região (Ano 38). Os artigos aqui publicados transitam por temas marcados pela

generalidade dos conceitos, pela positivação de regras, pela pauta principiológica das formulações jurídicas, pela construção teórica dos direitos humanos, pelas práticas detectadas no espaço laboral e pelo tratamento destinado a alguns conflitos peculiares a este ramo do Direito. Em todos, detecta-se como panorama de fundo exatamente a visão do justo; em alguns, uma nítida perspectiva humanista e existencialista do Direito, que propõe a defesa das pessoas e de suas necessidades existenciais.

Nesta edição, o leitor será brindado com apropriada análise sobre alguns aspectos relevantes dos princípios gerais de Direito, em especial sua juridicidade e normatividade. No tema dos princípios, ainda, estudo sobre aqueles orientadores da Convenção Europeia de Direitos Humanos, entre os princípios convencionais e os jurisprudenciais, e no tema dos Direitos Fundamentais, o problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho.

Especificamente nas relações de trabalho, o leitor encontrará análise da continuidade do contrato sob a perspectiva do direito à reintegração ao emprego do empregado portador do HIV despedido de forma discriminatória e interessante estudo sobre a limitação do tempo de trabalho do ponto de vista da sustentabilidade humana, do direito à desconexão e do dano existencial. Por fim, a edição abre espaço para aprofundamento sobre o sistema das cooperativas de trabalho e seus impactos sobre o modelo tradicional de trabalho subordinado, sobre o amplo acesso à tutela jurisdicional à luz do benefício da gratuidade da justiça e sobre a possibilidade de considerar o princípio da reparação integral com a concessão de honorários de advogado na Justiça do Trabalho brasileira.

Com a presente edição, conclui-se mais uma etapa de uma das mais relevantes atribuições desta Escola Judicial, a de manter este espaço de criação e de difusão de conhecimento.

Com a íntima sensação de dever cumprido e satisfação pela realização dessa tarefa, agradeço a todos pela inestimável colaboração e desejo a todos os leitores preciosos momentos de crescimento pessoal e profissional.

Curitiba, 19 de novembro de 2013.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Diretora da Escola Judicial do TRT 9ª Região

INTRODUCTION

Labor Law, according to Manuel Alonso Olea, “rests on a unique and differentiated social reality” about a “conduct of the people”, which is considered different from all others in the web of social relations. This reality is described as transcendental or critical, and precisely for being differentiated it has given rise to this also differentiated area of Law, in which unique conflicts emerge, and equally unique formalization and composition procedures are identified.

The rights of workers - which under the Brazilian legal system are minimally structured in Article 7 of the Federal Constitution of 1988 - fall within the wide range of human rights, more specifically of the fundamental rights of the person. If working is a moral duty of every human being endowed with productive capacity, including as a response to the society to which they belong and on which they depend, then it could be said that their rights deriving from work are also moral rights stemming from the corresponding moral obligation of the employer.

This reasoning leads to the field of ethics and morality, in which human labor and Law itself are nestled. That is the reason why Law cannot be understood as a “pure technique” in any of its forms of conflict resolution. According to Alain Supiot, Law has always had the unique anthropological role of interdiction, a role that has also been attributed to religions so as to curb the risk that the imposition of individual will could affect social interactions. In this role, it cannot be reduced to a “pure technique void of meaning.” Still in the words of Alain Supiot, “it would be insane to want to turn Law into an instrument to propagate our beliefs, but it is reasonable to expect that the interpretation resources typical of the legal technique will avoid us the torments of autism by forcing us to see Justice through the eyes of others.”

This anthropological view of Law, which attributes it the role of ensuring a fair representation of the world and inspires us to see justice through the eyes of the other, has led the legal labor thought to build a doctrine based on the required concrete verification of justice and on the operation of a just socio-economic system.

Part of this doctrine makes up this No. 70 issue of the Journal of the Regional Labor Court of the 9th Region (Year 38). The articles published here cover topics marked by the generality of concepts, the positivization of rules,

the principiologic agenda of legal formulations, the theoretical construction of human rights, the practices identified in the work space, and the treatment afforded to some conflicts typical of this area of Law. In all of them the vision of justice is detected as the backdrop; some of them convey a clear humanistic and existentialist perspective of Law, which proposes the defense of individuals and their existential needs.

In this issue readers will be rewarded with an appropriate analysis of some relevant aspects of the general principles of Law, in particular its legality and normativity. The section on principles presents a study of the guidelines of the European Convention on Human Rights, among conventional and jurisprudence principles; and the section on Fundamental Rights discusses the problem of discrimination on grounds of origin in labor relations.

Specifically in labor relations readers will find an analysis of the continuity of contract from the perspective of the right to reintegration into employment of HIV positive employees fired on discriminatory grounds, in addition to an interesting study on the limitation of working time from the standpoint of human sustainability, the right to disconnect, and existential damage. Finally, the issue opens up space for a comprehensive discussion of the work cooperative system and its impact on the traditional dependent employment model, on full access to the courts in the light of the benefit of gratuity of justice, and on the possibility of considering the principle of full reparation with the payment of attorney's fees in Brazilian labor Courts.

This issue completes another phase of one of the most important tasks of this Judicial School, i.e., to preserve this space of creation and dissemination of knowledge.

With the deep feeling of accomplishment and satisfaction for having carried out this task, I thank you all for the invaluable collaboration and wish all readers precious moments of personal and professional growth.

Curitiba, November 19, 2013.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Director, Judicial School, Regional Labor Court of the 9th Region

PRESENTACIÓN

El Derecho del Trabajo, en la concepción de Manuel Alonso Olea, “reposa sobre una realidad social singular y diferenciada”, sobre una “conducta de las personas”, considerada diferente de las demás en la trama de las relaciones sociales. Esa realidad es descrita como trascendental o crítica y, justamente por revelarse diferenciada, hizo surgir esta rama del Derecho también diferenciada, en la que emergen conflictos singulares y son identificados procedimientos de formalización y de composición también peculiares.

Los derechos asegurados a los trabajadores, que en el sistema jurídico brasileño se encuentran mínimamente estructurados en el art. 7º de la Constitución Federal de 1988, se insieren en el vasto conjunto de los derechos humanos y más específicamente en los derechos fundamentales de la persona. Si trabajar es un deber moral de todo ser humano con capacidad productiva, inclusive como respuesta a la sociedad de la cual forma parte y de la cual depende, entonces se puede afirmar que sus derechos derivados del trabajo también son derechos de connotación moral, que derivan de la correspondiente obligación moral del empleador.

Este raciocinio remite al campo de la ética y de la moral, donde se encuentran el trabajo humano y el propio Derecho. Es por esta razón que el Derecho no puede ser comprendido como una “pura técnica” en cualquiera de sus formas de resolución de conflictos. Tal como discurió Alain Supiot, el Derecho siempre presentó la singular función antropológica de interdicción, función que también ya fue atribuida a las religiones, con miras a refrenar algunos riesgos de conmoción de la convivencia social por imposición de la voluntad individual. En esta función, no puede ser reducido a una “pura técnica vacía de significado”. También según las palabras de Alain Supiot, “resultaría insano querer convertir al Derecho en el (instrumento) de propagación de nuestras convicciones; pero es razonable esperar que los recursos de interpretación propios de la técnica jurídica nos eviten los tormentos del autismo, forzándonos a ver a la Justicia con la mirada de los otros”.

Esta visión antropológica de Derecho, que le atribuye la función de conseguir una representación justa del mundo y que inspira a ver a la Justicia con la mirada del otro ha movilizó al pensamiento jurídico laboral para construir una doctrina basada en la necesaria verificación concreta de la justicia y en el funcionamiento de un sistema socioeconómico justo.

Parte de esta doctrina compone esta edición, la nº 70 de la Revista del

TRT de la 9ª Región (Año 38). Los artículos aquí publicados transitan por temas caracterizados por la generalidad de los conceptos, por la positivación de reglas, por la pauta principiología de las formulaciones jurídicas, por la construcción teórica de los derechos humanos, por las prácticas detectadas en el espacio laboral y por el tratamiento destinado a algunos conflictos peculiares de esta rama del Derecho. En todas las ramas del Derecho, es detectada como telón de fondo exactamente la visión del justo; en algunas, una nítida perspectiva humanista y existencialista del Derecho, que propone la defensa de las personas y de sus necesidades existenciales.

En esta edición, el lector recibirá un análisis apropiado de algunos aspectos relevantes de los principios generales de Derecho, en especial su juridicidad y normatividad. En el tema de los principios, también, un estudio sobre los orientadores de la Convención Europea de Derechos Humanos, entre los principios convencionales y los jurisprudenciales, y en el tema de los Derechos Fundamentales, el problema de la discriminación en razón del origen en las relaciones de trabajo.

Específicamente en las relaciones de trabajo, el lector encontrará un análisis de la continuidad del contrato desde la perspectiva del derecho a la reintegración al empleo del empleado portador del VIH despedido de forma discriminatoria y un interesante estudio sobre la limitación del tiempo de trabajo desde el punto de vista de la sostenibilidad humana, del derecho a la desconexión y del daño existencial. Finalmente, esta edición abre un espacio para la profundización sobre el sistema de las cooperativas de trabajo y sus impactos sobre el modelo tradicional de trabajo subordinado, sobre el amplio acceso a tutela jurisdiccional a la luz del beneficio de la gratuidad de la justicia y sobre la posibilidad de considerar el principio de la reparación integral con la concesión de honorarios de abogado en la Justicia del Trabajo brasileña.

Con la presente edición, se concluye una etapa más de una de las más relevantes atribuciones de esta Escuela Judicial, la de mantener este espacio de creación y de difusión de conocimiento.

Con la íntima sensación de deber cumplido y la satisfacción derivada de la realización de esta tarea, agradezco a todos por la inestimable colaboración y deseo a todos los lectores preciosos momentos de crecimiento personal y profesional.

Curitiba, 19 de noviembre de 2013.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Directora de la Escuela Judicial del TRT 9ª Región

PRÉSENTATION

Dans la conception de Manuel Alonso Olea, le Droit du Travail « repose sur une réalité sociale unique et différenciée », sur la « conduite des gens », considéré comme différente des autres dans la trame des relations sociales. Cette réalité est décrite comme transcendante ou critique et pour s'avérer différenciée, fit surgir cette branche du droit également différenciée dans laquelle les conflits naturels émergent, puisque des procédures de formalisation et de composition aussi particulières sont identifiées.

Les droits accordés aux travailleurs dans le système juridique brésilien, à peine structurés à l'art. 7 de la Constitution Fédérale de 1988, s'insèrent dans le large ensemble des droits de l'homme, et plus particulièrement dans les droits fondamentaux de la personne. Si le travail est un devoir moral de chaque être humain portant capacité de production et sert notamment à répondre aux attentes de la société dont il participe et dépend, nous pouvons affirmer alors que leurs droits en vertu des droits du travail sont également droits de connotation morale et dérivent du correspondant moral obligatoire de l'employeur.

Ce raisonnement fait allusion au domaine de l'éthique et de la morale, où s'inscrit le travail humain et le droit lui-même. Pour cette raison, le droit ne peut pas être considéré comme étant une « pure technique » dans toute forme de résolution des conflits. Selon Alain Supiot, la loi a été toujours dotée de la singulière fonction anthropologique de l'interdit, fonction également attribué aux religions, afin d'enrayer le risque de miner la convivialité sociale par l'imposition de la volonté individuelle. Cette fonction ne peut pas se réduire « à une pure technique vide de sens ». Encore dans les mots d'Alain Supiot, « serait fou de vouloir faire du Droit le bon outil pour la propagation de nos croyances, mais il est raisonnable de s'attendre à ce que les ressources d'interprétation propres à la technique juridique nous évitent les tourments de l'autisme, nous obligeant à voir la justice selon le regard d'autrui ».

Ce point de vue anthropologique du Droit qui lui confère la fonction d'assurer une représentation juste du monde et inspire à voir la justice par le regard de l'autre a menée la pensée juridique du travail vers la construction d'une doctrine fondée sur la nécessaire vérification concrète de la justice et sur le fonctionnement d'un système socio-économique juste.

L'édition n° 70 du Journal du TRT de la 9^e région (année 38) est

composée par une partie de cette doctrine. Les articles ici publiés exposent des sujets marqués par la généralité des concepts, par la positivité des règles, par la liste des principes de formulations juridiques, la construction théorique des droits de l'homme, les pratiques identifiés dans l'espace de travail et par le traitement de certains conflits propres à ce volet du Droit. Dans tous les cas une toile de fond, exprimant exactement la vision du juste se détecte et dans certains cas, une claire perspective humaniste et existentialiste du Droit, proposant la défense des personnes et de leurs besoins existentiels.

Dans cette édition, le lecteur pourra jouir d'une analyse appropriée sur certains aspects relatifs aux principes généraux du Droit, en particulier la juridicité et la normativité. Au sujet des principes, il y a aussi une étude sur les principes directeurs de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, sur les principes conventionnels et jurisprudentiels, et dans la thématique des Droits Fondamentaux, le problème de la discrimination fondée sur l'origine des relations de travail.

En ce qui concerne les relations de travail, le lecteur trouvera une analyse de la poursuite d'un contrat selon la perspective du droit de réinsertion à l'emploi par l'employé porteur du VIH licencié de façon discriminatoire, ainsi qu'une intéressante étude sur la limitation du temps de travail du point de vue de la durabilité humaine, du droit à la déconnection et des dommages existentiels. Finalement, l'édition laisse place à l'approfondissement du système de travail coopératif et son impact sur le modèle traditionnel de travail subordonné, sur le large accès à la tutelle juridictionnelle, à la lumière de la prestation de gratuité de la justice et sur la possibilité de considérer le principe de réparation intégrale et de la subvention des frais d'avocat par la Justice du Travail brésilienne.

Par la présente édition, s'achève une étape d'une des plus importantes attributions de cette École Judiciaire, celle de garder cet espace de création et de diffusion de connaissances.

Ayant le sentiment intime d'accomplissement et de satisfaction pour l'accomplissement de cette tâche, je vous remercie tous pour la précieuse collaboration. Je souhaite à tous les lecteurs des précieux moments de croissance personnelle et professionnelle.

Curitiba, le 19 Novembre 2013.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Directrice de l'École Judiciaire du TRT 9e région



CONSELHO ADMINISTRATIVO

Desembargadora Marlene T. F. Sugimatsu - Diretora

Desembargadora Ana Carolina Zaina - Vice Diretora

Juiz Paulo Henrique Kretschmar E Conti - Coordenador

Juiz Eduardo M. Baracat - Vice-Coordenador

Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert

Desembargador Arion Mazurkevic

Desembargador Cássio Colombo Filho

Juíza Valéria Rodrigues Franco Da Rocha

Juiz Rafael Gustavo Palumbo

Juiz Lourival Barão Marques Filho

Juiz Fabrício Nicolau Dos Santos Nogueira

Presidente da AMATRA – IX (Representante no Conselho)

Coordenação de Produção e Diagramação

Maria Cristina Navia Arzúa

TRIBUNAL PLENO

Desembargadora rosemarie diedrichs Pimpão - **Presidente** Desembargador Altino
Pedrozo dos Santos - **Vice-Presidente** Desembargador dirceu Buys Pinto Junior -
Corregedor

Desembargador Tobias De Macedo Filho
Desembargadora Rosalie Michael B. Batista
Desembargador Luiz Eduardo Gunther
Desembargador Ney José De Freitas
Desembargador Luiz Celso Napp
Desembargador Amor Lima Neto
Desembargadora Márcia Domingues
Desembargadora Fátima T. Loro Ledra Machado
Desembargadora Ana Carolina Zaina
Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu
Desembargadora Sueli Gil El Rafihi
Desembargador Ubirajara Carlos Mendes
Desembargador Sérgio Murilo Rodrigues Lemos
Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert
Desembargador Célio Horst Waldruff
Desembargador Marco Antônio Vianna Mansur
Desembargadora Eneida Cornel
Desembargador Arion Mazurkevic
Desembargador Benedito Xavier Da Silva
Desembargador Archimedes Castro Campos Júnior
Desembargador Edmilson Antonio de Lima
Desembargadora Neide Alves Dos Santos
Desembargador Ricardo Tadeu M. Da Fonseca
Desembargador Francisco Roberto Ermel
Desembargadora Adayde Santos Cecone
Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo
Desembargador Cássio Colombo Filho

Órgão Especial

Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão (*Presidente*)
Desembargador Altino Pedrozo Dos Santos (*Vice-Presidente*)
Desembargador Dirceu Buyz Pinto Junior (*Corregedor*)

Desembargador Tobias De Macedo Filho
Desembargadora Rosalie Michaela Bacila Batista
Desembargador Luiz Eduardo Gunther
Desembargador Ney José De Freitas (*)
Desembargador Luiz Celso Napp
Desembargador Arnos Lima Neto
Desembargadora Márcia Domingues
Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu
Desembargador Ubirajara Carlos Mendes
Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert
Desembargadora Eneida Cornel
Desembargadora Neide Alves Dos Santos

() Desembargador Ney José de Freitas – afastado para exercício da função de Conselheiro no Conselho Nacional de Justiça. Convocado na cedeira a Desembargadora Fátima Teresinha Loro Ledra Machado.*

Seção Especializada

Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão (*Presidente*)
Desembargador Altino Pedrozo Dos Santos (Vice-Presidente)

Desembargador Luiz Eduardo Gunther
Desembargador Luiz Celso Napp
Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu
Desembargador Célio Horst Waldraff (Presidente Da Se)
Desembargadora Eneida Cornel
Desembargador Arion Mazurkevic
Desembargador Benedito Xavier Da Silva
Desembargador Edmilson Antonio De Lima
Desembargador Ricardo Tadeu Marques Da Fonseca
Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo
Desembargador Cássio Colombo Filho

1ª Turma

Desembargador Célio Horst Waldruff
Desembargador Edmilson Antônio De Lima (Presidente)
Desembargadora Adayde Santos Cecone
Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo

2ª Turma

Desembargadora Ana Carolina Zaina
Desembargadora Marlene T. Fuverki. Sugumatsu (Presidente)
Desembargador Ricardo Tadeu Marques Da Fonseca
Desembargador Cássio Colombo Filho

3ª Turma

Desembargadora Fátima T. L. Ledra Machado
Desembargador Marco Antônio Vianna Mansur
Desembargador Archimedes C. Campos Júnior
Desembargadora Neide Alves Dos Santos (Presidente)

4ª Turma

Desembargador Luiz Eduardo Gunther
Desembargador Ney José De Freitas (*)
Desembargador Luiz Celso Napp (Presidente)
Desembargadora Márcia Domingues

() Desembargador Ney José de Freitas – afastado para exercício da função de
Conselheiro no Conselho Nacional de Justiça. Juiz Adilson Funez*

5ª Turma

Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert (Presidente)
Desembargadora Eneida Cornel
Desembargador Arion Mazurkevic
Juiz Ney Fernando Olivé Malhadas (Convocado)

6ª Turma

Desembargador Arnor Lima Neto
Desembargadora Sueli Gil El Rafihi
Desembargador Sérgio Murilo Rodrigues Lemos (Presidente)
Desembargador Francisco Roberto Ermel

7ª Turma

Desembargador Tobias De Macedo Filho
Desembargadora Rosalie Michael B. Batista (Presidente)
Desembargador Ubirajara Carlos Mendes
Desembargador Benedito Xavier Da Silva

Juízes titulares

01. Juíza Cláudia Cristina Pereira
02. Juíza Ilse Marcelina Bernardi Lora
03. Juiz Adilson Luiz Funez
04. Juiz Manoel Vinícius de Oliveira Branco
05. Juíza Gesyra Medeiros da Hora
06. Juiz Ney Fernando Olivé Malhadas
07. Juiz Carlos Henrique de Oliveira Mendonça
08. Juiz Luiz Alves
06. Juiz Sérgio Guimarães Sampaio
10. Juiz Irã Alves dos Santos
11. Juíza Odete Grasselli
12. Juíza Lisete Valsecchi Fávaro
13. Juiz Valdecir Edson Fossatti
14. Juíza Morgana de Almeida Richa
15. Juiz Aparecido Sérgio Bistafa
16. Juíza Rosírís Rodrigues de A . Amado Ribeiro
17. Juiz Reginaldo Melhado
18. Juiz Mauro César Soares Pacheco
19. Juíza Suely Filippetto
20. Juíza Silvana Souza Netto Mandalozzo
21. Juíza Janete do Amarante
22. Juiz Antonio Cezar Andrade
23. Juiz Eduardo Milléo Baracat
24. Juíza Lisiane Sanson Pasetti Bordin
25. Juiz Marcus Aurélio Lopes
26. Juiz Marcos Eliseu Ortega
27. Juíza Giana Malucelli Tozetto
28. Juiz Paulo da Cunha Boal
29. Juiz José Aparecido dos Santos
30. Juíza Ana Maria das Graças Veloso
31. Juiz José Eduardo Ferreira Ramos
32. Juíza Valéria Rodrigues Franco da Rocha
33. Juíza Ziúla Cristina da Silveira Sbroglío
34. Juiz Jorge Luiz Soares de Paula
35. Juiz Waldomiro Antonio da Silva
36. Juiz Sidnei Lopes
37. Juiz Bráulio Gabriel Gusmão
38. Juíza Patrícia de Matos Lemos
39. Juíza Sandra Mara Flügel Assad

Varas do Trabalho

- 22ª de Curitiba Francisco
- Beltrão 21ª de Curitiba 5ª de Londrina 5ª de Curitiba 23ª de Curitiba Irati 1ª de Maringá 8ª de Londrina 1ª de Umuarama Pinhais
- 3ª de Curitiba
- 11ª de Curitiba
- 15ª de Curitiba
- 18ª de Curitiba
- 14ª de Curitiba
- 6ª de Londrina
- 19ª de Curitiba
- 6ª de Curitiba
- 3ª de Ponta Grossa
- 16ª de Curitiba
- 1ª de Curitiba
- 9ª de Curitiba
- 2ª de Curitiba
- 5ª de Maringá
- 2ª de Colombo
- 1ª de Ponta Grossa Rolândia
- 17ª de Curitiba
- 7ª de Curitiba
- Pato Branco 13ª de Curitiba 4ª de Londrina
- Campo Mourão
- 1ª Colombo
- 1ª de Londrina
- 4ª de Curitiba
- 10ª de Curitiba
- 12ª de Curitiba

- | | |
|--|----------------------------|
| 40. Juíza Audrey Mauch | 1ª de São José dos |
| 41. Juiz Mauro Vasni Paroski | Pinhais 7ª de Londrina |
| 42. Juiz Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira | 8ª de Curitiba |
| 43. Juiz Daniel José de Almeida Pereira | 2ª de Londrina |
| 44. Juíza Ana Gledis T. Benatti do Valle | 2ª de São José dos |
| 45. Juiz Luiz Antonio Bernardo | Pinhais Nova Esperança |
| 46. Juiz Paulo Cordeiro Mendonça | 4ª de Maringá |
| 47. Juiz Carlos Martins Kaminski | 20ª de Curitiba |
| 48. Juiz Paulo Henrique Kretzchmar e Conti | 4ª de São José dos Pinhais |
| 49. Juiz Leonardo Vieira Wandelli | 5ª de São José dos Pinhais |
| 50. Juíza Ana Cristina Patrocínio H. Irigoyen | 3ª de Maringá |
| 51. Juiz José Mário Kohler | 1ª de Paranaguá |
| 52. Juíza Marieta Jesusa da Silva Arretche | 2ª de Guarapuava |
| 53. Juiz João Luiz Wentz | Laranjeiras do |
| 54. Juíza Adelaine Aparecida Pelegrinello Panage | Sul 2ª de Maringá |
| 55. Juíza Angela Neto Roda | 2ª de Araucária |
| 56. Juíza Sandra Mara de Oliveira Dias | 3ª de São José dos |
| 57. Juíza Márcia Frazão da Silva | Pinhais 1ª de Guarapuava |
| 58. Juíza Marli Gonçalves Valeiko | 2ª de Paranaguá |
| 59. Juiz Amaury Haruo Mori | 3ª de Londrina |
| 60. Juiz Fernando Hoffmann | Castro |
| 61. Juíza Susimeiry Molina Marques | 2ª de Umuarama |
| 62. Juíza Liane Maria David Mroczek | Arapongas |
| 63. Juíza Helena Mitie Matsuda | Cambé |
| 64. Juíza Ana Paula Sefrin Saladini | 1ª de Apucarana |
| 65. Juíza Cláudia Mara Pereira Gioppo | União da Vitória |
| 66. Juiz Bento Luiz de Azambuja Moreira | 2ª de Paranaguá |
| 67. Juíza Emília Simeão Albino Sako | 2ª de Cornélio Procópio |
| 68. Juiz Daniel Rodney Weidman | 3ª de Paranaguá |
| 69. Juíza Simone Galan de Figueiredo | 4ª de Ponta Grossa |
| 70. Juíza Ana Cláudia Ribas | 2ª de Ponta Grossa |
| 71. Juíza Luciane Rosenau Aragon | Telêmaco Borba 2ª |
| 72. Juiz Maurício Mazur | de Apucarana |
| 73. Juíza Edilaine Stinglin Caetano | Jaguariaíva |
| 74. Juiz James Josef Szpatowski | Wenceslau Braz |
| 75. Juíza Rosângela Vidal | Palmas |
| 76. Juiz Carlos Augusto Penteado Conte | Porecatu |
| 77. Juíza Flávia Teixeira de Meiroz Grilo | 3ª de Cascavel |
| 78. Juíza Angélica Candido Nogara Slomp | 3ª de Foz do |
| 79. Juiz Antonio Marcos Garbuio | Iguaçu Ivaiporã |
| 80. Patrícia Benetti Cravo | Bandeirantes |

81. Érica Yumi Okimura	1ª de Foz do Iguaçu
82. Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira	2ª de Foz do Iguaçu
83. Fabrício Sartori	Toledo
84. Sandra Cristina Zanoni Cembraneli	Jacarezinho
85. Silvana Aparecida Franz Pereira Giusti	Santo Antonio da
86. Graziella Carola Orgis	Platina 1ª Cascavel
87. Marcos Vinicius Nenevê	2ª Cascavel
88. Silvio Cláudio Bueno	Assis Chateaubriant
89. Ana Maria São João Moura	4ª Cascavel
90. José Márcio Mantovani	1ª de Cornélio Procópio
91. Luzivaldo Luiz Ferreira	Cianorte
92. Júlio Ricardo de Paula Amaral	Paranavaí

Juizes Substitutos

Exercício

01. Juíza Anelore Rothenberger Coelho	16.03.1998
02. Juíza Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira	13.10.1998
03. Juiz Cícero Ciro Simonini Júnior	21.10.2002
04. Juíza Gabriela Macedo Outeiro	22.11.2002
05. Juiz Pedro Celso Carmona	22.11.2002
06. Juíza Ariana Camata	13.06.2003
07. Juíza Cynthia Okamoto Gushi	07.07.2003
08. Juiz Luciano Augusto de Toledo Coelho	06.08.2004
09. Juiz Daniel Roberto de Oliveira	06.08.2004
10. Juiz Rafael Gustavo Palumbo	06.08.2004
11. Juiz Felipe Augusto de Magalhães Calvet	01.02.2005
12. Juíza Mariele Moya Munhoz	15.02.2005
13. Juiz Marcos Blanco	21.03.2005
14. Juiz Lourival Barão Marques Filho	28.03.2005
15. Juiz José Vinicius de Sousa Rocha	01.04.2005
16. Juiz Sandro Augusto de Souza	07.02.2006
17. Juiz Ronaldo Piazzalunga	10.02.2006
18. Juiz Alexandre Augusto Campana Pinheiro	13.09.2006
19. Juiz Kassius Stocco	13.09.2006
20. Juíza Tatiane Raquel Bastos Buquera	14.12.2006
21. Juíza Adriana Ortiz Mazzaro Vasco	27.02.2007
22. Juíza Vanessa Karam de Chueiri Sanches	03.04.2007
23. Juíza Flávia Daniele Gomes	03.04.2007
24. Juíza Karina Amariz Pires	03.04.2007

25. Juíza Kerly Cristina Nave dos Santos	03.04.2007
26. Juíza Ingrid Müzel Castellano Ayres Barreiros	03.04.2007
27. Juiz Humberto Eduardo Schimitz	03.04.2007
28. Juíza Cristiane Sloboda	03.04.2007
29. Juíza Luciene Cristina Bascheira Sakuma	03.04.2007
30. Juíza Paula Regina Rodrigues Matheus Wandelli	03.04.2007
31. Juíza Karla Grace Mesquita Izídio	01.06.2007
32. Juiz Daniel Corrêa Polak	23.10.2007
33. Juiz Fábio Alessandro Palagano Francisco	18.01.2008
34. Juíza Fernanda Hilzendegeer Marcon	18.04.2008
35. Juiz José Alexandre Barra Valente	18.04.2008
36. Juiz Giancarlo Ribeiro Mroczek	18.04.2008
37. Juíza Camila Campos de Almeida	18.04.2008
38. Juiz Fábio Adriano de Freitas	18.04.2008
39. Juiz Sidnei Claudio Bueno	18.04.2008
40. Juiz Márcio Antonio de Paula	18.04.2008
41. Juíza Yumi Saruwatari Yamaki	14.07.2008
42. Juiz Everton Gonçalves Dutra	22.08.2008
43. Juíza Michele Lermen Scottá	22.08.2008
44. Juíza Célia Regina Marcon Leindorf	19.09.2008
45. Juiz Ariel Szymanek	06.10.2008
46. Juiz Marlos Augusto Melek	18.12.2008
47. Juiz Roberto Joaquim de Souza	24.04.2009
48. Juíza Jocelia Mara Martins Samaha	26.06.2009
49. Juíza Edinéia Carla Poganski Broch	17.07.2009
50. Juíza Patrícia Tostes Poli	17.07.2009
51. Juíza Camila Gabriela Greber Caldas.	25.09.2009
52. Juiz Sandro Antonio dos Santos	25.09.2009
53. Juiz Roberto Dala Barba Filho	25.09.2009
54. Juíza Samanta Alves Roder	25.09.2009
55. Juiz Cláudio Salgado	03.03.2010
56. Juiz Ricardo José Fernandes de Campos	10.03.2010
57. Juiz Rodrigo da Costa Claser	08.11.2010
58. Juíza Éster Alves de Lima	07.12.2010
59. Juiz Paulo Possebom de Freitas	07.12.2010
60. Juíza Izabel Maria Bueno Amorim	07.12.2010
61. Juiz Edson Takeshi Assahide	07.12.2010
62. Juiz Paulo José Oliveira de Nadai	24.05.2011
63. Juiz Moacir Antonio Olivo	11.07.2011
64. Juíza Isabella Braga Alves	01.08.2011
65. Sibebe Rosi Moleta	12.03.2012

66. Fabiano Gomes de Oliveira	28.03.2012
67. Jeronimo Borges Pundeck	02.05.2012
68. Lecir Maria Scalassara Alencar	08.05.2012
69. Lorena de Mello Rezende Colnago	29.04.2013
70. Hamilton Hourneaux Pompeu	29.04.2013
71. Michele Fernanda Bortolin	29.04.2013
72. Osmar Rodrigues Brandão	29.04.2013
73. Ilina Maria Jurema Maracajá Coutinho	29.04.2013
74. Bárbara Fagundes	29.04.2013
75. Lucas Furiati Camargo	12.06.2013
76. Lara Cristina Vanni Romano	12.06.2013
77. Thaís Cavalheiro da Silva	20.05.2013
78. Marcelo Dibi Ercolani	28.06.2013
79. Maria Luisa da Silva Canever	12.07.2013
80. José Wally Gonzaga Neto	12.07.2013
81. Mayra Cristina Navarro Guelfi	31.07.2013
82. Jacqueline Aises Ribeiro Veloso	31.07.2013
83. Christiane Bimbatti Amorim	23.08.2013
84. Thiago Mira de Assumpção Rosado	23.08.2013
85. Thais Meireles Pereira Villa Verde	12.09.2013
86. Julia Torres Gaze	12.09.2013

Fonte – outubro/2013 http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=5&pagina=INICIAL

SUMÁRIO

COOPERATIVAS DE TRABALHO E DIREITOS TRABALHISTAS: REDUÇÃO DO TRABALHO SUBORDINADO	
Rúbia Zanotelli de Alvarenga	29
DIREITO A CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV	
Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli Chayene Tayze Maculia Oliveira Silvana Souza Netto Mandalozzo	53
DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA ORIGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	
Ilse Marcelina Bernardi Lora Rodrigo Goldschmidt	83
DOS PRINCÍPIOS AOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO: ASPECTOS RELEVANTES	
Morgana de Almeida Richa	123
HONORARIOS DEL ABOGADO EN LA JUSTICIA LABORAL BRASILEIRA Y EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL	
Ircineide Santos Soares Rodrigo Fortunato Goulart	171
O BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA AO EMPREGADOR NA SEARA PROCESSUAL TRABALHISTA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	
Francisco Milton Araújo Júnior Igor dos Reis Fernandes.....	201

**OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA CONVENÇÃO EUROPÉIA DE
DIREITOS HUMANOS**

Patricia Micheli Folador.....213

**SUSTENTABILIDADE HUMANA: LIMITAÇÃO DE JORNADA, DIREITO À
DESCONEXÃO E O DANO EXISTENCIAL**

Lorena de Mello Rezende Colnago.....247

COOPERATIVAS DE TRABALHO E DIREITOS TRABALHISTAS: REDUÇÃO DO TRABALHO SUBORDINADO

Rúbia Zanotelli de Alvarenga^{1*}

Sumário: 1. Introdução; 2. Normatização histórica das cooperativas; 3. Princípios gerais norteadores das cooperativas de trabalho; 3.1 Princípios específicos norteadores das cooperativas de trabalho; 4. Cooperativas de trabalho e direitos trabalhistas: redução do trabalho subordinado; 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O cooperativismo surgiu como uma forma alternativa ao desemprego involuntário, tentando amenizar a onda crescente neoliberal, através do mutualismo e da ajuda mútua entre os associados, e não como uma forma de redução do trabalho subordinado.

O Direito do Trabalho possui um relevante desafio na atual conjuntura econômica do País, que consiste exatamente em permitir meios próprios de desenvolvimento social ao trabalhador, garantindo seguridade e proteção social aos seres humanos. Constitui a relação de emprego o mecanismo mais eficaz de inserção social do ser humano

^{1*} Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora de Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Casa do Estudante em Aracruz, ES. Professora de Direito do Trabalho e Previdenciário de cursos de Pós-Graduação em Vitória, ES. Membro Pesquisadora do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Advogada.

no sistema econômico-capitalista, por atribuir uma gama de direitos ao trabalhador, bem como a sua inclusão sociotrabalhistas e previdenciária.

2. NORMATIZAÇÃO HISTÓRICA DAS COOPERATIVAS

Segundo Viana (1997, p. 153): “quem lançou as bases do cooperativismo foi Robert Owen, um gênio que, aos nove anos, já tinha lido os clássicos e filosofava”.

Em âmbito mundial, a primeira cooperativa surgiu na Inglaterra, em dezembro de 1844, nas proximidades de Manchester, sendo denominada de Rochdale. Na ocasião, 28 artesões do ramo têxtil perderam seus empregos na manufatura de tecelagem e criaram uma cooperativa para dar continuidade ao trabalho com a finalidade principal de melhoria das condições de vida, de trabalho e de salários entre os sócios. Por isso, eles foram chamados “Os Pioneiros de Rochdale” ou “Cooperativas de Tecelões”. A bem da verdade, tal cooperativa surgiu em virtude de forte influência da Revolução Industrial (1841) – século XIX, como estratégia e alternativa de sobrevivência e contraposição à exploração do capitalismo e à já também imperante miserabilidade àquela época.

O cooperativismo é, assim, antes de tudo, uma verdadeira e surpreendente filosofia de vida, no instante em que tem por centro o homem como um projeto infinito e universal, no momento em que defende a ajuda mútua e o desenvolvimento social entre os associados – *donos do negócio*.

É a doutrina do humanismo, baseada em um sentimento próspero, coletivo e amável entre os seres humanos – a *solidariedade* entre os associados.

Na cooperativa, o sentimento de solidariedade tem como base primordial a integração, a reciprocidade e a ajuda ao outro – deveres cívicos da humanidade.

Ao se fazer bem aos outros, está-se fazendo bem a si mesmo.

O cooperativismo se baseia, então, na cultura principiológica cristalizada pelo art. 3º, inciso I, da CR/88, que estatui: “*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Assim, por intermédio do cooperativismo, os membros associados da sociedade cooperativa se tornam interdependentes, reciprocamente uns dos outros, e interligados por um sentimento único e comunitário.

Já em âmbito nacional, a primeira cooperativa brasileira surgiu no Estado do Rio Grande do Sul, em 1902, no município de Nova Petrópoles.

A evolução histórica normativa do cooperativismo começa pela Lei 5.764 de 1971, tratando do Direito Cooperativo e definindo a Política Nacional de Cooperativismo, por meio da instituição do regime jurídico das sociedades cooperativas.

Com efeito, pode-se extrair o seu conceito, trazido no teor dos arts. 3º e 4º do diploma legal supramencionado. Vejam-se, respectivamente:

Art. 3º. Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

Art. 4º. As Cooperativas são sociedades de pessoas, com

forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados.

Explica, com clareza solar, Fiúza (2009, p. 1009): “é a cooperativa, pois, um tipo peculiar de sociedade, que poderá ser constituída mesmo sem capital, mas apenas com serviços, não tendo finalidade lucrativa”.

Ensina, ainda, que “o único caso de sociedade simples cujos atos são registrados ou averbados no Registro Público de Empresas Mercantis é o da sociedade cooperativa, por força do disposto na lei especial”. (FIÚZA, 2009, p. 1058).

Lapidar se faz enfocar, no presente estudo, a regra contida no art. 90 da Lei 5.764/71, que estabelece, *a priori*, a inexistência de vínculo empregatício entre a sociedade cooperativa e os seus membros: “*Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados*”.

Levando-se em consideração que, na relação cooperativista, cada qual trabalha em prol do crescimento de todo o grupo social, não há que se falar em relação de emprego entre a sociedade cooperativa e o cooperado. A não ser que a realidade fática demonstre uma típica sociedade simulatória. Não obstante, ora remeta-se o leitor à exponencial síntese doutrinária de Maurício Godinho Delgado: “não se trata de uma excludente legal absoluta, mas de simples presunção relativa de ausência de vínculo de emprego, caso exista relação cooperativista envolvendo o trabalhador *lato sensu*”. (DELGADO, 2013, p. 330).

Avançando-se no tema aqui proposto, percebe-se que a Constituição de 1988 também tratou do cooperativismo ao incentivar e ao valorizar a criação do mesmo, ressaltando-se a não fiscalização sobre o

seu funcionamento no art. 5º, inciso XVIII, que assim estatui: “*A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento*”.

Desmembrando-se o referido preceito constitucional, vê-se a existência de três princípios básicos que o dispositivo constitucional em tela estabelece, quais sejam: *autonomia funcional; liberdade de associação e auto-organização e participação nas assembleias gerais, ligadas aos assuntos da associação, independentemente do número de quotas-partes dos cooperados.*

O mandamento constitucional contido no § 2º, do art. 174, da Constituição de 1988, também trouxe estímulo legal à sua formação no seguinte modo: “*A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo*”.

A Lei 8.949/94, que acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT, também estatui: “*Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela*”.

A inserção da Lei 8.949/94 à CLT resultou de forte influência do Projeto de Lei apresentado pelo deputado Pedro Tonelli do PT (Partido dos Trabalhadores), com o especial objetivo de proteção às verdadeiras cooperativas de trabalho e de produção.

A respeito, Cassar (2013, p. 310) assinala que a Lei 8.949/94 veio sem a intenção de impedir o vínculo de emprego dos verdadeiros empregados. Na verdade, teve o escopo de proteger as relações jurídicas travadas com o Movimento Sem Terra (MST) nos assentamentos rurais. Isto é, sob o enfoque da reforma agrária, desejava-se conceder a propriedade da terra inativa ao trabalhador ou à família que a tornasse produtiva. Para tanto,

as cooperativas de assentados foram criadas para cadastrar e selecionar, normalmente, dentre os “sem terra”, os trabalhadores interessados na troca. Uma vez selecionados, eles seriam assentados numa determinada terra e, depois de receberem os subsídios do governo, trabalhariam para torná-la produtiva. Todavia, mesmo após árduo trabalho, muitas terras não produziram, e, com isso, a propriedade não foi concedida. Revoltados, eles ajuizaram milhares de reclamações trabalhistas ora contra a União, ora contra a cooperativa. Para pacificar e tranquilizar esses conflitos, foi acrescido o parágrafo único do art. 442 da CLT.

Na verdade, não havia necessidade da normatização legal do citado parágrafo único ao art. 442 da CLT, considerando-se que o art. 90 da Lei 5.764/71 já delineia, conforme supraexposto, em relação à inexistência do vínculo empregatício entre a sociedade cooperativa e os seus associados, bem como entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Não sendo o cooperado dono do negócio, não tendo conhecimento sobre o bom funcionamento da cooperativa, e não obedecidas nem preenchidas as formalidades para a constituição de uma verdadeira sociedade cooperativa, conforme preconizado nos arts. 15 a 22 da Lei 5.764/71, verifica-se a inexistência de uma sociedade civil simples perpetuada nos moldes da Lei 5.764/71, mas a existência de uma pseudocooperativa, afastando-se a relação de trabalho *lato sensu* que se deveria ter formado, desde o início, nos moldes do parágrafo único do art. 442 da CLT.

De bom alvitre consignar o pensamento de Delgado (2013, p. 328): “O objetivo da lei foi retirar do rol empregatício relações próprias às cooperativas – desde que não comprovada a roupagem ou a utilização meramente simulatória de tal figura jurídica”.

Por fim, o arcabouço jurídico histórico se completa com a edição da Lei 12.690, de 19 de julho de 2012, que dispõe sobre a organização e sobre o funcionamento das cooperativas de trabalho e institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho. O art. 2º da Lei 12.690 conceitua as cooperativas de trabalho da seguinte forma:

Art. 2º. Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

Nos termos do art. 4º, incisos I e II, da Lei 12.960, a Cooperativa de Trabalho pode ser de dois tipos: I – de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; II – de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

Registre-se, contudo, que, conforme preceitua o art. 1º, parágrafo único, incisos I a IV, da Lei 12.690, não estão reguladas pelo diploma normativo em tela as seguintes entidades: a) as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde complementar; b) as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho; c) as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividade em seus próprios estabelecimentos; d) as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento.

3. PRINCÍPIOS GERAIS NORTEADORES DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO

O cooperativismo apresenta, no seu bojo, seis princípios doutrinários básicos que marcam a sua autonomia como ramo específico do Direito Cooperativo, devidamente regulados pela Lei 5.764/71 e pela CR/88. São eles: *princípio da voluntariedade na criação da cooperativa*; *princípio da adesão livre ou voluntária*; *princípio da indiscriminação social, política, religiosa e racial*; *princípio da gestão democrática*; *princípio da distribuição das sobras*; e *princípio do fator de educação permanente*.

O primeiro princípio denominado *voluntariedade na criação da cooperativa* se caracteriza, basicamente, pelo elemento *animus* – espontaneidade e liberdade na criação e na constituição da sociedade cooperativa entre os membros associados. Trata-se de corolário do dispositivo constitucional já mencionado: art. 5º, inciso XVIII.

Pelo *princípio da adesão livre ou voluntária*, também chamado de *princípio da porta aberta*, o cooperado ingressa na cooperativa por vontade própria, prevalecendo a liberdade de associar-se ou não, isto é, de não ingressar na sociedade cooperativa nem tampouco nela permanecer contra a sua vontade. Tal princípio está cristalizado no texto do art. 5º, inciso XX, da CR/88, senão veja-se: “*Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado*”.

O terceiro princípio é o da *isonomia ou indiscriminação social, política, religiosa e racial*. Por este princípio, todos os membros associados da cooperativa merecem o mesmo tratamento, sendo vedado qualquer tipo de discriminação ou de preconceito em razão de sexo, raça, cor, idade, condição social, assim como convicção política ou religiosa, conforme

comando constitucional de 1988: “Art. 3º [...] inciso IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; e, ainda, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” Inciso I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”.

No que tange ao *princípio da gestão democrática*, a administração da cooperativa é realizada por todos os sócios cooperados, através de representantes eleitos em assembleia geral, na qual cada sócio possui o direito a um voto – *um homem, uma voz*, independentemente do número de quotas partes ou da participação no capital social.

Já o *princípio da distribuição das sobras* caracteriza-se pela ajuda mútua que há entre os associados, a partir do momento em que estas são revertidas aos próprios membros da cooperativa, proporcionalmente à participação no capital social, e não a intermediários alheios a esta, no fechamento do balanço anual. Vale destacar que o fim almejado pela cooperativa não é o lucro, mas, sim, a prestação de serviços, de natureza civil, de cunho e conteúdo coletivo, em prol de todo o grupo associado. O escopo perseguido pelo cooperativismo é o espírito de cooperação e de solidarismo operante na obtenção de uma vida mais digna entre todos os membros associados.

Por último, o *princípio do fator de educação permanente*, insculpido no art. 28 da Lei 5.764/71, que exige das sociedades cooperativas a criação de um fundo de assistência técnica, educacional e social aos membros associados e familiares destes, bem como aos empregados da cooperativa, preconiza: “As cooperativas são obrigadas a constituir fundo de assistência técnica, educacional e social, destinado à prestação de assistência aos associados, aos seus familiares e, quando previsto nos estatutos, aos empregados

da cooperativa, constituído de 5% (cinco por cento) das sobras líquidas apuradas no exercício”.

Imperioso observar que a Lei 12.690, de 19 de julho de 2012, em seu art. 3º, também traça os principais valores e princípios das cooperativas de trabalho, a saber: a) adesão voluntária e livre; b) gestão democrática; c) participação econômica dos membros; d) autonomia e independência; e) educação, formação e informação; f) intercooperação; g) interesse pela comunidade; h) preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa; i) não precarização do trabalho; j) respeito às decisões de assembleia, observado o disposto na Lei de 2012; k) participação na gestão em todos os níveis de decisão, de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social.

3.3 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS NORTEADORES DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO

Os princípios específicos norteadores das cooperativas de trabalho são dois, quais sejam: a) princípio da dupla qualidade; b) princípio da retribuição pessoal diferenciada.

Delgado (2013, p. 331), ao discorrer sobre o princípio da dupla qualidade, assinala que é necessário haver efetiva prestação de serviços pela cooperativa diretamente ao associado e não somente a terceiros. A referida prestação direta de serviços aos associados/cooperados representa conduta, imperativamente, resultante da própria Lei de Cooperativas (art. 6º, I, Lei 5.764/70). Delgado alude, ainda, ao fato de que o princípio da dupla qualidade possui o objetivo de fazer com que as cooperativas destaquem-se por uma peculiaridade em face de outras associações, tendo

em vista que o próprio associado é um dos beneficiários centrais dos serviços por ela prestados. Ele enfatiza também que se trata do caso das tradicionais cooperativas de prestação de serviços, clássicos no mercado de trabalho (ilustrativamente: cooperativa de operadores autônomos de serviços de táxi, de operadores autônomos de serviços médicos, etc.). É o que se passa, do mesmo modo, com as tradicionais cooperativas de produtores autônomos (por exemplo: cooperativas de artesãos, de artistas, de produtores, etc.). Nesses casos, a cooperativa existe para prestar serviços a seus associados, que são profissionais autônomos, sendo a oferta de serviços a terceiros mero instrumento para viabilizar seu objetivo primário e mais notável – a prestação de serviços aos seus próprios integrantes. (DELGADO, 2013, p. 331).

Dessa forma, em outra obra, também consoante Delgado (1999, p. 319): “a cooperativa existe para prestar serviços a seus associados, que são profissionais autônomos, sendo a oferta de serviços a terceiros mero instrumento para viabilizar seu objetivo primário e mais notável (prestação de serviços a seus próprios integrantes)”.

Conforme ensina Pacheco (1996, p. 45), as cooperativas “são constituídas para prestar serviços aos associados, sendo assim, o cooperado é, ao mesmo tempo, sócio e destinatário de seus serviços”.

No mesmo viés, assevera Garcia (2012, p. 9):

[...] a verdadeira cooperativa de trabalho deve ser criada e formada por profissionais autônomos, que exerçam a mesma profissão, unindo esforços para obter vantagens ao próprio empreendimento, prestando serviços sem nenhuma intermediação nem subordinação (seja perante terceiros, seja em face da cooperativa).

Sendo assim, as cooperativas são sistemas de ajuda mútua em que pessoas com necessidades comuns se associam, voluntariamente, para, mediante o exercício de um esforço conjunto e eliminando o intermediário, satisfazerem essas necessidades. As cooperativas têm um fim econômico, porque visam à melhoria da situação econômica de seus membros, mediante a satisfação de suas necessidades, mas não possuem um escopo puramente mercantil, o que as distingue das demais atividades empresariais. (MAIOR, 1996, p. 10).

Não é por menos que a Recomendação 193 de 2002 da OIT, em seu item 3, objetiva estimular o desenvolvimento e o fortalecimento da identidade das cooperativas, baseando-se nos valores cooperativos da auto-ajuda, da responsabilidade pessoal, da democracia, da igualdade, da equidade e da solidariedade; e, em uma ética fundada na honestidade, na transparência, na responsabilidade social e no interesse pelos demais.

O Item 4 da Recomendação 193 da OIT ainda estatui que deveriam adotar-se medidas para promover o potencial das cooperativas em todos os países, independentemente do seu nível de desenvolvimento, com o fim de ajudá-las, bem como aos seus sócios a: *a)* criar e desenvolver atividades geradoras de renda, emprego decente e sustentável; *b)* desenvolver habilidades no campo dos recursos humanos e fomentar o conhecimento dos valores do movimento cooperativo, assim como das suas vantagens e benefícios, mediante a educação e a formação; *c)* desenvolver seu potencial econômico, incluídas as suas capacidades empresariais e de gestão; *d)* fortalecer sua competitividade e acesso aos mercados e ao financiamento institucional; *e)* aumentar a poupança e o investimento; *f)* melhorar o bem-estar social e econômico, levando em conta a necessidade de eliminar todas as formas de discriminação; *g)*

contribuir para o desenvolvimento humano permanente; *h*) estabelecer e expandir um setor social distinto da economia, viável e dinâmico, que abarque as cooperativas e responda às necessidades sociais e econômicas da comunidade.

Desse modo, o que justifica a existência da cooperativa e as vantagens que tal figura recebe da ordem jurídica é a circunstância de ela potencializar as atividades humanas e as organizações cooperadas. As cooperativas são protegidas pelo Direito, porque potenciam o trabalho humano. (DELGADO, 2013, p. 331).

Quanto ao *princípio da retribuição pessoal diferenciada*, trata-se de diretriz jurídica que assegura ao cooperado um complexo de vantagens comparativas de natureza diversa muito superior ao patamar que ele obteria, caso atuasse destituído da proteção cooperativista. A ausência deste complexo faz malograrem tanto a noção quanto os objetivos do cooperativismo, eliminando-se os fundamentos sociais que justificaram o tratamento mais vantajoso da ordem jurídica que tais entidades sempre mereceram. (DELGADO, 2013, p. 332).

Por meio deste princípio, a cooperativa permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude de sua atividade autônoma, superior àquilo que obteria, caso ele não estivesse associado. A retribuição pessoal de cada cooperado é necessariamente (ainda que em potencial) superior àquela alcançada, caso atuando isoladamente. (DELGADO, 2013, p. 332).

Assim, na cooperativa de trabalho, a atividade laborativa ou profissional deve ser em proveito comum dos cooperados, bem como exercida de forma *autônoma*, por meio de *autogestão*, com o fim de se obter melhor qualificação e renda, melhor situação socioeconômica e

melhoria das condições gerais de trabalho e, inclusive, de cada cooperado, individualmente, reunido na cooperativa. (GARCIA, 2012, p. 11).

Também consoante ensina Garcia (2012, p. 12):

A verdadeira cooperativa de trabalho deve ser criada e formada por profissionais autônomos, que exerçam a mesma profissão, unindo esforços para obter vantagens ao próprio empreendimento, sem nenhuma intermediação, nem subordinação (seja perante terceiros, seja em face da cooperativa).

Para ilustrar como atua o *princípio da retribuição pessoal diferenciada* na prática do mercado econômico, Maurício Godinho Delgado (2013) cita o caso de uma cooperativa de condutores autônomos de táxis. A ação da cooperativa tende a conferir ao cooperado, que já atua como profissional autônomo, um amplo e diferenciado complexo de vantagens de natureza diversa: ela amplia o mercado do cooperado, fazendo convênios com empresas, instituindo sistema de teletáxi; ela também captura, no sistema institucional, linhas de financiamento favorecido para seus associados; ela subsidia o combustível e as peças de reposição para os taxistas filiados; ela subscreve convênios diversos para os taxistas e seus dependentes. O mesmo pode ocorrer com cooperativas de serviços de médicos autônomos: o cooperado médico, que já labora como profissional autônomo, em função do cooperativismo, aufere clientela específica, certa e larga – clientela inimaginável, caso ele estivesse atuando sozinho, isolado em seu consultório; além disso, a cooperativa presta-lhe diversos outros serviços, ampliando o seu potencial. (DELGADO, 2013, p. 332).

Vê-se, então, que os dois princípios em tela atuam de modo intenso na compreensão do conteúdo e do sentido da regra inserida no

parágrafo único do art. 442 da CLT, conferindo a ela significado apto a se ajustar, harmoniosamente, ao universo do ordenamento jurídico do país. (DELGADO, 2013, p. 333).

Sob tal aspecto, presentes os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia (*trabalho por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade, subordinação - arts. 2º e 3º da CLT*) entre os sócios da cooperativa e a “cooperativa” ou o tomador – beneficiado dos serviços, haverá a incidência do *princípio da primazia da realidade* sobre a forma ou o contrato realidade, no qual o mundo fático real prevalece sobre a formalidade dos documentos.

A propósito, assinala Garcia (2012, p. 14):

As fraudes trabalhistas, bem como as terceirizações que acarretam a precarização das relações de trabalho, decorrem, essencialmente, de cooperativas irregulares de serviço, que passam a atuar no lugar das empresas de prestação de serviços, as quais devem registrar os seus empregados.

A esse respeito, também ensina Delgado (2013, p. 330) que, uma vez comprovado que o envoltório cooperativista não lida com profissionais efetivamente autônomos, desatende, ainda, às finalidades e aos princípios imanentes ao cooperativismo (princípio da dupla qualidade e princípio da retribuição pessoal diferenciada, por exemplo), fixando, por fim, vínculo caracterizado por todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, não havendo como evitar-se o reconhecimento desta relação empregatícia, afastando-se a simulação perpetrada.

4. COOPERATIVAS DE TRABALHO E DIREITOS TRABALHISTAS: REDUÇÃO DO TRABALHO SUBORDINADO

A Lei 12.690/2012 estatui, através do seu art. 7º, incisos I a VII, como dever da entidade, garantir aos sócios, embora não empregados, os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir: a) retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; b) duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou de escalas, facultada a compensação de horários; c) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; d) repouso anual remunerado; e) retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; f) adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; g) seguro de acidente de trabalho.

Faz-se mister observar que, de acordo com art. 7º, § 1º, da Lei 12.690/2012, não são concedidos aos cooperados o repouso semanal remunerado – preferencialmente aos domingos – nem o repouso anual remunerado nos casos em que as operações entre o sócio e a cooperativa sejam eventuais, salvo decisão da Assembleia Geral em contrário.

Garcia (2012, p. 15), ao discorrer sobre o dispositivo em tela, assinala que, não havendo prestação do labor de forma repetida e automática ao longo do tempo pelo cooperado, este deixa de fazer jus ao repouso semanal remunerado (preferencialmente aos domingos) e ao repouso anual remunerado, salvo se a Assembleia Geral decidir que tais direitos

devem ser garantidos. Para o autor, o mais adequado, na realidade, seria que tais direitos fossem assegurados, ainda que de forma proporcional, na hipótese em questão (eventualidade das operações entre o sócio e a cooperativa de trabalho).

O art. 7º, § 2º, da Lei 12.690/2012 ainda estabelece que a Cooperativa de Trabalho deve buscar meios, inclusive mediante provisionamento de recursos, com base em critérios que serão aprovados em Assembleia Geral, para assegurar os seguintes direitos: a) às retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; b) ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; c) ao repouso anual remunerado; d) à retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; e) ao adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; f) ao seguro de acidente de trabalho.

Segue-se aqui, contudo, o entendimento de que a concessão de direitos trabalhistas aos cooperados não se coaduna com os princípios e com os valores essenciais do cooperativismo, muito menos com o valor finalístico, essencial e conseqüente direção teleológica do Direito do Trabalho, que consiste exatamente na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica, tendo em vista que, sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer se justificaria, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea. (DELGADO, 2013, p. 54).

Garcia (2012, p. 16), ao analisar o art. 7º da Lei 12.690/2012, assinala que, em se tratando de cooperativa de trabalho, formada por

sócios, é preciso questionar se há efetiva coerência em se estabelecer jornada de trabalho aos cooperados autônomos. Como bem observa o autor em tela, há risco de que, na prática, em especial quanto às cooperativas de prestação de serviço, verificar-se, na realidade, verdadeira relação de emprego, mesmo que não devidamente formalizada, inclusive em face do tomador, em especial se forem aplicadas as teorias da subordinação estrutural (inserção do trabalhador na estrutura e no objeto social da empresa) e objetiva (não se exigindo a presença de ordens pessoais e diretas pelo empregador). (GARCIA, 2012, p. 17).

Mister ressaltar-se, ainda, que o art. 7º, § 6º, da Lei 12.690/2012 estatui que a cooperativa de trabalho, quando prestadas atividades fora do estabelecimento da cooperativa, devem ser submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização de tais atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, na qual serão expostos os requisitos para a sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe.

Garcia (2012, p. 18), mais uma vez, ao analisar o dispositivo em tela, assinala que se trata, de forma específica, das cooperativas de serviço que reiteram a autorização de prestação de serviço especializado fora do estabelecimento da cooperativa, ou seja, em empresa ou ente tomador. Expõe o autor que a Lei 12.690/2012 determina que essas atividades de prestação de serviço devam estar submetidas a uma “coordenação” a ser realizada por um coordenador, ao que tudo indica alguém da própria cooperativa de trabalho, que tenha mandato de 1 (um) ano (ou ao prazo definido para realizar a atividade de prestação do serviço). O referido “coordenador” deve, ainda, ser eleito em reunião específica pelos sócios

que tenham interesse em realizar as atividades de prestação de serviço, na qual também devem ser expostos os requisitos para a realização da atividade, os valores contratados e a retribuição a ser recebida pelo sócio que participar. Ocorre que, assaz bem esclarecido pelo autor, há risco de que essa “coordenação”, na realidade, torne-se efetiva subordinação do suposto “cooperado” (sócio) ao gestor da cooperativa, acarretando a existência de relação de emprego, tendo-se em vista o princípio da primazia da realidade.

Segue-se aqui, portanto, a mesma visão que a de Garcia (2012, p. 17), considerando-se que a Lei 12.690/2012 “acarretará risco de que essa autonomia, ‘exercida de forma coletiva e coordenada’, na realidade, dê origem à existência de subordinação interna, dentro da própria cooperativa, desvirtuando a sua essência e os seus fins”.

Percebe-se, portanto, “certa influência da chamada *parassubordinação*, em que o trabalhador presta serviço de forma autônoma, mas mediante colaboração coordenada e contínua perante o ente tomador”. (GARCIA, 2012, p. 17).

Trabalho parassubordinado, segundo Nascimento (2008, p. 460),

É uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado.

De acordo com Cassar (2013, p. 249), parassubordinação “é a

nomenclatura dada pelo Direito italiano aos trabalhadores nas relações de coordenação que, embora executem trabalho pessoal, mediante paga, têm uma subordinação tênue, mais frágil.” Constitui, assim, a “subordinação dos não empregados que têm características de empregados, normalmente apresentada de forma leve, tênue”.

Sem dúvida alguma, a parassubordinação constitui exemplo de redução do conceito de subordinação jurídica e uma forma de flexibilização da ordem jurídica trabalhista, em especial, da relação de emprego, por estabelecer a criação da figura jurídica do “quase empregado”.

A sociedade precisa é da construção de projetos de liberação do homem e de ações que visem à dignidade do trabalhador e que a resgatem, promovendo a extensão da vida, do bem-estar social, da alfabetização, da educação, do trabalho digno. Todos esses projetos sociais acontecem através da elaboração de políticas públicas sociais que estimulem a formalização da relação de emprego.

Considera-se, aqui, inadequada, pois, a estipulação de direitos trabalhistas ao sócio cooperado pelo legislador brasileiro, por estabelecer a redução do trabalho subordinado e do direito social ao pleno emprego. Somente por meio da formalização do trabalho regulado que o Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico responsável pela melhoria e pela qualificação da vida, possui a atribuição de resguardar a dignidade da pessoa humana e os direitos essenciais a uma vida digna. Logo, reitera-se, nesta oportunidade, que:

O trabalho, em especial o regulado (o emprego, em suma), por ser assecuratório de certo patamar de garantias ao ser humano, constitui-se no mais importante veículo de afirmação socioeconômica da grande maioria dos indivíduos

componentes da sociedade capitalista, sendo, desse modo, um dos mais relevantes (senão o maior deles) instrumentos de afirmação da democracia na vida social. (DELGADO, 2013, p. 538).

Neste viés, como observa Garcia (2012), o que o legislador deveria, em sintonia com os princípios e com os mandamentos constitucionais, fomentar a formalização da relação de emprego, a qual constitui o núcleo do Direito do Trabalho, este, por sua vez,

considerado verdadeira conquista histórica, essencial à humanidade, ao tornar possível a melhoria das condições sociais e a preservação da dignidade da pessoa humana do trabalhador, bem como apto a tornar viável a própria manutenção do sistema capitalista, com o necessário respeito dos direitos fundamentais e sociais. (GARCIA, 2012, p. 18).

O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética. (DELGADO, 2013, p. 538).

Também ensina Souto Maior (2007, p. 95) que adaptar o direito do trabalho aos desajustes econômicos, retirando direitos dos empregados, ou validar juridicamente o semiemprego, por meio da parassubordinação, na ilusão de que se esteja ampliando a proteção do direito do trabalho a certos trabalhadores, conferindo-lhes alguns direitos trabalhistas, equivale, na verdade, a reproduzir um sistema que não deu certo, sem que se tenha, expressamente, que se admitir isso.

Na busca, assim, de melhores condições sociais para o trabalhador,

não se pode olvidar que a centralidade do direito do trabalho na relação de emprego é o que tem permitido que este ramo do conhecimento jurídico, o Direito do Trabalho, evolua constantemente. A melhoria da condição social e econômica do empregado é o princípio fundamental do Direito do Trabalho e, com o avanço constante da normatividade trabalhista, a aquisição de uma relação de emprego passou a ser sinônimo de *status* social e de segurança. (MAIOR, 2007, p. 95).

Esclarece Garcia (2012, p. 19) que, apesar de a cooperativa de trabalho ser regida por princípios e valores que visam a preservar os direitos sociais, bem como o valor social do trabalho, a livre iniciativa e a não precarização do trabalho, o que se nota é o forte incentivo, pela lei, a formas precárias de trabalho humano, tendo-se em vista que, sem a garantia plena de todos os direitos inerentes à relação de emprego, com o fomento e com a abertura para a ampla e intensa prestação de serviços por cooperativas de trabalho, não há a indicação, de forma clara e adequada, do que sejam serviços especializados. A Lei 12.960/2012 também não veda, de forma expressa, a terceirização de atividade fim; pelo contrário, autoriza que as cooperativas de trabalho adotem qualquer objeto social.

Neste sentido, ainda como anota Garcia (2012, p. 19), sem dúvida alguma, a Lei 12.690/2012 acarretará o aumento substancial de relações triangulares de trabalho, sem, contudo, propiciar a formalização de vínculo de emprego por se tratar de prestação de serviços pelas cooperativas de trabalho, inclusive mediante a “coordenação” dos supostos “sócios” (cooperados) por um gestor que, embora eleito, na prática, pode configurar a existência de subordinação (até em sua atual vertente estrutural) e o exercício do poder de direção, inerentes

ao contrato de emprego. O resultado, conseqüentemente, como bem esclarece o autor, será o retrocesso social em prejuízo das garantias constitucionais do trabalho digno e da efetividade dos direitos sociais e fundamentais trabalhistas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É pela relevância assumida na relação de emprego que o Direito do Trabalho atingirá o equilíbrio entre as forças da produção capitalista e do trabalho humano.

O núcleo fundamental do Direito do Trabalho situa-se, sem dúvida, na relação empregatícia de trabalho, construindo-se em torno dessa relação jurídica específica todo o universo de institutos, princípios e regras características a este ramo jurídico. Assim, a relação de emprego constitui a base fático-jurídica de existência do Direito do Trabalho. Em tal contexto, é preciso evitar os efeitos nefastos causados pela produção capitalista na desconstituição do emprego no Direito do Trabalho brasileiro, por meio de leis como a Lei 12.690/2012, por exemplo, tendo-se em vista que esta, conforme analisado, reduz, sobremaneira, o direito social ao pleno emprego. Eis a proposta colimada pelo presente ensaio, pois, consoante observa Delgado (2013, p. 32): *“O primado do trabalho e do emprego na vida social constitui uma das maiores conquistas da democracia no mundo ocidental capitalista”*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: Forense, 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relações de emprego**, São Paulo: LTr, 1999.
- _____. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- FIUZA, Ricardo. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Cooperativas de trabalho: a lei 12.690/2012 e o Direito do Trabalho. **Justiça do Trabalho**, v. 346, 2012.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Cooperativas de Trabalho. **Revista LTr**. v. 60, n. 08/1060, Agosto, 1996.
- _____. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Cooperativas de trabalho x intermediação de mão-de-obra. **Revista LTr**, v. 60, n. 08/1102, agosto de 1996.
- VIANA, Márcio Túlio. Cooperativas de trabalho: um caso de fraude através da lei. **Revista Genesis**, Curitiba, v. 9, n. 50, fevereiro 1997.

DIREITO A CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli¹
Chayene Tayze Maculia Oliveira²
Silvana Souza Netto Mandalozzo³

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o direito a reintegração do empregado portador do vírus HIV, quando vítima de despedida arbitrária e discriminatória. Para tanto, far-se-á uma análise do panorama da doença e da discriminação que assola os obreiros portadores da moléstia. Na sequência, busca-se aferir se os mecanismos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, mostram-se suficientes para a concretização da proteção do direito fundamental e social ao trabalho dos empregados soropositivos.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the positive HIV employee's right to reinstatement, when victim of arbitrary and discriminatory dismissal. Therefore, far will an analysis of the landscape of disease and discrimination plaguing the workers carry the disease. Further, we seek to assess whether the mechanisms

¹ Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Professora Assistente da mesma instituição, Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) na Linha Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável.

² Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

³ Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professora Associada da UEPG, nos cursos de Bacharelado em Direito e Mestrado e Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas. Juíza do Trabalho.

present in the Brazilian legal system, especially Precedent 443 of the Superior Labor Court, appear sufficient to achieve protection of the fundamental right and the work of social workers seropositive

Palavras-Chave: Portador de HIV; Despedida arbitrária; Discriminação.

Keywords: HIV status; Farewell arbitrary; Discrimination

1. INTRODUÇÃO

A pandemia do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), em que pese flagele a humanidade há cerca de três décadas, ainda não foi controlada e atinge milhares de pessoas em todo mundo, em especial, os indivíduos com plena capacidade laboral, impactando diretamente na força de trabalho disponível, afetando significativamente o universo laboral.

Mesmo com o progresso do conhecimento científico acerca da infecção pelo vírus HIV, disseminado em meios de comunicação que atingem a maior parte da população, o preconceito continua arraigado no seio da sociedade, em especial no ambiente laboral, o que leva a concepções equivocadas sobre as formas de contágio.

Desta forma, torna-se processo recorrente a despedida imotivada de empregados soropositivos pelos empregadores, com fundamento no direito potestativo de resilir imotivadamente o contrato de trabalho a qualquer tempo, desde que arquem com as verbas rescisórias devidas.

Trata-se na realidade de dispensa discriminatória, assunto muito

discutido nos Tribunais Trabalhistas. Nesta seara, há necessidade de se considerar previamente que, mesmo a legislação pátria prevendo a possibilidade de dispensa sem justa causa, como direito incontestado do empregador (DELGADO, 2011, p. 1062) proveniente de seu poder disciplinar, esse está limitado pela Constituição Federal (CF), que preconiza em seu artigo 3º como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, desprovida de preconceitos e outras formas de discriminação.

Muito embora a proteção do trabalhador contra dispensa arbitrária encontra-se presente na legislação vigente, o respeito aos dispositivos mencionados não é unívoco, o que de forma reiterada se dá em virtude da complexidade na identificação do motivo que originou tal discriminação e impedindo a aplicação normativa que prevê a possibilidade de reintegração do trabalhador ou indenização daquele que sofreu tal ato.

E dentre os casos recorrentes em sede de Justiça do Trabalho, de reconhecimento de dispensa discriminatória estão aqueles que envolvem a saúde do trabalhador, em especial, daqueles que são portadores do vírus HIV, objeto do presente estudo.

Assim, a epidemia do vírus HIV atinge frontalmente o universo laboral, fazendo com que se torne imperiosa a discussão acerca dos direitos dos empregados soropositivos, especificamente, a proteção destes em relação às condutas discriminatórias e ao exercício do direito do empregador em rescindir o contrato de trabalho injustificadamente.

Desta forma, o presente estudo tem por objetivo analisar os mecanismos jurídicos presentes no ordenamento jurídico vigente, que garantam ao empregado soropositivo a proteção contra a despedida

injustificada, portanto, arbitrária e discriminatória, ou a sua reintegração ao antigo posto ocupado, caso a rescisão contratual já se tenha operado, à luz do disposto na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

2. INFECÇÃO PELO RETROVÍRUS HIV: PANDEMIA QUE PERDURA HÁ 30 ANOS

HIV é a denominação atribuída ao retrovírus causador da doença infectocontagiosa nomeada Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), comumente conhecida no Brasil pela sigla de sua nomenclatura em idioma inglês, *Acquired Immunodeficiency Syndrome* (AIDS).

Em que pese a origem do vírus HIV seja desconhecida pela ciência, estudos apontam que há grande similaridade com o Vírus da Imunodeficiência Símia (SIV), presente em primatas oriundos da África sub saariana. Supõe-se que o SIV possa ter sido transmitido ao homem por meio de rituais religiosos, nos quais os nativos sacrificavam macacos para ingerir seu sangue. Teria então o SIV sofrido mutações e passado a infectar a espécie humana na forma do HIV (SANTOS, ROMANOS, WIGG, 2002, p. 254).

O vírus HIV atua enfraquecendo o sistema imunológico do hospedeiro, ocasionando a queda na produção de anticorpos e, conseqüentemente, possibilitando que o organismo seja acometido por uma pluralidade de doenças oportunistas. (SIMÕES, 2009, p. 23)

Contudo, impende salientar que, portar o vírus do HIV e ser acometido pela AIDS consistem em realidades distintas. Isto porque, a infecção pelo HIV desdobra-se em três diferentes fases clínicas.

A primeira, denominada fase aguda ou primária, ocorre cerca de

duas a quatro semanas após a contaminação pelo vírus, e se caracteriza “por manifestações clínicas relacionadas [...] a ativação do sistema imune frente à entrada do HIV no organismo”, estendendo-se por um curto período de tempo, que compreende aproximadamente trinta dias (ORTEGA, 2000, p. 12).

Posteriormente, a infecção progride para a fase de latência, quando o indivíduo contaminado apresenta um quadro clínico assintomático, podendo o mesmo se estender por período indeterminado, não raro por vários anos, a depender da condição geral de sua saúde (ORTEGA, 2000, p. 13).

O terceiro estágio da infecção, denominado fase crônica, inicia-se quando “a produção de anticorpos deixa de ser suficiente, permitindo que a replicação viral se torne mais acentuada e que, com isso, mais células CD4 sejam infectadas e destruídas pelo vírus” (ORTEGA, 2000, p. 13). O sistema imunológico do infectado é completamente comprometido pela ação do vírus HIV e, a partir de então, o indivíduo desenvolve a síndrome da imunodeficiência adquirida, AIDS. Em outras palavras, “a síndrome só ocorre quando o sistema imunológico estiver deficiente a ponto de permitir que doenças oportunistas se instalem.” (SIMÕES, 2009, p. 24)

Tal distinção é de ímpar relevância para o presente estudo, uma vez que a tratativa jurídica a ser destinada aos doentes acometidos pela AIDS engloba, em certos aspectos, uma abordagem diferenciada da que se reserva aos portadores do vírus HIV.

Note-se que os indivíduos já vitimados pela síndrome se encontram incapacitados de exercer determinadas atividades laborais, na parcela majoritária dos casos, uma vez que acometidos por inúmeras doenças,

razão pela qual o seu afastamento do emprego perpassa análise de elementos específicos, exemplificadamente os de cunho previdenciário, tendo em vista o direito à concessão de benefício de auxílio-doença, ou mesmo aposentadoria por invalidez, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, uma vez observada a existência de incapacidade laboral.

Contudo, aqueles que são portadores de HIV que ainda não foram acometidos pela AIDS são detentores de capacidade laborativa, não se encontrando incapacitados para o trabalho apenas por serem soropositivos, e a sua despedida se configura como ato discriminatório, atentatório contra a dignidade da pessoa humana, além de violar inúmeros direitos humanos e fundamentais, bem como, descumprimento da função social da empresa.

3. PANORAMA DO HIV NO MUNDO

Os primeiros casos de AIDS foram diagnosticados nos Estados Unidos, em meados de 1981, em um grupo de jovens homoafetivos acometidos por um incomum caso de pneumonia (OLIVEIRA, 2005). A respeito do caso, o *Center for Diseases Control* (CDC) publicou uma nota oficial afirmando que a ocorrência de pneumocitose nesses indivíduos saudáveis se mostrava incomum e que o fato de serem homoafetivos poderia ser o elo de ligação entre estes e a doença (infecção por P. carinii.)⁴

Somente cerca de três anos depois do registro dos primeiros casos é que os cientistas Robert Gallo, do Instituto Nacional de Saúde dos Estados

⁴ Nota oficial publicada em 05 de junho de 1981. Texto integral, em inglês, disponível em: http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/june_5.htm. Acesso em: 20/7/2012. Trecho traduzido disponível em: <http://www.mediconerd.com/2011/06/aids-uma-historia-de-30-anos.html>. Acesso em: 20 jul. 2012.

Unidos, e Luc Montagnier, do Instituto Pasteur de Paris (França), conseguem isolar o vírus responsável por ocasionar a síndrome: o HIV (ALVES; SILVA).

Com base nos dados coletados a comunidade médica estabeleceu critérios mais precisos para o diagnóstico da doença e, a partir de então, os crescentes números de casos registrados comprovaram o receio dos especialistas: o HIV se disseminava com uma velocidade alarmante, tornando-se, em curto espaço de tempo, uma pandemia de âmbito global, levando a óbito mais de trinta milhões pessoas até os dias atuais (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Após trinta anos de pandemia do HIV, embora a descoberta da cura ainda não tenha sido alcançada, os avanços foram consideráveis. Notadamente, a superação das primeiras teses científicas que relacionavam a contaminação por HIV apenas aos homossexuais, bem como da teoria dos grupos de risco, não obstante o estigma social ainda persista; além do imensurável desenvolvimento das ciências biomédicas, com significativo progresso nas áreas da imunologia e virologia, que contribuíram significativamente para a alteração da trajetória da pandemia de HIV em todo o mundo.

Segundo dados epidemiológicos apontados no Relatório Global apresentado pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS em 2010, estima-se que dois milhões e seiscentas mil pessoas tenham se infectado pelo HIV no ano de 2009, o que demonstra que há uma sensível estabilização da disseminação do vírus, já que estes números são aproximadamente 20% (vinte por cento) menores que os registrados em 1999, quando ocorreram cerca de três milhões e cem mil novas infecções (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

A par desta estabilização na disseminação viral, o relatório da

UNAIDS também concluiu que as mortes decorrentes da infecção por HIV vem diminuindo perceptivelmente. No ano de 2009, estima-se que um milhão e oitocentas mil pessoas tenham falecido em virtude de doenças relacionadas à AIDS, uma redução de aproximadamente um quinto, se comparado com os registros do ano de 2004, quando vieram a óbito cerca de dois milhões e cem mil pessoas.

O Relatório Global ainda aponta que o contingente de pessoas vivendo com HIV tem aumentado, em 2008 eram cerca de trinta e dois milhões e oitocentas mil pessoas nestas condições, e no ano seguinte, trinta e três milhões e trezentas mil, aproximadamente (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010). Tal fenômeno revela que a evolução das pesquisas científicas de âmbito farmacológico tem contribuindo para a ampliação da sobrevida dos portadores de HIV e redução das taxas de mortalidade decorrentes da síndrome que acomete os soropositivos.⁵

A maior acessibilidade aos tratamentos antirretrovirais também pode ser elencada como outro fator que influencia o aumento da sobrevida dos indivíduos infectados. Segundo os dados trazidos pela UNAIDS, no ano de 2004, apenas setecentas mil pessoas possuíam acesso aos medicamentos, ao passo que, em 2009 este número subiu para cinco milhões e duzentos mil.

Da análise dos números fornecidos pela UNAIDS é possível concluir também que a disseminação do HIV, embora tenha desacelerado, não se extinguiu. Estimativas apontam que cerca de sete mil pessoas são

⁵ As evidências também mostram que os medicamentos antirretrovirais podem reduzir substancialmente o risco da transmissão vertical, sexual e sanguínea do HIV/VIH [...] Outras intervenções inovadoras incluem os microbicidas, a profilaxia pré e pós-exposição ao HIV/VIH, a prevenção da infecção pelo vírus herpes simplex-2, e a possível descoberta de uma vacina preventiva contra o HIV/VIH. Mesmo uma vacina com eficácia modesta teria efeitos dramáticos sobre a trajetória da epidemia (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010)

infectadas pelo vírus a cada dia (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010). Por outro lado, observa-se o aumento da sobrevida dos portadores do HIV. O resultado desta equação é que, indiscutivelmente, o número de soropositivos na sociedade encontra-se em contínua ascendência, não mais podendo ser considerados pela sociedade como uma minoria destituída de direitos.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que cerca de vinte milhões de trabalhadores em todo o mundo estão infectados pelo vírus HIV. É imperativo que se reconheça a este grupo, de forma concreta e eficaz, o mais fundamental dos direitos e do qual derivam todos os demais, posto que é inconcebível continuar a ignorar os clamores de milhões de pessoas pelo direito à uma vida digna.

No Brasil, levando-se em consideração as proporções continentais do território, a disseminação do retrovírus HIV adquire contornos singulares, de forma que se pode afirmar tratar-se de uma pandemia multifacetada, ou seja, um conjunto de subepidemias regionais motivadas pelas desigualdades econômicas (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

No decorrer destes 30 anos o perfil epidemiológico do HIV no Brasil sofreu significativas transformações. Isto porque no início da epidemia em território nacional, em meados da década de oitenta, os focos de contaminação encontravam-se restritos aos grandes centros metropolitanos, especificamente as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, e atingiam predominantemente segmentos populacionais específicos, como: homens que faziam sexo com outros homens, hemofílicos e usuários de drogas injetáveis, notadamente, todos de classe média à alta (SZWARCOWALD, 2000, p. 7).

No entanto, com base nos dados apontados nas últimas pesquisas

acerca do HIV no Brasil, é possível concluir que a epidemia no país segue fortes tendências de feminização, juvenização, interiorização e pauperização (SANTOS, 2007, p. 99).

Hodiernamente, estimativas apontam que cerca de seiscentos e trinta mil brasileiros entre quinze e quarenta e nove anos de idade vivem com o vírus HIV, sendo que desde o ano 2004 a taxa de prevalência da infecção estabilizou-se em aproximadamente 0,61% da população (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT).

Verifica-se que ainda existem mais casos entre os indivíduos do sexo masculino, todavia, vislumbrou-se uma queda na razão de sexos ao longo dos anos, estabilizada desde 2002 em 15 homens para cada 10 mulheres (BRASIL; Ministério da Saúde).

Consoante a distribuição territorial, a região Sudeste é a que possui o maior percentual de notificações, concentrando 38,2% dos casos. O Nordeste concentra 21,9% dos casos, seguido pela região Sul com 21,1%, o Norte detém 11,11% e o Centro-Oeste 7,7% das notificações (BRASIL; Ministério da Saúde).

Quanto à forma de transmissão, em se tratando dos homens predomina a via heterossexual, com 31,2% dos casos, sendo a segunda principal forma de transmissão a homossexual, com 20,6% dos casos, seguida pela via bissexual, com 11,8%, e por meio do uso de drogas injetáveis, com 17,6%. Já entre as mulheres a transmissão ocorre majoritariamente pela relação heterossexual, com 91,2% dos casos. (BRASIL; Ministério da Saúde)

Outra tendência que é observada é a redução na mortalidade decorrente de complicações da infecção por HIV. Entre 1996 e 2005,

houve uma diminuição de aproximadamente quarenta por cento (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Isto se deve, em grande parte, à implementação de uma série de políticas públicas pelo governo brasileiro, geridas pela Coordenação Nacional de DST/AIDS da Secretaria do Ministério da Saúde, derivada do antigo Programa Nacional de Prevenção e Controle das DST/AIDS constituído em 1988, que tem desenvolvido importantes estratégias para o enfrentamento da epidemia, notadamente voltando-se para a disponibilização gratuita e universal dos medicamentos antirretrovirais a todos os portadores de HIV, por meio do Sistema Único de Saúde, regulamentada pela Lei nº 9313 de 1996, fazendo do programa brasileiro uma referência mundial no combate aos malefícios do HIV/AIDS. (PORTELA, LOTROWSKA, 2006, p. 70-79)

Estas medidas revelam sua eficácia, pois quando da análise dos resultados obtidos, observa-se que a acessibilidade aos serviços de saúde influi diretamente na sobrevivência dos portadores de HIV. As pesquisas mostram que 95% (noventa e cinco por cento) dos pacientes maiores de quinze anos, que receberam acompanhamento médico-hospitalar pelo sistema de saúde, entre os anos de 2003 a 2006, estavam vivos após doze meses do início do seguimento clínico. E mesmo após quatro anos de acompanhamento, a redução neste percentual é baixíssima, caindo para 90,7% (noventa e sete centésimos por cento) (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Isto comprova que a expectativa e a qualidade de vida dos soropositivos tem aumentado significativamente em virtude dos tratamentos antirretrovirais. Ademais, se considerarmos que o vírus pode permanecer em estado de latência por um período de sete a dez anos, em

média, pode-se concluir que estes sujeitos não constituem uma massa improdutiva, muito pelo contrário, enquanto não desenvolvem quadros graves da síndrome da imunodeficiência, são plenamente capazes de exercer quaisquer atividades laborais tal como qualquer indivíduo que não esteja contaminado pelo HIV.

4. INFEÇÃO PELO RETROVÍRUS HIV: TRANSMISSÃO, ESTIGMAS, PRECONCEITOS E O MERCADO DE TRABALHO

Em que pese o notório progresso do conhecimento científico acerca da infecção pelo vírus HIV, o preconceito continua arraigado no seio da sociedade, notadamente, no ambiente de trabalho, o que leva a concepções equivocadas sobre as formas de contágio.

Constitui-se fato cientificamente comprovado que a transmissão do HIV se dá somente por meio do contato sexual com esperma ou secreção vaginal contaminados, bem como, pelo contato com sangue infectado por meio de transfusões, compartilhamento de agulhas, seringas ou outros instrumentos perfuro-cortantes. Também há possibilidade de transmissão do vírus pelo transplante de órgãos, assim como pela transmissão vertical, da mãe infectada para o filho, durante a gestação, parto ou amamentação.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT, 2001)

Desta forma, é incontestável que a convivência com um soropositivo no mesmo ambiente de trabalho não representa risco algum de contágio pelo HIV. Isto porque dado vírus não sobrevive fora do corpo do hospedeiro por tempo prolongado. Além disto, o HIV não é capaz de penetrar no corpo humano através da pele intacta. Razão pela qual, não

obstante as pessoas equivocadamente assim considerem, dado vírus não se transmite pelo contato físico simples (abraços, beijos, aperto de mão), pelo ar (tosses, espirros, fala) nem pelo uso comum de talheres e louças, toalhas e assentos sanitários. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT, 2001)

Assim, o completo desconhecimento científico acerca do HIV, aliado à sua célere e incontrolável disseminação por todo o mundo, bem como, ao temor geral provocado em virtude da elevada taxa de letalidade advinda das complicações pelo seu contágio, levaram a sociedade a desenvolver uma representação do HIV como uma verdadeira “peste” deflagrada por homossexuais, dependentes químicos e profissionais do sexo. Estas pessoas são alijadas de sua dignidade, condenadas a viver à margem da sociedade, destituídas de quaisquer direitos. Despidas de sua humanidade, passam a ser consideradas meros “transmissores” de um vírus letal, e que, portanto, devem ser extirpadas do convívio em sociedade.

Não obstante muito se tenha avançado na tratativa do HIV/AIDS, ainda encontra-se arraigado o pensamento de que o soropositivo é uma ameaça a ser erradicada. A sociedade combate o portador, não o vírus.

Todavia, a disseminação do HIV continua a se expandir, atingindo milhares de pessoas, notadamente, aquelas entre os quinze e quarenta e nove anos, faixa etária esta que consiste na grande força de trabalho legal em todo mundo. Segundo dados apontados nas pesquisas da OIT, 90% (noventa por cento) das trinta e três milhões de pessoas que vivem com HIV atualmente são adultos em plena idade produtiva, tornando-se uma terrível ameaça para o mundo do trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT, 2001).

Portanto, a problemática do HIV encontra-se umbilicalmente relacionada ao local de trabalho, posto que, além de ser uma doença que atinge majoritariamente indivíduos em idade produtiva, é imperativo que o empregador concretize sua função social, auxiliando no combate contra os malefícios da epidemia, quer nos aspectos econômicos, garantindo o emprego ao soropositivo enquanto este estiver clinicamente apto ao trabalho, quer nos aspectos sociais, protegendo os trabalhadores da estigmatização e discriminação em virtude de serem portadores de HIV, ciente de que as práticas vivenciadas no local de trabalho se refletirão na comunidade em que a empresa está inserida.

5. MECANISMOS JURÍDICOS PROTETIVOS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE HIV NO EMPREGO

A *priori* impende desvendar no que consiste a discriminação. Conforme alude Delgado, trata-se da conduta por meio da qual se nega ao indivíduo tratamento compatível com o arquétipo jurídico determinado para a situação concreta por ele experimentada, em virtude de critério injustamente desqualificado (2011, p. 745), sendo que mencionada conduta advém, na grande maioria das vezes, do preconceito.

A discriminação produz efeitos devastadores, que atingem não só os indivíduos que por ela são vitimados, mas se refletem na sociedade como um todo.

Visando coibir manifestações de caráter discriminatório, o legislador constituinte erigiu um verdadeiro sistema de proteções jurídicas contra a discriminação (DELGADO, 2011, p. 749), que possuem como fundamento basilar o princípio da igualdade insculpido no *caput* do

artigo 5º da CF, ancorado diretamente na dignidade da pessoa humana, fundamento da Lei Maior (artigo 1º, III).

Portanto, o princípio constitucional da não discriminação está amparado no princípio da igualdade, estabelecido no artigo 3º da CF como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que prevê a promoção do bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza (origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas), sendo do flagrante, portanto, a inconstitucionalidade da conduta discriminatória.

O princípio da não discriminação adquire contornos mais definidos quando vislumbrado sob a ótica justralhista. Isto porque, desde sua gênese, o Direito do Trabalho é caracterizado pelo embate em prol da concretização da igualdade entre os homens e da proteção do trabalhador, haja vista seu *status* de hipossuficiência.

Desta forma, por força do princípio constitucional da não discriminação, deve o Estado proteger o trabalhador soropositivo da despedida arbitrária e desmotivada. E, caso verifique-se a ocorrência desta, deve garantir ao empregado a reintegração ao posto que anteriormente ocupava.

Ressalte-se que na ordem jurídica internacional a proteção contra a discriminação recebe intensa regulamentação. Em se tratando especificamente da tutela protetiva do trabalhador, impende deter-se na Convenção nº 111 da OIT, da qual é o Brasil signatário.

Prescreve a referida Convenção que, os Estados Membros que a ratificarem, comprometem-se de empreender uma política nacional voltada para a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento, no tocante ao emprego e profissão, objetivando erradicar toda a forma de discriminação.

Dada Convenção foi aprovada no Brasil pelo do Decreto Legislativo nº 104, em 24 de novembro de 1964, ratificada em 26 de novembro de 1965, promulgada por meio do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, e vige em nosso ordenamento jurídico desde 26 de novembro de 1966.

Mencionado diploma internacional, ainda traz em seu artigo 1º, alíneas “a” e “b”, a definição de discriminação como toda distinção, exclusão ou preferência fundada em aspectos como raça, cor, sexo, religião, opinião política e que tenha por efeito alterar a igualdade de oportunidades no trabalho.

Muito embora tenham sido elencadas, no aludido dispositivo legal, diversas formas de distinção, este rol não é taxativo, sendo possível admitir-se outras modalidades de distinção que também configurarão discriminação, desde que atentem contra a igualdade de oportunidade e tratamento em matéria de emprego ou profissão, de forma a conferir ao texto da Convenção maior flexibilidade para abranger todas as situações concretas.

Pertinente ainda elucidar a característica inerente às Convenções da OIT, que uma vez ratificadas pelos Estados Membros adquirem *status* compulsório, obrigando os Estados a concretizar suas prescrições. Isto porque, “as convenções são espécies de tratados. Constituem-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional, a que aderem voluntariamente seus membros.” (DELGADO, 2011, p. 152)

Assim, o Brasil, ao ter ratificado a Convenção nº 111, assumiu o encargo de coibir toda e qualquer forma de discriminação que venha a alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento consoante a emprego ou profissão, razão pela qual não pode omitir-se na tratativa da questão, sob

pena de ser submetido ao procedimento de queixa junto à OIT por não ter dado cumprimento ao referido diploma internacional (SOUZA, 2006, p. 425-465).

Outro instrumento internacional de grande relevância foi a Recomendação nº 200, denominada “Recomendação sobre o HIV e a AIDS”, aprovada em 17 de junho do ano de 2010, em Genebra, durante a realização da Nonagésima Nona Sessão da Conferência Geral da OIT e “consiste em um diploma programático expedido por ente internacional enunciando aperfeiçoamento normativo considerado relevante para ser incorporado pelos Estados” (DELGADO, 2011, p. 152).

Apesar de não serem dotadas de compulsoriedade, haja vista não constituírem direitos e obrigações, as recomendações configuram verdadeiras fontes jurídicas materiais “uma vez que cumprem o relevante papel político e cultural de induzir os Estados a aperfeiçoar sua legislação interna na direção lançada por esses documentos programáticos internacionais” (DELGADO, 2011, p. 153).

Isto posto, incontestemente que a Recomendação nº 200 da OIT é instrumento que merece a atenção do Estado, em todas as três esferas de poder, considerando sua contribuição ímpar para o enfrentamento da discriminação dos soropositivos nas relações laborais.

Entre os princípios gerais a serem observados na resposta nacional ao HIV no âmbito das relações de trabalho, estabelecidos pela aludida Recomendação, destacam-se aqueles que prescrevem que não deve existir qualquer discriminação ou estigmatização de trabalhadores, utilizando-se como

pretexto a infecção real ou presumida pelo HIV, tampouco se estes pertencerem a segmentos da população tidos como mais vulneráveis à infecção pelo HIV.⁶

Notadamente, dada Recomendação além de proibir a discriminação e estigmatização dos trabalhadores soropositivos, atribui ao Estado a incumbência de garantir que portar HIV não constitua critério discriminatório impeditivo da contratação, da continuidade no emprego⁷, ou ainda, que seja causa ensejadora da resilição do contrato de trabalho⁸, bem como o dever de assegurar a manutenção do emprego e a contratação de portadores de HIV⁹.

Não obstante trate-se de um documento relativamente recente, sem força normativa, cabe ressaltar que esta Recomendação encontra-se em perfeita consonância com os princípios e direitos prescritos na ordem jurídica pátria, razão pela qual pode, e deve, ser empregada como referência nas práticas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário acerca do assunto.

Isto posto, coaduna-se com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que considera que, a dispensa imotivada do portador de

⁶ Art 3º, alíneas “a”, “b”, “c”. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT.

⁷ Art 10. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT. Condição real ou presumida de infecção por HIV não deve ser motivo de discriminação, impedindo a contratação, a permanência no emprego ou a busca de iguais oportunidades em consonância com os dispositivos da Convenção sobre a Discriminação no Emprego e na Profissão, 1958.

⁸ Art 11. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT. Condição real ou presumida de infecção por HIV não deve ser causa de término de relação de trabalho. Ausência temporária ao trabalho pela necessidade de prestar assistência a terceiros ou por motivo de enfermidade, relacionados com o HIV ou a Aids, deve ser tratada da mesma forma que as ausências por outras razões de saúde, levando em conta a Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, 1982.

⁹ Art 12. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT. Quando as medidas existentes contra a discriminação no local de trabalho forem insuficientes para a proteção efetiva contra a discriminação em face do HIV e da Aids, os Membros devem adaptá-las ou adotar novas medidas, cuidando para que sejam implementadas de modo eficaz e transparente

HIV consiste em uma despedida discriminatória e, portanto, conduta proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual faz jus o empregado soropositivo a reintegração ao emprego.

6. SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O TST já estava se posicionando pela impossibilidade de resilição imotivada do contrato de trabalho do trabalhador soropositivo, através de reiterados julgamentos, nos quais determinava a reintegração ao emprego de empregados portadores do vírus HIV, vítimas de despedida arbitrária e discriminatória, fundamentando as decisões na ausência de norma infraconstitucional proibindo a dispensa dos mesmos.¹⁰

O entendimento foi consolidado, com a edição da Súmula n. 443, em setembro de 2.012, que veda a dispensa discriminatória, nos seguintes termos:

SÚMULA 443. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. (TST, 2012)

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Recurso de revista 2140700-19.2004.5.02.0062. Agravante Viação Santa Brígida Ltda. e Agravado Josué Antonio. **Relator:** Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Publ. 19 dez. 2008. Disponível em: < <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=140700&digitoTst=19&anoTst=2004&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0062>>. Acesso em: 10 set. 2012.

Referida súmula veio pacificar a questão até então intensamente debatida, deixando claro que num Estado Democrático de Direito, como o Estado brasileiro, não há lugar para tratamento desigual e discriminação, impondo a observância da necessária estima que todas as pessoas merecem enquanto seres humanos, garantindo ao empregado portador soropositivo o direito ao trabalho constitucionalmente garantido, impedindo que continue a ser vitimado pela discriminação em função da doença.

Muito embora a casuística parecesse ter sido resolvida com a edição da referida Súmula, o posicionamento do TST já passou a ser alvo de crítica, ante a argumentos de que o empregador detém o direito potestativo de dispensar imotivadamente o empregado soropositivo, contanto que arque com as devidas verbas indenizatórias consequentes do ato de dispensa, cabendo, em caso de comprovação de ato discriminatório, a indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos pelo obreiro (LOPES, 2012).

A crítica aduz que a decisão estaria afrontando o princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da CF, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, mormente quando deixou de prever a possibilidade indenizatória, em caso de já ter-se operado a despedida (LOPES, 2012).

Todavia, não obstante se verifique a ausência de dispositivo legal específico no ordenamento jurídico que prescreva expressamente a garantia do portador de HIV no emprego e, por conseguinte, que garanta o direito a sua reintegração ao trabalho quando vítima de dispensa sem justa causa, as críticas não merecem prosperar.

Isto porque ao lado do princípio da legalidade, constituem o sustentáculo do ordenamento jurídico os princípios da dignidade da

pessoa humana, da valorização do trabalho, da justiça social, da não discriminação, da função social da empresa, dentre tantos outros, consubstanciados em premissas básicas, cláusulas pétreas, ponto de partida.

Assim, dada a relevância atribuída aos princípios no ordenamento jurídico, compete ao hermenêuta, quando deparar-se com a colisão entre dois ou mais princípios constitucionais, determinar qual princípio melhor corresponde à concretização dos objetivos erigidos pelo constituinte, aplicando-o ao caso concreto.

Contudo, impende salientar que referida ponderação entre um princípio ou outro, não resulta na exclusão do princípio não aplicado da ordem jurídica, uma vez que os princípios constitucionais não são incompatíveis entre si, dado que a Constituição consiste em um sistema harmônico de normas, razão pela qual impossível admitir-se a existência de antinomia (SANTOS, 2007, p. 123)

No que tange ao caso da reintegração dos empregados portadores do HIV vítimas da dispensa arbitrária, considerando que o princípio da legalidade encontra-se em rota de colisão com os demais princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio, anteriormente nominados, razão assistiu aos ilustres magistrados que entenderam por acertado o afastamento do princípio da legalidade, o que se consubstanciou na edição da Súmula 443 do TST.

Isto porque, o raciocínio contrário desembocaria na conclusão de que todos os direitos e garantias fundamentais dependeriam de normas de caráter infraconstitucional para sua efetivação, esvaziando, desta forma, a sua própria significação de fundamentalidade.

Negar o direito à reintegração no emprego ao soropositivo despedido imotivadamente em virtude de seu estatuto HIV sob a alegação de que não há lei ordinária que tutele tal garantia é violar o fundamento basilar do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana¹¹, bem como desrespeitar os valores sociais do trabalho¹² e os fundamentos da ordem econômica consistentes na valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que objetivam assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social¹³, além de contrariar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e, especialmente, de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁴

Conclui-se, desta feita, perfeitamente possível afastar a incidência do princípio da legalidade à casuística ora comentada, uma vez que os demais princípios constitucionais adquirem maior relevância na tratativa da matéria, sendo, portanto, desnecessária a existência de norma infraconstitucional específica para a tutela do direito à reintegração do portador de HIV ao emprego caso sofra dispensa de ordem discriminatória.

Há que se considerar, também, que a despedida arbitrária do obreiro soropositivo viola o princípio constitucional da função social da propriedade, pois com a CF condicionou-se a exploração desta ao dever de atender aos interesses da coletividade. E primar pelo cumprimento

¹¹ Art. 1º, III, CF.

¹² Art. 1º, IV, CF.

¹³ Art. 170, CF.

¹⁴ Art. 3º CF.

da função social significa dar continuidade aos vínculos empregatícios existentes, em especial, aqueles firmados com pessoas vulneráveis em razão do preconceito arraigado na sociedade, como os empregados portadores de HIV, posto que tais práticas têm o condão educativo, capazes de promover consideráveis modificações no modo de agir e pensar dos indivíduos e contribuir para a erradicação do preconceito, consolidando-se numa política de inclusão social.

Quanto ao encargo probatório, quem deve se desincumbir do ônus de comprovar que a dispensa imotivada não foi discriminatória é o empregador, haja vista a hipossuficiência do empregado, notadamente do portador do vírus HIV, bem como a dificuldade em se comprovar a discriminação, uma vez que esta, na imensa maioria das vezes, ocorre de forma dissimulada. Nota-se bem menos complexa a tarefa do empregador comprovar que dispensou o empregado por razões de ordem técnica, disciplinar ou econômica.

Neste sentido é a posição do TST, ao entender que a dispensa do portador de HIV é presumidamente discriminatória, recaindo, em virtude disso, ao empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita.¹⁵

Diante do exposto, tem-se que a posição adotada pelo TST anteriormente a edição da Súmula 443 e cristalizada pela mesma, pauta-se na proteção da dignidade da pessoa humana e no valor social atribuído pelo constituinte ao trabalho, considerando que mencionados

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 61600-92.2005.5.04.0201, Relator: Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 22/06/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011.

empregados se encontram em situação de hipossuficiência em relação aos seus empregadores e ao mercado de trabalho como um todo, repudiando condutas de ordem discriminatória e relativizando o direito potestativo do empregador em dispensar o empregado de forma imotivada, por meio da aplicação dos princípios gerais do direito e da analogia.

Desta forma, conclui-se que, em que pese não exista norma infraconstitucional específica acerca da matéria, a Justiça do Trabalho não se eximiu de solucionar a questão, garantindo aos portadores do vírus HIV proteção jurídica contra as condutas discriminatórias no âmbito laboral, de forma tal que remete às suas origens de justiça voltada para a realização dos direitos sociais, resgatando a dignidade do homem por meio da proteção de seus direitos trabalhistas, e acima de tudo, na promoção da igualdade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, com os avanços da ciência biomédica, notadamente nas áreas da imunologia e virologia, a sobrevida dos soropositivos prolonga-se muito, não sendo raro que os sujeitos contaminados passem décadas sem desenvolver os sintomas da síndrome da imunodeficiência adquirida.

Assim, é inegável que a epidemia do vírus HIV atinge frontalmente o universo laboral, fazendo com que se torne imperiosa a discussão acerca dos direitos dos empregados soropositivos, especificamente, a proteção destes em relação às condutas discriminatórias e ao exercício do direito do empregador em resilir o contrato de trabalho injustificadamente.

É a existência do princípio constitucional da proibição da despedida arbitrária que permite rebater o posicionamento que defende que a denúncia vazia do contrato de trabalho, como um direito potestativo do empregador, passível de ser exercido independentemente de justificativa, desde que se arque com as indenizações pertinentes ao trabalhador pela extinção do vínculo empregatício de forma imotivada.

Isto porque, coaduna-se com o entendimento de que ao artigo 7º, inciso I, da CF, foi conferida, pelo constituinte, eficácia contida, e não limitada, bem como, aplicabilidade imediata. Neste sentido, até que seja editada lei complementar que delimite sua incidência, mencionado dispositivo vigorará de forma plena no ordenamento jurídico.

Assim, a despedida que se dê de forma injustificada, atenta contra o princípio constitucional prescrito no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, sendo, deste modo, ato inconstitucional, razão pela qual impera que seja o empregado soropositivo reintegrado ao emprego, se vítima de tal conduta por parte do empregador.

Outro aspecto que cumpre ressaltar é que a despedida arbitrária viola, ainda, o princípio constitucional da função social da propriedade. Com o advento da Magna Carta de 1988, a exploração da propriedade ficou condicionada ao dever de atender também aos interesses da coletividade.

Neste contexto, a empresa, incluída no conceito de propriedade, tem que cumprir com sua função social, de sorte que deve primar pela continuidade dos vínculos empregatícios existentes, notadamente, dos firmados com empregados portadores de HIV, uma vez que para estes a reinserção no mercado de trabalho é tarefa praticamente impossível, haja vista o preconceito velado arraigado no seio da sociedade.

Ademais, as práticas vivenciadas no ambiente de trabalho possuem condão educativo, influenciando na conduta dos sujeitos inseridos em dado meio, capazes, portanto, de promover consideráveis modificações no senso comum, contribuindo para a erradicação do preconceito e estigmatização que envolvem os soropositivos, convergindo em uma verdadeira política de inclusão social.

No que concerne à proteção contra a discriminação, o ordenamento jurídico pátrio prevê uma série de institutos hábeis a permitir a reintegração do portador do vírus HIV ao emprego se despedido sem justa causa, de ordem tal que se considera dispensável a existência de norma infraconstitucional que regulamente de forma específica a matéria. Amparando este entendimento, tem-se a Convenção nº 111 da OIT e a Recomendação nº 200 da OIT sobre AIDS/HIV.

Em sede de normas jurídicas internas também se vislumbra a existência de enunciados protetivos passíveis de serem aplicados ao caso dos empregados soropositivos contra o rompimento arbitrário e desmotivado do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, a saber: o princípio constitucional da não discriminação, prescrito no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, ao lado do princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, também inserido em nossa Lei Maior.

Este tem sido o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que se cristalizou com a edição da Súmula n. 443 em setembro de 2.012, cumprindo assim com os objetivos originários da própria ciência *juslaboral*, quais sejam resgatar e proteger a dignidade da pessoa humana, bem como, defender um tratamento isonômico aos trabalhadores, constituindo-se, hodiernamente, no meio mais efetivo de concretização da justiça social.

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli
Chayene Tayze Maculia Oliveira
Silvana Souza Netto Mandalozzo

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Maria Rita de Cassia Barreto de; LABRONICI, Liliana Maria. A trajetória silenciosa de pessoas portadoras do HIV contada pela história oral. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 12, n. 1, p.263-274, 2007.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. **Revista LTr**, São Paulo, v. 71, n. 5, p. 604-615, mai. 2007.
- ALVES, Estela Rodrigues Paiva. SILVA, Ana Cristina de Oliveira. **A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) com base na North American Nursing Diagnosis Association (NANDA) e diagnósticos em enfermagem: um estudo de caso.** Disponível em: http://www.aidscongress.net/Modules/WebC_AidsCongress/CommunicationHTML.aspx?Mid=36&CommID=308. Acesso em: 20 dez. 2012.
- BARACAT, Eduardo Milléo. **HIV e AIDS e o mundo do trabalho: aplicação da Recomendação nº 200 da OIT no Brasil.** Disponível em <http://eduardobaracat.blogspot.com/p/artigos-doutrinarios-publicados.html>. Acesso em 09 ago. 2012.
- BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no local de trabalho: um enfoque de direito internacional e comparado. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3º Reg.** Belo Horizonte, v. 32, n.62, p. 67-86, jul./dez.2000. Disponível em: http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_62/Alice_Barros.pdf. Acesso em: 09 ago. 2012.
- _____. **Curso de Direito do Trabalho.** 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

- _____. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico AIDS/DST**, Ano VII, n. 1. Brasília, 2010
- _____. Superior do Trabalho. **Súmula 443**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23113/vedacao-a-dispensa-discriminatoria-analise-da-sumula-443-do-tst#ixzz2LwAcc7E0>. Acesso em 25 fev. 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- LOPES, Márcia Carla Baeta. **Vedação à dispensa discriminatória: análise da Súmula 443 do**
- NAÇÕES UNIDAS. UNAIDS - Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids. Relatório Global. **UNAIDS**: Novembro de 2010. Disponível em http://www.unaids.org/globalreport/global_report.htm. Acesso em 20 jul. 2012.
- NAÇÕES UNIDAS. UNAIDS - Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids. Estratégia da UNAIDS/ONUSIDA 2011-2015: Chegando a zero. **UNAIDS**. Disponível em: <<http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2010/JC2034UNAIDSSstrategypt.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. **Aids e discriminação: violação dos direitos humanos**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 762, 5 ago. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7126>. Acesso em: 21 jul. 2012.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.OIT. Recolha de directivas práticas do BIT sobre o HIV/SIDA e o mundo do trabalho.

Organização Internacional do Trabalho. Genebra, junho de 2001.
Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/hivsida.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

_____. Recomendação nº 200. Recomendação sobre o HIV e a Aids e o mundo do trabalho, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho em sua 99ª Sessão, Genebra, 17 de junho de 2010. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/277> Acesso em 08 ago. 2012.

_____. Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho/ **Organização Internacional do Trabalho.** Programa da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/repertorio_hiv_aids_2010_278.pdf Acesso em 25 jul.2012.

ORTEGA, Karem López. **HIV/AIDS.** Disponível em: http://www.fo.usp.br/cape/grupo_de_estudo_cape_arquivos/AIDS.pdf. (parte da tese de doutorado Aspectos Demográficos, Clínicos e Odontológicos de 1200 Pacientes HIV Positivos do Centro de Atendimento a Pacientes Especiais. Tese (Doutorado) - CAPE-FOUSP. USP, 2000.

PORTELA, Margareth Crisóstomo; LOTROWSKA, Michel. Assistência aos pacientes com HIV/Aids no Brasil. **Revista Saúde Pública**, v. 40, Supl, p.70-79, 2006

SANTOS, Márcio Gil. **Reflexão sobre princípios constitucionais.** **Revista Estação Científica.** v. 1, n. 2, Agosto/Setembro. 2007. Juiz de Fora: Faculdade Estácio de Sá, 2007.

SANTOS, Norma Suely de Oliveira; ROMANOS, Maria Tereza Villela; WIGG, Márcia Dutra. **Introdução à Virologia Humana.** Rio de Janeiro (RJ): Guanabara Koogan, 2002.

SIMÕES, Mariana Meloni Mathias. **O significado da revelação do diagnóstico para adolescentes portadores do HIV por transmissão vertical.** Monografia (Programa de Aprimoramento Profissional, Instituto de Infectologia Emílio Ribas, Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. Área de Concentração: Psicologia Hospitalar) - Instituto de Infectologia Emílio Ribas, São Paulo, 2009.

SOUZA. Zoraide Amaral de. A Organização Internacional do Trabalho – OIT. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 9, p. 425-465, Dez. 2006.

SZWARCWALD. Celia Landmann *et al.* A disseminação da epidemia da AIDS no Brasil no período de 1987-1996: uma análise espacial. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 16, Sup. 1, p.7-19, 2000.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA ORIGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Ilse Marcelina Bernardi Lora¹
Rodrigo Goldschmidt²

“Lutar pela igualdade sempre que as diferenças nos discriminem. Lutar pelas diferenças sempre que a igualdade nos descaracterize.”

Boaventura de Sousa Santos

Resumo: A temática relativa aos direitos humanos desafia os vários segmentos do pensamento jurídico nacional e mundial. A preocupação é justificada pela importância e pela complexidade do assunto. As polêmicas alcançam, dentre outras questões, o próprio significado semântico das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, além de sua fundamentação. Com o intuito de contribuir para as reflexões que cercam a instigante matéria, o estudo propõe-se a examinar os direitos fundamentais com vistas ao problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho, analisando seu potencial para

¹ Juíza do Trabalho no Paraná

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da UNOESC. Líder do Grupo de pesquisa em direitos sociais fundamentais da UNOESC. Juiz do Trabalho em Santa Catarina.

combater realidade perversa, que subverte a premissa essencial da gênese do Direito do Trabalho, qual seja, a proteção da força de trabalho do homem e de sua dignidade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; dignidade humana; discriminação; relações de trabalho.

Abstract: The thematic related to human rights, challenges the several sectors of national and international legal thinking. The concern is justified by the importance and complexity of the subject. The polemics reach, among other issues, the actual semantic meaning of the expressions human rights and fundamental rights, besides its reasons. In order to contribute to the discussions surrounding the instigating subject, the study proposes to discuss the fundamental rights aiming at the issue of discrimination because of the origin in labor relations, analyzing their potential to combat perverse reality that subverts the genesis essential premise of Labor Law, namely, the protection of man workforce and his dignity.

Keywords: Fundamental rights, human dignity, discrimination, labor relations.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direitos humanos e direitos fundamentais; 2.1 Os problemas semânticos; 2.2 Os fundamentos; 2.3 A função dos direitos humanos; 2.3.1 Função de defesa ou de liberdade; 2.3.2 Função de prestação social; 2.3.3 Função de proteção contra terceiros; 2.3.4 Função de não discriminação; 3 Direitos fundamentais e princípio da dignidade humana; 4 Eficácia dos direitos fundamentais; 5 A discriminação nas relações de trabalho; 5.1 O princípio da igualdade; 5.2 A discriminação nas relações de trabalho: o problema da discriminação em razão da origem; 5.3 O direito à diferença e ao reconhecimento: os direitos humanos como instrumento para conciliação das diferenças; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

As complexidades e ambiguidades que cercam a temática relativa aos direitos humanos revelam sua riqueza e sua importância para a consolidação de valores que viabilizem a construção de sociedade que, não obstante multicultural, promova o respeito aos atributos essenciais do ser humano.

A doutrina empenha-se, com afinco e determinação, na árdua tarefa de dissecar os múltiplos e intrincados meandros envolvidos no estudo da questão. Sua arduidade constitui desafio, máxime diante da relevância da função dos direitos humanos como instrumentos de defesa das liberdades e da não discriminação no momento histórico atual, que se distingue pelas perplexidades e contradições, e a que não esta imune o ambiente laboral.

Com o intuito de contribuir para as reflexões que cercam a instigante temática, decidiu-se proceder à análise dos direitos fundamentais com vistas ao problema da discriminação em razão da origem nas relações de trabalho, realidade perversa que subverte a premissa essencial da gênese do Direito do Trabalho, qual seja, a proteção da força de trabalho do homem e de sua dignidade.

Para cumprir o desiderato, inicialmente serão apresentados os problemas semânticos que envolvem as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, além da celeuma que cerca seus fundamentos, para em seguida examinar as funções dos direitos humanos, com destaque para aquela de não discriminação, de significativo relevo para o presente estudo, em razão de seu objetivo central, qual seja, o de examinar o papel dos direitos fundamentais como instrumento de combate à discriminação nas relações de trabalho.

Em razão da profunda imbricação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana, em especial no âmbito trabalhista, onde representam meios para a asseguaração a quem trabalha de ambiente de respeito e de tolerância, o estudo destes aspectos merecerá distinta atenção, buscando-se, mercê de incursão minudente pela doutrina, encontrar definição da dignidade humana que permita melhor entendê-la.

O exame da eficácia dos direitos fundamentais, com destaque para sua irradiação também para as relações privadas, especialmente no âmbito trabalhista, será alvo de detalhamento, pois se trata de providência importante para compreender sua revelância na luta contra todas as formas de discriminação.

Chegar-se-á em seguida a tema proeminente da pesquisa, que diz respeito à discriminação em razão da origem nas relações de trabalho, e que exige prévio e indispensável exame do princípio da igualdade.

Por último, será objeto de análise o direito à diferença e ao reconhecimento, perscrutando-se ainda o potencial dos direitos humanos como instrumento para promoção do respeito às diferenças, em especial no ambiente laboral, em que os processos relacionados com a globalização inspiram condutas segregacionistas, que subvertem a premissa básica da criação do Direito do Trabalho de resguardo da força de trabalho do homem e de sua dignidade.

2. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Os problemas semânticos

A inquietação com os direitos humanos é tema central da hermenêutica constitucional contemporânea e também da filosofia do direito, em razão da relevância e da complexidade do tema. Os problemas alcançam o próprio significado semântico da expressão direitos fundamentais, consoante demonstra análise da legislação e da doutrina. São utilizadas diversas expressões - inclusive pela Constituição Federal Brasileira³ -, não raro de forma indistinta, tais como direitos humanos, direitos do homem, direitos humanos fundamentais, direitos humanos dependentes de fatores culturais, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas e direitos das personalidade, dentre outros. A arduidade da tarefa agiganta-se quando a ela se agrega a dificuldade para se encontrar um fundamento último para os direitos humanos.

A expressão direitos humanos, preferida pelos autores ingleses, americanos e latinos, sofre críticas, sob a alegação de que sua vagueza determina definições tautológicas e estéreis, a par de conduzir a conceitos que, por demasiadamente abertos, pouco dizem ou representam. (MENDES, et al. 2007, p. 226). Essa terminologia é preferencialmente utilizada para designar direitos naturais insertos nas declarações e convenções internacionais.

Sarlet (2008, p. 33-35) salienta a necessidade de critério unificador,

³ Consta no art. 4º, II, da Constituição Federal: “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos **direitos humanos**;”. Na epígrafe do título II está escrita a expressão “**Dos direitos e garantias fundamentais**”. O art. 60, §4º, inciso V, por sua vez, menciona “**direitos e garantias individuais**.” (sem destaque no original).

seja em razão do dissenso doutrinário, seja pela importância prática, em especial no que respeita à interpretação e à aplicação das normas relativas a tais direitos. Para o doutrinador, direitos humanos seriam os atributos reconhecidos, em documentos internacionais, ao ser humano como tal, independentemente do direito constitucional do Estado, aspirando assim à validade universal, para todos os povos e tempos e ostentando inequívoco caráter supranacional, enquanto os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de um determinado Estado. Realiza ainda distinção, de caráter acentuadamente didático, entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Os primeiros são os direitos naturais não, ou ainda não positivados; os segundos, os direitos inseridos em normas de direito internacional, enquanto os últimos são aqueles direitos introduzidos no direito constitucional positivo de cada Estado. Assinala que a expressão direitos fundamentais, por ele eleita, contempla acepção mais exata e restrita, em razão de que diz respeito ao complexo de direitos e liberdades proclamados e assegurados pelo direito positivo de determinado Estado. Tratam-se, assim, “de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do estado de Direito”. (SARLET, 2008, p. 36-38)

Embora as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” sejam continuamente usadas como sinônimos, podem ser distinguidas segundo sua procedência e significado. Direitos do homem, segundo a dimensão jusnaturalista-universalista, são aqueles direitos válidos para todos os povos e em todas as épocas. Direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos do homem garantidos jurídica e institucionalmente, e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem são próprios da

natureza humana “e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. (CANOTILHO, 1999, p. 393).

Todos os seres humanos possuem, por natureza, direitos humanos, independentemente de circunstâncias eventuais, tais como a raça, gênero, nacionalidade ou religião. São direitos que decorrem do ser-homem de cada indivíduo. Não podem ser concedidos ou outorgados pelo Estado, cabendo a este apenas positivá-los, efetivá-los e protegê-los. (HAHN, 2010, p. 15-16). Direitos fundamentais, por sua vez, “são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (BONAVIDES, 2007, p. 560). A positivação dos direitos fundamentais, que não tem natureza constitutiva e sim declaratória, ocorre, como regra geral, através da Constituição, que é o ato normativo mais relevante de cada nação (MARTINS FILHO, 2010, p. 283). O reconhecimento expresso dos direitos humanos pela autoridade política confere maior segurança às relações sociais, a par de exercer função pedagógica no meio comunitário, na medida em que atribui prevalência aos importantes valores éticos, facilitando sua assimilação pela coletividade. (COMPARATO, 2013, p. 71) Após tecer considerações sobre as dificuldades que permeiam o significado semântico da expressão direitos fundamentais, Coelho (2007, p. 181) afirma que o conceito destes tende a ser absorvido pelo de direitos humanos, como reação natural das nações que se consideram civilizadas diante das experiências, em especial do nazismo e do fascismo, caracterizadas pelo total desprezo à dignidade humana.

Para Baez (2011, p. 37), os direitos humanos são um complexo de valores éticos, inseridos ou não nos textos normativos, cujo objetivo é resguardar e efetivar as dimensões básica (defendendo os indivíduos

contra atos que possam reduzi-lo a mero objeto ou que provoquem restrição a seu estado de sujeito de direitos) e cultural (resguardando as dessemelhanças morais, que dizem respeito às diversas maneiras de que se valem as sociedades para pôr em prática o plano básico) da dignidade humana. Não estão subordinados ao reconhecimento jurídico, existindo independentemente de leis ou tratados (BAEZ, 2011, p. 37)

Os direitos humanos destinados à efetivação básica da dignidade humana recebem a denominação de direitos humanos fundamentais (BAEZ, 2011, p. 39-40). Não toleram, na sua realização, condicionamentos políticos ou culturais (BAEZ, 2011, p. 44). Os direitos humanos que visam à realização da dignidade humana, em sua dimensão cultural, são chamados de direitos humanos dependentes de fatores culturais (BAEZ, 2011, p. 40). Seu desenvolvimento reflete a transformação progressiva das sociedades, reconhecendo, por isso, particularidades culturais e admitindo diferentes formas de efetivação, consoante a realidade política, econômica ou social. As duas dimensões explicitadas não desnaturam o caráter indivisível dos direitos humanos, em razão de que os preceitos desses dois planos de ação entrelaçam-se (BAEZ, 2011, p. 44). Direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos inseridos na legislação interna dos Estados.

Após examinar as diversas expressões utilizadas para designar tais direitos, SILVA (2008, p. 178) conclui que direitos fundamentais do homem constitui a mais apropriada, porque, a par de dizer respeito a princípios que resumem a concepção do mundo e indicam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no âmbito do direito positivo, as prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Segundo o mesmo autor, o qualificativo *fundamentais* indica que se trata de situações jurídicas imprescindíveis à realização, à convivência e à própria sobrevivência da pessoa humana. São, também, fundamentais *do homem* - entendido como *pessoa humana* - no sentido de que a todos, sem distinção, devem ser reconhecidos e concreta e materialmente efetivados. Não significam simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas “*limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*”. Os direitos fundamentais podem ainda ser definidos como aqueles que “em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça.” (ROMITA, 2005, p. 36).

2.2 Os fundamentos

Celeuma semelhante àquela encontrada em torno do significado semântico da expressão direitos fundamentais existe no aspecto dizente com a fundamentação ou justificação para tais direitos. Miranda (2012, p. 59-61) assinala que são múltiplas e até mesmo contraditórias as compreensões filosóficas sobre o tema. Segundo as concepções jusnaturalistas, os direitos do homem são imposições de Direito natural, que precedem a vontade do Estado e a ela se sobrepõem. Conforme os positivistas, os direitos do homem são permissões outorgadas e reguladas pela lei. Para os idealistas, os direitos do homem são entendidos como ideias acolhidas gradativamente pela realidade, enquanto para os realistas seriam resultado da experiência ou das lutas políticas, econômicas e sociais. Para os contratualistas, os direitos do homem resultam do contrato social, como compensação pela integração do homem na sociedade,

enquanto os institucionalistas entendem-nos como instituições próprias da vida comunitária.

Para Bobbio (2004, p. 16-17), o problema do fundamento varia conforme se busque fundamento de um direito já positivado ou de um direito que se gostaria de ver reconhecido. Na primeira situação, procede-se à identificação da norma que o reconhece, enquanto na segunda apontam-se as razões para defender a necessidade de sua proclamação formal. Em razão do objetivo da busca do fundamento, surge a ilusão do fundamento absoluto, que ninguém poderá refutar ou questionar. Esta concepção enganosa grassou durante séculos entre os jusnaturalistas, fundamentada no argumento de que tais direitos irresistíveis derivavam diretamente da natureza do homem, raciocínio que se mostrou frágil, na medida em que muitos direitos, inclusive os mais diversos entre si e mesmo os menos fundamentais, resultam da natureza do homem. Kant reduziu os direitos insuperáveis a apenas um, qual seja, a liberdade.

Para o doutrinador italiano (BOBBIO, 2004, p. 21-22) , a ilusão presentemente não se sustenta e toda busca do fundamento absoluto é infundada, sendo apontadas, para corroborar a afirmação, quatro razões: (1) a expressão “direitos do homem” é muito vaga, não tendo havido êxito na tentativa de defini-la, acentuando-se as dificuldades na sua interpretação e aplicação e mostrando-se impossível apresentar fundamento, absoluto ou não, de direitos dos quais não se tem noção precisa; (2) os direitos do homem constituem classe variável, sujeita a modificações segundo as condições históricas; (3) os direitos do homem são marcados pela heterogeneidade, havendo na própria Declaração pretensões diversas e até mesmo incompatíveis, do que deriva a necessidade de falar não em fundamento, mas em diversos fundamentos dos direitos do homem,

conforme o direito que se quer defender; (4) há antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas, pois as declarações de direitos contemplam, além dos direitos individuais tradicionais (liberdades), que exigem obrigações negativas, inclusive de parte do Estado, também os chamados direitos sociais (poderes), que impõem obrigações positivas (prestações), que não podem ser desenvolvidos simultaneamente nas mesmas proporções, pois, à medida em que aumentam os poderes do indivíduo, decrescem suas liberdades. Disso deriva que dois direitos fundamentais antinômicos não podem ter ambos fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torna um direito e o seu oposto ao mesmo tempo inquestionáveis e irrefutáveis. A ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos foi usada para evitar o reconhecimento de novos direitos incompatíveis com aquele. Cita, a título de exemplo, a oposição contra a introdução de direitos sociais justificada pelo fundamento absoluto dos direitos de liberdade.

Quer-se saber se a busca do fundamento absoluto, ainda que exitosa, é capaz de garantir o pleno reconhecimento e realização dos direitos do homem, sendo necessário, para tanto, enfrentar o segundo dogma do racionalismo ético, também segunda ilusão do jusnaturalismo, qual seja, de que basta demonstrar os valores últimos para que seja garantida sua realização. Este dogma é desmentido pela experiência histórica, pelas seguintes razões: (1) os direitos humanos não foram mais respeitados na época em que os pensadores consideravam haver encontrado um fundamento absoluto para eles, ou seja, que derivavam da natureza do homem; (2) apesar da crise dos fundamentos, houve a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que demonstra que os diversos governos encontraram boas razões para fazê-lo, não havendo necessidade de fundamento absoluto e sim de condições

para realizar os direitos do homem; (3) muitas dessas condições não dependem da boa vontade ou das boas razões indicadas para demonstrar a bondade absoluta desses direitos e sim da situação econômico-social. O problema fundamental dos direitos do homem atualmente não é tanto o de justificá-los e sim de protegê-los, o que revela a natureza política da questão (BOBBIO, 2004, p. 22-23).

A crise de fundamentos existe. Sua superação não será encontrada mediante a busca de fundamento absoluto como substituto para o que se perdeu. A tarefa, mais modesta, embora também mais difícil, é buscar, em cada caso, os vários fundamentos possíveis, mister que deverá ser acompanhado pelo exame das condições, dos instrumentos e das situações propícias à realização deste ou aquele direito. O aspecto filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado dos demais ângulos (históricos, sociais, econômicos e psicológicos) que influenciam sua realização, sob pena de se condenar a filosofia à esterilidade (BOBBIO, 2004, p. 23-24).

2.3 A função dos direitos fundamentais

São múltiplas e diversificadas as funções dos direitos fundamentais na ordem jurídica apontadas pela doutrina, elegendo-se a classificação preconizada por Canotilho (1999, p. 407-411), em razão de sua precisão e objetividade.

2.3.1 Função de defesa ou de liberdade

Esta primeira função compreende dupla perspectiva: (1) proíbe as ingerências dos poderes públicas na esfera de autodeterminação do indivíduo (normas de competência negativa); (2) num plano jurídico-

subjetivo, implicam “o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por partes dos mesmos (liberdade negativa)” (CANOTILHO, 1999, p. 408).

Segundo Alexy (2011, p. 196), os direitos a ações negativas dividem-se em três grupos de direitos: (1) que o Estado não impeça ou dificulte ações do titular do direito; (2) que o Estado não afete certas características ou situações do titular do direito; (3) que o Estado não faça desaparecer certas posições jurídicas do titular do direito.

Os direitos de defesa impõem ao Estado dever de abstenção, não lhe sendo dado praticar ingerências indevidas na liberdade pessoal e propriedade. Também protegem o indivíduo contra atos do Estados que afetem bens jurídicos.

2.3.2 Função de prestação social

Enquanto os direitos de defesa determinam a abstenção do Estado, os direitos a prestação exigem o agir deste para suprir as necessidades dos indivíduos. A ação do Estado, determinada pelo direito à prestação, compreende a prestação jurídica e a material. A primeira implica o dever de o Estado editar as normas relativas ao bem jurídico protegido como direito fundamental e a segunda alcança os direitos sociais. (MENDES et al, 2007, p. 248-249).

Segundo Alexy (2011, p. 201-203), os direitos a ações positivas dividem-se em dois grupos: aquele que tem por objeto uma ação fática e aquele que tem por objeto ação normativa. O critério para distingui-los é a desimportância da forma jurídica na execução da ação para a

satisfação do direito. Como exemplo de ação positiva fática, tem-se o direito de proprietário de escola privada a auxílio do Estado por meio de subvenções. Direitos a ações normativas são direitos a atos do Estado de criação de normas. As ações positivas fáticas são chamadas de direitos a prestações em sentido estrito e as ações positivas normativas de direitos a prestações em sentido amplo.

Para Canotilho (1999, p. 408-409), a função prestacional dos direitos fundamentais sempre está associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais: (1) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se a norma constitucional permite imediata exigência prestacional pelo indivíduo; (2) ao problema dos direitos sociais derivados, que diz respeito ao direito de exigir do Estado a normação necessária para concretização do bem jurídico protegido pelo direito fundamental e ao direito de demandar e obter igual participação nas prestações criadas pelo legislador; (3) ao problema de saber se as normas que consagram direitos fundamentais sociais vinculam os poderes públicos, obrigando-os a políticas sociais ativas.

Incumbe ao Estado, em razão da função de proteção dos direitos fundamentais, promover o bem-estar dos cidadãos, garantindo-lhes os meios básicos indispensáveis à sobrevivência digna.

2.3.3 Função de proteção contra terceiros

Outra relevante função dos direitos fundamentais, baseado no dever geral de efetivação que compete ao Estado, a par da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, é aquela relativa ao dever de proteção, não somente em face dos poderes públicas, mas igualmente diante de

investidas de particulares e até mesmo de outros Estados (SARLET, 2008, p. 165)

Compete ao Estado tomar medidas positivas com o fito de proteger os direitos fundamentais em face de atos lesivos praticados por terceiros. Diversamente do que ocorre com a função prestacional, “o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública) mas entre o indivíduo e outros indivíduos [...]” (CANOTILHO, 1999, p. 409).

2.3.4 Função de não discriminação

Trata-se de uma das funções mais salientadas pela doutrina, em especial a norte-americana, e de particular interesse ao presente estudo. A partir do primado da igualdade, é função básica e elementar dos direitos fundamentais garantir que o Estado trate seus cidadãos como iguais, o que alcança todos os direitos. Este papel dos direitos fundamentais sustenta as ações afirmativas, a implantação de cotas para minorias e com base nele “alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (‘direitos dos homossexuais’, ‘direitos das mães solteiras’, direitos das pessoas portadoras de HIV)”. (CANOTILHO, 1999, p. 409-410)

Os direitos fundamentais asseguram a proteção de círculo de igualdade pessoal, não permitindo intervenções decorrentes de atos discriminatórios, o que gera, como consequência, direito subjetivo de defesa em face de qualquer ataque ao princípio da igualdade. (SARLET, 2008, p. 187)

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana entrelaçam-se de forma vigorosa. O último é apontado como elemento fundante, informador e unificador dos direitos fundamentais e uma das bases do Estado de Direito Democrático, conforme previsto no inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal, servindo também como elemento orientador do processo de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Segundo Nunes, trata-se de “verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”. (2010, p. 65)

Para Sarlet (2004, p. 59-60), a dignidade da pessoa humana é atributo peculiar e distintivo de cada ser humano e que o faz merecer igual respeito e deferência por parte do Estado e da comunidade. Implica, assim, conjunto de deveres e direitos fundamentais que garantem a pessoa contra quaisquer atos degradantes e desumanos. Tais deveres e direitos fundamentais também determinam a garantia de condições existenciais mínimas para vida salutar e viabilizam à pessoa tomar parte ativamente e com responsabilidade nos destinos da própria existência e na vida coletiva. Ao abordar a dimensão ontológica da dignidade, o autor afirma que esta é qualidade inerente à pessoa humana, que qualifica o ser humano e dele não pode ser destacada. Não pode, por isso, ser criada, concedida ou retirada, mas pode e deve ser promovida e respeitada. Existe até mesmo onde não é reconhecida expressamente pelo Direito e independe das circunstâncias concretas, não podendo ser desconsiderada mesmo nas situações em que as pessoas cometem ações indignas ou infames, justamente por se tratar de atributo intrínseco da pessoa humana. O conteúdo do art. 1º da Declaração Universal

da ONU e o entendimento da jurisprudência constitucional e da doutrina demonstram que o elemento central da noção da dignidade humana ancora-se na autonomia, considerada em abstrato, e no direito de autodeterminação de cada pessoa, tal como defendido por Kant. (SARLET, 2009, p. 20-23)

Abbagnano (2000, p. 276) esclarece que o princípio da dignidade é entendido como a exigência manifestada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Tal imperativo implica considerar que todo homem, como fim em si mesmo, tem valor não relativo, mas peculiar, ou seja, a dignidade.

Complak (2008, p. 119-120) tece críticas às definições correntes sobre dignidade, em especial a kantiana, sob o argumento de que pecam pela subjetividade. Propõe-se a definir a dignidade do homem “como o conjunto (o todo) das únicas qualidades que o distinguem do reino animal e vegetal, as quais asseguram a ele um lugar excepcional no universo.” (COMPLAK, 2008, p. 109). Assevera que a mais acertada qualificação do homem seria a dignidade do **ser humano**, pois permite mostrar melhor a dignidade do homem. Esta locução faculta estender o conceito de homem até o feto humano, desde os primeiros instantes da sua evolução. (COMPLAK, 2008, p. 111)

Ao examinar a epistemologia do gênero direitos humanos, Baez (2011, p. 26-27) informa que a dignidade humana, reconhecida no preâmbulo das Declarações de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e da Organização das Nações Unidas, representa valor primordial e elemento essencial de todos os direitos consagrados nas referidas Declarações. O doutrinador afirma ainda que, no

âmbito filosófico, as várias teorias que se ocupam da construção dos fundamentos dos direitos humanos destacam, não obstante a diversidade de raciocínios, que a dignidade humana, segundo a ótica ocidental, é o elemento ético central dessa categoria de direitos. Adverte, entretanto, com propriedade, que tanto não representa achado da civilização ocidental, na medida em que tradições sociais que remontam aos tempos que antecedem o cristianismo já adotavam essa base moral. Cita, dentre outros esclarecedores exemplos, o confucionismo, sistema filosófico chinês que teve início há mais de 2.500 anos, e cujo núcleo é a humanidade, esta entendida como apanágio de cada ser humano e que o dignifica, inspirando o respeito de parte dos semelhantes e o cuidado com seu bem-estar. Salienta a arduidade apontada pela doutrina para encontrar definição da dignidade humana e propõe tese inovadora como instrumento para melhor compreendê-la. Separa a dignidade em dois planos de exame: 1) o primeiro, denominado dimensão básica, onde se situam os bens jurídicos basilares para a vivência humana. indispensáveis para a autodeterminação dos indivíduos e que impedem sua coisificação; 2) o segundo, designado dimensão cultural, onde se encontram os valores mutáveis temporal e espacialmente, que buscam satisfazer as necessidades de cada sociedade, segundo os diversos momentos históricos e em consonância com os recursos financeiros, políticos e culturais.

Na seara laboral a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha realce e proeminência. O respeito aos atributos do trabalhador, atendida sua condição de pessoa humana, é elemento fundamental para que não seja visto apenas como mera peça da engrenagem e passe a ser reconhecido como homem, valorizando-se sua integridade física, psíquica e moral, o que alcança, indiscutivelmente, dentre outros, o direito de não ser discriminado.

A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais não pode se circunscrever à esfera teórica, devendo transpor esse âmbito para alcançar efetividade, traduzida na efetiva asseguuração, a quem trabalha, de tratamento respeitoso e igualitário, condição indispensável para viabilizar existência digna. Para Goldschmidt (2010, p. 209), o direito fundamental ao trabalho digno compreende o complexo de normas jurídicas que visem não somente a garantir o posto de trabalho como fonte de rendimentos e de sustento, mas também a fomentar condições dignas de labor, preservando a higidez física e mental do trabalhador.

4. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são, simultaneamente, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Em face de sua condição de direitos subjetivos, facultam a seus titulares impor seus interesses em face dos órgãos que a eles se vinculam. Como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, estabelecem a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (MENDES, 2007, p. 2)

Os direitos fundamentais foram concebidos originariamente como direitos de defesa, para proteger o cidadão de interferências indevidas do Estado. Atendida essa dimensão, ao Poder Público era atribuída competência negativa, o que determinava a obrigação de respeitar o núcleo básico de liberdades do cidadão. Trata-se da chamada eficácia vertical, necessária, ante a manifesta desigualdade do indivíduo perante o Estado, a quem são atribuídos poderes de autoridade. Para Canotilho (1999, p. 383), a função de direitos de defesa dos cidadãos, exercida pelos direitos

fundamentais, compreende dupla perspectiva: 1) no plano jurídico-objetivo, representam normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo sua interferência na esfera jurídica individual; 2) no plano jurídico-subjetivo, significam o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir abstenções do Estado, a fim de evitar ações lesivas por parte deste (liberdade negativa).

Entretanto, com o evoluir das relações sociais e o incremento de suas necessidades, observou-se a insuficiência desse mero dever de abstenção. Surgiu então a chamada vinculação positiva dos poderes públicos, que pressupõe a ação do Estado, que deve adotar políticas e ações aptas a fomentar a preservação dos direitos e garantias dos indivíduos, concretizando assim o ideário do Estado Social.

A vinculação positiva do Estado alcança os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Do primeiro, exige-se o incremento de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos e garantias do cidadão, além de interpretação e aplicação das leis em conformidade com os direitos fundamentais. Ao Judiciário cabe tarefa relevante na defesa dos direitos fundamentais, em especial diante do preceito insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consagra a inafastabilidade da jurisdição, incumbindo-lhe, no exercício de suas atribuições, conferir a esses direitos a máxima eficácia possível, a par de recusar aplicação a preceitos que desrespeitem os direitos fundamentais.

Historicamente, conferiu-se especial proeminência à proteção dos direitos fundamentais em face do Estado, em razão de que estes surgiram e afirmaram-se justamente como reação ao poder das monarquias absolutistas.

Entretanto, em razão da manifesta superação do tradicional

conceito de que direito constitucional e direito privado ocupavam posições estanques, divorciadas entre si, e diante da progressiva assimilação da força normativa da Constituição, fez-se necessário refletir sobre o problema da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Mendes (2007, 120-121) informa que esse tema marcou a discussão doutrinária dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha. Também é objeto de intensos debates nos Estados Unidos, sob o rótulo da *state action*. Sarlet (2008, p. 164) assinala que a eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), consoante denominação utilizada pela doutrina alemã, configura o primeiro desdobramento do efeito jurídico objetivo autônomo dos direitos fundamentais. Dita eficácia embasa a técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição e desencadeia a questão ligada à chamada eficácia horizontal - *Drittwirkung*, na doutrina alemã - , que significa a irradiação de efeitos dos direitos fundamentais também nas relações privadas, tema que é considerado uma das mais importantes consequências da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Segundo a doutrina tradicional, dominante no século XIX, os direitos fundamentais tinham por objetivo proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado e, como tal, não apresentavam relevância nas relações entre particulares. Entretanto, o reconhecimento de que os direitos fundamentais não se limitam ao direito de defesa, para conter o poder estatal, mas também compreendem postulados de proteção, conferiu supedâneo à teoria que defende sua aplicação no âmbito do direito privado.

Com efeito, o desenvolvimento da sociedade pulverizou o poder,

antes concentrado nas mãos do Estado. As diversas formas de organização surgidas na órbita privada passaram a assumir relevantes funções, desenvolvendo-se também entre elas o fenômeno do poder, que deixou de ser atributo exclusivo do Estado. Existe na sociedade contemporânea, marcada que é pela complexidade, relações jurídicas entre particulares em que não impera o dogma da igualdade, verificando-se amiúde verticalidade, desigualdade e sujeição, com manifesta superioridade de uma das partes sobre as outras, o justificar a adoção da teoria da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ao explicar a tese que advoga a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, Pereira (2006, p. 148) afirma que esta toma em consideração, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. Quando se examina os direitos fundamentais a partir de sua finalidade – que é, precipuamente, garantir níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos - , mostra-se razoável defender sua aplicação em todas as hipóteses onde possa haver comprometimento dessa esfera de autogoverno. Para esse efeito, é irrelevante que a redução do âmbito da autonomia decorra de ato de um poder privado ou de um poder público. “Se uma das partes encontra-se em situação de sujeição, seu poder de autodeterminação resta aniquilado, não havendo como cogitar-se de aplicação do princípio da liberdade.” (PEREIRA, 2006, p. 148). Acrescenta que, conforme registra Bilbao Ubillos, não causa surpresa constatar que a fértil teoria da eficácia privada tenha nascido e se desenvolvido no âmbito das relações trabalhistas. (PEREIRA, 2006, p. 149)

A experiência demonstra a pertinência da observação. O âmbito laboral, em razão de suas particularidades, em especial a subordinação

jurídica do empregado, é propício à chamada horizontalização dos direitos fundamentais, ou seja, à aplicação desses direitos a relações entre particulares. Como consequência imediata da celebração do contrato de trabalho, surge para o empregador os poderes de organização, fiscalização e disciplina do trabalho, que encontram fundamento no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.” Consequência do poder diretivo assegurado ao empregador é a sujeição do empregado, que assume dependência hierárquica perante o empregador. Há, portanto, manifesta assimetria de poder, circunstância que pode fomentar a exacerbação das faculdades próprias dos poderes de direção e disciplinar enfeixados nas mãos do empregador. Indispensável, assim, o recurso aos direitos fundamentais justamente para coarctar eventuais abusos de parte do empregador, o que alcança, inescandivelmente, as atitudes discriminatórias.

5. A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

5.1 O princípio da igualdade

O judaísmo, religião monoteísta mais antiga do mundo e que se originou por volta do século XVIII a.C., ofereceu relevante contribuição para a ideia de igualdade perante a lei, intensamente exaltada por ocasião das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, ao sustentar que todos os homens têm direito ao tratamento isonômico, tanto em face das leis religiosas quanto diante das leis humanas (BAEZ, 2012, p. 19). O Cristianismo, que surgiu há mais de 2.000 anos, a partir dos

ensinamentos de Jesus de Nazaré, escritos no Novo Testamento por seus apóstolos, destacava, dentre outros princípios, a igualdade entre os homens (BAEZ, 2012, p. 20). Dentre as vertentes filosóficas, destaca-se a contribuição da civilização egípcia (3150 a. C.), que não admitia diferenciação entre pessoas com base na posição por elas ocupada. O Código de Hamurabi, instituído pelo Rei da Babilônia, Khammu-rabi (1792-1750 a.C) estabelecia expressamente a igualdade diante da ordem jurídica. (BAEZ, 2012, p.22-23)

A Revolução Industrial do século XIX demonstrou a insuficiência da igualdade formal perante a lei, que permitia a exploração dos mais fracos pelos mais fortes economicamente, gerando e exacerbando as desigualdades sociais (BAEZ, 2012, p. 44). As reações a esse estado de coisas, que deram origem ao socialismo e à criação de organizações de trabalhadores, ensejaram o aprimoramento da noção de igualdade e da participação do Estado na execução de ações visando à justiça social, nascendo então o conceito de igualdade real ou material. (BAEZ, 2012, p. 44)

O sentido primário do princípio da igualdade é negativo, pois estriba-se na proibição de privilégios e de discriminações, os primeiros entendidos como situações de vantagem não fundada e as segundas como situações de desvantagem. (MIRANDA, 2012, p. 280). A igualdade é princípio que tem dupla finalidade: de um lado corporifica garantia individual contra perseguições e, de outro, impede favoritismos. (MELLO, 1999, p. 23)

Na Constituição Brasileira, o princípio da igualdade, em seu sentido jurídico-formal, acha-se insculpido no art. 5º, *caput*⁴, que abre

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros

o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos. O princípio é fortalecido mercê da inserção de outras diversas normas acerca da igualdade, a par daquelas que contemplam regras de igualdade material. Cita-se, a título de exemplo, o art. 7º, inciso XXX, que proíbe qualquer distinção de salários, de exercício de funções e de critério de admissão em razão de sexo, idade, cor ou estado civil. A enfática oposição a qualquer força de discriminação, prevista no inciso IV⁵, do art. 3º (que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil), representa, aliada a outros dispositivos de finalidades análogas, a preocupação com o alcance da igualdade material.

5.2 A discriminação nas relações de trabalho: o problema da discriminação em razão da origem

Consoante se observa da redação conferida ao inciso IV, do art. 3º, da Constituição Federal, é vedado preconceito e discriminação com base na origem, raça e cor. Origem representa o ponto de partida da pessoa. Este pode ser o local de nascimento (naturalidade), a identificação com uma cidade, estado ou país de onde a pessoa é originária, a procedência de um grupo social, de um povo ou etnia. A origem como critério diferenciador interdita, portanto, o preconceito, ou a discriminação, em razão da origem da pessoa, o que alcança o local de proveniência, a classe social de onde procede, ou sua origem étnica/racial. (COUTINHO, p.85)

e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

⁵ O inciso IV, do art. 3º, da Constituição Federal, tem a seguinte redação: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Meyer-Pflug (2009, p. 104-110) afirma que o preconceito “é uma opinião equivocada que é considerada por determinadas pessoas como verdadeira”. Acrescenta que, para Norberto Bobbio, os preconceitos podem ser classificados em individuais, que são aqueles relacionados com superstições e crenças, e sociais, que são aqueles empregados por um determinado grupo social em relação a outro, sendo este o mais perigoso, em razão de que pode conduzir a conflitos severos entre grupos sociais, inclusive ao uso da violência e até a guerras. Para o mesmo autor, os preconceitos de grupo são muitos, destacando-se, no ambiente mundial, o preconceito nacional e o de classe. A discriminação é a principal consequência do preconceito de grupo, sendo mais intensa do que a simples diferença, na medida em que é usada em sentido depreciativo, alicerçando-se em critérios desarrazoados, em geral ligados à ideia de primazia de um grupo em relação ao outro. Pode alcançar opiniões políticas, raça, sexo, religião, etnia, nacionalidade, situações pessoais e sociais.

O princípio da igualdade é aplicável tanto às relações dos cidadão frente ao Estado como nas relações entre particulares, com destaque para o âmbito laboral, onde predomina a assimetria de forças entre as partes, em razão do poder de direção inerente ao empregador e do estado de sujeição do trabalhador, que decorre da subordinação jurídica, traço característico do contrato de emprego.

As práticas discriminatórias em razão da origem e que alcançam, dentre outros, o estrangeiro, presentes no Brasil e continuamente denunciadas pela imprensa⁶ e pelos defensores de direitos humanos, não constituem novidade. O matemático iraniano, conhecido como Alberumi,

⁶ Matéria publicada em 27.12.2011 pelo periódico Brasil de Fato, sob o título “Imigrantes criticam discriminação e restrição a direitos no Brasil” e disponível em <<http://www.brasildefato.com.br>> denuncia as dificuldades enfrentadas no Brasil pelos trabalhadores bolivianos.

responsável por escrever o primeiro livro geral a respeito da Índia, no início do século XI, constatou, em seus estudos, a discriminação de que eram alvo os estrangeiros em distintas nações do mundo, registrando seus protestos diante da prática e estimulando atitudes de entendimento recíproco e tolerância. (BAEZ, 2012, p. 33)

Baumann assinala que “*as cidades se transformaram em depósitos de problemas causados pela globalização*” (2009, p. 32), acrescentando que a onipresença de estrangeiros adiciona considerável dose de inquietação aos desejos e ocupações de seus habitantes, sendo fonte inesgotável de ansiedade e agressividade dissimulada e muitas vezes manifesta. (BAUMANN, 2009, p. 36)

Considera-se estrangeiro quem nasceu fora do território nacional e que não adquiriu, por qualquer das formas previstas na Constituição Federal, a nacionalidade brasileira. Os estrangeiros podem ser residentes ou não residentes. Os primeiros, como regra geral, desfrutam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres dos brasileiros. Admitem-se, contudo, as limitações expressamente previstas em lei⁷. No que respeita ao trabalho, não é permitida, segundo se extrai do disposto no art. 5º, *caput*, e do inciso XIII, do mesmo artigo da Constituição Federal, qualquer discriminação, mesmo que indireta, contra os estrangeiros residentes no país, ressalvadas as restrições inscritas na própria Constituição, destacando-se aquela contida no art. 37, inciso I.⁸

A discriminação, entretanto, no que respeita à origem, não se limita ao estrangeiro. Alcança também, no Brasil, os trabalhadores nordestinos, que, oriundos de região menos desenvolvida e pobre,

⁷ Lei 6.815/80, arts. 95 a 110.

⁸ Dispõe o inciso I, do art. 37: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;”

enfrentam dificuldade de acesso ao trabalho em razão do estigma da desqualificação, da indolência e da indisciplina. Coutinho (p. 86) alerta para o conteúdo discriminatório dos critérios de seleção de vaga que incluem a “boa aparência”, que evidencia racismo, na medida em que a aparência da pessoa demonstra sua raça, sua cor e também sua origem.

A dimensão básica da dignidade humana, consoante alhures foi dito, significa atributo ínsito a todos os indivíduos, que não permite sua coisificação ou restrição de seu estado de sujeito de direitos. A dimensão cultural da dignidade humana diz respeito à maneira e às circunstâncias em que a dimensão básica da dignidade humana é colocada em prática pelos diversos grupos sociais ao longo do tempo (BAEZ, 2011, p. 36-37). A discriminação do trabalhador, em razão de sua origem, fere as dimensões básica e cultural da dignidade humana, na medida em que limita sua condição de sujeito de direitos e desrespeita a diversidade, as peculiaridades culturais e sociais. Também revela descaso diante do direito à diferença e ao reconhecimento e ignora função básica dos direitos fundamentais, supra analisada, dizente com a não discriminação.

5.3 O direito à diferença e ao reconhecimento: os direitos humanos como instrumento para promoção do respeito às diferenças

O confucionismo, sistema filosófico idealizado pelo filósofo chinês K'ung-Fu-Tzu (Confúcio), entre 551 e 478 a.C., destacava, dentre outros valores, o direito à integridade moral e física, manifestado pela necessidade de respeito e proteção pelo outro, com vistas à harmonia das relações sociais, fundada na solidariedade para com o outro. O direito fundamental de proteção à diversidade, defendido enfaticamente no século XXI, encontra suas raízes primárias no Taoísmo, escola filosófica

fundamentada nos textos de Tao Te Ching, da lavra de Lao Tzu (entre os anos de 460 a. C. e 380 a. C.). Essa doutrina defendia o respeito às tendências naturais individuais. Afirmava que os seres humanos são capazes, naturalmente, de eleger e observar suas inclinações interiores e estas permitem conciliação coletiva, desde que exista acatamento recíproco às diferenças daí resultantes (BAEZ, 2012, p. 19-20).

Miranda (2012, p. 264) ressalta que vem se tornando comum nas sociedades contemporâneas, que se distinguem pela pluralidade, heterogeneidade e, por vezes, pela multiculturalidade, a busca de equilíbrio entre bem comum e necessidades de grupo, bem como entre a igualdade e o chamado direito à diferença.

Tramontina (2010, p.117-144) examina os direitos humanos e a justiça social. Indaga se a última é uma questão de distribuição ou de reconhecimento. Aduz que um dos representantes mais destacados do paradigma da distribuição é John Rawls e do paradigma do reconhecimento Axel Honneth, acrescentando que o propósito de seu estudo é realizar comparativo entre os dois paradigmas e examinar a possibilidade de sua compatibilização, consoante a proposta de Fraser. Segundo este, há reconhecimento quando os padrões institucionalizados de valoração cultural colocam os atores sociais como iguais e não há reconhecimento quando determinam relações de subordinação e exclusão. As demandas por reconhecimento têm por finalidade retirar do contexto institucional padrões de valoração cultural que não permitem a paridade de participação e trocá-los por outros que a promovam. Conclui que a proposta de Fraser, não obstante alguns aspectos problemáticos, é instigante e suscita novas investigações. (TRAMONTINA, 2010, p. 136)

Hahn (2013) assinala que os estudiosos pós-modernos reconhecem

que os direitos humanos são construção social e cultural. Por tal razão, estão sujeitos a conceituações diversas, não obstante o fundamento repose em noção supostamente comum de dignidade da pessoa humana como princípio ético-filosófico. Para avançar no exercício da nova cidadania cosmopolita, é necessário considerar a necessidade de diálogos entre as culturas, respeitando o pluralismo cultural. A dignidade humana, fundamento dos direitos humanos, ostenta caráter de reivindicação, de lutas para ocupar um lugar com reconhecimento e respeito. Nunca a humanidade viveu momento histórico com tantas perplexidades e contradições. Para um segmento, os grandes avanços da tecnocultura apontam para a realização feliz da humanidade, enquanto a ética e antropologia filosófica olham-nos com reservas. Por isso, a indispensabilidade de compromisso com um referencial crítico dos direitos humanos em sua dimensão de resistência, de reconhecimento da alteridade, de emancipação, portanto, de interculturalidade. Inegável, ainda, o dilema acerca da compreensão dos direitos humanos numa perspectiva universal diante dos desafios das diversidades culturais. Não obstante seja prudente a existência de valores que devam ser considerados universais, não se pode fechar os olhos para as diferenças. Impende efetuar reconstrução acerca do atual paradigma dos direitos humanos. Menciona que, para Boaventura de Sousa Santos, os direitos humanos somente encontrarão sua efetividade na medida em que não mais forem considerados universais, mas, sim, interculturais. Todos são convidados a acolher o outro e com ele entrar em diálogo.

Lucas (2010, p. 165-170) acentua que a globalização, que não é fenômeno exclusivo da sociedade contemporânea, desafia as formas conhecidas de promover a identidade cultural, esta havida como o lugar particular do homem no mundo, dependente de conjunto de fatores

sociais específicos. Cria singularidade coletiva e esta passa a apresentar necessidades. A identidade sempre diz respeito à cultura e é marcada pela diferença, somente percebida quando comparada com outras culturas. Cultura é entendida como as particularidades comportamentais, de costumes, imagens, regras e saberes que unem determinado grupo e o distingue de outros. A cultura, usos e costumes sociais definem identidades e representam reação à padronização do mundo global, que uniformiza, mas não universaliza. A ideia de comunidade é retomada. A lealdade e o sentido de pertencimento são recuperados.

Para o doutrinador (LUCAS, 2010, p. 176-185), as novas tecnologias interligam o mundo, reduzem distâncias e relativizam a noção de tempo. Particularidades locais e manifestações próprias de determinadas culturas são transmitidas ao mundo e passam a ser avaliadas pelo outro diferente. Como reação à igualização imposta pelo fenômeno globalizante, levanta-se a defesa das diferenças. Ao ser conhecida mundialmente, a cultura de uma certa comunidade provoca estranhamento e determina a delimitação, por outras comunidades, de suas particularidades. A identidade precisa, portanto, da diferença para se formar. A globalização ensejou intensa convivência entre as culturas e, em consequência, o exame recíproco e a percepção das diferenças. São inegáveis as exigências de igualdade e diferença em todo o mundo, com a conseqüente luta por reconhecimento local e global, o que determina fundamentalismos de toda ordem. Para minimizar a tensão entre direitos humanos universais e particularismo cultural, é preciso encontrar maneira de administrar as singularidades de cada cultura, afirmadoras da identidade do grupo, mostrando-se mais adequadas medidas compensatórias do que igualitárias. É preciso, diante da sociedade multicultural, promover o diálogo, que conduza os indivíduos a engajarem-se em projeto comum de responsabilidades.

Cumpra aos direitos humanos, diante do cenário de diferenças, muitas concorrentes, produzir cultura de respeito e de responsabilidades comuns para a humanidade, sem eliminar as características próprias de cada identidade cultural.

As lições podem ser transpostas para a seara laboral. Nesta a discriminação encontra terreno fértil, consoante demonstra a experiência diária, notadamente em razão da desigualdade ditada pelo estado de subordinação do trabalhador e pela dificuldade para conviver com as dessemelhanças, notadamente no panorama globalizado, em que o crescente deslocamento de pessoas e os intercâmbios culturais acentuam as diferenças. Neste cenário, os direitos humanos, com destaque para a categoria direitos fundamentais e para a dignidade, têm potencial para cumprir importante papel, definido na promoção de cultura de inclusão, de proteção e de respeito às diferenças.

6. CONCLUSÃO

A preocupação com os direitos humanos vem recebendo dos vários segmentos formadores do pensamento jurídico nacional e mundial particular atenção, em especial da hermenêutica constitucional e da Filosofia do Direito. O cuidado é justificado pela importância e pela complexidade do tema. As reflexões que permeiam o assunto envolvem o próprio significado semântico das expressões direitos humanos e direitos fundamentais. Verifica-se significativa diversidade terminológica, inclusive na própria Constituição Federal brasileira.

A doutrina empenha-se em dissecar as múltiplas facetas da temática, sem, contudo, encontrar univocidade, ademais aspiração irrealizável em

razão da realidade cambiante e multiforme do mundo contemporâneo. Não obstante, mostrou-se possível identificar ponto de consenso acerca da aceção das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, significando os primeiros os direitos válidos para todos os povos e em todas as épocas, que os homens possuem por natureza, e cuja finalidade é proteger e realizar a dignidade humana, enquanto a segunda diz respeito aos direitos humanos inseridos no direito constitucional positivo de cada Estado.

Controvérsia semelhante àquela que alcança o significado das expressões direitos humanos e direitos fundamentais é encontrada no aspecto pertinente à fundamentação de tais direitos. Destaca-se a lição de Norberto Bobbio, para quem o problema principal dos direitos humanos atualmente não se encontra em sua justificação e sim em sua proteção.

No tocante às funções dos direitos fundamentais, dentre os múltiplos papéis apontados pela doutrina, elegeu-se, em razão de sua objetividade e precisão, a classificação preconizada por J.J. Gomes Canotilho, assim estruturada: (a) função de defesa ou de liberdade; (b) função de prestação social; (c) função de proteção contra terceiros; (d) função de discriminação, esta de particular interesse ao estudo, em razão de seu objetivo central, qual seja, examinar o papel dos direitos fundamentais como instrumento de combate à discriminação das relações de trabalho.

Fez-se, ao longo da pesquisa, o indispensável exame dos direitos fundamentais em paralelo com o princípio da dignidade humana, em razão de seu vigoroso entrelaçamento. O último é havido elemento fundante, informador e unificador dos direitos fundamentais e uma das bases do Estado Democrático de Direito, tal como disposto no inciso III, do art.

1º, da Constituição Federal. Trata-se de supraprincípio constitucional que inspira e orienta todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. Constatou-se a dificuldade enfatizada pela doutrina para encontrar definição da dignidade humana, destacando-se, por seu ineditismo e acuidade, a tese proposta por Narciso Leandro Xavier Baez para melhor entendê-la. O doutrinador separa a dignidade em dois planos de exame, denominando o primeiro de dimensão básica, que protege o indivíduo contra toda e qualquer forma de coisificação ou de redução de seu status como sujeito de direito, e o segundo de dimensão cultural, que preserva a diversidade moral, representada pelas diferentes formas escolhidas pelas diversas sociedades para implementar o nível básico da dignidade humana.

Relativamente à eficácia dos direitos fundamentais, colheu-se que foram concebidos originariamente para proteger o cidadão das ingerências indevidas do Estado. A evolução das relações sociais e o incremento de suas necessidades exigiram a chamada vinculação positiva dos poderes públicos, que significa o agir do Estado, obrigando-o à prestação jurídica e material. A progressiva assimilação da força normativa da Constituição determinou a compreensão acerca da necessária irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais também nas relações privadas, com destaque para a seara laboral. Nesta a assimetria de forças reclama a chamada horizontalização dos direitos fundamentais, mostrando-se estes instrumentos relevantes para coarctar eventuais abusos por parte do empregador, em especial as práticas discriminatórias.

À compreensão da temática central mostrou-se indispensável o exame do princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, e fortalecido mercê da inserção, no texto

constitucional, de outras diversas normas que contemplam a igualdade formal e material, cujo conteúdo configura a veemente oposição a todas e quaisquer formas de discriminação.

O inciso IV, do art. 3º, da Carta Magna, veda expressamente o preconceito e a discriminação com base na origem, raça e cor, alcançando a primeira o local e classe social de proveniência e significando as últimas a origem étnica e racial.

São múltiplas as práticas discriminatórias em razão da origem na seara laboral, destacando-se as fundadas em questões raciais, aquelas que atingem o estrangeiro e os trabalhadores oriundos de regiões menos desenvolvidas e pobres. Tais condutas ofendem as dimensões básica e cultural da dignidade humana do trabalhador, na medida em que limitam sua condição de sujeito de direitos e desrespeitam a diversidade e as peculiaridades culturais e sociais.

Os direitos humanos representam construção social e cultural, estando sujeitos a conceituações diversas. Seu fundamento, entretanto, repousa em noção comum de dignidade humana como princípio ético-filosófico. A dignidade humana, como alicerce que é dos direitos humanos, ampara o direito à diferença e ao reconhecimento.

Incumbe aos direitos humanos, no cenário contemporâneo, marcado pelas diferenças, não raro concorrentes, sedimentar cultura de respeito e de tolerância. Sua missão agiganta-se no âmbito das relações trabalhistas. Nestas, as desigualdades ínsitas ao estado de subordinação do trabalhador fomentam a discriminação. A globalização enseja o crescente deslocamento de trabalhadores e os intercâmbios culturais conferem realce às diferenças. Neste ambiente, os direitos humanos, com destaque para a categoria direitos fundamentais e para o princípio

da dignidade, mostram-se instrumentos imprescindíveis para promover cultura de inclusão, de proteção e de respeito às diferenças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). **A Realização e a Proteção dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI**. Joaçaba: UNOESC, 2011.

_____. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). **A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa**. Joaçaba: UNOESC, 2012.

BAUMANN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10ª impressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina: 1999.
- COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2007.
- COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. **Revista da ESMESC**, Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 107-120, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdades de Oportunidades**. Disponível em www.oitbrasil.org.br/sites/default/.../oit_igualdade_racial_05_234.pdf. Acesso em: 18 de julho de 2013.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Saúde mental do trabalhador: direito fundamental social, reparação civil e ações afirmativas da dignidade humana como forma de promoção**. . In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBA, Orides. (coord.) **Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.
- HAHN, Paulo. Repensar os Direitos Humanos no Horizonte da Pluralização e da Interculturalidade. In: HAHN, Paulo (Org.). **Direitos fundamentais: desafios e perspectivas**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.
- _____. *Slides* de aulas proferidas no Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado em Direitos Fundamentais. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Disciplina: Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos fundamentais. Chapecó: 2013.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**.

- Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- LIMA, Eduardo Sales de. Imigrantes criticam discriminação e restrição a direitos no Brasil. *Brasil de Fato: uma visão popular do Brasil e do mundo*. 27.12.2011. Disponível em <http://www.brasildefato.com.br>. Acesso em: 23 jul.2013.
- LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 7ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Tomo IV, 5a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- _____. **Escritos vários sobre Direitos Fundamentais**. Portugal: Princípiá, 2006.
- NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3º ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional**.

2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

TRAMONTINA, Robison. Direitos Humanos e Justiça Social. In: HAHN, Paulo (Org.). **Direitos fundamentais: desafios e perspectivas**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2010.



DOS PRINCÍPIOS AOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO: ASPECTOS RELEVANTES

Morgana de Almeida Richal

Sumário: 1 Introdução. 2 Mudança De Paradigma Na Juridicidade Dos Princípios. 3 O Sistema Jurídico E Seus Elementos Estruturantes. 3.1 Sistema Fechado: Norma Jurídica A Partir De Kelsen. 4 Evolução Doutrinária – Distinção Entre Princípios E Regras. 4.1 Variações Objetivas Da Distinção. 5 A Força Normativa Dos Princípios. 6 Hierarquia Das Normas. 7 Antinomia E Colisão Das Normas. 8 Generalidades A Respeito Dos Princípios Gerais De Direito. 8.1 Tendências Diversas Das Escolas Doutrinárias. 8.2 Enfoques Destacados Da Doutrina Pátria. 8.3 Constitucionalização Dos Princípios Gerais De Direito. 8.4 Métodos De Investigação E Aplicação. 9 Postulados Normativos Na Concepção De Humberto Ávila. 10 Valores Positivados. 11 Considerações Finais.
Referências

Resumo: A análise dos princípios tem sido um grande desafio para os juristas ao longo dos anos. Isto, porque, o tema passou a ser abordado sob inúmeros aspectos, principalmente nas últimas décadas. Os princípios começaram a ser encarados e a atuarem como um fator normativo para a resolução de questões que exigem respostas do Estado. Segundo o olhar de diversos autores, alguns destes princípios saem da categoria autônoma; para outros, eles são apresentados sob inúmeras denominações. Diante deste cenário, este artigo irá abordar aspectos que permitam melhorar a compreensão sobre os princípios gerais com ênfase maior em seus

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, especialista em Direito do Trabalho e pós-graduanda em Direito Constitucional, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É Juíza do Trabalho Titular da 15ª Vara do Trabalho de Curitiba e foi conselheira junto ao Conselho Nacional de Justiça, de 21/07/2009 a 20/07/2011.

fundamentos. Todavia, não se trata de uma busca simples, em função do grande número de contribuições doutrinárias que acabam resultando numa certa confusão e ausência de clareza conceitual que contribuem para a imensa volatilidade e subjetividade nas ações jurídicas.

Palavras-chave: Força normativa. Kelsen. Postulados normativos. Princípios gerais de Direito.

1. INTRODUÇÃO

A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se aconchegam e escondem várias ideias, valores, mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto (Carlos Maximiliano²).

Examinar os princípios gerais é um desafio que motiva o raciocínio jurídico. Por se tratar de um tema clássico no Direito, jamais erigiu definição de contornos. A partir das visíveis mudanças nas décadas mais recentes, passou a funcionar simultaneamente como diretriz e elemento normativo de aplicação imediata aos problemas que demandam solução judicial para uma adequada resposta do Estado.

Ao discorrer sobre a justificação do sistema, Klaus Wilhelm Canaris assinala a sua fundamentalidade em face dos mais elevados valores protegidos pelo Direito “para a formação de um sistema, pois todos

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e sua aplicação no direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

esses postulados podem ser muito melhor perseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema”³.

A descrição da importância dos princípios gerais como um amálgama do sistema jurídico, que direciona a correta aplicação normativa, da maneira como é compreendida a aceção de justiça no caso concreto, provavelmente não condiz com a pouca atenção recebida nos ensaios jurídicos, tampouco com a inércia no sentido de lhes dar conformação mínima.

Assim, sem qualquer pretensão de esgotarmos as variáveis, os princípios gerais, para alguns, não mais existem como categoria autônoma, pois foram incorporados aos textos, em especial a partir do pós-positivismo. Já para outros, eles são desenhados mediante denominações diversas; há ainda quem os entenda hígidos como normas extraídas dos textos, que cumprem o papel de possibilitar a completude positivada.

Eis o desiderato enfrentado neste artigo: trazer à luz alguns aspectos invocados para melhor compreendermos o objeto, tarefa que para chegar ao fim nos impõe averiguar as bases nas quais têm início sua teoria.

Encontra-se neste ponto a encruzilhada definida pela metáfora de Bobbio, a síntese de que as normas jurídicas estão para o sistema jurídico assim como as árvores estão para a floresta, sem que um possa prescindir do outro.

Não há como falarmos sobre princípios gerais sem abordarmos princípios; nem de princípios sem nos referirmos às normas; de normas sem falarmos de sistemas; e, por fim, não há como falarmos de tudo isto sem nos referirmos a Kelsen.

³ CANARIS, Klaus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2.ed.Tradução. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p.22.

Justificamos assim este breve estudo devido à existência de uma ampla gama de princípios que envolvem o sistema jurídico e acaba gerando ideias contraditórias a seu respeito, nas mais diversas linhas de análise conceitual que permeiam o contexto examinado.

2. MUDANÇA DE PARADIGMA NA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS

Após lapsos temporais consideráveis nos quais predominaram correntes distintas sobre a eficácia jurídica dos princípios, na doutrina contemporânea conquistaram o patamar inequívoco de normas jurídicas, não sem uma grande celeuma estabelecida entre as clássicas correntes do positivismo e do direito natural.

Para ilustrar, adotamos a contextualização de Paulo Bonavides⁴ que delimitou os três eixos centrais capitaneados pelos doutrinadores ao longo da história.

Na primeira fase, compreendida como metafísica e abstrata, o segmento jusnaturalista protagoniza fortemente a defesa da corrente que constrói seus postulados com base nos ideais de justiça. Os princípios gerais de Direito integravam o sistema jurídico sob a forma de axiomas, ideais de justiça expressos por verdades objetivas ou normas estabelecidas pela reta razão, com caráter meramente programático.

A partir da Escola Histórica do Direito tem início o segundo momento dogmático dos princípios, inseridos nos códigos como fontes normativas subsidiárias para estender eficácia ao vazio normativo. O

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

direito natural clássico cede lugar ao positivismo jurídico. Segundo Flores Valdez, “os princípios se induzem por via de abstrações ou sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo”⁵.

O pós-positivismo conduz à terceira fase dos princípios, materializados no constitucionalismo das décadas recentes por meio das diversas Constituições promulgadas. Na expressão de Bonavides, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁶. Aqui se destaca o reconhecimento da normatividade dos princípios e o ingresso nos textos constitucionais.

Particularmente merecem destaques as obras de Dworkin⁷, uma contribuição inestimável para o reconhecimento da normatividade dos princípios, e ainda, de Alexy⁸, para a compreensão hermenêutica dos conteúdos axiológicos inseridos nos textos constitucionais. Atualmente a doutrina lhes consagra elevada densidade normativa, atingindo o último degrau do ordenamento jurídico.

⁵ FLÓRES-VALDÉZ, Joaquín Arces y. **Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional**. Madri, 1990, p.38.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.237.

⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2.ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed.alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

3. O SISTEMA JURÍDICO E SEUS ELEMENTOS ESTRUTURANTES

Segundo Canaris, “o sistema é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito”⁹.

Todavia, um sistema constituído apenas por uma única modalidade normativa não é preciso, portanto, inconcebível, pois geraria uma necessidade constante e infinita de ponderação sobre se determinada conduta humana teria ferido ou não algum princípio. Assim explica Canotilho¹⁰:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (...). O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (...) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a

⁹ CANARIS, Klaus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2.ed.Tradução. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p.77.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almeida, 2000, p.1162.

inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Utópico seria admitirmos que o sistema jurídico fosse baseado somente em regras, sem margem para qualquer integração ou interpretação. Ora, a sociedade vive em constante e acelerada mutação, assim não é possível a existência de textos normativos de tão ampla cobertura. Igualmente, se o sistema fosse baseado somente em princípios, faltaria precisão, pois dependeria inevitavelmente da ponderação para auferir se determinado comportamento ou conduta teria violado ou não algum princípio¹¹.

De acordo com Canotilho, o sistema jurídico deve ser visto como um sistema normativo aberto, composto de regras e princípios, pelas seguintes razões:

- 1 – é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas;
- 2 – é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess) traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’;
- 3 – é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas;

¹¹ VOGAS, Rosírís Paula Cerizze. Distinção das espécies normativas à luz da teoria dos princípios. **Jus Navigandi**, Teresina, a.14, n.2109, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12597>>. Acesso em: 03 set. 2012.

4 – é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras¹².

3.1 Sistema fechado: norma jurídica a partir de Kelsen

No escopo de tratar o Direito como ciência autônoma, distinguindo-o da Psicologia, da Sociologia, da Economia e da Política, Kelsen publica a “Teoria Pura do Direito”¹³. A preocupação maior do autor era definir claramente os fundamentos e métodos da teoria jurídica. Seu propósito se inseria no contexto específico dos debates metodológicos realizados no final do século XIX e repercutidos no começo do século XX. A presença do positivismo somada à reação dos teóricos da livre interpretação do direito colocava em xeque a autonomia da ciência jurídica.¹⁴ Kelsen propôs tentar conferir à ciência jurídica um método e objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas e dar ao jurista autonomia científica¹⁵.

Para Kelsen, o Direito deveria ser encarado como norma e não como fato social ou valor transcendente. Propõe, então, o “princípio da pureza” pelo qual o método e o objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Sobre esse aspecto, destaca:

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almeida, 2000, p. 1123.

¹³ NOVAIS, Eliane Cardoso de Matos. O Contrato em Kelsen e Luhmann. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 3, n.11, p.121-137, jul-set, 2002, p.122.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 2. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996, p.13.

¹⁵ PUPO, Juliana Labaki. **Fragmentos de Hans Kelsen e Miguel Reale para a efetividade do direito à saúde**. São Paulo, 2010.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental¹⁶.

O grande mérito da teoria foi colocar o Direito como ciência autônoma, sem ligação com os fatores não jurídicos. Sua ideia era a de que ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de não atender ao rigor científico. Em busca de seu propósito, Kelsen parte da diferença fundamental entre o ser e o dever-ser, traçando uma distinção entre o mundo físico (das leis da causalidade) e o mundo social (das leis que se traduzem em normas). Enquanto o direito natural era o direito do ser, atrelado à imutabilidade ditada pelas leis divinas e naturais, o autor considerava o Direito como categoria do dever-ser¹⁷.

O pensamento kelseniano entende que a norma tem como pressuposto o ilícito. É o ilícito que ativa o Direito, pois, se a norma não é descumprida, a sanção não poderá ser imputada. O ilícito permite aplicar o ato de coerção que caracteriza a ordem normativa¹⁸.

Segundo Kelsen, “uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo”. Neste aspecto, a conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.1.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.1

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.19.

conduta que contraria a norma tem um valor negativo. Assim, sendo a norma considerada objetivamente válida, funciona como medida de valor em relação à conduta real¹⁹.

Na medida em que as normas são estabelecidas por atos de vontade humana (e não de vontade supra-humana), os valores através delas constituídos são arbitrários. O que pode ser bom segundo uma norma, pode não ser conforme outro dispositivo. Portanto, as normas legisladas pelos homens são valores apenas relativos²⁰.

Ademais, a norma corresponde a uma prescrição, uma permissão ao ato de conferir competência a alguém, e por isso o Direito caracteriza-se por ser uma ordem normativa coercitiva, fundada na relação de imputabilidade²¹.

A relação de imputabilidade é determinada por uma relação de pressupostos e consequências, pois, quando verificado determinado ato descritivo da norma, deverá incidir a consequência imputada pela proposição normativa (se “A” roubar, “A” deve ser preso). Logo, além de qualificada como dever-ser, a norma, para ser jurídica, deve sempre conter uma sanção (consequência), reconhecer a desaprovação da conduta contrária àquela prevista na norma (pressuposto)²².

Kelsen distinguiu ainda validade e eficácia de uma norma. Quanto

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.19.

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.19.

²¹ PUPO, Juliana Labaki. **Fragmentos de Hans Kelsen e Miguel Reale para a efetividade do direito à saúde**. São Paulo, 2010.

²² PUPO, Juliana Labaki. **Fragmentos de Hans Kelsen e Miguel Reale para a efetividade do direito à saúde**. São Paulo, 2010.

à validade, uma norma será “objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida”. Desta forma, uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, não será válida (vigente). Um mínimo de eficácia é a condição da sua vigência²³.

A norma vale quando existente. Já a eficácia está no plano dos fatos reais, refere-se à observação da norma pelos indivíduos. E, como segundo requisito da validade, Kelsen aponta o “mínimo de eficácia”, que deve ser compreendido com o mínimo de aplicabilidade pelo Estado e por seus súditos²⁴.

4. EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Regras e princípios como espécies do gênero ‘norma jurídica’ têm distinções que, ao longo do tempo, foram apresentadas pela doutrina, em curso evolutivo.

Segundo Larenz, os princípios são fundamentos normativos para interpretar e aplicar o Direito. Deles decorrem, direta ou indiretamente, normas de comportamento. São pensamentos diretivos, e não regras suscetíveis de aplicação, pois lhes falta caráter de proposição jurídica, isto é, conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica²⁵.

²³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.14.

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.12.

²⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p.647.

No mesmo sentido, Canaris, discípulo de Larenz, leciona que os princípios têm conteúdo axiológico explícito e carecem, por isso, de regras para a sua concretização. Os princípios, ao contrário das regras, recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação²⁶.

Dworkin foi quem inaugurou o paradigma contemporâneo da teoria dos princípios. Para isso, procurou distinguir o modo de operar e aplicar as regras e os princípios. O autor entende que regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada”. Se uma hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida, a consequência normativa deve ser aceita ou não é válida. Havendo colisão de regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma “dimensão de peso” demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o de maior peso se sobrepõe ao outro sem perder sua validade²⁷.

A posição de Alexy é bastante parecida com a de Dworkin. Para ele, a diferença entre as duas espécies normativas é qualitativa. Os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica, na qual são estabelecidos “deveres de otimização” aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Isto significa que os princípios impõem que algo seja realizado “na medida do possível”²⁸.

Robert Alexy parte do pressuposto de que princípios e regras são espécies do gênero norma, pelo fato de ambos dizerem o que “deve ser”:

²⁶ CANARIS, Klaus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2.ed. Tradução. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p.88-99.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2.ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.24-25.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

Freqüentemente, não se contrapõe regra e princípio, mas sim norma e princípio ou norma e máxima. [...] Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas do mandato, a permissão e a proibição. Os princípios, bem como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, mesmo quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas²⁹.

Ao compreender princípios como normas jurídicas, Ruy Samuel Espíndola esclarece:

Atualmente, entende-se que os princípios estão inclusos tanto no conceito de *lei* quanto no de *princípios gerais do direito*, divisando-se, nesta forma, princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos *na* ordem jurídica, respectivamente. [...] Essa tendência tem sido chamada de pós-positivista. [...] Entendem os princípios como normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis *na* ordem jurídica; consideram as normas de direito como gênero, do qual os princípios e as regras são espécies jurídicas³⁰.

Além deste aspecto vinculante dos princípios, Alexy destaca que a diferença entre princípios e regras também pode ser vista pelo lado quantitativo e não somente uma graduação entre estas espécies normativas:

Os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de*

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed.alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.24-27.

³⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 2002, p.53.

otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau [...]. As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. [...] A diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio³¹.

Dworkin também, de certa forma, distingue regra e princípio. Ele dá à regra um caráter mais radical de cumprimento ou de descumprimento, ao passo que ao princípio, destaca a dimensão do peso ou importância:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do **tudo-ou-nada**. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância³² (sem grifos no original).

Canotilho também oferece alguns critérios para diferenciar os princípios das regras:

- a) grau de abstração – os princípios possuem um grau de abstração relativamente elevado, ao passo que as regras têm esse grau relativamente baixo;
- b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed.alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.87.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed.alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.39.

– em decorrência do alto grau de abstração dos princípios, eles reclamam mediações para serem aplicados, enquanto a regras podem ser aplicadas diretamente;

- c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito – os princípios desempenham um papel fundamental no ordenamento jurídico, por causa de sua posição hierárquica superior ou por força de sua importância estruturante no sistema jurídico; d) proximidade da idéia de direito – os princípios são “standards” juridicamente vinculantes, decorrentes de exigência da “justiça”, enquanto que as regras podem ter um conteúdo meramente funcional;
- d) natureza normogenética – os princípios são fundamento das regras, daí terem uma função normogenética³³.

Ressaltamos também que ao distinguir princípios e valores, Alexy considera que os princípios, por serem mandatos de otimização, pertencem ao âmbito deontológico, diferentemente dos valores, os quais pertencem ao nível axiológico³⁴. E destaca:

(...) os princípios e os valores se diferenciam só em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. O direito trata do que é devido. Isto fala a favor do modelo dos princípios. [...] O modelo dos princípios tem a vantagem que nele se expressa claramente o caráter de dever ser³⁵.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003, p.166-167.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed.alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.141.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed.alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.147.

Neste contexto, o conceito fundamental dos valores é o daquilo que é bom, diferentemente dos princípios, cujo conceito fundamental é o de dever ser, de mandato³⁶.

4.1 Variações objetivas da distinção

No ordenamento jurídico as normas constituem a sua própria materialização, os vetores centrais de onde emerge todo o contingente de imperativos disciplinadores das relações humanas, da vida em sociedade.

Entretanto devemos pontuar que a função das normas têm variações objetivas. Há aquelas que por si contemplam um comando específico aos destinatários do texto, de imediato estabelecem conteúdos obrigacionais definidos, enquanto outras têm um caráter de generalidade que as circunscreve com grau de indeterminação ou abstração em relação ao objeto ao qual se destinam.

Dentre os critérios de distinção elencados pela doutrina para as duas espécies normativas, Celso Bastos registra ser o grau de abstração o mais habitual. A diferença não é qualitativa, mas somente se estabelece no aspecto mais abstrato dos princípios em relação às regras. Também destaca a aplicabilidade direta das regras, ao passo que os princípios propugnam por medidas de concentração. Por último, o critério da separação radical sinaliza entre ambos uma distinção qualitativa, de estrutura lógica e intencionalidade normativa.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed.alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.139.

Defende Celso Bastos³⁷ o mesmo nível hierárquico das normas examinadas ao asseverar que “nada obstante as singularidades que cercam os princípios das regras, aqueles não se colocam, na verdade, além ou acima destas. Juntamente com as regras, fazem os princípios parte do ordenamento jurídico”. O autor ainda argumenta:

(...) certas normas, as principiológicas, na medida em que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, perdem densidade semântica, ascendem para uma posição que lhes permite sobrepassar uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa ganham como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem número de outras normas. No fundo, são normas tanto as que encerram princípios quanto as que encerram preceitos.

Os princípios cumprem função do maior relevo, haja vista a capacidade de amalgamar o texto constitucional, conferindo-lhe por meio da interpretação da norma uma feição de unidade sistêmica, ao atribuir-lhe o sentido que melhor se harmonize com o texto.

5. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

A força normativa dos princípios se insere no conceito amplo de normas, conforme sustenta Bobbio em relação aos princípios de caráter geral:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. (...) Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?³⁸

Nesta seara, Paulo Bonavides reconhece a força normativa dos princípios:

Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica, se resumem no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10.ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996, p.159.

normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder³⁹.

Uma vez superada a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata, não restam dúvidas de que os princípios têm eficácia normativa. Esta constatação reflete diretamente na superação da dogmática jurídica tradicional, aquela desenvolvida sob o mito da objetividade do Direito e da neutralidade do intérprete. Representa, portanto, uma evolução do pensamento jurídico, marcada pela ascensão dos valores na era do pós-positivismo, que ultrapassa o estrito legalismo, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo⁴⁰.

6. HIERARQUIA DAS NORMAS

Neste contexto, destacamos a hierarquia das normas jurídicas e a colisão entre as espécies normativas.

Em sua obra “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen preconiza que o ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 255.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até bicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora⁴¹.

Kelsen concebe um sistema escalonado de normas (pirâmide) no qual a noção de validade decorre da correta inserção da norma no ordenamento jurídico, tornando-se assim vigente e eficaz. Toda norma deve obediência à Constituição Federal – norma maior dentro do sistema positivo de determinado Estado – e, a partir dela, depreendem-se as normas infraconstitucionais, distribuídas em um sistema piramidal.

O Direito possui a particularidade de regular sua própria criação, logo uma norma só é válida porque foi criada e determinada por uma outra superior àquela. Essa relação de criação é chamada por Kelsen de *suprainfraordenação*. A norma que regula a produção é a superior e a produzida é a norma inferior. Esta foi a conclusão apresentada por Kelsen na obra “Teoria Geral do Estado”, de 1925, e na primeira versão da “Teoria Pura do Direito”, publicada em 1934.

O modo de criação, função e aplicação das normas inferiores decorre das normas hierarquicamente superiores. Muitas vezes, ainda é determinado o conteúdo a ser disposto na norma inferior. No entanto, Kelsen ressalta que a norma superior deve estipular o órgão criador da

⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

norma inferior. A norma hipotética fundamental (superior) constitui “o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira”.

No campo do Direito positivado, aparece no topo da pirâmide a Constituição. José Afonso da Silva, fundamentado em Kelsen, explica:

A Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às normas jurídicas⁴².

A tradicional noção de hierarquia que parte do conceito de ordenamento jurídico como uma estrutura escalonada de normas é criticada por Humberto Ávila, sob o argumento de que este modelo é insuficiente para cobrir a complexidade das relações entre as normas jurídicas:

Com efeito, várias perguntas ficam sem resposta, segundo esse modelo. Quais as relações existentes entre as regras e os princípios constitucionais? São somente os princípios que atuam sobre as regras ou será que as regras também agem simultaneamente sobre o conteúdo normativo dos princípios? Quais são as relações existentes entre os próprios princípios constitucionais? Todos os princípios possuem a mesma função ou há alguns que ora predeterminam o conteúdo, ora estruturam a aplicação de outros? Quais são as relações entre as regras legais, já consideradas válidas, e os princípios e as regras de competência estabelecidos na

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.45.

Constituição? São somente as normas constitucionais que atuam sobre as normas infraconstitucionais ou será que essas também agem sobre aquelas?⁴³

Em substituição à tradicional noção de hierarquia – sistematização *linear* (norma superior constitui o fundamento da norma inferior), *simples* (baseada numa relação de hierarquia linear entre as normas) e *não gradual entre duas normas jurídicas* (normas estão, ou não, sistematizadas enquanto hierarquicamente postas), que tem sérias implicações no plano da validade das normas, Humberto Ávila propõe um novo modelo de sistematização *circular* (normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), *complexo* (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e *gradual* (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios). O novo modelo teria consequências, não no plano da validade das normas, mas no plano da eficácia, razão pela qual propõe substituir o postulado da hierarquia pelo da coerência⁴⁴.

Contudo, parecem mais acertadas as conclusões dos doutrinadores que acreditam que não há hierarquia entre princípios, apesar de possuírem diferentes níveis de concretização e densidade semântica. Isto, porque, o princípio da unidade da Constituição impede a existência de normas constitucionais antinômicas ou incompatíveis. Se ocorrer uma tensão das

⁴³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. **Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.126-127.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. **Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.125-127.

normas entre si, o problema poderá ser resolvido mediante o postulado da coerência, conforme defende Humberto Ávila⁴⁵.

Nesta linha, destacamos também o pensamento de George Marmelstein de Lima:

Do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Ou seja, todos as normas constitucionais têm igual dignidade. (...) Existem, é certo, princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Com efeito, como decorrência imediata do princípio da unidade da Constituição, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais), isto é, completamente incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há, tensão das normas entre si⁴⁶.

André Ramos Tavares também argumenta que “não há hierarquia normativa entre princípios”, além do que “não se pode pretender atribuir a um princípio superioridade apriorística em relação a outro princípio, por força de algum valor relevante que no primeiro se vislumbre”⁴⁷.

⁴⁵ VOGAS, Rosírís Paula Cerizze. Distinção das espécies normativas à luz da teoria dos princípios. **Jus Navigandi**, Teresina, a.14, n.2109, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12597>>. Acesso em: 03 set. 2012.

⁴⁶ LIMA, George Marmelstein. **Hierarquia entre Princípios e Colisão de Normas Constitucionais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2625>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

⁴⁷ TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.27-28.

7. ANTINOMIA E COLISÃO DAS NORMAS

Maria Helena Diniz, em “Conflitos de Normas”, destaca que a antinomia ocorre na “presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada no caso singular”⁴⁸.

Não há que falarmos em antinomia no caso dos princípios, pois, na hipótese de conflito, é inadequado cogitar do afastamento da aplicação de um em detrimento de outro, visto que não há hierarquia entre eles.

Doutrinariamente, um dos critérios mais aceitos é o da “concordância prática” formulado por Hesse, segundo o qual os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos⁴⁹.

Rodrigo da Cunha Pereira posiciona-se a respeito do critério de ponderação para solucionar casos que envolvam colisão de princípios fundamentais, seguindo preceitos de Alexy:

(...) a melhor saída em um caso de colisão de princípios, de direitos ou deveres fundamentais, é recorrer à ponderação dos bens jurídicos em jogo. Não se proclama, é certo, a hierarquia absoluta entre princípios. Entretanto, não podemos deixar de observar a ascensão da dignidade humana na ordem jurídica, ou, em outras palavras, a prevalência do sujeito, em detrimento do objeto nas relações jurídicas⁵⁰.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.23.

⁴⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. Brasília: Sérgio Antônio Fabris, 1996, p.98.

⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.35.

George Marmelstein Lima discorre sobre a maneira correta de aplicar os critérios para solucionar conflitos entre os princípios:

A nosso ver, essas duas soluções (concordância prática e dimensão de peso e importância) podem e devem ser aplicadas sucessivamente, sempre tendo o princípio da proporcionalidade como “parâmetro”: primeiro, aplica-se a concordância prática; em seguida, não sendo possível a concordância, dimensiona-se o peso e importância dos princípios em jogo, sacrificando, o mínimo possível, o princípio de “menor peso”⁵¹.

Outro critério para distinguir as espécies normativas aceito por boa parte da doutrina é o do “conflito normativo”, segundo o qual a antinomia entre as regras representa um verdadeiro conflito a ser solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das regras ou criando uma exceção, ao passo que se houver conflito entre princípios, deve-se decidir mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles⁵².

8. GENERALIDADES A RESPEITO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Inicialmente mapearemos algumas das principais características dos princípios gerais, suas feições mais próximas quanto ao que são, ao papel que exercem, suas categorias e aplicabilidade. Trata-se de um

⁵¹ LIMA, George Marmelstein. **Hierarquia entre Princípios e Colisão de Normas Constitucionais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2625>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.37.

desafio à ciência do Direito, pois a falta de definição pelo elaborador da norma, aliada à imprecisão do que se possa entender por princípios gerais de Direito leva a diferentes vertentes acadêmicas a respeito, o que inviabiliza um panorama unívoco.

8.1 Tendências diversas das escolas doutrinárias

Observamos inicialmente seis tendências das escolas doutrinárias, as quais apresentaremos resumidamente:

- a) Combatem a concepção de princípios gerais, considerando-os como meros expedientes para liberar passagens legais, permitir a livre criação do Direito, impossíveis de determinação, simples fontes interpretativas e integrativas das normas;
- b) Diretriz da escola racionalista, que identifica os princípios gerais de Direito como as normas de Direito natural. Postulados, verdades jurídicas que representam o que há de constante no Direito, por isto é fundamental o direito positivo;
- c) Normas inspiradas no sentimento de equidade, expressão subjetiva da ideia de justiça que atenua a dureza da lei. A Constituição permite ao juiz decidir segundo o que lhe parecer justo; dar solução justa aos casos singulares quando a lei for omissa, então, deve o juiz pautar-se em critérios equitativos;
- d) Caráter universal ditado pela ciência do Direito e pela jusfilosofia, oriundos das generalizações e induções a que se atribui universalidade ligada ao sentimento de justiça;
- e) Direção positivista que caracteriza como princípios contingentes

e variáveis, assentados no direito legislado, bases fundamentais da norma jurídica. Entende que os princípios trazem orientações culturais ou políticas da ordem jurídica, motivo pelo qual inspiram a formação de cada legislação;

- f) Posição eclética que busca conciliar as demais, os princípios sistemáticos com o Direito científico, com os imperativos da consciência social ou com a concepção da escola do Direito livre.

8.2 Enfoques da doutrina pátria

Ao tomarmos por base o sistema brasileiro, enfatizamos alguns autores e seus postulados a respeito do tema, no que foram selecionados paradigmas para as comparações estabelecidas neste estudo:

a) Tércio Sampaio Ferraz Júnior: Os princípios gerais de Direito sempre estiveram presentes no ordenamento jurídico, ainda que não expressamente indicados ou denominados como tal. Ademais, um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras jurídicas⁵³.

Tarefa atribuída à razão jurídica, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), em sua origem e a atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵⁴, estatui “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”, como meio supletivo de produção do Direito.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.76.

⁵⁴ A Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou a designação da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC), na verdade, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Neste sentido, os princípios gerais são reminiscência do Direito natural como fonte e, segundo o autor, “ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos, trata-se não de normas, mas de princípios”. As características dos princípios gerais são exaltadas nesta definição: eles não têm maiores especificações, sua forma é indefinida, não constituem fontes, têm caráter metanormativo e função metalinguística, respondem na estrutura do sistema pela concretização da norma e configuram regras de coesão.

São ainda aplicados como fórmula tópica em raciocínio lógico no qual a expressão princípios gerais é tomada como premissa maior sem especificações. A premissa menor, por sua vez, é determinada numa regra geral com caráter normativo jurisprudencial.

b) Celso Ribeiro Bastos: Reverencia a força civilizatória dos princípios gerais e não vê sentido em selar a Constituição a eles, tampouco entende existir fundamento para atribuir-lhes força normativa superior.

Desta maneira, para o autor, os princípios adentram apenas por meio de interpretação da Constituição, elencados aqueles informadores de todo o ordenamento jurídico: os princípios da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade humana.

Por fim, sinaliza a tendência das Constituições modernas de positivizar os princípios gerais de Direito convertidos à categoria de princípios constitucionais como normas expressas das quais deriva uma eficácia específica e não meras construções informativas caracterizadas pela subsidiariedade de sua aplicação.

c) Maria Helena Diniz: No contexto de uma construção doutrinária e jurisprudencial essencialmente positivista, um princípio geral de Direito

somente poderá ser invocado para preencher uma lacuna quando não houver lei ou costume aplicável ao ponto controvertido.

Diante desta premissa, Maria Helena Diniz ensina os labirintos a serem seguidos pelo aplicador do Direito:

Só se pode invocar um princípio geral do direito para preencher lacunas, quando não houver lei ou costume aplicável ao ponto controvertido. O aplicador do direito, ante uma questão dúbia, indaga se há disposição legal expressa e precisa; se não a encontrar, recorre aos preceitos sobre casos similares; se estes não existirem, vai até os costumes, e se tais faltarem, busca os princípios gerais. Estes últimos são, indubitavelmente, **fontes subsidiárias, utilizadas quando os outros meios falharem**, com os quais o magistrado supre deficiências da ordem jurídica, adotando cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico⁵⁵. [sem grifos no original].

Na lição ditada, os princípios gerais de Direito que servem como base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico que deve apresentar-se como um “organismo” lógico, capaz de oferecer uma solução segura ao caso duvidoso. Com isso, evita-se que o emprego dos princípios seja arbitrário ou conforme as aspirações, valores ou interesses do órgão judicante. Esclarece também que a aplicação dos princípios gerais de Direito “fecha as lacunas quando houver uma questão jurídica ‘em aberto’, mas não as exclui, não instaura a completude do sistema”⁵⁶.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.213.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.215.

Para a autora, os princípios gerais de Direito têm múltipla natureza: primeiro, decorrem das normas do ordenamento jurídico; são também derivados das ideias políticas, sociais e jurídicas vigentes e reconhecidos pelas nações civilizadas⁵⁷.

Quanto a serem ou não os princípios gerais de Direito normas, ao contrário de defensores de que são meras diretivas informadoras do ordenamento jurídico, assinala com veemência o caráter normativo dos princípios gerais, em regra não expressamente prescritos, mas implícitos nas normas e descobertos mediante a análise dos subsistemas que compõem o sistema jurídico. São normas de valor genérico, que orientam a compreensão do sistema jurídico em sua aplicação e integração. Alguns merecem tal importância que estão contidos na lei. Em antítese, não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica.

O aplicador do Direito, a fim de encontrar um princípio geral de Direito referente à questão duvidosa não regulada, pesquisa elementos diversos (normas, fatos, valores) que podem ser sintetizados num princípio e constituir um foco de luz para solucionar cada caso concreto.

d) Eros Roberto Grau: O autor parte do registro da omissão da doutrina, pois distingue regras e princípios, sem atentar mais cuidadosamente ao exame dos princípios jurídicos ou princípios de Direito em relação aos princípios gerais de Direito.

Argumenta o autor e distingue, com base em doutrinadores estrangeiros que princípios jurídicos como construções que servem como fontes para criar, aplicar ou interpretar o Direito – pertencem à linguagem do Direito; e, princípios gerais de Direito como proposições

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.224.

descritivas e não normativas, por meio das quais os juristas referem aos conteúdos e às tendências do Direito positivo – pertencem à linguagem dos juristas.

Apresenta também, compondo a ordem axiológica ou teleológica do Direito, princípios explícitos no texto constitucional e da lei, e implícitos descobertos em textos normativos do direito posto (direito positivo) e do direito pressuposto em uma sociedade (relação jurídica que preexistia).

Esclarece ainda que os princípios gerais de Direito não são resgatados de fora do ordenamento jurídico pelo intérprete, mas descobertos em seu interior, o que significa pertencerem a determinado ordenamento jurídico e dada sociedade.

Eros Roberto Grau não transcendência dos princípios gerais de um direito, implícitos. Sua positivação é reconhecida no interior do direito pressuposto da sociedade. Não são positivados, visto já serem positivos então o juiz apenas os descobre, desautorizada a livre criação do Direito.

Por fim, assegura que os ordenamentos jurídicos contemplam os princípios gerais desse Direito, em estado latente. Embora não expressos no direito posto, estão sob o ordenamento jurídico no direito pressuposto daquela sociedade. Assim, os princípios gerais de Direito integram, ao lado dos princípios explícitos, o direito positivo.

e) Carlos Maximiliano: Para o jurista, os princípios gerais de Direito são normas jurídicas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento ou sistema em sua aplicação e integração, ou até mesmo para elaborar novas normas positivadas ou não. São as partes de uma norma não ditadas, explicitamente, pelo seu elaborador mas contidas no ordenamento jurídico, no qual basta que seu intérprete

resgate o sentido dentro do sistema jurídico. Em “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, argumenta sobre o tema:

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo (...) de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica⁵⁸.

8.3 Constitucionalização dos princípios gerais de Direito

A dimensão dos princípios gerais de Direito em face da sua crescente constitucionalização alavancou outra discussão, a exemplo da teoria de Paulo Bonavides. Com base nesta teoria, materializados em princípios constitucionais, os antigos princípios gerais de direito foram substituídos.

A corrente majoritária, entretanto, prossegue na diretriz de que nem todos os princípios gerais foram constitucionalizados. Assim, é necessário utilizar outros princípios gerais como meios integrativos para suprir lacunas. Esse pensamento também sugere inconsistência, haja vista existirem princípios constitucionais que não são gerais, como por exemplo, os relativos à administração pública.

⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.241.

8.4 Método de investigação e aplicação

Questionamos os princípios gerais de Direito dos quais será extraída a solução na hipótese de lacuna do caso concreto.

Parte da doutrina respalda o processo indutivo de investigação, do particular para o geral, por meio de generalizações sucessivas, ao observar o fenômeno à lei que os rege.

Para atingir os princípios gerais de direito, deve o órgão judicante subir, gradativamente, por indução, da idéia em foco para a outra mais elevada, abstraindo nelas o que há de particular, prosseguindo em generalizações crescentes e sucessivas até obter a solução. Cada ramo do direito, cada assunto jurídico tem seus princípios peculiares, que podem ser trazidos à lume por via indutiva⁵⁹.

Segundo a técnica de aplicação, os princípios podem ser essenciais, contingentes e apresentados em ordem decrescente, conforme descreve Rubens Limongi França⁶⁰:

- a) Essenciais: são estáveis, abarcam os elementos primeiros da justiça e os básicos, que decorrem da natureza das instituições;
- b) Contingentes: são os que por vontade da lei variam no tempo e no espaço. Quando da solução da controvérsia jurídica, devem preferir aos essenciais, porque o aplicador se encontra sob a égide do direito positivo. São os do ordenamento (que informam a Constituição e vão se

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.236.

⁶⁰ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Institutos de proteção à personalidade**. São Paulo: RT, ano 57, n.391, mai.1968.

particularizando em princípios de direito público, social e privado, com ramificações nos diversos ramos do direito), os do direito consuetudinário (aceito pela opinião corrente) e os do direito das gentes (informam o direito dos povos cultos e são reconhecidos pelas nações civilizadas).

O autor prossegue a ordem de aplicação dos princípios gerais:

- a) Esgotar primeiro os outros recursos previstos no artigo 4º da LICC;
- b) Os princípios aplicáveis são os que informam o sistema jurídico positivo, os princípios contingentes e os essenciais, ainda que não agasalhados pelo legislador;
- c) Os princípios gerais contingentes investigados antes dos essenciais;
- d) A ordem de aplicação é a da generalização crescente. Na aplicação dos princípios contingentes, os do sistema devem ser considerados antes, seguindo-se os do direito costumeiro e, por último, os do direito das gentes;
- e) a consideração da natureza das instituições em particular (essenciais) deve ser o farol do aplicador dos princípios gerais de Direito.

Por último, apresentamos o roteiro a ser seguido pelo órgão judicante, conforme sugerido por Rubens Limongi França:

- a) Diante do caso concreto, buscar os princípios norteadores da estrutura positiva da instituição correspondente;
- b) Não sendo suficiente, atingir os princípios que informam o livro ou parte do diploma no qual se insere a instituição, depois os do diploma de onde se encontra o livro, a seguir

os da disciplina na qual está o diploma e assim por diante, até chegar aos princípios gerais do direito escrito;

- c) Procurar os princípios de direito consuetudinário;
- d) Recorrer ao direito das gentes, especialmente ao direito comparado, no qual são descobertos os princípios que regem as nações civilizadas, desde que não haja contradição com o direito interno;
- e) Invocar os elementos de justiça, isto é, os princípios essenciais, penetrando, se necessário, no campo da jusfilosofia.

9. POSTULADOS NORMATIVOS NA CONCEPÇÃO DE HUMBERTO ÁVILA

Uma proposta de espécies normativas é apresentada por Humberto Ávila, partindo do pressuposto de que um ou vários dispositivos podem experimentar, simultaneamente, uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) ou metódica (postulado), a depender das conexões axiológicas do intérprete. Assim, o autor supera o tradicional modelo dicotômico de classificação das espécies normativas entre regras e princípios e adota um modelo tricotômico, por meio da dissociação entre regras, princípios e postulados, estes últimos entendidos como “instrumentos normativos metódicos”⁶¹.

Para o autor, os postulados normativos são uma categoria diferente dos princípios e das regras, tratando-se em *tercius* ao modelo tradicional,

⁶¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. **Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.69-71.

destacadas as diferenças em relação ao papel que exercem. Isto, porque, os postulados orientam a aplicação de outras normas, enquanto os princípios e as regras são objeto da aplicação; aos destinatários (no caso dos princípios e regras primariamente o Poder Público e os constituintes) diversamente dos postulados, que são destinados ao intérprete e ao aplicador do Direito; ao modo como se relacionam com as outras normas, os princípios e as regras se entrelaçam e os postulados se situam num metanível em relação aos demais.

A distinção prossegue na medida em que os princípios são normas finalísticas projetadas a um estado ideal de coisas, contrariamente aos postulados, que não promovem um fim, somente estruturam a aplicação da norma; não prescrevem comportamentos, são artefatos de raciocínio e de argumentação para a aplicação das normas.

Em razão dos postulados funcionarem diferentemente das outras normas, assegura o doutrinador um tratamento destacado, ainda que reconheça: “embora sua denominação seja secundária, a exigência científica de compatibilidade sintática não abandona a sua denominação como princípio”. É uma alusão não a um problema relacionado à nomenclatura, mas à inconsistência científica.

Em uma divisão inicial, os postulados são classificados na categoria **normativos aplicativos**. São metanormas ou normas de aplicação sobre outras normas ou normas de segundo grau que servem para conduzir os critérios de interpretação de outras normas e solucionar complexidades surgidas na aplicação do Direito, a exemplo de antinomias. Admite o autor que a maioria da doutrina os enquadra como princípios, sem explicações mais detalhadas.

As espécies de postulados normativos estabelecem um vínculo

entre os seus elementos e exigem uma relação entre eles. São inespecíficos quando são meras ideias gerais, sem critérios orientadores na sua aplicação, e específicos quando existem parâmetros para orientar a relação imposta entre os elementos.

Como características dos postulados inespecíficos, citamos:

- a) ponderação – atribuir pesos a elementos que se entrelaçam (bens, valores, princípios, fins, interesses);
- b) concordância prática – dever de harmonizar os valores, surgido a partir da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários;
- c) proibição de excesso – presente em qualquer contexto no qual um direito fundamental esteja sendo excessivamente restringido.

Em relação aos postulados específicos, temos:

- a) igualdade – a igualdade pode funcionar como regra, princípio e postulado. Neste último caso, estrutura a aplicação do Direito em função de elementos e da relação entre eles, depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado; sua violação reconduz à violação de uma norma jurídica;
- b) razoabilidade – estrutura a aplicação de princípios e especialmente das regras, em vários contextos e visando diversas finalidades. Entre elas, temos a razoabilidade como equidade (harmonizar a norma geral com o caso individual e considerar aquilo que normalmente acontece e é aceitável pelo senso comum e perante a lei); razoabilidade como congruência (harmonizar a

norma com as suas condições externas de aplicação (a norma pode estar desvinculada da realidade e a interpretação exige o confronto com parâmetros externos a ela); razoabilidade como equivalência (relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona).

- c) proporcionalidade – aplica-se quando há uma relação de causalidade entre um meio e um fim, de maneira que possam ser realizados três exames fundamentais: se o meio é adequado (adequação) para realizar o fim; se é necessário (necessidade) para realizá-lo e se as vantagens trazidas pela realização do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio (proporcionalidade em sentido estrito).

Por fim, na segunda categoria temos os **postulados hermenêuticos**, que revelam as condições de conhecimento para a compreensão do ordenamento.

Como exemplos de postulados hermenêuticos, citemos:

(1) o postulado da unidade do ordenamento jurídico, o qual exige do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias da ordem e unidade;

(2) o postulado da coerência, que impõe ao intérprete a obrigação de relacionar determinadas normas com outras que lhes são superiores;

(3) o postulado da hierarquia, que requer a compreensão do ordenamento como uma estrutura escalonada de normas⁶².

Há quem entenda serem preciosas as contribuições de Humberto Ávila ao invocar a importância dos postulados para o aplicador do Direito

⁶² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. **Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.124.

na solução de antinomias, uma vez que todas as espécies normativas devem ser consideradas elementos estruturantes do ordenamento jurídico. Os princípios não têm, portanto, o condão de garantir, com exclusividade, a unidade e a ordenação do sistema. Sob esta ótica, os postulados definidos por Humberto Ávila podem exercer o mesmo papel estruturante no sistema normativo⁶³.

10. VALORES POSITIVADOS

Os valores podem vir inseridos na Constituição como norma jurídica. No espectro invocado salientamos que a experiência espanhola oferece um modelo bastante interessante de construção do Estado a partir de “valores superiores” expressos na Carta, pois já no artigo 1º dispõe que a Espanha é um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político, assentada a soberania nacional pelo povo, de onde emanam os poderes do Estado.

Em aprofundada análise investigativa sobre “os valores superiores”, Gregorio Peces-Barba⁶⁴ produz um dos mais completos estudos sobre o tema ao contemplar a elaboração do núcleo fundante do ordenamento jurídico espanhol – trabalho lapidar de leitura obrigatória – que para além da reflexão singular, possibilita a melhor compreensão da base estrutural do Estado.

⁶³ VOGAS, Rosfrís Paula Cerizze. Distinção das espécies normativas à luz da teoria dos princípios. **Jus Navigandi**, Teresina, a.14, n.2109, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12597>>. Acesso em: 03 set. 2012.

⁶⁴ PECES-BARBA, Gregorio. **Los Valores Superiores**. Madrid: Tecnos, 1986.

Relevado, portanto, o significado dos valores superiores na Constituição como patamar evolutivo da cultura jurídica atual, na medida em que avança em relação ao positivismo fechado a valores.

Ao incorporar no texto um elenco de conteúdos materiais, esses valores representam a superação do jusnaturalismo – porque são positivados, históricos e de inegável fluxo – o que significa um avanço em relação às limitações do direito natural.

Assim, os valores superiores, conteúdos materiais das Constituições, são a expressão de uma construção democrática produzida pelo Estado, consubstanciados por meio da lei, por ser o Poder Legislativo o órgão de representação da soberania, e pelo Poder Judiciário por integrar essas formas de produção normativa.

O sistema axiológico adotado visa cumprir a função da justiça, compreendido o caráter normativo dos valores superiores na tarefa de fortalecer o comando constitucional, função em última instância dirigida aos juízes e tribunais ao interpretarem a resposta dada pelo ordenamento jurídico.

Quanto ao papel dos valores, Peces-Barba destaca tratar-se de mais do que uma metanorma material para interpretar outras normas e vai além para nortear a criação de outras normas, “normas sobre normas” ou “Direito sobre Direito”.

Na medida em que se concebem os valores superiores vindos da relação direito-poder, resultado do processo democrático assentado no Estado de Direito, reconhecemos que a mudança do Estado ou a alteração de critérios pode transformar valores superiores, por meio dos quais os processos culturais, históricos e a própria evolução da sociedade podem alavancar paradigmas normativos diversos.

A escolha dos valores superiores certamente aponta matizes atreladas aos ideais de conformação do Estado, contempla também conteúdos axiológicos que refletem elementos históricos e culturais daquele povo, as opções racionais do que se compreende como dignidade humana, tudo plasmado em um funcionamento delineado como espinha dorsal do ordenamento, norma básica para a unidade do sistema.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independentemente do modelo adotado, compreendido o Direito como um sistema aberto ou fechado, de solar clareza, da própria dinâmica da vida em sociedade, temos que as normas positivadas nos textos não são aptas a esgotar a demanda necessária na função de aplicar a lei. Isto faz o operador do Direito, a quem incumbe o trabalho epistemológico, se socorrer de outros elementos disponíveis por meio da hermenêutica jurídica.

Este estado de incompletude ou imperfeição, usualmente encontrado nas lacunas ou antinomias, conta com premissas de suporte lógico que representam as balizas ou diretrizes no processo de investigação. Intacto como pilar de sustentação temos o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao reger que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Inegáveis os avanços da ciência jurídica no último século, que permitiram em simetria à distinção entre regras e princípios, reconhecer estes últimos em um novo status jurídico, pacificada não apenas a sua inserção na categoria de normas, mais ainda, o alargamento crescente

de valores axiológicos nos textos constitucionais, verdadeiros pilares em torno dos quais se unifica a força integrativa do ordenamento.

Ainda que o mundo contemporâneo esteja alicerçado em novos paradigmas, subsiste a tormentosa equação que nos permita ter clareza quanto aos parâmetros para “fechar”, não o sistema, mas a equação das modalidades passíveis de completar os espaços, a partir da concepção dos institutos.

A singularidade apontada poderia ser traduzida em raciocínio análogo: “assim como o processo de execução está para o de conhecimento”, a “aplicação da lei está para a ciência jurídica”. A busca da efetividade, a concretude do ideal de justiça está, portanto, na missão de “dar a cada um o que é seu”, de “dizer o direito no caso concreto”.

Por certo não é tarefa simples. Muitas são as contribuições da dogmática jurídica, dignas de registro. É fato a riqueza da ciência jurídica sempre atrelada ao aprimoramento do Direito, o que transforma qualquer engessamento em fator de retrocesso.

No entanto, também é necessário reconhecermos que a falta de clareza conceitual em campo tão aberto quanto o dos princípios ganha maior dimensão e complexidade nos ordenamentos modernos, haja vista que um patamar elevado de “normas sobre normas”, sem critérios sedimentados, pode conduzir à perda de referenciais, na esteira da conhecida máxima de que “onde tudo é direito nada é direito”.

Muitas são as críticas ao ativismo judiciário exacerbado pela visão contemporânea de que o sistema jurídico demanda um conjunto normativo aberto à subjetividade do intérprete, o que pode levar a um elevado grau de volatilidade nas decisões e comprometer a segurança jurídica.

Interessante constatarmos que, embora denunciada há tempos a defasagem ou o questionamento da teoria construída por Kelsen, os doutrinadores invariavelmente se voltam a ele, seja para desenvolver outras concepções ou discordar do seu paradigma.

Concluímos que se Kelsen não apresentou a resposta certa, fez a pergunta correta ao indagar sobre o fundamento de validade de todo o sistema, cujo desfecho concebeu na modalidade de norma hipotética fundamental.

É fato que se inaugura, então, uma era que perdura até hoje à procura dos elementos que sustentam o corpo jurídico: norma hipotética fundamental, de reconhecimento, valor-teto, norma básica, princípios jurídicos ou valores superiores. Desde Kelsen está assentada a possibilidade de se alterar o fundamento, o que não cansa de ecoar é a pergunta: qual seria esse fundamento?

Vertentes deságuam em novas correntes, categorias, classificações, discípulos superam seus mestres apresentando-lhes construtivas críticas que conduzem a outros elementos, a seguir superados por estudiosos em criações originais da ciência jurídica, que resultam em outras tantas, num infindável processo de elaboração.

O Direito tem como interlocutores os operadores jurídicos e se destina à comunidade social. Esta, por sua vez, demanda clareza de linguagem, compreensão e transparência. Portanto, imperativo afastarmos o estigma “caixa preta” com o qual foi marcado o sistema de justiça.

Assim, a melhor contribuição implica estabilizar os institutos, aprofundar diversas possibilidades, elaborar diretrizes estratégicas, ordenadas, para que uma possível somatória de faróis não comprometa o

resultado do mais evoluído repertório do Direito, traduzido pela essência dos valores humanos.

Um aparato jurídico mais concreto e visível possibilita a melhor utilização das suas ferramentas. A centralidade calcada em princípios demanda uma postura ativa para estabelecer contornos mais definidos.

No espectro dos princípios gerais de Direito, a avaliação dos elementos estudados recomenda excluir os que estão positivados, caso contrário, não estaríamos diante de lacunas ou imperfeições da lei a serem corrigidas, mas de expressa previsão normativa no ordenamento vigente, ou seja, de princípios.

Na medida em que os princípios gerais têm a mesma finalidade das normas diante de omissões ou necessidade de integrar o ordenamento quando extraídos das normas por meio de um processo de generalização, também nos parece adequado configurá-los na categoria de normais gerais e abstratas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed.alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. **Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e fundamentos e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

- _____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 25 jan. 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10.ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. **Curso de Direito Constitucional.** 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CANARIS, Klaus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** 2.ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **Direito constitucional e Teoria da Constituição.** 4. ed. Coimbra: Almeida, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen.** 2. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Conflito de Normas.** São Paulo: Saraiva, 1987.
- _____. **As lacunas no Direito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2.ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: RT, 2002.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. Brasília: Sérgio Antônio Fabris, 1996.
- FLÓRES-VALDÉZ, Joaquín Arces y. **Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional**. Madri, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, George Marmelstein. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais**. Disponível em: <<http://direito.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1495>>. Acesso em: 25 jan. 2013.
- _____. **Hierarquia entre Princípios e Colisão de Normas Constitucionais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2625>>. Acesso em: 27 jan. 2013.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Institutos de proteção à personalidade**. São Paulo: RT, n.391, mai.1968.

- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e sua aplicação no direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NOVAIS, Eliane Cardoso de Matos. O Contrato em Kelsen e Luhmann. **Revista de Direito Privado nº11**, São Paulo, jul-set, 2002, v.3, p.121-137.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Los Valores Superiores**. Madrid: Tecnos, 1986.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PUPO, Juliana Labaki. **Fragmentos de Hans Kelsen e Miguel Reale para a efetividade do direito à saúde**. São Paulo, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. (Org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Belo Horizonte: Del Rey. In: **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**. v.1. p.607-630.
- TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1.
- VOGAS, Rosíris Paula Cerizze. Distinção das espécies normativas à luz da teoria dos princípios. **Jus Navigandi**, Teresina, a.14, n.2109, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12597>>. Acesso em: 03 set. 2012.



HONORARIOS DEL ABOGADO EN LA JUSTICIA LABORAL BRASILEÑA Y EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Ircineide Santos Soares¹
Rodrigo Fortunato Goulart²

Resumen: El trabajo versa sobre los dispositivos legales en lo que toca a la restitución integral del perjuicio al trabajador de las lides provenientes de relación laboral y empleo en Brasil. La Enmienda Constitucional n. 45/2004, los Sumarios n. 219 y n. 329 del Tribunal Superior Laboral (TST) y la Instrucción Normativa n. 27/2005, disponen sobre la condenación de los honorarios de abogados apenas cuando el proceso no verse sobre la relación de empleo. Entretanto, tal entendimiento contraria la Constitución Federal brasileña de 1988 (art. 133) y, más aún, hiere los principios constitucionales, como la amplia defensa y la dignidad de la persona del trabajador. Al final se concluye por la postergación de los honorarios legales, a cargo de la parte vencida, en la Justicia Laboral, tal como ocurre en la Justicia Común, mismo que el trabajador no esté asistido por el sindicato de la clase y no sea beneficiario de la justicia gratuita, bastando que haya honorarios legales en el proceso laboral.

¹ Master de Derecho (Unicuritiba). Graduada en el Curso de Derecho de las Facultades OPET (Curitiba-PR/Brasil). Especialista en Derecho Laboral por la Academia Paranaense de Estudios Jurídicos/Facultades Integradas de Brasil

² Maestro y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Curitiba- PR/Brasil). Profesor Universitario y Abogado Laboral. Miembro del Instituto Brasileiro de Derecho Social Cesarino Júnior, Sección brasileña de la “Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale”

Palabras-clave: *Jus Postulandi*; Honorarios Legales; Principio de la Reparación integral.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objetivo investigar, por medio de pesquisa bibliográfica basada en obras de referencia del área Laboral y Civil, si determinados paradigmas que orientan la Justicia Laboral, cuales sean, el *jus postulandi* positivado en el art. 791 de la Consolidación de las Leyes Laborales (CLT) y la negativa de honorarios legales de derrota, se mantienen sanos a la luz de la Constitución Federal, y cuales beneficios podrían advenir para los involucrados en los procesos laborales ante la inaplicabilidad de tales preceptos.

Así se pretende averiguar las implicaciones del art. 133 inculcado en la Carta Magna, según el cual el abogado es indispensable para la administración de la Justicia, en faz del art. 791, de la Consolidación de las Leyes Laborales, aún en efecto, que estatuye la facultad del *jus postulandi*.

Se indaga si la permanencia del *jus postulandi* en nuestro ordenamiento configuraría mayor obstáculo para la postergación de honorarios legales de derrota en la Justicia Laboral.

Se abordarán las disposiciones de la Ley 8.906/94, el Estatuto del Abogado y de la Orden de los Abogados de Brasil, y la supuesta exigencia de abogado en el proceso laboral, en contrapunto a la Enmienda Constitucional 45/2004, los Sumarios n. 219 y 329 y la Instrucción Normativa n. 27/2005, del Tribunal Superior Laboral.

Todavía, se busca explorar la comparación de los honorarios de abogado en la Justicia Laboral y en la Justicia Civil, analizando la aplicación de la Ley 1.060/50 sobre la asistencia judiciaria, y la obligación del Estado de crear de mecanismos para asegurar la gratuidad, como la Defensoría Pública, para orientación jurídica y defensa en todos los grados de jurisdicción.

Más aún, visa pesquisar si persiste la aplicación del beneficio de la asistencia judiciaria, rendida por el Sindicato de la categoría profesional, cuando el empleado se encuadre en los preceptos de la Ley 1.060/50, como hiposuficiente económicamente, delante de la inserción del § 10 al art. 789 de la CLT por la Ley 10.288/01, la cual fue revocada por la Ley 10.537/02, sin repristinación expresa del art. 14 de la Ley 5.584/70.

Se objetiva, aún más, disertar sobre la aplicación del principio del perjuicio en los procesos laborales, condenando el reclamado por pérdidas y daños resultantes del incumplimiento de la obligación, versados en los art. 389 y 395, del Código Civil, según el art. 20 del Código de Proceso Civil.

La restitución integral del crédito de la parte autora, incluidos los honorarios de abogado, como justicia correctiva también será analizada, delante de su aplicación apenas para los procesos laborales no resultantes de la relación de empleo.

Por fin, se visa instigar la posibilidad de postergación de honorarios legales de derrota para el abogado de la parte vencedora en la causa, mismo que esta parte no sea beneficiaria de la justicia gratuita y de la asistencia judiciaria gratuita.

2. HONORARIOS DE ABOGADO EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y EN LA JUSTICIA LABORAL

Los Tribunales laborales y la doctrina mayoritaria, según Paroski (2010, p. 103) aceptan dos principios: el *jus postulandi* del art. 791³ y 839⁴, de la Consolidación de Leyes Laborales, y la negativa de aplicación de los efectos de honorarios legales de derrota. Según el mismo autor, la existencia del *jus postulandi* en la Justicia Laboral “... ha sido ciertamente el mayor embarazo para que no se aplique el principio de honorarios legales de derrota, en procesos laborales”.

Bomfim (2008, p. 4426) afirma que existe contradicción entre el art. 791 de la CLT (la Ley 10.288/2001 alterando este artículo fue vetada), que tiene como facultativa la asistencia de abogado, y el art. 133, de la Constitución Federal, que estatuye que “el abogado es indispensable a la administración de la justicia...”. El mismo autor afirma que “... si el dispositivo de ley es incompatible con la Constitución, el deber del juez, como mínimo, es negarle aplicación”.

La cuestión del *jus postulandi* “... siempre fue polémica en la Justicia Laboral”, según Schiavi (2010, p. 276) el cual enfatiza que, “... quién lo defiende argumenta que es una manera de viabilizar el acceso del

³ BRASIL Decreto-ley n°. 5.452/1943 (Consolidación de las Leyes laborales – CLT). Art. 791. Los empleados y los empleadores podrán reclamar personalmente ante la Justicia Laboral y acompañar sus reclamaciones hasta el final.

§ 1°. En las negociaciones los empleados y empleadores podrán hacerse representar por intermedio del sindicato, abogado, solicitador o apoderado, inscripto en la Orden de los Abogados de Brasil.

§ 2°. En las negociaciones colectivas es facultada a los interesados la asistencia por abogado.

⁴ BRASIL Decreto-ley n°. 5.452/1943 (Consolidación de las Leyes laborales – CLT). Art. 839. La reclamación podrá ser presentada: a) por los empleados y empleadores, personalmente, o por sus representantes, y por los sindicatos de clase; b) por intermedio de las Procuradurías Regionales en la Justicia Laboral

trabajador a la Justicia, cuando este no tiene condiciones de contratar un abogado. Concluye, que con la transferencia de procesos de la justicia común a la Justicia Laboral, los procesos no oriundos de la relación de empleo, en que son postergados en las sentencias los honorarios legales por derrota por fuerza del Sumario 219 del TST, comparativamente “... no es más posible justificar la existencia del *jus postulandi*”.

El autor expone que el mantenimiento del art. 791 de la CLT con la alegación que en algunas regiones del país no hay abogados suficientes, no procede, ya que el Código de Proceso Civil prevé la solución, según el art. 36 del CPC:

La parte será representada en juicio por abogado legalmente habilitado. Le será lícito, entretanto, postular en causa propia, cuando tenga habilitación legal o, no la portando, en caso de falta de abogado en el lugar o recusa o impedimento de los que haya.

Así, el autor justifica que: “... hoy la parte no estar asistida por abogado en la justicia laboral es excepción” y que “... no se puede interpretar la ley por excepciones”.

El origen del *jus postulandi*, según Bomfim (2008, p. 4425): “... remota a 1941 cuando de la instalación de la Justicia Laboral, aún bajo la esfera administrativa, siendo otorgado a las partes el derecho de, ellas propias, personalmente, reclamar, defenderse, recurrir y acompañar la causa hasta el final”. Expone el autor que en aquella época se justificaba por ser el proceso laboral: “...oral, concentrado, simple y la Justicia informal y gratuita, y los casos eran triviales, no excepcionales, como indemnización por despedida injusta, horas extraordinarias, tiempo de servicio, salario, vacaciones y otros”.

Sobre los honorarios legales de derrota, resalta Bomfim (2009, p. 15)

que: “... el argumento que la condenación a honorarios sería perjudicial a los empleados y que no tendría como pagarlos, no más procede”, considerando razonable que el empleado que posee condiciones de pagar abogado, cubra los honorarios legales de derrota. Todavía, complementa que la suspensión de la negativa de los honorarios legales de derrota en la Justicia Laboral podrá resultar en reducción de procesos y de lentitud y que “... el empleado consciente de los honorarios legales de derrota no sería inducido a reclamar en juzgado l imprudente acuerdo y el empleador buscaría honrar sus compromisos contractuales”.

El Tribunal Superior Laboral (TST) especificó entendimiento que la condenación en honorarios de abogado no resulta simplemente de la derrota que, según los Sumarios n. 219⁵ y 329⁶, la parte interesada deberá estar asistida por sindicato da categoría profesional y tener derecho a justicia gratuita. Mantuvo el mismo entendimiento con los advenimientos de la Constitución Federal brasileira de 1988 y de la Enmienda Constitucional n. 45/2004, editando la Instrucción Normativa n. 27/2005⁷ que, en su artículo 5º, dispone sobre la condenación de los

⁵ BRASIL Tribunal Superior Laboral. Sumario n. 219. Honorarios de abogado. Hipótesis de aplicación. I – En la Justicia Laboral, la condenación al pago de honorarios de abogado, nunca superiores a 15% (quince por ciento), no resulta pura y simplemente de la derrota, debiendo la parte estar asistida por sindicato da categoría profesional y comprobar la percepción de salario inferior al doble del salario mínimo o encontrarse en situación económica que no le permita demandar sin perjuicio del propio sustento o de la respectiva familia. II – No es aplicable la condenación al pago de honorarios de abogado en proceso rescisorio en el proceso laboral, excepto cuando cumplidos los requisitos de la Ley n.5.584/1970.

⁶ BRASIL Tribunal Superior Laboral. Sumario n. 329. Honorarios de abogado. Art. 133 de la CF/1988. Mismo después de La promulgación de la CF/1988, permanece válido el entendimiento consubstanciado en el Sumario nº 219 del Tribunal Superior Laboral.

⁷ BRASIL Tribunal Superior Laboral. Instrucción Normativa 27/2005. Art. 5º. Excepto en los procesos resultantes de la relación laboral, los honorarios de abogado son debidos por la mera derrota.

honorarios de abogado resultantes de la mera derrota, cuando el proceso no verse sobre la relación laboral.

La exigencia que la parte sea hiposuficiente económicamente, especificada en la Ley n. 1.060/50, no prohíbe la condenación de honorarios legales de derrota, con aplicación subsidiaria del art. 20⁸ del Código de Proceso Civil, según Carvalho (2008, p. 795), pues: “... apenas establece normas para la concesión de asistencia judicial a los necesitados”.

En sentido contrario al art. 791 de la CLT, el TST se posicionó en 13.10.2009, fijando entendimiento de la necesidad de la presencia del abogado, según noticia publicada en su página en la Internet:

[...] Por mayoría de votos – 17 a 7 – el Tribunal Pleno (órgano colegiado que reúne todos los ministros del TST) negó la práctica del *jus postulandi* en materia que se encuentran tramitando en la Corte superior. Esa práctica ha sido corriente en la Justicia Laboral, pero apenas en las instancias anteriores – o sea, en las Varas Laborales, donde se da el inicio del proceso, e en los Tribunales Regionales Laborales, donde son apreciados los recursos ordinarios. A partir de ahí cuando hay recurso al TST, no más están en discusión aspectos relacionados con los hechos y pruebas del proceso, pero si cuestiones técnicas y jurídicas del proceso. Lo que estuvo en discusión hoy fue exactamente la posibilidad de la parte continuar a actuar en causa propia en el TST. “[...]. (E-AIRR y RR 8558/03-900.02.00-5).

Por la enmienda, cuando hay recurso, juzgados en el Tribunal

⁸ BRASIL Ley n. 5.869/1973 (Código de Proceso Civil). Art. 20 - La sentencia condenará el vencido a pagar al vencedor los gastos que anticipó y los honorarios de abogado. Ese crédito honorario será debida, también en los casos en que el abogado funcione en causa propia.

Superior Laboral no se admite la actuación de la parte en causa propia, como ocurre en instancias inferiores.

En este entendimiento el Sumario n. 633 del Supremo Tribunal Federal (STF) expone que: “no cabe la condenación en verba honoraria en los recursos extraordinarios interpuestos en proceso laboral, excepto en las hipótesis previstas en la Ley n. 5.584/1970”. Esta ley determina que el trabajador deberá ser asistido por el sindicato de la clase y que sea hiposuficiente.

Referida posición es acatada por Zangrado (2009, p. 1214) cuando expone que la condenación al pago de los honorarios de abogado es excepción y se dará dentro de las expresas determinaciones legales, según el Sumario STF n. 633, antes mencionado.

3. ASISTENCIA JUDICIARIA Y JUSTICIA GRATUITA

Asistencia judicial gratuita como servicio público es el derecho de la parte de tener un abogado y perito del Estado, por la Defensoría Pública, abogados por orden judicial, gratuitamente, bien como, estar exenta de todos los gastos y tasas judiciales, como emolumentos, gastos con publicaciones, transporte de testigos, según el art. 3º, de la Ley n. 1.060/50.

Según Marcacini (1999, p. 33), la justicia gratuita es una concesión del Estado, teniendo el derecho a la gratuidad de tasas judiciales, costes, emolumentos, restringiéndose a los gastos de proceso.

El Art. 5º, LXXIV, de la Constitución Federal de Brasil de 1988 determina que el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a

los que comprueben insuficiencia de recursos, pero la asistencia judicial regulada por la Ley 1.060/50 no abarca eventuales gastos anteriores a la instauración de la relación procesual y las extrajudiciales, en caso de diligencia externa al proceso, como las pruebas.

La Orden Constitucional impone al Poder Público la creación de la Defensoría Pública (art. 134, de la CF/88). Al no haber Defensoría Pública, la indicación de abogado deberá ser realizada por la OAB – Orden de los Abogados de Brasil, según la Ley n. 8.906/94, con la supuesta exigencia de abogado en el proceso laboral.

Para Schiavi (2010, p. 310) en el Proceso Laboral la Asistencia Judicial gratuita está disciplinada en el art. 14, § 1º de la Ley n. 5.584/70, que dispone:

En la Justicia del Trabajo la asistencia judicial a la que se refiere la Ley n. 1.060, de 5 de febrero de 1950, será prestada por el sindicato de la categoría profesional a que pertenezca el trabajador.

§ 1º - La asistencia es debida a todo aquel que reciba salario igual o inferior al doble del mínimo legal, quedando asegurado igual beneficio al trabajador de mayor salario, una vez probado que su situación económica no le permite demandar sin perjuicio del sustento propio o de la familia.

Para probar los requisitos necesarios a la asistencia judicial, la parte debe presentar la declaración de miserabilidad, según la Ley n. 7.115/83, art. 1º:

La declaración destinada a hacer prueba de vida, residencia, pobreza, dependencia económica, homonimia o buenos antecedentes, cuando firmado por lo propio interesado, por procurador bastante y bajo las penas de la ley, se presume verdadera.

Sobre la declaración de insuficiencia económica la Orientación Jurisprudencial (OJ) n. 331, de la SDI-1, del Tribunal Superior Laboral, versa: “Desnecesaria la otorga de poderes especiales al patrono de la causa para firmar declaración de insuficiencia económica, destinado a la concesión de los beneficios de la Justicia Gratuita”.

Entiende Zangrando (2009, p. 1215) que los honorarios asistenciales son debidos apenas cuando se trata de reclamación individual, en que el reclamante es beneficiario de la Justicia gratuita, cuya asistencia jurídica es promovida por el sindicato (OJ SDI -1 n. 305). El Art. 8º, inciso III, de la Constitución Federal de 1988, autoriza los sindicatos defender los intereses individuales homogéneos, entendidos como intereses individuales, de personas determinadas, comúnmente disponibles y resultantes de una origen común, un hecho jurídico que atinge diversos individuos similarmente, propiciando un tratamiento uniforme.

4. HONORARIOS DE ABOGADO EN LA JUSTICIA LABORAL A PARTIR DE LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL n. 45/2004

La Enmienda Constitucional 45/2004 alteró el artículo 114 de la Constitución Federal de Brasil de 1988 e instituyó, según inciso VI, la transferencia de los procesos oriundos de la Justicia Civil, referentes a indemnizaciones por daño moral o patrimonial, a la Justicia Laboral.

En otras palabras, todos los procesos en trámite sobre relación de trabajo fueron transferidos de la Justicia Civil común a la Justicia Laboral, pero las decisiones en la Justicia Laboral no comportan los honorarios legales de derrota, que serían incorporados si los mismos procesos permanecieran en la Justicia Común, mismo que no beneficiarios de la Justicia gratuita.

Teixeira Filho (2009, p. 622) expone con brillante interpretación cuando especifica que, con la Enmienda Constitucional n. 45/2004, fue alterada la competencia de la Justicia Laboral, para procesar y juzgar los procesos oriundos de las relaciones de trabajo: las que no resultan de contrato laboral, siendo de naturaleza civil; las que resultan de las relaciones entre empleados y empleadores, bien como de trabajadores independientes y sus tomadores de servicios, en actividades reguladas en la legislación social.

Para los procesos que no resultan de contrato de trabajo, según la Instrucción Normativa n. 27/05 del TST, citada, serán debidos honorarios de abogado, en la manera del art. 20 del Código de Proceso Civil. Pero, para los procesos que resultan de las relaciones laborales, los honorarios de abogado solamente serán debidos a favor del trabajador y se este gozar del beneficio de la justicia gratuita y de la asistencia del sindicato de la clase (Ley n. 5.584/70, art. 14 y siguientes). Entendimiento confirmado por el sumario 219 y 329, citados, y por la Orientación Jurisprudencial n. 305⁹, de la SDI-1, del Tribunal Superior Laboral.

El Tribunal Superior laboral ratificó ser debidos honorarios de abogado solamente en causas diversas que no resulten directamente de vínculo laboral. Esta enmienda es explícita, según decisión (RO – 41700 – 11.2009.5.09.0245 – Rel. Ubirajara Carlos Mendes, DJE/TRT 9ª Reg. N. 617/10, 2.12.10, p. 288/289), *in verbis*:

[...] tratándose de procesos de naturaleza eminente y exclusivamente civil (contrato de prestación de servicios de consultoría), que, por lo tanto, no resulten de relación laboral (Art. 5º de la Instrucción Normativa n. 27/2005,

⁹ En La Justicia Laboral brasilera, la postergación de honorarios de abogado se sujeta a la constatación de la ocurrencia concomitante de dos requisitos: el beneficio de la justicia gratuita y de la asistencia por el sindicato.

del C. TST), esta E. Clase entiende debidos los honorarios de abogado, en la manera del art. 20 del CPC. Dada la naturaleza civil del proceso, la cuestión de los honorarios de abogado debe ser analizada bajo la égida del derecho común de derrota en los términos de los arts. 19 a 35 del CPC.

El relator confirma que solamente para los procesos de naturaleza civil, que no resulten de la relación laboral, serán debidos los honorarios de abogado citando los arts. 19 a 35 del Código Procesual Civil.

El Plenario de la Cámara de los Diputados brasileira aprobó el Destaque de Votación en Separado n. 116, del Diputado Nelo Rodolfo, para substituir la expresión *relación de empleo* por *relación laboral*, en el inciso I, del art. 114 de la Constitución Federal, según Martins (2010, p. 105, letras del autor).

Con base en la Instrucción Normativa n. 27/2005 y en la Orientación Jurisprudencial, anterior, la Justicia Laboral defiere los honorarios de abogado para las causas que no resultan del contrato laboral, o sea, causas sin vínculo de empleo.

Aún que determinado en el artículo 133 de la Constitución Federal de 1988, que el abogado es indispensable a la administración de la justicia, el Tribunal Superior Laboral entiende por el Sumario 329 que “Mismo después de la promulgación de la CF/1988, permanece válido el entendimiento consubstanciado en el Sumario n° 219 del Tribunal Superior Laboral”, que los honorarios de abogado no resultan de la derrota, debiendo la parte estar asistida por sindicato de la categoría y declarar hiposuficiencia económica.

Menezes (2010, p. 64) expone que resta ahora a la ley, a la jurisprudencia, a la doctrina y a las entidades sindicales el empeño en proteger aquél trabajador que: “... no estando bajo el manto de la

relación de empleo, irá dirigirse a la Justicia Laboral, como ya lo hacen los independientes que, notable excepción, goza de amplia tutela en el plano del derecho substancial, arts. 6 y 7º, parágrafo único, de la Constitución Federal”.

5. HONORARIOS DE ABOGADO EN LA JUSTICIA DEL TRABAJO Y EN LA JUSTICIA CIVIL

El Art. 2º, de la Ley n. 1.060/50, referente a la Justicia Gratuita, declara su aplicación para la Justicia Común, como la Estadual y la Federal, en procesos civiles, penal, militar y en la Justicia Laboral.

La Asistencia Jurídica está prevista en el ordenamiento jurídico constitucional, ocupando la posición de garantía fundamental de todos los ciudadanos, por el art. 5º, LXXIV: “El Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprobaren insuficiencia de recursos”. El Art. 4º de la Ley 1.060/50, afirma que:

La parte gozará de los beneficios de la asistencia judicial, mediante afirmación, en la propia petición inicial, de que no está en condiciones de pagar los costes del proceso y los honorarios del abogado, sin perjuicio propio o de su familia.

En el art. 11, “Los honorarios de abogado y peritos, los costes del proceso, las tasas y sellos judiciarios serán pagos por el vencido, cuando el beneficiario de la asistencia sea vencedor de la causa”. Según este artículo tanto el autor como el demandado tiene esa prerrogativa.

En la Justicia laboral, resguardadas las normas jurídicas específicas, cuyo enfoque es esencialmente social, según espejado en el art. 7º de

la Constitución Federal¹⁰, según Paroski (2010, p. 67), lo que prevalece es el art. 790, § 3º, de la CLT, en que el beneficio de la justicia gratuita podrá ser concedido por el juez mediante requerimiento o de oficio. El beneficio incluye costes procesales (art. 789, de la CLT, citado), además de los traslados, instrumentos y honorarios periciales (art. 790-B, de la CLT)¹¹, que cuando la parte sucumbiente sea beneficiaria de la justicia gratuita deberá ser pago por el Estado.

El Art. 134 califica la Defensoría Pública como “institución esencial a la función jurisdiccional del Estado”, aduciendo que le incumbe “la orientación jurídica y la defensa, en todos los grados, de los necesitados”, en la manera del art. 5º, LXXIV. El Art. 21, XIII, atribuye a la Unión Federal competencia para “Organizar y mantener el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría Pública del Distrito Federal y de los Territorios”.

Sugiere Paroski (2010) que podría ser exigido patrocinio de la causa por abogados habilitados, independientemente de asistencia por los profesionales acreditados por los sindicatos de trabajadores.

En la Justicia Común, según Paroski (2010, p. 57), la asistencia judicial gratuita comprende la exención de todas los gastos necesarios para el patrocinio de la causa, la defensa de derechos en juzgado y el ejercicio pleno y eficaz de las facultades procesales, extendiéndose a los honorarios de peritos y abogados. También, incluye el pagamiento de honorarios debidos al procurador judicial del propio beneficiario.

¹⁰ BRASIL Constitución Federal de 1988. Art. 7º. Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que visen la mejora de su condición social: [...]; XXIX – acción cuanto a los créditos resultantes de las relaciones de trabajo [...].

¹¹ BRASIL Decreto-ley nº. 5.452/1943 (Consolidación de las Leyes laborales – CLT). Art. 790-B. La responsabilidad por el pagamiento de los honorarios periciales es de la parte sucumbiente en la pretensión objeto de la pericia, excepto si es beneficiario de la justicia gratuita. Este artículo fue acrecido por la Ley 10.537/2002.

Cuanto a la necesidad de demandar el proceso apenas con el abogado del sindicato, para tener el derecho a la asistencia judicial gratuita, Paroski (2010, p. 79) entiende que la Ley 5.584/70 no atribuye el monopolio de la asistencia judicial gratuita a los sindicatos, apenas obligando estos a prestarla, en vez de ser prestada por los servicios creados y mantenidos por el Estado (Defensoría Pública, art. 134, de la Constitución Federal/1988).

No se vislumbra brecha en la Justicia Laboral, según presupone el art. 8º, de la Consolidación de las Leyes Laborales¹², cuanto a los honorarios de abogado, pues los Sumarios n. 219 y 329, citados, del Tribunal Superior Laboral, afirman no ser aplicable para los procesos con relación de trabajo.

Con la asistencia judicial disponible a todos los que declaren la hiposuficiencia económica, Cahali (1997, p. 20) expone que hay litigantes que se aprovechan de la protección del Estado:

[...] interesa, de un lado, cohibir, o, por lo menos desestimular el litigante abusivo, pero, de otro lado, debe ser preservado el proceso como medio de recomposición del interés jurídico molestado, asegurada la vía judicial para satisfacerlo, de tal modo que la garantía constitucional (art. 5º, XXXV) del derecho de proceso no se diluya en la eficacia práctica.

¹² Art. 8º. Las autoridades administrativas y la Justicia del Trabajo, en la falta de disposiciones legales o contractuales, decidirán, según el caso, por la jurisprudencia, por analogía, por equidad y otros principios y normas generales de derecho, principalmente del derecho laboral, y, aún, de acuerdo con los usos y costumbres, el derecho comparado, pero siempre de manera que ningún interés de clase o particular prevalezca sobre el interés público. Parágrafo Único. El derecho común será fuente subsidiaria de derecho laboral, en aquello que no sea incompatible con los principios fundamentales de este.

Así, la garantía constitucional de protección al trabajador debe prevalecer, delante de los principios constitucionales como del debido proceso legal y del contradictorio, que si no pudieren ser plenamente ejercidos por falta de recursos, las decisiones judiciales pueden no ser de satisfacción.

6. REVOCACIÓN TÁCITA DEL ART. 14 DE LA LEY 5.584/70

El Art. 14, de la Ley n. 5.584/70 versa que en la Justicia Laboral, la asistencia judiciaria será prestada por el Sindicato de la categoría profesional a que pertenezca el trabajador, como se refiere en la Ley 1.060/50, § 1º:

La asistencia es debida a todo aquél que reciba salario igual o inferior al doble del mínimo legal. Quedando asegurado igual beneficio al trabajador de mayor salario, una vez probado que su situación económica no le permite demandar, sin perjuicio del sustento propio o de la familia.

Según Dallegrave Neto (2007) este artículo fue tácitamente revocado con la Ley n. 10.288/2001, cuando insirió el § 10º al art. 789 de la Consolidación de las Leyes Laborales:

El sindicato de la categoría profesional prestará asistencia judiciaria gratuita al trabajador desempleado o que reciba salario inferior a cinco salarios mínimos o que declare, bajo responsabilidad, no poseer, en función de los encargos propios familiares, condiciones económicas de proveer la demanda.

Al entendimiento del autor, con la nueva Ley n. 10.537/02

suprimiendo el § 10º, inserido en el art. 789 de la CLT, sin restablecer¹³ expresamente el art. 14, § 1º, de la Ley 5.584/70, este restó tácitamente revocado.

Según preceptúa el art. 2º, § 3º de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileiro (alteración de la nomenclatura normativa por cuenta de la Ley n. 12.376/2010) apenas tienen validez restablecimientos expresos.

7. APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 389, 395, 404, 927 Y 944 DEL CÓDIGO CIVIL Y ART. 20 DEL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL EN LA JUSTICIA LABORAL

Los procedimientos en la Justicia Laboral si comparados con los de la Justicia Común, cuando se analiza los perjuicios causados al trabajador, delante del incumplimiento del empleador, llevaría a adoptar de forma análoga el art. 389, del Código Civil brasileiro, que expone: “No cumplida la obligación, responde el deudor por pérdidas y daños, más intereses y actualización monetaria según índices oficiales regularmente establecidos, y honorarios de abogado”.

Ya, el artículo 395 del mismo Códex especifica sobre la demora: “Responde el deudor por los perjuicios que su demora cause, más intereses de los valores monetarios según índices oficiales regularmente establecidos, y honorarios de abogado”.

Si la alteración de las condiciones de trabajo resultando perjuicio al empleado anula cláusula infractora, el no pagamiento de verbas

¹³ En derecho significa hacer vigorar de nuevo

tempestivamente, también lo hace, llevando el deudor a responder por los perjuicios que su demora cause.

Como perjuicio se enfoca el pagamiento de los honorarios de abogado para pleitear los derechos del empleado, no cumplidos tempestivamente, frustrando la adquisición de bienes o servicios que le traerían mayor confort para si y para la familia.

El Código de Proceso Civil brasileiro, art. 20, versa que: “la sentencia condenará el vencido a pagar al vencedor [...] los honorarios de abogado”. Al final de cada relación jurídica procesual, programada para encerrarse con una sentencia, el juez debe apuntar la parte responsable por el pagamiento de los honorarios de abogado y dimensionar su monto.

Estas obligaciones deberán ser pagas con actualización monetaria, según el artículo 404:

Las pérdidas y daños, en las obligaciones de pagamiento en dinero, serán pagas con actualización monetaria según índices oficiales regularmente establecidos, abarcando intereses, costes y honorarios de abogado, sin perjuicio de la pena convencional.

Cuanto a la obligación de indemnizar, el Código Civil expone en el art. 927¹⁴ que el daño causado a otros debe ser reparado. Y el art. 944¹⁵, la indemnización debe ser medida por la extensión del daño, en el caso, los honorarios de abogado, si incurridos por la parte que fue perjudicada antes de impetrar el proceso, comprometen la restitución integral de los créditos.

¹⁴ BRASIL Ley n. 10.406/2002 (Código Civil). DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR. Art. 927. Aquél que, por acto ilícito, (art. 186 y 187), causar daño a otros, queda obligado a repararlo.

¹⁵ BRASIL Ley 10.406/2002 (Código Civil). DE LA INDEMNIZACIÓN. Art. 944. A indemnización se mide por la extensión del daño.

La indemnización, según Cavalieri Filho (2010, p. 76) debe ser por la pérdida de la oportunidad de obtener una ventaja. En el caso de la Justicia Laboral, el autor que no recibió sus vencimientos integral y tempestivamente no obtuvo la ventaja para disfrutar la remuneración debida aplicando en una cuenta de ahorros o de compra de un bien.

Por el art. 20 del Código de Proceso Civil se deduce el proteccionismo para el vencedor en el proceso, cuando expone que la sentencia condenará el vencido a pagar al vencedor los gastos que anticipó y los honorarios de abogado. Se presupone, aquí, el legítimo principio de la reparación integral para las acciones que permanecen y para las advenidas de la Justicia Común.

8. APLICACIÓN DEL ART. 56 DE LA LEY 9.099/1995 EN LA JUSTICIA LABORAL

Tanto la Justicia Laboral brasilera como los Juzgados Especiales Civiles, son justicias especializadas, pero con la protección a los más necesitados tratada de forma diferenciada.

Mientras que en la Justicia del Trabajo no hay asistencia jurídica integral a los necesitados y condenación de los honorarios de derrota para la parte vencida, en los Juzgados Especiales Civiles, cuyas acciones tramitan bajo la égida de la Ley n. 9.099/95, el art. 56, determina que: "...sea prestada la tutela a los carentes económicamente, con curadurías necesarias y con el servicio de asistencia judicial, para que ocurra la paridad entre los litigantes". Según Theodoro Jr. (2010, p. 442), en los casos de litigio de mala fe y de recurso al segundo grado de jurisdicción, serán impuestos los encargos de la derrota, condenando el recurrente, cuando su apelo sea no proveído, al pagamiento de costes y honorarios.

Se culmina, aquí, en el art. 408, del Código Civil, la cláusula penal, que es una obligación de naturaleza accesoria, siendo inserida una multa en la obligación en que: “incurre de pleno derecho el deudor en la cláusula penal, desde que, culposamente, deje de cumplir la obligación o se constituya en demora”. Y en el art. 409: “La cláusula penal estipulada conjuntamente con la obligación, o en acto posterior, puede referirse a la no ejecución completa de la obligación, a la de alguna cláusula especial o simplemente demora”.

El Art. 475-J del Código de Proceso Civil subsidia el Proceso del Trabajo, cuanto a la aplicación de multa de diez por ciento, cuando el demandado intimado a pagar no lo hace: “Caso el deudor, condenado al pago de cierta o ya fijada en liquidación, no lo efectúe en el plazo de quince días, el monto de la condenación será acrecido de multa al porcentual de diez por ciento ...”.

9. PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Marinoni (2008, p. 205) observa que: “...el derecho de proceso puede ser encuadrado en las varias funciones de los derechos fundamentales, pudiendo permitir la tutela de los derechos de protección, siendo un derecho fundamental procesal y no un derecho fundamental material, como el derecho de libertad”. Acrecienta que: “El derecho de proceso es el más fundamental de todos los derechos, ya que es imprescindible a la efectiva concreción de todos ellos”.

Según entendimiento de Bomfim (2009, p. 64) la negativa de honorarios de derrota en la Justicia Laboral hiere los principios

constitucionales de la isonomía (art. 5º)¹⁶, de la duración razonable del proceso (art. 5º, LXXVIII)¹⁷, de la esencialidad del abogado a la administración de la Justicia (art. 133), de la amplia defensa (art. 5º, LV)¹⁸, del derecho al debido proceso legal (CF, art. 5º, LIV)¹⁹, del primado laboral y de la justicia social (art. 193)²⁰.

Sobre los derechos fundamentales, defiende Dallegrave Neto (2007, p. 126) que: “... todo el rol contenido en los incisos del art. 5º, de la Carta Magna, es considerado como cláusula pétrea, no pudiendo ser revocados ni mismo por Enmienda Constitucional”. El inciso LIV, de la Constitución Federal, enfatiza que: “nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal”.

Así, el daño material, resultante de los salarios y otros derechos no recibidos tempestivamente, siendo pleiteados en la Justicia Laboral, hiere cláusula pétrea si en la decisión el pago de los honorarios de abogado no es incumbido al empleador, siendo descontados de los créditos del empleado. El autor resalta que el valor del trabajo es esencial al Estado brasileiro.

¹⁶ BRASIL Constitución Federal de 1988. Art. 5º. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileros y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad (...)

¹⁷ BRASIL Constitución Federal de 1988. Art. 5º. LXXVIII – a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son asegurados la razonable duración del proceso los medios que garanticen la celeridad de su tramitación.

¹⁸ BRASIL Constitución Federal de 1988. Art. 5º. LV – a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados lo contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes.

¹⁹ BRASIL Constitución Federal de 1988. Art. 5º. LIV – nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal.

²⁰ BRASIL Constitución Federal de 1988. Art. 193. La orden social tiene como base el primado laboral, y como objetivo el bienestar y la justicia sociales.

Según Adorno Jr. (2011, p.182) el principio unánimemente electo por los doctrinadores en el Derecho Laboral es el de la protección. Todavía, que la Constitución Federal de 1988 elige como objetivo fundamental, inciso I del art. 3º, la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria. También, se preocupa con la dignidad de la persona humana y con los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa, incisos III y IV, del art. 1º, estableciéndolos como parámetros para la busca de la justicia social en el cabezal del art. 170.

Brito (2010, p. 104) comprende que el principio constitucional de protección sería una regla mayor que orientaría el legislador y el juzgador en la elaboración y aplicación de las normas relacionadas al Derecho Laboral, buscando atenuar la desigualdad: “...entre empleador y empleado, alcanzando el propósito de la igualdad substancial”.

Carvalho (2008, p. 709) entiende que la aplicación de lo dispuesto en el art. 389 del Código Civil, ya citado, es aplicable en la Justicia Laboral: “...sea por fuerza de la compatibilidad con el sistema de los principios vectores de esta justicia especializada, sea por fuerza de la omisión de la CLT, sea todavía por la brecha ontológica contenida en el art. 791 de la CLT”. Concluye que, imponer al autor, el deber de arcar con los honorarios de abogado: “... significa penalizarlo doblemente, a una, por tener que venir a juicio a buscar la reparación del derecho herido, y dos, porque tendrá que deducir de su crédito el valor correspondiente a los honorarios del profesional contratado”.

Cuanto a la norma civil Zangrando (2009, p. 1218), coloca la idea que la indemnización por el daño debe ser la más completa posible: “... parámetro maestro del instituto de la *restitutio in integrum* (CC, art. 944), pues si el autor pleitea indemnización, se refiere a todo lo que perdió,

inclusive los gastos accesorios, necesarios para el ejercicio del derecho, incluido honorarios que adelantó o que contrató”.

Con base en los preceptos de la Constitución Federal de 1988, art. 5º, inciso LXXIV, debe ser prestada adecuadamente la asistencia jurídica integral a los menos favorecidos, exentándolos de costes judiciales y otros gastos relativos al proceso. Cuando se refiere a la asistencia jurídica integral y gratuita se comprende que debe ser propiciado abogado preparado para la defensa de sus intereses.

Ya se denota en el Proceso Laboral la condenación del demandado, cuando sucumbiente, al pagamiento de los honorarios de abogado, como puede ser verificado en la enmienda del Tribunal Regional Laboral de Paraná (TRT/PR), en Fallo de elaboración de la Jueza Rosemarie Dietrich Pimpão²¹.

En el entendimiento de los juzgadores, la Ley n. 10.537/02 confirma nueva redacción al art. 789 de la CLT, concediendo tanto la justicia gratuita como la asistencia judiciaria gratuita al empleado que presente la declaración de pobreza.

Así, si la sentencia es favorable al autor, no podrá la ley perjudicar, ni parcialmente, el derecho adquirido, debiendo prestar la debida justicia

²¹ BRASIL Tribunal Regional Laboral de Paraná. TRT – PR – 00520-2005-053-09-00 (RO). Vistos, relatados y discutidos estos autos de RECURSO ORDINARIO, provenientes de la VARA LABORAL DE LARANJEIRA DO SUL – PR, [...] RECURSO ADHESIVO [...].

REPORTE

[...] La reclamada pretende la reforma de la sentencia cuanto a los siguientes ítems: [...] d) honorarios de abogado.

Aduce la recurrente que, en principio, en faz de lo expuesto en sus razones de recurso, no es deudora de honorarios de abogado. Además entiende no aplicarse en la Justicia Laboral, el principio de honorarios legales de derrota, además que, el autor no está representado por abogado ligado a sindicato de su categoría profesional.

de manera integral, final y definitiva de todo y cualquier litigio, de acuerdo con la apreciación del caso concreto.

10. CONCLUSIÓN

Analizando las exposiciones de autores sobre la indispensabilidad del abogado para la administración de la Justicia, según el art. 133 de la Constitución Federal de 1988 y la contradicción con el art. 791 de la Consolidación de las Leyes Laborales y otros artículos, en que es asegurando el *jus postulandi* y la negativa de los honorarios legales de derrota en la Justicia Laboral, se lleva al entendimiento que hay tratamiento desigual entre esta justicia especializada y la Justicia Común en Brasil.

[...] primando por la uniformidad de las decisiones en el ámbito de esta E. 2º Clase, me curvo al posicionamiento a respeto de la materia, según el cual es suficiente para la postergación de los honorarios de abogado, simple declaración de insuficiencia económica en la inicial, en los términos de la Ley 1.060/50, con las alteraciones promovidas por la Ley n. 10.537/02. Fundamenta la mayoría de esta Clase, en el sentido de que la sistemática legal de la asistencia judicial gratuita y honorarios fue modificada por la Ley 10.537/2002, que confirió nueva redacción al art. 789 de la CLT, dispositivo que, en conjunto con la Ley 1.060/50, pasa a regir la asistencia judicial gratuita en el proceso laboral, cuyo genero comprende la justicia gratuita y los honorarios asistenciales o de abogado, no más constituyendo la asistencia judicial monopolio de la entidad sindical profesional, posibilitando el pagamiento de honorarios de abogado al beneficiario de la justicia

gratuita. Así para la postergación de la asistencia judicial gratuita, en la cual se encuentran inseridas tanto la justicia gratuita, como los honorarios de abogado o asistenciales, es suficiente la declaración, por el trabajador, de dificultad económica para demandar en Juzgado, según la Ley n. 7.510/86, que alteró la Ley n. 1.060/50.

La orientación del Sumario n. 219, I, del E. TST establece dos condiciones para asegurar la verba honoraria. Con todo, basta la presencia de apenas una de ellas para percibir el beneficio: En la hipótesis en aprecio, en que pese la parte autora no encontrarse asistida por la entidad sindical de su categoría profesional, declaró en la pieza de ingreso no poder demandar en juzgado sin perjuicio del propio sustento y de su familia, presentando todavía, declaración de pobreza. Mantengo. Des^a Rosemarie D Pimpão 02/09/2008.

Mientras que en la Justicia Común son siempre debidos los honorarios de derrota, en la Justicia Laboral es necesario que la parte sea asistida por el sindicato de la clase y haya declarado no poder arcar con los costos procesales y honorarios de abogado sin perjuicio propio o de la familia, según la Ley 1.060/50.

Se denotó, en las pesquisas realizadas, que no más cabe el *jus postulandi*, delante de la complejidad que se presenta en la Justicia Laboral con innúmeros recursos interpuestos, principalmente, por la parte demandada, en que procesos de autores desproveídos de asistencia de abogado serían perjudicados en sus postulaciones.

Confirmado que, caso pase a vigorar la inaplicabilidad de los preceptos del *jus postulandi* en la Justicia Laboral, el derecho de proceso sería optimizado con la asistencia de abogado. La tutela de protección encuadrada como derecho fundamental, el más fundamental de todos

los derechos, considerado cláusula pétrea de la Constitución Federal de 1988.

Todavía, como beneficio a la adopción de los honorarios de derrota argumentado que la condenación no sería perjudicial a los empleados, una vez que como protegidos por las Leyes n. 1.060/50 y n. Ley 5.584/70, en que son concedidas la justicia gratuita y la asistencia judicial a los necesitados, estos no arcarían con los honorarios de derrota, si vencidos en la demanda.

Con la Enmienda Constitucional 45/2004, que alteró el art. 114 de la Constitución Federal, fueron transferidos de la Justicia Común a la Justicia Laboral todos los procesos con relación de trabajo. Actualmente hay dos tratamientos diferenciados, siendo condenados en honorarios de derrota apenas los procesos con relación laboral, pero de naturaleza civil, como los contratos de prestación de servicios de consultoría.

El trabajo llevó a la conclusión que dispositivos legales como la Enmienda Constitucional 45/2004, los Sumarios 219 y 329 del Tribunal Superior Laboral y la Instrucción Normativa 27/2005 (TST), disponiendo acerca de la condenación de los honorarios de abogado solamente cuando el proceso no verse sobre la relación de empleo, con excepción de los trabajadores independientes, son considerados opuestos a la Constitución Federal, en el art. 133 y, más aún, hieren los principios constitucionales, como la amplia defensa y la dignidad de la persona del trabajador.

Aunque los referidos artículos de la CLT dispongan a favor del *jus postulandi*, el Tribunal Superior Laboral, cuando del juzgamiento de recurso, prohibió su aplicación alegando que estaban siendo discutidas cuestiones técnicas y jurídicas, mientras que en el primer y segundo grados son discutidos los hechos y pruebas, cabiendo su aplicación.

Con base en el Código de Proceso Civil, art. 20, la sentencia en la Justicia Común condena el vencido a pagar al vencedor los honorarios de abogado, actualizadas monetariamente, art. 404, para indemnizar el daño, de acuerdo con los artículos 927 y 944, del Código Civil.

Los autores defendieron la necesidad de la presencia del abogado en el Proceso Laboral, principalmente por estar preceptuada indispensabilidad en el art. 133 de la Constitución Federal, y por no haber restablecimiento expreso del art. 791 de la CLT, cuando de la revocación de la Ley n. 10.288/2001 por la ley n. 10.537/2002, que insirió el parágrafo 10 al art. 789, de la CLT. Todavía, defendieron el derecho a la garantía de lo contradictorio igual entre las partes, en la actividad jurisdiccional, delante de la desigualdad de las partes litigantes, en que el autor sería perjudicado.

En la Justicia Laboral ya se verificó la condenación del demandado, cuando sucumbiente, al pagamiento de los honorarios de abogado del autor que, aunque no asistido por el sindicato, declaró insuficiencia económica, según la enmienda, citada, del Tribunal Laboral de Paraná (TRT/PR), alegando que para haber uniformidad de las decisiones de la corte, basta que de las dos condiciones establecidas en el Sumario n. 219, apenas una fuese satisfecha, en el caso la condición de la declaración de pobreza.

Se concluye que hay que postergar los honorarios de derrota, a cargo de la parte vencida, en la Justicia Laboral, como ocurre en la Justicia Común, mismo que el trabajador no esté asistido por el sindicato de la clase y no sea beneficiario de la justicia gratuita, bastando que haya derrota en el proceso laboral, pues el papel del juez es ser el intérprete de la Ley que determina, en los art. 6º y 7º de la Constitución Federal brasilera de 1988, amplia protección al trabajo y al trabajador.

El acceso real y efectivo de los ciudadanos al Poder Judicial es deber del Estado mereciendo ser cumplido y prestando la asistencia judicial con la restitución integral del crédito laboral justificado, según la decisión del juez.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO JR, Helcio Luiz. O Princípio da Finalidade Social do Trabalho. Análise exploratória do cenário brasileiro de 1946 a 2010. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, a. 37, v. 141, Jan./Mar. 2011.
- BOMFIM, Benedito Calheiros. Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho em Face da: CF/88, Emenda 45, Estatuto da Advocacia, Cód. Civil, Instrução Normativa 27/TST. **Revista O Trabalho**, Encarte 135, Maio 2008.
- _____. A Indispensabilidade do Advogado e os Honorários na Justiça do Trabalho. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, a. XX, n. 239, Maio 2009.
- BOMFIM, Lívio Carvalho. Dano Moral Decorrente da Relação de Emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho**, Teresina, 22. Região, n. 1, p. 161, Jan./Dez. 2008.
- BRITO, Maurício Ferreira. A Proibição Constitucional da Despedia. **Ciência Jurídica do Trabalho**, Belo Horizonte, a. XIII, n. 84, Nov./Dez. 2010.
- CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. São Paulo Revista dos Tribunais, 1997.
- CARVALHO, Patrícia Oliveira Cipriano. **Os Honorários Advocatícios na Justiça do Trabalho e o Princípio da Restituição Integral**. Revista LTr, n. 140, ano 44. São Paulo, 2008.

- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2007.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita**. Rio de Janeiro, 1999. Forense.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo do Conhecimento**. São Paulo: RT, 2008.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce. Os Novos Contornos das Relações de Trabalho e de Emprego – Direito do Trabalho e a Nova Competência Trabalhista Estabelecida pela Emenda n. 45/04. **Revista Ciência Jurídica do Trabalho**, v. 13, n. 81, Maio/Jun. 2010.
- PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006.
- _____. **Gratuidade e Honorários na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. v. 1.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Forense Jurídica, 2010. v. 1.

TRT, 9ª R. PR. RO 005200-2004-053-09-00. Publicado em 2.9.08.

TRT 9ª R. RO 41700-11.2009.4.09.0245. Publicado em 2.12.10.

Vade Mecum Saraiva – 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral do Contrato**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil. Processo Geral e Processo de Conhecimento**. V. 1, 9ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZANGRANDO, Carlos. **Processo do Trabalho: processo de conhecimento**. São Paulo: LTr, 2009. Tomo II.

O BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA AO EMPREGADOR NA SEARA PROCESSUAL TRABALHISTA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Francisco Milton Araújo Júnior^{1*}
Igor dos Reis Fernandes^{2*}

“Assim, mantenham-se firmes, cingindo-se com o cinto da verdade, vestindo a couraça da justiça ... Paz seja com os irmãos, e amor com fé da parte de Deus Pai e do Senhor Jesus Cristo. A graça seja com todos os que amam a nosso Senhor Jesus Cristo em sinceridade. Amém.” (Efésios – Capítulo 6, v. 14, 23 e 24)

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.

O amplo acesso à tutela jurisdicional, como princípio integrante do arcabouço normativo do Estado de Direito, constitui-se em importante pilar da democracia social por viabilizar a materialização dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Carta Constitucional.

Em países com grandes desigualdades sociais, como o Brasil, o

^{1*} Juiz Federal do Trabalho - Titular da 2ª Vara do Trabalho de Macapá/AP. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Pará - UFPa. Especialista em Higiene Ocupacional pela Universidade de São Paulo – USP. Professor das disciplinas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade SEAMA/AP e colaborador da Escola Judicial do TRT DA 8ª REGIÃO — EJUD8.

^{2*} Técnico do Tribunal de Contas da União – TCU/AP. Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus (*in curso*). Bacharel em Direito pela Faculdade SEAMA/AP.

estudo dessa temática assume papel ainda mais relevante, especialmente na órbita processual do trabalho, na medida em que se parte do pressuposto de que a lide envolve polos economicamente desiguais, ou seja, o conflito jurisdicional envolve o capital e o trabalho.

Nessa sistemática, o empregador, enquanto representante do capital na lide processual trabalhista, deve arcar com as custas processuais quando for sucumbente, inclusive, na interposição de recurso para apreciação do processo por outra instância, deve proceder o depósito recursal com a finalidade de garantir a execução futura do título judicial e/ou extrajudicial³.

Por outro lado, a norma jurídica reconhece ao trabalhador o direito ao benefício da justiça gratuita a partir da presunção de que se trata de hipossuficiente, de modo que a simples declaração no processo de que o trabalhador não possui “condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família” (art. 790, § 3o., da CLT) possibilita a isenção do recolhimento das custas, do pagamento dos honorários periciais⁴ e da não obrigatoriedade de realização de depósito recursal em caso de apresentação de recurso para outra instância.

Cabe destacar, entretanto, que essa sistemática de fixação do ônus da tramitação processual deve observar a lógica aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais como forma de garantir o exercício do direito fundamental ao amplo acesso à Justiça, ou seja, ainda que a regra geral

³ Carlos Henrique Bezerra Leite - **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 704 – também comenta que o “depósito recursal constitui mera garantia do juízo, evitando, assim, a interposição temerária ou procrastinatória dos recursos”.

⁴ O Tribunal Regional do Trabalho deve possuir dotação orçamentária específica para arcar com as despesas periciais quando o trabalhador, beneficiário da justiça gratuita, for sucumbente no objeto da perícia, conforme estabelece a Resolução n. 127/2011 do CNJ e n. 66/2010 do CSJT.

das lides trabalhistas seja de embates envolvendo polos economicamente desiguais (capital e trabalho), nas quais figuram trabalhadores e grandes empresas, inclusive multinacionais, observa-se também que há situações bem distintas envolvendo a lide entre o trabalhador e uma microempresa, uma pessoa física e até mesmo um empregador doméstico.

Essa desfiguração do polo passivo enquanto representante do “capital” no embate processual contra o trabalho tem se acentuado não apenas considerando os empregadores que não desempenham atividade econômica, como é o caso dos empregadores domésticos, bem como se torna paradoxal à medida em que cresce o número de pessoas que exercem atividade empresarial, seja como empresário individual, ou micro e pequena empresa, de modo que esses empreendimentos econômicos, em razão da diminuta capacidade financeira, tendem a necessitar de prestação jurisdicional gratuita para efetivo exercício ao direito de amplo acesso à justiça.

Deste modo, em face da problemática posta, pretende-se no presente artigo analisar os parâmetros para a concessão do benefício da gratuidade da justiça ao empregador na Justiça do Trabalho a partir da ótica da garantia constitucional do direito fundamental ao amplo acesso à justiça.

2. AMPLO ACESSO À JUSTIÇA E A GRATUIDADE DA JUSTIÇA AO EMPREGADOR.

A garantia constitucional ao amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) é definido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth como “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver

seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos”⁵.

O amplo acesso à justiça perpassa pela efetiva garantia de participação das partes como forma de legitimar a tutela jurisdicional justa e adequada, de modo que todo e qualquer obstáculo que venha a limitar o acesso ao Poder Judiciário, no qual se inclui a debilidade econômica, deve ser rechaçado por violar o princípio constitucional do amplo acesso à justiça.

Observa-se que o custo do processo para as partes tornou-se aspecto importante a ser considerando como obstáculo ao acesso à justiça, na medida em que segrega aqueles que não têm recursos financeiros suficientes para movimentar a máquina judicial.

Nesse sentido, a evolução histórica do Estado de Direito, consoante comentam Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶, mostra que coube ao Estado garantir ao cidadão, carente de recursos econômicos, os meios necessários para o livre acesso à Justiça e, nessa linha evolutiva, a Carta Cidadã de 1988 consagra como direito fundamental o amplo acesso à justiça, na qual se inclui o direito à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV).

A garantia de amplo acesso à justiça consiste, portanto, na prestação jurisdicional célere, adequada, eficaz e de pleno acesso ao cidadão.

Na análise da aplicação específica do benefício da justiça gratuita na Justiça do Trabalho, verifica-se na legislação ordinária que a Lei n. 1.060/50 e a Lei n. 5.584/70 tratam especificamente dessa matéria.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 3.

⁶ Op. Cit., p. 4.

A Lei n. 1.060/1950, que estabelece normas gerais para a concessão de assistência judiciária e de justiça gratuita, traz no seu bojo a seguinte definição de “necessitado” a quem o Estado deve franquear o acesso à Justiça: “considera-se necessitado, para os final legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2o.), sendo necessária para concessão do benefício apenas mera declaração da parte de que não possui “condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família” (art. 4o., da Lei n. 1.060/50).

O artigo 3o., da Lei n. 1.060/1950, sofreu importante modificação pela Lei Complementar n. 132, de 7/10/2009, deixando explícita a inclusão da dispensa do depósito recursal para o beneficiário da justiça gratuita (art. 3º, VII).

A Lei n. 5.584/1970 trata especificamente do direito processual do trabalho e disciplina a prática da assistência judiciária pelo sindicato da categoria profissional que pertencer o trabalhador.

A norma celetista também trata do assunto, reconhecendo ao trabalhador o direito ao benefício da justiça gratuita a partir da presunção de que se trata de hipossuficiente, de modo que, conforme já mencionamos, a simples declaração no processo de que o trabalhador não possui “condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família” (art. 790, § 3o., da CLT) possibilita a isenção do recolhimento das custas e do pagamento dos honorários periciais e, em caso de apresentação de recurso para outra instância, a não obrigatoriedade de realização de depósito recursal.

O tratamento da legislação ordinária referente à concessão da justiça

gratuita, no âmbito da Justiça do Trabalho, limita sua aplicabilidade ao trabalhador mediante a presunção de hipossuficiência.

Para se buscar tratamento regulatório da possibilidade de concessão da justiça gratuita ao empregador, no âmbito da Justiça do Trabalho, deve-se buscar a Resolução n. 66/2010 do CSJT, que deu importante passo para assegurar garantia do amplo acesso à justiça ao reconhecer a possibilidade de concessão da justiça gratuita ao empregador pessoa física quando comprovado nos autos “situação de carência que inviabilize a assunção dos ônus decorrentes da demanda judicial” (art. 2o., § 1o.).

Não resta dúvida que o reconhecimento da possibilidade de concessão da justiça gratuita ao empregador pessoa física pelo art. 2o., § 1o, Resolução n. 66/2010, do CSJT, é um avanço importante, mas parece tímido e impõe limites não fixados pelo texto constitucional, haja vista que, embora estabeleça importante critério para concessão do benefício da justiça gratuita ao empregador (debilidade econômica), limita sua aplicação à pessoa física, o que não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro.

Observa-se que o texto constitucional, ao consagrar o direito fundamental ao amplo acesso à justiça, estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIX), ou seja, a norma constitucional fixa a debilidade econômica da parte como critério basilar para a concessão da justiça gratuita, de modo que a limitação desse benefício apenas ao empregador pessoa física constitui-se em violação do texto constitucional em comento.

Seguindo unicamente o critério constitucional da debilidade econômica para a concessão da justiça gratuita, verifica-se que a nova redação do art. 836, da CLT, fixada pela Lei n. 11.495/2007, ao tratar dos requisitos para ajuizamento da ação rescisória, estabelece a necessidade de depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor (não faz qualquer diferenciação à natureza da pessoa (física e jurídica)).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) atualizou a redação da Súmula 481⁷, em 28 de junho de 2012, para reconhecer a possibilidade de concessão de justiça gratuita a toda e qualquer pessoa jurídica, desde que demonstrada a impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

Fredie Didier Júnior e Rafael Oliveira comentam que a “natureza da sociedade nem o seu objetivo podem servir de impedimento ao deferimento do benefício. A análise deve ser circunstancial: se não puder arcar com o custo do processo, independentemente de perseguir o lucro ou não, deve-se-lhe deferir a justiça gratuita”⁸.

Com base no direito fundamental ao amplo acesso à justiça consagrado no texto constitucional (art. 5º, LXXIX), portanto, fixa-se o entendimento de que é possível conceder ao empregador (pessoa física ou jurídica) o benefício da justiça gratuita, desde que haja o requerimento e seja demonstrado nos autos pela parte interessada sua debilidade econômica para arcar com as despesas processuais.

⁷ “JUSTIÇA GRATUITA PARA PESSOA JURÍDICA. Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Benefício da Justiça Gratuita. 5a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 38.

Reconhecendo-se a possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita ao empregador (pessoa física ou jurídica) que comprove nos autos não poder arcar com as despesas processuais, resta definir quais os limites da abrangência da justiça gratuita, ou seja, aplica-se apenas à isenção no recolhimento das custas ou engloba também os depósitos recursais.

A importância dessa delimitação pode ser verificada quando da leitura do Ato n. 506 do Gabinete da Presidência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, de 15 de julho de 2013, que fixa o valor de R\$ 7.058,11 (sete mil, cinquenta e oito reais e onze centavos) como limites de depósito recursal para interposição do Recurso Ordinário e o valor de R\$ 14.116,21 (quatorze mil, cento e dezesseis reais e vinte e um centavos) para interposição do Recurso de Revista, enquanto que as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos), consoante estabelece o art. 789, da CLT.

Sobre essa delimitação, Mauro Schiavi fixa entendimento restritivo quanto à dispensa do depósito recursal, destacando que “beneficiário da justiça gratuita, o empregador não pagará as custas para recorrer, mas não ficará isento do depósito recursal, que não tem natureza jurídica de taxa processual e sim de um pressuposto objetivo do recurso, não estando englobado pelos benefícios da Justiça Gratuita”⁹.

Por outro lado, Júlio César Bebbber adota interpretação ampliativa quanto ao escopo de abrangência do benefício, ressaltando que “poderá haver a concessão do benefício da Justiça gratuita para a consequente dispensa provisória do pagamento de custas (CLT, art. 789, § 4º), seja

⁹ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 2a. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 262.

pessoa física ou jurídica, e do depósito recursal (CLT, art. 899, § 1º) em qualquer demanda, desde que haja precariedade econômico-financeira”¹⁰.

Analisando essa problemática, verifica-se que o depósito recursal realmente não se trata de taxa judiciária, pois não se destina a cobrar serviços judiciais, constituindo-se como pressuposto recursal objetivo que possui a finalidade de evitar recursos protelatórios e garantir eventual execução futura do título judicial ou extrajudicial.

Nesse sentido, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa n. 03 do TST, de 5 de março de 1993, estabelecendo que “os depósitos de que trata o art. 40, e seus parágrafos, da Lei n. 8.177/1991, com a redação dada pelo art. 8º da Lei n. 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. 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”.

Na hipótese do valor da condenação ficar abaixo do limite do depósito recursal, o depósito estará limitado ao valor da condenação. Garantido o juízo, nenhum outro valor será exigido a título de depósito, bem como, em caso de total provimento das razões recursais do empregador e julgamento pela total improcedência da reclamatória em grau de recurso, o depósito também poderá ser devolvido ao seu titular.

O objetivo do depósito recursal, portanto, não é o de impedir o recurso, mas de dificultar a interposição de recursos protelatórios do feito e facilitar a execução da sentença, principalmente as de pequeno valor, imprimindo maior celeridade no andamento do processo.

¹⁰ BEBBER, Júlio César. Princípios do Processo do Trabalho. São Paulo: Ltr, 1997, p. 62.

Sobre a finalidade de garantia da execução do depósito recursal, verifica-se que essa mesma finalidade pode ser alcançada pela adoção da execução provisória do título executivo, haja vista que, em regra, os recursos no processo do trabalho possuem apenas efeito devolutivo.

Mesmo considerando o objetivo e a natureza jurídica do depósito recursal, cabe destacar que quando o legislador ordinário, ao estabelecer os parâmetros gerais de concessão da justiça gratuita, fixou no art. 3o., da Lei n. 1.060/1950, modificado pela Lei Complementar n. 132, de 7/10/2009, a expressa inclusão da dispensa do depósito recursal para o beneficiário da justiça gratuita (art. 3º, VII).

Deste modo, seguindo os parâmetros do art. 3o., da Lei n. 1.060/1950, na qual expressamente inclui a dispensa do depósito recursal para o beneficiário da justiça gratuita, bem como considerando que o objetivo do depósito recursal pode ser suprimido com a adoção da execução provisória do título e, ainda, buscando harmonização com o direito fundamental ao amplo acesso à justiça, filiamo-nos ao entendimento abrangente de que o empregador beneficiário da justiça gratuita é isento do recolhimento de custas e, em caso de interposição de recurso, fica dispensado de comprovar o depósito recursal.

Assim, com base no direito fundamental ao amplo acesso à justiça consagrado no texto constitucional (art. 5º, LXXIX), fixa-se o entendimento de que é possível conceder ao empregador (pessoa física ou jurídica) o benefício da justiça gratuita, desde que haja o requerimento e seja demonstrado nos autos pela parte interessada sua debilidade econômica para arcar com as despesas processuais, ressaltando-se que o empregador beneficiário da justiça gratuita é isento do recolhimento de custas e, em caso de interposição de recurso, fica dispensado de

comprovar o depósito recursal, consoante estabelecem os parâmetros do art. 3o., da Lei n. 1.060/1950.

3. CONCLUSÕES.

No transcorrer do estudo, todas as conclusões fixadas nesse trabalho já se encontram enunciadas nos tópicos anteriores.

Nesse sentido, passa-se a reunir as seguintes conclusões:

- a) o custo do processo para as partes tornou-se aspecto importante a ser considerado como obstáculo ao acesso à justiça, na medida em que segrega aqueles que não têm recursos financeiros suficientes para movimentar a máquina judicial;
- b) a garantia do amplo acesso à justiça consiste na prestação jurisdicional célere, adequada, eficaz e de pleno acesso ao cidadão;
- c) o reconhecimento da possibilidade de concessão da justiça gratuita ao empregador pessoa física pelo art. 2o., § 1o, da Resolução n. 66/2010, do CSJT, é um avanço importante, mas parece tímido, primeiro, por não fixar quais os limites da abrangência da justiça gratuita, ou seja, aplica-se apenas à isenção no recolhimento das custas ou engloba também os depósitos recursais; segundo, porque, embora estabeleça importante critério para concessão do benefício da justiça gratuita ao empregador (debilidade econômica), limita sua aplicação à pessoa física, o que não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro;

- d) com base no direito fundamental ao amplo acesso à justiça consagrado no texto constitucional (art. 5º, LXXIX), fixa-se o entendimento de que é possível conceder ao empregador (pessoa física ou jurídica) o benefício da justiça gratuita, desde que haja o requerimento e seja demonstrado nos autos pela parte interessada sua debilidade econômica para arcar com as despesas processuais, ressaltando-se que o empregador beneficiário da justiça gratuita é isento do recolhimento de custas e, em caso de interposição de recurso, fica dispensado de comprovar o depósito recursal, consoante estabelecem os parâmetros do art. 3º., da Lei n. 1.060/1950.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEBBER, Júlio César. Princípios do Processo do Trabalho. São Paulo: Ltr, 1997.

BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 2ª. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Benefício da Justiça Gratuita. 5a. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 6a. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 2a. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA CONVENÇÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS

Patricia Micheli Folador¹

Resumo: O presente artigo tem por fim estudar os princípios orientadores da Convenção Europeia de Direitos humanos, a forma como a jurisprudência, nomeadamente nas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, interpreta os dispositivos legais e como enfrenta as situações no caso concreto. Para isso será abordado brevemente o contexto da criação da CEDH, bem como os objetivos do Conselho da Europa ao criá-la, em seguida serão abordados os princípios convencionais (da solidariedade e da soberania) assim como os princípios jurisprudenciais (da efetividade, da igualdade e da subsidiariedade) adotados pela doutrina e pela jurisprudência internacionais como forma de garantir os direitos e liberdades fundamentais.

Palavras-Chave: Direito internacional, direitos humanos, Convenção Europeia de Direitos Humanos, princípios convencionais, princípios jurisprudenciais.

Abstract: This article aims to study the guiding principles of the European Convention on Human Rights, how the jurisprudence, specially the trial from

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (Portugal), pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná, pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogada.

the European Court of Human Rights, interpreting the legal provisions and how the situations is facing in the case. To this will be covered briefly the context of the creation of the ECHR and the objectives of the Council of Europe to create it, then we discuss the formal principles (solidarity and sovereignty) as well as jurisprudential principles (the effectiveness, equality and subsidiarity) adopted by the international doctrine and jurisprudence in order to guarantee the rights and freedoms.

Keywords: International law, human rights, European Convention on Human Rights, conventional principles, jurisprudential principles.

SUMÁRIO: 1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – 2. Os princípios convencionais – 2.1. Princípio da solidariedade – 2.1.1. As queixas interestaduais – 2.1.2. Petições individuais – 2.2. Princípio da soberania – 3. Princípios jurisprudenciais – 3.1. Princípio da efetividade – 3.2. Princípio da Igualdade – 3.3. Princípio da subsidiariedade – 4. Bibliografia

1. A CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), foi redigida com inspiração na Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi assinada em Roma em 04 de novembro de 1950 e entrou em vigor apenas em 03 de setembro de 1953². É considerada pela doutrina internacional como um dos mais avançados modelos de garantia efetiva dos direitos do homem no plano internacional³, como um conjunto de regras conhecidas como fundamentais pela sociedade europeia e imposta à seus membros.

² Entrou em vigor apenas quando 10 países europeus a ratificaram, consoante o exigido no artigo 59,§3º da própria CEDH.

³ Frédéric Sudre assevera que “(...) la CEDH fournit aujourd’hui le modèle de plus perfectionné de garantie effective des droits de l’homme proclamés sur le plan international : elle offre aux individus le bénéfice d’un contrôle juridictionnel du respect de leurs droits”. In SUDRE, Frédéric. *La convention européenne des droit de l’homme*. 8ª Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2010, p. 3.

A CEDH foi o primeiro tratado multilateral concluído no quadro do Conselho da Europa, o qual tem por objetivo a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem, a manutenção da justiça e da paz e do Estado Democrático de Direito. Este diploma legal visa estabelecer um standar mínimo de proteção dos direitos humanos no continente europeu e institucionalizar um compromisso dentre os Estado contratantes de respeitar as normas nela estabelecidas, de forma a não adotar internamente normas que sejam contrárias à Convenção. Originalmente, a Convenção Européia dos Direitos do Homem foi pensada mais como um instrumento pedagógico de aprendizagem da democracia através dos direitos humanos. De acordo com essa visão, ela era (e ainda o é) destinada aos Estados Unidos, sobretudo, como ferramenta para reparar as violações dos direitos e liberdades consagrados na Convenção. Por esta razão, a Convenção é de aplicabilidade direta, o que implica que um indivíduo pode invocá-la diretamente perante o juiz nacional os dispositivos da CEDH, e não apenas a lei de transposição.

É vista como um instrumento constitucional da ordem pública européia, vez que faz papel de constituição do Conselho da Europa⁴. Na medida em que os países foram aderindo ao Conselho da Europa, passaram a, também, ratificar a CEDH, pois na prática, os Estados que buscavam a adesão ao Conselho da Europa estavam compelidos a, outrossim, ratificarem a CEDH⁵. Mas essa situação tornou-se mais evidente a partir de 1989, quando os países pós-comunistas buscaram tornar-se

⁴ O Conselho da Europa foi criado em 05 de maio de 1949, em Londres, por representantes da Bélgica, Dinamarca, França Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido e Suécia, e fundaram o Conselho da Europa, com sede em Estrasburgo, com o compromisso de formar uma organização européia, para o fim de construir um sistema de cooperação intergovernamental. Hoje conta com 47 Estados-membros.

⁵ Tradução livre, *In SUDRE, Frédéric Op cit....* p. 5.

membros do Conselho da Europa. Antes disso era possível que um país fosse parte do Conselho da Europa sem, contudo, ser compelido a ratificar a CEDH, pois nos ensinamentos de Frédéric Sudre “A França, membro originário do Conselho, esperou um quarto de século antes de ratificar a Convenção, em 3 de maio de 1974”. Da mesma forma, na hipótese de um Estado perder a qualidade de membro do Conselho da Europa, estará desobrigado, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, a cumprir o disposto na CEDH⁶. Entretanto, respeitar os ideais democráticos, os direitos do homem e o Estado de Direito são requisitos essenciais para que qualquer país que queira fazer parte do Conselho da Europa deve observar.

A CEDH possui duas dimensões, a saber, normativa e institucional. A dimensão normativa está ligada à situação de que a CEDH, além de declarar dos direitos humanos, preocupa-se em dar força jurídica vinculativa a tais normas, conferindo-lhes um sistema de proteção jurídica, aos quais os Estados membros estão vinculados. A dimensão institucional está ligada ao fato de que há um mecanismo institucional de proteção imposto às Altas Partes Contratantes. Os direitos expressos na CEDH foram por ela introduzidos no sistema jurídico europeu e estão sujeitos ao Controle da Corte Europeia de Direitos Humanos.

O preâmbulo da CEDH deixa explícita a idéia dos Governos em assegurar os direitos e garantias entabulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷ e reafirmar “seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça

⁶ Como foi o caso da Grécia, que denunciou a CEDH no mesmo momento em que retirou-se do Conselho da Europa, em 12 de dezembro de 1969, quando teve sua democracia abalada. Anos mais tarde, porém, tornou a ser membro do Conselho da Europa, quando teve sua democracia restabelecida. Conforme elucidado em SUDRE, Frédéric. *Op cit.*...p. 5.

⁷ A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi publicada pela Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948.

e da paz no mundo”⁸, assim como lutar pela preservação do Estado Democrático de Direito e o respeito, em todos os Estados membros, pelos direitos humanos. A CEDH inovou no sentido de que tornou os direitos humanos um objeto de proteção internacional e rompeu com a clássica noção do direito internacional no tocante à distinção e separação entre ordem jurídica interna e ordem jurídica internacional. Os direitos humanos passam a ser concebidos a partir de uma idéia de ordem comum, na qual tais direitos são valores comuns e superiores aos Estados e em caso de violação de tais direitos o Estado será internacionalmente responsabilizado⁹.

A CEDH é composta por três partes. No título I, a primeira parte, estão dispostos os direitos e liberdades fundamentais, os quais são considerados como o mínimo de proteção que devem ser garantidos pelas Altas Partes Contratantes. O título II configura a segunda parte da CEDH e dispõe sobre a estrutura e funcionamento da Corte Européia dos Direitos Humanos. Por fim, no título III encontram-se as disposições diversas (os quais versam sobre os inquéritos do Secretário-Geral, forma de interpretação dos dispositivos, a fim de salvaguardar os direitos humanos, os poderes do Comitê de Ministros, renúncias e formas de resolução de litígios, a forma de aplicação da CEDH em território nacional, as reservas à CEDH ou seus protocolos, vias de desvinculação da CEDH, bem como a sua ratificação). Ainda complementam o rol de direitos e liberdades

⁸ Texto extraído do preâmbulo da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

⁹ Irineu Cabral Barreto elucida que “Um Estado Contratante deve velar para que os seus órgãos, toda a sua jurisdição, respeitem a Convenção; toda violação da Convenção que provenha do poder legislativo, do executivo, do judiciário, ou dos órgãos regionais ou administrativos implica a responsabilidade do Estado; o que está em causa é a responsabilidade internacional do Estado qualquer que seja a autoridade nacional a quem é imputável a violação da Convenção”. In BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 59-60.

protegidos no âmbito do Conselho da Europa os protocolos¹⁰ adicionais à CEDH, os quais são partes integrantes desta e desempenham papel de evitar que o direito protegido reste defasado, de forma a sempre criar-se normas atuais, que acompanhem o desenvolvimento social e jurídico.

Por se tratar de um tratado normativo, com objetivo e fim específicos, qual sejam a preservação e o desenvolvimento dos direitos humanos, tanto a Corte Européia de Direitos Humanos quanto a Comissão Européia de Direitos Humanos visam dar um efeito útil aos dispositivos da CEDH, de forma a interpretá-la de forma teleológica e sempre observando a evolução da sociedade e do direito.

A vida em sociedade está em constante evolução e o direito deve acompanhar tais circunstâncias e este conceito não é diferente para a CEDH. Sendo assim, a CEDH deve ser concebida como um instrumento dinâmico e em constante evolução e deve ser interpretada à luz das condições contemporâneas à sua aplicação. A doutrina e a jurisprudência trabalham no sentido de adaptar os direitos expressos na CEDH à evolução dos usos e costumes da sociedade, de forma a permitir a aplicação de situações que não haviam sido previstas à época da adoção da Convenção. A aplicação, pela jurisprudência, da CEDH ao caso concreto observa os princípios convencionais da solidariedade e da soberania, bem como busca o equilíbrio entre os princípios da efetividade e da subsidiariedade, estes tidos como princípios jurisdicionais.

¹⁰ Os protocolos são os textos que adicionam ao texto original da CEDH um ou mais direitos, ou que a modificam em certos dispositivos.

2. OS PRINCÍPIOS CONVENCIONAIS

2.1 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Os direitos humanos estão revestidos de um caráter objetivo e são atribuídos a todos os homens pelo simples fato de pertencerem à condição de pessoa humana. Tais direitos transcendem os interesses estatais e determinam um interesse solidário comum, através do qual se busca o bem-estar do homem, acima de qualquer interesse político de um Estado, a fim de que se possa gozar plenamente do exercício de tais direitos¹¹. A CEDH deve sempre ser respeitada pelos Estados, ainda que uma das Altas Partes Contratantes venha a desrespeitar alguma de suas regras, isso porque diversamente do que ocorre nos tratados internacionais comuns, nos quais há mútua obrigação entre os Estados, no caso da CEDH a obrigação está em um plano horizontal, ou seja, do Estado para com o indivíduo.

As regras da CEDH são auto-executáveis e diretamente integradas ao ordenamento jurídico interno dos Estados contratantes, isto porque se entende que a regra ali disposta é suficientemente precisa, tanto no tocante ao seu objeto quanto no tocante à sua forma, o que lhe confere a possibilidade de ser aplicável ao ordenamento jurídico interno dos Estados sem a necessidade de se estabelecer medidas complementares para sua execução.

¹¹ SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 12.

2.1.1 AS QUEIXAS INTERESTADUAIS

O artigo 33 da CEDH prevê a possibilidade de que qualquer das Altas Partes Contratantes podem submeter ao Tribunal uma queixa contra outra Parte Contratante, com o fim de se fazer cumprir todo o disposto na CEDH. Vale lembrar que os dispositivos da CEDH são matéria de ordem pública, logo qualquer Estado que constatar uma irregularidade de outro Estado poderá acioná-lo perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. Nas queixas interestaduais não se faz necessário que o Estado demandante demonstre a existência de uma violação a um direito individual. Todavia, faz-se necessária a demonstração de uma violação ao disposto na CEDH ou um de seus Protocolos explicitamente¹².

Os direitos dispostos na CEDH não estão sujeitos ao princípio da reciprocidade entre os Estados, é dizer, se um Estado (A) atenta contra o direito de um cidadão de outro Estado (B), a este Estado (B) não é lícito deixar de observar o disposto na CEDH no tocante aos cidadãos daquele Estado (A)¹³. O que se busca é a proteção da pessoa e “realizar os objetivos e ideais do Conselho da Europa, tais como os expressos no estatuto, e instaurar uma ordem pública comunitária das democracias livres da Europa a fim de salvaguardar seus patrimônio comum de

¹² Valério de Oliveira Mazzuoli cita como exemplo a própria edição de uma lei ou ato administrativo contrário à CEDH, *In MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. Revista de direito constitucional e internacional. Ano 18. N. 71. Abri-jun/2010. P. 357.* E Irineu Cabral Barreto cita o caso do acórdão Irlanda/Reino Unido, de 18 de janeiro de 1978, A 25, pags. 92-93, §§ 241 e 243, *In BARRETO, Irineu Cabral. Op cit.... p. 326.*

¹³ A esse respeito, Frédéric Sudre ensina que “la CEDH fait naître à la charge des États contractants des obligations dont l’exécution n’est pas soumise au principe de réciprocité : l’État partie n’est pas seulement tenu de garantir les droits protégés à ses propres nationaux, mais il doit aussi se conformer à cette obligation à l’égard de tous les individus relevant de sa juridiction, quelle que soit leur nationalité”. *In SUDRE, Frédéric. Op cit.... p. 16-17.*

tradições políticas, de ideais, de liberdade e de Estado de Direito”¹⁴. Os direitos salvaguardados pela CEDH devem ser assegurados pelos Estados contratantes de forma solidária e coletiva, visto se tratar de um patrimônio comum, a fim de se garantir a todos os indivíduos o exercício efetivo dos direitos ali representados. O único instrumento jurídico de direito internacional em que mitiga-se a regra de não ingerência dentre os Estados é a CEDH, visto que o Estado contratante pode intervir em nome da proteção dos direitos humanos em um plano geral, em benefício de todos os indivíduos.

2.1.2 PETIÇÕES INDIVIDUAIS

Os indivíduos são também sujeitos de direitos e obrigações e de tal forma estão legitimados¹⁵ a opor queixa contra qualquer das Altas Partes Contratantes, quando se sentirem vítima de violação dos direitos humanos, consoante disposto no artigo 34º da CEDH.

Após a revisão da CEDH, pelo Protocolo n.º 11, abriu-se de pleno direito o direito de recurso individual, em um verdadeiro processo contencioso, sem a necessidade de submeter sua queixa à Comissão e a ela estar vinculado. Tal fato permite ao indivíduo receber uma decisão com fins a reparar o dano sofrido em decorrência da violação alegada. Entretanto, cabe à parte escolher apenas uma instância internacional para opor demanda contra o Estado supostamente violador dos direitos e/ou liberdades, pois “o Tribunal não se ocupa de uma queixa idêntica a

¹⁴ Tradução livre da decisão da Comissão, no caso *Áustria contra Itália*, 11 de janeiro de 1961, disponível em SUDRE, Frédéric. *Op cit....* p 13.

¹⁵ É necessária, aqui, a capacidade de agir, como critério da personalidade jurídica do indivíduo.

uma já apresentada a outra instância internacional”¹⁶. A decisão que virá em decorrência da petição individual é revestida de autoridade de coisa julgada.

2.2 PRINCÍPIO DA SOBERANIA

Modernamente o conceito jurídico-político de soberania está diretamente relacionado à idéia de *soberania como responsabilidade*, é dizer, os Estados passam a ser concebidos como “recursos institucionais ao serviço dos cidadãos”¹⁷.

A soberania é compreendida em duas dimensões, a saber: interna e externa. A dimensão interna consiste na capacidade e competência para administrar um dado território geograficamente delimitado, administrar a vida em sociedade dentro de suas fronteiras e o exercício da autoridade no plano interno sem quaisquer ingerências de outros Estados. Esta dimensão abrange o direito de auto-organização interna, exercido fundamentalmente pelo poder constituinte, a autonomia para legislar e regulamentar as atividades internas, assim como exercer sua autoridade jurisdicional. O Poder de jurisdição estadual engloba o exercício da atividade legislativa, a fim de tipificar condutas e disciplinar os aspectos da vida em sociedade¹⁸; o exercício do poder de polícia, como forma de exigir o cumprimento das normas¹⁹; assim como a competência de processar e julgar o indivíduo que viola o ordenamento jurídico²⁰.

¹⁶ BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 338.

¹⁷ MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 214.

¹⁸ A isso Jónatas Machado denomina *jurisdição prescritiva ou normativa*. In MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 217.

¹⁹ A isso Jónatas Machado denomina *jurisdição compulsória ou administrativa*. Idem.

²⁰ A isso Jónatas Machado denomina *jurisdição adjudicativa ou jurisdicional*. Idem.

A dimensão externa compreende a aceitação da soberania pelos demais Estados, a capacidade de com eles travar relações diplomáticas em igualdade de tratamento, a escolha da forma de governo e o sistema político. Há que se destacar o direito de um Estado exercer sua jurisdição externamente ao seu território, na hipótese de sofrer atos contra a segurança interna e de seus cidadãos.

A soberania estatal está limitada no plano do direito internacional, haja vista que a atual preocupação é para com o bem estar dos indivíduos (estes entendidos como sujeitos por excelência de direito internacional), a plena observância dos direitos fundamentais e o respeito à dignidade da pessoa humana. A limitação das atividades estatais se dá pelos princípios fundamentais do direito e na plena observância dos direitos humanos. Nas hipóteses de crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, crimes de guerra e terrorismo a soberania do Estado pode ser mitigada e conferir a outros Estados uma jurisdição extraterritorial, em atenção ao princípio da universalidade. Todavia, conforme elucida Jónatas Machado, “a relativização da soberania não significa, de forma alguma, o fim do Estado, enquanto organização jurídica de uma comunidade política. Pelo contrário, a função de «*state building*» é nalguns casos uma das mais altas prioridades do direito internacional. A visão do Estado como instrumento ao serviço do indivíduo e da protecção dos seus direitos, longe de conduzir à subalternatização da problemática do Estado, torna-a ainda mais premente, não pode haver uma eficaz protecção dos direitos humanos sem um Estado forte. E, curiosamente, a história parece demonstrar que a colocação do Estado ao serviço dos direitos, contribui para o seu fortalecimento efectivo. Em todo caso, é evidente que esta

compreensão do Estado exige uma reconceptualização da soberania, limitando algumas das suas dimensões e fortalecendo outras”²¹.

A CEDH pode ser ratificada por qualquer dos Estados membros do Conselho da Europa²² e, a partir do momento de sua ratificação, é revestida de caráter obrigatório, o qual entra em vigor apenas na data do depósito do instrumento de ratificação²³. Dadas às dificuldades de se atender as necessidades locais de cada Estado membro e com vistas a obter-se o maior número possível de ratificações (visto que a promoção e proteção dos direitos humanos têm caráter primordial), foram criados mecanismos que autorizam graduar o comprometimento estatal e a preservação dos interesses internos do Estado.

A graduação do comprometimento estatal é necessária em decorrência de fato de que nem todos os Estados têm o desejo de restar comprometidos de forma igualitária. Então, tendo em vista que o principal objetivo do Conselho da Europa é a promoção e proteção dos direitos humanos, o que é efetivado pela vinculação e subordinação ao disposto na CEDH e seus protocolos, foi necessário criar um mecanismo de limitação aos dispositivos que certos Estados não aceitariam submeterem-se. Tal fato tem lugar através das reservas²⁴ e das disposições facultativas.

O mecanismo das reservas é conceituado como sendo “uma declaração formal unilateral simultânea e dependente relativamente ao acordo a que se refere, com o fim de obter a exclusão ou modificação

²¹ MACHADO, Jónatas. *Op cit...* p. 220.

²² Artigo 59º da CEDH.

²³ Em homenagem ao princípio da não-aplicação retroativa, os Estados tornam-se passíveis de serem demandados por ato de violação aos direitos humanos tão-somente em razão de fatos cometidos após a ratificação da CEDH.

²⁴ Vide artigo 57º da CEDH.

de efeitos jurídicos. Mais concretamente, pode dizer-se que a reserva a uma convenção internacional consiste numa declaração unilateral, independente do conteúdo ou da forma, feita por um Estado no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, tendo em vista modificar ou excluir os efeitos jurídicos de determinadas disposições convencionais na sua aplicação a esse Estado”²⁵. São admitidas reservas à CEDH e seus protocolos, a fim de que o Estado contratante possa limitar a extensão de suas obrigações²⁶. Tais reservas têm por fim que um maior número de Estados membros possa aderir à CEDH e seus protocolos, de forma a adequá-los a seus interesses e ao ordenamento jurídico interno, a menos que expressamente vedadas no texto do tratado internacional. Todavia, a rigor do disposto no artigo 57º da CEDH, há certas limitações ao mecanismo de reserva, quais sejam, deve ser efetuada no momento da ratificação do instrumento em causa, não pode ser revestida de caráter geral, deve ter relação com uma lei em vigor no território nacional e ser acompanhada de uma breve descrição da lei em causa. São inaceitáveis reservas atinentes ao procedimento de controle internacional assim como as reservas redigidas em termos vagos ou amplos²⁷.

As disposições facultativas referem-se aos protocolos adicionais que ampliam o campo de proteção de certos direitos instituídos na CEDH. Só estará vinculado o Estado que ratificar o instrumento que elastece o direito²⁸.

Em certas circunstâncias, como é caso de protocolos que

²⁵ MACHADO, Jónatas. *Op cit...* p. 318.

²⁶ Os Protocolos n.º 6 e 13, relativos à abolição da pena de morte, proibem reservas.

²⁷ Conforme BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 341.

²⁸ Frédéric Sudre cita, como exemplo, que “le Protocole 1 lie 45 États (Monaco et Suisse ne l’ont pas ratifié); le protocole 6, sur l’abolition de la peine de mort, 46 États (la Russie fait exception) ; et le Protocole 7, seulement 42 États”. In SUDRE, Frédéric *Op cit...* p 24.

alteram as disposições relativas ao sistema de controle, há a necessidade de unanimidade das ratificações e tal fato pode levar a longo tempo para entrada em vigor do protocolo²⁹. A preservação dos interesses estatais está ligada ao fato de que é reconhecido que os direitos previstos na CEDH podem sofrer certas limitações, restrições ou derrogações em caso de necessidade, ou seja, “em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação”³⁰. Em tais hipóteses o Estado pode deixar de observar as obrigações previstas na CEDH e suspender os direitos e liberdades dos indivíduos que se encontrem em seu território. Entretanto, mesmo enfrentando situações de perigo público, o Estado deve garantir um mínimo de proteção³¹. São os chamados direitos intangíveis, os quais devem ser garantidos a todas as pessoas, em todos os lugares e em quaisquer circunstâncias, quais sejam, o direito à vida (artigo 2º), a proibição da tortura e à penas e tratamentos desumanos e degradantes (artigo 3º), proibição da escravidão e a ser submetido a trabalho forçado (artigo 4º), direito à não-retroatividade da lei penal (artigo 7º), proibição da pena de morte nos moldes do previsto nos Protocolos 6 e 13 e, por fim, o respeito à regra do *non bis in idem* (artigo 4º do Protocolo 7). Mas ao Estado que derroga os direitos dos indivíduos de seu território só é lícito fazê-lo sob a justificativa de salvaguardar a vida ou a existência da nação, bem como desde que as medidas de derrogação sejam absolutamente necessárias e que sejam “na estrita medida em que o exigir a situação”³².

²⁹ Exemplo disso é o Protocolo n.º 14, aberto para assinaturas em 13 de maio de 2004, mas entrou em vigor apenas em 01 de junho de 2010.

³⁰ Artigo 15º da CEDH.

³¹ É o que Frédéric Sudre denomina de “mínimo humanitário”, a fim de garantir os direitos relativos à integridade física e moral da pessoa, a formar um “standard minimum” do direito europeu dos direitos humanos. In SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 25.

³² Artigo 15º/1 da CEDH.

3. PRINCÍPIOS JURISPRUDENCIAIS

Por se tratar de um “tratado normativo”, a CEDH possibilita a abertura de um leque de interpretações diversas. Sendo assim, compete à jurisprudência dar a interpretação adequada a cada situação, observados o tempo e momento histórico do caso concreto. Isto porque por se tratar de norma dinâmica, que deve acompanhar a evolução dos sujeitos do direito internacional em matéria de direitos humanos, à Corte Europeia de Direitos Humanos incumbe interpretar as normas à luz das atuais condições³³ e observar as mudanças sociais existentes.

3.1 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

A efetividade é um dos pontos primordiais para a promoção da pacificação social. Tal princípio, considerado um princípio processual/jurisdicional, tem alto grau de normatividade e, por cuidar da tutela jurisdicional efetiva, em Portugal é compreendido, outrossim, como um direito fundamental constitucionalmente previsto. O princípio da efetividade, para muitos autores, está intrinsecamente relacionado ao acesso à justiça, à razoável duração do processo, direito a um tribunal independente e imparcial, bem como um processo equitativo³⁴.

Foi a partir da edição do artigo 6º da CEDH que o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade, à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, decorrente da

³³ Conforme case “Marckz, 13 de junho de 1979, GACEDH n.º 49”, In SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 30.

³⁴ Artigo 6º da CEDH.

proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que têm os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas. A fim de que a justiça seja eficaz e goze de credibilidade, a CEDH exige que os Estados respeitem a razoável duração do processo. Isso porque por mais que todos os demais princípios processuais sejam observados, se a decisão for tardia, se demandar excessivo tempo para a finalização do processo, este não será efetivo. A CEDH dispõe expressamente sobre o direito das pessoas de terem suas causas julgadas em um prazo razoável, o que inclui todas as instâncias de jurisdição e a fase de execução da decisão (em caso de processo civil) ou “quando o tribunal se pronuncia definitivamente sobre o bem fundado da *acusação*”³⁵ (na hipótese de processo penal).

Para se concretizar o princípio da efetividade faz-se necessário o direito ao acesso a um tribunal independente³⁶ e imparcial³⁷, estabelecido pela lei³⁸. Cumpre aos Estados contratantes oportunizar a todos esse direito, sem impor limitações excessiva, de forma a inviabilizar o exercício do direito. Todos devem ter direito de acesso a um tribunal e ter examinada sua causa com livre acesso e disponibilidade material e humana necessárias ao exercício do direito. Irineu Cabral Barreto informa que “é necessário ainda a efetividade do direito de acesso, o

³⁵ BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 146.

³⁶ Independência no sentido de que os magistrados não sofram pressões exteriores (seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, seja de Pessoas privadas com poder econômico e social) no exercício de suas funções e tampouco recebam quaisquer tipos de instruções sobre o modo que devem ou não devem fazer a interpretação da lei e das provas.

³⁷ O juiz deve ter absoluta liberdade para julgamento, não pode ter agido na causa como representante do Ministério Público, advogado ou agente de polícia, nem ter uma opinião preconcebida da demanda.

³⁸ A competência material e territorial do tribunal deve ser definida por lei e deve-se evitar a criação de tribunais *Ad hoc*.

que pressupõe que o individuo goza da possibilidade clara e concreta de «contestar» um acto que constitui uma ingerência nos seus direitos»³⁹.

Cumpra ao Estado uma postura positiva frente aos direitos e garantias instituídos pela CEDH (nomeadamente os direitos dispostos no *título I* deste diploma legal), seja no âmbito económico, seja no social. Diversas foram as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em condenar os Estados contratantes em situações em que estes deixaram de adotar posturas positivas que fornecer aos indivíduos domiciliados em seu território os meios para efetiva observância dos direitos humanos. Frédéric Sudre cita exemplificativamente que “o direito efetivo a uma processo equitativo supõe que seja organizado um sistema de assistência judiciária gratuita (Artico, 13 de maio de 1980) ou ainda um sistema de tradução para os estrangeiros (Ozturk, 21 de fevereiro de 1984). O direito ao respeito efetivo pela vida familiar faz pesar sobre o Estado a obrigação de adotar medidas para assegurar os recursos naturais de uma criança para «levar uma vida familiar normal», em matéria, notadamente, de estabelecimento da filiação, mas também no domínio das sucessões e liberdades (Marckx préc.; Johnston, 18 de dezembro de 1986, GACEDH, Nº 48). O direito efetivo à educação implica que o Estado garanta a todos um direito de acesso aos estabelecimentos escolares e assegure o reconhecimento oficial dos estudos realizados, a fim de permitir a utilização das qualificações profissionais (Affaire linguistique belge, 23 de julho de 1968, GACEDH, nº 13)”⁴⁰.

A questão da efetividade processual tem sido uma das preocupações da Corte Europeia dos Direitos Humanos, que busca constantemente a

³⁹ BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 151

⁴⁰ Tradução livre da autora. In SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 32.

melhor forma de garantir a todos, de forma dinâmica, a salvaguarda dos direitos humanos e o desenvolvimento dos direitos garantidos. Busca-se o pleno exercício do direito de acesso ao tribunal e assegurar um processo equitativo, assim como uma forma de fornecer aos indivíduos as condições materiais necessárias ao exercício de suas liberdades. O Estado parte tem o dever de oferecer a todos o direito a um processo equitativo, é dizer oportunizar igualdade de armas e igualdade de tratamento entre as partes, sem deixar que uma das partes fique em substancial desvantagem frente à contra-parte, assim como proceder um exame de provas e dos elementos apresentados nos autos de forma equânime. No deslinde processual, compete ao Juiz-Estado oportunizar igualmente às partes o acesso às provas, sua manifestação e impugnação, além de possibilitar isonomicamente o interrogatório de testemunhas e peritos.

O processo efetivo deve observar, ainda, os princípios do *non bis in idem*⁴¹ e da publicidade⁴², como forma de proteger os indivíduos que são partes em um processo judicial, seja ele na esfera civil, seja na penal⁴³.

O Estado, quando na posição de titular da Jurisdição, assume

⁴¹ Este princípio não está expressamente consagrado no artigo 6º da CEDH, mas está literalmente previsto no artigo 4º do Protocolo n.º 7, relativamente ao processo penal, em seu duplo sentido: proibição de uma pessoa ser julgada duas vezes pelo mesmo ato penal e proibição de uma pessoa ser punida mais de uma vez pela mesma infração penal.

⁴² O princípio da publicidade está expressamente mencionado no artigo 6º da CEDH e deve ser observado em todas as esferas judiciais e/ou administrativas e em todos os graus de jurisdição, abrindo-se a possibilidade de a parte expressar-se pessoalmente, bem como oportunizando às partes e a qualquer do povo tomar conhecimento de todos os fatos, atos judiciais, provas produzidas e conteúdo da decisão, salvo nas hipóteses em que “o interesse das partes no processo (nomeadamente menores) e da justiça poderiam exigir que mesmo a decisão não fosse tornada pública” além de abrir-se a possibilidade de a parte expressar-se pessoalmente”. Conforme acórdãos Campbell e Fell, A 80, págs. 42-43, §§ 89.90, e B. e P./Reino Unido, de 24 de abril de 2001, R01-III, págs. 421-422, §§ 47 e 48. In BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 143.

⁴³ Conforme comentários ao artigo 6º da CEDH, por Irineu Cabral Barreto, in BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 140-144.

importante papel, na medida em que deve assegurar a todos os cidadãos a efetivação dos seus direitos mediante o instrumento do processo. A atual doutrina considera a efetividade como um dos maiores desígnios do processo moderno, e em razão disso tem-se que o processo deve ser tido como “um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. E de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas, também, sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja, sobretudo um instrumento de justiça”⁴⁴.

Compete, ainda, ao Estado garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais mesmo nas relações entre particulares ou no *efeito horizontal*⁴⁵, isto porque se entende que o Estado pode violar os direitos humanos não só através de uma conduta ativa, como também por um postura passiva, ao deixar de constituir mecanismos que garantam os direitos e liberdades fundamentais. Observa-se hoje a necessidade de soluções diferenciadas no tocante à proteção dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídicas entre particulares. Trata-se de questões por vezes complexas, haja vista que cada qual, por um lado os direitos fundamentais e por outro o direito privado, está calcado em premissas diversas e, por vezes, aparentemente inconciliáveis. Virgílio Afonso da Silva cita como exemplo a situação e que “seja mencionada a autonomia privada de um lado e a inalienabilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, de outro”⁴⁶.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução. Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional*. Genesis - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº 8, abr-jun/98.

⁴⁵ Inicialmente essa questão era conhecida como eficácia externa (Drittwirkung). Hoje, a doutrina mais moderna fala em efeitos horizontais ou em eficácia dos direitos, liberdade e garantias na ordem jurídica privada.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

A matéria causa polêmica, pois se por um lado é assegurada aos particulares a autonomia em suas relações, sendo-lhes lícito tomar atitudes que julguem convenientes para sua vida privada, em especial no que toca às relações comerciais, por outro lado compete ao Estado proteger todo cidadão, titular do direito fundamental, garantindo-lhe o devido gozo de seus direitos (fundamentais), salvaguardar o bem-estar coletivo e a paz social. Razões pelas quais, segundo magistério de Vieira de Andrade, “é necessário que o Estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem estar”⁴⁷.

Neste diapasão a Corte Européia de Direitos Humanos vem entendendo que há de se aplicar o direito fundamental às relações entre particulares, mormente quando o objetivo é um bem maior, qual seja, garantir a plena observância e o cumprimento do disposto na CEDH.

Não se concebe mais a idéia de que o cumprimento e observância dos direitos fundamentais sejam exigíveis apenas do Estado. A eficácia horizontal dos direitos hoje está ainda mais abrangente e é invocada, outrossim, em questões de proteção dos direitos do homem quando haja violação por entidades privadas. Gomes Canotilho informa que são as chamadas “Drittwirkung da Convenção Européia dos Direitos do Homem”⁴⁸.

Robert Alexy entende que as normas de direitos fundamentais têm

⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 248.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.^a ed. 6. reimpressão Coimbra: Almedina, 2009, p. 1290.

“conteúdo constitucionalmente necessários e impossíveis”⁴⁹ para o sistema jurídico, fato que as constituem como núcleo da fundamentalidade formal desses direitos. Alexy afirma que pela tese da fundamentalidade formal e substancial as normas de direitos fundamentais cumprem um papel central no ordenamento jurídico e faz a análise sobre seu real significado para a estrutura do ordenamento jurídico. É concebido que não haveria grande problemática se a influência dos direitos fundamentais recaíssem apenas em razão da *eficácia vertical*, isto é, relação Estado/cidadão. Entretanto, os indivíduos não têm direitos apenas em face do Estado, mas também seus direitos merecem ser tutelados na relação com outros cidadãos.

Cita-se, exemplificativamente, o caso *X e Y contra os Países Baixos*, de 26 de março de 1985, em que a Corte Européia de Direitos Humanos afirmou que as obrigações positivas inerentes ao artigo 8º “podem implicar na adoção de medidas que visem o respeito da vida privada até nas relações dos indivíduos entre eles”⁵⁰.

A Corte Européia de Direitos Humanos mantém constante preocupação em dar um efeito útil aos dispositivos da CEDH, isto é, não basta que os Estados façam uma interpretação apenas segundo o

⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. (trad. Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008, p. 523.

⁵⁰ Em SUDRE, Frédéric. La convention européenne des droit de l’homme. 8ª Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2010, p. 34. O autor cita, ainda, que “La Cour européenne fait notamment application de cette jurisprudence, visant à protéger le droit garanti contre les ingérences des simples particulières, en matière de liberté syndicale (Young, James et Webster c/Royaume-Uni, 13 août 1981), de droit à la vie (Osmar c/Royaume-Uni, 28 acotobre 1998), d’interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (A c/ Royaume-Uni, 23 septembre 1998). De même, en matière de droit à l’intruction (art. 2, Protocole 1), l’État doit également veiller à ce que les actes, en matière de discipline scolaire, du directeur d’une école privée ne portent pas atteinte au droit à l’intégrité physique et morale (art. 3) et au droit au respect de la vie privée (art.8) dese élèves (Costello-Roberts, 25 mars 1993).

ordenamento interno, mas sim há que se visualizar o interesse europeu como um todo, de forma a uniformizar o compromisso existente entre os Estados contratantes.

Outro critério da efetividade, segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, é a rigorosa observância e cumprimento do princípio da igualdade, nomeadamente no critério da não-discriminação. O tratamento igual dentre todos os indivíduos que estejam na jurisdição europeia é requisito para o bom cumprimento das normas da CEDH. O direito à não-discriminação há que ser aplicado de forma complementar aos demais direitos disposto no CEDH.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O artigo 14 da CEDH dispõe acerca da proibição de quaisquer formas de tratamento distinto arbitrário aos indivíduos que pretendem o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na CEDH e, segundo entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos⁵¹, este princípio está necessariamente relacionado com cada uma das disposições da CEDH e de seus Protocolos⁵², que garantam direitos e liberdades⁵³. Todavia, é possível que o princípio da igualdade seja violado sem que, contudo, haja violação do direito ou liberdade propriamente ditos se estes estiverem

⁵¹ Vide “acórdão Stubbings e outros, de 22 de outubro de 1996, R96-IV, pág. 1507, § 72, e Prince Hans-Adam II de Liechtenstein, §91, de decisão do Tribunal, de 10 de abril de 2001, Queixa n.º 52 449/99, R01-V, pág. 533, e Decisões de 19 de Mario de 1992, Queixa n.º 17 004/92, Déc. Rap. 73, pág. 155, de 14 de abril de 1994, Queixa n.º 22 564/93, Déc. Rap. 77-A, pág. 190 de 5 de julho de 1994, Queixa n.º 19 819/92, Déc. Rap. 78-A, pág. 88, e de 29 de junho de 1994, Queixa n.º 20 769/92, Déc. Rap. 78-A, pág. 111.” Conf. BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 231.

⁵² Com a entrada em vigor do Protocolo n. 12, a corrigiu-se essa “falha”, vez que a redação do artigo 1º faz menção a “todo e qualquer direito previsto em lei”.

⁵³ Conforme SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 38.

revestidos de um caráter discriminatório. Exemplo dessa situação ocorre na seguinte hipótese: “O artigo 6º não impõe aos Estados a instituição do duplo grau de jurisdição. O Estado que estabelece tribunais de recurso vai para além das obrigações derivadas do artigo 6º. Mas o Estado violaria este artigo, combinado com o artigo 14.º, se ele recusasse a utilização do recurso a certas pessoas sem razão legítima, enquanto permitia a outras no mesmo tipo de processo”⁵⁴.

Vale destacar que não é qualquer forma de discriminação que é proibida, mas sim a discriminação arbitrária, ou seja, as formas de discriminação que não tenham uma justificativa razoável. Todos aqueles que estão em situação de igualdade devem ser tratados de maneira igual e em situações análogas merecem o mesmo tratamento. Ocorre, porém, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência mantêm entendimento no sentido de que, em situações manifesta desigualdade, compete ao legislador e ao aplicador da lei fazer diferenciação de tratamento dos indivíduos. Ana Maria Guerra Martins observa que a Corte Europeia de Direitos Humanos “aceita, e até estimula, as discriminações positivas, ao considerar que o direito à não discriminação também é violado quando, sem justificação objectiva e razoável, os Estados não aplicam um tratamento diferente a pessoas cuja situação são sensivelmente diferentes”⁵⁵. É o que se convencionou denominar de *discriminação positiva*. Este critério do princípio da igualdade tem conteúdo teleológico “igualador” das pessoas, nomeadamente em questões de políticas públicas afirmativas. Tal fato se explica tendo em vista que os seres humanos (como é ululante) são diferentes uns dos outros e que, portanto, assim devem ser considerados

⁵⁴ BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 232.

⁵⁵ MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direito humanos*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 201.

pelo Direito, tudo com o objetivo de se alcançar um fim legítimo, qual seja, fornecer igualdade de tratamento e oportunidades a quem quer que seja. Assim, igualdade, por se tratar de um fundamento do Direito, deve ser buscada substancialmente e não reconhecida apenas formalmente e é por tal razão que a CEDH visa patrocinar e regulamentar este princípio, a fim de que nos Estados membros do Conselho da Europa haja maior proteção contra qualquer forma de tratamento discriminatório.

O princípio da igualdade está diretamente relacionado ao conceito de Estado democrático de direito e abrange suas dimensões liberais, democráticas e sociais⁵⁶. Os Estados contratantes devem dar tratamento igualitário a todos os indivíduos perante a lei, coibir qualquer forma de discriminação, seja ela proveniente de entes diretamente ligados à administração pública⁵⁷, seja de particulares na sua atividade privada. Tal fato é observado nomeadamente na dimensão democrática, onde se sobressai a destacada atuação do Conselho da Europa no apoio à democratização dos países do centro e leste do continente, estimulando o desenvolvimento de democracias pautadas em eleições livres, notadamente através de uma autêntica competitividade entre as opções

⁵⁶ Segundo preceito de J.J. Gomes Canotilho, “na sua dimensão liberal, o princípio da igualdade consubstancia a idéia de igual posição de todas as pessoas independentemente do seu nascimento e do seu status, perante a lei, geral e abstracta, considerada subjectivamente universal em virtude da impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação. A dimensão democrática exige a explícita proibição de discriminações (positivas e negativas) na participação no exercício do poder político, seja no acesso a ele (sufrágio censitário, etc.), seja na relevância dele (desigualdade de voto), bem como no acesso a cargos públicos (cfr. Arts. 10º-1, 48º e 50º). A *dimensão social* acentua a função social do princípio da igualdade, impondo a eliminação das desigualdades fácticas (econômicas, sociais e culturais), de forma a atingir-se a «igualdade real entre os portugueses» (art. 9º/d)”. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 337.

⁵⁷ J.J. Gomes Canotilho informa que “ele é hoje um princípio disciplinador de toda actividade pública nas suas relações com os cidadãos”. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op cit....* p. 338.

políticas em disputa. A fim de uma plena aplicação da CEDH torna-se essencial a garantia da atuação estatal enquadrado em um sistema político democrático⁵⁸, o qual, no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁹, está pautado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade, livres de quaisquer formas de discriminação contra os indivíduos. Busca-se, outrossim, a igualdade econômico-cultural das pessoas, por meio de ações afirmativas dos Estados, como forma de “atenuar ou corrigir desigualdades reais no exercício de certos direitos ou na fruição de certos bens públicos”⁶⁰.

Por tal fato, a existência de tratamento desigual deve estar pautada em uma razão material para essa desigualdade, e sempre como fim de observarem-se critérios de justiça. Esse tratamento desigual busca a compensação das desigualdades existentes no plano social, o equilíbrio jurídico-material, bem como a proteção dos menos favorecidos socialmente, estabelecendo-se, assim, a *função social* do princípio da igualdade.

O campo de proteção a que se refere o artigo 14 da CEDH é extremamente extenso, alberga tanto os direitos econômicos e sociais quanto as relações inter-individuais e, com o advento do protocolo n.º

⁵⁸ Os fundamentos da democracia são apontados por Dalmo de Abreu Dallari como sendo: a supremacia da vontade popular (representatividade, direito de sufrágio, sistemas eleitorais e partidários); a preservação da liberdade; bem como, a *igualdade de direitos*. In DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 19ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1995. p. 128.

⁵⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello entende o sistema político democrático, por ser fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade, é garantidor da soberania popular, visto que as decisões quando tomadas pelo conjunto dos membros da sociedade, diretamente ou por meio de representantes eleitos livremente pelos cidadãos, são tomadas pelos titulares da soberania. In MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. Jus navegandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290> Acesso em: 17-nov-09.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op cit....* p. 337.

12 (em vigor a partir de 01 de abril de 2005), proíbe qualquer forma de discriminação por parte de uma autoridade pública no âmbito do direito interno, seja qual for o motivo. O protocolo n.º 12 corrigiu uma falha existente na redação do artigo 14 da CEDH, pois este previa apenas proteção contra quaisquer tipos de discriminação no tocante aos direitos e garantias previstos na própria Convenção; entretanto com o advento do Protocolo n.º 12 o Conselho da Europa pôs em prática “novas medidas para promover a igualdade de todas as pessoas através da implementação colectiva de uma interdição geral de discriminação”⁶¹. Com isso elevou-se o grau de proteção das pessoas contra atos discriminatórios, “consagrando-se uma igualdade geral perante a lei”⁶² e não apenas aos direitos e liberdades definidos na CEDH.

A CEDH consagra, ainda, o direito a um recurso efetivo⁶³. Este artigo não se confunde com um direito a um duplo grau de jurisdição, mas significa que, na hipótese de violação de seus direitos, os Estados devem oportunizar a qualquer pessoa intentar ação perante um tribunal interno, a fim de ver tal violação suplantada, “mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuaram no exercício das suas funções oficiais”⁶⁴.

⁶¹ Texto da exposição de motivos do Protocolo n.º 14.

⁶² BARRETO, Irineu Cabral. *Op cit...* p. 394.

⁶³ Artigo 13º da CEDH.

⁶⁴ Parte final do artigo 13º da CEDH.

3.3 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A CEDH fixa os critérios internacionais a serem observados pelos Estados no quesito de direitos e liberdades fundamentais, todavia isso não substitui o direito interno, mas sim o auxilia, completa, a fim de superar eventuais lacunas existentes. Isso porque uma das preocupações do Conselho da Europa é assegurar a autonomia nacional. Esse princípio consagra a idéia de construção de uma “União Européia” a convergir para um mesmo ideal e para os mesmos critérios de atuação no tocante à aplicação e interpretação das normas dispostas na CEDH. O princípio da subsidiariedade informa o papel subjacente de todas as medidas adotadas para fortalecer a eficácia do sistema de controle instituído pela Convenção, vez que é responsabilidade das Altas Partes Contratantes garantir o respeito dos direitos e liberdades.

J.J. Gomes Canotilho explica que o princípio da subsidiariedade possui relevos *jurídico-constitucional* e *jurídico-convencional*. No tocante ao relevo *jurídico-constitucional* este princípio é concebido como “um *princípio de ordenação política* interna dos Estados-Membros da Comunidade Europeia”⁶⁵, haja vista orientar a conduta compatível pelos Estados contratantes, por meio de suas representações, em questões relacionadas à política da União Européia. Ainda sob essa vertente, os Estados devem fazer valer, nos termos do respectivo ordenamento constitucional, a aplicação do direito comunitário no plano administrativo⁶⁶. Na qualidade de princípio com relevo *jurídico-convencional*, o princípio em comento tem importância, pois alberga a idéia de “exercício comum dos poderes”, o qual, consoante pretório de J.J Gomes Canotilho, há “dois pressupostos

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op cit...* p. 245.

⁶⁶ Consoante redação da Declaração 43, anexa do Tratado de Amsterdão.

mínimos: (1) requisito negativo – as medidas destinadas à prossecução da União Europeia devem ser adoptadas a «nível comunitário» quando elas não possam ser satisfatoriamente adoptadas e concretizadas pelos Estados-membros; (2) requisito positivo - as medidas necessárias à construção da União Europeia podem ser tomadas a nível comunitário quando elas, em virtude da sua extensão e efeitos, têm aqui melhor possibilidade de concretização («regra da vantagem») ⁶⁷.

A exposição de motivos ao Protocolo n.14 faz expressa menção à adopção do princípio da subsidiariedade, no tocante às medidas a serem tomadas no plano nacional, ao informar que “de acordo com o princípio da subsidiariedade, a protecção dos direitos e liberdades previstos na Convenção deve inicialmente e sobretudo ser assegurada no plano nacional. É, com efeito, o mais eficaz. A responsabilidade que deriva das autoridades nacionais a este respeito deve ser reafirmada e da capacidade dos sistemas jurídicos nacionais para prevenir a violação dos direitos da Convenção e a sua reparação deve ser reforçada. Os Estados têm o dever de fiscalizar a conformidade da sua legislação e práticas administrativas com as exigências decorrentes da Convenção e da jurisprudência da Corte. Para fazer isso, eles podem ser ajudados por instâncias externas. Caso estas medidas sejam plenamente implementadas, vão aliviar a pressão sobre a Corte e em vários níveis: não só deve ajudar a reduzir o número de recursos individuais com base em evitar a incompatibilidade da legislação nacional com da Convenção, com constatação das violações alegadas ou remediar no plano interno, mas também facilitar o trabalho da Corte nas medidas ou nos processos decisório da Corte é facilitado se a questão abordada tiver sido uma bem-fundamentada no plano interno.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op cit....* p. 245.

Desnecessário será dizer que os efeitos esperados será sentida não apenas no médio prazo”⁶⁸.

A preocupação com um caráter supletivo, de assistência a uma dada realidade, um critério de distribuição vertical de competências ou repartição no exercício de atribuições a alguns órgãos, no que se refere à proteção dos indivíduos contra atuações estatais, não é, entretanto, recente. Gustavo Yung informa que “o princípio da subsidiariedade remota a Aristóteles (384-322 a.C.), São Tomas de Aquino (1226-1274), Dante e Althussius. Surgiu para proteger a autonomia individual ou coletiva contra toda intervenção pública injustificada. Tratava-se de tomar decisões em nível mais baixo possível as coletividades superiores auxiliavam as coletividades inferiores para que estas realizassem as suas funções”⁶⁹.

Este princípio⁷⁰ evoca outro princípio, o da autonomia nacional, e toma por base a teoria da “margem de apreciação”. Através deste princípio afasta-se a idéia de monopólio do Estado e prestigia-se a de participação de todos os membros, porquanto pressupõe harmonia dentre os contratantes. A CEDH fixa normas que implicam concomitantemente

⁶⁸ Tradução livre da autora. Parágrafo 15 da exposição de motivos do Protocolo nº 14.

⁶⁹ MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. Direito internacional da integração. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. P. 26 apud YUNG, Gustavo. Amaral. O princípio de subsidiariedade no Direito Comunitário. *IN Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 12. n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 24

⁷⁰ Segundo Gustavo Yung, o princípio da subsidiariedade “consagra o princípio da vedação dos excessos, proporcionalidade, razoabilidade, eficácia, eficiência, alternatividade, substituição, flexibilidade ou até mesmo do bom senso das atuações”. Mais adiante o Autor conclui que há “uma certa quebra na hierarquia de valores que tradicionalmente presidiam a atuação comunitária- Agora, o valor integração está perdendo espaço para o valor autonomia, prestigiado pelo princípio da subsidiariedade. Unidade e diversidade são valores que devem guardar uma relação não hierárquica, mas horizontal entre si. Essa supletividade alternada de atuações obrigatória encontra seus limites na restrição derivada da proporcionalidade”. YUNG, Gustavo Amaral. *Op cit....* p. 25 e 38.

no *direito* de cada qual exercer suas responsabilidades e no *dever* dos poderes públicos proporcionarem a cada um os meios para o gozo dos direitos e liberdades por ela consagrados. Por vezes a CEDH possibilita aos Estados contratantes escolher o meio de consagração e efetivação dos direitos e liberdades no plano interno.

A legitimidade democrática está intimamente relacionada com a subsidiariedade, porquanto esta tem por característica a desconfiguração de um poder central excessivo e apático para com as necessidades dos cidadãos ao mesmo tempo em que significa a fiscalização da observância de normas, em um plano abstrato, e empreender ações e controle pelo órgão internacional. Entretanto, a Corte Européia de Direitos Humanos não deixa de observar a diversidade européia, nomeadamente no tocante às culturas jurídicas, às particularidades locais, assim como a evolução dos conceitos comportamentais no espaço e no tempo⁷¹. É dizer, admite-se muitas formas de se cumprir o disposto na CEDH no plano interno, sem que isso represente uma violação dos direitos e liberdades nela expressos⁷². Neste quesito a Corte Européia de Direitos Humanos limita-se a observar se os dispositivos legais estão sendo observados pelos Estados, cada qual à sua maneira, a fim de evitar erigir-se no papel de legislador ou aplicador da lei no plano interno.

Desta forma, a Corte Européia de Direitos Humanos confere aos Estados contratantes maior poder discricionário no tocante à execução ou

⁷¹ Conforme SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 42-43.

⁷² Frédéric Sudre explica que “La Cour relève que le pluralisme interdit de concevoir «une notion européenne uniforme de la morale», les exigences de la moral variant dans temps et dans l’espace particulièrement en matière morale sexuelle (Handyside, préc. ; Müller, 24 mai 1988, CACEDH, n° 58: confiscation de tableaux obscènes). De même, la Cour juge impossible de «discerner à travers l’Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société» (Otto-Preminger-Institut, 20 septembre 1994) ou une «approche européenne uniforme» en matière de fécondation in vitro (Evans, 10 avril 2007”. In SUDRE, Frédéric. *Op cit...* p. 43.

cumprimento dos direitos de liberdades em termos de direitos humanos. Em outros termos há, para os Estados, uma “margem de apreciação” para a aplicação das normas da CEDH e seus protocolos adicionais, o que gera uma “auto-limitação judiciária” da Corte Européia de Direitos Humanos⁷³. Nesse ponto a Corte evita imiscuir-se no mérito do ato, o que o faria substituir o administrador e praticar ato de acordo com uma apreciação meramente subjetiva. Tal fato é explicado em razão do entendimento segundo o qual a autoridade do país está mais apta a distinguir o que é melhor a seus cidadãos, haja vista estar diretamente ligada à realidade que se apresenta, em que pese a constante busca por uma jurisprudência uníssona em matéria de direitos humanos. A margem de apreciação não resulta da incerteza, da indeterminação do conceito do próprio direito, mas da relação com a Administração e de sua particular posição frente ao caso concreto.

Todavia, mesmo esta margem de apreciação permanece sob controle da Corte Européia de Direitos Humanos, a qual pode impor limites ao poder discricionário dos Estados, nomeadamente para o fim de limitar a intensidade do poder estatal na limitação dos direitos e liberdades. Isso porque não se retira a possibilidade da Corte Européia de Direitos Humanos perquirir acerca da correspondência do conteúdo do ato com o fim da norma disposta na CEDH. A margem de apreciação pode ser atenuada ou majorada em razão de circunstâncias de tempo e espaço, o objetivo da interferência do direito e a natureza desse direito em questão, haja vista haver constantes mutações sociais, tornando difícil a regulamentação de todos os fatos sociais. Assim, na medida em que os Estados possuem um entendimento que converge para um senso comum, diminui a margem de apreciação, por outro lado quanto maior a

⁷³ Conforme SUDRE, Frédéric. Idem.

divergência sobre conceitos específicos, maior é a margem de apreciação concedida ao Estado.

Não se trata, neste particular, de qualquer espécie de inobservância à soberania estatal, pois “a *soberania* não pode ser vista com um dogma, imune a limitações. O processo de integração internacional não suprime a soberania de nenhum Estado, pois ao Estado ainda pertence o comando de suas decisões. Pelo contrário, a integração fortalece a soberania dos Estados envolvidos”⁷⁴. Tem-se a idéia de que o poder do Estado, na ordem internacional, não é mais absoluto e incontestável, nomeadamente quando se trata de questões de direitos e liberdades fundamentais, pois o que se busca é a proteção do indivíduo. E neste particular cada Estado contratante aceita os termos da CEDH, delegando (e não transferindo) poderes ao órgão supranacional para fiscalização e até mesmo para sancionar eventuais violações ao disposto na legislação que abrange os direitos humanos.

4. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (trad. Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da*

⁷⁴ YUNG, Gustavo Amaral. *Op cit...* p. 13.

- Constituição*. 7ª. ed. 6. reimpressão Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1995.
- MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2006. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 18. N. 71. Abri-jun/2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Jus navegandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290> Acesso em: 17-nov-09.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SUDRE, Frédéric. *La convention européenne des droit de l'homme*. 8ª Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução. Rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional*. Genesis - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº 8, abr-jun/98.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vols. I e III. 2ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

YUNG, Gustavo Amaral. O princípio de subsidiariedade no Direito Comunitário. *IN Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 12. n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUSTENTABILIDADE HUMANA: LIMITAÇÃO DE JORNADA, DIREITO À DESCONEXÃO E O DANO EXISTENCIAL

Lorena de Mello Rezende Colnago¹

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países com maior índice de acidente de trabalho formal, sem contar o número de pessoas falecidas ou inválidas não contabilizadas pelas estatísticas oficiais, por causa do trabalho informal ou da não emissão da Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT.

Uma das hipóteses para os números alarmantes é a violação aos direitos fundamentais ao trabalho atinentes à jornada, sendo este o objeto de análise deste estudo. Afinal, quais são as consequências da violação à jornada de trabalho? O que uma jornada acima dos limites legais pode ocasionar aos trabalhadores?

Na tentativa de responder aos questionamentos propostos, analisaremos os direitos fundamentais, a origem e evolução da jornada de trabalho no mundo e no Brasil, e as consequências quanto ao descumprimento dessas normas, abordando aspectos doutrinários e jurisprudenciais recentes, como o chamado dano existencial.

¹ Mestre em Direito Processual pela UFES. Pós Graduada em Direito do Trabalho, Individual e Coletivo, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNIVES. Professora de Direito Processual do Trabalho. Juíza do Trabalho no TRT9. (lor.colnago@gmail.com)

O método científico utilizado será a análise de dados, legislações e doutrina, sob o aspecto descritivo e dedutivo.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais estão vinculados ao necessário reconhecimento e positivação dos direitos humanos por um ordenamento jurídico, em especial em sua Constituição (lei fundamental), para que os direitos conferidos ao homem (direito à vida, à liberdade, à expressão, à propriedade, à dignidade, ao meio ambiente sadio, etc.) sejam tuteláveis é necessária a passagem deles pelo processo de constitucionalização, a fim de receber todo um instrumental de garantia e proteção jurídica, permitindo a sua permanência em caso de colisão ou violações.

É importante destacar que nem todo direito positivado em uma Constituição pode ser classificado como “fundamental”, pois há uma grande diferença entre um direito fundamental (positivação do direito humano) e os demais direitos que foram incluídos em uma Constituição pelo poder constituinte originário ou reformador.²

A existência de direitos fundamentais em um Estado pode decorrer da positivação de um direito humano no texto constitucional, mas também da interpretação dos Tribunais Constitucionais³, uma vez que o sistema de direitos fundamentais não se encontra encerrado somente

² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.63.

³ QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais: teoria geral*. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p.89.

no texto constitucional. Como exemplo, no Brasil há o §2º do art. 5º da Constituição Federal⁴ que reflete uma cláusula de abertura constitucional, permitindo o reconhecimento de um direito fundamental por meio de interpretação inclusiva realizada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre um direito de conteúdo fundamental, encontrado em uma norma do ordenamento interno ou internacional. Com relação à norma internacional, essa deve ser proveniente de um instrumento internacional (tratado, convenção, pacto, etc.) devidamente ratificado pelo Brasil.

Uma norma constitucional é considerada um direito fundamental, positivado de forma direta ou indireta (2º do art. 5º da CF), quando o seu conteúdo reflete um valor de dignificação da convivência humana em sociedade, conquistado pela historicamente pela humanidade. Nesse contexto, pode-se afirmar que o conteúdo de um direito fundamental tem um caráter material, pois consiste na somatória de valores considerados pela humanidade como fundamentais; um caráter formal, pois necessita de legitimação por meio de sua inclusão na Constituição ou nas leis internas de um Estado Nacional; e um caráter procedimental⁵ quando é inserido no ordenamento jurídico de um Estado por meio da interpretação realizada pela Corte Constitucional, quando na resolução de um *case* (conflito judicial marcado por um problema de difícil solução,

⁴ § 2º - 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 seja parte. (BRASIL. Constituição (1988). *In Vade mecum Saraiva*. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p.10).

⁵ O modelo regra/princípio/procedimento leva em consideração não apenas as regras, enunciados dotados de um grau maior de concretude ou os princípios, enunciados normativos dotados de um grau maior de abstração em consideração para a classificação de um direito constitucional como fundamental, mas também o procedimento utilizado para a aplicação desse direito. Por exemplo, a interpretação realizada pelos juízes que compõem a Corte Suprema, no Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, guardiões do ordenamento jurídico pátrio. (QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos fundamentais: teoria geral*. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p.141).

que ao ser resolvido pela Corte Constitucional constitui um paradigma para o ordenamento jurídico).

Essa posição doutrinária contemporânea, com inspiração em no professor português J. J. Gomes Canotilho⁶ e nos ensinamentos de Gregório Peces-Barba⁷, sobre a natureza dos direitos fundamentais, traz uma ampliação da materialidade e da estrutura da norma jurídica eminentemente fundamental, pois engloba todas as dimensões dos direitos humanos, em oposição à doutrina reducionista, que fixa o conteúdo dos direitos fundamentais na primeira dimensão dos direitos humanos⁸, ou seja, nos direitos do homem livre, “[...]y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado.[...] Derechos fundamentales em sentido proprio son tan solo los derechos liberales de la persona humana individual”⁹, incluindo como fundamental o direito de um indivíduo em face de outro indivíduo, circunscrevendo sua estrutura à regra jurídica¹⁰.

Por fim, com relação à estrutura da norma de direito fundamental, seguimos a posição do mestre português Canotilho, que defende a existência de direitos fundamentais inseridos em duas categorias: regras e princípios. Em síntese, as regras são espécie de norma jurídica que possuem uma aplicação direta no caso concreto por serem normas vinculativas com conteúdo funcional e menor grau de abstração.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁷ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría generale*. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999.

⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 571-572.

⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitucion*. Trad. Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 190.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 64-65.

Pelo maior grau de concretude, as regras contém fixações normativas definitivas, sendo insustentável diante do sistema a validade simultânea de regras contraditórias.¹¹

Por outro lado, os princípios, como espécie normativa, são constituídos de maior grau de abstração, uma vez que consagram valores (liberdade, democracia, dignidade, igualdade), por isso, ao serem aplicados necessitam de mediações concretizadoras do intérprete.

Os princípios também são considerados *standards* jurídicos vinculantes e normas de natureza estruturante, com hierarquia superior sobre as regras, uma vez que as fundamentam ao mesmo tempo em que fornecem a conexão sistêmica do ordenamento jurídico.

Os casos de conflito entre princípios, diferente das regras, suscitam o problema de peso entre os valores jurídicos neles consagrados. A solução desse conflito não produz a validade de um princípio em detrimento de outro, mas a prevalência em importância social do valor consagrado num princípio sobre outro, no caso concreto.¹²

É necessário enfatizar que as normas constitucionais são consideradas o resultado da interpretação das leis, enunciados normativos, sendo a Constituição um projeto jurídico composto por um sistema aberto de regras e princípios, influenciados por valores.¹³

Dessa forma, Canotilho fala em direitos fundamentais constitucionais e extra-constitucionais, pois a partir do momento em que a Corte Constitucional se pronuncia sobre um direito fundamental

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1162.

¹² *Ibid.*, p. 1160-1164

¹³ CANOTILHO, *Ibid.*, p. 1162-1163.

extra-constitucional, não existem direitos não enumerados, mas direitos constitucionais concretizados.¹⁴ Portanto, os direitos fundamentais são normas jurídicas positivadas ou interpretadas que se inserem num contexto constitucional.

3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A limitação da duração do trabalho é luta e conquista histórica dos trabalhadores, sendo a Constituição Mexicana de 1917 a primeira a versar sobre a limitação da jornada diária para 8 horas, e noturna para 7 horas¹⁵.

Poucos anos depois da Constituição Mexicana, com o fim da I Guerra Mundial, na Conferência da Paz das Nações Unidas foi criada a OIT – Organização Internacional do Trabalho, na Parte XIII do Tratado de Versalhes¹⁶, de 1919, sendo importante observar que esse foi um marco para a inserção dos direitos dos trabalhadores nos Estados Nacionais. Nos considerandos do Tratado de Versalhes o primeiro direito mencionado foi a regulamentação das horas de trabalho por dia e por semana¹⁷.

O fator biológico dessa reivindicação explica a preocupação com a submissão do homem a tempo de esforço incompatível com sua

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379 et seq.

¹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTR, 1997, p.19.

¹⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998, p. 17-19.

¹⁷ TRATADO DE VERSALHES, 28 July 1919. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp>. Acesso em: 2 maio 2012.

natureza física, e também o fato de ser uma das primeiras reivindicações trabalhistas, ao lado da estipulação de um mínimo salarial.

No Brasil, seguindo a tendência da Convenção OIT n. 5 de 1919, em vigor em 13 de junho de 1921¹⁸, uma das primeiras normas referentes ao trabalho livre e à limitação da jornada dos menores, por meio do art. 4º do Decreto 1313/1891:

Art. 4º Os menores do sexo feminino de 12 a 15 annos e os do sexo masculino de 12 a 14 só poderão trabalhar no maximo sete horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de quatro horas o trabalho continuo, e os do sexo masculino de 14 a 15 annos até nove horas, nas mesmas condições.

Dos admittidos ao aprendizado nas fabricas de tecidos só poderão occupar-se durante tres horas os de 8 a 10 annos de idade, e durante quatro horas os de 10 a 12 annos, devendo para ambas as classes ser o tempo de trabalho interrompido por meia hora no primeiro caso e por uma hora no segundo.¹⁹

A limitação da jornada para trabalhadores adultos veio a ser publicada apenas na década de 30 do séc. XX. Como exemplos mais marcantes temos a limitação de jornada para o comércio (Dec.21.175/1932), a indústria (Dec.21.364/32), farmácias (Dec.23.084/1933), casas de penhores (Dec.23.316/1933), bancos (Dec.23.322/1933), entre outras²⁰, sendo a Constituição de 1934 a primeira, do Brasil, a inserir em seu bojo

¹⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998, p.75.

¹⁹ BRASIL. *Senado Federal*. Decreto n. 1313 de 17 de janeiro de 1891. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=48692&norma=64469>> . Acesso em: 02 maio 2012.

²⁰ COSTA, Casimiro Armando. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 145.

a limitação diária e genérica de 8 horas de jornada para os trabalhadores, norma repetida na Constituição Federal de 1937.²¹

Pouco tempo depois o Estado, no governo de Getúlio Vargas, decidiu reunir essas leis em uma consolidação, o Decreto n. 5452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, separando o Capítulo II para as normas de duração do trabalho.

Até o advento da Constituição Federal de 1988 a jornada diária era de 8 horas com a limitação semanal de 48 horas, passando para 44 horas semanais apenas em 10 de outubro de 1988²², salvo negociação coletiva (art. 7, XIII), sendo esse o atual regramento da matéria.

Nesse mister, diversas legislações estrangeiras têm passado por reformas quanto à jornada de trabalho. Na Espanha, após a reforma trabalhista de 1984, convencionou-se que a jornada normal de trabalho poderia ser flexibilizada ao longo do ano, respeitando-se o máximo de 9 (nove) horas.²³ Assim, na primeira semana de trabalho a jornada seria de 8 (oito) horas, na segunda semana haveria uma diminuição para 5 (cinco) horas, na terceira semana a redução seria ainda maior 4 (quatro) horas de trabalho, e finalmente, na quarta semana o trabalhador praticaria uma jornada de 9 (nove) horas. Toda essa flexibilização somente poderia ocorrer por meio de negociação coletiva entre os sindicatos e a empresa.²⁴

²¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTR, 1997, p.17.

²² Cf. COSTA, Casimiro Armando. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 149.

²³ BENGOCHEA, Juan Antonio Sagardoy. Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador. *Flexibilização no direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 139.

²⁴ Ibid.

Em Portugal, a flexibilização da jornada de trabalho teve início com a permissão de elástico das 8 horas de trabalho diárias para 10 horas, sendo que a duração normal do trabalho semanal passaria de 40 horas para 50, tudo mediante negociação coletiva.²⁵

No entanto, o Código do Trabalho vigente até fevereiro de 2009, instituído pela Lei n.º 99, de 27 de agosto de 2003, ampliou para 12 horas a jornada de trabalho e para 50 horas a duração semanal durante o máximo de dois meses, mediante negociação coletiva com os sindicatos, nos termos do art. 164:

Artigo 164.º - Adaptabilidade

1 - Por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, o período normal de trabalho pode ser definido em termos médios, caso em que o limite diário fixado no n.º 1 do artigo anterior pode ser aumentado até ao máximo de quatro horas, sem que a duração do trabalho semanal exceda sessenta horas, só não contando para este limite o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior.

2 - O período normal de trabalho definido nos termos previstos no número anterior não pode exceder cinquenta horas em média num período de dois meses.²⁶

Nesses termos, a legislação portuguesa previu a majoração da jornada de trabalho para dez horas diárias, sem a limitação anterior de dois meses, para os casos da chamada “adaptabilidade” das normas de duração normal de trabalho entre trabalhadores e empregadores

²⁵ SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. *Flexibilização no direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125.

²⁶ PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. *Diário da República*. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009.

(art. 165²⁷), ou seja, mediante negociação direta do trabalhador com o empregador, sem a importante intervenção sindical.

Em 12 de fevereiro de 2009, o Presidente da República de Portugal promulgou a Lei Nº 7/2009²⁸, revogando a Lei Nº 99/2003. A nova lei manteve o tempo normal do trabalho (jornada) de 8 horas, sendo a duração semanal fixada em quarenta horas (art. 203), mantendo ainda a flexibilização da jornada em quatro horas.

Muito embora tenha sido mantida a conquista dos trabalhadores quanto à limitação da jornada de trabalho, a lei atual autorizou no art. 204²⁹, a flexibilização da duração semanal do trabalho de 60 (sessenta)

²⁷ Artigo 165º **Regime especial de adaptabilidade**

1 - Por acordo, o empregador e os trabalhadores podem definir o período normal de trabalho em termos médios, observando o disposto nos números seguintes.

2 - O acordo a que se refere o número anterior pode ser obtido mediante proposta dirigida pelo empregador aos trabalhadores, presumindo-se a sua aceitação pelos trabalhadores que, no prazo de 21 dias a contar do respectivo conhecimento, incluindo os períodos a que se referem os nºs 2 e 3 do artigo 173º, não se oponham por escrito.

3 - O período normal de trabalho diário pode ser aumentado até ao máximo de duas horas, sem que a duração do trabalho semanal exceda cinquenta horas, só não contando para este limite o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior.

4 - Nas semanas em que a duração do trabalho seja inferior a quarenta horas, a redução diária não pode ser superior a duas horas, mas as partes podem também acordar na redução da semana de trabalho em dias ou meios dias, sem prejuízo do direito ao subsídio de refeição.

5 - O regime previsto nos números anteriores mantém-se até ao termo do período de referência em execução à data da entrada em vigor de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que incida sobre a matéria. (PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. *Diário da República*. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009)

²⁸ PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. *Diário da República*. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009.

²⁹ Artigo 204. **Adaptabilidade por regulamentação colectiva**

1 — Por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, o período normal de trabalho pode ser definido em termos médios, caso em que o limite diário estabelecido no nº 1 do artigo anterior pode ser aumentado até quatro horas e a duração do trabalho semanal pode atingir sessenta horas, só não se contando nestas o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior.

2 — O período normal de trabalho definido nos termos previstos no número anterior não pode exceder cinquenta horas em média num período de dois meses.

3 — Constitui contra -ordenação grave a violação do disposto neste artigo. (PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. *Diário da República*. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009)

horas, por meio de negociação coletiva entre entidades sindicais e empregadores, o que foi prognosticado por José Augusto Ferreira da Silva, quando esteve no Brasil antes mesmo da reforma de 2003.³⁰

Voltando à legislação brasileira, em momento algum a autorização concedida pelo legislador constituinte autorizou o aumento da jornada máxima diária superior a 10 horas, o que implicaria em lesão à saúde do obreiro.³¹

Pode-se afirmar que a negociação coletiva é um espaço público de realização do Estado Democrático de Direito³², uma vez que pressupõe a existência de manifestação volitiva bilateral de entes coletivos (entidades sindicais profissionais/econômicas e empresas) na construção do Direito, visando a harmonização do conflito capital-trabalho, devendo pautar-se pelo princípio do não retrocesso social (art. 1, III, art. 3, II e III, art. 4, II, art. 5, §2º, art.7, *caput*, todos da CF), da limitação às normas de ordem pública (art. 8 CLT), da probidade e da boa-fé contratual (art. 421 do CC) como limites às alterações lesivas (art. 468 da CLT por analogia quanto às relações coletivas).

³⁰ SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. *Flexibilização no direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 125.

³¹ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, SCATOLIN, Levi. O respeito à jornada de trabalho como medida de saúde e segurança do trabalho. *LTr. Suplemento Trabalhista*, v.46, p.363 - 370, 2010.

³² Sobre a manifestação da democracia em espaços públicos de discussão cf. LUCHI, José Pedro. *Propedêutica habermasiana do Direito*. Revista de Filosofia – UFES, ano VII, nº 7, janeiro a junho: 2001, p. 175-200.

4. CONSEQUÊNCIAS QUANTO AO DESCUMPRIMENTO DA LIMITAÇÃO À JORNADA: A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (DANO EXISTENCIAL)

Feitas essas considerações sobre a negociação coletiva, é necessário reafirmar a importância do tema para a saúde do trabalhador, no seu triplo aspecto: físico, social e psíquico (conceito da OMS)³³, vez que um indivíduo submetido a jornada superior a dez horas trabalha com redução de sua capacidade de concentração, fica sujeito às desatenções que causam acidentes de trabalho, face ao stress corporal e mental a que é submetido.

Segundo o Ministério da Previdência Social, apesar do número global de acidentes ter diminuído em 2010, sendo registrados 701.496 acidentes de trabalho contra 733.365 acidentes em 2009, a maior incidência encontra-se no setor das doenças laborais, com aumento significativo para o número de transtornos mentais e comportamentais, a CID “reações ao estresse grave e transtornos de adaptação”, por exemplo, apresentou 5.919 casos só no último ano, sendo o maior número de acidentes encontrado no setor de serviços.³⁴

Conforme as estatísticas e estudos do IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, nos últimos anos o trabalho tem acompanhado o trabalhador ocupando cada vez mais seu tempo livre:

³³ FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marcos. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, vol. 31, n. 5, out./ 1997. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>>. Acesso: 1 jun. 2012.

³⁴ BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário estatístico da Previdência Social (AEPS 2010)*. 2010. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/vejaNoticia.php?id=44331>>. Acesso em: 1 jun. 2012.

De acordo com a análise feita pelo Instituto, para um grupo dos entrevistados – de 30% e 50% deles – há uma percepção comum da relação entre o tempo de trabalho e o tempo livre: a de que o tempo de trabalho remunerado afeta de modo significativo, crescente e negativo o tempo livre. Isso, segundo o pesquisador, é um fenômeno preocupante, porque gera uma série de conseqüências negativas para **a vida desses trabalhadores, como cansaço, estresse e desmotivação, além de prejuízo das relações familiares e de amizade, das atividades esportivas, educacionais etc.**

Para André Gambier, não deixa de ser contraditório observar que a percepção desse grupo de entrevistados conflita com a leitura que se fez dos dados da PNAD/IBGE, os quais mostram uma aparente redução da importância do tempo de trabalho na vida cotidiana da população brasileira. Ele disse que parte da explicação pode ser uma “diluição” das fronteiras entre tempo de trabalho e tempo livre, já que para quase metade dos entrevistados, mesmo quando é alcançado o limite da jornada diária, o trabalho continua a acompanhá-los, até mesmo em suas casas.(...) **O SIPS ouviu 3.796 pessoas residentes em áreas urbanas, das cinco regiões do país.** (grifo nosso)³⁵

Em outra pesquisa, realizada em 2011 pelo IPEA³⁶, das 3.709 pessoas ouvidas, sendo 42, 25% no setor de serviços e 30,82% no setor de comércio, pelo menos 1 (um) a cada 5 (cinco) profissionais já sofreu algum tipo de doença ocasionada pelo trabalho excessivo, chegando a 17,7% o índice de adoentados pelo trabalho.

³⁵ BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Dedicação ao trabalho invade tempo livre das pessoas*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13515&catid=10&Itemid=9>. Acesso em: 1 jun.2012.

³⁶ BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Portal G1 (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75>. Acesso em: 1 jun.2012.

Entre os entrevistados, 41,6% perceberam que realizavam atividades que antes eram exercidas por mais de uma pessoa (...).O percentual de profissionais que não consegue se desligar totalmente do trabalho durante o período de folga chegou a 45,6%. Desse índice, 26% afirmaram que ficam de prontidão, pois podem ser acionados por alguma atividade, 7,9% planejam ou desenvolvem atividades referentes ao trabalho via celular ou computador, 7,2% procuram aprender coisas sobre o trabalho e 4,2% exercem outra atividade remunerada³⁷.

Como se pode observar estatisticamente o tempo de trabalho tem ultrapassado os limites das empresas e invadido o repouso ou o tempo livre dos trabalhadores, que estão cada vez mais estressados pelo acúmulo de atividades.

Esse acúmulo ocorre não só dentro das empresas, mas também no tempo de lazer quando o trabalhador é acionado pelos meios telemáticos de comunicação (celular, ipad, ifone, notebook...) e das mais variadas formas, desde uma ligação para solução de problemas ligados ao trabalho fora da jornada até o trabalho a domicílio não computado na jornada.

No total, estima-se que o indivíduo passe mais tempo com o trabalho do que com sua família ou consigo mesmo. Por esse motivo, o legislador ordinário alterou o art. 6º da Consolidação (Lei 12.551/2011), equiparando a subordinação realizada indiretamente e estrutural pelos meios telemáticos à subordinação direta.

Essa alteração no conceito de subordinação jurídica do texto celetista foi realizada com o intuito de proteger o trabalhador em sua dignidade e integridade física quanto ao limite constitucional de jornada, que tem por escopo a proteção da integridade física e psíquica do obreiro.

³⁷ Ibid.

Em atenção a esse novo fenômeno, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul manifestou-se favoravelmente à configuração de lesão moral, do tipo existencial, a uma trabalhadora submetida sistematicamente à jornada extraordinária, considerando o prejuízo sofrido em suas relações sociais e afetivas.³⁸

Nesse sentido, a imposição de pagamento das horas com o adicional mínimo de 50% (art. 7, XVI, CF/88) não tem gerado o esperado efeito inibitório e reeducativo no empregador, a fim de impedir essa violação a um dos aspectos da dignidade humana (art. 1, III, CF/88).

O chamado dano existencial é aquele que priva o indivíduo de colocar em prática o seu projeto de vida³⁹. Contudo, esse projeto de vida precisa ser possível, razoável e concretizável, considerando-se o indivíduo como um ser inserido num contexto social com real possibilidade de coexistência entre as individualidades.⁴⁰

[...] Ao participar do mundo com os outros, o *ser-aí* se liga aos demais *seres-aí* e se torna um *ser-no-mundo-com-os-outros*: está no mundo, morada em que vive em indispensável coexistência e ao qual atribui sentido constantemente. *Ser-no-mundo*, conhece o mundo, nele sabe se movimentar e se orientar, nele encontra a sua morada. *Ser-com-os-outros*, consciente da presença dos demais, a qual lhe é necessária, sem a qual não se completa.⁴¹

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Acórdão em recurso ordinário processo n.º 105-14.2011.5.04.0241*. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 1 jul.2012.

³⁹ 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

⁴⁰ FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n.2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17564>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

⁴¹ *Ibid.*

O homem é um ser social, já dizia Hobbes⁴², por isso parcela de sua dignidade está intrinsecamente relacionada com o tempo potencial de convívio em sociedade – família, amigos e membros da comunidade mais próxima -, ao trabalhar o homem é naturalmente ceifado deste convívio, agregando-se ao mundo ou comunidade do trabalho, que é outra parcela de sua dignidade humana.

Assim, para considerar-se completo ele deve ter ao menos em potencial tempo para o trabalho e tempo para a desconexão do trabalho, possibilitando o convívio social extramuros da “fábrica”. Se esse tempo não lhe é concedido, ou seja, se o empregador não respeita o tempo de desconexão concedido legalmente para esse fim, por exemplo, as onze horas interjornada (art. 66 da CLT), ele viola parcela da dignidade humana do trabalhador, afetando aspectos de sua existência, ou coexistência social, daí o chamado dano existencial.

O dano existencial é uma subespécie de lesão aos bens imateriais do indivíduo que está intimamente relacionado à jornada de trabalho praticada e à sua elasticidade, em violação às normas trabalhistas.

Essa violação tem como primeira consequência o pagamento da hora acrescida do adicional mínimo de 50%. E, caso essa violação torne-se sistemática e extenuante, o ordenamento pátrio previu a tipificação da conduta do empregador como crime – art. 149, *caput*, do Código Penal, alterado pela Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes

⁴² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Primeira Parte: do homem. nsº 13 e 14. Martin Claret: São Paulo, 2007.

de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003). Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803 , de 11.12.2003)⁴³

Assim, no atual conceito de trabalho em condições análogas a escravo, que ultrapassa os limites do trabalho forçado previsto nas Convenções 29 e 105 da OIT, o legislador pátrio inseriu a jornada extenuante que viola a dignidade humana do indivíduo, sendo esse um outro aspecto ou consequência legal da jornada exaustiva.

Por fim, surge no direito civil a reprimenda com fins pedagógicos a essa prática nociva à saúde do trabalhador, que é a configuração do dano existencial causado pela jornada extenuante, como uma faceta da lesão individual causada pelo empregador em violação e abuso às normas do trabalho referentes à limitação de sua duração (art. 7, XIII e XVI, CF, art. 2, art. 58, 59, 157 da CLT).

Essa conduta, no âmbito civil atrai a incidência do art. e art. 186, 187 e 422 do CC, que versam sobre o ato ilícito ou abusivo e a função social do contrato, sendo o contrato de trabalho um tipo especial de contrato, deve seguir sua regulamentação, observando os princípios gerais contratuais quando houver compatibilidade (art. 8, parágrafo único, da CLT).

Nesse mister, a violação aos limites da duração do trabalho quando sistemática e extenuante pode afetar o ser humano como cidadão e ser

⁴³ BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 1 jul.2012.

social, em seus projetos de vida. E para coibir essa prática degradante surge na doutrina pátria o chamado dano existencial.

O dano existencial distingue-se do dano moral na medida em que atinge um aspecto público do indivíduo, ou seja, sua relação com outros seres, com o mundo social, enquanto o dano moral consiste na lesão ao patrimônio imaterial interno da pessoa.

Pode-se afirmar que a Lei Maior abarca tanto o dano moral como o existencial no art. 5, V e X.

Também não se pode confundir o dano estético, que é a proteção concedida aos aspectos físicos da pessoa em sua integralidade (art. 5, V, CF e Súmula 387 do STJ).

Assim, essa nova categoria de dano vem agregar-se às demais para imprimir um caráter pedagógico à conduta lesiva ao patrimônio imaterial e interpessoal do indivíduo, na tentativa de restabelecer o equilíbrio do ser social, em atenção ao novel aspecto do direito à saúde e à participação equilibrada do homem junto ao meio ambiente, a **sustentabilidade humana**.

No aspecto dos direitos fundamentais, a sustentabilidade humana advém da eficácia horizontal do direito que todo indivíduo tem de ser respeitado como pessoa inserida na *biota*, ou seja, como destinatário de direitos humanos reconhecidos na lei fundamental. No caso do objeto deste estudo o direito a não mercantilização de seu trabalho (dignidade humana no aspecto trabalhista), ao respeito à sua integridade físico, psíquica e social (conceito ampliativo do direito fundamental à saúde), bem como ao respeito a cada um dos direitos fundamentais sociais inseridos no art. 6º da Constituição Federal, que inclui o lazer como

forma de desconexão ao trabalho, e a própria condição de ser social (efetivação real de seus projetos afetivos e de vida, aspecto existencial da dignidade humana).

5. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são aqueles inerentes à própria condição de ser humano, reconhecidos no âmbito internacional e positivados na Lei Fundamental de um país. Eles refletem as conquistas da humanidade, e por isso têm um núcleo duro, que em eventual conflito não pode ser violado, daí o método da ponderação de bens.

A limitação da jornada de trabalho, a proteção da saúde do indivíduo no tríplice aspecto (físico-mental-social) e de sua dignidade humana, são direitos humanos positivados pela Constituição Federal Brasileira, ao lado da livre iniciativa.

Em eventual conflito entre esses direitos o núcleo duro de cada um deles, sob a influência do princípio da interpretação *pro homine* deve prevalecer. Assim, eventual violação da jornada de trabalho deve ser combatida sob a égide do Direito do Trabalho, com a dação do adicional de horas extras e da inibição dessa prática no âmbito do Direito do Trabalho Administrativo; do Direito Penal do Trabalho, por meio da tipificação dessa conduta como crime de redução a condição análoga a de escravo, se a jornada for caracterizada como exaustiva; mas também, no âmbito civil, para que o a integridade do obreiro como ser social seja preservada, é o chamada sustentabilidade humana, que uma vez violada gera o dano existencial.

Esse dano ao aspecto do ser afetivo, em seus projetos de vida, merece ser combatido por meio de indenizações de caráter pedagógicos, que visem a reeducação do empregador para a eliminação da prática nociva de adoção de jornada exaustiva, mas também para incentivar o respeito ao direito do trabalhador à desconexão de toda e qualquer atividade laboral nos seus intervalos interjornada, semanais e também anuais, a fim de preservar a vida em sociedade (sustentabilidade humana) e evitar um retrocesso social como retorno da mercantilização do trabalho, em que o homem era tratado como uma peça das engrenagens da fábrica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 1 ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002
- BENGOECHEA, Juan Antonio Sagardoy. Flexibilização no direito do trabalho espanhol: garantias mínimas ao trabalhador. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004
- BRASIL. Congresso Nacional. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 1 jul.2012
- BRASIL. Constituição (1988). In Vade mecum Saraiva. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Dedicção ao trabalho invade tempo livre das pessoas. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13515&catid=10&Itemid=9>. Acesso em: 1 jun.2012

- BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Portal G1 (RJ): Um em cada 5 profissionais já ficou doente por trabalhar demais, diz Ipea. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=13415&catid=159&Itemid=75>. Acesso em: 1 jun.2012.
- BRASIL. Ministério da Previdência Social. Anuário estatístico da Previdência Social (AEPS 2010). 2010. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/vejaNoticia.php?id=44331>>. Acesso em: 1 jun. 2012.
- BRASIL. Senado Federal. Decreto n. 1313 de 17 de janeiro de 1891. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=48692&norma=64469>> . Acesso em: 02 maio 2012
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão em recurso ordinário processo n.º 105-14.2011.5.04.0241. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 1 jul.2012
- 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.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003
- COSTA, Casimiro Armando. História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2011
- COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, SCATOLIN, Levi. O respeito à jornada de trabalho como medida de saúde e segurança do trabalho. LTr. Suplemento Trabalhista, v.46, p.363 - 370, 2010.

- FERRAZ, Flavio Carvalho; SEGRE, Marcos. O conceito de saúde. Revista de Saúde Pública. São Paulo, vol. 31, n. 5, out./ 1997. Disponível em:< <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>>. Acesso: 1 jun. 2012
- FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. O fundamento filosófico do dano existencial. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17564>>. Acesso em: 28 jun. 2012
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Primeira Parte: do homem. nsº 13 e 14. Martin Claret: São Paulo, 2007.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Constituição e direitos sociais dos trabalhadores. São Paulo: LTR, 1997
- LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. Revista de Filosofia – UFES, ano VII, nº 7, janeiro a junho: 2001.
- MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: teoría generale. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999.
- PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Diário da República. 1. série, n.º 30, 12 de Fevereiro de 2009
- QUEIROZ, Cristina M. M.. Direitos fundamentais: teoria geral. s. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2002
- SCHMITT, Carl. Teoria de la constitucion. Trad. Francisco Ayala. s. ed. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1996
- SILVA, José Augusto Ferreira da. Flexibilização no direito do trabalho em Portugal. Flexibilização no direito do trabalho. 2 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.
- SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. 2. ed.São Paulo: Ltr, 1998.

Lorena de Mello Rezende Colnago

TRATADO DE VERSALHES, 28 July 1919. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp>. Acesso em: 2 maio 2012

Diagramação
Tag Comunicação

Impressão
Tag Comunicação

Texto composto na família Goudy Old Style, miolo impresso em papel offset 75g/m²,
capa em supremo 250g.