

A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEI TRABALHISTA DIANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Felipe Meira Marques¹
Thiago Felipe de Moraes²

RESUMO: Trata o presente estudo de um breve levantamento de decisões do Tribunal Superior do Trabalho fundamentadas em diferentes princípios, sejam constitucionais, gerais de direito ou específicos do Direito do Trabalho. A partir, também, de uma revisão bibliográfica sobre conceitos importantes relacionados ao Direito Constitucional e ao Direito do Trabalho, como positivismo, neoconstitucionalismo e função normativa dos princípios, buscou-se verificar até que ponto os princípios adotados no Direito do Trabalho têm relevância além das discussões doutrinárias. Por meio da leitura e recorte de acórdãos relativos à matéria e de obras jurídicas pertinentes (pesquisas documental e bibliográfica), constatou-se que os princípios servem, de fato, como parâmetros nos julgamentos da mencionada Corte, ou seja, sua aplicação tornou-se realidade na jurisprudência, evidenciando a força normativa por eles alcançada no atual estágio do constitucionalismo brasileiro.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Jurisprudência. Neoconstitucionalismo. Positivismo. Princípios.

ABSTRACT: It deals with the present study of a brief survey of decisions of the Superior Labor Court based on different principles, whether constitutional, general of law or specific to labor law. Based on a bibliographical review of important concepts related to Constitutional Law and Labor Law, such as positivism, neoconstitutionalism and the normative function of principles, we sought to verify to what extent the principles adopted in Labor Law have relevance beyond Doctrinal discussions. By reading and cutting judgments relating to the subject matter and relevant legal works (documentary and bibliographical research), it was found that the principles serve, in fact, as parameters in

¹ Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Processo Civil pela Unichristus, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Psicólogo pela UFC. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade do Vale do Jaguaribe (FVJ).

² Bacharel em Direito pela Faculdade do Vale do Jaguaribe. Especialista em Direito Tributário, Trabalhista e Previdenciário pela Faculdade Ateneu (FATE). Técnico Judiciário – Área Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho (TRT 7ª Região), email thiagofm@trt7.jus.br.

the judgments of the aforementioned Court, that is, its application became Reality in jurisprudence, evidencing the normative force achieved by them in the current stage of brazilian constitutionalism.

Keywords: Labor Law. Jurisprudence. Neoconstitutionalism. Positivism. Principles.

1 INTRODUÇÃO

No contexto atual, um fenômeno tem ganho indiscutível força no campo do Direito do Trabalho: o debate sobre a força normativa dos princípios (evidenciado por meio do chamado ativismo judicial ou neoconstitucionalismo) e sua aplicação como fundamento em decisões do Tribunal Superior do Trabalho, mesmo que, aparentemente, em conflito com a lei.

Em meio a esta confluência de fatores, qual tem sido a postura do Judiciário trabalhista brasileiro ao ter de decidir sobre conflitos que envolvam o choque, mesmo que aparente, entre princípios e a letra da lei? A aplicação pura e simples das leis trabalhistas (subsunção) tem sido suficiente para resolver com Justiça e responsabilidade dilemas que lhes são apresentados ou têm servido os princípios como importantes balizadores na resolução de tais demandas?

Na tentativa de responder estas dúvidas e inquietações, buscou-se, inicialmente, dar destaque à força normativa dos princípios, discorrendo sobre os dispositivos legais que autorizam sua aplicação em casos concretos e o papel dos magistrados na efetivação da justiça. Após esta etapa de pesquisa bibliográfica (fontes secundárias, científicas por resultarem de estudos anteriores desenvolvidos por outros pesquisadores), servindo de base à fundamentação teórica, partiu-se, para a análise de fontes primárias (a receber análise direta destes autores). Nesta fase de pesquisa documental, privilegiamos a identificação de acórdãos do TST que se fundamentaram em princípios, além do recurso a artigos pertinentes da Carta Magna do País.

Por fim, serão apresentadas as considerações finais acerca dos temas abordados e das conclusões/resultados alcançados, com a certeza, desde já, de que a natureza do presente trabalho não esgota as possibilidades de entendimento e aprofundamento do assunto.

2 FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na história do Direito Constitucional, é praticamente consensual a identificação didática de três etapas com características próprias: o chamado Jusnaturalismo, o Positivismo e o Pós-Positivismo (ou neoconstitucionalismo), referenciados, respectivamente, por pensadores e estudiosos como Santo Tomás de Aquino, Hans Kelsen e Gustav Radbruch. Não por acaso, associa-se a cada uma destas fases a predominância de diferentes poderes, nesta ordem: Executivo, Legislativo e Judiciário. Daí, é possível depreender, também, a existência de visões distintas de Estado: absolutista, liberal e democrático de Direito.

Enquanto a influência teológica caracterizou a etapa marcada pela Teoria do Direito Natural (jusnaturalismo), defendendo a existência de direitos absolutos e universais, o positivismo fundamentou-se na chamada Teoria Pura do Direito (o império da lei), influenciada pelas ciências que tentavam explicar os fenômenos vivenciados na sociedade. Diferentemente destes dois momentos, o pós-positivismo fez ressurgir o direito natural, mas sem o viés teológico, dando origem ao que se convencionou chamar de onipresença da Constituição nos diversos ramos do Direito. Como consequência, direcionou maior atenção e responsabilidade ao Judiciário, transformando-o no que os estudiosos denominaram “legislador positivo” e o que muitos, sobretudo com caráter crítico-pejorativo, chamam de ativismo judicial (em razão da participação mais intensa conferida ao Judiciário frente às demandas surgidas da sociedade).

É válido observar, ainda, que os estudos sobre constitucionalismo buscam identificar as teorias que sustentam, ao longo da história, a limitação do poder com o objetivo de fortalecer os direitos fundamentais. Nesta diretriz, nota-se uma ruptura mais profunda entre o constitucionalismo moderno (protetor dos direitos socioeconômicos, fundamentado no primado da lei) e o neoconstitucionalismo (também chamado de constitucionalismo contemporâneo e pós-positivismo, que veio reconhecer a força normativa dos princípios em favor dos direitos e garantias individuais). Ainda nesta diferenciação, dois conceitos têm extrema relevância: o da subsunção, que é a aplicação da norma legal ao fato concreto (típica do positivismo, inteiramente apegado às formas) e o da ponderação, que é a aplicação dos princípios ao fato concreto (própria do pós-positivismo, mais preocupado com o conteúdo das normas e a sua finalidade).

Através do neoconstitucionalismo, expande-se a ideia da normatividade dos princípios, em que a constituição passa a ser norma de conduta (dever-ser) e não apenas uma carta política, trazendo diversos valores em forma de princípios (CASSAR, 2015).

Segundo referida jurista, a norma constitucional, divide-se em quatro espécies: princípios, regras, valores e postulados, descrevendo as seguintes diferenças entre eles:

O princípio diz o fim almejado, mas não diz o meio, o caminho para se chegar àquele fim. É mais plástico, mais aberto, de menor densidade e mais irradiante. Possui um grau mais alto de generalidade e abstração que as regras. Aplica-se a vários casos. Ex.: Princípio da dignidade da pessoa humana. [...] A regra é aquela que contém a hipótese de incidência e a consequência, é o chamado “se... então”. Por isso, são mais concretas, menos irradiantes e menos abertas. Tem maior densidade normativa. [...] valor é um axioma subjetivo que impregna toda a Constituição, é o que é bom para a pessoa e quando incorporado ao direito ele se torna norma. Alguns se incorporam ao direito através dos princípios. Ex.: justiça, valorização do ser sobre o ter, igualdade etc. Os postulados são critérios de ponderação, estabelecendo apenas o meio e não razoabilidade. (CASSAR, 2015, p. 157-158).

Nesse diapasão, leciona Luiz Roberto Barroso que “as normas jurídicas são o gênero de três espécies: as regras, os princípios e os valores” (BARROSO, 2003, p. 326).

Prossegue o jurista, esclarecendo que os princípios se dividem em dois tipos normativos:

o princípio normativo autônomo, que é exatamente aquele dotado de conteúdo normativo, podendo, desta forma, revogar uma lei, ou dar-lhe interpretação contrária à mesma e o princípio normativo, usado de forma supletiva ou subsidiária que tem função interpretadora da regra. (BARROSO, 2003, p. 326)

Após estas breves considerações, resta claro a eficácia jurídica dos princípios constitucionais e, portanto, sua força normativa, tornando possível sua utilização como fontes formais do direito. Nesse sentido, Cassar (2015, p. 162) e Barros (2016, p.120).

Quanto à função dos princípios, esclarece Leite (2016, p.75) que estes exercem uma função tríplice no ordenamento jurídico: informativa, interpretativa e normativa. Cassar (2015), por sua vez, leciona que os princípios possuem função **informadora**, pois inspiram o legislador a legislar em prol do bem jurídico que deve ser tutelado e que servirá de fundamento para o ordenamento jurídico, por exemplo, o princípio da proteção do trabalhador, **interpretadora**, servindo de parâmetro orientador para o juiz ou intérprete, como no caso do princípio *in dubio pro misero*, **diretiva e unificadora**, normativo supletivo, pois unifica o ordenamento jurídico e orienta a direção a ser seguida pelos legisladores e operadores do direito, não permitindo a análise da norma de maneira isolada, **função normativa supletiva**, atuando de forma secundária, suprimindo e integrando as lacunas da lei, servindo de fonte supletiva e, por fim, a que é mais se coaduna com o objeto

desse estudo, a **função normativa autônoma**, em que o princípio atua de forma a criar um direito subjetivo, preenchendo lacuna no ordenamento jurídico e não na ausência de regra.

2.1 Dispositivos que fundamentam a aplicabilidade dos princípios

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), prescreve que na omissão da lei, o juiz deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Na seara trabalhista, o artigo 8º da CLT prevê que na falta de disposições legais ou contratuais, o caso concreto deve ser decidido, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho.

Não obstante as considerações trazidas até o momento acerca da função normativa dos princípios, o entendimento de sua força normativa autônoma não é unânime na seara trabalhista.

Para Martins (2015, p. 68) “os princípios não têm função retificadora ou corretiva da lei, pois só são aplicáveis em caso de lacuna da lei. A finalidade dos princípios é de integração da lei. Se há norma legal, convencional ou contratual, os princípios não são aplicáveis”. O jurista é taxativo ao prescrever que “os princípios serão o último elo a que o intérprete irá se socorrer para a solução do caso que lhe foi apresentado. São, portanto, os princípios espécies de fontes secundárias para aplicação da norma jurídica”. (MARTINS, 2015, p. 68)

Nesse sentido, Nascimento (2014) leciona que, para que possa ocorrer a aplicação dos princípios no caso concreto na existência de dispositivo legal regulando à matéria, é necessário que se dê aos mesmos força normativa, do contrário, não é possível sua aplicação. Para referido jurista, a limitação imposta pelo artigo 8º da CLT, determinando sua aplicação apenas de forma supletiva, isto é, quando existir lacunas no ordenamento jurídico, corrobora sua tese de que os princípios não são dotados da função retificadora, visto que o dispositivo legal em comento reduz os princípios a uma técnica para suprir lacunas.

Em que pese o posicionamento em contrário dos juristas acima referidos, filiamo-nos ao entendimento consagrado nas lições de Leite (2016, p. 76), Cassar (2015, p. 164) e Barros (2016, p. 120), para quem os princípios possuem força normativa e, portanto, não estão limitados a hipóteses de aplicação subsidiária aos casos concretos.

No contexto pós-positivista, Leite (2016, p. 75) leciona que os princípios não devem se ater à restrição imposta pela legislação, que limita a sua aplicação apenas nos casos de lacunas no ordenamento jurídico, visto que:

Os princípios podem ser aplicados tanto de forma direta, na solução dos casos concretos mediante a derrogação de uma norma por um princípio, por exemplo, o princípio da norma mais favorável aos trabalhadores (CF, art. 7º), quanto de forma indireta, por meio da integração do sistema nas hipóteses de lacuna (CPC, art. 126) como se dá, por exemplo, com a aplicação do princípio da preclusão no campo processual.

Para referido jurista, os princípios integram o direito positivo como normas fundamentais, ocupando o mais alto grau na escala normativa, sendo, portanto, fontes formais do direito, encontrando-se superado o disposto no artigo 4º da LINDB, que coloca os princípios em posição de meras fontes subsidiárias, com aplicação somente em caso de lacunas no ordenamento. (LEITE, 2016)

2.2 O papel dos magistrados na efetivação dos direitos trabalhistas

Gérson Marques, na obra que resultou de sua tese de doutorado, ao comentar sobre o que chama de intérprete responsável, defende que o Brasil é dotado de pessoas de alto gabarito jurídico, mas ressalva (2009, p. 53):

O que falta são pessoas de sensibilidade social, mais próximas do povo, que entendam melhor as suas carências e desejos; que compreendam o seu sofrimento e a sua perspectiva de vida, seus sonhos e planos para o futuro. É preciso compreender e mergulhar no sonho social.

O mesmo estudioso adverte, contudo, que o intérprete não pode conferir à norma qualquer interpretação, “baseado apenas no subjetivismo, no uso arbitrário de critérios ou métodos hermenêuticos” (LIMA, 2009, p.53). Segundo ele, agir de tal forma, seria um comportamento irresponsável, capaz de danificar as finanças públicas, malferir direitos fundamentais e/ou inviabilizar políticas econômicas e sociais, entre tantos estragos.

Entender como julgam os magistrados, na visão de José Rodrigo Rodriguez e Carolina Cutrupi Ferreira, é importante para que se possa avaliar qualitativamente a maneira pela qual o Judiciário exerce seu poder. Os dois autores observam:

Fundamentações deficientes, centradas em argumentos de autoridade, marcadas por uma argumentação incoerente, mesmo que construída a partir do material jurídico (leis, princípios, costumes, jurisprudência), podem contribuir para enfraquecer o Estado de Direito no momento em que a sociedade passe a prestar mais atenção nelas e deixe de ver os juízes como uma espécie de “semideuses” dotados de um saber técnico sempre preciso e sempre acertado. (RODRIGUEZ; FERREIRA, 2013, p. 257)

Diante desta constatação, os dois pesquisadores acrescentam que a atuação judicial não se restringe à “aplicação mecânica da lei ao caso concreto”, tendo em vista que, como argumentam, a aplicação da lei é um processo de disputa interpretativa sobre os sentidos possíveis de uma norma. “Abre espaço, portanto, para visões diferentes sobre o mesmo problema jurídico, presentes nos votos dos juízes que podem e devem ser debatidos pela esfera pública, em especial pelas faculdades de Direito”. (RODRIGUEZ; FERREIRA, 2013, p. 267)

Estas breves considerações se fazem necessárias e importantes uma vez que as principais interferências ou intervenções dos julgadores no sentido de se priorizar, na aplicação do Direito, princípios gerais ou constitucionais, por vezes contrários até mesmo às próprias leis, costumam se dar especialmente no campo dos direitos sociais e, de modo mais específico, no campo dos direitos dos trabalhadores, haja vista a dinâmica do Direito e sua importância para a concretização dos ideais de justiça social.

3 JURISPRUDÊNCIA EM CONSOLIDAÇÃO: PRINCÍPIOS VALORIZADOS

Na realização de consultas ao portal do Tribunal Superior do Trabalho (TST), dando ênfase na busca por acórdãos proferidos entre o período compreendido entre janeiro/2014 a outubro/2016, foram identificadas importantes decisões proferidas pelo órgão de cúpula trabalhista que, no campo do Direito do Trabalho, valorizam os princípios gerais do Direito e/ou princípios constitucionais mesmo diante da existência de lei regulando determinados assuntos.

Diante desta constatação, observa-se que a jurisprudência mais recente do TST vem demonstrando, efetivamente, uma mudança de padrão, ultrapassando a simples aplicação mecânica da lei a casos concretos, buscando dar efetividade à proteção do trabalhador que, muitas vezes, não é alcançado pela aplicação pura e simples da norma positivada sem uma integração desta com os princípios que permeiam a seara trabalhista.

3.1 Competência territorial x Acesso à Justiça

Tema recorrente nas decisões de primeiro grau, o fórum competente para ajuizamento da reclamação trabalhista, em regra, é definido através da aplicação do artigo 651 e parágrafos da Consolidação da Leis Trabalhistas (CLT). O caput do artigo em comento do texto consolidado estabelece que a competência das Varas do Trabalho é

determinada pela localidade onde o empregado tenha prestado seu labor ao empregador, ainda que tenha sido contratado em outro local ou no estrangeiro.

Acontece que, muitas vezes, o obreiro na busca de melhores condições de vida, é levado a procurar emprego em outros estados, por vezes, até em outros países. Ao término do pacto laboral, sem ter condições financeiras de se manter, retorna a sua cidade de origem e, ao buscar amparo na especializada trabalhista, é surpreendido com decisão, determinando o envio do processo à Vara do local onde o obreiro prestou seus serviços (em razão da chamada incompetência territorial), o que acaba, por vezes, inviabilizando a busca pela satisfação do seu direito e ferindo o princípio do acesso à justiça.

Não obstante a previsão legal insculpida no texto consolidado no que se refere ao fórum competente para processamento da reclamação, o órgão de cúpula trabalhista (TST), através da 2ª Turma, quando do julgamento do Recurso de Revista nº 10656-85.2013.5.03.0055, confirmou, no dia 16 de dezembro de 2014, seu entendimento sobre o tema ao estabelecer que “o direito fundamental de acesso à Justiça das partes trabalhistas deve preponderar sobre a interpretação meramente literal do artigo 651, § 3º, da CLT”. No fundamento da decisão, o ministro relator José Roberto Freire Pimenta tomou por base o inciso XXXV do artigo 5º da CF/1988, que trata dos direitos e das garantias fundamentais, no caso específico, o que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” concluindo ainda que o ajuizamento de reclamação trabalhista por empregado “no lugar em que prestou serviços, mesmo quando voltou a residir no lugar de seu domicílio, acabaria por onerar excessivamente o exercício do direito de ação pela parte hipossuficiente”.

A reclamação trabalhista em questão havia sido formulada por uma empregada que foi contratada e prestou serviço no Estado de São Paulo. Após ser demitida, ajuizou reclamação trabalhista na Vara do Trabalho de Conselheiro Lafaiete - MG, cidade em que voltou a residir após o término da relação de emprego, a fim de receber parcelas rescisórias decorrentes do contrato de trabalho.

Proposta a ação em Conselheiro Lafaiete - MG, alegou a empresa incompetência territorial, visto ter sido a obreira contratada e prestado serviço no Estado de São Paulo. O argumento foi acolhido pelo juiz, mas a reclamante, insatisfeita, recorreu ao TRT da 3ª Região, sediado em Belo Horizonte - MG, que manteve a decisão do Juízo singular, alegando que “a declaração de hipossuficiência econômica não é causa de

alteração da competência relativa, porque a legislação processual não contempla essa previsão”. Ao julgar o Recurso de Revista em análise, o TST, porém, reformou a sentença do juiz e o acórdão do TRT, determinando o prosseguimento do processo na Vara de Conselheiro Lafaiete sob o entendimento de que “o direito fundamental de acesso à Justiça das partes trabalhistas deve preponderar sobre a interpretação meramente literal do artigo 651, § 3º, da CLT”.

Da análise do caso em tela, observa-se que alguns órgãos do Judiciário trabalhista ainda demonstram um apego exagerado ao texto consolidado, especialmente no que se refere às regras de fixação da competência, optando, por vezes, privar o trabalhador, que é a parte a ser protegida, de um direito que a própria Carta Magna lhe assegura, qual seja, o acesso à justiça. Felizmente, decisões nesse sentido, vêm sendo reformadas pelo TST.

3.2 Contrato por prazo determinado x Proteção ao nascituro

A proteção à maternidade, já há algum tempo, é motivo de preocupação do legislador pátrio, chegando este, inclusive, a prescrever no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Carta Magna de 1988, uma hipótese de estabilidade provisória prevista no artigo 10, II, b, dispondo que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Essa inquietação já vinha sendo discutida antes mesmo do advento da Constituição Federal/1988 pois, a título de exemplo, em 1985, o Tribunal Superior do Trabalho, preocupado com o assunto, editou a Súmula 244 que em seu texto original previa que “a garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos”.

Em 2003, o TST reformulou referida súmula passando a admitir a reintegração da empregada gestante, desde que requerida durante o período de estabilidade. Em 2005, já sedimentado sua jurisprudência no assunto, novamente editou a súmula em comento, passando esta a vigorar com o seguinte texto:

(...)

II – A garantia de emprego à gestante **só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade**. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – **Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência**, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. **(grifo nosso)**

Malgrado o posicionamento do TST acerca da não possibilidade de estabilidade provisória da gestante nos contratos por prazo determinado, o Supremo Tribunal Federal, a fim de dar maior efetividade ao disposto no Artigo 10 do ADCT, firmou jurisprudência no sentido oposto, concedendo estabilidade provisória à gestante, mesmo que em contratos por prazo determinado, conforme se extrai do Acórdão proferido em 22 de novembro de 2011 pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário número 634.093/Distrito Federal cujo relator foi o Ministro Celso de Mello.

Diante de decisões nesse sentido pelo órgão de cúpula do Judiciário, algumas turmas do TST, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de proteger a gestante e o nascituro, visto a essencialidade do contrato de trabalho ao sustento de mãe e filho, passaram a seguir o entendimento consolidado daquela corte, resultando em setembro/2012 na alteração do item III da Súmula 244, para que a proteção à empregada gestante, bem como ao nascituro, abarcassem todos os tipos de contratos de trabalho, isto é, por prazo indeterminado como por prazo determinado, passando o item III a vigor com o seguinte texto:

(...)

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, **mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.** **(grifo nosso)**

Nesse diapasão, Maurício Godinho Delgado (2016, p. 609-610) bem esclarece que: “essa garantia, ultrapassa o âmbito de interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde e assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida”.

Em maio/2013 foi editada a Lei 12.812, que incluiu o artigo 391-A ao texto consolidado, prevendo que a confirmação da gravidez no curso do aviso prévio, mesmo que indenizado, garante à empregada gestante o direito à estabilidade provisória prevista na alínea b, do inciso II, do artigo 10 do ADCT, permanecendo, no entanto, a omissão no que se refere ao contrato por prazo determinado.

Corroborando com esse novo posicionamento jurisprudencial insculpido no item III da Súmula 244, a 4ª Turma do TST, em 28 de outubro de 2015, reformou acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região que havia confirmado decisão da 1ª Vara do Trabalho de Blumenau – SC, no sentido de não ser possível conceder estabilidade provisória à gestante em contrato de experiência, uma das modalidades do contrato a termo, por entender incompatível neste tipo de contrato, não obstante posicionamento sumulado do TST e entendimento consolidado do STF.

No caso em tela, a empregada foi contratada a título de experiência pelo prazo de 90 dias. Em 25 de julho de 2012, descobriu que estava grávida, mas nada contou ao empregador. Este, por sua vez, mesmo sem saber do estado gravídico da empregada, rescindiu o contrato no seu termo, o que ocorreu em 03 de agosto de 2012. Restando dois meses para o fim da estabilidade provisória, ou seja, em 08 de maio de 2013, a empregada ajuizou ação postulando entre outras verbas, a reintegração ou indenização substitutiva do período da estabilidade.

Na fundamentação do Juízo de primeiro grau, seguido pelo TRT da 12ª Região, destacou que o fato da autora ter ingressado com a ação apenas no fim do período da estabilidade, configurou renúncia tácita à reintegração e, via de consequência, à estabilidade prevista em lei.

Para a Magistrada, a intenção da norma prevista no artigo 10, II, b do ADCT é reduzir o preconceito que possa existir contra trabalhadoras mulheres que, devido estarem gestantes, encontram bastante dificuldade de recolocação no mercado de trabalho, servindo à estabilidade para proteger à vida e dignidade do nascituro. Em seu entendimento, o ajuizamento da ação apenas no final do período da estabilidade, demonstrou o interesse inequívoco da reclamante em apenas receber a indenização do período da estabilidade, o que restaria incompatível com a finalidade da norma, qual seja a de assegurar o emprego da trabalhadora.

Aprofundando ainda mais os motivos de sua decisão, sustentou a Magistrada que a proteção aposta no art. 10 do ADCT veda a dispensa de empregada gestante de forma arbitrária ou sem justa causa. Concluiu dizendo que, por ser o pacto laboral existente entre as partes de natureza experimental, seu termo natural, pelo decurso do prazo acordado para a sua vigência não equivaleria à dispensa arbitrária ou sem justa causa, visto que nem mesmo dispensa haveria neste caso.

Insatisfeita com o as decisões prolatadas no primeiro e no segundo grau, ingressou a autora com Recurso de Revista no TST sob o nº 2514-08.2013.5.12.0002. Em que pese a fundamentação da Juíza singular, mantida na íntegra pelo TRT da 12ª Região, no julgamento da sentença vergastada em sede de Recurso de Revista, entendeu a relatora, Cilene Ferreira Amaro Santos, que houve ofensa ao item III da Súmula 244 do TST, reformando a decisão do regional. Para o órgão de cúpula trabalhista, o direito à estabilidade é assegurado à gestante, independentemente da modalidade de contratação, visando este a garantir sua dignidade bem como a do nascituro, entendimento este já consolidado, inclusive, pelo STF.

3.3 Direito de direção x Não discriminação

O princípio da não discriminação, aplicado no direito de forma geral, possui por fundamento o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal/1988. Na seara trabalhista, são pertinentes os incisos XXX a XXXII, contidos no artigo 7º da Carta Magna. Para Garcia (2015, p. 59), “a discriminação, na realidade, envolve o preconceito exteriorizado pela pessoa, grupo, comunidade ou sociedade, representando uma distinção, exclusão ou preferência infundada, ou seja, não justificável”.

A fim de proteger os trabalhadores portadores de doenças graves de sofrerem ruptura no contrato de trabalho em virtude de postura discriminatória dos empregadores, o TST editou a Súmula 443 em 27.09.2012. Não obstante os motivos que levaram a criação de referido dispositivo, criou-se hipótese de estabilidade não prevista em lei pelo legislador pátrio, tornando ainda mais precário o poder de direção do empregador, cabendo a este provar que a dispensa do empregado não foi motivada por discriminação (inversão do ônus da prova).

Também chamado de poder organizativo ou poder de comando, o poder de direção é definido por Nascimento (2014, p. 717) como “a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”. A partir desse conceito observa-se que o poder diretivo é uma faculdade, o empregador pode ou não o exercer. Em que pese o titular do poder diretivo ser o empregador, tanto por ser ele que possui o controle jurídico da empresa quanto por assumir os riscos da atividade, ele pode delegar este poder a terceiro, mas responderá caso aquele que o recebeu cometa abusos.

Assim, no uso do poder diretivo, o empregador decide, por exemplo, a atividade que será desenvolvida, a estrutura e organização da empresa, direciona a prestação dos serviços para que os fins objetivados sejam atingidos, institui cargos e distribui tarefas e pode determinar o local e o horário da prestação dos serviços.

Portanto, é utilizando dessa prerrogativa que o empregador determina as regras técnicas e econômicas as quais seus funcionários estão subordinados, com o objetivo de organizar o funcionamento de sua empresa.

Autores como Barros (2016, p. 401) e Martins (2015, p. 233) entendem que o poder diretivo possui limites externos como a Constituição, as leis, o contrato, o acordo e a convenção coletiva de trabalho e limites internos como a boa-fé e o exercício regular do direito.

Foi com fundamento nos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF/1988) que a 2ª Turma do TST, quando do julgamento do Recurso de Revista do Agravo de Instrumento provido número 1965-17.2010.5.04.0231, determinou que a empresa GPC Química S/A reintegrasse empregada demitida quando esta se encontrava em tratamento de doença grave (câncer), além de indenização por dano moral.

Para o ministro relator, José Roberto Freire Pimenta, a dispensa da obreira quando esta se encontrava em tratamento de doença grave, configura discriminação. A empregada narrou que em 2006 foi diagnosticada com câncer e, em virtude de seu diagnóstico, iniciou seu tratamento, ocasionando algumas faltas justificadas ao trabalho. Com a conclusão do tratamento em 2010, foi dispensada sem justa causa, não obstante a empresa estar ciente da necessidade de tratamento e acompanhamento médico da obreira. Por entender que a dispensa foi discriminatória, ingressou com reclamação trabalhista na 1ª Vara do Trabalho de Gravataí – RS, requerendo sua reintegração no emprego, manutenção do seu plano de saúde, pagamento dos salários e demais vantagens do período de afastamento, bem como o pagamento de indenização por danos morais. A reclamação foi julgada improcedente na primeira instância.

O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul (4ª Região) confirmou a decisão de piso que considerou legal a demissão da empregada, cabendo a esta o ônus de provar que a sua demissão se deu em face de discriminação da doença a que foi acometida.

Inconformada com a decisão do regional, ingressou a obreira com Recurso de Revista no TST. Em seu julgamento, em 25 de outubro de 2016, a 2ª Turma ratificou o teor da Súmula 443 onde é previsto que o ônus de provar que a dispensa não foi discriminatória caberia à empresa, e não o inverso.

Para o relator seria ônus do empregador “provar, de forma robusta, que dispensou a reclamante, portadora de doença grave, por algum motivo plausível, razoável e socialmente justificável, de modo que afastasse o caráter discriminatório da rescisão contratual”, o que no seu entendimento não restou comprovado, tendo a empresa abusado de seu poder diretivo.

Condenou, ainda, a empresa ao pagamento de indenização de danos morais no valor de R\$ 30.000,00 à autora, por entender que a empresa violou o princípio da dignidade da pessoa humana, ao ter dispensado a obreira quando esta encontrava-se em tratamento de doença grave, mesmo que esta tenha descoberto sua doença em 2006 e dispensa ocorrido em 2010.

3.4 Poder diretivo x Dignidade da pessoa humana

Em 11 de junho de 2014, a 3ª Turma do TST, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, condenou as empresas AEC Centro de Contatos S/A e Claro S/A ao pagamento de R\$ 10.000,00 por danos morais a uma empregada em face do uso abusivo por seus empregadores do poder diretivo, previsto no artigo 2º da CLT. Na reclamação que apresentou à 3ª Vara do Trabalho de Campina Grande-PB, alegou a obreira que a empresa limitava o uso do banheiro a seus empregados, estabelecendo o tempo de cinco minutos para o uso, sob pena de advertência em caso de descumprimento, importando o fato em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em contestação alegaram as reclamadas que, além dos cinco minutos destinados ao uso do banheiro, possuíam os obreiros, durante a sua jornada de seis horas, dois intervalos de dez minutos e um de vinte minutos, inexistindo, portanto, vedação ao uso do banheiro. A ação judicial obteve êxito na 1ª instância, mas a sentença foi reformada pelo TRT da 13ª Região (Paraíba), sob o entendimento de que o período de 45 minutos para descanso e satisfação de necessidades fisiológicas, ao longo de uma jornada de 6 horas, não configuraria uso abusivo do poder de direção, não havendo direito à indenização por danos morais visto que não houve proibição ao uso do banheiro. O TST, porém,

reformou a decisão do regional da Paraíba, no recurso de revista RR-117400-69.2013.5.13.0009.

Segundo o relator, ministro Maurício Godinho Delgado, a restrição imposta pelo empregador foi além do que seria razoável no uso do poder de direção por ofender “a liberdade do trabalhador de satisfazer suas necessidades fisiológicas, afrontando normas de proteção à saúde e impondo-lhe uma situação degradante e vexatória” configurando o direito à reparação do dano moral nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil e no inciso X do artigo 5º da Lei Maior.

Em sua fundamentação, observou o ministro que a dignidade da pessoa humana não se restringe apenas à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica. Envolve, também, a afirmação de sua individualidade no meio econômico e social de maneira geral, devendo se considerar “o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego”.

Especialmente quanto ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, imprescindível é a vigilância para que o exercício do poder diretivo do empregador, aliado à necessidade do empregado de garantia do sustento (próprio e de sua família), deixe de alcançar um patamar de abuso, como se fosse proprietário da pessoa do empregado em vez de contratante da sua força de trabalho, perdendo-se, algumas vezes, até mesmo a compreensão de que se está a lidar com pessoas, em vez de máquinas ou animais.

4 CONCLUSÃO

Como indicam os casos recentemente julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho e apresentados neste breve estudo, verifica-se, concretamente, a aplicabilidade do que a doutrina denomina “reconhecimento da força normativa dos princípios”, característica do neoconstitucionalismo, também chamado de pós-positivismo ou ativismo judicial. O levantamento aqui apresentado, embora constitua apenas um breve recorte dos posicionamentos jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, sinalizam que essa Corte, de fato, tem reconhecido e conferido força normativa aos princípios constitucionais a este ramo do Direito, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, do acesso à justiça, da proteção à maternidade e da não discriminação, entre outros.

Se os magistrados integrantes das mais altas Cortes do País reconhecem a importância dos princípios como balizadores de suas decisões, implícita está a constatação

de que, muitas vezes, a subsunção (aplicação pura da lei) não se mostra suficiente para o cumprimento do papel que lhes é atribuído de fazer (e distribuir) justiça. Ao mesmo tempo, o empenho e a preocupação dos ministros (como ocorre também nas instâncias inferiores, por parte de juízes e desembargadores) em solucionar os conflitos que lhes são apresentados a partir do entendimento do espírito que norteia e orienta a formulação das leis revelam o zelo e a preocupação em contribuir para alcançar o ideal de justiça naquilo que lhes compete.

Se o chamado ativismo judicial, num primeiro momento, era visto com cautela ou resistência por membros de Cortes Superiores, preocupados em reverter e impor freios e limites a posicionamentos mais ousados ante o receio de até onde isso poderia levar o Poder e o próprio Estado Democrático de Direito e a segurança jurídica, nos dias atuais, como se verificou nos exemplos aqui trazidos, as próprias Cortes Superiores assumem, com frequência (como certamente mostrariam estudos semelhantes aplicados ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal), posicionamentos reveladores da preocupação de buscar, além das legislações infraconstitucionais pertinentes, a solução mais justa às demandas que lhes são apresentadas, estejam elas na Constituição Federal ou nos princípios gerais do Direito.

A consciência quanto às limitações do presente estudo se soma a certeza de que outros levantamentos, porventura até mesmo aplicáveis a Juízos de primeira instância ou a Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), poderão oferecer um panorama mais preciso e abrangente sobre o balizamento de decisões judiciais com base em princípios constitucionais, de modo a se tentar confirmar que o neoconstitucionalismo está também presente nas primeiras instâncias da seara trabalhista.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método, 2015
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira. Estudo de casos: a abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; FERREIRA, Carolina Cutrupi. **Como decidem os juízes? Sobre a qualidade da jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.