

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO - PARADIGMAS ATUAIS

Lafayette Pozzoli – Pós-Doutor em Direito.

Paulo Alessandro Padilha de Oliveira Silva - Mestrado em Direito

paulopadilha.adv@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho busca abordar de forma objetiva e simples os conceitos de dignidade da pessoa humana e ativismo judicial, e sobre ambos, traçar suas implicações e modificações na Justiça do Trabalho, partindo-se do pressuposto de que os direitos nela debatidos são diretamente vinculados à dignidade da pessoa humana, face à natureza alimentícia dos créditos decorrentes do contrato de trabalho. Busca-se dimensionar de forma heterodoxa o conceito de dignidade da pessoa humana para que uma vez compreendido de forma mais dinâmica o mencionado conceito, possam ser traçados parâmetros para sua utilização nas mais variadas vertentes do Direito, especialmente no Direito do Trabalho, por se tratar de nosso objeto de estudo. O ativismo judicial, convertendo-se em uma postura proativa do Poder Judiciário em prol da supremacia da dignidade da pessoa humana, deve ser utilizado sem parcimônia, embora com ponderação, assegurando a efetiva tutela dos direitos fundamentais e das condutas que a eles garantem maior segurança e resguardo. Aborda-se no presente estudo dois paradigmas da Justiça do Trabalho, vinculados à questão da participação do advogado na evolução doutrinária e jurisprudencial e paradoxal inexistência de condenação do sucumbente em honorários advocatícios (nos parecendo um prêmio ao mau empregador), bem como, serão observados paradigmas vinculados ao dano existencial, inclinando-se a doutrina e a jurisprudência à mera jornada exorbitante, olvidando-se de ponderar vários outros elementos mais graves e danosos que indubitavelmente causam danos existenciais ao empregado – provavelmente mais graves do que aqueles advindos da jornada de trabalho excessiva e fora dos parâmetros da legalidade.

PALAVRAS CHAVE

Dignidade da pessoa humana; ativismo judicial; paradigmas da justiça do trabalho;

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é conceito que se manifestou de forma mais intensa após a segunda guerra mundial em razão das grandes violações que ali foram praticadas, tendo um início de reconhecimento em primeiro nos países que mais sofreram violações aos direitos humanos, tais quais Espanha, Itália e Alemanha. Tal conceito sendo estudado pela doutrina segundo uma óptica meramente principiológica, segundo a qual a dignidade da pessoa humana se trata de um princípio fundamental de Direito e, neste enquadramento, deve a dignidade da pessoa humana ser considerada de forma ampla e criativa, justificando e possibilitando julgamentos em defesa desta, mesmo quando a legislação não tiver positivado a pretensão almejada pelo indivíduo que a teve violada.

O ativismo judicial se tratou de manifestação desta abertura constitucional em prol da dignidade humana, segundo o qual o Poder Judiciário passa a atuar de forma proativa nos casos de omissão dos demais poderes, especialmente do Legislativo, utilizando-se de princípios constitucionais para suas decisões, ainda que sobre matérias não positivadas.

A Justiça do Trabalho teve como pedra fundamental o princípio de proteção ao empregado, em decorrência de um histórico de intensa desvalorização do trabalho humano no Brasil, desvalorização esta que até hoje permeia intrinsecamente nossa sociedade; basta considerar que no Brasil são ajuizadas 3.000.000 de ações trabalhistas por ano, ao passo que, segundo PASTORE, países como Estados Unidos, França e Japão possuem, por ano, a quantia de 75.000, 70.000 e 2.500 ações trabalhistas por ano (PASTORE, 1999).

Em razão desta natureza protetiva ao empregado, a Justiça do Trabalho enveredou por caminhos direcionados à busca pela dignidade da pessoa humana de forma objetiva, vinculando tal direcionamento à tutela da honra subjetiva e das violações *extra* contratuais, ou seja, passou a dar ênfase num ativismo judicial desvinculado dos direitos trabalhistas puros, mas quase sempre vinculados à honra, à dignidade e à moral, se esquivando de pronunciamentos acerca da falta de positividade dos direitos trabalhistas *em si* e, nas poucas tentativas de atuar como legislador positivo, sua conduta teve óbice no Supremo Tribunal Federal (vide o incidente da *base de cálculo do adicional de insalubridade*).

No entanto, esta objetividade pela qual a Justiça do Trabalho vem fundamentando suas posturas proativas se mostram contraditórias e obsoletas, parecendo-nos em princípio que as decisões da especializada trabalhista esbarram em questões tipicamente políticas, o que não nos parece razoável em razão do objeto

que primordialmente deve ser preservado: a dignidade da pessoa humana, no seu mais amplo sentido, motivo pelo qual, parece-nos que a subjetividade de cada caso deveria ser considerada quando de suas decisões, o que nos justifica estes breves comentários.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana se trata de conceito que primeiramente foi manifestado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, em decorrência da barbárie e caos que marcou todo o cenário vinculado à Segunda Guerra Mundial. O preâmbulo da DUDH manifesta de forma explícita a necessidade de proteção dos direitos humanos pela imperiosidade da Lei, objetivando o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do medo e das necessidades [materiais, em geral].

Embora o Brasil seja membro fundador da Organização das Nações Unidas e tenha participação em todas as agências especializadas da ONU, o conceito de Dignidade da Pessoa Humana passou a ter maior destaque após a Constituição Federal de 1988; verifica-se que na Constituição de 1966 a única menção à dignidade da pessoa humana era vinculada à valorização do trabalho; no novo texto constitucional, a dignidade da pessoa humana adquiriu caráter de fundamento do Estado Democrático de Direito.

A noção de 'dignidade da pessoa humana' vem tentando ser descrita pela doutrina nas últimas décadas, convertendo a doutrina esmagadora ao conceito de que 'dignidade da pessoa humana' corresponde a um princípio, segundo o qual, a dignidade do ser humano passa a ter caráter superlativo, entendendo-se a dignidade como o rol não taxativo nem estático de garantias que assegure ao indivíduo a convivência harmônica e igualitária para com seus pares, numa situação de respeito mútuo e tratamento fraterno.

Neste entendimento principiológico, vertem autores como Ana Paula Costa Barbosa, Luis Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes.

No entanto, considerando tal definição, não nos parece acertada esta noção de que 'dignidade da pessoa humana' se trata de um princípio, observando-se primeiramente que a Carta Magna a traz no rol do artigo 1º, e não no artigo 4º.

Princípio é tudo aquilo que corresponde a ponto de partida; tem natureza principiológica a independência nacional, segundo a qual tudo aquilo que for contrário à independência nacional, por princípio, é inconstitucional; no mesmo rol

está enquadrada a prevalência dos direitos humanos; da mesma forma, tudo aquilo que for contrário aos direitos humanos é, por princípio, também inconstitucional. Se tratando o rol previsto no artigo 5º de garantias individuais, tudo aquilo que for contrário às garantias ali previstas, é inconstitucional.

A exceção a tais regras é a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o único elemento que possui o poder de flexibilizar todos os demais conceitos previstos na Constituição Federal. No conflito entre o direito à vida por via de transfusão de sangue e o direito individual à liberdade de se filiar e seguir à risca uma religião que proíbe o indivíduo de receber tal transfusão de sangue, o direito à liberdade de religião possui mais relevância, por se vincular à própria liberdade individual, intransponível esta última pelo Estado, sob pena de responsabilidade. A própria tentativa de atentado à própria vida não é punível. Sob a mesma óptica, a dignidade da pessoa humana assegura um tratamento desigual àqueles que, historicamente, não possuem condições de igualdade, ainda que a Constituição os assegure como iguais. Justifica-se então as garantias atribuídas aos idosos, aos portadores de deficiência, às mulheres, aos negros, entre outros grupos que não saborearam da mesma fonte de direitos na qual brindou as tradicionais classes auto-elitizadas.

Os princípios podem, por definição, se sobrepor uns aos outros ou serem valorados de forma diferenciada conforme a análise pontual da situação jurídica que deles exige apreciação. Entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, um pode se sobrepor ao outro. Porém, nenhum dos dois pode transpor a dignidade da pessoa humana. Mesmo os crimes praticados contra a segurança nacional, praticados contra a ordem política e social (Lei 7.170/1983), praticados com agravantes torpes e fúteis, ou ainda os hediondos por definição legal não permitem que o reconhecidamente culpado tenha violada a dignidade da pessoa humana. A amplitude de tal conceito é tamanha que nem mesmo a violação a si próprio permite que ele seja relativizado em desfavor daquele que o violou.

Neste sentido, temos a importante lição de LUIS ROBERTO BARROSO:

Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente. Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a ele-

mentos contrapostos. (LUIS ROBERTO BARROSO. A Dignidade Da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos E Critérios De Aplicação. In: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf

Por tais elementos, discorda-se da doutrina majoritária ao reputar que a dignidade da pessoa humana seja um princípio e, sob os já expendidos argumentos, considera-se que a dignidade da pessoa humana ultrapassa a definição de princípio, *se tratando de um único e verdadeiro retro valor meta principiológico individual e coletivo*, norteador de todo o ordenamento jurídico, dotado de capacidade de flexibilizar todas as demais normas, leis e regulamentos, direcionar a atuação do Estado e servir como ponto de equilíbrio no conflito de princípios e direitos fundamentais.

Neste aspecto, a importante lição de LUIS ROBERTO BARROSO parece ser a que mais se assemelha ao nosso atual conceito:

A dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou -se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico. De sua natureza de princípio jurídico decorrem três tipos de eficácia, isto é, de efeitos capazes de influenciar decisivamente a solução de casos concretos. A eficácia direta significa a possibilidade de se extrair uma regra do núcleo essencial do princípio, permitindo a sua aplicação mediante subsunção. A eficácia interpretativa significa que as normas jurídicas devem ter o seu sentido e alcance determinados da maneira que melhor realize a dignidade humana, que servirá, ademais, como critério de ponderação na hipótese de colisão de normas. Por fim, a eficácia *negativa* paralisa, em caráter geral ou particular, a incidência de regra jurídica que seja incompatível - ou produza, no caso concreto, resultado incompatível - com a dignidade humana.

O conceito de *retro valor* advém da natureza *per se* da dignidade da pessoa humana: existe por si mesma, sendo a finalidade precípua do conceito de dignidade da pessoa humana garantir a salvaguarda da própria dignidade da pessoa humana; e por se tratar de um fim em si mesmo, possui natureza meta principiológica; os princípios se traduzem em conceitos pré-estabelecidos e basilares que existem, em síntese, para garantir a salvaguarda da dignidade da pessoa humana; esta última existe apenas para garantir a existência de si mesma e, por consequência, de tudo

aquilo que dela é decorrente. Neste entendimento, é ineficaz toda e qualquer medida que vise afastar a efetividade deste *retro valor*: ainda que existisse norma constitucional capaz de provocar violação à dignidade da pessoa humana, esta não seria inconstitucional, mas meramente ineficaz.

A Constituição de um país se trata da mais legítima Carta de intenções de um povo que, por meio de seus representantes eleitos ou por direito, manifesta os elementos pelos quais pretende ver construída sua identidade e seu ordenamento. Assim, embora a dignidade da pessoa humana seja considerada um *retro valor meta principiológico*, é expressamente necessário que sua figura seja prevista de forma expressa na Constituição para que esta passe a ter existência e efetividade. Um estado que seja vigido por uma Constituição que não preveja a existência da dignidade da pessoa humana não terá possibilidade de considerar tal valor para a solução de questões não positivadas nem para a solução de conflitos entre princípios. Neste caso, a solução dos conflitos seria limitada ao Direito positivado de forma fechada e eventual conflito de princípios seria solucionado por meio da tentativa da coexistência e de efetividade de ambos; em ambos os casos, as liberdades e garantias individuais poderiam ser sobrepujadas ao texto positivado, destaca-se, pois inexistiria a figura da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se então que a dignidade da pessoa humana deve primordialmente ser assegurada em todo ordenamento jurídico que pretenda ultrapassar a mera positivação da norma e busque efetivamente tutelar o indivíduo e o social à mera constituição do estado. Afigura-se então o ordenamento jurídico na qual tal princípio existe como uma *aspiral de DNA*; de um lado do filamento afiguram-se as disposições constitucionais e de outro lado figura a dignidade da pessoa humana: o encontro destes filamentos dá origem ao legítimo mapa genético do ordenamento jurídico; porém, naquilo que as disposições constitucionais não forem compatíveis com a dignidade da pessoa humana, se isto ocorrer, referida codificação dará origem a uma anomalia que, ainda que venha a existir, será ineficaz por definição.

2 O QUE É ATIVISMO JUDICIAL

A Lei Fundamental da Alemanha outorgada em 1949 se tornou um marco histórico do reconhecimento em nível constitucional dos Direitos Humanos, contendo desde suas primeiras linhas a intangibilidade, inviolabilidade e inalienabilidade da principiologia vinculada à dignidade da pessoa humana, insculpida que foi com parâmetros diretamente vinculados à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O ativismo judicial, denominação que se dá ao fenômeno da adoção de

posturas judiciais proativas em áreas que seriam de competência dos demais poderes, teve suas primeiras manifestações conhecidas no período pós segunda guerra, em decorrência das incontáveis violações contra os direitos humanos ocorridas durante a segunda guerra mundial, intrinsecamente vinculado ao conceito de *neoconstitucionalismo*, sem o qual o ativismo judicial era impossibilitado de ter manifestação. Os países mais afetados por estas séries violações foram aqueles que primeiro manifestaram os primeiros conceitos do ativismo judicial, sendo também aqueles em que o neoconstitucionalismo adveio precipuamente.

É de considerável relevância observar que não se pode confundir o ativismo judicial com a judicialização da política; enquanto o primeiro corresponde a uma postura proativa vinculada à salvaguarda dos preceitos constitucionalmente elencados por meio da utilização da criatividade do juízo e expansão de conceitos abertos previstos no texto constitucional, o segundo corresponde à uma participação do Poder Judicial no próprio meio político, seja por meio da efetiva prestação jurisdicional em demandas envolvendo interesses políticos, seja por meio de uma sem precedentes intervenção em questões tipicamente políticas. Em síntese, enquanto no ativismo judicial a atuação do Judiciário se dá de forma proativa vinculada ao reconhecimento de direitos utilizando-se de fundamentação principiológica, na judicialização da política o Poder Judiciário outorga decisões nitidamente políticas, mas dentro de parâmetros legais pré-estabelecidos, não vinculando a fundamentação da tutela jurisdicional à utilização de princípios.

O ativismo judicial é criticado por parte da doutrina, por ser considerado, incorretamente, uma politização do judiciário, segundo o qual ocorre a violação das prerrogativas dos três poderes, argumentando tal corrente que os membros do poder judiciário, quando adotam a natureza ativista, passam a usurpar prerrogativas dos demais poderes, especialmente do legislativo, legislando indiretamente, seja de forma positiva ou negativa; tal corrente entende que se trata de uma violação à hierarquia dos três poderes, constituindo-se neste cenário um superpoder, quase um poder moderador.

Além disto, tal corrente doutrinária se curva ao posicionamento dos Poderes Executivo e Legislativo, que alegam a indisponibilidade de capital para realização daquilo que reconhecem como sendo necessário, mas apenas farão mediante intervenção do Poder Judiciário, no que é designado como reserva do possível. Segundo a mencionada vertente doutrinária, o Poder Judiciário não poderia, ainda que para deliberar acerca de questões vinculadas à dignidade da pessoa humana e plena eficácia dos Direitos Fundamentais, extravasar as dotações orçamentárias pré-estabelecidas, sob o entendimento de que tal implicaria em desequilíbrio das contas

públicas e previsões respectivas.

Assemelha-se então fora do razoável tal argumentação; é indiscutível que as atuações positivas iniciadas pelo Poder Judiciário quase sempre são custosas aos Cofres Públicos, que, justamente por não possuírem dotações específicas para tais procedimentos, são compelidos judicialmente a os adotar. No entanto, a máquina pública é composta de inúmeros fatores de utilização do capital, os quais podem justificar a utilização dos recursos por ordem judicial. Além disto, historicamente, estima-se que os valores desviados dos cofres públicos ofereceria recursos mais que suficientes para adotar toda e qualquer ação ativista originária do Poder Judiciário. Para efeitos de argumentação e dimensionamento, aponta-se que em 2008, os prejuízos econômicos e sociais decorrentes da corrupção no Brasil alcança a expressiva cifra de R\$69 bilhões de reais por ano, segundo estudo publicado pelo Departamento de Competitividade e Tecnologia (DECOMTEC) da FIESP. Estima-se que esta cifra atualmente ultrapasse os R\$100 bilhões anuais. Verifica-se então que não há como se cogitar a inexistência de capital para a adoção de políticas públicas que visem garantir e resguardar as garantias constitucionalmente asseguradas.

Por outro lado, a arguição de que o Poder Judiciário ultrapassa sua competência ao deliberar sobre questões que seriam de iniciativa obrigatória dos demais poderes se revela quase inócua. A Constituição Federal traz em seu texto inúmeras previsões que sobrepõe a Dignidade da Pessoa Humana e os demais Direitos Fundamentais, os Direitos Sociais e as Garantias Individuais à todos os demais dispositivos constitucionais. Observa-se desde o preâmbulo da Carta Magna que a finalidade precípua do Estado Democrático de Direito é assegurar *o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*. Àqueles que entendem que o preâmbulo não possui força de norma constitucional, indiscutível será se curvar ao observar que o artigo 1º da Constituição Federal prevê como fundamento da República a *cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*. Tais disposições se encontram acima da famigerada separação de poderes. Aliás, se revelaria quase obsceno arguir a prevalência de uma violação à dignidade da pessoa humana à separação dos poderes; tal fator corresponderia, em verdade, e considerar o povo como mero elemento do Estado, quando em verdade, o segundo existe apenas para o primeiro, sem o qual, aquele é apenas um pedaço de terra com organização política; nada, em resumo.

Parte-se do pressuposto de que a inércia dos demais poderes ao legislar/executar as matérias que lhes foram confiadas constitucionalmente implicam em violação direta e literal ao texto da Constituição. Por corolário lógico, atribuindo-se

ao Supremo Tribunal Federal o título de guardião da constituição, abriu-se espaço para que o Poder Judiciário, ao apreciar as questões que envolvam violação de ordem constitucional, atuem ativamente, fixando parâmetros que deveriam ter sido fixados pelos respectivos poderes competentes.

Neste cenário, verifica-se quase um clamor popular ao ativismo judicial, uma vez que este se traduz na precária tentativa de efetivação de garantias constitucionalmente estabelecidos, parecendo-nos demais relevante que, quedando-se inerte os naturais detentores do Poder, aqueles que, não o detendo legitimamente, ainda assim o exerçam, buscando sempre o bem comum e o desenvolvimento social. É o que designamos de 'função social da Constituição'.

Posto isto, em nossa óptica, parece ser essencial o ativismo judicial, vez que este se traduz em real manifestação da vontade popular, ainda que esta manifestação de vontade não se dê por aqueles à quem tal manifestação tenha sido voluntariamente outorgada.

3 O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho tem como finalidade precípua o julgamento das ações oriundas da relação de trabalho inclusive aquelas que versem sobre dano moral ou patrimonial, as ações que envolvam o direito de greve, aquelas que versem sobre questões de natureza sindical, as que envolvam penalidades administrativas impostas pelas fiscalizações do trabalho, a execução das contribuições sociais decorrentes de suas decisões e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, *na forma da lei*.

A função social da Justiça do Trabalho é incomensurável, uma vez que sobre ela paira a responsabilidade do julgamento de toda a questão envolvendo o recebimento de salários e vencimentos, os quais são resguardados, em sede Constitucional, como de natureza alimentar; o artigo 100, §1º da Constituição Federal prevê de forma expressa que *os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez*.

Para que seja possível dimensionar o alcance da função social da Justiça do Trabalho, é preciso traçar breves apontamentos sobre a definição de débito alimentar. *Débito* constitui aquilo que deveria ter sido pago e não o foi (integral ou parcialmente); prestações não vencidas se constituem, no máximo, à um débito potencial; *alimentício* corresponde àquilo que está vinculado à *alimentação*, no sentido mais puro da palavra, correspondente à necessidade de se alimentar, propriamen-

te dito. Por conclusão semântica, pode-se compreender como *débito alimentício tudo aquilo que era ou deveria ser destinado à alimentação de um indivíduo ou de sua família mas que não foi adimplido corretamente e à época própria*.

A doutrina inclinou-se à uma relativização de tal dispositivo, ultrapassando a natureza semântica da expressão 'alimentício' e passou a compreender como débito alimentar tudo aquilo que se encontra vinculado à dignidade do indivíduo e de sua família. Inexiste sentido lógico ou racional para dar tratamento diferenciado aos valores econômicos que são destinados à alimentação e negar tal tratamento diferenciado aos valores que seriam destinados à compra de medicamentos, manutenção doméstica, lazer ou atividades sociais, uma vez que todos estes são destinados à manutenção da sobrevivência do indivíduo e de sua família com dignidade e saúde.

Conclui-se então que as demandas submetidas à apreciação da Justiça do Trabalho não apenas ultrapassam a natureza meramente patrimonial do direito, mas verdadeiramente se confundem com as próprias condições de vivência e sobrevivência do indivíduo, implicando em demandas que quase sempre versam na típica manutenção da dignidade da pessoa humana ao trabalhador e a aqueles que dele são dependentes, inclusive possuindo reflexo direto nos cofres da União em relação às contribuições previdenciárias e impostos devidos sobre os créditos ali reconhecidos.

Por conta de tais elementos significativos e relevantes, não se poderia cogitar que a Justiça do Trabalho andasse na retaguarda dos demais órgãos do Poder Judiciário, devendo ela, talvez mais do que todos, primar pela efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, sobrepujando uma análise do direito meramente positivado e propiciando um alcance eficiente e efetivo dos princípios fundamentais de Direito e da própria dignidade da pessoa humana, reconhecendo esta última como o mencionado *retro valor meta principiológico* que já foi abordado, ou seja, poder perscrutar a efetiva dignidade, mesmo quando lhe faltem princípios norteadores.

Porém, a especializada que ora é objeto de estudo adota posturas paradigmáticas em relação à positivação do Direito e o ativismo judicial, quase sempre se curvando à positivação à efetiva busca do interesse comum. São inúmeros os exemplos de paradoxos na Justiça do Trabalho em relação ao ativismo judicial; o *acúmulo de funções* é reconhecido por parte da doutrina e da jurisprudência, embora uma corrente relutante insista em afirmar que a falta de legislação específica impede que os artigos 461 e 468 da CLT seja aplicado para tratar o exercício de funções diferenciadas. A *base de cálculo do adicional de insalubridade* é outro exemplo paradoxal: embora a CF vede a vinculação do salário mínimo para tal fixação, o que tornaria

inconstitucional o art. 192 da CLT fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, a falta de legislação específica fez com que o STF derrubasse a Súmula do TST que fixava a base de cálculo do adicional de insalubridade como o salário básico do empregado, tal qual ocorre com o adicional de periculosidade, ambos previstos no mesmo título, no mesmo capítulo e na mesma seção da Consolidação das Leis do Trabalho.

No entanto, dois paradigmas nos parecem mais relevantes no atual cenário das relações de trabalho quanto à análise de um necessário ativismo judicial e manutenção da dignidade da pessoa humana. Quanto ao dano existencial, pontua-se que o capitalismo predatório que norteia os rumos das atividades laborais em âmbito mundial, cada vez mais exige do empregado em relação a quantidade, qualidade e tempo nas atividades desenvolvidas por ele desenvolvidas, o que provoca evidentes prejuízos na esfera extra laboral, pontuando-se que tal instituto foi reconhecido pela doutrina e parte da jurisprudência, vez que *inexiste previsão legal ou constitucional quanto ao mesmo*, fixando-se como parâmetro de caracterização do mesmo a violação à dignidade da pessoa humana.

Quanto à inexistência da fixação de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, pontua-se que atualmente são distribuídas na Justiça do Trabalho, por ano, quase 3.000.000 de ações (segundo dados do próprio TST); o Tribunal Superior do Trabalho pacificou a jurisprudência por meio de Súmulas por mais de 400 vezes, em razão de recursos, nos quais necessariamente houve a participação de advogados em razão de inexistir às partes a capacidade postulatória em instâncias extraordinárias e, mesmo a Constituição Federal prevendo de forma expressa que o advogado é essencial à administração da justiça, o Tribunal Superior do Trabalho insiste em manter seu posicionamento de que os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho são indevidos.

3. 1 O paradigma dos honorários advocatícios

Consoante a leitura do art. 133 da Carta Magna, verifica-se ser o advogado indispensável à administração da justiça, inclusive com cláusula assegurando sua inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. A atuação da advocacia, a propósito, se mostra de forma insofismável como grande colaboradora da evolução doutrinária e jurisprudencial, uma vez que a pacificação da jurisprudência trabalhista nas cortes brasileiras depende necessariamente da intermediação da advocacia, face à capacidade postulatória das partes serem limitadas às instâncias ordinárias; o peticionamento perante o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo

Tribunal Federal depende essencialmente da representação por um advogado.

A Consolidação das Leis do Trabalho, quando criada em 1943, assegurou aos litigantes a possibilidade de propositura de ação judicial sem a representação por um advogado, conforme texto do art. 839 da CLT, figura denominada como *jus postulandi*. Segundo entendimento consolidado pelo TST, os honorários apenas serão devidos quando a parte estiver assistida por sindicato representante de sua categoria profissional e encontrar-se em situação econômica sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Em que pese a discordância ao posicionamento do C. Tribunal Superior do Trabalho, que parece entender que a regulamentação da Assistência Judiciária Gratuita restringe as hipóteses de fixação de honorários advocatícios, o que a lei *não fez*, não se busca no presente discutir acerca do acerto do TST na interpretação da lei, mas sim em verificar o imenso paradoxo instalado pela 1) disposição impositiva de impossível flexibilização prevista no art. 133 da CF, 2) a evidente contribuição jurídica da classe advocatícia para a manutenção da justiça e evolução jurídica inclusive por meio da pacificação jurisprudencial, 3) a inexistência de *qualquer punição ou custo* ao mau empregador, 4) a necessidade de que o crédito alimentar seja objeto de negociação para que a parte possa estar assistida por advogado particular.

Observa-se que em uma demanda trabalhista típica, o empregado dificilmente consegue efetuar a comprovação da integralidade de seus direitos que foram suprimidos pelo empregador no curso do contrato de trabalho; a própria técnica jurídica, análise de ônus da prova, utilização de recursos e formalidades jurídicas, além das empresas, na maior parte dos casos, dispõem de um corpo jurídico muito maior e mais qualificado do que aqueles que defendem os interesses obreiros, o litígio se torna mais complexo e, na maioria dos casos, a decisão não traduz a integralidade de direitos efetivamente devidos. Na maior parte dos casos, o direito reconhecido pelo Estado é inferior a aquele que efetivamente é devido pelo empregador.

Observa-se que o mau empregador (partindo-se do princípio de que os empregados são tratados de forma igual) não efetua o adimplemento adequado das obrigações decididas a seus colaboradores e, para aqueles que buscam seus direitos se utilizando da via processual trabalhista, apenas uma parte dos direitos efetivamente devidos são pagos (por falhas processuais que não serão abordadas no presente estudo) e, ainda, sequer advém ao mau empregador a obrigação de arcar com os honorários do advogado do ex-empregado, advogado este que teve papel essencial no alcance da justiça; o empregado receberá menos do que lhe era devido e, ainda assim, deverá efetuar o pagamento dos honorários de seu advogado que, destaca-se, apenas foi contratado em razão da lesão econômica sofrida por culpa de seu empregador.

Neste ponto, além dos elementos de incongruência acima apontados, verifica-se que a Justiça do Trabalho, fundada no princípio de proteção ao empregado, embora pudesse adotar postura ativista e se utilizar da disposição do art. 133 da CF (natureza indispensável do advogado à Justiça), estabelecendo a condenação da parte sucumbente no objeto do processo ao pagamento dos honorários advocatícios da parte vencedora, prefere se quedar inerte e, além de premiar o mau empregador com o não pagamento de honorários advocatícios, impõe *ao reclamante, quase sempre hipossuficiente e que pleiteia o recebimento de um crédito tipicamente alimentar*, o custo com o assistência jurídica para o recebimento de seus direitos e o preço da colaboração com o Poder Judiciário.

Parece-nos paradoxal tal conduta do Judiciário trabalhista.

3.4 O paradigma do dano existencial

O dano existencial se trata de modalidade de dano desvinculada do caráter absolutista do dano moral, se tratando de vertente específica relacionada à condição do indivíduo enquanto pessoa humana típica e, em tal cenário, detentora de necessidades tanto físicas quanto psicológicas alheias ao contrato de trabalho e que, por algum fator da relação de emprego, suas atividades extra trabalho não são desenvolvidas. Observa-se que não se diz respeito a um fato isolado que venha a caracterizar um abalo psicológico definível numa relação de 'fato x consequência', mas se trata de uma *condição do contrato de trabalho* que coloque em prejuízo a própria existência da pessoa em decorrência do elemento 'tempo', nos parecendo mais apropriada a equação '*condição de trabalho x decurso de tempo*'.

A figura do *dano existencial* se trata de construção doutrinária, retratada por autores como AMAURI MASCARO NASCIMENTO, SONIA MASCARO NASCIMENTO, AMARO ALVES DE ALMEIDA NETO e MAURÍCIO GODINHO DELGADO, é quase sempre associada a uma jornada de trabalho tão extensa que não permite ao empregado o desenvolvimento de outras atividades senão aquelas vinculadas ao trabalho, causando um indiscutível prejuízo no âmbito social e familiar do mesmo, além de não proporcionar ao indivíduo um tempo suficiente para que outras atividades fossem desenvolvidas, como cursos capacitantes/profissionalizantes, atividades lúdicas, recreativas e religiosas, entre outras.

Cita-se a doutrina de SÔNIA MASCARO NASCIMENTO:

Proveniente do direito italiano, essa nova faceta dos danos imateriais, passou a ser figura também indenizável que desperdiçou gradativamente o interesse da doutrina e da jurisprudência bra-

sileiras, principalmente diante dos desdobramentos no âmbito do Poder Judiciário, que já se pronunciou sobre a matéria inclusive em âmbito laboral. Exemplifique-se com o acórdão da Ministra Delaíde Miranda Arantes que julgou procedente indenização por danos existenciais à trabalhadora que viu frustrado seu direito à férias por mais de 10 anos (TST - RR - 1900-28.2010.5.03.0044; Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes; Data de Julgamento: 14/11/2012; 7ª Turma; Data de Publicação: 23/11/2012).

O dano existencial caracteriza-se pela não concessão de férias por um longo período, pela sobrecarga de horas extras além do limite legal de forma habitual, tudo de modo a causar um prejuízo concreto no modo de vida da pessoa (prejuízo à saúde psíquica) e/ou a um projeto de vida (exemplifique-se com o trancamento da faculdade por não conseguir comparecer as aulas) e/ou prejuízo concreto no convívio familiar (exemplifique-se com um divórcio por estar sempre ausente do meio familiar).

Importante se ressaltar que para se ter o dano existencial necessário se faz a comprovação do prejuízo e o nexos de causalidade com a conduta. Assim, a não concessão de férias por longo período ou a sobrecarga de horas extras para além do limite legal de forma reiterada, por si só, não são condutas capazes gerar o dano existencial. Ressalta-se que a própria legislação já possui punições próprias e específicas para tais infrações, como, por exemplo, a multa administrativa, o pagamento de horas extraordinárias com adicional de no mínimo 50%, o pagamento em dobro das férias não concedidas. Haverá o dano existencial se restar comprovado o dano a um projeto de vida e/ou ao convívio social e familiar. (NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Dano Existencial**. In: <http://www.soniamascaro.com.br/index.php/sonia-mascaro/artigos/257-dano-existencial.html>). Consulta em 19/11/2015.

Rúbia Zanotelli de ALVARENGA e Jorge Cavalcanti BOUCINHAS FILHO, em artigo publicado na Revista TST, adotam posicionamento semelhante ao de toda a doutrina estudada, vinculando sempre a ocorrência de dano existencial à ocorrência de uma jornada de trabalho que não propicie ao indivíduo o desenvolvimento de atividades desvinculadas de seu trabalho.

“No âmbito das relações de trabalho, verifica-se a existência de dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recrea-

tivas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal.

O tipo de dano ora em estudo, segundo Flaviana Rampazzo Soares, é capaz de atingir distintos setores da vida do indivíduo, como: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, tendo em vista que qualquer pessoa possui o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou ao lazer, etc..

Outra forma inquestionável de dano existencial consiste em submeter determinado trabalhador à condição degradante ou análoga à de escravo. Como bem pondera a autora citada por último, “as condições de vida aviltantes que, normalmente, são impostas a tais trabalhadores também integram o dano existencial, pois não há como alguém manter uma rotina digna sob tais circunstâncias”.

A impossibilidade de autodeterminação que o trabalho “escravizado” acarreta, bem como as restrições severas e as privações que ele impõe, modificam, de forma prejudicial, a rotina dos trabalhadores a ele submetido, principalmente no horário em que estão diretamente envolvidos na atividade laboral para a qual foram incumbidos.”. (ALVARENGA, BOUCINHAS FILHO: 2013)

No entanto, nos parece por demais simplista tal posicionamento que vincula a ocorrência do dano existencial a uma jornada extensa, uma vez que não se pode considerar que o dano à própria existência do indivíduo esteja relacionado apenas à equação “(tempo fora do trabalho - tempo no trabalho) + prejuízo efetivo = dano existencial”.

Utilizando-se de hipóteses, cita-se a título de exemplo alguns cenários, observando que conceitos como a definição de dano moral e assédio moral são essenciais à compreensão do presente estudo, observando-se que a utilização de dedução lógica sobre as hipóteses aqui traçadas.

I. Considere-se uma mulher, com profundo desejo de ser mãe, e que por ser enfermeira, é contratada em um hospital de um grande centro; esta enfermeira, em razão de sua notória aptidão ao trabalho é sucessivamente promovida, até que a mesma é transferida para o setor de neonatologia, onde a mesma passa a, diariamente, ter contato exclusivo com recém nascidos prematuros e doentes, com notório sofrimento e dor, onde mesmo após semanas de tratamento e cuidados intensos, alguns acabam por morrer. Em razão do evidente trauma psicológico que passa a sofrer a mencionada enfermeira, esta passa a solicitar ao superior hierárquico que seja

transferida de tal ala do hospital; no entanto, anos se passam e esta enfermeira não é transferida, até que ao final, a empregada está tão traumatizada com sua experiência de vida que a simples possibilidade de engravidar já passa a lhe ser torturante.

Neste cenário, verifica-se que o empregado sofreu dois traumas existenciais: o primeiro relacionado à mudança do plano de vida em decorrência de um cenário por demais estressante e amedrontador; o segundo, em relação ao próprio medo de estar envolvida em cenário semelhante a aquilo que, dia a dia, por anos, foi vivenciado em seu ambiente de trabalho.

Sob nossa óptica, não parece ser razoável admitir que a enfermeira que trabalha por 12 ou 14 horas por dia em um setor menos traumático que a neonatologia, durante anos, seja respeitada pela doutrina como detentora de dano existencial e aquela que, em apenas 8 horas de trabalho por dia num ambiente totalmente estressante e entristecedor, não seja reconhecida como detentora de tal dano.

II. Considere um homem, empregado de uma empresa comum, onde todo e qualquer empregado está submetido a metas, objetivos e cobranças por parte de superiores hierárquicos; considere que este homem, em decorrência de uma aptidão natural, era um grande interlocutor e possuía evidente capacidade de se comunicar com outros indivíduos e trabalhar em grupo; por conta disto, servindo-se deste potencial produtivo, a empresa passa a o transferir de funções e locais de trabalho por meio de promoções e aumentos de salário, até que o empregado passa a trabalhar com um superior hierárquico tipicamente insuportável; este passa a minimizar a capacidade de nosso indivíduo-exemplo, a impor o alcance de metas inatingíveis, a efetuar cobranças com uma rispidez desproporcional, não raramente na presença de outros empregados. Por anos tal empregado tenta se retirar de tal função, mas a empresa se queda inerte e o mantém junto a tal superior hierárquico. Em razão da relação traumática ali estabelecida, o empregado utilizado como exemplo passa a ter medo de falar em público; o convívio social e a vida conjugal do mesmo é prejudicado em razão de um sentimento de inferioridade impulsionado pela minimização de suas virtudes; o próprio crescimento profissional passa a ser obstaculizado em razão das barreiras psicológicas impostas por seu superior hierárquico.

Tal qual no cenário acima, percebe-se que o empregado sofreu dois traumas existenciais: o primeiro relacionado à mudança de seu *estilo de vida*: o mesmo, então comunicativo, socializado e bem articulado, passa a ter tais características substituídas pela introspecção, pelo receio e pela minimização. Num segundo plano, o mesmo passa a ter sua possibilidade de crescimento profissional neutralizada, uma vez que suas virtudes e habilidades diferenciadas foram extirpadas em razão do comportamento de seu superior hierárquico.

Observa-se que no presente caso, poder-se-ia confundir com a figura do assédio moral; no entanto, o assédio está limitado a um comportamento praticado por um agente agressor, dentro do ambiente de trabalho, que possui como objetivo minar as forças do empregado, por meio de cobranças exageradas, exposição ao ridículo, constrangimentos, e, necessariamente, provocar um pedido de demissão voluntária. Não é este o caso estudado. Em nosso exemplo, a agressão psicológica ultrapassa o ambiente de trabalho e produz efeitos externos no empregado, lhe implicando prejuízo ao convívio social, familiar e à vida conjugal. A órbita do ambiente de trabalho é ultrapassada, e não existe a necessidade de que se pretenda que o empregado peça a demissão. O elemento configurador do dano existencial é o prejuízo à existência enquanto ser humano, e não o prejuízo enquanto empregado.

Assim, também não nos parece ponderado admitir que um empregado desta mesma empresa e que trabalhe por 10 ou 12 horas por dia em um trabalho em condições normais seja detentor de reconhecimento pela doutrina de um dano existencial em decorrência da jornada de trabalho extenuante e o nosso indivíduo-exemplo, que trabalha por 8 horas diárias em um ambiente totalmente estressor, onde suas energias e *principalmente* suas expectativas e capacidades são minadas, gerando inclusive prejuízos fora do ambiente de trabalho, implicando em manifesta mudança em sua condição de vida e provocando um notório dano existencial.

O parâmetro para fixação do dano existencial, assim, passa a ser composto de elementos que devem ser observados de forma subjetiva, desvinculados da mera ilicitude do fato, mas apenas e tão somente atrelados à existência de dano; não se mostra razoável considerar que o tipicidade do fato caracterizador do dano existencial seja a simples ilicitude, correspondente ao desenvolvimento de uma jornada de trabalho acima dos parâmetros legalmente estabelecidos; se o dano *existencial* é vinculado à própria *existência* do indivíduo, todo tipo de lesão deverá ser reparada, ainda que tal lesão tenha advindo de um contrato que tenha fielmente cumprido os parâmetros legais de ocorrência.

Não se trata mais de considerar apenas a ilicitude do fato, sendo necessário considerar uma possível licitude que viola aspectos subjetivos do indivíduo, devendo a doutrina ponderar, ao final, que a dinâmica dos valores individuais é subjetiva, em contrapartida ao termo da lei fria, sendo a primeira que deve ser protegida (por expressa disposição Constitucional), e não a segunda; a história nos mostra que a positividade e a legalidade *não equivale* à licitude – vide a escravidão.

4 CONCLUSÃO

É possível concluir com o presente trabalho a existência de situações paradigmáticas na Justiça do Trabalho, a qual vem adotando posturas antagônicas na busca pela tutela dos direitos individuais subjetivos, representados pelo *retro valor* conhecido como dignidade da pessoa humana. Tal antagonismo é um propulsor de injustiças, colocando em risco um dos elementos mais basilares do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana; no âmbito da Justiça do Trabalho, a violação à dignidade da pessoa humana traz consequências ainda mais sérias, tendo em vista a função social do trabalho, a natureza do crédito trabalhista e o impacto das irregularidades do ambiente de trabalho no convívio social, familiar e na economia que diretamente é influenciada pela atuação do trabalhador.

O Poder Judiciário, em razão da inércia do Poder Legislativo em posicionar normas que proporcionem o efetivo resguardo dos direitos fundamentais, deve energicamente impulsionar uma evolução jurisprudencial que culmine na própria evolução legislativa. Não se pode olvidar que o Poder Judiciário deve ser ponderado em suas decisões, observando os princípios constitucionalmente erigidos em consonância com a dignidade da pessoa humana, e considerar acima de tudo que, quando este último for violado em decorrência dos primeiros, aqueles devem ser sobrepujados pela última. Não se pode olvidar que embora os princípios norteiem o ordenamento jurídico há séculos antes da dignidade da pessoa humana, aqueles existiam como tímidas manifestações desta última. Assim, os princípios existem em razão da dignidade, e não o oposto.

Neste cenário, a flexibilização de conceitos deve ser iniciada pela doutrina, que norteará os rumos de novas demandas e novos debates, garantindo assim uma evolução jurisprudencial que culmine na efetiva tutela dos direitos fundamentais, assegurando uma efetiva tutela dos direitos fundamentais. Questões surgem ao concluir este trabalho e nos motivam a pesquisas futuras: existe valoração da dignidade? Se a dignidade é um conceito subjetivo, e a igualdade é um conceito objetivo constitucionalmente imposto e assegurado, um cenário efetivamente Justo (enquanto objetivo fundamental da República) surgirá apenas quando todos os indivíduos forem igualmente dignos? E qual é o papel da Justiça, especialmente a do Trabalho, onde se verificam alguns dos mais vexatórios casos de injustiça social, nesta busca pela efetiva dignidade igualitária?

REFERÊNCIAS

PASTORE, José. **A Culpa é da Justiça do Trabalho?** O Estado de São Paulo, 16/03/1999. In: http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_056.htm

ALVARENGA, BOUCINHAS FILHO. Rubia Z., Jorge C. **O dano existencial e o Direito do Trabalho**. Rev. TST, Brasília, vol. 79, n. 2, abr/jun 2013

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.

ALMEIDA, Tânia. **Mediação e Conciliação: Duas práticas distintas dois paradigmas diversos**. 2008, p. 3. Disponível em <http://www.mediare.com.br/08artigos_11mediacaoeconciliacao.html>. Acesso em: 21.abr. 2014.

BRITTO Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

CRUZ, Alvaro Augusto Fernandes da; POZZOLI, Lafayette. **Princípio Constitucional da dignidade humana e o Direito Fraternal**. In: XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, Fortaleza, CE. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi - Fortaleza CE. Florianópolis. SC: Conpedi, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

POZZOLI, Lafayette. **Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência - fraternidade**. In: NAHAS, Thereza Christina; PADILHA, Norma Sueli; MACHADO, Edinilson Donizete. **Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois**. Coletânea. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

_____. ALVIM, Márcia Cristina de Souza (Orgs.). **Ensaio sobre filosofia do direito - Dignidade da Pessoa Humana, Democracia e Justiça**. Coletânea. São Paulo: Educ/Fapesp, 2011.

SANTOS, Fátima Ferreira Pinto dos. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para a ressocialização do apenado**. Dissertação de Mestrado em Direito - Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília, 2008.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.