REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO

23

Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho
da 15ª Região

- Doutrina Nacional
- Doutrina Internacional
- Legislação
- Jurisprudência

LTR®

TRT da 15.ª Região
ESCOLA DA MAGISTRATURA
Biblioteca

ISSN 1679-8694

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO

DIREÇÃO E COORDENAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA

ÓRGÃO OFICIAL DO TRT DA 15ª REGIÃO

Fonte Oficial de Publicação de Julgados
(TST, RI, art. 331, § 3º)

2003 — N. 23

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região — Direção e Coordenação da Escola da Magistratura — n. 23 — 2003.
Campinas — São Paulo

1. Direito do Trabalho — 2. Direito Processual do Trabalho — 3. Direito Comparado — 4. Jurisprudência (Tribunais Superiores e TRT 15ª Região) — 5. Legislação.

COLABORADORES

SECRETARIA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA:

Cecília de Castro Silveira Gutierrez — Secretária-Executiva
Rosimeire Sassi — Assistente
Andréa Vale Maia Magnusson — Assistente
Zélia Maria Alves — Assistente

SERVIÇOS DE DOCUMENTAÇÃO E DIVULGAÇÃO:

Débora Eliana de Oliveira Battagin — Diretora dos Serviços de Documentação e Divulgação
Maria Inês Braga Pinheiro — Assistente-Chefe do Setor de Legislação e Jurisprudência
Jamile Bernadete Quaglia Crespo — Assistente do Setor de Documentação
Laura Regina Salles Aranha — Assistente do Setor de Legislação e Jurisprudência
Marcos de Almeida Pierossi — Auxiliar Especializado do Setor de Legislação e Jurisprudência

Editoração Eletrônica: **LINOTEC**
Impressão: **BOOK**

(Cód. 2784.0)

©Todos os direitos reservados

EDITORA LTDA.

Rua Apa, 165 — CEP 01201-904 — Fone (11) 3826-2788 — Fax (11) 3826-9180
São Paulo, SP — Brasil — www.ltr.com.br

Fevereiro, 2004

ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 — 14º andar — CEP 13015-001 —
Fone: (0xx19) 3236-2100 — ramais 1070 e 1071 — Fax: 3236-0585 —
Campinas/SP — e-mail: ematra@trt15.gov.br

Dra. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite — Diretora
Dr. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella — Coordenador

CONSELHO EDITORIAL

Dr. Lorival Ferreira dos Santos — Presidente
Dr. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
Dr. Jorge Luiz Souto Maior
Dr. José Roberto Dantas Oliva
Dr. Tárcio José Vidotti

CONSELHO TÉCNICO — SUBCOMISSÕES
JURISPRUDÊNCIA

Dr. Mariane Khayat Fonseca do Nascimento — Presidente
Dr. Samuel Hugo Lima
Dr. Flávio Landi

DOUTRINA INTERNACIONAL

Dra. Ana Maria de Vaconcellos — Presidente
Dra. Tereza Aparecida Asta Gemignani
Dra. Eliana dos Santos Alves Nogueira

TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO

Dr. Henrique Damiano — Presidente
Dra. Maria de Fátima Vianna Coelho
Dr. Guilherme Guimarães Feliciano

ESTUDO MULTIDISCIPLINAR TEMÁTICO

Dr. Gerson Lacerda Pistori — Presidente
Dr. André Augusto Ulpiano Rizzardo
Dr. Léo Minoru Ozawa

COMPOSIÇÃO DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 — Campinas — SP — CEP 13015-001
PABX: (19) 3236-2100

Internet: http://www.trt15.gov.br

PRESIDENTE
Juíza Eliana Felippe Toledo
VICE-PRESIDENTE
Juiz Luiz Carlos de Araújo
CORREGEDOR REGIONAL
Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho
VICE-CORREGEDOR REGIONAL
Juiz Antônio Miguel Pereira

Juízes Togados
José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza
Eurico Cruz Neto
Ernesto da Luz Pinto Dória
Antônio Mazzuca
Carlos Alberto Moreira Xavier
Irene Araium Luz
Fany Fajerstein
Eliana Felippe Toledo
Maria da Conceição Silveira Ferreira da Rosa
Luiz Carlos de Araújo
Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
Laurival Ribeiro da Silva Filho
Maria Cecília Fernandes Álvares Leite
Carlos Roberto do Amaral Barros
Antônio Miguel Pereira
Samuel Corrêa Leite
Olga Aida Joaquim Gomieri
Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
I. Renato Buratto
Henrique Damiano
Flavio Allegretti de Campos Cooper
Luiz Antonio Lazarim
José Pitas
Nildemar da Silva Ramos
Luiz Roberto Nunes
Lorival Ferrreira dos Santos
José Antônio Pancotti
Manuel Soares Ferreira Carradita
Fernando da Silva Borges
Vera Teresa Martins Crespo
Paulo de Tarso Salomão
Flavio Nunes Campos
Elency Pereira Neves
Gerson Lacerda Pistori
Mariane Khayat Fonseca do Nascimento
Ana Maria de Vasconcellos

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

1ª CÂMARA

Juiz Luiz Antonio Lazarim (Presidente)
Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier
Juiz Luiz Roberto Nunes

2ª CÂMARA

Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella (Presidente)
Juiz Antônio Miguel Pereira
Juiz Fernando da Silva Borges

SEGUNDA TURMA

3ª CÂMARA

Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza (Presidente)
Juíza Maria da Conceição Silveira Ferreira da Rosa
Juiz José Pitas

4ª CÂMARA

Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva (Presidente)
Juiz Paulo de Tarso Salomão
Juíza Mariane Khayat Fonseca do Nascimento

TERCEIRA TURMA

5ª CÂMARA

Juiz Lorival Ferreira dos Santos (Presidente)
Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória
Juiz Samuel Corrêa Leite

6ª CÂMARA

Juiz Henrique Damiano (Presidente)
Juiz Luiz Carlos de Araújo
Juíza Ana Maria de Vasconcellos

QUARTA TURMA

7ª CÂMARA

Juiz I. Renato Buratto (Presidente)
Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho
Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita

8ª CÂMARA

Juíza Irene Araium Luz (Presidente)
Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper
Juíza Vera Teresa Martins Crespo

QUINTA TURMA

9ª CÂMARA

Juiz Nildemar da Silva Ramos (Presidente)
Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros
Juiz Gerson Lacerda Pistori

10ª CÂMARA

Juiz José Antônio Pancotti (Presidente)
Juíza Eliana Felippe Toledo
Juíza Elency Pereira Neves

SEXTA TURMA

11ª CÂMARA

Juíza Fany Fajerstein (Presidente)
Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite
Juiz Flavio Nunes Campos

12ª CÂMARA
Juiz Eurico Cruz Neto (Presidente)
Juiz Antônio Mazzuca
Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri

Escola da Magistratura da 15ª Região
Diretora: Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite
Coordenador: Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

Conselho Consultivo e de Programas da EMATRA XV
Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper
Juiz José Otávio de Souza Ferreira
Juiz Firmino Alves Lima

JUÍZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

Atualização: 30.09.2003

Nome	Vara
Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho	Caraguatatuba
Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes	Salto
Tereza Aparecida Asta Gemignani	9ª Campinas
Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla	Jacareí
Susana Graciela Santiso	7ª Campinas
Maria Cristina Mattioli	4ª Bauru
Maria Madalena de Oliveira	3ª Bauru
Neise Vicentini	Lençóis Paulista
Thomas Malm	Cruzeiro
Ana Lúcia Pereira	São Sebastião
Suzana Monreal Ramos Nogueira	Amparo
Veva Flores	3ª Campinas
Fábio Grasselli	Avaré
Samuel Hugo Lima	6ª Campinas
Erodite Ribeiro dos Santos de Biasi	Capivari
Valdevir Roberto Zanardi	Votuporanga
Dagoberto Nishina Azevedo	1ª São José dos Campos
Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira	1ª Paulínia
Manoel Carlos Toledo Filho	2ª Paulínia
Antonio Francisco Montanagna	Limeira
Ismênia Diniz da Costa	Campo Limpo Paulista
Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza	Tanabi
Carlos Augusto Escanfella	José Bonifácio
Édison Giurno	5ª Campinas
Luiz José Dezena da Silva	8ª Campinas
Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani	1ª Jundiaí
Wagner José Trindade	Botucatu
João Alberto Alves Machado	2ª Araçatuba
Claudinei Sapata Marques	Penápolis
Fábio Allegretti Cooper	3ª Ribeirão Preto
Luciane Storel da Silva	2ª Campinas
Ricardo Antonio de Plato	2ª Jundiaí
Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa	1ª Campinas
Fábio Prates da Fonseca	Lorena
Paulo Augusto Ferreira	Batatais
José Carlos Ábile	2ª Bauru
Rosemeire Uehara Tanaka	4ª Jundiaí
Ivani Martins Ferreira Giuliani	Indaiatuba
Maurizio Marchetti	Sumaré
Jorge Luiz Souto Maior	3ª Jundiaí
João Batista da Silva	2ª Taubaté
Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo	4ª Campinas
José Otávio de Souza Ferreira	Mogi Guaçu
Orlando Amâncio Taveira	Caçapava
Keila Nogueira Silva	2ª Marília
Edison dos Santos Pelegrini	1ª Bauru
Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim	Santa Bárbara d'Oeste
Nora Magnólia Costa Rotondaro	Tietê

Nome	Vara
Ana Paula Pellegrina Lockmann	2ª Americana
Mari Angela Pelegrini	Rancharia
Maria da Graça Bonança Barbosa	4ª São José dos Campos
Ricardo Regis Laraia	2ª São José dos Campos
Eliane de Carvalho Costa Ribeiro	Itapira
Renan Ravel Rodrigues Fagundes	Tatuí
Wilton Borba Canicoba	Itu
Andrea Guelfi Cunha	1ª Americana
Edna Pedroso Romanini	Mogi Mirim
Regina Dirce Gago de Faria Monegatto	Piedade
Silnei Garrido Lage	Olímpia
Hélio Grasselli	1ª São José do Rio Preto
Marcelo Garcia Nunes	1ª Taubaté
Marcos da Silva Porto	5ª Ribeirão Preto
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	Itapetininga
Adriene Sidnei de Moura David	2ª Piracicaba
Marcelo Magalhães Rufino	2ª Catanduva
Jorge Luiz Costa	1ª Franca
Margarete Aparecida Gulmaneli	Bebedouro
Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos
Ana Cláudia Torres Vianna	1ª Catanduva
Scynthia Maria Sisti Tristão	Fernandópolis
Cinthia Maria da Fonseca Espada	Garça
Mônica Aiex	Tupã
Renato Henry Sant'Anna	1ª Ribeirão Preto
Isabel Cristina Torrizella Périgo	São José Rio Pardo
Carlos Eduardo Oliveira Dias	Rio Claro
Adelina Maria do Prado Ferreira	2ª São José Rio Preto
Regiane Cecília Lizi	2ª Jaú
Maria de Fátima Vianna Coelho	São Roque
Cláudia Cunha Marchetti	Bragança Paulista
Olga Regiane Pilegis	1ª Piracicaba
Júlio César Roda	Araras
Jorge Antonio dos Santos Cota	2ª Araraquara
Eliana Félix Batista	Presidente Venceslau
Tárcio José Vidotti	Ituverava
Maria Vitória Breda Vieites	Guaratinguetá
Silvia Beatriz de Mendonça Pereira	São João da Boa Vista
Oséas Pereira Lopes Junior	1ª Marília
Walney Quadros Costa	2ª Ribeirão Preto
Ronaldo Oliveira Siandela	Capão Bonito
Wilson Pocidônio da Silva	Porto Ferreira
Flávio Gaspar Salles Vianna	3ª São José Rio Preto
Alberto Cordero Donha	2ª Franca
Levi Rosa Tomé	Ourinhos
Claudia Giglio Veltri Corrêa	1ª São Carlos
Edson Silva Trindade	2ª São Carlos
Marco Antonio Macedo André	2ª Presidente Prudente
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis
Maurício Takao Fuzita	3ª Araçatuba
Luís Fernando Lupato	Registro
Amauri Vieira Barbosa	Cajuru

Nome	Vara
André da Cruz e Souza Wenzel	Pindamonhangaba
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho
Sérgio Milito Barêa	1ª Araraquara
Roberto Nicácio	Dracena
José Roberto Dantas Oliva	1ª Presidente Prudente
Sérgio Cardoso e Silva	1ª Araçatuba
Marcelo Carlos Ferreira	1ª Sorocaba
Renê Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho
José Roberto Thomazi	1ª Jaú
Hamilton Luiz Scarabelim	Itanhaém
Wagner Ramos de Quadros	Itápolis
Maria Helena Salles Cabreira	Lins
Jaide Souza Rizzo	Birigüi
André Augusto Ulpiano Rizzardo	3ª Sorocaba
João Vieira de Moraes	2ª Jaboticabal
Luiz Antonio Zanqueta	Adamantina
Lúcio Salgado de Oliveira	1ª Jaboticabal
Luciana Moro Loureiro	Andradina
Roberta Jacopetti Bonemer	São Joaquim da Barra
Robson Adilson de Moraes	2ª Sorocaba

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Atualização: 30.09.2003

Nome	Circunscrição
Benjamin Flávio de Almeida Ferreira	São José do Rio Preto
Paulo César dos Santos	Campinas
José Adilson de Barros	Campinas
Inez Maria Jantalia	Campinas
Marcelo Schmidt Simões	Campinas
Sandra de Poli	São José dos Campos
Luciana Nasr	Campinas
Álvaro dos Santos	Campinas
Maria Angélica Mineto Pires	Campinas
Eliane Aparecida Aguado Moreno Geraldi	Campinas
Rosana Fantini	Campinas
Dora Rossi Góes	São José dos Campos
José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva	Ribeirão Preto
Flávio Landi	Campinas
Marina de Siqueira Ferreira Zerbinatti	Campinas
Renato de Carvalho Guedes	Presidente Prudente
Luiz Antonio de Campos Grain	São José dos Campos
Firmino Alves Lima	Campinas
André Luiz Amorim Franco	Campinas
Eliana dos Santos Alves Nogueira	Ribeirão Preto
Luís Martins Junior	Campinas
Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima	Bauru
Alexandre Vieira dos Anjos	Ribeirão Preto
Maria Sueli Neves Espicalquis	Araçatuba
Gisele Pasotti Fernandes Flora Pinto	Bauru
Odair Rodrigues da Rocha	São José dos Campos
Renata dos Reis D'Ávilla Calil	Campinas
Fernanda Cavalcanti Varzim Gaetano	Ribeirão Preto
Maria Cristina Brizotti Zamuner	Campinas
Mauro César Rossi Luna	Sorocaba
Sandro Valério Bodo	Bauru
Guilherme Guimarães Feliciano	São José dos Campos
Walter Gonçalves	Sorocaba
José Guido Teixeira Junior	Presidente Prudente
Juliana Benatti	Campinas
Lúcia Zimmermann	Campinas
Kátia Liriam Pasquini Braiani	Presidente Prudente
André Luiz Alves	Bauru
Cristiane Montenegro Rondelli Mazzini	Campinas
Angela Maria Bermudes	Campinas
Ismar Cabral Menezes	Ribeirão Preto
Leandra da Silva Guimarães	Campinas
Júlio César Marin do Carmo	Bauru
Patrícia Glugovskis Penna Martins	Campinas
Luís Rodrigo Fernandes Braga	Campinas
Adriana Fonseca Perin	São José do Rio Preto
Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues Leite	Campinas
Evandro Eduardo Maglio	Campinas

Nome	Circunscrição
Ana Paula Alvarenga Martins	Campinas
Júlio César Trevisan Rodrigues	São José do Rio Preto
Alexandre Garcia Muller	Presidente Prudente
Arilda Cristiane Silva de Paula Calixto	Ribeirão Preto
Cássia Regina Ramos Fernandes	São José dos Campos
José Eduardo Bueno de Assumpção	Ribeirão Preto
Léo Minoru Ozawa	Campinas
Denise Ferreira Bartolomucci Mulato	São José dos Campos
Nelma Pedrosa Godoy Sant'Anna Ferreira	Presidente Prudente
Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Campinas
Andréia de Oliveira	São José dos Campos
Marcus Menezes Barberino Mendes	Campinas
Andréia Alves de Oliveira Gomide	Ribeirão Preto
Gislene Aparecida Sanches	Campinas
Fernando Lucas Uliani Martins dos Santos	São José do Rio Preto
Adhemar Prisco da Cunha Neto	São José dos Campos
Henrique Macedo Hinz	Campinas
Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan	Campinas
Tânia Aparecida Claro	São José dos Campos
José Antônio Gomes de Oliveira	Campinas
Alcione Maria dos Santos Costa Gonçalves	Araçatuba
Pedro Edmilson Pilon	Campinas
Valdir Rinaldi Silva	Sorocaba
Alessandro Tristão	São José do Rio Preto
Daniela Renata Rezende Ferreira Borges	São José do Rio Preto
Alan Cezar Runho	Ribeirão Preto
Wilson Cândido da Silva	São José dos Campos
Valdomiro Ribeiro Paes Landim	Bauru
Conceição Ap. Rocha de Petribu Faria	São José do Rio Preto
Whatmann Barbosa Iglesias	Araçatuba
Isabela Tófano de Campos Leite Pereira	Campinas
Valéria Cândido Peres	Campinas
Mônica Muniz Barretto Volasco Rodrigues	Sorocaba
Renato da Fonseca Janon	Ribeirão Preto
Eucymara Maciel	Presidente Prudente
Décio Umberto Matoso Rodovalho	Campinas
Antonia Rita Bonardo de Lima	Campinas
Luciana Caplan	Campinas
Marcos Roberto Wolfgang	Presidente Prudente
Azael Moura Junior	Campinas
Márcia Cristina Sampaio Mendes	Ribeirão Preto
Carlos Eduardo Vianna Mendes	São José dos Campos
Danielle Bertachini	Campinas
Josefina Regina de Miranda Geraldi	Campinas
Cleber Antonio Grava Pinto	Araçatuba
Kathleen Mecchi Zarins Stamato	Campinas
Afrânio Flora Pinto	Bauru
João Baptista Cilli Filho	Ribeirão Preto
Renato César Trevisani	Ribeirão Preto
Fernanda Cristina de Moraes Fonseca	Campinas
Daniela Macia Ferraz	Sorocaba
Rosana Alves Siscari	Sorocaba

Nome	Circunscrição
Rodrigo Penha Machado	Ribeirão Preto
Marcelo Bueno Pallone	Sorocaba
Marcelo Siqueira de Oliveira	Bauru
Candy Florêncio Thome	Ribeirão Preto
Lucineide Almeida de Lima	Bauru
Sandra Maria Zirondi Pirani	São José do Rio Preto
Sandra dos Santos Brasil	Ribeirão Preto
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto
Elen Zoraide Módolo Jucá	Araçatuba
Gerti Baldomera de Catalina Perez Greco	Ribeirão Preto
Ana Maria da Silva Sandei	Sorocaba
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente
Regina Rodrigues Urbano	Ribeirão Preto
Manoel Luiz Costa Penido	Sorocaba
Paulo Bueno Cordeiro de Almeida Prado Bauer	Ribeirão Preto
Maria Socorro de Souza Pereira	Ribeirão Preto
Olga Vishnevsky Fortes	Ribeirão Preto
Felipe Augusto Magalhães Calvet	Ribeirão Preto
Ana Paula Silva Campos	São José do Rio Preto
Déborah Beatriz Ortolan Inocêncio Nagy	Ribeirão Preto
Teresa Cristina Pedrasi	Ribeirão Preto
Diovanna Bethânia Ortolan Inocêncio Fabreti	Ribeirão Preto

SUMÁRIO

I — APRESENTAÇÃO 15

II — DOUTRINA INTERNACIONAL

THE NEW LABOR MARKET AND REGULATORY INNOVATION FROM AN AMERICAN PERSPECTIVE
LOBEL, Orly 19

IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE
SANDULLI, Piero 25

III — ESTUDO MULTIDISCIPLINAR

TUTELA DE URGÊNCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO
MOREIRA, José Carlos Barbosa 62

REFORMA PREVIDENCIÁRIA E DÉFICIT DO SISTEMA
MARTINS, Sergio Pinto 75

REFORMA DA PREVIDÊNCIA
DERZI, Misabel de Abreu Machado 95

REFLEXÕES SOBRE A REFORMA PREVIDENCIÁRIA
BALERA, Wagner 109

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO MERCOSUL E NOS PAÍSES INTEGRANTES
VILLATORE, Marco Antônio César 128

SOBRE A JUSTA GRITA DOS SERVIDORES
FELICIANO, Guilherme Guimarães 138

A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA DA EMPRESA EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL
SANTOS, Enoque Ribeiro dos 185

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL E REPERCUSSÕES NO DIREITO DO TRABALHO
SILVA, Otavio Pinto e 204

IV — DOUTRINA NACIONAL

REFORMA DE SENTENÇA TERMINATIVA E JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO NO PROCESSO DO TRABALHO
MALLET, Estêvão 214

UMA LEITURA NÃO-LIBERAL DAS POLÍTICAS DO TRABALHO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO
OLSSON, Giovanni 237

ASPECTOS JURÍDICOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO DOS BRASILEIROS NO JAPÃO
SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da 260

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO E A EXECUÇÃO TRABALHISTA
PINTO, José Augusto Rodrigues 272

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO DO TRABALHO
LIMA, Francisco Meton Marques de 281

DA APLICAÇÃO DA LEI N. 10.352, DE 26.12.2001 AO PROCESSO DO TRABALHO — UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA
GONÇALVES, Alcione Costa 289

DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO
MAIOR, Jorge Luiz Souto 296

DA INVIOLABILIDADE DO DIREITO DE TRABALHAR
NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves 314

AS COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA E OS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO
GIMENEZ, Denis Maracci, KREIN, José Dari e BIAVASCHI, Magda B. 322

RECURSO DE MULTA
DAMIANO, Henrique 344

EMPRESAS TRANSNACIONAIS: RESPONSABILIDADE SOCIAL E LEGAL INTERNACIONAL
MATTIOLI, Maria Cristina 366

V — LEGISLAÇÃO (EMENTÁRIO) 376

VI — JURISPRUDÊNCIA

Tribunais Superiores 381

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Direito Material 398

Direito Processual 422

Direito Rural 437

Execução 440

Matéria Nova 447

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que, como autêntico cicerone, convidamos os exigentes leitores da Revista n. 23 da Escola da Magistratura da 15ª Região para uma aprazível jornada jurídica.

A Revista, na sessão de doutrina internacional, é iniciada com o artigo da professora da Harvard Law School, *Orly Lobel*, intitulado "The new labor market and regulatory innovation from an American perspective", que aborda o novo mercado de trabalho e as inovações acerca de sua regulamentação, partindo de uma perspectiva norte-americana, mas expandindo para uma visão mais globalizada do tema.

Ainda na sessão de doutrina internacional encontramos o artigo "Il tentativo obbligatorio di conciliazione", de autoria do advogado e professor de direito processual do trabalho e direito processual civil da Faculdade de Direito da Universidade "La Sapienza" de Roma, *Piero Sandulli*, que aborda o tema da tentativa obrigatória de conciliação pré-processual. O minucioso artigo, partindo de considerações gerais, aprofunda-se no exame dos procedimentos, implicações formais, contextuais e legais.

A sessão de estudo multidisciplinar começa com o artigo do Desembargador aposentado e professor da Faculdade de Direito da UERJ, *José Carlos Barbosa Moreira*, sob o título "Tutela de urgência e efetividade do direito", que trata das técnicas empregadas para enfrentar o problema da concessão das tutelas de urgência, com amparo inclusive na legislação italiana e francesa.

Em seguida encontramos cinco excelentes artigos acerca da reforma previdenciária. *Sergio Pinto Martins*, Juiz do Trabalho e professor titular da Faculdade de Direito da USP, no artigo "Reforma previdenciária e déficit do sistema", ancorado em estatísticas, demonstra a má gestão do sistema, questionando a necessidade da reforma previdenciária. *Misabel de Abreu Machado Derzi*, professora da UFMG, brinda-nos com o artigo "Reforma da Previdência", questionando vários aspectos da reforma. No mesmo sentido o professor titular da Faculdade de Direito da PUC/SP, *Wagner Balera*, no artigo "Reflexões sobre a reforma previdenciária", demonstra a nulidade insanável do processo legislativo que se iniciou com a apresentação da PEC 40. *Marco Antônio César Villatore*, advogado e professor da PUC/PR, analisa as bases previdenciárias existentes no Mercosul, no artigo "A reforma da Previdência Social no Mercosul e nos países integrantes". O Juiz do Trabalho Substituto da 15ª Região e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté, *Guilherme Guimarães Feliciano*, no artigo "Sobre a justa grita dos servidores: a reforma da previdência social na PEC n. 40/2003 — aspectos jurídicos, econômicos e sociais", faz duras críticas à reforma da previdência, especialmente no que tange às carreiras típicas de Estado.

Encerrando a sessão de estudo multidisciplinar, temos dois artigos ligados às inovações do novo Código Civil. O professor assistente de Direito do Trabalho da USP, *Enoque Ribeiro dos Santos*, no artigo "A responsabilidade subjetiva e objetiva da empresa em face do novo Código Civil" demonstra a aplicação da responsabili-

dade da empresa, trazendo um extenso rol das hipóteses. *Otavio Pinto e Silva*, professor doutor da Faculdade de Direito da USP, no artigo "Direito das obrigações no novo Código Civil e repercussões no Direito do Trabalho" examina os reflexos obrigacionais nas relações de emprego.

Na sessão seguinte (doutrina nacional) o leitor encontrará outros excelentes artigos.

Estêvão Mallet, advogado e professor de direito do trabalho da Faculdade de Direito da USP, no artigo "Reforma da sentença terminativa e julgamento imediato do mérito no processo do trabalho" analisa a aplicabilidade do disposto no § 3º do art. 515 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 10.352.

O Juiz do Trabalho da 12ª Região e professor universitário, *Giovanni Olsson*, no artigo "Uma leitura não-liberal das políticas do trabalho na era da globalização" sustenta que é possível enfrentar a globalização neoliberal através de alternativas segundo os valores da humanidade.

A professora titular da Faculdade de Direito da USP, *Walküre Lopes Ribeiro da Silva*, analisa os "Aspectos jurídicos das relações de trabalho dos brasileiros no Japão", em especial o "fenômeno dekassegui".

José Augusto Rodrigues Pinto, da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, no artigo "Os princípios constitucionais do processo e a execução trabalhista", examina a repercussão dos princípios da isonomia, da legalidade, do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório no processo de execução.

O Juiz do TRT da 22ª Região e professor da UFPI, *Francisco Meton Marques da Silva* ("A Constituição econômica e o direito do trabalho"), além de analisar a Carta Magna no aspecto da ordem econômica, propõe medidas relacionadas à política de emprego.

A Juíza do Trabalho Substituta da 15ª Região *Alcione Costa Gonçalves*, no artigo "Da aplicação da Lei n. 10.352, de 26.12.2001 ao processo do trabalho — uma análise hermenêutica", defende o não cabimento de recurso trabalhista para as condenações não excedentes de 60 salários mínimos ou quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STF ou TST.

O Juiz do Trabalho da 15ª Região e professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP, *Jorge Luiz Souto Maior*, sob o intrigante título "Do direito à desconexão do trabalho" traz o desafio da fixação de alguns parâmetros para a proteção jurídica do "não-trabalho".

Sob o título "Da inviolabilidade do direito de trabalhar", *Eliana dos Santos Alves Nogueira*, Juíza do Trabalho Substituta da 15ª Região e professora de Direito do Trabalho da Unesp/Franca, analisa a problemática do assédio moral ou psicológico.

Denis Maracci Gimenez, José Dari Krein e *Magda B. Biavaschi*, respectivamente pesquisadores do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho e Juíza do Trabalho, no artigo "As cooperativas de mão-de-obra e os Tribunais Regionais do Trabalho", enfrentam o tema à luz da doutrina, estatística e jurisprudência, propondo o discernimento entre as autênticas experiências de cooperativismo e as cooperativas fraudulentas.

O Juiz do Trabalho da 15ª Região *Henrique Damiano* ("Recurso de multa") analisa os diversos recursos cabíveis contra a multa imposta pelas Turmas dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Terminando a sessão de doutrina nacional, a Juíza do Trabalho da 15ª Região e professora-pesquisadora *Maria Cristina Mattioli*, propõe, no artigo "Empresas transnacionais: responsabilidade social e legal internacional", a elaboração de um instrumento internacional que delibere acerca dos direitos internacionais contidos em todas as diretrizes e declarações internacionais.

Na parte final da Revista podemos encontrar decisões dos Tribunais Superiores e deste Tribunal, dividida em direito material, processual, rural e execução.

Como se pode perceber, a leitura desta Revista n. 23 será realmente aprazível e enriquecedora. Boa leitura!

Juiz *Samuel Hugo Lima*, pelo Conselho Editorial

THE NEW LABOR MARKET AND REGULATORY INNOVATION FROM AN AMERICAN PERSPECTIVE

ORLY LOBEL(*)

In the United States, the central framework for the regulation of labor relations was setting during the New Deal Era. At the time the National Labor Relations Act was enacted by Congress, it was considered a great regulatory innovation, and the Labor Movement viewed it as a big success for workers. However, in the past several decades, the workplace and work have undergone significant changes. Laws such as the NLRA, that were enacted in order to ensure good work conditions are failing in their task. This paper will describe some of the changes and inadequacies of current policies and structures. It further will explore the possibilities of change and reform, adapting the structures of labor relations and policy to the new political economy. I point to an emerging new literature that proposes a framework of orchestrated, yet participatory, experimentation. While the paper focuses on the changing legal and economic regimes in the United States, similar patterns are experienced in many parts of the world, and thinkers from various places across the globe are coming together to rethink these challenges.

I. THE NEW ECONOMY AND THE NEW WORKPLACE

Although any sharp linear account of the move from an "old" to a "new" economy is inevitably reductionist, there are many feature of today's labor market that are significantly different from the realities of several decades ago. At the beginning of the 20th century, the traditional core worker was male, white, and an American citizen. The vision of collective bargaining was based on a relatively homogenous workforce and a stable single employer for which there would be a collective bargaining unit. However,

(*) Clark Byse Fellow, Harvard Law School. Hauser Fellow, Kennedy School of Government, Harvard University. olobel@law.harvard.edu.

the workforce today has vastly diversified. Workers today constitute many more women, more immigrants, and the workforces of almost any industry are ethnically and racially diverse. At the same time, since their peak in the 1950s, labor unions have been constantly declining and there are predictions of their further decline in the near future.(1) The work relations were based on the paradigm of a large, stable, industrial firm that secures long-term and full-time employment. The old economy was also based on the assumption that the United States economy is relatively autonomous, independent, and free from outside competition. The last several decades have brought new realties that changed all of these past characteristics. The rapid increase in global trade, capital, as well as, although not symmetrical, labor capital mobility, have led firms to change their employment relations. In addition to globalization, developments in technology and communication, as well as what has been termed "the second industrial divide", the move to both high-technology and service industries patterns, have all increased the needs for flexibility. Firms are increasingly outsourcing many of their functions, using part-time employees, leasing employees from temporary help agencies, and adjusting the number of their core employees more often through short term hiring and firing. Temporary help agencies are among the fastest growing industries in the United States.(2)

Thus, the New Deal assumptions that existing labor laws along with individual employment laws protect workers from insecurity and dislocation are now proving to be false. As traditional collective bargaining has declined and new workplace realities are experienced, the major challenge that policy makers must face is to envision an updated framework of employment relations that addresses the concerns and needs of all segments of the workforce as well as the pressure that are faced by employers.

II. TOWARD A NEW FRAMEWORK

A key feature of today's labor market is its heterogeneity. A balance must be struck between the recognition of the diverse realities which different categories of workers must face, and an overall comprehensive understanding of market reform. A first basic distinction exists between "core workers," who work in relatively stable workplace settings and "contingent workers," including part-time, leased, and independent contractors. A second basic distinction exists between professional workers, whether "core" or "contingent", and the low-skilled workforce.

---

(1) Unions represented 34.7% of the workforce in 1954, 16.4% in 1990, and approximately 14% in 1997. Although 1998 and 1999 have been marked with renewed labor militancy and strikes, analysts believe that union density will continue to decline in the next century. *See*, Marion Crain & Ken Matheny, "*Labor's Divided Ranks": Privilege and the United Front Ideology*, 84 CORN. L. REV. 1542 FN 3 (1999); Labor Unrest Overshadows Serene Trend, Steven Greenhouse, N.Y. Times News Service, The Journal Record (Tuesday, July 14, 1998); Charles B. Craver, Why Labor Unions Must [and Can] Survive, 1 U. PA. J. LAB. & Employment L. 15 (1998); Rachel Geman, *Safeguarding Employee Rights in Post-Union World: A New Conception of Employee Communities*, 30 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 369, FN6 (1997); Paul C. Weiler, *Hard Times for Unions: Challenging Times for Scholars*, 58 U. CHI. L. REV. 1015, 1017 (1991).

(2) Symposium, *Contingent Workers & Alternate Work Arrangements*, Monthly Lab. Rev., Oct. 1996.

For "core workers" in the United States, the National Labor Relations Act (NLRA) has been the framework for collective bargaining since the vision of the New Deal. In today's economy, various sections of the NLRA must be rethought. The NLRA poses limitations on the nature of the bargaining units as well as the nature of the bargaining process. One example is the distinction the NLRA makes between "mandatory" and "non-mandatory" subjects of collective bargaining. Under current doctrine, employers are only required to share information with the union on mandatory subjects of negotiation.[3] However, workers need to be more informed about technical and strategic issues, and thus the distinction should be eliminated. Other problematic interpretations of the NLRA by the judiciary that should be rethought particularly when facing today's market is the limitations posed on the modes of labor activity, which currently exclude "secondary boycott" and which limit labor speech, excluding from it "political speech."[4] Another important example of the inadequacy of the current legal regime is the limitations posed by the NLRA on worker participation schemes.[5] Currently, section 8(a)(1) of the NLRA prohibits employer practices that "interfere with, restrain, or coerce" workers in the exercise of their Section 7 rights to self-organization, collective bargaining, and other concerted activities.[6] Section 8(a)(2) prohibits employers from "dominat[ing] or interfer[ing] with the formation or administration of any labor organization or contribute financial or other support to it."[7] However, in recent year there has been a proliferation of worker organizations that do not engage in traditional collective bargaining and are not recognized by the Act as unions. One legislative proposal that has been controversial among union leaders and labor scholars is the Teamwork for Employees and Managers Act (TEAM) that was proposed, but not enacted, during the Clinton administration. TEAM would have eliminated the bans on employee participation schemes.[8] Labor organizers rejected TEAM because it was seen as an attempt to undermine independent unionism. However, with adequate protections, labor unions can gain from the liberalization of

---

(3) See generally, *John D. Feerick*, Information-Sharing Obligations, *in* "Labor Law and Business Change 45" (Samuel Estreicher & Daniel G. Collins eds., 1988).

(4) See generally, *Orly Lobel*, Agency and Coercion in Labor and Employment Relations: Four Dimensions of Power in Shifting Patterns of Work, Univ. of Penn. J. of Labor and Employment Law, (2001).

(5) Article 8(a)(2) of the NLRA prohibits employers from setting up "company unions."

(6) 29 U.S.C. § 158(a) (1988).

(7) *Id.* Section 2(5) of the NLRA defines a "labor organization" as "any organization of any kind, or any agency or employee representation committee or plan, in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages, rates of pay, hours of employment, or conditions of work." 29 U.S.C. § 152(5).

(8) In June 1996, Congress passed the TEAM Act. However, the act was vetoed by President Clinton. Without sufficient votes in Congress to override the presidential veto, TEAM was not enacted. TEAM offered to amend section 8(a)(2) of the NLRA to allow non-unionized employers to establish and participate in worker-management groups. *See*, Teamwork for Employees and Management Act, S. 669, 103d Cong., 1st Sess. (1993). *See* also, *Alvin L. Goldman*, "Potential Refinements of Employment Relations Law in the 21st Century", 3 Employee Rts. & Employment Pol'y J. 269; *Michael H. Leroy*, "Can Team Work? Implications of an Electromation and Dupont Compliance Analysis for the Team Act", 71 Notre Dame L. Rev. 215. (1996).

labor organizing models. In the new workplace, managerial structures are constructed to be more dynamic and participatory.[9] Employers organize production using models such as "self-management," "co-management," "workplace democracy," "co-determination," "employee representation," and "employee involvement plans" (EIP), which involve shop-floor operational consulting to strategic policy-making.[10] These organizational models are thus varied and workers can potentially mobilize around them to use them as an additional vehicle of employee voice.

The need to revitalize worker organization models applies also to categories of workers other than the traditional "core". First, with respect to "managerial employees" have been excluded from the bargaining unit under the NLRA's "managerial exclusion" rule. Section 2(3) of the Act excludes "managerial employees" or "supervisors" from the definition of employees that can form a bargaining unit.[11] Although in today's realities, the distinction between two classes of employees, non-managerial workers and managers/supervisors, is no longer a valid one in many workplace settings, both labor and employment laws continue to form exempt categories around the definition of managerial employees.

With respect to professional workers, the courts, under the NLRA interpretation as well as under other laws, often categorize these workers as independent contractors, consultants, or part-time employed by multiple employers. There are current debates around the world about whether professional associations, such as the American Medical Association, over the feasibility and desirability of establishing a collective bargaining arm.[12] This growing group of workers needs to have the opportunity for certain continuity in representation despite the inherent occupational mobility. A new approach might assume a "full career life cycle" which would enable contingent workers, whether professionals or low-skilled, to have membership in a worker organization that accommodates continuous change in job opportunities.[13] Such "next-generation unions" can provide direct services and benefits to their members, detached from a specific workplace, or even from a specific industry.[14]

Low-skilled, low-income workers are the most vulnerable category of workers of the labor market. Globalization and technology advancements

---

(9) On these organizational structures, see generally, *Orly Lobel*, "Agency and Coercion in Labor and Employment Relations: Four Dimensions of Power in Shifting Patterns of Work", 4 U. Pa. J. Lab. & Employment L. 121 (2001).

(10) *Id.*

(11) Section 2(3) of the NLRA states: "The term 'employee' ... shall not include ... any individual employed as a supervisor." NLRA § 2(3), 29 U.S.C. § 152(3) (1982). Section 2(11) defines the term "supervisor" as: Any individual having authority, in the interest of the employer, to hire, transfer, suspend, lay off, recall, promote, discharge, assign, reward, or discipline other employees, or responsibility to direct them, or to adjust their grievances, or effectively to recommend such action, if in connection with the foregoing the exercise of such authority is not of a merely routine or clerical nature, but requires the use of independent judgment NLRA § 2(11), 29 U.S.C. § 152(11).

(12) *Osterman et. al.*, "Working in America: A Blueprint for the New labor Market" 112-13 (2002).

(13) See, *Osterman et. al.*, "Working in America: A Blueprint for the New labor Market" 124 (2002).

(14) *Id.*

has widened the gap between low-skilled and high-skilled workers. While high skilled workers are more likely to remain employable even as job and opportunities are reconfigured, low-skilled workers experience greater uncertainties and dislocation. In our current "human capital era," or otherwise termed "the information age", policies must be further designed to improve the opportunities for skill training and mobility for all workers. One example of such an initiative is one reaction to the effects of global competition by the U.S. federal government — the creation a special fund under the Trade Adjustment Act which provides special training assistance for workers who have lost their jobs because of foreign competition. Moreover, the biggest problem that low-skilled workers face in the new economy is not the lack of direct employment regulation but the lack of coverage and enforcement under existing protective laws, as well as the lack of a greater public infra-structure to address the risks of contingency. First, small businesses are often uncovered by labor and employment regulations because of minimum size requirements for coverage. In such cases a more active role by public administrative agencies is required to ensure adequate labor standards. Innovative attempts in the some states have included the definition of a governmental agency as a "de jure employer" in such cases where a de facto private employer is inadequate. Labor policies must be better linked to other public policies, including welfare, health, unemployment insurance, pensions, education and training. In the United States, the fact that welfare benefits such as health insurance and pensions are employer-based is proving highly problematic for the most vulnerable groups of workers in the new economy. New public laws, including tax incentives and direct social provision should take into account the increased mobility and contingency of work.

Although labor standards are mostly not linked to citizenship or residency, and all workers, including undocumented immigrant workers, are protected by employment laws, in practice, many of the most vulnerable groups of workers are paid less than the minimum wage, receive no overtime, or fringe benefits and are generally exploited in the new economy. A focus on new worker voice structures is the most promising avenue to address these problems. Enabling workers to organize and participate in some of the decision-making processes that affect their work-lives may prove more important to an ever changing economy than a focus on the exact substantive content of various employment laws.

Making the Local, National, and Global Connections

Focusing on process rights, a growing number of legal scholars across the globe are exploring bottom-up activism which makes visible the links between local and global developments. As described above, the great variations in employment arrangements and worker organizations, the heterogeneity of the workplace and the workforce, and the rapidity in which the market is changing these days, all require flexibility and adaptability. Flexibility should not be understood as the domain of firms but rather as an organizing concept for government and civil society as well. Thus governmental agencies should engage civil society and market initiatives

that experiment with process and regulatory innovation by supporting a variety of organizing forms and facilitating alliance building and information sharing from different geographical areas and industries. Attention should be devoted to new market intermediaries, including vocational training programs, placement agencies, temporary help and leasing firms, work/family initiatives, nongovernmental employee advocacy groups, community organizations, cross-sector partnerships and coalitions, immigrant network groups, and mediation and reconciliation services. All of these spaces have become more important within the new global market realties. Yet while some have proved helpful to raising awareness about fair work standards, others, such as some temporary help agencies, have contributed to the decline of these standards. It is the role of public bodies, including administrative agencies and the courts to identify the structures that can build scale and scope, and encourage partnerships across regional, national, and transnational spaces. Responsible practices should be standardize and supported publicly, while unfair arrangements must be discouraged as structural problems and with an eye to equitable distribution, between labor and capital as well as among different categories of workers, within the comprehensive framework of the changing economy.

IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE(*)

PIERO SANDULLI(**)

Il procedimento di conciliazione. Considerazioni generali

La conciliazione pre-processuale, costruita come condizione di proseguibilità (rectitis: ammissibilità) dell'azione per la tutela del rapporto di lavoro, costituisce, unitamente all'accertamento pregiudiziale dell'art. 68-bis, uno dei punti qualificanti, sotto il profilo processuale, della tutela del pubblico impiego.

Invero, il legislatore delegato, con l'art. 31 del decreto legislativo del 31 marzo 1998, n. 80 non si è limitato a prevederla per i soli rapporti lavorativi di pubblico impiego, ma la ha estesa anche al lavoro subordinato e parasubordinato di natura privata.

Colpisce, però, che dopo tutti gli sforzi per unificare la tutela dei dipendenti pubblici e privati proprio per la conciliazione, che costituisce il necessario atto prodromico del rito del lavoro, si siano voluti individuare due procedimenti diversi, integranti anche una differente incidenza nei rapporti con l'eventuale giudizio di merito. Questa scelta, che è certamente inopportuna, reca con sé anche incertezze di natura costituzionale, non solo sotto il profilo dell'eguaglianza (art. 3), ma anche in merito al diritto alla difesa (artt. 24 e 111 Cost., quest'ultimo così come novellato dalla legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999).

(*) Palestra proferida no Seminário Ítalo-brasileiro de Direito do Trabalho, realizado no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, promovido pela EMATRA XV — Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região e AMATRA XV — Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região, em 28.3.2003.

(**) Professor da cadeira de "Direito Processual do Trabalho", junto ao Master di Perfezionamento, da Facoltà di Giurisprudenza na Università degli Studi di Roma — La Sapienza, de Roma. Professor da cadeira de "Direito Processual Civil", da Facoltà di Giurisprudenza na Università degli Studi di Roma — La Sapienza, de Roma. Professor ordinário da cadeira de "Direito Processual Geral", na Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cassino, de Cassino. Componente da Comissão Ministerial, junto ao Ministero della Funcione Pubblica, para a reforma das Autorità Indipendenti e das Agenzie. Componente do Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, onde tem o cargo de Diretor da Scuola Forense "Vittorio Emanuele Orlando", para formação profissional. Autor de várias obras dentre as quais o Manuale del processo del lavoro, em co-autoria com o Magistrado Angelo Socci (Milano: Giuffrè, 2000). Advogado.

Inoltre, non può non considerarsi che da una parte il legislatore ha operato la scelta della conciliazione pre-processuale, come presupposto per l'ammissibilità dell'azione, mentre per altro verso non ha inteso nobilitare l'istituto della conciliazione dettando le condizioni, anche procedimentali, idonee per una sua effettiva riuscita, ma si sia limitato a considerare la richiesta del tentativo di conciliazione come un mero «spazio» temporale privo di effettività processuale (art. 69, terzo comma).

Invero, nessuno sforzo è stato compiuto per attrezzare, in concreto, le strutture che debbono esperire la conciliazione, incorrendo così nell'errore di sempre, quello di dettare gli istituti processuali (o para processuali) e di non consentire il loro effettivo funzionamento.

Dopo gli esperimenti, non certo riusciti, della conciliazione obbligatoria nel processo agrario (L. 203/82) e nel giudizio in tema di licenziamento individuale (L. 108/90), il legislatore doveva, se veramente aveva intenzione di promuovere la conciliazione come strumento alternativo alla lite, preoccuparsi di determinare l'effettivo funzionamento di essa, anche attraverso procedure snelle e di facile attuazione, che fossero idonee a formare una «cultura della conciliazione», in luogo della «divinizzazione» della lite, procedure svincolate da qualsiasi rapporto-vincolo con il giudizio di merito. Invece, il legislatore delegato non solo non si è curato di tutto ciò, ma ha eccessivamente «processualizzato» la conciliazione, ponendo, in tal modo, una concreta ipoteca sul fallimento dell'istituto. Sintomatica, al riguardo è la composizione del collegio arbitrale e la nomina di conciliatori, che è assai più vicina alla procedura dell'arbitrato (di natura litigiosa), che non a quella classica della conciliazione (art. 322 c.p.c.), che storicamente si caratterizza per essere il «consilium» emesso da un unico, autorevole soggetto, certamente in situazione di terzietà rispetto alle parti. Nel caso del pubblico impiego, invece, si è voluto costruire un collegio di tre persone che, per la loro procedura di nomina, non sono tutte in posizione di terzietà rispetto alle parti e, pertanto, difficilmente giungeranno al risultato di conciliarle, sempre che la medesima conciliazione potrà esperirsi nei novanta giorni previsti dal terzo comma dell'art. 69 del D.Lgs. 29 del 1993.

Infine, il «vincolo», contenuto nel sesto e nel settimo comma dell'art. 69-bis, della mancata conciliazione sul successivo processo di merito integra una pesante ipoteca sui comportamenti attuati dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione e certamente non depone per una buona riuscita di esso.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione. La proposizione

Abbiamo già analizzato la disciplina della conciliazione per i dipendenti privati (artt. 410-412-bis c.p.c.) il tentativo di conciliazione nel settore delle pubbliche amministrazioni prevede rilevanti differenze.

Dette differenze non possono non suscitare dubbi di costituzionalità in relazione al dettato dell'art. 3 della Carta costituzionale, tuttavia, il richiamo espresso dell'art. 410 c.p.c., contenuto nell'art. 69 D.Lgs. 29/1993, deve far ritenere che, il tentativo di conciliazione del lavoro dipendente dalle pubbli-

che amministrazioni altro non sia se non una specie, dei più generale tentativo di conciliazione, previsto per tutte le controversie di lavoro dall'art. 410 c.p.c.

Ciò consente di tentare un'integrazione tra la normativa del settore pubblico e quella prevista dal codice di rito, ritenendo applicabile, anche alle pubbliche amministrazioni, la norma dell'art. 410, comma 2, c.p.c., sull'interruzione della prescrizione e sospensione della decadenza.

Il tentativo di conciliazione si svolge con le procedure previste dai contratti collettivi, ovvero davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 69-bis D.Lgs. 29/1993.

I contratti collettivi possono prevedere una apposita procedura di conciliazione, alternativa a quella prevista dall'art. 69 e 69-bis del D.Lgs. n. 29 del 1993.

La domanda giudiziale diventa *procedibile* trascorsi novanta giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione. L'art. 410bis c.p.c. prevede, invece, un termine più breve di 60 giorni. 1 30 giorni di differenza, previsti in favore della pubblica amministrazione, datore di lavoro, sì giustificano, però, con la disposizione dell'art. 69-bis, comma 4, D.Lgs. n. 29 del 1993: «Entro trenta giorni dal ricevimento della copia della richiesta, l'amministrazione, qualora *non accolga la pretesa* del lavoratore, deposita presso l'ufficio osservazioni scritte».

La data di inizio del tentativo di conciliazione (sia agli effetti interruttivi della prescrizione, che per quelli sospensivi della decadenza e per il decorso dei novanta giorni per la procedibilità) deve considerarsi quella della ricezione della richiesta ad opera della controparte (pubblica amministrazione o lavoratore, quando è l'ammi nistrazione ad interpretare il tentativo di conciliazione).

Espressamente l'art. 69-bis, D.Lgs. 29/1993 prevede che «la richiesta del tentativo di conciliazione, sottoscritta dal lavoratore, è *consegnata* all'ufficio presso il quale istituito il collegio di conciliazione competente o *spedita mediante raccomandata*, con avviso di ricevimento. Copia della richiesta deve essere *consegnata, o spedita*, a cura dello stesso lavoratore al l'amministrazione di appartenenza».

Invero, il momento iniziale della procedura risalente alla comunicazione alla controparte, può condividersi, solo se la stessa è preceduta dalla comunicazione all'ufficio. Altrimenti vale come data di inizio l'ultima comunicazione, essendo la richiesta di tentativo di conciliazione un. atto «doppiamente» recettizio. Invero, l'art. 69 D.Lgs. 29 del 1993 fa riferimento, infatti, alla «promozione», mentre l'art. 410-bis c.p.c., prevede la semplice «richiesta». Il tentativo di conciliazione può ritenersi «promosso» solo dopo l'investitura dell'ufficio di conciliazione e la trasmissione dell'istanza alla contro parte.

Relativamente ai modi, per portare a legale conoscenza della richiesta del tentativo di conciliazione sia l'ufficio, che la controparte, essi sono:

1) la consegna diretta;

2) la spedizione a mezzo posta (con espressa previsione dell'avviso di ricevimento per l'ufficio e non per l'amministrazione).

Anche se non espressamente prevista, la raccomandata con avviso di ricevimento alla controparte pubblica amministrazione, la stessa è opportuna per consentire la prova in giudizio della «promozione», e quindi, della procedibilità della domanda giudiziale.

Per la consegna diretta l'ufficio e la pubblica amministrazione devono rilasciare «ricevuta sulla copia», per consentire la successiva prova in giudizio, applicando analogicamente l'art. 16, comma 3, D.Lgs. 546/1992 in materia di contenzioso tributario.

La commissione di conciliazione

La commissione di conciliazione specifica per le conciliazioni delle controversie in materia di pubblico impiego è istituita presso l'ufficio provinciale del lavoro, nella cui circoscrizione si trova l'ufficio cui il lavoratore è addetto (la competenza territoriale della conciliazione coincide con quella giudiziaria *ex* art. 413, comma 5, c.p.c.), ovvero era addetto al momento della cessazione del rapporto. Il collegio è composto:

1) dal direttore dell'ufficio o da un suo delegato (Presidente);

2) un rappresentante nominato dal lavoratore;

3) un rappresentante nominato dall'amministrazione.

Il rappresentante del lavoratore viene indicato nella domanda, quello dell'ufficio con le successive osservazioni scritte (art. 69-bis, comma 3 e 4, D.Lgs. 29/1993). Il lavoratore, oltre all'indicazione diretta può delegare per la nomina un'organizzazione sindacale. Lascia perplessi questa diversa composizione dell'organo nella conciliazione in materia di pubblico impiego, che reca in se tutti gli elementi di una eccessiva «processualizzazione» del procedimento di conciliazione.

Le formalità ed il contenuto della richiesta

Il tentativo di conciliazione nel settore del pubblico impiego contiene, al contrario di quello generale *ex* art. 410 e ss. c.p.c., alcune specificazioni sulla forma e sul contenuto della richiesta di conciliazione.

La richiesta, sottoscritta, deve precisare:

a) l'amministrazione di appartenenza e la sede alla quale il lavoratore è addetto;

b) il luogo dove gli vanno fatte le comunicazioni della procedura;

c) l'esposizione sommaria dei fatti e delle *ragioni* poste a fondamento della pretesa;

d) la nomina del proprio rappresentante nel collegio di conciliazione, o la delega per la nomina medesima ad un'organizzazione sindacale.

Sono requisiti di forma-contenuto della richiesta che hanno lo scopo di far vagliare alla controparte, la fondatezza, o no, della richiesta, ai fini

dell'accogli mento di essa, totale o parziale, e di consentire all'ufficio di conciliazione (il collegio), di formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia ex art. 69-bis, comma 5, D.Lgs. 29/1993.

Anche tale proposta desta la preoccupazione, in precedenza già espressa, di un eccessivo vincolo tra la procedura di conciliazione ed il processo ordinario. Invero, il legislatore delegato impone al collegio di conciliazione quasi la stesura di un «Lodo» con evidenti rischi di incidenza di esso sul futuro, eventuale, processo contenzioso.

Del resto non poche preoccupazioni suscita la valutazione, concreta, dei requisiti della richiesta di conciliazione, che vanno valutati alla luce delle regole generali in materia di nullità (artt. 156 e seguenti del codice di rito) in quanto esse rilevano ai fini di un atto finalizzato all'instaurazione del successivo giudizio.

Infatti, «la parte contro la quale è stata proposta la domanda in violazione dell'art. 410 del codice di procedura civile, con l'atto di riassunzione o con memoria depositata in cancelleria, almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, può modificare o integrare le proprie difese e proporre nuove eccezioni processuali e di merito, che non siano rilevabili d'ufficio» (art. 69, comma 3, D.Lgs. n. 29 del 1993).

Va, però, ricordato che non ogni difformità dell'atto integrante l'istanza di conciliazione, dal modello previsto comporterà l'invalidità, ma solo quelle difformità essenziali che non fanno raggiungere lo scopo (art. 121 c.p.c.) o che non si sanano con la costituzione della controparte.

I rilievi operati in merito ai requisiti dell'atto trovano identica applicazione per quanto concerne la sottoscrizione dell'istanza di conciliazione, la cui mancanza deve considerarsi sanata quando ha determinato il raggiungimento dello scopo stesso dell'atto.

In relazione alle nullità in cui può incorrere l'atto introduttivo della conciliazione è necessario chiedersi se esse siano in condizione di inficiare anche l'introduzione del giudizio, trascorsi i novanta giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione.

La risposta, a nostro avviso, è necessariamente positiva tutte le volte in cui l'atto non ha i requisiti minimi per il perseguimento dello scopo; non potendo, in questa ipotesi, farsi riferimento all'effetto sanante previsto dall'art. 156, comma terzo, c.p.c..

La specificazione degli elementi di doglianza serve, inoltre, a verificare se l'oggetto della conciliazione è lo stesso del successivo giudizio. Per evitare contestazioni sulla diversità di esso è opportuna una attenta determinazione dell'oggetto della contesa, sin dalla richiesta di conciliazione.

L'accoglimento della richiesta. Le osservazioni scritte dell'amministrazione

Entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta (ma anche dopo, essendo il termine ordinatorio) l'amministrazione, qualora non accolga la pretesa del lavoratore, deposita presso l'ufficio *osservazioni scritte.*

L'accoglimento della pretesa del lavoratore può essere integrale o parziale, evidentemente l'accoglimento totale non necessita di ulteriore trattazione; mentre l'accoglimento parziale impone di proseguire la procedura conciliativa per quanto non accolto.

E' improbabile, ma le parti possono anche transigere, *ex* artt. 2113 e ss. c.c. parte o tutta la controversia indipendentemente dalla richiesta di conciliazione. Gli effetti saranno quelli delle conciliazioni *(rectius:* transazioni) extraprocessuali (art. 2113 c.c.).

Il legislatore delegato non chiarisce né i requisiti formali, né quelli sostanziali delle osservazioni scritte dell'amministrazione, previste dal quarto comma dell'art. 69-bis dei D.Lgs. 29/93 *(rectius:* art. 32 dei D.Lgs. 80/98); tuttavia lo scopo di esse è speculare a quello della istanza introduttiva della conciliazione, pertanto esse debbono contenere le ragioni della non accettazione della richiesta, al fine di consentire al collegio di conciliazione di predisporre la proposta per la bonaria definizione della lite.

Con le osservazioni scritte l'amministrazione nomina il proprio rappresentante nel collegio di conciliazione.

Comparizione delle parti. Rappresentanza ed assistenza

Nei dieci giorni successivi al deposito delle osservazioni dell'amministrazione, il presidente del collegio di conciliazione fissa la comparizione delle parti per esperire il tentativo di conciliazione.

Dinanzi al collegio il lavoratore può farsi rappresentare o assistere anche da un'organizzazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato (art. 69-bis, comma 4, D.Lgs. n. 29 del 1993).

La lettera della legge lascia intuire l'alternativa tra il mandato (evidentemente scritto argomentando dall'art. 1392 c.c.), e l'adesione ad una organizzazione sindacale.

L'adesione al sindacato va comunque provata, con idonea documentazione.

Per l'amministrazione deve comparire un soggetto in grado di rappresentarla e unito del potere di conciliare la lite; anche in questa ipotesi i poteri debbono essere resi per iscritto.

Non è prevista attività istruttoria, ma la comparizione delle parti può far sorgere un vero contraddittorio tra di esse; alla luce di questo il collegio esperisce il tentativo di conciliazione, formulando un consilium al quale le parti possono aderire e sul quale esse possono intervenire per modificarlo. Le parti possono, pertanto, fare dichiarazioni ed essere interrogate liberamente. L'istruttoria, che come si è detto non è prevista, non può ritenersi per questo vietata. Le parti possono, quindi, produrre documentazioni, sia mediante atti scritti (la richiesta e le osservazioni), sia all'atto della comparizione. Possono produrre, inoltre, anche documenti contenenti dichiarazioni di terzi (analoghi agli effetti della testimonianza).

La comparizione è facoltativa, cioè non obbligatoria. Tuttavia la mancata comparizione può assumere eventuale rilievo nel successivo giudizio, «ai fini del regolamento delle spese» (art. 69-bis, comma 7, D.Lgs. n. 29 del 1993).La mancata comparizione, infatti, è un «comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa», negativo per la parte non diligente, e non disponibile a conciliare la lite. Pertanto, pur essendo facoltativa, è sempre consigliabile la presenza personale delle parti al fine di evitare «ipoteche» disegno negativo sul successivo giudizio di merito.

La conciliazione totale o parziale. Il mancato accordo

Se la conciliazione riesce, anche limitatamente ad una parte della vertenza, viene redatto un separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti del collegio di conciliazione. Il verbale costituisce titolo esecutivo. Alla conciliazione non si applicano le disposizioni dell'art. 2113, comma 1, 2 e 3, c.p.c.

La conciliazione è, quindi, considerata transazione privilegiata ex art. 2113, comma 4, c.c., in altre parole non impugnabile.

Invero, il riferimento all'art. 2113 c.c. non costituisce una novità in quanto, già in precedenza l'ultimo comma di esso escludeva l'applicazione delle disposizioni contenute nell'articolo stesso alla conciliazione intervenuta nel rito del lavoro.

La conciliazione (il verbale) è esecutiva (costituisce titolo esecutivo), senza ulteriori formalità (cfr. l'art. 411, comma 2 c.p.c.).

Per le conciliazioni parziali è opportuna la precisione dell'analisi sull'oggetto conciliato e su quello non conciliato, sia perché il verbale è titolo esecutivo, per la parte conciliata (e quindi deve contenere le specificazioni per un valido procedimento esecutivo), sia per evitare dubbi nella successiva fase giudiziaria, sul restante oggetto non conciliato.

Se non si raggiunge un accordo il collegio di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia. Se la proposta non è accettata, i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti (art. 69-bis, comma 6, D.Lgs. n. 29 del 1993).

La possibilità di valutazione data al giudice di merito dei comportamento tenuto dalle parti durante il procedimento di conciliazione ai fini della decisione relativa alle spese, in deroga alla regola generale, prevista dall'art. 91 del codice di rito, in base alla quale le spese seguono la soccombenza dei giudizio, rende necessarie alcune osservazioni in merito.

Invero, il dato normativo può avere due diverse chiavi di lettura la prima di segno positivo, la seconda, invece, contraria all'ottica deflattiva, che deve sempre accompagnare le procedure conciliative.

L'aspetto positivo della norma è costituito dalla circostanza che il giudice di merito dovendo valutare tutti i «comportamenti» (e non solo il

contenuto degli atti scritti) delle parti nelle fasi di conciliazione obbliga queste ultime a non sottovalutare la conciliazione ed a collaborare per lo svolgimento del procedimento conciliativo.

Di contro si è dimostrato che ogni qual volta la fase di conciliazione si collega al giudizio di merito difficilmente la conciliazione produce effetti di segno positivo.

Appare evidente che il giudice non deve tenere conto del comportamento delle parti quando il procedimento di esperimento della conciliazione non viene attuato nei termini previsti dal quarto comma dell'art. 69-bis, in quanto in detta circostanza le parti perdono interesse al procedimento di conciliazione e non sono obbligate ad attendere, ulteriormente, la data della comparizione, ad opera del presidente del collegio di conciliazione, mentre possono utilmente promuovere l'azione, mediante il deposito del ricorso, innanzi al giudice del lavoro.

Particolarmente interessante è il rilievo, contenuto nell'ultimo comma dell'art. 69-bis del D.Lgs. 29/93, in base al quale, anche in deroga al secondo comma dell'art. 97 della Costituzione, vengono esonerati dalla responsabilità amministrativa i rappresentanti della P.A. che aderiscono alla conciliazione sia in sede pre-processuale che nell'ambito del giudizio, a norma dell'art. 420 del codice di rito.

Rimane da chiedersi se gli stessi funzionari siano esonerati anche dalla responsabilità contabile.

Se lo spirito della norma è quello di favorire la conciliazione, sollevando i pubblici dipendenti, muniti del potere di conciliare, da ogni responsabilità in merito alla conciliazione medesima, non vi è dubbio che deve ritenersi sussistente l'esonero di responsabilità contabile dei funzionari; opinando diversamente risulterebbe vanificato, completamente, il portato della norma in esame.

Procedibilità (reetius ammissibilità) della domanda

Il profilo relativo alla procedibilità della domanda, del quale già a suo tempo ci siamo occupati, consente ancora alcune considerazioni prendendo le mosse dalla modifica apportata dal D.Lgs. n. 387/98 al precedente testo dell'art. 31 del D.Lgs. n. 80/98.

Invero, al di là della qualificazione terminologica, il legislatore ha inserito, con il coordinato disposto degli artt. 69, terzo comma del decreto legislativo 29/93 e terzo comma dell'art. 412-bis c.p.c., una vera e propria condizione di ammissibilità dell'azione integrante, non solo un «filtro» obbligatorio alla sua proposizione, ma anche una circostanza che ne impedisce il procedere.

Per rafforzare questo concetto il legislatore ha, inoltre, previsto, con il terzo comma dell'art. 69, così come novellato dal D.Lgs. n. 387 del 29. 10. 1998, il termine perentorio di centottanta giorni per la riassunzione, *rectius* proposizione *ex novo* del ricorso, innanzi al giudice di merito.

Inoltre, il meccanismo della sospensione dei giudizio, proposto senza il preventivo tentativo di conciliazione pre-processuale, consente di affermare ulteriormente la natura di condizione di ammissibilità della domanda relativa alla conciliazione pre-processuale.

Analogamente a quanto avviene in tema di impiego privato, anche per il pubblico impiego deve ricordarsi come il procedimento relativo alla conciliazione non debba essere proposto tutte le volte in cui si fa riferimento «ai provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari previsti dal capo terzo del titolo primo del libro quarto» (cfr. ultimo comma art. 412-bis). Dette affermazioni, al di là della «atecnicità» del loro contenuto debbono far ritenere che per quanto riguarda i procedimenti cautelari ed i procedimenti speciali in cui è ravvisabile l'urgenza (ad esempio gli artt. 18 e 28 della legge del 20 maggio 1970, n. 300) non debba trovare applicazione il procedimento del preventivo tentativo di conciliazione.

Diversa è l'ipotesi della proposizione e/o riassunzione del giudizio di merito una volta proposta ed ottenuta la misura cautelare. Invero, ci si chiede se sia necessario, in questa circostanza, esperire, o no, il tentativo di conciliazione. La risposta va ricercata alla luce del quarto comma dell'art. 669-octies c.p.c., che comunque impone, anche nell'ambito del pubblico impiego, prima della riassunzione del giudizio di merito, a seguito di una misura cautelare ottenuta, l'esperimento della conciliazione pre-processuale, anche se l'esito di questa, pendendo già una lite non sarà, a nostro avviso, positivo.

Il problema del necessario esperimento del tentativo di conciliazione pre-processuale si pone — come detto al § 81 — anche in relazione alla domanda riconvenzionale. Seguendo un ragionamento squisitamente teorico non può non considerarsi la necessità di assoggettare la domanda riconvenzionale alla ipotesi conciliativa.

Sotto un profilo più marcatamente pragmatista, invece, è necessario ricordare che la questione collegata alla domanda riconvenzionale è presumibilmente già stata esaminata nel contesto, del procedimento conciliativo pre-processuale, azionato dall'attore, e sempre presumibilmente ha avuto spazio nel contesto delle osservazioni scritte formulate dall'amministrazione convenuta; inoltre, va considerato che essendo già fallito un primo procedimento conciliativo, difficilmente un secondo potrebbe ottenere un esito positivo. Pertanto, deve concludersi, seguendo la linea più concreta per la non necessità di far precedere dal tentativo di conciliazione la domanda riconvenzionale.

Infine, per quanto riguarda il procedimento monitorio, in merito allo stesso si è già esclusa la necessità di farlo precedere dalla conciliazione pre-processuale. Invero, si è discusso in dottrina(91) della possibilità di comprendere nei procedimenti speciali — urgenti — anche il decreto ingiuntivo. Per la sua natura e per le caratteristiche dei procedimento stesso è da escludere, però, che il decreto ingiuntivo debba essere fatto precedere dalla conciliazione. Diverso è il problema legato alla fase di opposizione al decreto ingiuntivo, che si introduce, come è noto, con ricorso al giudice dei lavoro. In tale circostanza è richiesto, invece, l'esperimento

della conciliazione, a norma dell'art. 412-bis c.p.c. Onde evitare che si verifichi la decadenza dalla opposizione, che va proposta entro quaranta giorni dalla notifica del decreto, può suggerirsi di procedere congiuntamente alla opposizione ed alla richiesta della conciliazione.

L'unica differenza sostanziale, ravvisabile nel tentativo di conciliazione, tra l'impiego pubblico e l'impiego privato, è quella costituita dalla circostanza che «la parte contro la quale è stata proposta la domanda in violazione dell'art. 410 del codice di procedura civile, con l'atto di riassunzione o con memoria depositata in cancelleria, almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, può modificare o integrare le proprie difese e proporre nuove eccezioni processuali e di merito, che non siano rilevabili «d'ufficio». Tale norma integra una limitata rimessione in termini relativamente alle preclusioni degli atti introduttivi (ricorso *ex* art. 414, ma soprattutto memoria difensiva *ex* art. 416 c.p.c.).

In pratica la rimessione in termini opera soprattutto in favore all'amministrazione, per le eccezioni in senso stretto (quali ad esempio la prescrizione).

E' difficile trovare una ragione della disposizione, di favore dell'amministrazione, abilmente prevista per entrambe le parti, ma sostanzialmente utile alla convenuta amministrazione. In sostanza solo le difese e le eccezioni sono modificabili ed integrabili, non le domande.

Profili relativi alla costituzionalità della conciliazione. Analisi della sentenza n. 276/2000 della Corte Costituzionale

In relazione alla costituzionalità dell'istituto della conciliazione obbligatoria è intervenuta, di recente, la Corte Costituzionale, che con la sentenza n. 276 del 13 luglio 2000 (92) ha ritenuto la conformità alla normativa costituzionale della conciliazione pre-processuale e la insussistenza di un preteso eccesso di delega (art. 76 Cost.), del lamentato da alcuni giudici di merito, che avevano per questa ragione adito il giudice della legittimità delle leggi. La Corte non ha ravvisato neppure la sussistenza di una lamentata violazione dell'articolo 24 della Costituzione, in quanto ha sostenuto che l'articolo 24 «laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare "interessi generali" con le dilazioni conseguenti».

Afferma la Corte che «il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo:da un lato evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario, in materia di lavoro, provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario e dall'altro favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguito attraverso il processo».

In tal modo, la Corte Costituzionale non solo ha sancito la possibilità di convivenza tra i «filtri» alla proposizione dell'azione e l'azione medesima,

ma ha decretato la rilevanza «sociale» della conciliazione anteponendola, sotto il profilo degli effetti, allo stesso risultato ottenibile a seguito di una decisione del giudice.

Con la sentenza n. 278 del 2000 la Corte Costituzionale affronta anche il tema del diverso procedimento di conciliazione pre-processuale dettato per il pubblico e per il privato impiego. Al riguardo la sentenza tende a parificare, ove possibile, i due procedimenti e suggerisce l'ipotesi che anche nella conciliazione prevista dall'articolo 410 c.p.c. per i rapporti di lavoro privato debba effettuarsi una puntuale e precisa indicazione delle doglianze, così come richiede l'art. 69-bis del D.Lgs. n. 29 del 1993. Del resto, si è già detto in precedenza, che l'atto introduttivo del procedimento di conciliazione deve contenere, a pena di nullità, desumibile per analogia, dell'art. 164 c.p.c., la esatta indicazione delle doglianze che si intendono sottoporre al conciliatore, sia nei rapporti di lavoro pubblico, che in quelli dipendenti da privati.

Infine la sentenza della Corte Costituzionale offre una lettura chiarificatrice dell'ufficio comma dell'articolo 412-bis del codice di rito, nel quale si ricorda che «il mancato esperimento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari prevista nel capo III, del titolo 1, del libro IV». La sentenza della Corte, chiarisce che anche il procedimento monitorio, pur non sembrando apparentemente indicato nel testo dell'articolo in esame deve ritenersi escluso dal necessario ricorso al preventivo tentativo di conciliazione.

Invero, la Corte afferma che «il tentativo obbligatorio di conciliazione è strutturalmente legato ad un processo fondato sul contraddittorio». Pertanto «la logica che impone alle parti di "incontrarsi" in una sede stragiudiziale, prima di adire il giudice, è strutturalmente collegata ad un (futuro) processo destinato a svolgersi, fin dall'inizio in contraddittorio fra le parti».

All'istituto sono, quindi, per definizione estranei i casi in cui il processo si debba svolgere in una prima fase necessariamente senza contraddittorio, come accade per il procedimento per decreto ingiuntivo.

In conclusione la Corte Costituzionale, con la sentenza numero 278 del 13 luglio 2000, non solo ha affermato la costituzionalità del «filtro» della conciliazione obbligatoria pre-processuale (93), ma ne ha anche rilevato una valenza sociale in quanto attraverso di essa si realizza l'interesse generale di non appesantire la macchina della giustizia, senza per questo limitare il diritto alla difesa, costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Costituzione.

Inoltre, la Corte ha auspicato, molto opportunamente, la unificazione delle procedure di conciliazione pre-processuale nel pubblico e nel privato impiego.

Infine, la soluzione dettata per il decreto ingiuntivo, anche se discutibile sotto il profilo della sistematicità degli istituti processuali, è in linea con la necessità — avvertita dalla Corte — di promuovere e di semplificare l'uso della conciliazione.

L'ARBITRATO NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

L'arbitrato nelle controversie di lavoro. Normativa speciale

Con il decreto legislativo *80/1998* il legislatore aveva dettato con gli artt. *412-ter* e *412-quater* c.p.c. una disciplina unitaria dell'arbitrato nelle controversie di lavoro, che non avrebbe più consentito di distinguere, ai fini del deposito e dell'impugnazione, tra lodi c.d. rituali e lodi c.d. irrituali *(94)*, perché prevedeva, in ogni caso, con il primo comma dell'art. *412-quater*, l'impugnazione davanti alla corte d'appello nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato, in funzione di giudice del lavoro, con ricorso da proporsi entro trenta giorni dalla notificazione del lodo da parte degli arbitri. Il successivo secondo comma, prevedeva che, trascorso detto termine, o se le parti avessero dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, o quando il lodo venisse depositato presso l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale; il direttore, o un suo delegato, accertandone l'autenticità, avrebbe provveduto a depositarlo nella cancelleria del tribunale, nella cui circoscrizione era stato redatto, il quale, su istanza della parte interessata, accertatane la regolarità formale, lo avrebbe dichiarato esecutivo con decreto.

Si trattava, di una disciplina complessa, ed in assoluta controtendenza con la normativa generale, che subordinava l'acquisto dell'efficacia esecutiva del lodo alla sua non impugnabilità.

Con il successivo decreto legislativo 387/1998, il legislatore ha modificato la rubrica dell'art. 412-ter c.p.c., restringendo la portata applicativa di tale articolo e del successivo art. 412-quater ai soli lodi c.d. «irrituali». Mentre per i lodi rituali deve farsi riferimento alla disciplina generale in tema di deposito ed impugnazione.

Sull'impugnazione di lodi irrituali dovrà adesso decidere, in unico grado, il tribunale della circoscrizione in cui ha la sede l'arbitrato, adito a seguito di ricorso da depositarsi entro trenta giorni dalla notificazione del lodo; trascorso tale termine, o se le parti hanno, comunque, dichiarato per iscritto di accettare la decisione arbitrale, ovvero se il ricorso è stato respinto dal tribunale, il lodo è depositato nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato, il quale, su istanza della parte interessata ed accertatane la regolarità formale, lo dichiara esecutivo con decreto.

Se si tiene conto, peraltro, che l'art. 43 del decreto legislativo 80/1998 ha ormai abrogato il secondo e il terzo comma dell'art. 4 della legge 11 agosto 1973, n. 533, e che nel nuovo testo dell'art. 412-quater manca qualsiasi previsione in ordine ai motivi di impugnazione del lodo c.d. irrituale — che devono essere desunti dalla disciplina dettata dall'art. 829 c.p.c. —, mentre vi è un riferimento espresso alla «sede dell'arbitrato» disciplinata nell'art. 816, primo comma, c.p.c., se ne deduce che la qualifica di «irrituale» dell'arbitrato, espressamente prevista dal legislatore com riferimento alle controversie di lavoro, comporta unicamente l'applicabilità di una normativa speciale, oltre che per la stipulazione del patto compromissorio, per la composizione del collegio e per lo svolgimento del processo arbitrale, anche

in tema di deposito ed impugnazione dei lodo, in deroga alla normativa generale dettata dagli artt. 806 ss. c.p.c., che rimane per il resto applicabile.

La procedura arbitrale, sin qui, descritta, trova applicazione sia nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato da privati, che nel pubblico impiego.

Tale constatazione è desumibile, oltre che dalla lettura dell'articolo 412-quater c.p.c., anche dai profili generali relativi alla «privatizzazione» del pubblico impiego e dalla contrattualizzazione di esso; come vedremo più approfonditamente nel paragrafo successivo.

La nuova normativa introdotta dai due decreti legislativi del 1998 n. 80 e n. 387 lascia non completamente chiarito il tema dei rapporti tra conciliazione obbligatoria ed arbitrato.

Per quanto riguarda l'arbitrato irrituale, previsto dall'art. *412-ter,* primo comma, c.p.c., il problema non si pone poiché esso muove dalla mancata conciliazione, che, pertanto, deve esser esperita.

Diverso è il problema relativo all'arbitrato del lavoro in genere previsto dall'art. 808 c.p.c., in questo caso, infatti, non estendendosi agli arbitri l'obbligo della sospensione del giudizio non sembra prevista conciliazione obbligatoria.

Analisi dell'accordo del 27 luglio 2000 stipulato dall'ARAN, in tema di arbitrato e contratti collettivi del pubblico impiego

Il 27 luglio 2000 è stata sottoscritta (99), tra l'ARAN e le principali confederazioni sindacali, una bozza di contratto collettivo relativa alla conciliazione ed all'arbitrato. In base a detta ipotesi di lavoro è stata individuata una procedura relativa all'arbitrato «facoltativo» (art. 2) in materia di pubblico impiego ad integrazione e completamento di quanto previsto dall'art. *412-ter* c.p.c..

Il procedimento arbitrale disegnato dall'accordo stilato nel luglio 2000 prevede la instaurazione di un giudizio arbitrale, innanzi ad un arbitro unico, designato dalle parti o, in mancanza di accordo, sorteggiato tra quelli iscritti in una speciale lista (art. 5) tenuta dalla camera arbitrale, costituita presso la direzione regionale del lavoro. Il giudizio è svolgerà secondo diritto (art. 4) e lo stesso dovrà essere preceduto dal tentativo obbligatoria di conciliazione (art. 4, comma 1).

Interessante, al riguardo, appare il collegamento, previsto dall'accordo (art. 4, comma 7), tra i motivi di doglianza addotti al fine dell'esperimento della conciliazione ed i quesiti formulati nel giudizio arbitrale. Se ne deduce quanto già, in precedenza, affermato, che anche le domande formulate all'atto della proposizione della conciliazione possono essere affette dalla nullità a norma dell'art. 164 c.p.c.

Una perplessità è, però, suscitata dal secondo comma dell'art. 6 dell'accordo in esame, che sia pure carattere sperimentale inserisce, per le pubbliche amministrazioni, un arbitrato «obbligatorio» di sospetta costituzionalità.

I Profili Organizzativi
Gli artt. 1 e 5 e lo statuto della Cabina di Regia

Le novità dell'accordo quadro in materia di conciliazione e arbitrato sono molte e sono già state rilevate da vari osservatori: in primo luogo, la novità dello strumento per quanto concerne le controversie di lavoro e, in particolare, per quanto riguarda il settore coinvolto, il pubblico impiego, in cui non solo è recente il trasferimento della giurisdizione dalla giustizia amministrativa a quella ordinaria ma anche è del tutto carente una cultura su forme alternative al ricorso giudiziale.

In questa situazione, l'Aran e le Confederazioni sindacali si sono incaricate di dare forma e sostanza a questo nuovo istituto. In realtà, come è già stato osservato, l'accordo quadro è una novità in sé: non si può parlare di un semplice accordo in cui vi è un dare e avere fra le parti, un sinallagma contrattuale tipico. Attraverso la forma dell'accordo le due parti al tavolo cercano di far nascere e sviluppare il "bambino" arbitrato, come efficacemente definito da Umberto Romagnoli, cercando insieme di sviluppare un percorso in cui non c'è uno scambio fra le parti ma un sentire comune, un'aspettativa (o una speranza) di successo. Certamente una trattativa c'è stata ma non si può considerare sino in fondo la parte rilevante. Dal punto di vista delle parti al tavolo, l'accordo si potrebbe anche considerare non necessario: non investe il rapporto di lavoro (contenuto tipico dei contratti collettivi) ma aiuta solo la risoluzione delle controversie. t semmai, un servizio, un'opportunità per migliorare lo stato della giustizia, in particolare del lavoro. t un modo alternativo per risolvere le controversie ma anche una via per intervenire, almeno per quanto riguarda la conciliazione, nello stesso svilupparsi della gestione del rapporto prima di arrivare ad una vera e propria fase contenziosa.

Questa attività di servizio da parte dell'accordo si può notare, per esempio, nella definizione della fase necessaria conciliativa, che si pone come aiuto alla conciliazione obbligatoria presso le direzioni provinciali del lavoro definita dall'art. 66 d.lgs. 165/2001 (ormai in serie difficoltà soprattutto di carattere organizzativo).

La peculiarità di questo accordo si può riscontrare soprattutto in questa semplice osservazione ossia che, in genere, l'impegno degli accordi sindacali si esaurisce nella stipula degli stessi. Dopo la stipula, la concreta applicazione sarà compito dei datori di lavoro, dei lavoratori, eventualmente dei giudici per i problemi contenziosi ed applicativi. Le parti stipulanti avranno un compito di supervisione, di "garanzia" del rispetto dell'accordo, eventualmente di gestione "politica" sulle tendenze che andranno via via delineandosi nella fase applicativa ma la loro attività più rilevante si sarà conclusa e riprenderà solo in fase di rinnovo.

Invece, nel caso di questo accordo quadro, si può affermare che l'attività continua ed è forse ancora più rilevante, almeno per quanto riguarda la gestione pratica.

In realtà, la cabina di regia, al di là della sua, attività interna (regolamento di organizzazione, nomina del coordinatore ecc.) ha provveduto e sta provvedendo ad attività estremamente rilevanti.

In primo luogo si sono date alcune indicazioni al Ministero del Lavoro per l'emanazione di circolari alle proprie direzioni regionali per l'attivazione e la gestione delle Camere arbitrali stabili. Il Ministero, poi, nella sua autonomia, ha provveduto ad emanare le citate circolari.

Successivamente, la cabina di regia è stata impegnata nella formazione di una lista provvisoria di arbitri. Sulla base dell'accordo quadro, possono essere arbitri i professori e i ricercatori confermati in diritto del lavoro e delle relazioni industriali, i professionisti (avvocati, consulenti del lavoro ecc.) e gli ex magistrati, oltre a soggetti che abbiano superato corsi specifici di formazione arbitrale (di cui si dirà).

La scelta non è stata facile, in considerazione del fatto che uno strumento di tale portata necessita di soggetti in grado di esercitare la loro funzione con equilibrio, imparzialità e competenza. Le spinte opposte, potevano spingere verso la scelta di persone "fedeli" a questa o quella posizione. Confatica si è però riusciti compilare una lista equilibrata in grado di garantire un buon livello arbitrale che possa dare fiducia alle parti ancora timorose della novità.

Altra questione delicata è stata quella delle tariffe applicabili agli arbitri.

La novità introdotta dall'accordo quadro è relativa al principio di lega le spese, senza possibilità di compensazione, alla soccombenza. L'accordo quadro non disponeva di fondi autonomi per il pagamento degli arbitri (e non poteva riversare sulle pubbliche amministrazioni rappresentate dall'Aran tutti i costi, con probabili effetti di ampliamento abnorme del contenzioso).

Non a caso, si è dovuto provvedere ad accollare le spese di segreteria alle Camere arbitrali stabili o alle Amministrazioni presso cui si svolge la procedura, mentre, per quanto concerne le indennità dovute agli arbitri, la cabina di regia ha dovuto stabilire dei "quantum" certo non esosi e sicuramente inferiori alle tariffe professionali.

Questo, peraltro, è anche uno degli elementi che hanno pesato sulla scelta dell'arbitro unico. Ovviamente, da parte del lavoratore, sarebbe risultato fortemente disincentivante dover pagare indennità rapportate non ad un solo arbitro ma ad almeno tre.

Un'altra ragione a favore dell'arbitro unico, sia detto per inciso, è relativa a fattori di semplificazione. Per usare le parole di Domenico Borghesi: "Non è comunque detto che la scelta dell'arbitro unico abbia necessariamente segno negativo, non fosse altro perché elimina quella perenne fonte di ambiguità che è l'arbitro nominato dalla parte, il quale, troppo spesso, soprattutto nelle controversie di lavoro, si comporta come arbitro "di parte". La qual cosa finisce per trasferire all'interno dell'organo giudicante il meccanismo del contraddittorio che, invece, sarebbe meglio ne restasse al di fuori e fosse affidato alle parti e ai loro difensori.

Ultimo e, forse, più qualificante prodotto dell'attività di "accompagnamento" allo sviluppo dello strumento conciliativo e arbitrale, è la definizione di corsi di formazione arbitrale.

Questo obiettivo, fortemente voluto da Umberto Romagnoli, ha le sue ragioni nella considerazione, semplice e nello stesso tempo impegnativa, che non esistono professionalità specifiche nel campo della attività di conciliazione e di arbitrato nelle controversie di lavoro. La capacità di conciliare le parti (oltre che, ovviamente, di emanare lodi giuridicamente ineccepibili) è una capacità rara e particolarmente significativa. Implica grande conoscenza della materia in discussione, grandi capacità di relazione e psicologiche,valutazione ponderata degli effetti e delle possibilità insite nella proposta conciliativa. Si deve ricordare che i funzionari delle direzioni provinciali del lavoro, per esempio, solo dal d. lgs, n. 80 del 1998 hanno sviluppato una competenza in materia conciliativa con poteri di proposta. Precedentemente, nella fase conciliativa facoltativa del settore privato, molta attività di tipo transattivo era sostanzialmente svolta dagli avvocati di parte (ma è attività parzialmente diversa) mentre le direzioni provinciali svolgevano un ruolo in massima parte di legittimità (stilla validità della conciliazione, sulla disponibilità del diritto ecc.).

Ora la richiesta è molto diversa, l'attività è più pregnante e significativa oltre che collegata alla altrettanto impegnativa attività arbitrale successiva.

Per questi motivi la cabina di regia ha sviluppato un progetto formativo particolarmente significativo che, dopo un iter un po' farraginoso, è stato approvato dal Dipartimento della Funzione Pubblica e trasfuso in una convenzione fra Dipartimento e Formez. Inizieranno quindi dei corsi pilota in alcune Università italiane che porteranno alla formazione di circa 175 arbitri. Sarà un momento particolarmente significativo per formare non solo soggetti in grado di svolgere un delicato compito ma anche una cultura in grado di diffondersi e di diffondere fiducia e credibilità nei confronti di questi nuovi strumenti.

E' necessario crederci, tendendo conto che lo sviluppo massiccio dell'arbitrato non è dietro l'angolo ma necessita di impegno, fiducia e attenzione costante. Non è facile in Italia, in cui si oscilla fra una fideistica attribuzione di poteri salvifici alle leggi (o ai contratti) salvo poi diffondere scetticismo senza mai chiedersi se strutture, persone, risorse siano mai state messe a disposizione di nuovi strumenti e di nuovi percorsi.

Ovviamente sono visibili molti problemi: strutture scarse, difficoltà organizzative, procedure farraginose (penso ai rapporti non facili, non sempre collaborativi, tra Camere arbitrali e arbitri), mancanza di fondi, contrattuali e non, da destinare all'arbitrato, ma i primi lodi emessi dimostrano quanto sia importante e significativa la competenza giuridica ma anche la celerità nel giudicare.

Il procedimento dinanzi all'arbitro: a) fase conciliativa

L'art. 412 ter c.p.c. introduce la disciplina dell'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi, chiarendo la necessità, anche nel caso in cui le parti abbiano deciso di deferire ad arbitri la soluzione della controversia, di esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione.

La formulazione letterale della norma non lascia spazio a questioni interpretative in quanto testualmente afferma che: "Se il tentativo di conciliazione non riesce o comunque è decorso il termine previsto per l'espletamento, le parti possono concordare di deferire ad arbitri la risoluzione della controversia ..."

Procedendo ad una applicazione rigorosa della norma citata si dovrebbe ritenere che il previo svolgimento del tentativo di conciliazione è, così come nel caso di devoluzione della controversia al giudice del lavoro, condizione di ammissibilità della controversia ad arbitri e di procedibilità del giudizio arbitrale. L'articolo in questione, infatti, pospone, sia logicamente che temporalmente, all'esperimento infruttuoso del tentativo di conciliazione, il momento in cui le parti possono concordare di deferire la controversia ad arbitri.

Questa, lettura della norma trova ulteriore conferma nella sua collocazione nel codice di seguito alla disciplina del tentativo di conciliazione e delle condizioni di procedibilità della domanda (articoli da 410 a 412-bis c.p.c.).

Il contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedura di conciliazione ed arbitrato non ha seguito l'interpretazione dell'art. 412 ter c.p.c. prospettata ed ha previsto, quando il tentativo di conciliazione non sia già stato esperito ai sensi dell'art. 69 bis del d.lgs. n. 23/1993 (ora art. 66 del t.u. sul pubblico impiego), lo specifico obbligo per l'arbitro di espletare "un tentativo di conciliazione che sostituisce e produce i medesimi effetti di quello previsto dall'art. 69 bis dAgs. n. 29/93 (ora art. 66 dAgs. n. 165 del 2001)1."

Evidentemente le parti firmatarie del CCNQ hanno ritenuto che la disposizione dell'art. 412 ter c.p.c. andasse integrata con la previsione dell'art. 69 d.lgs. n. 23/1993 (ora art. 65 t.u.).

Questa norma, infatti, afferma che il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. può essere svolto con le procedure dei contratti collettivi oltre che davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 66. Il CCNQ, in forza della "delega" contenuta nel richiamato art. 65, ha introdotto un ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione affidato all'arbitro alternativo rispetto a quello previsto dall'art. 66 del t.u. e dagli altri CCNL.

Questa scelta lascia perplessi perché, se pure è giustificabile attraverso il passaggio sopra accennato, introduce un'ipotesi in contrasto con la scelta operata dal legislatore con gli artt. 69 e, 69 bis del d.lgs. n. 29/1993 (introdotti dal dlgs. n. 80/1998) di affidare il tentativo di conciliazione preventiva ad un soggetto diverso da quello cui è affidata l'eventuale fase contenziosa.

Nella ipotesi introdotta con il CCNQ il tentativo preventivo di conciliazione è affidato allo stesso soggetto che sarà chiamato a giudicare in caso di fallimento del tentativo anzidetto. Il momento che più risente di questo accorpamento di funzioni è l'esame della proposta che l'arbitro è tenuto a formulare ai sensi del comma 6 dell'art. 4 del CCNQ. La parte che rifiuterà la proposta dell'arbitro, decidendo di affrontare il giudizio, si troverà ad essere giudicata da chi con la formulazione della proposta ha già, inevitabilmente, manifestato un orientamento sulla questione dibattuta.

Non va poi trascurato il rilievo che l'art. 66 del t.u., al quale senza dubbio fa riferimento la disciplina del tentativo di conciliazione operato dall'arbitro, assegna alla proposta del collegio di conciliazione, tanto che, al comma 7, è previsto che nel successivo giudizio sono acquisiti i verbali concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito e che il giudice valuta il comportamento delle parti nella fase conciliativa ai fini del regolamento delle spese.

Il CCNQ prevede che il tentativo di conciliazione esperito in sede di arbitrato produce gli stessi effetti di quello previsto dall'art. 69 bis dAgs. n. 29/1993 (art. 66 T.u.).

Deve ritenersi, pertanto, che il tentativo esperito dall'arbitro (il suo inizio con il deposito presso la sede dell'arbitro della documentazione) interrompe la prescrizione e, per la durata del tentativo, sospende, sino ai venti giorni successivi alla conclusione, ogni decadenza. Tale effetto si ricollega,infatti, al tentativo esperito ex art. 69 bis in virtù del richiamo all'art. 410 c.p.c. contenuto ivi contenuto.

Dalla equiparazione degli effetti tra i due tipi di conciliazione si trae l'ulteriore conseguenza che, in caso di estinzione del giudizio arbitrale (ad esempio nel caso di cui al comma 9 dell'art 4 del CCNQ), se la fase della conciliazione è stata svolta non sarà necessario ripeterla per iniziare un giudizio ordinario dovendosi ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità richiesta dall'art. 412 bis c.p.c.

L'art. 4 del CCNQ disciplina (commi da 3 a 8) lo svolgimento della procedura di conciliazione nell'ambito del procedimento arbitrale qualora questa non si sia già svolta ai sensi dell'art. 66 d.lgs. n. 165/2001.

Il tentativo di conciliazione deve essere preceduto dal "deposito presso la sede dell'arbitro2 della documentazione contenete la completa esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa nonché della memoria difensiva con la quale l'amministrazione prende posizione in maniera precisa sui fatti affermati dall'istante e propone tutte le sue difese in fatto e diritto."

La prima parte del terzo comma deve interpretarsi, ampliandone la stringata portata letterale, nel senso che 11stante (dipendente o amministrazione) deve depositare presso la sede dell'arbitro una memoria contenente l'esposizione completa dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della domanda ed i documenti a sostegno della fondatezza della pretesa.

In tale memoria dovranno essere indicati tutti gli elementi necessari ai fini dell'identificazione del petitum e della causa pretendi dell'azione intrapresa.

Con molta approssimazione poi la norma pone ad esclusivo carico dell'amministrazione il deposito di una memoria difensiva, non considerando l'ipotesi in cui l'amministrazione è parte istante del procedimento arbitrale e non convenuta. Deve, pertanto, riferirsi l'onere di depositare la memoria difensiva, in senso più generale, alla parte "convenuta".

Con la memoria difensiva la parte convenuta deve prendere posizione in maniera precisa su tutto quanto affermato dall'istante e, aggiungiamo, sulla documentazione da quest' ultimo prodotta, proponendo, altresì, tutte le difese in fatto e diritto. Con il deposito delle memorie si determina ed individua la materia del contendere. Infatti, il successivo comma 8'1 sancisce l'inammissibilità della proposizione di fatti e ragioni ulteriori rispetto a quelle dedotte nella fase conciliativa e risultanti dal processo verbale di mancata conciliazione. La norma è in linea con quella giurisprudenza che ha ritenuto vi debba essere necessariamente identità tra l'oggetto del giudizio e quello del tentativo di conciliazione, al fine di poter ritenere procedibile la domanda giudiziale.

Dalla lettura combinata dei commi 3 ed 8 dell'art. 4, deriva l'ulteriore conseguenza che, nel caso si condivida l'orientamento di coloro che ritengono proponibile nel giudizio arbitrale la domanda riconvenzionale, il momento in cui la domanda deve essere proposta necessariamente coincide con il deposito delle memorie in sede di conciliazione.

Il comma 3 scandisce i termini entro i quali deve esaurirsi la fase della conciliazione, fissando in dieci giorni dalla accettazione della designazione da parte dell'arbitro, il termine concesso all'istante per il deposito di memoria e documenti ed in venti giorni il termine concesso al convenuto per il deposito di memoria difensiva.

Non oltre il trentesimo giorno dalla data in cui l'arbitro ha accettato la designazione dovrà aver luogo la comparizione "personale" delle parti dinanzi all'arbitro.

Le parti dovranno comparire personalmente a differenza di quanto previsto nel procedimento ex art. 66 d.lgs. n. 165/2001 che prevede semplicemente la comparizione delle parti, e quindi anche di chi le rappresenta tecnicamente . In conseguenza di tale differente previsione il dipendente che non compaia personalmente dovrà farsi rappresentare conferendo al rappresentante mandato speciale nelle forme di legge. Analogamente deve dubitarsi che il rappresentante dell'amministrazione, qualora non sia il soggetto munito ex lege di tale potere possa comparire con una delega informale.

L'opzione seguita dal CCNQ (comparizione personale) fa presumere che le parti stipulanti abbiano voluto ricalcare la disciplina dettata dai primi due commi dell'art. 420 c.p.c. riguardo la comparizione delle parti.

L'arbitro oltre a dare impulso alla procedure di conciliazione deve adoperarsi affinché le parti raggiungano un accordo.

Se la conciliazione riesce l'arbitro ne redige processo verbale che, ai sensi dell'art. 411 c.p.c., dovrà essere sottoscritto dalle parti e dall'arbitro che certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità a sottoscrivere.

L'accordo raggiunto costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 411 c.p.c. ed è inoppugnabile ex art. 2113 c.p.c., ultimo comma.

Il verbale viene trasmesso tempestivamente a cura dell'arbitro alla camera arbitrale stabile.

Nel caso in cui il tentativo di conciliazione non sia riuscito l'arbitro formulerà una proposta conciliativa comprensiva di ogni costo (compenso dell'arbitro).

Analogamente a quanto accade per la conciliazione della lite nell'ambito della procedura di cui all'art. 66 dlgs. n. 165/2001, l'adesione alla proposta transattiva da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione non può dar luogo a responsabilità amministrativa.

I termini

L'articolo in commento fissa i termini entro i quali le varie attività del tentativo di conciliazione devono essere compiute ed il termine entro il quale il tentativo di conciliazione deve esaurirsi.

È opportuno indagare quale sia la natura di tali termini e quale sia la conseguenza della loro inosservanza da parte dei soggetti onerati, dando spunto ad una riflessione che nella fase di attuazione della procedura prevista si renderà necessaria.

Per quanto concerne il primo termine della procedura che è quello assegnato all'istante di depositare documentazione contenete l'esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa entro il decimo giorno dalla accettazione della designazione da parte dell'arbitro, ritengo lo si possa qualificare come perentorio e ragionevolmente sostenere che la inosservanza comporta l'estinzione dell'intero procedimento arbitrale, sia per analogia rispetto alle ipotesi di inattività della parte nel processo del lavoro, sia perché rende impossibile l'osservanza dei termini successivi da questo dipendenti e lede il diritto di difesa del convenuto.

I termini sono infatti scanditi in modo da consentire la difesa del convenuto che ha a disposizione dieci giorni dal deposito da parte dell'istante (ricordiamo che le parti non possono proporre fatti ulteriori nella successiva fase di trattazione), e di esperire nel termine massimo di quaranta giorni il tentativo di conciliazione.

Nel caso di inosservanza del termine da parte del convenuto l'arbitro non oltre il trentesimo giorno dalla data dell'accettazione della designazione dovrà ugualmente fissare la comparizione personale delle parti. Non si individuano motivi per ritenere impedita per il convenuto la possibilità di depositare la propria memoria successivamente alla scadenza del termine dei venti giorni e comunque sino all'udienza di comparizione personale delle parti. Da tale momento in poi inizia l'attività dell'arbitro in funzione di conciliatore per cui questi riuscirà nell'intento di conciliare le parti o redigerà il verbale negativo fissando la data della trattazione.

Da questo momento in poi il convenuto, in considerazione della previsione di cui al comma 8, non potrà svolgere ulteriore attività difensiva intro-

ducendo fatti e ragioni in precedenza non prospettati L'inosservanza del termine per la conclusione del tentativo di conciliazione non sembra avere apprezzabili conseguenze.

Il CCNQ, infatti, quando ha voluto sottolineare la perentorietà dei termini assegnati all'arbitro lo ha fatto con specifica disposizione.

Il procedimento dinanzi all'arbitro: b) fase contenziosa
La procedura

La procedura arbitrale trova la sua regolamentazione negli artt. 3 e 4 dell'accordo-quadro.

Prima tappa di tale procedura è la domanda di arbitrato, che va fatta mediante una "sommaria prospettazione dei fatti e delle ragioni a fondamento della pretesa", da comunicare alla controparte con raccomandata con a.r. (art. 3, co. 1).

Entro dieci giorni (dalla ricezione di tale domanda), la controparte deve comunicare, sempre con raccomandata con a.r., la propria disponibilità ad accettare la richiesta di compromesso arbitrale. Quindi, entro i successivi dieci giorni — che dobbiamo ritenere decorrenti sempre dalla ricezione di questa seconda comunicazione, trattandosi di atti recettizi —, le parti devono provvedere alla designazione dell'arbitro unico.

Questa designazione, oppure, in caso di mancato accordo, mediante estrazione a sorte nell'ambito della lista regionale dei soggetti designabili, a cura della segreteria della camera arbitrale.

L'art. 3 disciplina, quindi, la possibilità di rifiutare l'arbitro designato (in caso di rapporti di parentela o affinità entro il quarto grado con la controparte o per motivi di incompatibilità personale) e prevede un meccanismo di rinuncia all'arbitrato (in caso di doppio rifiuto consecutivo). In proposito, va evidenziato che, in materia di arbitrato disciplinare, l'art. 6, co. 2, dell'accordo-quadro ha limitato la facoltà di rinunciare all'arbitrato alla sola parte ricorrente, escludendo la stessa facoltà in capo all'amministrazione-resistente, salva l'ipotesi in cui la sanzione impugnata sia un licenziamento.

Designato l'arbitro, il relativo atto di accettazione dell'incarico va depositato, a cura delle parti, presso la segreteria della camera arbitrale stabile, entro cinque giorni dalla designazione, "a pena di nullità del procedimento". Quest'ultimo atto, da compiere entro il predetto termine breve e perentorio, segna il consolidamento della scelta di compromesso arbitrale della controversia.

Quindi, una volta attivato il procedimento, il successivo art. 4 prevede anzitutto lo svolgimento obbligatorio del previo tentativo di conciliazione, da effettuare alternativamente dinanzi ai collegi di conciliazione istituiti presso le D.P.L. oppure direttamente dinanzi all'arbitro.

Nel primo caso, entro il decimo giorno dall'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro, la parte istante deve depositare presso la sede dell'arbitrato la documentazione contenente una completa prospettazione

dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa ed entro il ventesimo giorno dalla stessa data il resistente deve depositare la memoria difensiva, in cui prende posizione sui fatti dedotti dal ricorrente e propone tutte le sue difese.

Quindi, entro il trentesimo giorno (sempre dall'accettazione), si deve svolgere la prima udienza di trattazione effettiva.

Invece, nel secondo caso, non essendo stata attivata la procedura conciliativa dinanzi al collegio ex art. 66 cit., è necessario espletare il tentativo dinanzi all'arbitro. A tal fine, entro gli stessi termini (di dieci, venti e trenta giorni dalla data di accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro), le parti devono svolgere gli stessi incombenti (deposito della prospettazione attorea e della memoria di parte resistente), salva l'effettuazione — nella prima udienza — della comparizione personale ai fini del tentativo di conciliazione che, ai sensi dell'art 4, co. 3,deve esaurirsi entro dieci giorni dalla data della prima comparizione.

In caso di esito positivo, si redige processo verbale della conciliazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 411, commi i e 3, c.p.c. e l'arbitro deve trasmettere tale atto alla camera arbitrale.

Invece, nel caso in cui le parti non raggiungano l'accordo, l'art. 4, co. 6 in analogia a quanto previsto dall'art. 66, dAgs. n. 165 del 2001, per il collegio di conciliazione — dispone che sia l'arbitro a formulare una proposta conciliativa. Nel caso in cui anche tale proposta non sia accettata, l'arbitro fisserà la prima udienza per la trattazione della causa.

Quindi, nei commi da 8 a 15, è contenuta una serie di disposizioni relative allo svolgimento della procedura arbitrale.

Importante è, anzitutto, la norma — co. 8 —, che prevede la declaratoria di inammissibilità di fatti e ragioni ulteriori rispetto a quanto risultante dal verbale della mancata conciliazione, salvo che l'arbitro non ritenga giustificata la tardività sulla base di circostanze sopravvenute oggettivamente documentabili.

Questa norma, in combinato disposto con la parte del comma 2 che, per l'ipotesi di conciliazione dinanzi all'arbitro, prevede l'onere per entrambe le parti di prospettare in modo completo la propria tesi difensiva, e con l'analoga previsione contenuta nel comma 3 per l'ipotesi in cui invece il tentativo di conciliazione vada espletato dinanzi allo stesso arbitro, è in linea con quella giurisprudenza che, in relazione ai giudizi ordinari ex artt. 413 e ss. c.p.c. successivi alle conciliazioni dinanzi ai collegi ex art. 66 cit., ha affermato la necessaria identità tra l'oggetto del giudizio e l'oggetto dell'istanza di conciliazione — cfr. Trib. Roma (ord.) 18 giugno 1999. La questione della necessaria identità tra l'oggetto della conciliazione e quello del successivo giudizio è però complicata, in materia di arbitrato, dalla circostanza che la disciplina dell'accordo-quadro ha trascurato completamente l'ipotesi in cui l'amministrazione resistente formuli una domanda riconvenzionale, così come per l'ipotesi in cui il tentativo non sia stato espletato — ha omesso di richiamare l'art. 69, co. 3, d.lg. n. 29 del 1993 che

prevede la sospensione del giudizio, né ha comunque previsto un analogo potere in capo all'arbitro. Sul punto, la dottrina ha affermato che "il momento in cui deve essere definita la materia del contendere non può coincidere con il momento in cui si dà l'avvio alla procedura con una generica determinazione dell'ambito della controversia ... ma con quello in cui la domanda va formulata in modo compiuto". Questa tesi è sostanzialmente condivisibile, nel senso che, partendo dal presupposto che l'accordo-quadro ha dimenticato di disciplinare l'ipotesi della domanda riconvenzionale — e, di conseguenza, ha omesso ogni riferimento alla necessità o meno del previo tentativo-, va considerato che la domanda di arbitrato deve contenere solo una "sommaria" prospettazione dei fatti e delle ragioni a fondamento della pretesa (art. 3, co. 1), mentre la "completa" esposizione fa effettuata in un secondo momento (art. 4, commi 2 e 3), quando anche la parte resistente deve depositare la memoria con cui prende posizione in modo preciso sui fatti dedotti dal ricorrente ed articola tutte le proprie difese.

E previsto, poi, uno strumento simile al giudizio incidentale ex art. 64, dAgs. n. 165 del 2001, per la risoluzione di questioni pregiudiziali concernenti l'efficacia, la validità o l'interpretazione di ima clausola contrattuale. Il co. 9, infatti, dispone che, qualora l'arbitro ravvisi la sussistenza di una questione del genere, rilevante ai fini della decisione della controversia, "ne informa le parti e sospende il procedimento". Le parti, quindi, possono scegliere di far risolvere tale questione all'arbitro, dichiarando per iscritto, entro dieci giorni (dalla comunicazione effettuata dall'arbitro), "di rimettere la questione all'arbitro e di accettarne la decisione in via definitiva". In caso contrario, il procedimento si estingue.

Per quanto riguarda l'istruttoria, è prevista la possibilità di escutere testi e di disporre l'esibizione di documenti. Per la decisione, poi, è stabilito il termine di sessanta giorni, prorogabile di trenta con il consenso delle parti, a far data dalla prima udienza di trattazione. Quindi, il lodo va comunicato, entro dieci giorni dalla sottoscrizione, mediante raccomandata con a.r.

Infine, per quanto riguarda le spese della procedura, è stabilito — con una norma che potrebbe rendere poco appetibile la via arbitrale — che le spese per l'attività defensionale sono a carico di ciascuna delle parti che le ha sostenute, mentre le indennità spettanti all'arbitro, nella misura prevista dalla cabina di regia, vanno liquidate secondo la regola della soccombenza.

L'esclusione dei giudizio secondo equità

Il co. 12 dispone che "nel giudicare gli arbitri sono tenuti all'osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo". Questa previsione è molto importante, dal momento che la sua formulazione sembra escludere la possibilità che l'arbitro unico giudichi secondo equità.

A proposito di equità, dobbiamo ricordare che il d.lgs. n. 80 del 1998, nell'introdurre gli artt. 412-ter e 412-quater, ha contestualmente abrogato (all'art. 43) i commi secondo e terzo dell'art. 5, 1. 11 agosto 1973 n. 533, sulla impugnazione dei lodi irrituali del lavoro — che prevedevano l'invalidità

del lodo in caso di violazione di disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, e l'impugnabilità del lodo nel termine di sei mesi-. L'abrogazione del secondo comma dell'art. 5, in particolare, ha reintrodotto la possibilità di un arbitrato irrituale equitativo. Ciò premesso, la circostanza che l'accordoquadro in esame contenga una previsione — quella dell'art 4, co. 12 — analoga a quella dell'abrogato art. 5, co. 2 l. n. 533 del 1973, non può che significare la diversa volontà pattizia di non consentire — nel settore di applicazione dell'accordo-quadro, e quindi nell'area del pubblico impiego cd. privatizzato — un arbitrato di tipo equitativo.

Ciò posto, al fine di individuare la normativa — legale o pattizia — inderogabile, va considerato che la formulazione adoperata è identica a quella dell'art. 2113 cod. civ. (ovvero, la norma che disciplina rinunzie e transazioni in materia di lavoro) e che, con riguardo a tale norma, la dottrina laburista ha sempre sostenuto che, trattandosi di diritti del lavoratore (parte debole del rapporto), la regola è l'inderogabilità della disciplina — sia legale che contrattuale — di settore, salvo la rigorosa prova del contrario .

Tipici diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili sono, ad esempio, il diritto alla retribuzione, il diritto all'indennità di anzianità commisurata all'intera durata del rapporto, il diritto alla maggiorazione del compenso per lo svolgimento di lavoro straordinario, il diritto alle ferie, il diritto al riposo domenicale, il diritto al preavviso. In caso di giudizio secondo equità, l'arbitro potrebbe derogare a tali principi, ritenendo ad esempio, legittimo, per le concrete modalità attuative, il godimento del riposo settimanale in un giorno feriale, anziché di domenica. Qualora, invece, — come sosteniamo appunto nel caso dell'accordo-quadro in commento — non sia ammissibile un giudizio secondo equità, una decisione del genere sarebbe erronea.

L'impugnazione dei lodo: vizi e termini

La norma appena commentata, relativa all'esclusione del giudizio secondo equità, è richiamata nella parte finale dell'art. 2 dello stesso accordo,ove è previsto che "per l'impugnazione del lodo arbitrale si applica l'art. 412 quater c.p.c. e il comma 12 dell'art. 4 del presente accordo".

Per comprendere appieno il significato di questa importante previsione, è necessario compiere un piccolo passo indietro e ricordare che il predetto accordo-quadro trova la sua fonte nell'art. 412-ter c.p.c., introdotto — unitamente al successivo art. 412-quater — dal dAgs. n. 80 del 1998, norme entrambe subito modificate dal d.lgs. n. 387 del 1998 (art. 19), a causa dell'incredibile indecisione del legislatore su un punto nodale dell'istituto: la natura rituale o irrituale dell'arbitrato.

Infatti, questa nuova figura di arbitrato del lavoro, come disegnata dal d.lgs. n. 80 del 1998 (art. 39), era chiaramente di tipo rituale, essendo prevista in modo espresso l'impugnabilità del lodo dinanzi alla corte d'appello, in funzione di giudice del lavoro, per i vizi di violazione di legge e difetto di motivazione (tipici, appunto, del gravame relativo a lodi rituali).

Con tale previsione, il legislatore del d.lgs. n. 80 aveva probabilmente inteso evitare i difetti dimostrati dalla recente esperienza dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59, commi 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 29 del 1993, in considerazione della tesi della natura irrituale del relativo arbitrato affermatasi nella giurisprudenza amministrativa (e, peraltro, smentita dalla Suprema Corte) sul punto, si rinvia al commento all'art. 6, par. 2.

Ma il legislatore, come accennato, è subito tornato sui propri passi, modificando in modo significativo le norme in questione (art. 19 del d.lg. n. 387 citato).

Di conseguenza, oggi il nuovo arbitrato del lavoro previsto dall'art. 412 ter c.p.c. è senza dubbio irrituale, essendo così espressamente definito nella nuova rubrica di tale articolo ed essendone prevista, dal successivo art. 412 quater c.p.c., l'impugnabilità dinanzi al tribunale lavoro, senza l'indicazione dei vizi, tipici dell'arbitrato rituale, previsti nella precedente formulazione della norma.

Tornando, quindi, alla previsione contenuta nella parte finale dell'art. 2 dell'accordo, ed al collegamento ivi effettuato tra l'art. 412-quater c.p.c. ed il comma 12, art. 4, dell'accordo stesso, vanno evidenziati due aspetti delicati relativi all'impugnazione della decisione arbitrale: quello dei vizi deducibili e quello dei termini per il gravame.

Sotto il primo profilo, va considerato che, proprio in base all'esclusione di un giudizio di tipo equitativo, ricavabile dall'art 4, co. 12, cit., il lodo dell'arbitro unico è impugnabile, anzitutto, per violazione di norme inderogabili di legge o di contratto.

Al di fuori di tale ipotesi, però, questo lodo, essendo irrituale, si sottrae ad ogni indagine sul giudizio di fatto e di diritto (dispositivo) compiuto dall'arbitro e, in quanto atto di autonomia privata, è impugnabile esclusivamente con l'azione ex art. 2113 c.c., con l'azione di nullità ex art. 1418 c.c. e con l'azione di annullamento per incapacità delle parti e degli arbitri (art. 1425 c.c.) o per vizi del consenso (artt. 1427 e ss.c.c.), ovvero per errore, violenza o dolo. In particolare, l'errore rilevante, in base agli artt. 1428 e 1429 c.c., è solo quello attinente alla formazione della volontà degli arbitri e ricorrente quando questi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà (per non aver preso visione degli elementi della controversia o averne supposti altri inesistenti o per aver dato per contestati fatti pacifici o viceversa), restando esclusa l'impugnativa per errore di giudizio o per errore di diritto, sia in ordine alla valutazione delle prove che all'opportunità delle decisioni adottate in concreto dagli arbitri,. Per quanto riguarda i termini, l'art. 412-quater c.p.c. richiamato disciplina la sola ipotesi del lodo notificato (prevedendo, nella specie, il termine di trenta giorni per il gravame), mentre nulla è previsto, sia dalla legge che dall'accordo-quadro, per il caso della mancata notifica del lodo. Nel silenzio della fonte, dobbiamo sicuramente ritenere inapplicabile il termine lungo annuale, ed applicabili i comuni termini decadenziali e prescrizionali sostanziali (ad esempio, il termine quinquennale in caso di azione di annullabilità).

Le Sanzioni Disciplinari

1. L'arbitrato disciplinare nella cd. "privatizzazione" dei rapporto di pubblico impiego: il quadro normativo di riferimento

L'art. 6 dell'accordo-quadro è dedicato all'arbitrato disciplinare, ovvero all'arbitrato per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari.

Con questa regolamentazione separata della materia disciplinare, la fonte pattizia ha proseguito la linea di tendenza che ha ispirato sin dall'inizio il legislatore della ed. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, dedicando un'attenzione a sé alla delicata materia disciplinare, e ciò peraltro sulla falsariga della pregressa esperienza privatistica.

Già trenta anni or sono, infatti, lo Statuto dei lavoratori, in considerazione dell'alto tasso di litigiosità delle parti in questo settore, aveva avvertito l'esigenza di introdurre, in aggiunta alla tutela giurisdizionale, la facoltà di ricorrere allo strumento arbitrale (art. 7, commi 6 e 7,1. 20 maggio 1970 n. 300), con un tendenziale favor verso la soluzione arbitrale rispetto al giudizio ordinario, in considerazione dell'effetto sospensivo della sanzione previsto dalla citata normativa, nonché del carattere meno formale e più celere del procedimento arbitrale.

Quindi, iniziata la riforma del rapporto di pubblico impiego con la legge delegazione 23 ottobre 1992 n. 421, e coinvolta in questo processo anche la materia della responsabilità disciplinare con l'art. 59, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, come riformulato dal d.lgs. 23 dicembre 1993 n. 546, (oggi art. 55 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165), le stesse esigenze e la medesima linea di tendenza hanno ispirato il legislatore della cd."privatizzazione" nell'affrontare la questione della tutela da fornire al dipendente pubblico di fronte ad una sanzione disciplinare illegittima (o, quantomeno, ritenuta tale dall'istante).

Così, nel dAgs. n. 29 del 1993, l'art. 59, prima, e l'art. 59-bis, poi, «quest'ultimo inserito dal d.lgs. n. 80 del 1998) — oggi, rispettivamente, artt. 55 e 56 del d.lgs. n. 165 del 2001 — hanno introdotto due prime ipotesi di arbitrato disciplinare: l'arbitrato dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina e l'arbitrato dinanzi ai collegi di conciliazione.

Ai fini di un inquadramento generale della materia dell'arbitrato disciplinare va, d'altra parte, ricordato che il dAgs. n. 80 del 1998, accanto alla previsione del citato art. 59-bis nel testo del d.lgs. n. 29 del 1993 — oggi art. 56 del d.lgs. n. 165 del 2001 —, contenente, come detto, una nuova figura di arbitrato disciplinare —, ha modificato anche il codice di procedura civile, inserendo nel suo testo gli artt. 412-ter e 412-quater (subito novellati dal d.lgs. n. 387 del 1998), così prevedendo una ulteriore ipotesi di arbitrato del lavoro.

Peraltro, la norma di legge ha "condizionato" la concreta operatività di questo nuovo strumento arbitrale alla previsione della relativa facoltà da parte della contrattazione collettiva nazionale, con una puntuale indicazione dei profili da regolamentare in quella sede (modalità della domanda di devoluzione della controversia ad arbitri e termine per l'adesione della con-

troparte, composizione e nomina del collegio, forme e modi dell'istruttoria, termine per la pronuncia del lodo, criteri per la liquidazione del compenso arbitrale).

Quest'ultima condizione, come noto, ha trovato avveramento, nel settore del pubblico impiego "privatizzato", solo con la sottoscrizione, in data 23 gennaio 2001, dell'accordo-quadro in commento, in vigore dal 31 gennaio dello stesso anno.

Nel testo di questo contratto, come anticipato, è stata dedicata una particolare attenzione alla materia disciplinare, con la previsione di una terza figura di arbitrato disciplinare, basata sull'opzione, nella scelta dell'organo arbitrale, tra il nuovo arbitro unico previsto nello stesso accordo-quadro ed i vecchi collegi arbitrali di disciplina.

Queste tre figure di arbitrato disciplinare si sono succedute nel tempo secondo una sequenza che esamineremo nei successivi paragrafi.

In questa sede, per completare il quadro normativo di riferimento va, infine, ricordata l'abrogazione (ex art. 43 del d.lgs. n. 80 del 1998) dei commi secondo e terzo dell'art. 5, l. 11 agosto 1973 n. 533, sulla impugnazione dei lodi irrituali del lavoro, intervento con cui il legislatore della "seconda privatizzazione" ha inteso attribuire maggiore stabilità alla decisione arbitrale: le norme eliminate prevedevano, infatti, l'invalidità del lodo in caso di violazione di disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, e l'impugnabilità del lodo nel termine di sei mesi.

Peraltro, su questo punto l'accordo-quadro ha derogato alla disciplina generale, stabilendo, all'art 4, comma 12, che "nel giudicare gli arbitri sono tenuti all'osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo", reintroducendo quindi il divieto di un giudizio arbitrale secondo equità (sul punto, si rinvia al commento all'art. 4).

2. I collegi arbitrali di disciplina: l'impossibile abrogazione di questi organi ed il problema della natura rituale o irrituale dei relativi lodi.

Come detto, la prima figura di arbitrato disciplinare introdotta dal legislatore della cd. "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego è stata quella dell'arbitrato dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina, prevista nell'ambito dell'unica norma del d.lgs. n. 29 del 1993 dedicata alla responsabilità disciplinare, ovvero l'art. 59 — oggi art. 55 d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 —, sintetizzando la disciplina del nuovo istituto in tre soli commi di questa norma.

Peraltro, a seguito della cattiva prova pratica data da tale strumento durante i primi anni di applicazione, il legislatore della c.d. "seconda privatizzazione" ha rimesso mano alla materia, "abrogando" — l'art. 28 del d.lg. n. 80, nella parte finale del secondo comma, ha disposto che, a far data dall'entrata in vigore del primo contratto collettivo successivo all'entrata in vigore dello stesso decreto, "cessano di produrre effetti i commi 7, 8 e 9 dell'art. 59 del d.lgs. 3. 2. 1993 n. 29 — il giudizio dinanzi ai collegi arbitrali

di disciplina a Far data dall'entrata in vigore dei secondi contratti collettivi per ciascun comparto (art. 28, comma 2, d.lgs. n. 80 del 1998) ed istituendo, contestualmente, una nuova figura di giudizio "alternativo".

Il citato art. 28 del d.lg. n. 80, infatti, al primo comma, ha previsto il nuovo art. 59-bis del d.lgs. n. 29 del 1993 (rubricato Impugnazione delle sanzioni disciplinari") — oggi art. 56 del d.lgs. n. 165 del 2001 —, secondo il quale "se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 69-bis, con le modalità e gli effetti di cui all'art. 7,commi 6 e 7, della legge 20. 5. 1970 n. 300".

La realtà si è però discostata dal predetto quadro normativo, dal momento che, anche dopo l'entrata in vigore dei secondi contratti di comparto, i collegi arbitrali di disciplina hanno continuato ad operare, seguendo l'interpretazione, fortemente opinabile (per non dire illegittima), espressa sul punto dal Dipartimento della funzione pubblica: la tesi della perdurante operatività dei collegi arbitrali previsti dall'art. 59 del d.lgs. n. 29 del 1993 è stata basata sulla considerazione che il secondo CCNL (comparto ministeri), pur essendo già entrato in vigore, non aveva però ancora dettato una disciplina in tema di procedure di conciliazione ed arbitrato, limitandosi ad effettuare un rinvio della nuova regolamentazione agli artt. 6, lett.c), co. 1 e 35.

La riportata interpretazione (recepita dal Ministero del lavoro nell'ordine via telex del 17. 5. 99 n. 61468/AG 200 diretto a tutte le Direzioni regionali e provinciali del lavoro) con è in alcun modo condivisibile, sia perché in netto contrasto con la chiara lettera dell'art. 28, co. 2, d.lgs. n. 80 del 1998, norma che prevede "sic et sempliciter" la cessazione di efficacia dell'art. 59,commi 7, 8 e 9 d.lgs. n. 29 del 1993 con decorrenza dall'entrata in vigore del nuovo CCNL, senza riferimento alcuno alla circostanza che tale contratto collettivo disciplinasse o meno le procedure arbitrali; e sia perché la stessa lettera degli artt. 6 e 35 del CCNL non conforta in alcun modo la detta tesi, posto che l'art. 6, lett.c), co. 1 si limita a prevedere tra le materie oggetto di consultazione "le modalità per la periodica designazione dei rappresentanti per la composizione del collegio arbitrale delle procedure disciplinari, sino all'entrata in vigore della disciplina inerente i collegi di conciliazione ed arbitrato di cui all'art. 35" e l'art. 35, appunto, al primo comma prevede la data del 31. 1. 1999 come termine per la possibilità di negoziare la specifica materia delle procedure di conciliazione ed arbitrato, senza possibilità interpretativa alcuna di far rientrare tale materia tra quelle per le quali il secondo comma dell'art. 35 ha posto per la negoziazione il diverso termine del 31 dicembre 1999.

L'evidente scontro tra il dettato di una norma primaria, qual'è appunto il citato art. 28, e l'interpretazione della nuova disciplina contrattuale sostenuta dalla Funzione pubblica sembra, in realtà, celare un vero e proprio gioco di forza tra la volontà del legislatore che, conscio del cattivo funzionamento della maggior parte dei collegi arbitrali di disciplina, più volte segnalato, con toni giustamente allarmati, dall'organo giuscontabile ne

ha deciso l'eliminazione e la sostituzione con un nuovo rimedio giustiziale "alternativo" e la opposta volontà dei sindacati dei lavoratori, favorevole, per intuibili motivi, al permanere in vita dei suddetti collegi.

In ogni caso, come vedremo a breve, i collegi arbitrali di disciplina sono sopravvissuti anche nell'attuale terza fase dell'arbitrato disciplinare, giusta la previsione del primo comma dell'art. 6 in commento.

Di conseguenza, appare utile accennare a quella che è stata la principale questione interpretativa legata a questa prima figura di arbitrato disciplinare, ovvero il problema della natura — irrituale o, al contrario, rituale — del lodo pronunciato da tali organi, con le conseguenti differenze in ordine all'impugnazione (sia sotto il profilo del giudice competente che sotto il profilo dei vizi deducibili) — questa questione è, però, oggi superata, dal momento che l'impugnazione dei lodi pronunciati dai collegi arbitrali di disciplina non potrà che seguire la nuova disciplina ex art. 412-quater c.p.c., come chiariremo oltre.

Sul punto, si è aperto una sorta di braccio di ferro tra la giurisprudenza del Consiglio di stato e quella della Suprema Corte di cassazione che, con una serie di pronunce (misteriosamente poco conosciute) ha sostenuto la tesi opposta rispetto a quella seguita all'unanimità dal giudice amministrativo.

A far data dalla sentenza del Consiglio di stato, sez.VI, 23 settembre 1997 n. 1374, infatti, il giudice amministrativo ha sempre affermato la natura irrituale dei lodi emessi dai collegi arbitrali di disciplina, ritenendo assimilabile l'arbitrato ex art. 59 d.lg. n. 29 del 1993 all'istituto previsto, sempre in materia di sanzioni disciplinari ma nell'ambito del rapporto di lavoro privato, dall'art. 7 della 1. 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori) "che configura pacificamente un arbitrato irrituale avente un valore essenzialmente negoziale nell'apprestare una soluzione alla lite tra le parti".

L'accennata pronuncia del Consiglio di Stato ha dato il via ad un orientamento assolutamente costante della giurisprudenza amministrativa che, nelle successive pronunce, ha sempre confermato la natura irrittuale dell'arbitrato in esame. La riferita tesi dell'arbitrato libero, peraltro, ha una diretta ricaduta sul problema della tutela giurisdizionale, ovvero sulla questione della impugnabilità dei lodi dei collegi arbitrali di disciplina.

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa, dopo una posizione iniziale alquanto vaga, ha assunto un orientamento prevalente, ma non pacifico.

Peraltro, non va trascurato che il Consiglio di stato in seduta consultiva, ha affermato che la decisione del collegio arbitrale di disciplina sarebbe lodo arbitrale rientrante nella previsione dell'art. 19, co. 14 del d. lgs. 29 ottobre 1998 n. 387 e, come tale "va impugnato necessariamente davanti al tribunale, in funzione di giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato".

Quest'ultima tesi non è, però, condivisibile, dal momento che la normativa richiamata dall'organo consultivo — e cioè l'art. 412-quater c.p.c.,

come riformulato dal citato art. 19, co. 14, d.lgs.. n. 387 del 1998 — riguarda la diversa figura di arbitrato del lavoro, prevista dall'art. 412-ter c.p.c., e non l'arbitrato dei collegi di disciplina ex art. 59, d. lgs. n. 29 del 1993 — l'assimilazione tra le due figure non trova appiglio normativo alcuno, ed anzi sia l'interpretazione letterale che un'interpretazione logico-sistematica della disciplina legale sono talmente chiare ed univoche sul punto, da far pensare addirittura ad una vera e propria svista dell'organo consultivo. L'art. 412-ter c.p.c., è rubricato "arbitrato previsto dai contratti collettivi" e subordina il deferimento ad arbitri di controversie di lavoro (pubblico o privato) alla circostanza che tale facoltà sia prevista dalla contrattazione collettiva. L'arbitrato ex art. 59 del d.lg. n. 29 del 1993, invece, è previsto da norma di legge ed è sganciato da ogni previsione contrattuale. Ma, soprattutto, ogni possibile dubbio sulla completa differenza tra le due figure è fugato da un'interpretazione logico-sistematica, basata sulla considerazione che il d.lgs. n. 80 del 1998 è intervenuto, da un lato, in materia di impugnazione delle sanzioni disciplinari con l'art. 28 — prevedendo la successiva abrogazione dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59 cit. e introducendo la possibilità di impugnare le sanzioni disciplinari dinanzi ai collegi di conciliazione nelle forme dell'arbitrato previsto dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, sempre che la contrattazione collettiva non abbia previsto apposite procedure di conciliazione ed arbitrato in subiecta materia —; e, dall'altro, ha deciso di introdurre una nuova specie di arbitrato del lavoro, relativo ad ogni controversia laburistica e non alla sola impugnazione delle sanzioni disciplinari, con una norma (il citato art. 412 ter, con il successivo 412 quater c.p.c.) inserita nel codice di rito e, quindi, di portata generale, non limitata al settore del pubblico impiego privatizzato, ma estesa ad ogni controversia -anche privatistica — di lavoro.

Peraltro, come già accennato, la Cassazione ha sostenuto l'opposta tesi della natura rituale dei lodi dei collegi arbitrali di disciplina, dapprima in due "obiter dicta", contenuti nella sentenza Sez.lav. n. 3373 del 7 aprile 1999 e nella pronuncia a Sezioni Unite n. 1251 del 5 dicembre 2000. In particolare, nella citata sentenza n. 3373 del 1999, la Cassazione, dopo aver premesso di preferire per una serie di considerazioni tecniche la tesi della natura rituale, ha prospettato la differente tutela giurisdizionale esperibile, a seconda cheg. La decisione n. 3373 del 1999 è pubblicata in Giust.civ., 1999, 11, 2997 e ss., con nota si accede all'una o all'altra si acceda all'una o all'altra tesi, affermando che, se l'arbitrato è qualificato come irrituale, le relative decisioni sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, se emanate prima del 30 giugno 1998, oppure dinanzi al giudice ordinario, se adottate dopo tale data; mentre se l'arbitrato è qualificato come rituale, il lodo è impugnabile dinanzi alla corte d'appello.

Di conseguenza, seguendo la tesi del lodo rituale considerata preferibile dalla Cassazione nelle citate pronunce, le decisioni dei collegi arbitrali di disciplina sono censurabili in Corte d'appello.

Ove, invece, si aderisca alla tesi della natura irrituale del lodo, è importante sottolineare che la Corte ancora il "discrimen" temporale del 30 giugno 1998 — stabilito dall'art. 45, co. 17, d.lgs. n. 80 del 1998 ai fini del

riparto di giurisdizione del contenzioso sul pubblico impiego "privatizzato" — alla data della decisione arbitrale, e non alla data della sanzione disciplinare impugnata.

Questa tesi, affermata ma non spiegata nella citata sentenza della Sezione lavoro n. 3373 del 1999, è stata ripresa ed approfondita nella successiva pronuncia delle Sezioni unite 19 gennaio 2001 n. 1011 sostenendo che, pur rilevando in generale il momento in cui è stato posto in essere l'atto di gestione del rapporto di lavoro, allorquando l'efficacia di tale atto sia condizionata sospensivamente all'esito di rimedi impugnatori (come, appunto, nel caso dell'impugnazione dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina che, secondo la previsione dell'art. 59, co. 7, d.lgs. n. 29 del 1993, "sospende" l'efficacia della sanzione disciplinare per la durata dello svolgimento della relativa procedura arbitrale), il momento rilevante ai fini del riparto di giurisdizione in questione è quello dell'atto conclusivo della procedura, essendo questo l'atto che viene direttamente ad incidere sul rapporto.

3. L'arbitrato disciplinare ex art. 59-bis d.lg. n. 29 del 1993 (oggi art. 56 del d.lgs. n. 165 del 2001): un'esperienza effimera

Abbiamo già accennato alla circostanza che l'art. 28 del d.lgs. n. 80 del 1998 — in attuazione della delega conferita dall'art. 11, comma 4, l. n. 59 del 1997 —, contestualmente alla "abrogazione" dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59, commi 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 29 del 1993, ha previsto l'istituzione di una nuova figura di arbitrato in materia disciplinare, aggiungendo, nel corpo del d.lgs. n. 29, l'art. 59-bis, oggi art. 56 del d.lgs. n. 165 del 30. 3. 2001.

La decorrenza dell'operatività di questa nuova forma di arbitrato è stata ancorata dalla stessa norma, come già la detta abrogazione, all'entrata in vigore dei nuovi contratti collettivi successivi al d.lg. n. 80 per ciascun comparto.

Peraltro, a seguito della riferita interpretazione di tali norme resa dal Dipartimento della Funzione Pubblica in alcuni pareri richiesti da altre amministrazioni, la "abrogazione" dei vecchi collegi arbitrali di disciplina non è mai stata realizzata e questi organi hanno continuato a funzionare sino al 31 dicembre 1999 e, in alcuni casi, anche successivamente.

Al contrario, l'arbitrato disciplinare previsto dall'art. 59-bis cit., è morto ancor prima di nascere, dal momento che la sua utilizzabilità era legata alla mancata istituzione di apposite procedure di conciliazione ed arbitrato da parte della contrattazione collettiva nazionale e, quindi, con l'entrata in vigore dell'accordo-quadro del 23 gennaio 2001 in materia di conciliazione ed arbitrato, la possibilità di ricorrere a tale strumento di tutela è, per il momento, venuta meno, così esaurendosi, allo stato, quest'esperienza-lampo, durata essenzialmente l'arco di un anno.

Ed infatti, la lettera dell'art. 59-bis, d.lgs. n. 29 del 1993 — oggi art. 56, d.lgs. n. 165 del 2001 — è assolutamente chiara nel "subordinare" l'utilizzabilità dello strumento arbitrale ivi previsto alla mancata istituzione,

in sede di contrattazione collettiva nazionale, di apposite procedure di conciliazione ed arbitrato ("se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate..."). D'altra parte, questa tesi trova indiretto avallo anche in un passaggiomotivazionale della sentenza della Cassazione, Sez.un., n. 10 del 2001 (citata alla nota 44), allorquando la Corte, nel ricostruire il quadro normativo di riferimento in materia di impugnazione arbitrale delle sanzioni disciplinari, afferma che, per il periodo successivo alla sottoscrizione dei primi CCNL successivi al d.lgs. n. 80 del 1998, l'art. 59-bis, dAgs. n. 29 del 1993, "mentre continua, in via prioritaria, a prevedere la possibilità di ricorso alle procedure di conciliazione ed arbitrato appositamente istituite dai contratti collettivi nazionali, stabilisce che, in difetto di tale istituzione, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui all'art. 69-bis d.lgs. n. 29 del 1993...".

Su questo punto, quindi, non siamo d'accordo con quella dottrina secondo cui, non evidenziandosi, nell'art. 59-bis cit., alcuna concorrenza, né relazione di competenza, tra fonte legale e fonte contrattuale, questa forma di arbitrato di fonte legale continuerebbe a "coesistere" con l'arbitrato previsto dal nuovo accordo-quadro, con conseguente possibilità di scelta tra i due tipi di arbitrato (legale e contrattuale) in capo al lavoratore colpito da una sanzione disciplinare. Al contrario, riteniamo che, a far data dall'entrata in vigore del nuovo accordo-quadro in materia (ovvero, dal 31 gennaio 2001) e sino alla scadenza dello stesso (l'art. 8 di tale accordo ne prevede la durata biennale), l'applicabilità dell'art. 56 cit. sia da ritenere "sospesa" (in senso atecnico), nel senso che, venuto meno l'accordo-quadro del 23 gennaio 2001, l'arbitrato ex art. 56 cit. potrebbe nuovamente venire utilizzato, in assenza di nuova contrattazione sul punto.

4. L'arbitrato disciplinare previsto nell'art. 6 dell'accordo-quadro su conciliazione ed arbitrato dei 23 gennaio 2001

Come anticipato, nel testo dell'accordo in commento è stato inserito un articolo, il 6, dedicato specificatamente alla materia disciplinare, continuando così il disegno di una regolamentazione "ad hoc" iniziato dal legislatore della prima privatizzazione con l'istituzione dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59 d.lgs. n. 29 del 1993, e proseguito in sede di seconda privatizzazione, con la previsione ex art. 59-bis (sempre del dlgs. n. 29) dell'arbitrato dinanzi ai collegi di conciliazione.

4.1. Segue: la natura irrituale dei nuovi lodi arbitrali

Il primo punto nodale risolto, già a livello di normazione primaria, è quello della natura giuridica — rituale o irrituale — dei lodi disciplinari pronunciati in base alla nuova normativa pattizia.

In proposito, dobbiamo infatti ricordare che l'accordo-quadro del 23 gennaio 2001 trova la sua fonte nell'art. 412-ter c.p.c., introdotto — unitamente al successivo art. 412-quater — dal dlgs. n. 80 del 1998, norme

entrambe subito modificate dal dlgs. n. 387 del 1998 (art. 19), a causa dell'incredibile indecisione del legislatore proprio sul punto della natura rituale o irrituale di questo nuovo arbitrato del lavoro.

Infatti, secondo l'originaria previsione del dlgs. n. 80 del 1998 (art. 39),l'arbitrato del lavoro introdotto dall'art. 412-ter c.p.c. era chiaramente di tipo rituale, essendo prevista in modo espresso l'impugnabilità del lodo dinanzi alla corte d'appello, in funzione di giudice del lavoro, per i vizi di violazione di legge e difetto di motivazione (tipici appunto del gravame relativo a lodi irritali).

Con tale previsione, il legislatore del dlgs. n. 80 aveva probabilmente inteso evitare i difetti dimostrati dalla recente esperienza dei collegi arbitrali di disciplina ex art. 59, commi 7, 8 e 9 del dlgs. n. 29 del 1993, in considerazione della tesi della natura irrituale del relativo arbitrato affermatasi nella giurisprudenza amministrativa (e, peraltro, smentita dalla Suprema Corte nelle pronunce richiamate al par. 2).

Ma il legislatore, come accennato, e subito tornato sui propri passi modificando in modo significativo le norme in questione (art. 19 del d.lgs. n. 387 citato).

Di conseguenza, oggi il nuovo arbitrato del lavoro disciplinato nell'accordo-quadro del 23 gennaio 2001 — sia in generale che in particolare in materia disciplinare — è senza dubbio irrituale, essendo così espressamente definito nella nuova rubrica del citato art. 412-ter c.p.c., ed essendo richiamata, per l'impugnativa dei nuovi lodi, la disciplina dell'art. 412-quater c p c, basata sulla competenza del tribunale lavoro (in unico grado) e senza l'indicazione dei vizi. tipici dell'arbitrato rituale, previsti nella precedente formulazione della norma.

Di conseguenza, come meglio specificheremo nel par. 4. 5 dedicato ai problemi di disciplina transitoria, i lodi pronunciati dai collegi arbitrali di disciplina a far data dal 31 gennaio 2001 sono da qualificare come irrituali e vanno impugnati secondo la nuova disciplina del l'art. 412 -quater c.p.c

4.2. Segue: la scelta alternativa dell'organo arbitrale

La principale novità contenuta nel primo comma dell'art. 6 in commento è la possibile opzione nella scelta dell'organo arbitrale tra l'arbitro unico" ex art. 2 dello stesso accordo oppure i vecchi "collegi arbitrali di disciplina" ex art. 59, commi 8 e 9, dlgs. n. 29 del 1993 (oggi, art. 55, commi 8 e 9, d.lgs. n. 165 del 2001).

L'opzione, come detto, riguarda esclusivamente la scelta dell'organo arbitrale, e non anche quella della procedura, dal momento che la norma in esame prevede l'impugnabilità delle sanzioni disciplinari "davanti ai soggetti di cui all'art. 59, commi 8 e 9, d.lgs. n. 29 del 1993" (richiamando, quindi, solo i due commi sulla composizione dei collegi arbitrali di disciplina, e non anche il comma 7 sulla vecchia procedura) e specificando che anche in questo caso si applicano le medesime regole" previste nell'accordo-quadro.

Ciò nonostante, la perdurante operatività dei collegi arbitrali di disciplina appare una scelta per nulla condivisibile, in considerazione sia del cattivo funzionamento di tali organi sopra evidenziato, sia della specifica professionalità nel settore laburistico richiesta quale requisito per rivestire il ruolo di arbitro unico, professionalità non richiesta invece per i membri dei collegi arbitrali di disciplina .

4.3. Segue: l'obbligatorietà per l'amministrazione

Nel secondo comma dell'art. 6 in commento è, poi, stabilita la sostanziale obbligatorietà dell'arbitrato per la pubblica amministrazione, con la previsione che "In via sperimentale e fino alla scadenza del presente accordo, la richiesta di ricorso all'arbitro unico è vincolante per la Pubblica Amministrazione, salvo che l'impugnazione abbia per oggetto una sanzione risolutiva del rapporto, e soltanto il ricorrente, in caso di mancato accordo sulla designazione dell'arbitro, ha facoltà di rinunciare all'espletamento della procedura".

Con questa previsione, quindi, la fonte pattizia ha derogato, in materia disciplinare, alla generale regola della facoltatività della procedura arbitrale sancita nell'art. 2 dello stesso accordo, laddove è stabilito che, fermo restando il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, le parti possono concordare di deferire la controversia all'arbitro unico.

Come noto, il principio di facoltatività è strettamente connesso alla regola dell'alternatività, nel senso che, essendo illegittima la previsione di un arbitrato (rituale o irrituale che sia) obbligatorio, è evidente che lo stesso deve essere alternativo alla tutela giudiziaria — L'illegittimità dell'arbitrato obbligatorio, affermata dalla Corte costituzionale per l'incompatibilità con il divieto di introdurre giudici speciali nella nota sentenza 14 luglio 1977 n. 127 (in Dir.lav., 1977, 11, 439), è stata sempre ribadita dalla stessa Consulta (cfr. C.cost. 24 luglio 1998 n. 325, in Riv.arb. 1998,1, 2332) e dalla Suprema Corte (cfr.Cass., sez.un., 10 febbraio 1992 n. 1458).

Peraltro, l'alternativa giurisdizionale non può essere illimitata: di qui, l'importanza del problema della vincolatività della scelta arbitrale, ovvero dell'individuazione del momento in cui deve ritenersi perfezionato l'accordo compromissorio tra le parti, con conseguente esaurimento della facoltà di scelta alternativa.

Nella specie, mancando la nomina degli arbitri di parte e sussistendo la possibilità di designazione dell'arbitro unico mediante estrazione a sorte, in generale occorre fare riferimento al disposto dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 3, ove è stabilita la facoltà di ciascuna parte di rifiutare l'arbitro sorteggiato, con un meccanismo di rinuncia implicita all'arbitrato in caso di doppio rifiuto ed è previsto il definitivo consolidamento dell'accordo compromissorio all'atto di accettazione da parte dell'arbitro, da depositare, "a cura delle parti, presso la camera arbitrale stabile entro 5 giorni dalla designazione comunque effettuata, sotto pena di nullità del procedimento".

Come detto, il punto della facoltatività-vincolatività della scelta arbitrale è diversamente risolto, come già in precedenza, in materia di sanzioni disciplinari.

L'art. 6 dell'accordo, infatti, da un lato, prevede l'obbligatorietà dell'arbitrato per la pubblica amministrazione in caso di impugnazione delle sanzioni disciplinari conservative (escluse, quindi, le ipotesi di licenziamento), e dall'altro limita la facoltà di rinuncia ex art. 3, commi 2 e 3, al solo lavoratore.

In passato, durante la vigenza della vecchia normativa sui collegi arbitrali di disciplina, l'arbitrato disciplinare era comunque stato considerato come obbligatorio per l'amministrazione, secondo una distorta interpretazione dell'obbligo di conformarsi al lodo previsto in capo alla pubblica amministrazione nella parte finale dell'art. 59, co. 7, dlgs. n. 29 del 1993.

In realtà, non si ravvisa alcuna "ratio" giuridica a fondamento di quest'ingiustificata disparità di trattamento a sfavore dell'amministrazione-datore di lavoro, sussistendo in questo genere di previsione un problema di conformità alla garanzia costituzionale del diritto di agire in giudizio.

Peraltro, va anche evidenziato al riguardo che la previsione dell'obbligatorietà dell'arbitrato per la sola amministrazione appare limitata — giusta la lettera del citato comma 2 dell'art. 6 — al caso del giudizio dinanzi all'arbitro unico, con conseguente facoltatività dell'arbitrato in caso di procedura dinanzi ai collegi ex art. 59 dlg. n. 29, posto che il comma 7 di tale norma — nella cui formulazione si è sempre letta un'ipotesi di arbitrato obbligatorio per l'amministrazione — non è richiamato dall'art. 6 del nuovo accordo-quadro.

4.4. Segue: il termine per l'impugnativa e l'effetto sospensivo dei l'impugnazione

Le norme procedurali contenute nell'accordo-quadro in esame non prevedono alcun termine decadenziale per l'impugnativa, né in sede di disciplina generale (artt. 3 e 4), né con riguardo alla materia disciplinare (art. 6).

Di conseguenza, non essendo in alcun modo richiamato il vecchio art. 59, co. 7, d.lgs. n. 29 del 1993 — oggi, art. 55, co. 7, d.lgs. n. 165 del 2001 —, ove era previsto il termine di "venti giorni dall'applicazione" per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari, dovremmo ritenere che, in mancanza di specifici termini decadenziali, l'impugnativa possa essere effettuata entro gli ordinari termini prescrizionali (salva l'applicabilità, in caso di licenziamento, del termine decadenziale di 60 giorni previsto dall'art. 6, 1,15 luglio 1966 n. 604, applicabile ai sensi degli artt. 2, co. 2 e 51, dlgs. n. 165 del 2001).

Peraltro, le parti contraenti, a seguito di numerose richieste di chiarimenti pervenute alla cabina di regia su tale delicato punto, hanno deciso di colmare tale lacuna mediante un accordo sull'interpretazione autentica dell'art. 6, comma 1, in commento — l'ipotesi di accordo interpretativo è reperibile in www.aranagenzia.it —, stabilendo che l'art. 6 "non modifica il termine di impugnazione delle sanzioni disciplinari in caso di ricorso alle procedure arbitrali, sia di fronte all'arbitro unico che di fronte ai collegi arbitrali di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 55, del dlgs. n. 165 del 2001. Tale termine

rimane pertanto di venti giorni dall'applicazione della sanzione così come previsto dall'art. 55, comma 7 del d.lgs. n. 165 del 2001 e dall'art. 7, comma 6, della l. n. 300 del 1970" — in proposito, ricordiamo che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, la sanzione disciplinare può ritenersi "applicata", solo allorquando è stata adottata dal datore di lavoro e comunicata al lavoratore (cfr. Cass. 21 giugno 1988 n. 4240 in Dir Lav., 1989, II, 238 e, con riferimento al termine biennale di operatività della recidiva, previsto dall' VIII comma dell'art. 7 St.Lav. e decorrente, appunto, dall'applicazione della sanzione, Cass. 15 febbraio 1996 n. 1185, in Riv.it.dir.lav., 1997,11,160).

In analogia alla precedente disciplina, invece, il comma 3 dell'art. 6 dell'accordo-quadro prevede la sospensione delle sanzioni disciplinari impugnate sino alla definizione della controversia, salvo il caso di rinuncia alla procedura arbitrale.

4.5. Segue: problemi di disciplina transitoria

Abbiamo visto che, durante questo primo decennio di cd "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, si sono succedute ben tre figure di arbitrato disciplinare. La successione e, spesso, la sovrapposizione, nel tempo di normativa legale e contrattuale in materia, ha posto una serie di complessi problemi di disciplina transitoria (intesa "lato sensu"), circa la concreta operatività delle varie forme di arbitrato a mano a mano previste, con immediate conseguenze sulle concrete modalità di impugnazione dei relativi lodi.

Al riguardo, abbiamo già avuto modo di sostenere che, trattandosi di strumenti di tutela, la data rilevante ai fini dell'utilizzabilità dell'una o dell'altra forma di arbitrato è quella dell'entrata in vigore della relativa disciplina — sul punto, sia consentito il rinvio a NOVIELLO, L'arbitrato disciplinare nell'impiego pubblico "privatizzato", in Lav.pub.amm., 2001, 6, 997 e ss.

Di conseguenza, a far data dal 31 gennaio 2001 — data di entrata in vigore dell'accordo-quadro su conciliazione ed arbitrato del 23 gennaio 2001 —, i pubblici dipendenti con rapporto di lavoro privatizzato possono impugnare le sanzioni disciplinari, con domanda di arbitrato ex art. 6 di tale accordo, dinanzi all'arbitro unico (mediante richiesta di arbitrato da comunicare alla controparte, ai sensi dell'art. 3, co. 1, dell'accordo-quadro) oppure dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina (mediante richiesta da comunicare alla controparte e depositare direttamente presso la sede di tali organi).

Sul punto, quindi, non concordiamo con quanto affermato dal Ministero del lavoro nella circolare n. 19/2001, secondo cui, per risolvere problemi di transizione dalla previgente disciplina legale alla nuova disciplina patrizia assumerebbe decisivo rilievo il termine previsto dall'art. 7, co. 7, L. n. 300 del 1970 (ovvero il termine di dieci giorni all'invito effettuato dalla D.R.L. che ha l'amministrazione per provvedere alla nomina del proprio rappresentante in seno al collegio arbitrale ex art. 59-bis d. lg. n. 29 del 1993), nel senso che 19 se il termine è spirato anteriormente al 31 gennaio 2001, allora gli effetti da ricollegarsi alla richiesta iniziale e alla relativa procedura

restano interamente regolati dalla disciplina previgente al 31 gennaio 2001", mentre "in caso contrario, nell'eventualità cioè che il predetto termine venga a scadere successivamente al 30 gennaio 2001, la disciplina applicabile è costituita da quella collettiva". Tale tesi muove dalla considerazione che "anteriormente al 31 gennaio 2001... l'art. 59-bis prescriveva che la promozione della procedura di conciliazione ed arbitrato per le sanzioni disciplinari avvenisse con le modalità dell'art. 7, commi 6 e 7, della legge 30 maggio 1970 n. 300, ma non spiega in alcun modo perché attribuire un decisivo rilievo proprio al termine assegnato all'amministrazione per nominare il proprio rappresentante.

Sembra invece evidente che, trattandosi di un nuovo strumento di tutela operativo a far data dal 31 gennaio 2001, da tale momento in poi saranno legittime le domande di arbitrato presentate ai sensi dell'art. 6 del nuovo accordo-quadro, non essendo più possibile, sempre da tale data, formulare richieste di arbitrato ex art. 59-bis d. lg. n. 29 del 1993 (giusta la formulazione di tale norma che, come già detto, ne subordina l'operatività alla mancata istituzione pattizia di apposite procedure arbitrali), né tantomeno domande di arbitrato dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina, con le vecchie modalità previste dall'art. 59, co. 7, del d. lg. n. 29 (e, di conseguenza, in queste ultime due ipotesi, l'amministrazione resistente dovrà eccepire l'inammissibilità della domanda).

E "quid iuris" per il caso in cui i collegi arbitrali di disciplina, affitti dal lavoratore dopo il 31 gennaio 2001, abbiano continuato a funzionare con la vecchia procedura? In questo caso, in applicazione di quanto sostenuto circa l'entrata in vigore del nuovo arbitrato contrattuale, riteniamo che il relativo lodo sia impugnabile (deducendone l'invalidità per mancato rispetto delle regole contrattuali), ai sensi dell'art. 412-quater c.p.c., dinanzi al tribunale lavoro in unico grado, posto che dall'entrata in vigore dell'accordo-quadro le domande di arbitrato disciplinare non possono che seguire la nuova procedura contrattuale.

Al contrario, appare erronea la tesi, già sostenuta anche dal Consiglio di Stato in seduta consultiva (nei tre pareri citati al par. 2), che ha affermato l'impugnabilità dei lodi emessi dai collegi arbitrali di disciplina ai sensi dell'art. 59, d. lgs. n. 29 del 1993, secondo la procedura stabilita dall'art. 412-quater c.p.c. (e, quindi, dinanzi al tribunale lavoro della circoscrizione in cui ha sede il collegio), anche prima dell'entrata in vigore dell'accordo-quadro, facendo rientrare i lodi ex art. 59 cit. nella previsione dell'art. 19, co. 14, d. lgs. n. 387 del 1998 — ovvero, nella previsione dell'art. 412-quater c.p.c.

In realtà, a tacer di ogni altra considerazione, appare certa la riferibilità dello strumento di tutela previsto dall'art. 412-quater c.p.c. solo all'arbitrato del lavoro introdotto dal precedente art. 412-ter c.p.c., e la "inoperatività" di questo nuovo arbitrato fino al giorno in cui è intervenuta in materia la contrattazione collettiva nazionale (ovvero, l'accordo-quadro del 23 gennaio 2001).

ESTUDO MULTIDISCIPLINAR

TUTELA DE URGÊNCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO(*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA(**)

1. Numa época em que se torna cada vez mais célere, para não dizer vertiginoso, o ritmo das atividades humanas, assume particular gravidade o problema do tempo necessário à realização do processo. A esta altura, já ninguém alimenta a ilusória esperança de que se logre construir mecanismo de aplicabilidade geral, tão ágil que reduza em qualquer caso a poucos minutos, a poucas horas, ou mesmo a poucos dias, a duração de qualquer pleito judicial. Ainda que isso fosse possível, acrescente-se, o prodígio não tardaria a mostrar-se efêmero: conforme bem observou autor norte-americano, comparando a construção do sistema judicial à de uma estrada, é fora de dúvida que, quanto melhor for esta, maior será o tráfego(1) — e em breve se farão sentir os efeitos perniciosos do desgaste.

No entanto — passe o truísmo — não são raras as hipóteses em que a inevitável demora da prestação jurisdicional é capaz simplesmente de inviabilizar, pelo menos do ponto de vista prático, a proteção do direito postulado, por mais certo que se afigure. Seria obviamente muito difícil apresentar tipologia que abrangesse a totalidade das variadíssimas situações enquadráveis nessa moldura. Contudo, para amarrar o fio condutor de um tratamento sistemático da matéria, parece útil apontar três tipos básicos, de características bem definidas.(2)

(*) Texto de conferência pronunciada em 26.6.2003, em Campinas (com o acréscimo de notas).

(**) Professor da Faculdade de Direito da UERJ, Desembargador (aposentado) do TJRJ.

(1) A citação é de *Neely*, "Why Courts Don't Work", Nova Iorque, 1983, pág. 58, e foi colhida em *MC Cormick*, "Canada's Courts", Toronto, 1994, pág. 44.

(2) Dentre as tentativas de sistematização encontráveis na literatura processual, parece-nos especialmente interessante a de *Proto Pisani*, "La tutela sommaria, in Appunti sulla giustizia civile", Bari, 1982, págs. 313 e segs.; na doutrina nacional, *vide* sobretudo *José Roberto dos Santos Bedaque*, "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência", 3ª ed., S. Paulo, 2003, págs. 102 e segs., e *Luiz Guilherme Marinoni*, "A antecipação da tutela", 7ª ed., S. Paulo, 2002, págs. 31 e segs. De todos esses trabalhos recolhemos elementos úteis, embora sem nos atermos — inclusive pela necessidade, aqui, de uma abordagem muito mais sintética — às respectivas propostas.

Em primeiro lugar, a urgência pode ligar-se ao risco de que desapareçam, antes do momento em que normalmente se viria a lançar mão deles, elementos necessários à efetividade do processo, instaurado ou por instaurar, no qual se pleiteie a tutela do direito. Por exemplo: a demonstração do fato constitutivo talvez dependa do depoimento de terceiro, cujo estado de saúde justifica o receio de que não permaneça vivo na ocasião em que, noutras circunstâncias, seria ouvido como testemunha.

Os outros casos são de urgência relacionada com a própria natureza ou função essencial do direito invocado. Aqui, a noção primacial é a de que, se existente o direito, a respectiva satisfação não comporta dilação alguma, consoante ocorre acima de tudo na esfera das relações jurídicas não patrimoniais, em especial na dos direitos da personalidade, mas também noutras que, patrimoniais embora, têm função de peculiar relevância para a vida da pessoa (*v. g.*: alimentos, salário). Cabe ao propósito uma distinção que justifica o desdobramento da categoria em dois tipos.

Num deles, o direito é daqueles cuja realização se protrai no tempo, de tal sorte que se concebe satisfação essencialmente provisória, suscetível de vir a cessar. Exemplo clássico é o da prestação de alimentos, que, concedidos agora, podem ser negados adiante. No segundo tipo, ao contrário, a satisfação do direito só é concebível à feição de algo definitivo, que se perfaz de uma vez por todas. Permitam-me exemplificar com episódio ainda não muito remoto da história política brasileira: o chamado "Plano Collor", e em particular a providência capital nele consagrada, o bloqueio dos "ativos financeiros", apresentado como instrumento de combate à inflação. De acordo com tese notoriamente aceita pelos tribunais, deveria autorizar-se o levantamento imediato em benefício das pessoas carentes de numerário para despesas inadiáveis, como as destinadas à intervenção cirúrgica imprescindível à respectiva sobrevivência. Ora, em hipóteses assim, a liberação da importância necessária representava caminho sem volta. Não tanto por causa das dificuldades práticas na recuperação do dinheiro levantado e gasto, mas sobretudo por uma razão jurídica: a Medida Provisória n. 168, que disciplinava a matéria, previa unicamente a conversão dos cruzados novos bloqueados em cruzeiros, não a reconversão de cruzeiros eventualmente liberados em cruzados novos. Tal reconversão não era só problemática *de facto*: era, antes de mais nada, impossível *de iure*. Seria pois totalmente anódino qualquer pronunciamento superveniente que porventura viesse a negar o direito ao levantamento do numerário.[3]

2. Legisladores de todos os tempos e de todos os lugares têm se preocupado em aviar receitas para atender a essas necessidades postas em xeque pela renitente propensão dos pleitos judiciais a durar bem mais que o desejável. Sem pretensão de exaustividade, pode-se traçar um quadro sintético das técnicas empregadas com maior freqüência para enfrentar o problema. Elas comportam classificação em dois grupos: um formado

(3) Se é lícita remissão a estudo anterior, que dedicamos especificamente ao assunto, *vide Barbosa Moreira*, "A tutela de urgência num episódio recente da história política brasileira", *in* "Temas de Direito Processual, Sétima Série", S. Paulo, 2001, págs. 31 e segs.

por providências que se ordenam pura e simplesmente a imprimir maior rapidez ao processo, sem sacrifício da atividade cognitiva do juiz, a qual continua, tendencialmente pelo menos, plena e exauriente; outro, por medidas que visam a apressar a prestação jurisdicional mediante cortes naquela atividade, ou, para falar de modo diverso, exonerando o órgão judicial de proceder ao exame completo da matéria litigiosa.

Não se afigura errôneo usar a palavra "sumarização" a propósito de ambos esses gêneros de técnicas; para assinalar, no entanto, a diferença entre eles, diz-se que, no primeiro, se sumariza apenas *o procedimento*, ao passo que no segundo se sumariza *a cognição*. A distinção é relevante: visto que, lá, ficam preservadas todas as garantias fundamentais dos litigantes, notadamente com relação ao contraditório, o resultado do pleito merece receber sem dificuldade o selo da coisa julgada material, enquanto aqui, por força das compressões impostas a tais garantias, é natural que se tenda a conservar aberta, em medida variável, ao interessado a possibilidade de demandar o reexame da matéria, e ao órgão judicial a de proceder a ele.

A sumarização *do procedimento* pode decorrer: *a*) da criação de ritos especiais, com prazos menores, dispensa de certas formalidades e outras características havidas por idôneas para encurtar o itinerário processual; *b*) da abreviação eventual do próprio rito ordinário, sob circunstâncias capazes de tornar desnecessário o percurso total previsto qual paradigma. Exemplos bem conhecidos da primeira modalidade (*a*) são, no Brasil, o procedimento inicialmente designado por "sumaríssimo", depois por "sumário", de que cuidam os arts. 275 e segs. do Código de Processo Civil, e o procedimento próprio dos Juizados Especiais Cíveis, disciplinado nas Leis n. 9.099 e (quanto à Justiça Federal) n. 10.259. No âmbito da segunda modalidade, (*b*) insere-se a modificação do procedimento ordinário contemplada sob a rubrica "Do julgamento antecipado da lide", em que se profere a sentença logo após a fase postulatória e (se couberem) as chamadas "providências preliminares", dispensada a realização da audiência de instrução e julgamento (art. 330 do CPC).

A técnica da sumarização *do procedimento* é apta a produzir bons frutos em determinados casos, mas seu êxito pressupõe condições favoráveis, que não se dão facilmente, em particular a possibilidade concreta da rigorosa observância dos prazos abreviados. Ademais, ela está sujeita ao perigo constante de que resultados iniciais positivos acarretem o aumento incontrolável da demanda e a conseqüente deterioração da "estrada". Por essas ou por outras razões, cuja análise não seria factível nesta oportunidade, a sorte do antigo procedimento sumaríssimo de maneira alguma correspondeu às expectativas que o Código despertara no particular. Os próprios Juizados Especiais Cíveis amiúde se revelam incapazes de manter por muito tempo o nível de produtividade esperado. Situações de urgência máxima nem sempre encontram desafogo adequado nesse tipo de atendimento.

Também a sumarização *da cognição* pode operar de mais de um modo. Concebe-se, por exemplo, que o contraditório, em vez de *necessário*, se faça *eventual*: somente se instaurará se a iniciativa for tomada por aquele em face

de quem se pede a prestação jurisdicional. Assim, na "ação monitória", apenas se discutirá o alegado crédito caso o réu ofereça embargos, na falta dos quais, desde que haja instruído a inicial com prova escrita, o autor obterá sem mais delonga o título executivo judicial (Código de Processo Civil, art. 1.102 *c, caput*, 2ª parte). Outra modalidade de sumarização da cognição é a consistente em adiantar provisoriamente o resultado do pleito, à vista de elementos que, embora insuficientes para fundar convicção plena, permitam ao órgão judicial um juízo *de probabilidade* favorável ao autor. Inscrevem-se nessa área providências a que as leis e a doutrina atribuem natureza cautelar e/ou antecipatória — recorrendo-se aqui, intencionalmente, a uma formulação alternativa justificada pelas incertezas e hesitações classificatórias com que nos costumamos defrontar no ponto.

É evidente a impossibilidade de passar em revista, neste ensejo, todo o elenco de expedientes até agora anunciados em drástica síntese. Vamos, pois, concentrar nossa atenção precisamente na última categoria, em torno da qual, de algum tempo para cá, se vêm tecendo elaborações interessantes na literatura processual brasileira. Antes, porém, de enfrentar os principais itens da problemática à luz do direito pátrio, parece oportuno breve registro de dados relativos à experiência de outros ordenamentos, que com o nosso têm afinidade.

3. Referência obrigatória no assunto é a que se faz ao art. 700 do *Codice di Procedura Civile* italiano. Ele integra seção intitulada *Dei provvedimenti d'urgenza*, que se insere no Capítulo III do Título I do Livro IV. Esse livro é dedicado aos procedimentos especiais; o Título I, aos procedimentos sumários; o Capítulo III, aos procedimentos cautelares. As seções precedentes cuidam do *sequestro*, em suas duas modalidades — o *sequestro giudiziario* (arts. 670 e segs.), correspondente ao seqüestro do direito brasileiro, e o *sequestro conservativo* (arts. 678 e segs.), afim do nosso arresto —; da *denuncia di opera nuova e di danno temuto* (arts. 688 e segs.); e dos procedimentos de instrução preventiva (arts. 692 e segs.), disciplinados no Código pátrio sob a rubrica "Da produção antecipada de provas" (arts. 846 e segs.). Pode-se traduzir com as seguintes palavras o teor do art. 700: "Fora dos casos regulados nas seções precedentes, quem tenha motivo fundado de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer pela via ordinária seu direito, este fique ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências urgentes que, de acordo com as circunstâncias, pareçam mais idôneas para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre o mérito"[4].

A doutrina reafirma e até enfatiza a índole cautelar que se atribui à figura em foco.[5] Insiste-se no caráter *instrumental* da medida decretada

---

(4) No original: *"Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito".*

(5) Assim, entre outros, *Dini*, "I provvedimenti d'urgenza", 4ª ed., Milão, 1973, págs. 161/2; *Tommaseo*, "I provvedimenti d'urgenza", Pádua, 1983, pág. 58; *Arieta*, "I provvedimenti d'urgenza", Pádua,

com base no art. 700.[6] É sabido que, ao longo dos anos, a utilização do dispositivo, na prática forense, veio a passar por notável expansão, a ponto de asseverar-se, em sede doutrinária, que semelhante expediente acabou por abranger "todas as categorias de direitos substantivos"[7] E mais: com óbvia extrapolação dos limites que o código de 1940 pretendera fixar, passou-se a recorrer ao art. 700 qual meio de proporcionar ao interessado uma espécie de *sucedâneo* da tutela que ele poderia pleitear na via ordinária. Tal fenômeno foi objeto de crítica em doutrina: houve quem denunciasse aí "*un vero e proprio stravolgimento della natura e funzione cautelare del mezzo*".[8]

O que escandalizou os críticos não foi, note-se, a mera possibilidade de que a providência cautelar fundada no art. 700 assumisse caráter *antecipatório* da tutela definitiva. Realmente, na Itália, desde cedo se admitira que pudessem coexistir pacificamente, no mesmo ato, feição antecipatória e feição cautelar. A primeira grande sistematização das providências cautelares, na literatura peninsular, definia justamente uma das espécies do gênero como "decisão antecipada e provisória do mérito"; subsistiria uma relação de instrumentalidade entre essa decisão provisória e a sentença definitiva, se bem que "profundamente diversa" da existente nas outras espécies, mas em todo caso bastante para justificar a inserção do fenômeno na área da cautelaridade.[9] A providência desse tipo, com efeito, não poderia "aspirar a tornar-se ela mesma definitiva", mas seria em qualquer caso "preordenada à emissão de uma providência principal": sobrevindo esta, os efeitos provisórios da medida cautelar seriam pura e simplesmente "destinados a cessar, porque, conquanto a decisão principal substancialmente reproduza e faça suas as disposições da providência cautelar, ela funciona sempre como decisão *ex novo* da relação controvertida, e não como convalidação da providência cautelar".[10] A aplicação do art. 700 a casos em que faltaria semelhante nota de instrumentalidade é que despertou a oposição de parte da doutrina; não a índole antecipatória, ou, em outras palavras, a eventual coincidência entre o conteúdo da medida de urgência e o da sen-

---

1985, pág. 59 (o art. 700 constitui uma "*norma di chiusura del sistema cautelare*"; *Proto Pisani*, "I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC", *in* "Appunti" cit., pág. 357 (cf. págs. 332/3, onde o autor igualmente identifica no art. 700 uma "*tipica norma di chiusura*"); *Montesano*, "Sulle misure provvisorie in Italia", no vol. col. "Les mesures provisoires en procédure civile", Milão, 1985, pág. 115; na literatura mais recente, *Luiso*, "Diritto processuale civile", 3ª ed., Milão, 2000, vol. III, pág. 220; *Carpi-Taruffo*, "Commentario breve al codice di procedura civile", Pádua, 2002, pág. 2.111.

(6) *V. g.*, *Carpi-Taruffo*, ob. e lug. cits.: "*I provvedimenti d'urgenza hanno (...) funzione strumentale rispetto a una futura decisione di merito*".

(7) *Carpi-Taruffo*, ob. cit., pág. 2.116. Já em 1985, no início de relatório para congresso realizado em Bari sobre o tema, registrava *Mandrioli*: "*Che i provvedimenti d'urgenza siano divenuti, nella prassi giurisprudenziale, uno strumento assai diverso da quello immaginato dal legislatore del 1940 è costatazione che si compie ormai da tutti*" (*vide* o vol. dos *Atti*, sob o título "La tutela d'urgenza", Rimini, 1986, pág. 15).

(8) *Arieta*, ob. cit., pág. 62.

(9) *Calamandrei*, "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari", *in* "Opere giuridiche", vol. IX, Nápoles, s/d, pág. 185. Exemplo ilustrativo era, segundo o autor, o dos alimentos provisórios.

(10) *Id.*, *ibid.*, pág. 187.

tença a ser obtida por via ordinária. Que se concedesse, a título provisório, o mesmo *quid* suscetível de concessão definitiva na sentença, e não um *aliud*, isso não causou estranheza; o que se relutou em aceitar foi que a concessão provisória acabasse por *substituir* a definitiva, em vez de cingir-se a servir-lhe de *instrumento*.

Ficaria inescusavelmente incompleta esta breve resenha do direito italiano se não se aludisse à existência, nele, de providências antecipatórias de clara natureza *não cautelar*. Exemplo sugestivo é a do art. 186 *bis*, do *Codice di Procedura Civile*, introduzido pela Lei n. 353, de 1990, de acordo com o qual, a requerimento da parte, o juiz instrutor pode ordenar, na pendência de ação condenatória, o pagamento, pelo réu, das quantias por este não contestadas.[11] Tal *ordinanza* de forma alguma exerce função meramente instrumental em relação à futura sentença presumivelmente condenatória; tanto assim, que conserva sua eficácia no caso de extinção do processo (art. 186 *bis*, 2ª alínea).[12] Por outro lado, ao contrário do que faz no art. 700, a lei aqui não subordina a concessão da medida a um específico pressuposto de urgência, posto que na realidade ela proporcione ao credor o benefício nada desprezível de obter a satisfação, ao menos parcial, do crédito antes do momento em que a obteria se tivesse de aguardar a sentença.

4. Menos divulgada entre nós que a italiana, mas igualmente interessante, é a experiência francesa das *ordonnances de référé*, instituto que teve origem na praxe forense antes de ser agasalhado na legislação.[13] Dele tratou modestamente o antigo código napoleônico (arts. 806 a 811), no fim do Livro V da Primeira Parte, consagrado à execução; mas o desenvolvimento prático transbordou de muito os marcos legislativos e trouxe o *référé* ao primeiro plano do cenário judicial. O novo *code de procédure civile*, de 1975, dedica-lhe vários dispositivos, espalhados ao longo do texto, sem grande preocupação sistemática; o campo de aplicação da figura, porém, continua a dilatar-se a ponto de suscitar certa inquietação em alguns espíritos esse fenômeno de "imperialismo".[14]

Que é uma *ordonnance de référé*? O art. 484 do código vigente define-a como "uma decisão provisória, proferida a requerimento de uma parte, presente ou convocada a outra, nos casos em que a lei confere a um juiz que não é o da causa principal o poder de ordenar imediatamente as

---

(11) Especificamente sobre a distinção entre esse tipo de medidas e as cautelares, *vide Carratta*, "Profili sistematici della tutela anticipatoria", Turim, s.d. (mas 1997), págs. 120 e segs. Na mesma obra, págs. 136 e segs., ampla casuística das providências antecipatórias na legislação peninsular.

(12) Cf. *Carratta*, ob. cit., pág. 56.

(13) Criação da jurisprudência do Châtelet de Paris, regulamentou-o pela primeira vez um edito real de 1685. É o que informa a doutrina: *Cadiet*, "Droit judiciaire privé", 2ª ed., Paris, 1998, pág. 548, nota 362; *Vincent — Guinchard*, "Procédure civile", 26ª ed., Paris, 2001, pág. 264; *Cézar-Bru — Hébraud — Seignolle*, "La juridiction du Président du Tribunal", t. I, "Des référés", 5ª ed. (por *Odoul*), Paris, s/d. (mas 1978), págs. 12/3.

(14) A expressão é de *Perrot*, "L'évolution du référé", *in* "Mélanges offets à Pierre Hébraud", Toulouse, s/d. (mas 1981), págs. 657 e 663.

medidas necessárias".[15] A definição não prima pela clareza, e para traçar o perfil do instituto tem-se de recorrer a dados constantes de outros dispositivos: não só dos que se seguem ao art. 484, senão também de alguns situados em contextos diversos, notadamente os arts. 808 e segs., relativos aos poderes do presidente do *tribunal de grande instance* — órgão que detém a competência *comum* para os processos civis em primeiro grau de jurisdição.

De acordo com a tradição, as notas essenciais do *référé* consistem no pressuposto da urgência, no caráter provisório e na ausência de efeito vinculativo para o juiz incumbido da causa principal. A alusão a este último traço remanesce expressa no art. 488: "*L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée*". Todavia, a importância real das características apontadas vem se atenuando em mais de um aspecto, à medida que se expande o uso do instrumento. A urgência, por exemplo, que de início podia ser vista como o *quid* específico do *référé*, é hoje presumida pela lei em certos casos, e noutros pura e simplesmente dispensada.[16] Assim é que o art. 809, 1ª alínea, confere ao presidente do *tribunal de grande instance* o poder de decretar medidas conservativas ou restitutórias, "seja para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar uma turbação manifestamente ilícita".[17] E mais: nos termos da 2ª alínea, quando a obrigação afirmada pelo requerente não lhe parece "seriamente contestável", ele pode conceder ao credor uma "*provision*" ou ordenar o cumprimento da obrigação, mesmo que se trate de uma obrigação de fazer.

Essa figura do chamado "*référé-provision*" é a que mais nitidamente se destaca do quadro tradicional.[18] Para empregar a terminologia agora usual em nosso país, ela abandona sem rebuço o terreno das cautelares e fixa domicílio no das medidas antecipatórias. Com efeito, a decisão que concede a "*provision*" pode apresentar conteúdo igual ao da sentença que julgar procedente o pedido na causa principal, qualitativa e até quantitativamente: tem-se admitido que a "*provision*" corresponda à soma total pleiteada naquela causa.[19] Acentua a doutrina que o *référé* se vai despindo, em hipóteses assim, da feição provisória que lhe era inerente, para adquirir a fisionomia de julgamento definitivo, senão de direito, pelo menos de fato.[20]

Embora não se use na França a expressão "cognição sumária", cumpre notar que mais de um texto do *code de procédure civile*, ao enumerar

---

(15) No original: "*L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatemente les mesures nécessaires*".

(16) *Vide* a respeito *Vincent — Guinchard*, ob. cit., págs. 268 e segs.; *Perrot*, trab. cit., pág. 655.

(17) No original: "*Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*".

(18) No dizer de *Perrot*, trab. cit., pág. 652, aqui se está diante de "*l'extension la plus spectaculaire*" do instituto.

(19) Cf. *Cadiet*, ob. cit., pág. 553, com apoio na jurisprudência da *Cour de Cassation*.

(20) Nesse sentido, *v. g.*, *Cézar-Bru — Hébraud — Seignolle*, ob. e l. cits., pág. 135; *Héron*, "Droit judiciaire privé", Paris, 1991, pág. 234; *Cadiet*, ob. cit., pág. 557; *Perrot*, trab. cit., págs. 652/3; "Les mesures provisoires en droit français", no vol. col. "Les mes. provis. en procéd. civ.", cit., pág. 169.

os pressupostos da *ordonnance de référé*, deixa certo que o juiz deve satisfazer-se com uma convicção formada *prima facie*, à luz de elementos que não são necessariamente completos. A fórmula utilizada pela lei é a do descabimento de "contestação séria" ao pedido do requerente.(21) Ao menos em teoria, fica aberta a possibilidade de chegar-se à conclusão diferente no julgamento da causa principal, naturalmente à vista dos resultados de instrução mais profunda.

5. O confronto entre a experiência italiana e a francesa põe em evidência mais de um ponto de afinidade. Num caso e noutro, cuida-se de medidas que devem muito à elaboração jurisprudencial. No foro nasceu e cresceu o *référé*, e do foro receberam nutrição os *provvedimenti d'urgenza* peninsulares. Foi com arrimo em decisões judiciais, muito mais que na letra da lei, que estes e aquele se viram progressivamente alçados à posição dos últimos tempos, com certeza muito mais saliente do que a cogitada de início pelo legislador. Aí não há o que estranhar: é em juízo que primeiro repercutem determinadas carências. Quem sente necessidade de proteção nem sempre renuncia a pleiteá-la por causa da mera inexistência ou insuficiência de textos legais; o juiz, por sua vez, nem sempre se deixa paralisar no impulso para fazer justiça pelo simples fato de não encontrar no receituário oficial o medicamento específico apropriado. Ambos procuram remédio no similar que estiver mais à mão.

Relaciona-se com isso outra característica comum a ambas as experiências: a *atipicidade* das medidas adotáveis. Nem na Itália, nem na França se tomou a iniciativa de arrolar, em enumeração exaustiva, as providências de que se está tratando. Como se recordou, o art. 700 do *Codice di Procedura Civile* alude, em termos genéricos, àquelas que, segundo as circunstâncias, pareçam mais idôneas para assegurar a eficácia da decisão definitiva. O art. 809, 1ª alínea, do *Code de Procédure Civile*, por seu turno, fala, também genericamente, de medidas conservatórias ou restitutórias que se imponham para prevenir dano iminente ou fazer cessar turbação manifestamente ilícita. E cumpre reconhecer que não seria mesmo possível ao legislador prever, de modo casuístico, todas as situações concebíveis e prescrever para cada qual uma solução específica. Apenas *in concreto*, tomando em consideração as variáveis peculiaridades do caso, é que se poderá escolher o caminho adequado.

Outro aspecto que merece realce concerne à relação entre a decisão provisória e a definitiva. Também no particular, quer na Itália, quer na França, aquela tem assumido com freqüência conteúdo igual ao que se entende provável que esta venha a ter — quando nada do ponto de vista qualitativo, mas, em certos casos, até do quantitativo. Vale dizer: como quer que se classifique doutrinariamente a decisão provisória, não se exclui a possi-

---

(21) Art. 808: "*Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend*". Art. 809, 2ª alínea: "*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire*".

bilidade de que ela *antecipe*, em proveito do requerente, a fruição do benefício que lhe atribuirá, espera-se, a definitiva. Em outras palavras: tutela de urgência acaba por identificar-se com tutela *antecipada*.

Há mais. Em ambos os países, a concessão da tutela de urgência vai tendendo a assegurar ao interessado, de direito ou ao menos de fato, o gozo definitivo do benefício pleiteado. Isto é: a solução em princípio simplesmente *provisória* do litígio adquire estabilidade equiparável àquela que teria a solução final. O fenômeno tem-se imposto na prática, não obstante as rugas de preocupação, quando não de franca desaprovação, que pode e costuma provocar num setor da doutrina.

É hora de passar ao exame, sucinto embora, do ordenamento brasileiro, não sem antes consignar fato que interessa de forma precípua aos especialistas em direito do trabalho: tanto na Itália quanto na França, um dos tópicos comuns na casuística das medidas em foco é o de demissões supostamente ilegítimas de empregados, que se vêem reintegrados amiúde por força de *provvedimenti d'urgenza* ou de *ordonnances de référé*.[22]

6. A evolução do direito pátrio comporta divisão em duas fases nítidas, delimitadas pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil. Como se sabe, foi esse diploma legal que instituiu entre nós, com feição generalizada, a possibilidade de antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela jurisdicional pretendida pelo autor e a este dispensável, em regra, na sentença de mérito que a seu favor viesse a proferir-se. Não se tratava de novidade absoluta; mas até então semelhante possibilidade estava prevista fragmentariamente, para hipóteses determinadas.

Na primeira fase, anterior à Lei n. 8.952, tínhamos:

a) a sumarização *procedimental*, em ambas as modalidades indicadas no começo desta palestra: ritos especiais simplificados, como o do procedimento originariamente batizado de "sumaríssimo",[23] e abreviações do procedimento ordinário, *v. g.* nas hipóteses de "julgamento antecipado da lide" (CPC, art. 330).

b) casos específicos de sumarização *da cognição*, quer mediante a técnica de limitar a matéria suscetível de exame pelo juiz (por exemplo: Dec.-lei n. 3.365, de 21.6.1941, art. 20, consoante o qual, na ação de desapropriação, "a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço"), quer pela exclusão da admissibilidade de certos meios de prova (por exemplo: no mandado de segurança, apenas se admite prova documental pré-constituída).

---

(22) Cf., na doutrina italiana, *Arieta*, ob. cit., págs. 196 e segs.; na francesa, *Perrot*, "L'évol. du réf.", cit., pág. 651 (uma exposição minuciosa da progressiva expansão, legal e jurisprudencial, do campo de aplicação do *référé* na matéria, em *Cézar-Bru — Hébraud — Seignolle*, ob. e t. cits., págs. 188 e segs., 352 e segs.).

(23) Pode parecer estranho que se inclua esse procedimento entre os "ritos especiais", à vista do que se lê no art. 272, *caput*, do Código de Processo Civil. Mas o enquadramento do antigo sumaríssimo, hoje sumário, como modalidade de procedimento "comum", ao lado do ordinário, sempre foi manifestamente artificial: a respeito, *vide Barbosa Moreira*, "O novo processo civil brasileiro", 22ª ed., Rio de Janeiro, 2002, pág. 4.

O arsenal legislativo revelou-se insuficiente para dar combate eficaz a vários problemas ligados à urgência da tutela jurisdicional. É verdade que nosso ordenamento de há muito conhece o expediente das liminares, atalho capaz de dar acesso rápido à proteção provisória (ao menos *de iure*) de direitos que não suportam delonga. Todavia, a utilização desse expediente ficava restrita, em princípio, aos casos contemplados *expressis verbis* em lei. Quanto à sumarização do procedimento, em particular, produziu resultados úteis na segunda modalidade acima recordada, a da abreviação do rito ordinário, ao passo que a outra, concretizada na criação do antigo procedimento sumaríssimo, teve modestíssimo êxito prático — razão da reforma levada a cabo pela Lei n. 9.245, de 26.12.1995, que até substituiu por "procedimento sumário" a antiga denominação, onde o superlativo denotava pretensão a cada passo desmentida pela realidade... A própria experiência dos Juizados Especiais nem sempre vem correspondendo às expectativas geradas por sua criação.[24]

7. Não é de surpreender que, diante da carência legislativa, os interessados em obter proteção urgente hajam procurado vias por assim dizer heterodoxas para alcançar o objetivo. A trilhada com maior freqüência foi a da utilização da *forma* do processo cautelar para veicular pretensões que em substância manifestamente excediam os lindes da cautelaridade. E o expediente favorito consistiu em invocar o chamado "poder geral de cautela", consagrado no art. 798 do Código de Processo Civil. Essa tática encontrou receptividade nos tribunais, sensíveis à necessidade de acudir a situações merecedoras de tutela, para as quais se mostrava improfícua a consulta à farmacopéia clássica.

Acontece que não raro a concessão da providência requerida a título cautelar na verdade exauria toda a proteção que se podia dispensar ao requerente. Para grande consternação de parte da doutrina, que enxergava na expressão verdadeira contradição nos termos, difundiu-se na prática judicial o emprego das chamadas "cautelares satisfativas".[25] Já se lembrou, no começo desta palestra, o exemplo sugestivo das ordens de liberação dos ativos financeiros bloqueados pelo "Plano Collor". Sacada a importância de que precisava, o interessado havia obtido com isso tudo que pretendia, e só *nominalmente* a título provisório, dada a impossibilidade de reversão ao *status quo*.

Surgia, entretanto, um problema, resultante do disposto no art. 800, n. I, do Estatuto Processual, a cuja luz cessa a eficácia da medida cautelar antecedente se a parte que dela se beneficiou não intenta a ação principal no prazo de 30 dias fixado no art. 806. Não se descobre que sentido tinha, na espécie, uma "ação principal"; mas, empenhados em conjurar hipotéticos riscos, os advogados propunham, após o desbloqueio, qualquer ação,

---

(24) Para valiosa tentativa de apreciação crítica, com base em dados colhidos em "pesquisa de campo", *vide Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*, "Acesso à Justiça — Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública", Rio de Janeiro, 1999, págs. 127 e segs.

(25) Locução não menos formalmente contraditória, vale assinalar, chegou a usar-se, com acepção algo diversa, na França: "*mesures définitives provisoires*" (*Perrot*, "Les mes. provis. en dr. français" cit., pág. 157).

inteiramente artificial, pedindo, por exemplo, que o juiz "confirmasse" a ordem emitida na "cautelar". Semelhante mascarada ocupou a atenção e o tempo de órgãos judiciais, que muito melhor utilização de uma e de outro deveriam estar em condições de fazer.

Vale a pena registrar, de passagem, que, na Itália, há quem propugne a atribuição de eficácia definitiva às medidas cautelares antecipatórias fundadas no art. 700, sempre que o beneficiário se abstenha de instaurar o processo de conhecimento que, até agora, deve seguir-se à concessão da providência.[26]

8. Vamos à segunda fase, inaugurada, como foi dito, pelo advento da Lei n. 8.952. O art. 273, n. I, do Código de Processo Civil passou a autorizar, em termos genéricos, a antecipação total ou parcial dos "efeitos da tutela pretendida no pedido inicial", desde que, além de "prova inequívoca" bastante para tornar verossímil a alegação do autor, "haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação". Na verdade, a antecipação da tutela não fica restrita a essa área: o inciso II do art. 273 admite-a também nas hipóteses de "abuso do direito de defesa" ou de "manifesto propósito protelatório do réu". E o § 6º, acrescentado pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002, estende a possibilidade da antecipação no caso de permanecer incontroverso "um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles". Tais disposições não se relacionam, ao menos diretamente, com o problema da urgência. A do § 6º tem óbvia afinidade com a do art. 186 *bis* do código italiano, introduzido, conforme se averbou, pela Lei n. 353, de 1990 — fonte em que talvez se haja inspirado o nosso legislador.[27] Tipicamente de urgência, ao contrário, é a tutela antecipada com fundamento no art. 273, n. I.

Sobre o instituto da antecipação da tutela já floresceu abundante literatura. Um ponto merece ressalto: a preocupação, intensa em setores doutrinários, de estabelecer critérios rigorosos de distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias.[28] Não será um tanto exagerada tal preocupação? A ela — já se observou — permanece praticamente indiferente a doutrina italiana, pouco propensa a reputar absurda a coexistência, na mesma medida, de traços de acautelamento e de traços de antecipação. O fato é que nem sempre se consegue riscar com facilidade e exatidão a linha divisória entre os dois terrenos. E, bem pesadas as coisas, talvez nem sequer valha a pena fazer grandes esforços nesse sentido, sobretudo depois que a Lei n. 10.444, no § 7º que aditou ao art. 273, consagrou autêntica *fungibilidade*[29] entre providências cautelares e antecipatórias, autorizando o juiz a conceder àquele título providência requerida a este outro.

---

(26) Informação colhida em trabalho recente de *Fazzalari*, "Il giusto processo e i "procedimenti speciali" civili", *in* Riv. Trim di dir. e proc. civ., vol. LVII (2003), pág. 4.

(27) *Cândido Dinamarco*, "A reforma da reforma", 4ª ed., S. Paulo, 2002, págs. 94 e segs., propõe interpretação do novo parágrafo bem mais extensa que a sugerida pela literalidade do texto.

(28) Discrepa dessa orientação *José Roberto dos Santos Bedaque*, ob. cit., págs. 318 e segs.

(29) A expressão, perfeitamente adequada, é de *Cândido Dinamarco*, "A ref. da ref.", págs. 91 e segs.

Seja como for, a tutela de urgência, no direito brasileiro contemporâneo, abre-se em leque diversificado. Existem, com efeito:

a) medidas a que, por assim dizer, podemos chamar "puramente cautelares", como as de produção antecipada de prova;

b) medidas incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados suscetíveis de cessação: *v. g.*, a concessão de alimentos a título provisório;

c) medidas também incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados definitivos; por exemplo: a demolição de prédio em ruína iminente, para resguardar a segurança pública (Código de Processo Civil, art. 888, n. VIII);

d) medidas antecipatórias fundadas no art. 273, ou em regra especial inserta em lei extravagante, e desprovidas de índole cautelar: *v. g.*, a imissão do expropriante na posse do bem objeto da desapropriação (Dec.-lei n. 3.365, art. 15).

9. Acaso se perfez o sistema, de tal maneira que se possa haver por completo? Uma ou outra dúvida, quando nada, parece que se justifica. A primeira concerne ao requisito da reversibilidade, mencionado no § 2º do art. 273, *verbis*: "Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado" (*rectius*: dos respectivos efeitos). Doutrina e jurisprudência acordam, em geral, na necessidade de temperar a proibição.[30] Seria de bom alvitre que o temperamento fosse consagrado em termos expressos por via legislativa.

Outra questão é a relativa às providências que exaurem a proteção jurisdicional pretendida pelo interessado. Isso tanto pode ocorrer no âmbito das medidas oficialmente arroladas como cautelares, quanto no da antecipação do tipo da prevista no art. 273. No primeiro caso, deve cogitar-se de dispensar o beneficiário, pura e simplesmente, do ônus de propor "ação principal", que lhe impõe o art. 806, evitando-se com isso o jogo pouco sério de demandas ociosas, intentadas — se me permitem expressão menos protocolar — "para inglês ver", como sucedeu no caso do desbloqueio dos ativos financeiros ao tempo do Plano Collor.[31] Se o prejudicado pela providência a considerar ilegítima, e portanto injusto o prejuízo, deveria caber-lhe a iniciativa de promover a responsabilidade do requerente, à semelhança do que se prescreve no art. 811. No segundo caso — isto é, no da antecipação da tutela propriamente dita —, modificação concebível (e aconselhável) consistiria em estabelecer que, concedida aquela integral-

---

(30) Consulte-se a respeito, inclusive para outras referências, *Athos Gusmão Carneiro*, "Da antecipação da tutela", 3ª ed., Rio de Janeiro, 2002, págs. 71 e segs. Preconiza o autor, ao nosso ver com acerto, a aplicação do princípio da *proporcionalidade*: o juiz deve proceder a uma valoração comparativa dos interesses em jogo e decidir a favor daquele que lhe pareça mais relevante (*vide*, sobretudo, págs. 75 e 78).

(31) Assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, relativamente à interdição de prédio *ex* art. 888, n. VIII: vide os acórdãos citados por *Theotonio Negrão*, "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", 35ª ed. (por *José Roberto Ferreira Gouvêa*), S. Paulo, 2003, nota 5 ao art. 888. A mesma solução, *a fortiori*, deve aplicar-se à demolição.

mente, a eventual omissão da parte contrária em impugná-la converteria de imediato em sentença a providência antecipatória, com o conseqüente encerramento do processo.[32]

10. São oportunas duas observações finais. A primeira reitera algo a que já se acenou: não parece aconselhável entender com rigor absoluto a discriminação das várias modalidades de tutela de urgência, há pouco indicadas. Entre elas sem dúvida existem diferenças relevantes, mas também manifestas afinidades — sem a qual, de resto, não teria cabimento enquadrá-las todas dentro de um mesmo gênero, o da tutela de urgência. Não fica excluída a possibilidade de depararmos hipóteses situadas numa "zona cinzenta", ou faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando. A ciência processual — melhor dizendo: a ciência jurídica — precisa aceitar o fato de que, em alguns assuntos, não lhe é dado fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes. E, às vezes, não é útil sequer tentar fazê-lo.

A segunda é que a tutela de urgência, em qualquer de suas espécies, não há de ser vista como panacéia, aplicável com inteiro desembaraço e sem senso de medida a toda sorte de situações concretas. Que os advogados não gostem de peias no manejo do instrumento, compreende-se;[33] aos juízes, porém, compete respeitar certos lindes impostos pela consciência de que não entra em sua missão institucional pretender corrigir com golpes autoritários tudo quanto suponham contribuir para o desconcerto do mundo. A crônica judiciária registra casos em que, a título de antecipação de tutela, se ordenou a entrega imediata de medicamentos ao requerente, e até o arrombamento de armários dos hospitais públicos, com tal fim, e sob cominação de prisão do Secretário Estadual de Saúde, se se opusesse. Também já se chegou a determinar a inversão, em favor do requerente, da ordem de pacientes que aguardavam o transplante de órgãos, como se o juiz pudesse saber com certeza absoluta quem, na lista de espera, tem maior urgência na intervenção. Desse tipo de excessos seria bom que não tivéssemos de defender-nos, como seria igualmente bom que não precisássemos, por outro lado, lamentar uma exagerada timidez na decretação de providências urgentes. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: aqui, como em quase tudo, *in medio est virtus*.

---

(32) A sugestão consta de proposta de alteração do art. 273, formulada por *Ada Pellegrini Grinover* e publicada na *Revista de Processo*, n. 86, págs. 191 e segs.

(33) Aplica-se ao Brasil a observação de *Perrot*, "L'évol. du réf.", pág. 646, segundo a qual os advogados franceses tendem a enxergar no *référé* uma espécie de "abre-te sésamo", capaz de dar acesso a quanto se queira conseguir em juízo.

REFORMA PREVIDENCIÁRIA E DÉFICIT DO SISTEMA

SERGIO PINTO MARTINS(*)

I — SETOR PRIVADO

Havia necessidade de ser feita a reforma da Previdência Social, o que ocorreu com a Emenda Constitucional n. 20, de 1998. Chegaríamos ao ponto de que dois ativos estariam sustentando um inativo, o que evidentemente iria inviabilizar o sistema em pouco tempo.

Afirma-se que há um crescente déficit na previdência social no setor privado: R$ 200 milhões em 1996 ou 0,08% do PIB; R$ 3,1 bilhões em 1997 ou 0,32% do PIB; R$ 7,1 bilhões em 1998 ou 0,78%; R$ 9,4 bilhões em 1999 ou 0,98% do PIB; R$ 10,1 bilhões em 2000 ou 0,92% do PIB; R$ 12,83 bilhões em 2001 ou 1,07% do PIB; R$ 16,999 bilhões em 2002 ou 1,31% do PIB.

O Regime Geral de Previdência Social paga em torno de 19 milhões de benefícios.

Segundo levantamento de Raul Velloso, de cerca de 20 milhões de aposentados e pensionistas do INSS, apenas em torno de seis milhões de aposentados teriam contribuído para o sistema. Os 14 milhões restantes recebem benefício: dois milhões usufruem da assistência social, seis milhões são pobres urbanos que recebem diferentes benefícios para completar a renda mínima e seis milhões são aposentados rurais, trabalhadores do campo, que jamais contribuíram para sua aposentadoria.

O número total de aposentadorias aumentou 229,8 mil (2%); as pensões por morte, 145,4 mil (2,9%); os auxílios-doenças, 157,2 mil (31,1%); os benefícios assistenciais, 73 mil (3,5%); os benefícios acidentários, 23,2 mil (3,4%); o salário-maternidade, 3,7 mil (2,8%); os demais benefícios, como auxílio-reclusão e auxílio-acidente 1,6 mil (10%).

Praticamente 12 milhões de 20 milhões de segurados ganham o salário mínimo. Em média, cada aposentadoria do INSS passou para R$

(*) Juiz titular da 33ª Vara do Trabalho de São Paulo e professor titular da Faculdade de Direito da USP.

382,00. Evidentemente, que esse valor não é uma forma de garantir existência digna (art. 170 da Constituição), de assegurar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Lei Maior) e seu bem-estar (art. 193 da Lei Magna).

Contudo, em 61% dos municípios brasileiros o pagamento de benefícios da Previdência Social é maior que as transferências de recursos feitas pelo Fundo de Participação dos Municípios. É o que ocorre em certas cidades do interior ou do Nordeste, mais precisamente em 3.358 municípios brasileiros, dos 5.507. Ele movimenta o comércio da cidade durante 15 dias. Só dão crédito nesses lugares a quem é pensionista ou aposentado.

O sistema previdenciário acaba representando a transferência de recursos dos estados mais ricos para os mais pobres, num sistema de solidariedade social.

É certo que em muitos países a aposentadoria não é integral:

País idade mínima vlr. inicial c/ idade min. aos 65 anos

Brasil 53 (homem) 100% 100%

48 (mulher)

Reino Unido 60 42 50

França 60 70 75

Alemanha 63 65 70

Holanda 65 70 70

Em determinados sistemas, contudo, a aposentadoria é um prêmio para o segurado, o que não ocorre no Brasil.

Há, porém, vários fatores a destacar que implicam a necessidade de reforma.

Em 1930 a expectativa de vida era no máximo de 40 anos. Entre os anos de 1950 a 1955 a expectativa de vida do trabalhador era de 49 anos. Em 70/75 passou a ser 57,57 para homens e 62,17 para mulheres. Em 80/85, 62,30 e 67,60, respectivamente. Em 90/95, 63,54 homens e 69,10 mulheres. Em 2001 era de 68,9 anos.

Em 2001 a expectativa de sobrevida de um homem de 50 anos era de mais 23,4 anos, ou seja, 73,4 anos. Um homem de 53 anos vivia 21,1 anos. Uma mulher de 48 vivia 29,5 anos.

As pessoas com mais de 65 anos não representavam 2 ou 3% da população mundial em 1853. Em 2003, a população de idosos é de 15%. Estima-se que chegue a 25% em 2030. No Brasil, em 2003 é de 8%, compreendendo 13 milhões de habitantes. Em 2030 seria de 20%.

Inicialmente, os idosos viviam poucos anos após aposentados.

Posteriormente, em razão do progresso da medicina as pessoas passaram a viver mais ou ter expectativa de vida maior. Os trabalhadores obtinham, porém, a aposentadoria mais cedo, pois comprovavam o recolhimento necessário. Entretanto, recebem por mais tempo o benefício.

As mulheres tinham vários filhos, que, num primeiro momento, iam trabalhar e contribuíam para o sistema. Em 1960, cada mulher tinha em média 6,2 filhos. Na década de 60 as mulheres tinham em média 5,8 filhos.

O empregado recolhia 8% da sua remuneração e o empregador 12%, totalizando 20%. Multiplicado o valor obtido pelos 5 filhos dava para pagar o porcentual de 100% da aposentadoria do pai dessa família.

A média em 2000 era de 2,38 filhos por mulher. Com isso, houve diminuição da arrecadação da contribuição previdenciária, pois há um número menor de segurados ingressando no sistema para contribuir.

A comparação da longevidade das pessoas com um número menor de filhos por mulher significa que a população mundial chegará a um limite máximo e depois começará a diminuir.

O desemprego importa que o trabalhador nada recolha para o sistema, porém dele usufrui sob a forma de seguro-desemprego e sistema de saúde, implicando gastos para o regime.

O sistema de repartição simples implica que os ativos financiam os inativos ou, como se diz, há um contrato entre gerações. A geração atual financia a aposentadoria da geração anterior.

Quando foi idealizado o sistema de Bismarck, em 1883, havia 20 ativos para um inativo.

Na área privada, na década de 1950, oito contribuintes financiavam um aposentado. Na década de 1970, a relação era de 4,2 para 1. Na década de 1980, 3,2 para 1. Na década de 1990, 2,5 para 1. Não há dúvida que há necessidade de reforma, mas ela deve ser feita para melhorar a condição social das pessoas e não para piorá-la. Para esse fim se destina a Previdência Social.

As soluções que vinham sendo empregadas eram reduzir o valor do benefício, aumentar a contribuição ou a idade para a pessoa ter direito ao benefício.

Um dos maiores problemas da Previdência Social é o emprego da arrecadação para outros fins. Em razão do fato de que havia muito dinheiro nos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP's), decorrentes das contribuições dos segurados, mas ele não era usado, pois eram poucos os aposentados. O numerário foi empregado em 1956 para construir Brasília, mas, ao que se sabe, não foi devolvido ao sistema.

O IAPI financiou 17 conjuntos, cada um com cinco blocos de apartamentos, com dez pavimentos, 336 apartamentos. Financiou, ainda, mais 1.188 apartamentos funcionais e 34 edifícios destinados ao pessoal dos Poderes Legislativo e Judiciário.

O IAPC financiou 2.336 apartamentos.

O IAPB financiou 4.546 apartamentos de alto luxo de quatro quartos, mais 300 apartamentos de três quartos, 152 casas para autoridades (mansões), com 1.500 m², piscina, quadras de esportes, áreas verdes e de recreação.

O IPASE financiou 383 apartamentos de luxo para diplomatas e presidentes de autarquias, além de 210 mansões de 1.500 m² para o primeiro escalão do governo, assim como os custos de urbanização da Península Sul e terrenos para hospitais, creches e clubes recreativos.

Estima-se que os institutos de aposentadorias tenham gasto em torno de US$ 3 bilhões para construir Brasília.

O dinheiro da previdência ainda financiou a Ponte Rio-Niterói e sedes luxuosas de clubes em Brasília.

Os valores da Previdência Social foram, ainda, usados para: a constituição e aumento de capital de várias empresas estatais; a manutenção de saldos na rede bancária como compensação pela execução de serviços de arrecadação de contribuições e de pagamento de benefícios (*Stephanes, Reinhold*. "Reforma da Previdência", Rio de Janeiro, Record, 1998, pág. 95). No âmbito do IPESP, o dinheiro das pensões foi usado até para construir delegacias.

Recentemente as contribuições foram usadas para outros fins, como para empréstimo a bancos em situação de insolvência, mas não para pagar os benefícios do segurado. É preciso, assim, maior controle da gestão da coisa pública.

Os trabalhadores rurais anteriormente se aposentaram contando apenas o tempo de serviço (tempo fictício) sem recolher a contribuição previdenciária, ainda que para obter o benefício de um salário mínimo. Muitos contribuíam apenas o suficiente para completar a carência para a aposentadoria por idade. A contribuição recolhida para o sistema era insuficiente, pois a exação incidente sobre a receita da produção da comercialização substituía apenas a contribuição da empresa e não a do trabalhador.

A Emenda Constitucional n. 20/98, contudo, não trouxe modificações de fundo. Houve uma inquietação muito grande com as mudanças que iriam ocorrer, sem que houvesse uma diretriz fundamental a ser seguida. O projeto estava no Congresso Nacional desde aproximadamente 1992, porém nada do que era preciso foi feito, ou seja, aumentar a fiscalização para diminuir a sonegação, combatendo-a; fiscalizar a concessão de benefícios fraudulentos, que continua ocorrendo; desvios de verbas para amparo a bancos insolventes. Tais questões não precisavam de reforma, mas de vontade. Quem quer fazer, faz. Quem não quer, dá desculpa, reclama.

Talvez a única mudança de relevo foi a introdução no sistema transitório da idade mínima para a pessoa se aposentar, que não tinha previsão na legislação até então vigente, permitindo que pessoas se aposentassem até com 37 anos de forma proporcional, como a mulher que tivesse começado a trabalhar com 12 anos e somasse 25 anos de tempo de serviço. Realmente era necessário estabelecer um limite de idade para a aposentadoria por tempo de contribuição, que foi fixado no regime de transição em 53 anos para o homem e 48 anos para mulher para os segurados que já estavam no sistema antes da reforma.

A reforma feita até aqui é como perfume francês para quem não toma banho. Vai dar uma tapeada por algum tempo. Depois tudo volta ao que era antes.

Na prática, o que se constatou é que foram reduzidos direitos previdenciários e dificultada a obtenção de benefícios, como na combinação de tempo de contribuição, idade e expectativa de vida. O fator previdenciário utiliza vários critérios para o cálculo do benefício, como da média das contribuições vertidas para o sistema desde aproximadamente 1994. A reforma, contudo, suprimiu certos direitos do segurado.

Preocupa-me a falta de estatística confiável e elaborada de forma científica no sentido de se saber qual é o valor necessário para custear os benefícios do sistema ou qual é a idade mínima necessária para o segurado se aposentar.

Propaga-se um crescente déficit na previdência social. Entretanto, o jornal Folha de São Paulo mostrou em 1998 que o sistema previdenciário direcionado para a área privada não é deficitário. Ao contrário, as receitas são maiores que os benefícios. O sistema seria deficitário a partir do momento em que há junção com os benefícios dos funcionários públicos. Então o déficit seria do sistema público e não do privado.

Difícil é inclusive constatar o déficit mediante dados confiáveis. O trabalhador paga a sua contribuição. A empresa tem contribuições sobre a folha de pagamentos e sobre os rendimentos dos segurados que lhe prestam serviços (art. 195, I, *a*, da Constituição), sobre o faturamento (Cofins e PIS) e sobre o lucro. Há ainda a contribuição sobre a receita dos concursos de prognósticos e parte do CPMF (a alíquota de 0,1% é destinada ao custeio da previdência social — art. 84, § 2º, II do ADCT). É sabido ser considerável a arrecadação de todas as contribuições mencionadas. O governo divulga o que gasta no sistema, mas não declara quanto efetivamente arrecada, nem soma as contribuições sobre o lucro e sobre o faturamento que são arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal e por onde entra o numerário, mas muitas vezes não é transferido para o INSS. Sabe-se que se somarmos a arrecadação da COFINS, do PIS/PASEP, do CPMF e da contribuição sobre o lucro temos, em 1998, aproximadamente R$ 40 milhões, enquanto que a soma da arrecadação do IPI e do imposto de renda importa em R$ 60 milhões.

Não consta que a dívida da União junto às instituições de previdência tenha sido paga, apesar da referência a ela nos artigos 135 a 138 da Lei n. 3.807/60.

Leciona *Hugo de Brito Machado* que "o exame dos balanços gerais da União revela que as contribuições de previdência, cujo total representava, em 1989, apenas 34% da receita tributária, passou a oscilar entre 110% e 121% nos anos de 1990 até 1994. Em 1995 a arrecadação dessas contribuições correspondeu a mais de 148% da receita tributária. Em outras palavras, as contribuições de previdência corresponderam, em 1995, a quase vez e meia de tudo quanto a União arrecadou com todos os seus tributos". Nos dados acima não estão incluídas as contribuições do trabalhador, nem as dos concursos de prognósticos.

Indica o Anuário Estatístico da Previdência Social de 1997 que, no ano de 1996, não houve repasse da contribuição sobre o lucro para a Seguridade Social. Onde então está o déficit? Só na parte em que o trabalhador financia o sistema? E as outras receitas mencionadas, não são consideradas? Ressalte-se que esse numerário não retornou para o sistema.

O artigo 76 do ADCT estabelece que no período entre 2000 a 2003 que 20% da arrecadação de contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, seja desvinculado de órgão, fundo ou despesa.

No ano 2000, a arrecadação da contribuição sobre o lucro foi de R$ 8,665 bilhões e somente R$ 4,441 bilhões foram destinados à Seguridade Social. A COFINS no ano de 2000 arrecadou R$ 38,634 bilhões, sendo que R$ 21,553 bilhões foram destinados para outros fins, mas não para a Seguridade Social. O CPMF arrecadou em 2000 R$ 14,397 bilhões, mas só foram destinados R$ 11,753 bilhões para a Saúde. Para onde foi o resto do dinheiro?

Entretanto, o numerário não retornou para o sistema, quando pertence à Seguridade Social, em relação às contribuições do PIS, COFINS e sobre o lucro, assim como a parte do empregado e do empregador.

No ano 2000 a receita dos sistema de Seguridade Social foi de R$ 116,401 bilhões e as despesas de R$ 115,488 bilhões. Houve superávit de R$ 953 milhões.

O fluxo de caixa do INSS em 2001 mostra que as receitas no ano foram: receita líquida: R$ 62,491 bilhões; outras receitas: R$ 618 milhões; COFINS: R$ 45,679 bilhões; contribuição sobre o lucro: R$ 8,968 bilhões; CPMF: R$ 17,159 bilhões; concursos de prognósticos: R$ 521 milhões; receita própria do Ministério da Saúde: R$ 962 milhões; outras contribuições sociais: R$ 481 milhões, totalizando R$ 136,879 bilhões. As despesas foram: benefícios previdenciários urbanos: R$ 59,383 bilhões; benefícios previdenciários rurais: R$ 14,309 bilhões; benefícios assistenciais R$ 4,323 bilhões (renda mensal vitalícia: R$ 1.636; lei orgânica da assistência social: R$ 2,687 bilhões; EPU: R$ 682 milhões): Saúde: R$ 21,111 bilhões; assistência social geral: R$ 1,875 bilhões; custeio de pessoal do MPAS: R$ 3,497 bilhões; Fundo de Combate à Pobreza: R$ 233 milhões, totalizando R$ 105,413 bilhões. Logo, houve um superávit de R$ 31,466 bilhões, segundo a ANFIP.

No ano de 2001 houve arrecadação de contribuições sociais de R$ 136,9 bilhões. R$ 31,5 bilhões foram repassados ao Orçamento Fiscal da União, visando gerar superávit primário.

Em 2002, o montante arrecadado das contribuições de empregados e empregadores foi de R$ 70,5 bilhões e as despesas com aposentadorias e pensões foram de R$ 69 bilhões. Houve, portanto, superávit.

As receitas totais do sistema de Seguridade Social em 2002 foram de R$ 177,235 bilhões e as despesas de R$ 155,03 bilhões. Houve superávit de R$ 22,295 bilhões.

As receitas líquidas do INSS aumentaram de R$ 5,461 bilhões, em janeiro de 2003, para R$ 6,111 bilhões, em fevereiro de 2003. Houve evolução de 11,9%. A arrecadação bruta montou R$ 7,197 bilhões em fevereiro de 2003. Em janeiro de 2003 a arrecadação bruta foi de R$ 6,275 bilhões, com acréscimo de 14,69%. Os gastos com benefícios no mês de fevereiro foram de R$ 7,166 bilhões, apresentando superávit de R$ 31 milhões.

Dados do Tesouro Nacional mostram que em 2002 a arrecadação de impostos foi de R$ 107,9 bilhões e de contribuições R$ 193,5 bilhões. A diferença é de 79,33271%. Arrecada-se, portanto, mais contribuições do que impostos. A CPMF rendeu R$ 20,2 bilhões em 2002. A arrecadação da COFINS foi de R$ 50,8 bilhões em 2002, 3,3 vezes a mais do que os R$ 15,2 bilhões de 1995.

É claro que o numerário arrecadado para a Seguridade Social não é marcado, mas não pode ser destinado para outros fins, principalmente quando entra pela porta do Tesouro Nacional (COFINS, contribuição sobre o lucro) e não sai integralmente para os cofres da Seguridade Social.

Todas as receitas da Seguridade Social devem ser levadas em consideração para apurar o suposto déficit, como a contribuição do empregado, do empregador (sobre a folha de pagamentos, COFINS, contribuição sobre o lucro), receita de concursos de prognósticos etc. e não somente a parte do empregado.

Em 2002, a arrecadação das contribuições previdenciárias foi 32,4% a mais do que em 2001. A execução da contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho também ajudou a aumentar o recolhimento da exação, diminuindo as fraudes de não se recolher a contribuição nos processos trabalhistas. Na 33ª Vara do Trabalho de São Paulo há, em média, recolhimento de R$ 100.000,00 por mês a título de contribuição previdenciária.

No ano de 2002, no TRT da 2ª Região a contribuição previdenciária recolhida espontaneamente foi de R$ 82.157.881,26. Houve execução de R$ 27.122.172,45, totalizando R$ 109.280.053,71. No âmbito nacional, a arrecadação da contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho em 2002 foi de R$ 570.345.276,62. No período de junho de 1999 a outubro de 2002 houve arrecadação de R$ 1.625.000.000,00.

A carga tributária foi de: de 24,61% do PIB em 1991; 29,74%, em 1998; 31,70%, em 1999; 32,48%, em 2000; 33,84% em 2001; 35,86%, em 2002. Logo, há uma fúria de arrecadação por parte do Estado. O Brasil tem carga tributária superior ao Canadá e aos Estados Unidos.

Existe muita renúncia fiscal, como o fato das entidades filantrópicas não recolherem a cota patronal, apesar de a Constituição fazer referência apenas a entidades beneficentes de assistência social (§ 7º do art. 195).

Os clubes de futebol passaram a recolher sobre a arrecadação das partidas de futebol, porém o público diminuiu nos estádios e certos clubes não jogam o ano inteiro.

Afirma-se que o aumento do déficit é decorrente da alteração do salário mínimo para R$ 240,00. Com o reajuste do salário mínimo, há

também aumento da arrecadação, pois a contribuição é calculada sobre um valor maior do que o anterior. As empresas pagam a sua contribuição e a arrecadada dos empregados até o dia 2 do mês seguinte ao vencido. Os benefícios previdenciários são pagos nos 10 primeiros dias úteis do mês. Se existir alguma diferença, é muito pequena. Falacioso, portanto, tal argumento.

O segundo motivo seria o represamento de pedidos de benefícios nas agências do INSS em decorrência da greve no final de 2001, tendo aumentado o número de requerimentos em 3,2%. Isso, porém, é relativo, pois o número de pedidos pode diminuir em razão da normalização dos requerimentos, que seguem uma média por mês.

O segurado não tem segurança jurídica em relação à futura obtenção do benefício previdenciário. No curso de um período de 30 ou 35 anos várias podem ser as alterações das regras para a aquisição do benefício. É certo que não se pode falar em direito adquirido, mas em mera expectativa de direito. Todavia, a regra do jogo não pode ser modificada no meio do campeonato. O segurado constantemente é apanhado de surpresa, estando em certos casos completamente indefeso. Ora sua aposentadoria pode chegar até 20 salários mínimos, de acordo com o maior valor teto. Ora não chega a 10 salários mínimos. Como orientar o segurado em relação a esses mecanismos que vão surgindo no curso do tempo? Como explicar para o segurado que contribuía sobre o teto que hoje seu benefício é de 7,8 salários mínimos? Ele não entende. Pensa que está sendo ludibriado.

Menciona o *Barão de Itararé* que "não é triste mudar de idéia. Triste é não ter idéia para mudar". Não há dúvida a respeito da necessidade de mudanças. A inovação é necessária, mas deve ser feita para melhor (*reformatio in mellius*), para aperfeiçoar e não para pior (*reformatio in peius*), como em certos casos se viu na referida reforma, principalmente em detrimento do trabalhador.

É deprimente escutar que o aposentado é "vagabundo", que não quer trabalhar, de que as pessoas idosas deveriam trabalhar mais, principalmente quando já adquiriram o direito a se aposentar e podem decidir livremente o que fazer, quando não têm mais condições de trabalhar ou então para receber um valor ínfimo de aposentadoria que é insuficiente para se manter e por esse motivo precisam trabalhar para sobreviver. Infelizmente o aposentado não tem várias aposentadorias e mais: não tem aposentadoria se não contribuir para adquiri-la, ao contrário de quem fez as afirmações, pois não custeou o suficiente para ter direito ao benefício. O atual presidente da República também tem aposentadoria de anistiado em torno de R$ 3.000,00, sem ter vertido a contribuição integral necessária para fazer jus ao benefício. O bom exemplo deve vir de cima para que possa ser seguido.

O aposentado volta a exercer atividade para complementar a renda porque recebe benefício insuficiente.

É preciso a incorporação das pessoas que estão na informalidade, que usam o sistema de saúde, mas nada pagam para a Seguridade Social,

embora sejam segurados obrigatórios. *Camelô* é contribuinte obrigatório do sistema, na condição de segurado individual, mas na maioria das vezes não recolhe a contribuição.

Cerca de 40 milhões de trabalhadores estão foram do sistema de Previdência Social. Isso significa 54,3% da População Econômica Ativa, que não contribuem para o sistema. No Nordeste, 72,3% não têm Seguridade Social.

Há necessidade de formalizar a relação os trabalhadores autônomos que estão na informalidade, conscientizando-os que não pagam a contribuição que estão prejudicando outras pessoas e o sistema. A recuperação da atividade econômica pode diminuir o déficit se os trabalhadores forem trazidos para o setor formal.

É preciso maior eficácia na fiscalização, visando o combate à sonegação, que tem melhorado com a instituição do GFIP. Verifica-se que numa única agência do INSS no Rio de Janeiro houve fraude mensal de R$ 1,2 milhão.

Há em torno de três mil fiscais no Brasil. Isso não dá dois fiscais por cidade. Há empresas que nunca foram fiscalizadas e nunca o serão.

II — SETOR PÚBLICO

Na área da previdência pública, o déficit do sistema teria sido de 3,51% do PIB em 1996 e 4,09% do PIB em 2001. Em 2002, a contribuição dos servidores foi de R$ 5,3 bilhões e o pagamento de aposentadorias e pensões de R$ 32,3 bilhões. O déficit seria de R$ 27 milhões (OESP 10.1.2003). Estes números, porém, não são absolutamente corretos e podem ser discutidos.

Em média, os servidores públicos recebem R$ 2.800,00 de benefício por mês.

Servidores do Poder Executivo da União ganham R$ 2.439,00 e inativos R$ 2.007,00. Servidores do Poder Legislativo federal ganham R$ 6.418,00 e os inativos R$ 5.957,00. Servidores do Judiciário federal ganham em média R$ 6.313,00 e os inativos R$ 6.887,00. Servidores do Ministério Público Federal R$ 6,975,00 e os inativos R$ 6.687,00.

Propaga-se a necessidade de se extinguir a aposentadoria integral do servidor público. Há, porém, distorções que ocorreram e não foram corrigidas, mas que geraram déficit. O segurado não teve culpa dessas distorções nem das fraudes que ocorreram no sistema.

A aposentadoria dos juízes classistas na Justiça do Trabalho ocorria com cinco anos de trabalho no Justiça Laboral, desde que no total tivessem 30 anos de contribuição em outro sistema, que poderia ser até recolhendo sobre um salário mínimo por mês. Tinham direito à aposentadoria integral, com base no último salário. Evidentemente que não houve custeio suficiente para esse fim e proporciona déficit.

Antes da reforma de 1998 foi usado tempo fictício para aposentadoria, em que a pessoa era inscrita no registro profissional e considerava-se esse tempo para adquirir o benefício, mas não houve contribuição. Hoje, isso é proibido (§ 10 do art. 40 da Constituição).

Os que entraram como servidores públicos no regime da CLT e foram considerados estatutários pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se aposentaram com o benefício integral. Não houve contribuição suficiente para esse fim. Estima-se que mais de 500 mil pessoas se beneficiaram desse dispositivo, recolhendo a contribuição no máximo sobre o teto do INSS até 5.10.88 e não sobre a efetiva remuneração. O dinheiro arrecadado pelo INSS a título de contribuições dos celetistas não foi, porém, transferido para os cofres da União.

O servidor público já recolhia 5% da sua remuneração para custear a pensão a seus dependentes desde o decreto de Regente Feijó, de 10 de janeiro de 1835, que criou o Montepio Geral Econômico dos Servidores.

Atualmente, o servidor público federal recolhe contribuição de 11% sobre o total da sua remuneração e não sobre R$ 1.869,34, como na iniciativa privada. Servidores que entraram no regime a partir de 23 de outubro de 1993 sempre contribuíram sobre o total de sua remuneração e até com 12% em certo período (art. 2º da Lei n. 8.688/93) e não com porcentual inferior. Não tem o servidor direito ao FGTS para assegurar seu tempo de serviço. Não pode exercer outras atividades, pois deve ter dedicação exclusiva. Isso visa compensar outros direitos que o trabalhador da iniciativa privada faz jus, como de exercer quantas atividades quiser. Não possui o servidor privilégio. Tem um direito assegurado constitucionalmente, uma garantia constitucional. Essa garantia poderia ser considerada cláusula pétrea, que não pode ser alterada por emenda constitucional, por se tratar de um direito e garantia individual (art. 60, § 4º, IV da Constituição).

Em julgamento sobre salário-maternidade, o STF entendeu que não poderia ser estabelecido o limite de R$ 1.200,00 para o benefício por intermédio da Emenda Constitucional n. 20/98, por se entender que direitos e garantias individuais não podem ser alterados por emenda constitucional (ADIn 1.946-5, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 10.4.03, pág. 1, conforme Informativo do STF 303, de 31.3 a 4.4.03).

Em julgamento sobre imunidade tributária, o STF afirmou que "admitir que a União, no exercício de sua competência residual, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados". Foi reconhecida a parcial inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93, que viola o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, *b*, da Constituição) (STF, Pleno, ADIn 939-7-DF, rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 150/68-69).

Leciona *Flávia Piovesan* que, em decorrência "da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e cultu-

rais decorre a chamada cláusula de proibição de retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retrocederem no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia destes direitos". Nessa linha de raciocínio, o direito à aposentadoria integral do servidor é um direito fundamental, que, portanto, não poderia ser modificado por emenda constitucional.

A União não recolhe sua parte sobre o pagamento feito ao servidor público, que deveria ser de pelo menos 20% sobre sua remuneração, como acontece com as empresas no setor privado. Afirma-se que tal recolhimento viria da mesma fonte, que é o Tesouro Nacional. Entretanto, o dinheiro seria destinado especificamente para o custeio da previdência pública e não seria direcionado para outros fins, ao alvedrio do governo.

O governo já economiza 20% da contribuição sobre a remuneração do servidor público e não recolhe o FGTS.

Estima-se que o governo federal vá gastar este ano com propaganda R$ 1,6 bilhões. É um gasto inútil, que poderá ser destinado para qualquer outro fim, até para pagar um benefício social mais digno aos funcionários públicos.

Para os magistrados, a estabilidade e a aposentadoria integral são garantias da sociedade para ter um juiz imparcial, em razão das restrições que têm de não poder exercer outra atividade, a não ser o magistério, e de não fazer jus ao FGTS, justamente para que possa se dedicar integralmente à judicatura. Uma das formas de se assegurar independência nos pronunciamentos do magistrado é conceder-lhe aposentadoria integral, após vários anos de serviços prestados à sociedade e de fazer justiça. A aposentadoria integral do juiz é uma garantia da sociedade de ter um magistrado imparcial, independente, que não pode estar sujeito a ser peitado no decorrer do seu mister. Modificada essa garantia, poucos irão querer ingressar na magistratura, pois não haverá atrativos para tanto, já que em muitos anos não houve correção de seus vencimentos. Poderá também ser entendido que a alteração da aposentadoria integral dos magistrados feriria o princípio da separação dos poderes, que não poderia ser alterado por emenda constitucional (art. 60, § 4º, III da Lei Maior), em razão da tentativa de intervenção de um poder em outro.

Alguns dos motivos pelos quais o servidor entrou no serviço público são a estabilidade e a aposentadoria integral. Se não existissem, talvez não teria interesse em assim proceder. Se, por exemplo, a aposentadoria integral for extinta, muitos candidatos a juiz, por exemplo, não vão querer entrar no regime público, pois poderão ganhar mais no setor privado e os quadros para essa carreira não serão completados.

Mailson da Nóbrega afirmou que a remuneração do servidor aumenta na aposentadoria, pois ele deixa de contribuir. Na verdade, o que aumenta é a renda do trabalhador, que não tem o desconto da contribuição e não a sua remuneração, que é a mesma.

As mudanças, porém, devem ser feitas para quem entrar no serviço público a partir da promulgação da alteração. Essa é a regra que se pretende estabelecer com o Projeto de Lei Complementar n. 9, que institui sistema de previdência privada complementar para os funcionários públicos que ingressarem no serviço público a partir da data da publicação da referida norma (§§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição). A orientação é correta, pois a regra do jogo não pode ser mudada no meio do campeonato.

Antes de se discutir o direito do servidor, é preciso realmente saber qual é o déficit, se é que ele existe, que não é o informado pelo governo, mas que serve apenas para fazer alarde na imprensa e colocar a população contra os servidores públicos. Há, porém, soluções antes de extinguir o benefício integral do servidor: a) fixar limite de idade de 65 anos para o homem e de 60 anos para a mulher para a obtenção da aposentadoria. O ideal é que não houvesse diferenciação entre homem e mulher, pois é sabido que a mulher vive mais do que o homem em torno de sete anos. Não se justifica tecnicamente que se aposente com cinco anos a menos do que o homem; c) aumentar o tempo de contribuição para ter direito ao benefício; d) aumentar a alíquota de contribuição do próprio servidor, se se entender que a atual não é suficiente para o custeio do benefício; e) estabelecer contribuição sobre os proventos dos inativos, embora estes já tenham contribuído o suficiente para ter direito ao benefício e não deveriam recolher mais nada.

Fala-se que o servidor público irá ganhar até R$ 1.869,34, mas devem ser respondidas as seguintes perguntas: 1) vão devolver ao servidor federal o que foi recolhido à razão de 11% sobre sua remuneração e não sobre o teto de R$ 1.869,34? 2) o governo vai pagar o FGTS retroativo a partir da data de ingresso do servidor no serviço público ou a partir de 1º de janeiro de 1967, quando entrou em vigor o fundo, de modo a ser uma forma de compensar a perda da aposentadoria integral? 3) se o governo vai deixar de arrecadar a contribuição dos servidores à razão de 11% sobre suas remunerações, como vai pagar os atuais inativos da área pública que não ganham sobre o teto, mas sobre a última remuneração? Não haverá custeio suficiente e gerará outro déficit.

Alguns absurdos continuam existindo e precisavam ser eliminados, como o pagamento de pensão para a filha solteira de militares e determinados funcionários públicos. Nesses casos, muitas vezes, a pessoa deixa de oficializar o casamento para não perder o referido benefício, o que acaba por torná-lo vitalício. Militares recolhem a contribuição de 11% sobre a remuneração, sendo 3,5% para a saúde. Do porcentual de 7,5%, 1,5% é destinado para custear pensão das filhas solteiras. O benefício das filhas é, porém, pago pelo Tesouro Nacional e não pelo sistema de previdência, mas não há o necessário custeio individual para esse fim. Logo, o pagamento é feito pelos impostos de todas as pessoas. O servidor público não recolhe 3,5% para a saúde e 1,5% para o custeio da pensão das filhas. A contribuição de 1,5% rendeu R$ 107 milhões, enquanto que a pensão para as filhas solteiras montou R$ 5 milhões.

Em torno de 518 pessoas recebem benefícios especiais entre R$ 17 a R$ 53 mil.

O princípio da eficiência da Administração Pública, contido no artigo 37 da Constituição, indica a possibilidade do administrador eficiente empregar o dinheiro arrecadado em aplicação financeira, para que preserve seu valor e haja até rendimento. A Constituição e a legislação não proíbem a aplicação financeira do numerário da administração pública. Logo, é permitido.

No caso de um salário de R$ 10.000,00, a contribuição do funcionário público é de 11% sobre o referido valor, no importe de R$ 1.100,00 por mês. Se aplicarmos o referido valor todo o mês durante 35 anos à taxa de juros compostos de 0,5% ao mês, supondo-se que não houvesse inflação, o importe recolhido seria suficiente para custear a aposentadoria da pessoa por 13,13 anos. Se for aplicado o mesmo valor à taxa de 1% ao mês, seria possível custear a aposentadoria da mesma pessoa por 59,54 anos. Se a aplicação fosse de 1% ao mês a título de um cálculo simples de juros, seria possível a pessoa receber a aposentadoria no mesmo valor por 20 anos. Caso no último cálculo fosse somado o porcentual de 20% que o governo deveria recolher, utilizando-se um cálculo simples de juros de 1% ao mês, seria possível a pessoa receber o benefício por 56 anos.

É uma grande falácia dizer que o servidor público não contribui o suficiente para ter direito ao benefício.

Por que é inviável o pagamento integral da aposentadoria do servidor público? Por causa do interesse do FMI? Por que não pagar aposentadoria integral para todas as pessoas, desde que haja custeio específico para esse fim, inclusive na área privada?

Na Previdência Privada os recursos não têm sido utilizados na produção, mas de forma especulativa, como no mercado de ações.

Ultimamente quem "paga o pato" em tudo são os aposentados e os servidores públicos. Está na hora de se entender que o sistema previdenciário é social e feito para a sociedade e não para idéias preconcebidas de uns ou outros para os interesses de plantão, principalmente para direcionar o sistema para a previdência complementar para as seguradoras e bancos lucrarem milhões ou bilhões, sem garantir que existirão quando o segurado vier a se aposentar. Na verdade, estamos entregando o ouro ao bando ou ao inimigo.

III — REFORMA

O projeto de emenda constitucional estabelece reforma previdenciária no setor público. Apenas um item trata do Regime Geral de Previdência Social, que é direcionado aos segurados da área privada, elevando o teto das aposentadorias e pensões para R$ 2.400,00.

O teto de R$ 2.400,00 vai implicar que o governo arrecade mais, pois as pessoas irão querer recolher sobre o novo teto para ter direito a um

benefício maior, mas não irão se aposentar com valores superiores a R$ 1.869,34, em razão da média das contribuições vertidas para o sistema desde 1994. No início o segurado contribui com valores inferiores aos do teto e, muitas vezes, de até um salário mínimo.

A reforma transfere o problema para daqui 24 ou 28 anos, quando certas pessoas terão condições de se aposentar com valores próximos a R$ 2.400,00. Haverá um aumento de quase 55% e uma arrecadação de R$ 2 bilhões por ano.

Pode-se dizer que, para as mulheres, 80% das maiores contribuições em 30 anos é 24 anos de contribuição sobre o teto. Isso implica contribuição entre 2004 a 2028. Para os homens, 80% de 35 anos é 28 anos, importando que o homem deverá recolher a contribuição até 2.032.

Na prática, não tem havido a preservação real do valor do benefício, pois está havendo necessidade de aumentar o teto para R$ 2.400,00. Isso mostra que há defasagem na atualização do benefício no curso do tempo, podendo provocar redução do valor do benefício.

Os servidores que ingressarem no sistema público a partir da promulgação da emenda constitucional receberão até o teto de R$ 2.400,00 e o restante dependerá de recolhimento para a previdência complementar. A orientação é correta, pois a regra do jogo não pode ser mudada no meio do campeonato.

Para os servidores públicos estaremos diante de um sistema misto, pois parte é estabelecida no regime de repartição simples até R$ 2.400,00 e acima desse valor é de capitalização.

Em relação aos servidores que se aposentarem na vigência da emenda, desde que não tenham direito adquirido desaparece a paridade entre servidores da ativa e aposentados. Os reajustes serão feitos de acordo com a previsão da lei. Isso mostra que o objetivo é não pagar o benefício integral, além de indicar que os reajustes não serão feitos de forma a manter a paridade. Acarretará, portanto, prejuízo ao segurado. Basta a escolha do índice errado ou o menor, que não reflita a inflação para que haja perdas.

O legislador pretende estabelecer pensão de até 70%. Ao se utilizar o legislador do advérbio "até", mostra que a lei ordinária é que irá estabelecer o respectivo porcentual. Enquanto isso não ocorrer, será de 70%.

O fundamento para exigir um porcentual de 70% para o cálculo da pensão e não de 100% é o fato de que diminuem os gastos na família do segurado com sua morte. Existem, porém, vários tipos de família. Se a família é numerosa, a diminuição de uma pessoa da família, não altera a necessidade de receber a pensão integral, principalmente porque o valor do benefício pago pelo INSS é baixo. É o que ocorre com famílias de mais de três pessoas.

Por que estabelecer o porcentual de até 70% para as pensões? Não há nenhum estudo estatístico que demonstre esse número. Por que não 49, 51, 93%? Utilizou-se de um número cabalístico?

Contribuição do Inativo

A contribuição dos servidores públicos inativos já tinha sido rejeitada três vezes no Congresso Nacional.

A Lei n. 9.873/99 também estabeleceu a contribuição dos inativos no serviço público.

O projeto de emenda constitucional da reforma previdenciária prevê contribuição a ser cobrada do inativo ou pensionista do serviço público. Aposentados ou pensionistas que ganham acima de R$ 1.058,00 passarão a pagar a contribuição de 11% sobre o que ultrapassar esse limite. Isso significa que a contribuição não será exatamente de 11%, mas variará entre 3 a 8% dos proventos do aposentado.

O § 4º do artigo 12 da Lei n. 8.212 também prevê para o aposentado do Regime Geral de Previdência Social, que exerce ou volta a exercer atividade, a obrigação de recolher a contribuição previdenciária na forma de salário-de-contribuição.

Há vários argumentos no sentido de que as contribuições acima ferem diversos dispositivos da Constituição. Vamos examiná-los.

Não há direito adquirido do aposentado de não ser tributado pela contribuição da Seguridade Social. A relação entre o aposentado que passa a trabalhar, sendo, portanto, trabalhador, e o INSS, não é de direito privado, como de um contrato, mas de direito público, decorrente de lei. Havendo o fato gerador previsto em lei, incide o tributo.

A relação entre o aposentado do servidor público e o Estado também não é contratual, mas decorre de lei. Não há direito adquirido de não ser tributado pela contribuição da Seguridade Social. Do contrário, nunca poderia ser alterada a alíquota do imposto de renda para porcentual superior ao atual ou nunca poderia ser criado imposto novo.

O STF entende que o servidor "não se acha imune à incidência dos tributos e das contribuições dotadas desse caráter".

Assegura o inciso XV, do artigo 37 da Constituição a irredutibilidade dos subsídios e dos vencimentos dos servidores públicos. Dispõe o inciso III, do artigo 95 da Lei Magna sobre a irredutibilidade de subsídios dos juízes. Reza o inciso IV, do parágrafo único do artigo 194 da Constituição sobre a irredutibilidade do valor dos benefícios.

Não existe redução do valor do benefício quando há a incidência da contribuição para a Seguridade Social ou do imposto de renda. O valor do salário bruto permanece o mesmo. Logo, o valor real do salário não foi reduzido.

Se, porém, não forem concedidos os mesmos benefícios aos inativos em relação aos segurados da ativa, o valor do benefício acabará sendo reduzido e irá minguar com o tempo.

De acordo com o § 1º, do artigo 145 da Constituição o princípio da capacidade contributiva será aplicado "sempre que possível". Logo, quando for impossível, não será observado. Entretanto, acaba dependendo da legislação ordinária para tratar do tema.

Não há prejuízo à capacidade contributiva do contribuinte, pois ela não foi exaurida, além do que depende da previsão legal para ser explicitada.

É claro, porém, o § 1º do artigo 145 da Lei Maior no sentido de que o princípio da capacidade contributiva se aplica a impostos e não a contribuições. Logo, não está sendo violado.

Entendo, também, que a nova contribuição não representa confisco, de modo a ser aplicado o inciso IV, do artigo 150 da Constituição.

O confisco é a absorção pelo poder do Estado da propriedade do particular, sem pagar-lhe a justa indenização que a Lei Magna prevê.

Haverá confisco se o Estado exigir por meio de seu poder fiscal mais do que o indivíduo tem, absorvendo parcela considerável de sua propriedade, ou praticamente a sua totalidade, sem justa indenização.

Não é o que ocorre, no caso, se somarmos 11% de contribuição e mais 27,5% de imposto de renda, que importa em aproximadamente 38,5% de contribuição sobre a renda do trabalhador. Não irá representar mais de 50% da remuneração da pessoa. Logo, não há confisco.

Declarou o STF, porém, a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Lei n. 9.783/99 em liminar e suspendeu as expressões 'inativo e pensionistas' e 'provento ou pensão' contidas no artigo 1º da citada norma por ofenderem o inciso II do artigo 195 da Constituição. Foi suspenso o parágrafo único do artigo 2º da mesma norma, que institui alíquotas progressivas, por haver tributação com efeito de confisco, porque o imposto de renda mais a referida contribuição atinge a maior parte do rendimento da pessoa. Esse parágrafo foi revogado pela Lei n. 9.988, de 19 de julho de 2000.

Assegura o artigo 5º da Constituição a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Afirma *Rui Barbosa*, na célebre Oração aos Moços, que "a regra da igualdade consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real".

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "é agredida a igualdade quando fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão do benefício diferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto".

Veda o inciso II, do artigo 195 da Constituição a exigência de contribuição sobre aposentadorias e pensões de trabalhadores do regime de Seguridade Social. Entretanto, em relação a funcionários públicos não há a mesma posição. Aqui seria possível argüir a desigualdade dos últimos em relação aos primeiros.

Viola o princípio da igualdade (art. 5º da Lei Maior) estabelecer contribuição apenas para servidores e não para os segurados sujeitos ao Regime Geral de Previdência Social.

Qual a natureza da exigência a ser prevista na emenda constitucional?

A contribuição tem a característica de envolver uma contraprestação. A pessoa paga para ter direito a algo no futuro. Existe um benefício que poderá fazer jus.

O imposto, ao contrário, não tem a natureza de contraprestação. O conceito contido no artigo 16 do CTN é claro no sentido de que imposto é a prestação que independe de uma atividade estatal relativa ao contribuinte. Não será prestado nenhum serviço ao contribuinte, nem lhe dará direito a algo. O imposto tem a característica da generalidade.

Qualquer sistema de seguridade social tem por objetivo que os ativos financiem os inativos. Envolve um sistema de solidariedade entre as pessoas, que fazem cotizações mútuas para terem direito a benefícios quando deles necessitarem.

A contribuição social exigida dos inativos não tem essa característica, justamente porque já contribuíram o suficiente para fazer jus ao benefício, do contrário não lhes seria concedido. A contribuição exigida do inativo tem natureza de imposto, porque é geral e não serve para custear a aposentadoria já obtida do segurado.

Descabido o argumento de que deve existir solidariedade dos aposentados com os demais segurados do sistema, pois se a pessoa já recolheu o suficiente para ter direito ao benefício, não há como se solidarizar a outras pessoas para que estas tenham direito ao benefício.

O artigo 201 da Constituição explicita que o regime de Previdência Social é contributivo, ao contrário do sistema de Assistência Social. O mesmo ocorre em relação aos servidores públicos. Logo, a pessoa contribui para ter direito ao benefício. Quando implementa todas as condições para esse fim, com as contribuições necessárias, passa a ter direito ao benefício. No período de carência a pessoa contribui, mas ainda não tem direito ao benefício. Num regime contributivo exige-se correlação da pessoa pagar para ter direito ao benefício. É a característica da contribuição. Há correspondência entre a contribuição e o benefício.

Não há dúvida que exigir contribuição do aposentado é injusto. O segurado já contribuiu o suficiente para o sistema para fazer jus ao benefício, tanto que se aposentou. Do contrário, ele não seria concedido. Não há qualquer vantagem ao aposentado em contribuir. Sua aposentadoria não vai ser melhor melhorado com a contribuição vertida após o jubilamento, nem vai ser concedida outra aposentadoria. Não há direito a pecúlio, com a devolução do que já pagou após se aposentar, quando parar de trabalhar. Logo, inexiste qualquer vantagem para o segurado pagar a contribuição, seja sobre o trabalho que volta a executar, seja a dos funcionários públicos inativos sobre os seus proventos. Por exemplo, o § 2º, do artigo 18 da Lei n. 8.213 dispõe que o aposentado que voltar a exercer atividade não fará jus à prestação alguma da Previdência Social, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, se empregado. Sendo autônomo, não faz jus nem mesmo ao salário-família e à reabilitação profissional. Que vantagem há, então, em contribuir? Nenhuma.

O inativo tem sua situação definida pelas normas em vigor por ocasião da aposentadoria, não devendo mais pagar contribuições, porque já as pagou.

A natureza jurídica da exigência da contribuição de inativos é de imposto (art. 16 do CTN), porque é geral e não serve para custear a aposentadoria já obtida do segurado. Não há contraprestação por parte do Estado, de no futuro conceder benefício ao segurado. Ocorre o pagamento de um valor sem que exista uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, justamente a característica de imposto.

Não se pode preconizar que os inativos financiem também os seus próprios benefícios, porque nesse caso não temos contribuição, mas imposto, pois o contribuinte nenhuma vantagem tem.

Dispõe o inciso I, do artigo 154 da Constituição que a União poderá instituir impostos não previstos no artigo 153 da Lei Magna, mediante lei complementar e desde que não tenha fato gerador ou base de cálculo de impostos previstos na Constituição e também não seja cumulativo.

As Leis ns. 8.212 e 9.783 não são leis complementares, mas ordinárias, além do que o fato gerador e a base de cálculo acaba sendo a remuneração da pessoa. O artigo 1º da Lei n. 9.783 é claro no sentido de que a "contribuição" incide sobre a remuneração da pessoa. O salário-de-contribuição incide sobre a remuneração. Na prática, o fato gerador e a base de cálculo acabam sendo os mesmos do imposto de renda: ter disponibilidade econômica ou jurídica (art. 43 do CTN) e o montante real da renda ou dos proventos (art. 44 do CTN), isto é, remuneração ou proventos. Logo, é vedada a cobrança da citada "contribuição" dos inativos, tanto no setor público, como no setor privado, pois há exigência formal de lei complementar para a cobrança da exação. Não pode a "contribuição" ser exigida por lei ordinária. Inconstitucionais, portanto, as determinações das Leis ns. 8.212 e 9.873.

Em relação aos direitos fundamentais, Canotilho afirma que deve ser observada a proibição do retrocesso. No caso do inativo, é um tremendo retrocesso determinar que pague contribuição se já recebe o benefício.

O governo deveria investir no combate à sonegação e não criar contribuições para pessoas que já pagaram para ter direito ao benefício, de acordo com a previsão legal da época da sua concessão. Na prática, verifica-se que quanto mais oneroso é o tributo, maior é a sonegação. Quanto mais se cobra, maior a rejeição social à exigência. Por que, então, não diminuir as contribuições e impostos? Seria menor a sonegação e as pessoas teriam maior vontade em contribuir.

Pretende o governo resolver o problema econômico às custas do desemprego, da exigência de mais impostos e contribuições e, principalmente, do "bode expiatório" que passa a ser o funcionário público e também os juízes.

A partir do momento em que a pessoa completou os requisitos para a concessão do benefício e este passa a ser percebido, não se pode mais falar que a contribuição do inativo serve para custear o benefício.

Na área do contrato de seguro, se o contratante já pagou o prêmio para ficar segurado pelo sistema, não tem de pagar novo prêmio, se já obteve o benefício, a não ser para um benefício novo. O mesmo raciocínio se aplica em relação à exigência de contribuição do inativo.

Estabelecer contribuição para o inativo é a mesma coisa que pagar um bem em prestações, quitar a última parcela e continuar a pagar o bem ou então estabelecer contribuição para financiar a aposentadoria da outra encarnação. Não há lógica alguma nisso.

Abono

Os servidores que tiverem 53 anos (homens) e 48 anos (mulheres) que optarem por não se aposentar, terão direito a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria compulsória. Abono significa algo que se acrescenta. Entretanto, o imposto de renda será calculado sobre o salário mais o abono, fazendo com o que contribuinte pague mais imposto. O abono não poderia ter natureza de remuneração para não incidir o imposto de renda. A lei deve esclarecer tal questão.

Para as pessoas que têm tempo na iniciativa privada, parar de contribuir no serviço público poderá implicar que a proporção do benefício integral seja menor, pois no serviço privado não se recolhe a contribuição sobre a totalidade da remuneração e sim sobre um teto.

Situação injusta e que pode ferir direito adquirido ou ato jurídico perfeito, pois trata de situação definida anteriormente, que é a dispensa do recolhimento da contribuição previdenciária para quem já tivesse o tempo para se aposentar e não o fizesse (EC n. 20/98).

A nova regra implica que o servidor não terá mais direito a proventos com base na remuneração do servidor do cargo efetivo, mas de acordo com o que contribuiu em cada regime. Se trabalhou no regime privado, terá parte do cálculo feito sobre o que contribuiu no regime privado e parte no que contribuiu no regime público. Isso pode implicar maior justiça sob o ponto de vista do custeio para o sistema, mas traz prejuízo ao segurado que já está no sistema, pois quando ingressou nele a regra era de ter direito à aposentadoria integral. Deveria essa regra ser instituída apenas para as pessoas que ingressarem no regime público a partir da promulgação da emenda constitucional da reforma, pois o servidor não teve possibilidade de programar sua aposentadoria com a referida regra.

O novo critério pode ser justo sob o ponto de vista atuarial, mas é injusto sob o ponto de vista de programação do servidor que já estava no sistema antes da promulgação da emenda.

Mesmo o servidor que já tiver 53 anos e menos de 60 anos, entra na regra da redução da aposentadoria à razão de 5% para cada ano antecipado, o que viola direito adquirido de quem já tinha implementado a idade e de se aposentar de acordo com a regra velha. Nem mesmo emenda constitucional pode violar direito adquirido (art. 60, § 4º, da Constituição).

Em torno de 518 pessoas recebem benefícios especiais entre R$ 17 a R$ 53 mil. Se a pessoa já percebe o benefício, não se pode falar na sua redução por dois motivos: a) pelo fato de ter direito adquirido, pois já recebe o benefício e implementou todos os requisitos para esse fim; b) porque o valor do benefício é irredutível. O valor é excessivo, mas infelizmente não pode ser modificado. Logo, não se pode falar em aplicar teto de R$ 17.172,00. A nova regra só vale para a frente, para os que se aposentarem na vigência da nova disposição. Não pode ter efeito retroativo.

IV — CONCLUSÃO

Depreende-se do projeto de reforma que desapareceram os problemas na área privada e o déficit com uma penada.

Para iniciar a discussão sobre a proposta de reforma é preciso: a) transparência de dados, para verificar efetivamente qual é a receita e a despesa do sistema; b) auditoria independente nas contas do INSS e do governo para analisar os dados com isenção; c) retorno dos valores que pertencem ao sistema, mas que foram desviados para outros fins; d) cobrança da dívida ativa do INSS; e) maior fiscalização para evitar sonegação, com o aumento do número de fiscais.

O sistema tem tido má administração, mau gerenciamento, pois os recursos existem, mas eles desaparecem e são empregados para outros fins.

Não estão sendo combatidas as causas, mas apenas efeitos periféricos. É o mesmo que mandar o doente fazer fisioterapia para se recuperar e não ministrar antiinflamatório para evitar a infecção.

A aposentadoria e velhice dignas são forma de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, que não está sendo respeitado na reforma.

Deixou de ser tomada providência concreta para mudar para melhor a previdência. Na verdade, estamos mesmo diante da imprevidência social.

REFORMA DA PREVIDÊNCIA(*)

MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI(**)

É uma honra estar aqui a falar aos senhores na Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região. Quero saudar todos os presentes, os ilustres magistrados, advogados, aqueles que participam conosco deste encontro, a Dra. Maria Cecília, a nossa juíza que me saudou. É uma alegria estar aqui.

E saúdo o outro palestrante, o nosso Professor *Sergio Pinto Martins*, que é também Juiz do Trabalho e experto nesse assunto, muito mais do que eu.

Trago aqui algumas considerações sobre o tema que afeta a todos nós como cidadãos, como profissionais e como advogados.

Todos nós sabemos que as constituições brasileiras, há mais de 60 anos, consagram a previdência social como um meio de se trazer segurança. Todo ser humano tem medo do infortúnio, todos nós, em todas as civilizações, em todo o nosso mundo chamado civilizado, pensamos numa técnica de nos prevenirmos, de nos garantirmos contra determinados infortúnios futuros, como doença, incapacidade, velhice, males físicos e psíquicos, incapacidades que podem acometer a qualquer um de nós, crises de desemprego, de recessão, de doença, na velhice, de modo que as nossas constituições sempre previram uma previdência social.

E a previram na forma pública.

Aliás, a Constituição sempre foi expressa, pelo menos no tocante à previdência geral, em dizer que ela se sustentava num tripé: o Estado, o empregado e o empregador. Todos nós sabemos que são princípios já tradicionais no direito previdenciário brasileiro.

(*) O texto publicado em forma coloquial (reproduzido por funcionários do TRT da 15ª Região), corresponde à palestra proferida no Ciclo de Palestras sobre a Reforma da Previdência no dia 11.6.2003.

(**) Professora de Direito Financeiro e Tributário dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG; Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG; Coordenadora do Mestrado e do Doutorado da Faculdade de Direito de UFMG; Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito Milton Campos; Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário; Advogada Militante; Conferencista, Parecerista e Consultora de Empresas.

Mas este modelo, e esta é a primeira pergunta: A previdência é pública, o déficit é público ou deve ser privado? E nós sabemos que, eu não conheço nenhum país, que tenha respondido no sentido que ela deva ser privada. Está havendo um encolhimento cada vez maior do setor público nessa matéria, uma privatização, ou seja, um impulso ao seguro privado, ao lado da seguradora pública, especialmente na América Latina, como é o caso do Chile, mas ninguém, nenhum país, principalmente país desenvolvido ousou responder a essa pergunta dizendo no sentido de que não é necessária a previdência pública, ou a iniciativa privada seria suficiente ou seria bastante para proteger o homem nesses momentos, o ser humano nesses momentos de dor e de incapacidade. Todos nós respondemos no sentido de que a previdência pública é fundamental. E nós sabemos as diferenças entre a relação de seguro público e a relação de seguro privado.

Na relação de seguro privado se dá um vínculo de caráter mercantil direcionado pelo princípio da equivalência entre o prêmio pago e o benefício a ser alcançado, a ser coberto por este prêmio. Em geral, o rol de benefícios concedidos por uma seguradora, fora alguns parâmetros mínimos que a lei garante, esse rol é de livre disposição das partes. E, portanto, a regra é o princípio da equivalência: recebe-se o benefício na medida em que houve o pagamento do prêmio. Se não tiver havido pagamento não há direito a benefício.

Já na previdência pública os princípios são diferentes e sempre foram, no mundo inteiro, norteados pela solidariedade. Paga-se ou cobra-se, quer dizer, há uma base atuarial, não há dúvida disso, mas não prevalece a relação mercantil nem se persegue o lucro. Então paga-se ou cobra-se o prêmio de acordo com a capacidade econômica.

Instala-se uma relação de seguro obrigatório, tão logo se instale, por exemplo, o vínculo de trabalho, ou tão logo seja o servidor público absorvido ou incluído dentro do Estatuto do Servidor Público.

Então cria-se um vínculo, uma relação compulsória, regida pelo princípio da solidariedade, sem uma equivalência necessária, de modo que há, não só no Brasil, como nos melhores sistemas de previdência do mundo inteiro, períodos de inexistência de contribuição com absorção desse período, como se tivesse havido contribuição. Essa não é uma falha nacional mas é uma característica do sistema, de modo geral, que não tem cunho eminentemente mercantil prevalecente.

E o valor do benefício é dado segundo muito mais a necessidade. Então cobra-se o prêmio à luz do princípio da possibilidade econômica, da capacidade econômica, e se devolve o benefício muito mais de acordo com a necessidade. E os seguros públicos é que foram considerados suficientes para dar ao homem a segurança necessária. Porque não vão à falência, são bancados pelo Estado, naturalmente, e exatamente porque a relação não é mercantil, de troca e de prevalência, é que, por falência da empresa e do empregador, eventuais períodos em que não couber pela própria empregadora, são absorvidos numa relação de seguridade pública, exatamente em razão disso.

Por isso é que para cobrir as grandes crises, de guerra, de desemprego ou de inflação, nada mais seguro no mundo inteiro do que a previdência pública. E ela vige, na Constituição de 1988, mais do que em qualquer outra, como baluarte do estado democrático de direito. Os senhores não tenham dúvidas de que a previdência social pública é a base do estado democrático de direito. Nós somos cidadãos exatamente através dela e, um pouco mais amplo, até pela seguridade social, vamos dizer assim, é que nós implementamos ou podemos implementar um estado democrático de direito. E a Constituição previu para isso as formas de custeio da seguridade social, as contribuições sociais na modalidade Cofins, sobre o lucro, sobre o faturamento, a receita das empresas ou a folha de pagamento.

Então a Constituição, ao montar o estado democrático de direito, colocou na sua base, como seu pilar fundamental, a seguridade social, e previu os instrumentos de custeio, de sustentação de ordem tributária para os órgãos que a realizem.

Pois bem, é portanto neste contexto que se coloca a questão do modelo de seguridade dos servidores públicos e a reforma atual preconizada pelo atual governo, da previdência social, que na verdade é uma reforma chamada previdenciária mas é uma reforma, sobretudo especificamente, ou apenas, do sistema de previdência dos servidores públicos. Não se trata de uma ampla reforma da previdência social, é uma reforma específica.

É em um sistema que nós chamávamos até então de público fechado. Nós criamos um sistema de previdência pública, um sistema geral, aberto, e temos um sistema, até o momento, público, fechado, ou seja, a condição para que se ingresse no sistema público é que se torne alguém um servidor público. Então, não funciona de forma fechada mas a encargo do Estado, com as seguintes características, no caso nacional: atualmente, há contribuições do empregado, ou aliás, do servidor público para o custeio da própria aposentadoria, mas não obstante não há nenhuma previsão de custeio por parte do empregador, ou seja, aí, do Estado, especificamente. E não há, em geral, no âmbito federal e nem na maioria dos Estados, eu não conheço todos os Estados mas é o caso de Minas Gerais, não sei se é de São Paulo, no âmbito especial, na realidade as aposentadorias saem diretamente do caixa do Tesouro Nacional. Essa sempre foi uma característica.

Diz-se agora, no Projeto de Emenda Constitucional, no projeto criado pelo governo federal, que isso foi uma falta de planejamento em nosso país, mas eu quero lhes afiançar que os povos mais planejadores no mundo inteiro, em matéria de previdência, como o povo alemão, como o povo francês, fizeram a mesma coisa. A aposentadoria dos funcionários públicos nesses países, na França que está também em mutação, é direta, dentro do caixa do Tesouro, fica diretamente dentro do caixa, não há nenhuma previsão de contribuição por parte do Estado, não é? O que há é previsão por parte dos funcionários.

Eu não posso lhes dar uma informação do ano em que estamos falando, mas até algum tempo atrás, em que eu pesquisava a forma de custeio da Alemanha, nem os servidores públicos estatutários alemães con-

tribuíam para a própria aposentadoria, porque lá há um sistema misto, há aqueles servidores que são regidos por uma relação de trabalho à moda da CLT, os nossos celetistas, e outros seriam estatutários. Pois bem, os estatutários não contribuíam. Não sei se mudaram o sistema no último ano, mas também não contribuíam. Muito menos o Estado. E as aposentadorias sempre vieram diretas do Tesouro. Então este não é um problema, um pecado, como se os servidores públicos estivessem cometendo um delito qualquer. Essa seria uma fórmula muito simples porque tudo sai do caixa, é como se o empregador estivesse, numa empresa, concedendo aposentadoria direta, ele pode, pensar da seguinte forma, eu aumento a remuneração de todos e vamos cobrar uma cota, grande, para contribuição da previdência social, ou vamos pagar o líquido, diretamente, sem cobrarmos contribuição de nossos servidores. Isso é uma questão a ser pensada, é lógica, é uma lógica que não pode ser atribuída ao próprio servidor público como uma falha, ou como se ele estivesse em dívida com o próprio sistema, recebendo benesses do Estado de forma privilegiada.

Então, as questões estão, na verdade, mal postas e mal formuladas, e não suponham que essa é uma aberração nacional, porque nós temos sim, algumas aberrações, eu sou contrária à manutenção do sistema tal como ele está hoje, na sua integralidade, nós temos alguns erros, e quem não os tem, mas não este, de que o servidor público esteja a dever alguma coisa, como se ele estivesse, no serviço público, recebendo benesses de forma privilegiada. Não é assim, os franceses também tiram a aposentadoria do servidor direto do caixa, a Alemanha também, não cobravam, até bem pouco tempo, contribuição de modo algum, é uma questão de escolha.

Então, na verdade, o que nós temos entre nós é o seguinte: os modelos públicos, que estão assentados numa relação de coerção, no caso na nossa área de direito tributário, a relação é até tributária, a obrigatoriedade de contribuição, de pagamento, tem caráter tributário. Então essa relação de coerção pode ser custeada de duas formas tradicionais, como os senhores já ouviram falar, ou pela forma de capitalização ou pela forma de repartição.

Somente as seguradoras privadas, em que há um vínculo facultativo e não compulsório, é que não podem se custear mediante repartição, porque não têm garantia daquele vínculo, da permanência do vínculo e, portanto, só têm uma forma de custeio, por meio de capitalização. Já as previdências públicas podem fazer uma opção. Olha, eu vou lhes dizer, das previdências públicas que eu conheço, 99% são custeadas por meio de repartição. Até nos Estados Unidos da América do Norte é uma exceção, é capitalização e, é claro, com muitos títulos da dívida pública.

Os senhores sabem qual é a diferença entre uma fórmula e outra, não é?

Quando se faz um sistema de capitalização, os segurados atuais custeiam a própria aposentadoria porque o montante pago forma um fundo que é gerido e, por meio da gestão, que é o capital do fundo, então por

meio do pagamento de juros, por meio da boa gestão financeira desse fundo, se garante a aposentadoria desses segurados. Então, é o sistema de capitalização.

Já o sistema de repartição não, como está baseado numa relação compulsória em que se paga tributos, e o vínculo é obrigatório, aqueles que pagam, na verdade, custeiam a aposentadoria daqueles que já se aposentaram na esperança de que um dia, chegando a sua vez, a próxima geração de trabalhadores lhes pague a aposentadoria.

Então é por isso que se chama, o sistema de repartição, de contrato de gerações, mas na verdade o mundo inteiro caiu no sistema de repartição, por uma necessidade prática, não é?

Quase todos os países começaram num sistema de capitalização mesmo, a Alemanha tinha sistema de capitalização, é uma grande previdência pública, espetacular, inspirada em Bismark, e ela funcionava dessa forma. O que aconteceu com a Alemanha foi durante a guerra, então todos os fundos de pensão privados funcionam... o sistema de capitalização PREVI. Então são ricos no sentido de que essa é a forma, não quer dizer que tinham lucros, não quer dizer que tenham capacidade de pagar tributo, nada disso, mas para se sustentar e sobreviver, inclusive, garantindo o pagamento daqueles benefícios, realmente têm que cumular e administrar bem estes recursos que são capitalizados.

A previdência alemã, até a segunda guerra, funcionava também, assim como nós já fomos, nós já tivemos, na nossa previdência social, nós já tivemos fundos valiosíssimos, mas o que acontece quando você tem um sistema grande de previdência pública? Milhões ou bilhões passando na frente de um governo ávido de recursos? No nosso caso, houve desvios ao longo desses anos, até para construir hidroelétricas, e esses recursos, que eram a base de um sistema de capitalização, se esvaíram. Então, coisas públicas em geral acabam mudando para um modelo de repartição.

A Alemanha foi, na segunda grande guerra, aquele governo fascista que lá se instalou, Hitler obrigou o sistema previdenciário alemão a comprar bônus do Tesouro. Claro, perderam a guerra, estes bônus tiveram valor zero após a guerra, então lá se foi o patrimônio do grande sistema previdenciário alemão que passou, então, a ter, o sistema de repartição. Um drama!

Mas vejam bem, em geral no mundo inteiro há um respeito profundo — em países desenvolvidos — pela previdência social. Este caso da Alemanha é contado, um verdadeiro horror mas, ao mesmo tempo eles dizem, os técnicos alemães: temos orgulho de dizer que, mesmo na pior situação para o nosso país, o território dividido, perdedores de guerra, nunca deixamos de pagar os benefícios da previdência social, nunca a previdência social alemã falhou para o povo alemão. Claro que nessa guerra os benefícios baixaram assustadoramente o valor, é porque não havia recursos, mas o empenho estatal na previdência pública é extraordinário, máximo até.

De modo que o problema de neoliberalismo, de passarmos a um modelo privatizante não está contaminando os países desenvolvidos. A ques-

tão é que contaminou terrivelmente a América Latina, oito países da América Latina já aderiram ao modelo muito mais privado, a Argentina, o Chile, a Colômbia, a Venezuela, o Peru. O Brasil está resistindo.

Como os senhores podem observar, pode ser que isso venha a passos largos, eu não sei o que o Professor *Sergio Pinto Martins* vai nos dizer a esse respeito, mas tudo prenuncia um movimento no sentido de encolhimento do Estado em relação a esse tipo de responsabilidade; na verdade, aproveitando-se a América Latina, os governos latino-americanos, de um fenômeno de necessária revisão dos sistemas previdenciários.

Então, se eu lhes disser que não há este movimento de revisão no resto do planeta, estaria mentindo. Todos os países chamados centrais estão em fase de revisão da previdência e do sistema tributário. Isso é verdade, é um movimento de revisão.

Mas eles têm motivos especiais para isso, porque mais do que aqui, lá houve um envelhecimento da população muito grande, aquela geração que eles chamam de geração dos bebês, depois da guerra, essa geração já está se aposentando, e eles estão com um problema sério de sustentação da previdência porque, como nós já dissemos, o vínculo é obrigatório e a previdência depende dos trabalhadores na ativa. Se esses trabalhadores na ativa estão reduzidos em número em relação aos aposentados, a previdência pública entra em crise, precisamos de jovens na ativa, trabalhando, para que aqueles aposentados possam ter uma previdência típica.

Então, no mundo inteiro, há um movimento de revisão. Em razão disso, do número crescente de aposentados, da longevidade humana, hoje o ser humano vive muito mais do que antes, de problemas atuariais que todos os senhores conhecem.

Há também desemprego no mundo inteiro, o desemprego é um problema seríssimo porque a previdência se sustenta da massa dos salários dos empregados ativos, se essa massa se reduz, evidentemente ela se reduzindo também há um problema previdenciário, acrescido da questão de que tem que pagar o seguro-desemprego. Ao mesmo tempo, mais ônus para o sistema de seguridade pública. Os salários estão cada vez mais encolhidos em relação à renda nacional, que é péssima. Então no Brasil é um problema seríssimo, nós temos uma redução cada vez maior da massa salarial e, com isto, temos, é claro, um volume menor de renda.

Se nós tivéssemos uma melhor distribuição de renda e um padrão salarial melhor certamente nossa previdência estaria num patamar melhor.

Todos esses problemas são mais graves em nosso país porque nós temos alguns problemas maiores do que os de países, vamos dizer desenvolvidos, centrais, como a questão do desvio dos recursos da previdência social. Isso não existe no mundo, em que um governo ousou desviar recursos da seguridade social. Esse caso da Alemanha foi um caso de guerra, todo mundo sabe como é que o governo alemão foi, fascista, nazista, o que é que aconteceu na Alemanha, uma questão de impacto, mesmo assim ela saiu, conseguiu sobreviver, continuou pública, cada vez mais pública, en-

tão realmente a questão é ímpar. Não sei nos outros países da América Latina, mas nós sempre praticamos desvios em relação à previdência social, nunca tivemos respeito em relação à previdência social. Isso é um problema seríssimo, gravíssimo e esses desvios foram muito mais praticados pelo próprio governo do que por qualquer outra intervenção de corrupção de funcionário público, fraude das empresas que não pagam a previdência, isso sempre existiu realmente. Mas o problema mais grave são os desvios.

E provavelmente tivemos questões atuariais que os outros países não conheciam. São questões, por exemplo, de aposentadorias precoces, excessivamente precoces em nosso país. Isto o Professor *Sergio*, que é especializado em previdência social pode lhes dizer, bem melhor do que eu, que nós temos problemas que devem ser corrigidos.

Então, os países em geral, os chamados de desenvolvidos, não conhecem uma aposentadoria precoce por tempo de serviço desvinculada de uma idade mínima. E nós fizemos isso, nós tivemos pessoas com 40 anos, 45 anos aposentadas, e com o aumento da longevidade humana, que vão viver até aos 80, então contribuem durante 30 anos e vivem mais 40 anos aposentadas, isso não existe, nenhum sistema de previdência agüenta um impacto desse em suas contas.

Então esses são problemas sérios que mereceriam um reestudo e daí, com base nisso, se pretender fazer uma revisão do sistema previdenciário. Mas também abrem falsas premissas e com outros objetivos.

Em primeiro lugar, se diz que há um déficit da previdência social muito grande e que isso não é do modelo, os desvios em relação à previdência e à seguridade, de modo geral, continuam sendo feitos, inclusive pelo atual governo.

Os senhores sabem que se fez uma emenda à Constituição de 1988 só para autorizar esses desvios, de modo que até 20% da arrecadação nos impostos e contribuições sociais podem ser desviados para outros fins, diga-se, pagamento da dívida, da dívida pública. Esses desvios, que já eram uma prática, tiveram que ser legitimados ainda no governo Fernando Henrique Cardoso, por uma Emenda à Constituição. No momento em que se remete um projeto entitulando o projeto de déficit previdenciária e déficit para o âmbito social, o governo atual propôs, já no bojo da reforma tributária, uma prorrogação desse desvio até para 2007.

Então o governo federal pode, depois de dizer que há um déficit na seguridade, na previdência, desviar até 20% da arrecadação das contribuições e dos impostos sociais, inclusive agora aumentaram a possibilidade de desvios para abarcar as contribuições de intervenção no domínio econômico, como as CIDIS das estradas, dos combustíveis para a reconstrução, por exemplo, das estradas nacionais. Os recursos não chegam para esse fim e podem ser, num percentual de até 20%, desviados para outros fins.

De modo que há aí uma questão séria de lealdade na exposição das razões. O Estado brasileiro realmente está numa situação fiscal crítica, nós

estamos numa fase crítica, tanto que a prática desses desvios, na minha avaliação, é gravíssima. Gravíssima porque a seguridade social, como já dizíamos, é a base do estado democrático de direito. E nós, com todo o discurso que fazemos ou que podemos fazer, apesar de reduzirmos benefícios no âmbito da seguridade social o tempo todo, continuamos praticando esses desvios. Nem o projeto proposto pelo governo federal parece ao próprio governo federal, o projeto de reforma tributária, suficiente para sustentar o estado brasileiro.

Então isso é que nos constrange a uma reflexão em relação à gravidade da situação. E feita a proposta, o que se verifica é que atinge, de plano, o funcionário público, o servidor público, reduzindo-lhe benefícios, criando-se um sistema, ou seja, realizando um retrocesso sem nenhuma promessa de melhoria para o regime geral da previdência social, ou seja, há quem diga que o servidor público é um privilegiado, ele tem que ver reduzidos os seus direitos de benefícios futuros, mas para que? Quer dizer, em relação ao regime geral, não há nenhuma promessa de melhoria do regime geral, só que retira privilégios para conter o caixa e o pior é que nem isso se alcançará imediatamente, eu acho que os efeitos negativos no caixa do governo federal serão maiores do que os efeitos positivos no caixa do governo federal.

Eu lamento que nós estejamos aqui reunidos para falar sobre esse assunto porque, na verdade, a previdência dos servidores públicos sempre foi o carro-chefe das grandes conquistas sociais. Na verdade, uma previdência pública, forte, ela deveria seguir os caminhos da previdência dos servidores públicos.

Historicamente, pelo menos a primeira caixa de aposentadoria dos empregados do Estado nas estradas de ferro, foi essa primeira caixa que abriu os caminhos ainda no tempo do Império, no finalzinho do Império, antes da primeira constituição republicana.

Então o que sempre aconteceu foi que, na verdade, os funcionários públicos puxavam a conquista dos direitos sociais. E vou lhes dizer. Todas as conquistas das mulheres, e eu estou vendo aí no auditório as mulheres, e todas as injustiças, elas estão sendo reparadas no mundo inteiro por meio da previdência social, quer seja dos funcionários públicos, quer seja a previdência social geral.

Não há possibilidade de se implementar uma Constituição, cidadania, igualdade, conquista de direitos sociais reais, sem previdência social forte. Eu lamento profundamente. Eu nunca esperei que fosse exatamente o Partido dos Trabalhadores aquele a implementar uma marcha à ré sem visão da possibilidade dessas conquistas.

Eu vou só lhes trazer aqui rapidamente, porque eu não sei, nós temos tanto a dizer, a falar e a conversar sobre esse assunto, esse assunto é tão interessante, eu vou lhes dar apenas uma notícia curtíssima daquilo que há 30 anos já fizeram os alemães, os canadenses, para os senhores terem uma idéia de como se vai avançando lá e qual é a posição das mulheres.

Todos vocês são da área de direito do trabalho e previdência social, quem não sabe, se não fosse a previdência pública, como estariam as mulheres na questão do auxílio-maternidade? Imaginem, eles estão falando que as empresas deveriam assumir isso agora para aliviar a previdência, quer dizer, quem vai dar emprego para a mulher eu não sei. Ninguém vai dar emprego para a mulher.

Quer dizer, toda a conquista da mulher não se faz via empresa mas se faz via previdência social.

E mais, nós estamos caminhando na direção oposta, porque houve uma época em que tudo era resolvido no âmbito privado: assistência social, aposentadoria dos velhinhos, cuidado dos velhinhos, isso era um tipo de caridade, lá no final do século XIX, início do século XX era questão de iniciativa privada.

Bom, o Estado assumiu.

Houve uma época em que os magistrados, para decidir qualquer coisa, chamavam as partes, e as partes pagavam o magistrado. Para decidir. O Estado está se demitindo das suas funções mais elementares. Ele está dizendo para as pessoas: virem-se, virem-se. Daqui a pouco o magistrado vai ter que ficar dando aulinha e ainda por cima chamando as partes: olha aqui, vocês vão ter que pagar a minha remuneração.

O Estado não quer saber mais não, eu não sei pra que ele existe. Então ele está se demitindo. O que acontece é que, ao contrário do que todos imaginam, nem a família mais, pela mudança estrutural da família, é capaz de atender a seus velhos e a seus dependentes. Os senhores sabem muito bem que a mulher, por exemplo, ela contribui para a previdência social de forma intermitente. Além de ter salários menores do que os homens têm, ela tem uma vida social e uma vida profissional com interrupções. Então, na fase de procriação, é muito comum que ela não contribua para o sistema previdenciário geral ou um sistema previdenciário qualquer. Ou que trabalhe meio horário e que, portanto, contribua com uma base salarial menor.

Então, o que o mundo inteiro identificou é que, com o número crescente de divórcios, como as relações familiares mudam hoje, casamento de 10 anos é considerado casamento longo, a questão é que pessoas que ficaram cuidando, são os chamados cuidadores, pessoas que ficaram cuidando das próximas gerações, das crianças, dos filhos que são a futura massa de trabalhadores que vão sustentar a previdência social ou pessoas que, numa família, cuidam dos doentes, tratam dos velhos, são quase sempre as mulheres, essas pessoas ficam perenemente prejudicadas, porque hoje o raciocínio é: prêmio *"versus"* benefício e tempo de contribuição, ou seja, você não contribuiu, problema seu.

Ao final, esses lares se desfazem, esses vínculos são mutantes, muito mais do que antes. Então, cria-se uma profunda injustiça, e se a mulher já ganha menos do que o homem, sistema de capitalização para ela é muito pior do que para o homem, o de repartição é muito melhor porque ela tem condição de capitalizar muito menos do que o homem. Os senhores não tenham dúvida de que ela vai "pagar mais o pato" do que ele.

Mais uma vez isso é um problema sério. A previdência social no Brasil foi feita pelo olho eminentemente masculino. Da América Latina inteira.

Se eu lhes perguntar qual é o retorno que o Estado dá àquilo que nós chamamos de trabalho reprodutivo, os senhores vão dizer: nenhum.

Mas não é assim que resolve o problema o legislador europeu. Então eu não estou lhes falando de um país isolado, eu estou lhes falando da Alemanha, eu estou lhes falando do Canadá, eu estou lhes falando dos Estados Unidos da América do Norte, eu estou lhes falando da França, eu estou lhes falando da Bélgica, eu estou lhes falando da Suíça.

Todos eles acham e entendem que, até uma pensão no momento do divórcio, ela tem que abranger as expectativas de aposentadoria futura do casal, mas enquanto alguns países não são suficientemente avançados e deixam isso para ser resolvido no círculo familiar, outros dizem: de jeito nenhum, a família, hoje, não é suficiente, para proteger os economicamente mais fracos, então essa não é mais uma questão de direito civil, é uma questão de direito civil fortemente imbricada em direito previdenciário, nós deveríamos estar fazendo uma reforma para isso na previdência social.

Então, o legislador alemão criou exatamente aquilo que se chama de compensação de amparo, ou seja, no momento do divórcio, imaginem os senhores, um Ministro do Supremo Tribunal Federal, Juiz do Trabalho, no momento do divórcio o outro cônjuge leva metade, metade dos direitos de aposentadoria do outro. Gente, sabe quantos anos isso tem lá? Trinta anos, já. Vocês acreditam que é assim? Ou seja, para ele, não quero nem saber, não existe esse raciocínio. Como é que vocês acham, qual é a diferença para ele entre ser Presidente da República e cuidar dos filhos do Presidente da República como esposa? Nenhuma. Casamento lá é comunhão de destinos, comunhão de consumo, comunhão de renda, comunhão de patrimônio.

O Canadá tem idêntico raciocínio. A Suíça tem idêntico raciocínio. O tempo que alguém fica cuidando do doente familiar, mesmo que não tenha havido contribuição para a previdência social, conta para a aposentadoria. Chama-se aposentadoria de cuidados. Porque já se sabe que essa função é melhor exercida na família do que nos hospitais públicos, do que nos asilos públicos.

Eu não sei se vocês viram, não sei se passou aqui na televisão, uma situação grotesca aqui em nosso Brasil, descobriram aqui que alguns asilos, não sei se são clandestinos, tinham uns velhinhos lá, coitadinhos, sendo explorados, alguém tira a aposentadoria deles, aí querem chamar os familiares, não sei nem onde que estão, quantos são famílias pobres, sem nenhuma solução. Aí chama o Ministério Público, vamos entrar em juízo porque os familiares abandonaram aqueles velhinhos. Mas não é isso. Alguns foram chamados e disseram: nós trabalhamos fora, não temos como sobreviver, somos gente de salário mínimo. Como é que você pega alguém, coloca no seio da família e depois tem que destacar alguém para não trabalhar e tomar conta dele. E acabou, essa vítima que foi escolhida para ficar em casa cuidando do velhinho também está morta porque o Estado se

demite. Ele vem e fala: não tenho nada a ver com isso porque aqui, meu filho, é relação tempo de contribuição — valor do prêmio pago, para você ter direito, algum dia, a alguma coisa.

Quer dizer, o Estado está se demitindo das suas funções mais elementares. Isso não existe. Em nenhum país centralizado. Isso é coisa de seguradoras privadas, que são ligadas aos grandes bancos, aliás nossos credores.

Então eu estou dizendo apenas que, na verdade não sou contrária a alguns arranjos, principalmente nas previdências de um modo geral. Mas isso não está sendo feito para que nós cheguemos a uma previdência de todos, geral, melhor, digna, que coloque o homem num patamar de cidadania superior. Está sendo feito para ajuste fiscal. Essa é a meta. E é isso que nos deprime, vamos dizer assim, que nos projeta numa lamentação sem-fim.

Em relação aos servidores públicos, especialmente aqueles que têm uma função de Estado, como os magistrados, os fiscais, haverá uma perda irreparável se o projeto do governo for, na minha opinião, aprovado, ou seja, no sentido de que tudo ali é admissível.

A pensão de 60%, eu praticamente acho até correto que reduza a pensão porque não tem muita lógica não. Imaginem alguém, o titular de uma aposentadoria ganha xis, ganha 100 para sustentar o próprio titular e, vamos dizer, um dependente, a esposa. Morre o titular, continua 100. Isso é até um estímulo a alguém pôr veneno na comida. É um aumento de renda. Isso não tem lógica, realmente.

Há certas questões que não são lógicas, na minha opinião, e poderiam ser revistas, não é? Aceitar que se tenha que trabalhar mais um tempo, já que o Estado brasileiro está numa situação difícil.

O que eu acho inadmissível é que não se garanta a paridade da aposentadoria com aqueles da ativa, e a integralidade dessa aposentadoria. Eu acho que isso sempre foi uma conquista brasileira e é uma conquista que deve ser mantida.

O Estado também está se demitindo de uma função fundamental, que é a do Poder Judiciário. Então nós precisamos, eu, como advogada, tenho o maior empenho em lutar por este ponto específico, contra este ponto específico da reforma, acho que precisamos modificar mesmo alguma coisa, vou lhes dar um outro exemplo, como nós temos práticas equivocadas em nosso país, gravíssimas. Em geral nos outros países eles estão certos, a prática deles é a certa, não se admite, por exemplo, pensionista de última hora, não é?

No Brasil, nós temos prática diante das pessoas, vamos imaginar algum aposentado viúvo, aí o velhinho quando chega no fim, está fazendo seus 80 anos, chega um monte de gente casando com ele para segurar o soro. Aí segura o soro e ele já é aposentado. Segura o soro do velhinho, pronto. Aí a mocinha de 18 anos fica dependente do Estado, com aposentadoria integral. Olha o que nós fizemos, criamos uma parasita, aos 18 anos de idade que não pode nem trabalhar, porque ela segurou o soro do velhinho.

Gente, isso não tem lógica, isso não existe, isso é uma coisa equivocada. Eu acho que são as mulheres as primeiras que deveriam reagir a esse tipo de coisa, a esse tipo de abuso. É que nos países centrais você só tem aposentadoria se viveu com o velhinho antes dele alcançar a aposentadoria. Viu? Não dá para ficar improvisando de última hora. Quem quiser casar na hora do soro...

Os homens se acham o máximo; a pessoa tem 100 anos, mas sempre se crê atraente, e a pensão... Quer dizer, então eles sempre se acreditam atraentes, não interessa. Gente, isso aí não pode.

E os critérios de repartição da aposentadoria entre ex-esposa, companheira ou companheira atual, gente? No Brasil é profundamente injusto, porque é claro que você quer dizer que a última, a última sempre tem vantagens, claro, você fica mais atraente ainda, não é? Então os juízes, ó meu Deus, desculpe se tiver algum juiz federal aqui, mas eu nunca vi injustiça tão grande. Imaginem uma ex-esposa, porque agora é o seguinte, os casamentos duram pouco, então você casa duas, três, quatro vezes, o que tem isso? Nós temos que preparar o nosso raciocínio para a justiça nessa circunstância. Então alguém vive 40 anos casado com a mulher, separou-se dela. Aí, fica 3 meses casado, nem tem filhos com a segunda mulher, chega num juiz e ele fala: metade, a novinha, tem 18 anos, e ele manda repartir pela metade. Gente, mas o que é isso? Se a gente estivesse na França ou na Alemanha seria proporcional ao tempo de convivência. Quarenta anos para a primeira, é claro, isso é o óbvio, isso é o lógico, não tem essa corrida na última hora.

Bom, essa corrida, você sabe que tem desemprego, tem dificuldade financeira, tem dificuldade econômica, é a maior corrida de última hora. Profunda injustiça. Quer dizer, são práticas nacionais, calma lá gente, no Brasil inteiro está tendo esse tipo de prática. Não é possível. Nós temos que, onde há abuso, há injustiça, nós temos que reparar a injustiça.

Agora, os direitos da Magistratura, as chamadas prerrogativas da Magistratura não são da Magistratura, são do cidadão brasileiro. Nós queremos juízes isentos e preocupados apenas com a função de julgar.

Eles não têm que pensar em juntar patrimônio, eles têm que ter garantia de que, no momento da sua aposentadoria, terão o mesmo padrão de vida, e essa deve ser uma exigência do cidadão brasileiro de um modo geral. Eu não acho que o Estado possa se demitir dessa função.

E a argumentação que se tem é a seguinte: ah, porque na Alemanha a aposentadoria dos funcionários públicos só alcança 75%, 80% da remuneração, é verdade. Na França só alcança 80%, da última remuneração, mas então fizeram pior ainda, não é, porque com esse teto, é um teto absoluto, ele não é proporcional, ele é absoluto, R$ 2.000,00, vão passar para R$ 2.400,00. Em relação ao que ganha o magistrado, pode ser 30%, 40%, quer dizer, fizeram muito pior do que lá nesses países.

Eles estão argumentando mas o argumento não é nem proporcional ao que cada um ganha, ou à dificuldade de acesso ao cargo, ou à impor-

tância do exercício do cargo. É um valor absoluto e isso, na minha opinião, é um retrocesso profundo, nós precisamos continuar sempre com o Poder Judiciário forte, então neste caso eu posso falar porque eu estou ao lado de uma juíza e de outro juiz, que vão ficar um pouco constrangidos de se posicionarem em relação a esse assunto, mas eu acho que tudo pode ser negociado na reforma do governo, tudo: aposentadoria até 70%, pensão até 70%, tempo de contribuição expandido, menos equivalência e integralidade dos proventos de aposentadoria, não só para os magistrados mas para os outros servidores que exerçam uma função que nós consideramos de carreira de Estado, não é?, em cujo exercício o Estado está presente na sua função máxima de pôr a Justiça e de falar o Direito. Essas funções têm que ser eficientemente protegidas pelo Estado, o Estado não pode se demitir dela, como está fazendo, não é?

Problemas de família, cuide dos seus velhos, mande tudo de novo para a família, vamos privatizar tudo, o Estado não quer saber de assistência social, de previdência social, quer dizer, o movimento inverso.

Então, eu dei o exemplo dos direitos da mulher, quer dizer, uma mulher que vai se aposentar ou vai se divorciar hoje, na Alemanha ou na França não está preocupada porque, se ela ficou educando 10 anos os filhos, ela leva lá 10 anos já. Se ela tem que trabalhar mais 30 ela vai trabalhar 30 mas ela já tem 10 de previdência social, de contribuição, às custas do outro cônjuge, vejam bem, os senhores não estão preparados, nunca ouviram falar disso, estão pensando que eu estou errando. Não estou errando não.

E mais, vou lhes dizer uma coisa, o imposto de renda é sensível a esse tipo de coisa, eu sempre lutei para introduzir isso aqui no Brasil, então quando você vai fazer uma declaração de imposto de renda nos Estados Unidos ou na Alemanha, você pode optar, ou você faz como se fosse solteiro, que é o caso do Brasil, você pode fazer em separado, ou você faz a declaração conjunta. Se fizer a conjunta você tem direito de somar a sua renda à renda do outro cônjuge, e dividir por dois. Ora, se o outro cônjuge não percebe nada porque é doméstico, ou seja, não tem uma atividade ativa de aquisição, aquele cônjuge que é o provedor, ele tem perda de capacidade econômica, evidentemente. Agora, o outro está cumprindo uma função nobilíssima, importantíssima para o Estado, que é a administração do lar e a educação dos filhos, então ele soma o zero da remuneração do outro cônjuge e divide por dois e com isso cai em alíquotas muito mais baixas, às vezes até isentas.

Imagine alguém que hoje ganhe mais de R$ 1.100,00, está sujeito na nossa ordem jurídica a uma alíquota de 15%, se for fazer uma declaração conjunta na Alemanha vai dividir por dois, quer dizer, os dois ficam isentos. Essa família não vai pagar imposto sobre a renda.

Vejam vocês a concepção do que é trabalhar cuidando de outro ser humano, vejam bem a concepção da importância que é educar filhos nesses países desenvolvidos. O que nós fazemos aqui é algo intolerável.

Por isso é que a nossa juventude está jogada, porque aqui nós não damos a quem cuida do outro, a quem educa, a importância que essa pessoa deve ter.

Então, nestes países, uma dona de casa que não faz nada, ela é contribuinte do imposto de renda, com a metade da renda do marido. Ela é importante, ela sente que ela também tem sua própria contribuição para a aposentadoria. É diferente.

Alguns juristas alemães falam sobre esse assunto, até de um modo emocional. Eles dizem o seguinte: nós precisamos reverter essa situação, ela é tão grave que se você chamar o homem mais simples, mais humilde, rural, do campo, e perguntar a ele o que ele faz, ele vai dizer assim: Uai, eu sou importante, eu crio porcos, vendo porcos, sou empresário de porcos. E aí você chama a mulher mais ilustre, que embora tendo curso superior resolveu se dedicar à criação dos filhos, e pergunte a ela o que ela faz. Ela, cheia de vergonha, vai baixar os olhos e vai responder: Ah, eu não faço nada, eu educo meus filhos.

Muito obrigada a todos.

REFLEXÕES SOBRE A REFORMA PREVIDENCIÁRIA

WAGNER BALERA(*)

A Proposta Emenda Constitucional da Reforma Previdenciária PEC n. 40/2003 passou pelo seu primeiro turno de votação.

Passo, pois, a formular minhas considerações a respeito, que não podem deixar de se apresentar de modo articulado com o contexto constitucional que envolve toda a problemática dos direitos sociais.

É que, consoante se deduz do art. 6º, da Constituição de outubro de 1988, não pode ser estabelecida nenhuma distinção entre esse catálogo de direitos e aqueles direitos individuais arrolados no art. 5º.

É que, de fato, entrelaça os dois dispositivos o liame indissolúvel do § 2º do mesmo art. 5º.

De nenhum modo posso entender o referido preceptivo como mera consagração dos chamados princípios implícitos, o que, de per si, já lhe conferiria singular significado.

Ocorre que, as palavras da parte final da regra, inovadora adenda ao texto histórico das Leis Fundamentais do Brasil, são particularmente eloqüentes e merecem transcrição com duplo sublinhado:

> Art. 5º .....
>
> § 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 do Brasil seja parte.*

Os atos internacionais pactuados pelo Brasil formam parte integrante dos direitos individuais.

Naturalmente, o supremo ato internacional até hoje engendrado pela sociedade humana a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada

---

(*) Professor Titular da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

e proclamada pela Resolução n. 111-A da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e, na mesma data, subscrita pelo Brasil.

São direitos individuais, porque direitos humanos e somente o homem — indivíduo e pessoa — é titular desses direitos, os direitos como tal definidos pela citada Declaração.

Na enumeração desses direitos fundamentais encontra expressão a seguridade social, de que cuidam os incisos XXIII e XXV do Diploma da Humanidade.

Assim se expressam os referidos comandos:

> Artigo XXIII — 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
>
> 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito à igual remuneração por igual trabalho.
>
> 3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
>
> 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção dos seus interesses.
>
> .....
>
> Art. XXV — 1. Toda a pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
>
> 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Interessa observar que, na hierarquia dos princípios fundamentais da República, o art. 4º, da Constituição do Brasil, está posto em ordem a conferir prevalência aos direitos humanos (inciso II).

Funda-se nessa primazia, haurindo dela toda a sua eficácia, a função que é chamado a desempenhar o sistema de seguridade social no ordenamento constitucional brasileiro.

Trata-se de serviço público de tipo novo, como bem o define *Gérard Lyon-Caen*[1], serviço (múnus) esse que mereceu cuidados extraordinários do constituinte.

---

(1) *Gérard Lyon-Caen*, "Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale", Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1955, pág. 309.

Primeiro, porque se insere como esteio básico da Organização do Estado (Título III, em especial o art. 40 que cuida da seguridade dos agentes públicos) e da Ordem Social (Título VIII, com ênfase para os artigos 193 a 203) instauradas pela Constituição de outubro de 1988.

Segundo, pelo especial regime jurídico que, na esfera da previdência, dará cobertura aos servidores públicos e aos trabalhadores em geral.

E, finalmente, como que dando acabamento a esse setor do Estado brasileiro, pela especial curadoria que recebe do Ministério Público (art. 129, II, da Norma Máxima).

Assim se demonstra, em entramado lógico e sistemático, a inclusão dessa cópia de direitos dentro da salvaguarda expressa no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de outubro de 1988.

Dando continuidade ao programa de reformas previdenciárias iniciadas pela edição da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, a Proposta de Emenda Constitucional n. 40, de 2003, mais uma vez quer ofender direitos individuais imodificáveis pela via constituinte derivada.

É verdade que no primeiro teste de constitucionalidade a que se viu submetida a tal PEC mereceu a acolhida liminar do Poder Legislativo.

A Câmara Federal, chamando a si a responsabilidade pela viabilização da Proposta encaminhada pelo Poder Executivo admitiu o trâmite do processo legislativo da mesma.

Decerto, os vícios apontados por alguns dos integrantes da Comissão de Constituição e Justiça são de molde a fazer supor que a matéria, com toda a certeza, será afinal submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Assume, pois, a Câmara a grave responsabilidade de apreciar um conjunto de impressionantes restrições de direitos sociais conferidos aos servidores do Estado pela Superlei.

Ocorre que, a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta no mesmo ambiente constitucional.

É o que assinalavam em sua manifestação conjunta os eminentes Deputados Geraldo Magela, José Dirceu, Waldir Pires, Marcelo Deda, Marcos Rolim, Antônio Carlos Biscaia e Dr. Rosinha a propósito da PEC n. 136, de 1999.

Averbaram, então, aqueles ilustres parlamentares:

> "... *dispositivos cujo teor já fora objeto de prejulgamento por esta Comissão, que entendeu serem inconstitucionais em sua forma original, tendo inclusive aprovado emendas saneadoras para afastar tais vícios. E com base nesse juízo de inconstitucionalidade, determina o Regimento que sejam afastadas de nova deliberação proposições de teor semelhante a outro já considerado inconstitucional de acordo com parecer da Comissão de Constituição e Justiça.*

É claro que insistir na cobrança de contribuição dos inativos e pensionistas fere a Constituição em vigor, motivo pelo qual foram aprovadas anteriormente pela CCJR as emendas citadas à PEC n. 33/95. Não se trata aqui de mera coincidência, mas de perfeita identidade, semelhança de propósito, forma e conteúdo, nos dispositivos apontados."

Assim sendo, nenhuma das Casas do Congresso Nacional poderia apreciar questões relativas à matéria previdenciária já tidas por inconstitucionais pelo Poder Legislativo da União.

Rejeitar a proposta teria sido a coerente atitude que se esperava, *in limine*, do Poder Legislativo, posto que é a mesma a Norma Fundamental que se pretende modificar.

A apreciação pela inconstitucionalidade cria, por assim dizer, uma jurisprudência da Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara, que não pode ser modificada defronte ao mesmo Texto Maior.

Está, pois, eivado de *nulidade insanável* todo o processo legislativo que se iniciou com a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional n. 40, de 2003.

A premissa do raciocínio de qualquer reforma previdenciária deve ser encontrada no objetivo fixado pelo inciso I, do parágrafo único do art. 194 da Lei das Leis.

Assim tive oportunidade de me pronunciar perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados — presidida pelo Deputado Federal Jair Soares — que examinava, àquela altura, a proposta que viria a ser promulgada como Emenda Constitucional n. 20, em dezembro de 1998.

Não se pode falar em isonomia, em tema de reforma previdenciária, sem que, na Norma Fundamental, estejam fincadas as bases para o futuro regime unificado de seguro social para todos os brasileiros.

A primeira consideração que interessa lançar, aqui, é a da cabal afronta ao comando estampado no art. 5º cuja cabeça não admite tratamento desigual entre brasileiros.

A igualdade, que sobre ser um princípio fundamental é critério de interpretação dos demais princípios catalogados na Norma Fundamental, na esfera da seguridade social exige, em sumária consideração, que a igual risco corresponda idêntica proteção jurídica. Essa idéia sumaria o comando encravado no já citado art. 194, parágrafo único, I, do Código Supremo.

Destarte, as diferenças existentes entre os reconhecidos regimes de proteção social devem ser (não nos esqueçamos que as Constituições, e nisso não difere a nossa de nenhuma outra, projetam o *devir* da comunidade organizada em Estado por esses Diplomas Fundamentais) gradativamente eliminadas a fim de que a universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I, da Superlei) se veja concretizada o quanto antes.

Renovo, agora, a minha premissa. A unificação dos regimes de proteção social, eliminadas todas as diferenças que não sejam condizentes com os riscos a que se sujeitam os trabalhadores, qualquer que seja o lugar que ocupam no seio da comunidade protegida, impede o tratamento distinto para situações iguais que não se coaduna com a universalidade nem tampouco com a igualdade.

Portanto, ao estipular, como aplicáveis aos servidores militares somente os comandos consignados no § 7º do art. 40 e 37, XI, contrário senso a Proposta de Emenda Constitucional cria outro regime próprio, distinto daquele que pretende homogeneizar as diretrizes normativas que preordenam os dois regimes atualmente existentes.

Quer dizer que, nos termos propostos, a alegada igualdade que pretende impor aos trabalhadores em geral, na PEC, cria quase como um nicho de desigualdade representado pelo especial regime a que ficarão ligados os servidores militares, federais e estaduais.

Parece-me que esse primeiro passo será seguido pela diferenciação a ser fixada quanto aos Magistrados, Membros do Ministério Público e demais carreiras exclusivas de Estado, durante o evolver do processo legislativo em curso.

Tenho insistido — e falem contra mim os fatos e a norma constitucional a ser promulgada — que o estudo elaborado pela empresa Gushiken Associados já expressamente excluía das reformas o segmento militar e o pessoal vinculado ao Judiciário.(2)

Aceitas as minhas premissas, o art. 42 e o art. 142 tal como se encontram redigidos na atual versão da PEC n. 40, de 2003 — não passam pelo teste de constitucionalidade.

> "Art. 42. .....
>
> § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 37, XI; do art. 40, §§ 9º e 10; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo à lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.
>
> § 2º Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas aplica-se o disposto no art. 40, § 7º." (NR)

Ou o Congresso Nacional quer, efetivamente, reduzir as assimetrias entre o regime geral e os regimes próprios ou quer, isso sim, criar o terceiro regime próprio para os servidores militares e o quarto regime próprio para

(2) Em breve síntese, a matéria publicada por *Cláudia Izique* na Update n. 390, pág. 7, em fevereiro de 2003, exclui dos efeitos da reforma previdenciária o grupo militar e a elite do funcionalismo civil enquadrada nas carreiras de Estado, tomando por base o estudo encomendado à Gushiken Associados.

os integrantes das carreiras de Estado. Na vala comum do primeiro seria lançada a imensa maioria dos servidores públicos e os grupos de elite permaneceriam preservados nas fortificações que, ao longo do tempo, foram sendo edificadas em seu favor.

É verdade que a Casa Legislativa não costuma ser perturbada nesta fase de seus trabalhos — em inúmeras oportunidades o Poder Judiciário se recusou a interferir no andamento do processo legislativo — tornando pouco provável que por essa via a matéria seja fulminada de inconstitucionalidade.

O I Simpósio de Direito Social debateu variados aspectos da Reforma Previdenciária e seus organizadores entenderam conveniente lançar alguns alertas ao legislador constituinte derivado a fim de que este cuidasse de escoimar a Proposta enviada ao Poder Legislativo de vícios e falhas que, além de não contribuírem para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro de proteção social; de não resolverem os problemas emergenciais de insuficiência financeira do sistema (conforme alegações apresentadas na justificativa da Proposta); acabariam criando um clima de insegurídade social e gerando outro caudal de ações judiciais em torno dos temas modificados pela Emenda Constitucional.

Tendo sido superada a questão da admissibilidade da matéria pelo Plenário da Câmara dos Deputados, as reflexões que nesse espaço se desenvolvem são dirigidas à Casa Revisora — o Senado Federal — a quem igualmente compete apreciar tal ângulo do tema e, se bem refletir, pode chegar à conclusão a respeito do vício de inconstitucionalidade manifesta da Proposta de Emenda Constitucional n. 40, de 2003, em pelo menos alguns dos seus aspectos essenciais.

O sistema de seguridade social quer eliminar ou reduzir a limites toleráveis, o risco.

Dentre os riscos que, de algum modo, podem causar insegurídade está o decorrente da erosão monetária.

Como sublinhava *Francisco de Ferrari*, esse risco é de difícil solução, notadamente quando se apresenta nos planos previdenciários que se baseiam na chamada técnica da capitalização.[3]

De todo modo, há consenso mundial a respeito da exigência de garantia do valor das prestações da seguridade social.

Consenso que se expressa no artigo 67 do Convênio n. 102, adotado pela Assembléia Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 1952, que estabelece as Normas Mínimas de Seguridade Social.

Esse Diploma Normativo do Direito Internacional Público determina: "o *montante da prestação não poderá reduzir-se* "e deve ser apto a assegurar ao beneficiário e à sua família *"condições de vida salutares* e *convenientes"*.[4]

---

(3) *Francisco de Ferrari*, "Los Principios de la Seguridad Social", Buenos Aires, Depalma, 1972, pág. 143.

(4) Cf. Organização Internacional do Trabalho, "Convênios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo", Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1985, pág. 884.

As necessidades básicas do indivíduo e de seu grupo familiar serão atendidas, em conformidade com princípio da integridade que *Patricio Novoa* explicita como sendo a *"garantia del valor real de las prestaciones.*[5]

A comunidade social é chamada, assim, a garantir ao indivíduo que vai para a inatividade o mesmo padrão de vida que detinha quando empregava os seus esforços laborativos em prol do bem comum.

A utilização de mecanismos redutores do valor da prestação previdenciária traria, como conseqüência inexorável, a destruição da seguridade individual a que cada qual faz jus, nos termos constitucionais.

Dentre os princípios estampados no Capítulo II, do Título VIII, da Constituição de 1988 sobressai o da irredutibilidade do valor do benefício (art. 194, IV).

A força operativa desse princípio que é instrumental da seguridade social, não se mede de modo isolado.

A seguridade social é sistema calcado em básico pressuposto: o art. 193, preceito inaugural da Ordem Social e chave hermenêutica de todo o Título em que se insere.

O ponto de partida do art. 193 é a primazia do trabalho humano — pedra angular do sistema e fundamento da República (art. 1º, IV)[6] — e o escopo da Ordem Social que o mesmo preceito enuncia consiste no atingimento dos ideais de bem-estar e de justiça sociais, objetivos estampados, também, no art. 3º da Lei Suprema.

O preceito encontra natural desdobro na diretriz primeira da seguridade social: universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, I) que, em síntese, diz que todas as pessoas estão protegidas em face de quaisquer situações de risco social previstas no ordenamento jurídico.[7]

De modo que, qualquer reforma que atinja o sistema de seguridade social deve cuidar de eliminar as distinções entre os regimes de proteção diferenciada que ainda convivem no ambiente constitucional pátrio no que podemos considerar como etapa necessária de transição.

A justiça distributiva, proporcional e geométrica garante a construção, nos termos do art. 3º da Constituição, da *sociedade livre, justa* e *solidária* (inciso I), na qual se dará a *redução das desigualdades sociais* (II) e a *promoção* do *bem* de *todos* (III).

Em suma, todo o sistema de proteção social brasileiro encontra fundamento na idéia de solidariedade social.[8]

---

(5) *Patricio Novoa Fuenzalida*, "Derecho de Seguridad Social", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, pág. 101.

(6) Cf., sobre o tema, *Wagner Balera*, "O valor social do Trabalho", *in Revista LTr*, ano 58, número 10, págs. 1167-1178.

(7) O tema é melhor desenvolvido no meu "A Seguridade Social na Constituição de 1988", São Paulo, RT, 1989.

(8) *J. M. Almansa Pastor*, "Derecho de la Seguridad Social", Madrid, Tecnos, segunda edição, 1977, volume I, págs. 156 a 160), considera a solidariedade (interdependência recíproca ou vín-

O constituinte estabeleceu, mediante essa diretriz, que nenhuma distinção pode afrontar a idéia da redução das desigualdades sociais.

Do mesmo modo, nenhuma regra constitucional deve permitir que se estabeleça, por vias indiretas, a redução, gradativa e progressiva, do valor dos benefícios.

Tanto o custo de vida, em crescente ascensão, quanto a política salarial dos trabalhadores e dos servidores públicos pode reduzir a níveis insignificantes a expressão dos valores que integram a remuneração das categorias sociais.

A irredutibilidade dos benefícios encontra expressão constitucional em determinado referencial que possa ser confrontado com o dado real.

No caso dos segurados do regime geral de previdência social o que se tem visto ao longo dos últimos vinte anos é o deliberado intento de reduzir-lhes, mais e mais, o valor dos benefícios, consoante a jurisprudência tem constatado em milhares de bem sucedidos processos de revisão.

Quanto aos servidores públicos, no entanto, manutenção da garantia da irredutibilidade se deduz permanente identificação entre os funcionários que encontram em atividade e os que se retiram, mediante denominada paridade de vencimentos.

Eis a regra que, com acerto, assentou o constituinte ao comandar, no bojo do art. 40, que agora é objeto de inúmeras e significativas modificações pelo texto que, neste instante, tramita pela Câmara dos Deputados:

> § 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

O reajustamento periódico dos servidores da ativa, independentemente da denominação que se dê a tal reajuste — reclassificação; transformação do cargo etc., deve ser automaticamente estendido aos inativos e pensionistas. Essa paridade atua, pois, como garantia da irredutibilidade.

Observe-se que, jogando os servidores públicos na mesma zona de incerteza em que se encontram os segurados do regime geral, a Proposta de Emenda Constitucional utiliza os mesmos termos estampados no art. 201, § 4º, do Texto Supremo.

---

culação dos membros do grupo que convivem socialmente) como princípio fundamental da relação jurídica de seguridade social. Aceita a diretriz com toda essa amplitude, a mesma albergaria, naturalmente, o princípio da seletividade e distributividade de que cuida a nossa Carta Magna.

É como se o emprego do termo "valor real", como de um passe de mágica, se chegasse ao valor real da prestação previdenciária devida.

Comanda, com efeito, o art. 201:

> Art. 201. .....
>
> § 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

O comando normativo, alçado à condição máxima de dignidade constitucional, e, nessa qualidade, revestido do mais alto grau de eficácia, é diretamente exigível — dentro dos contornos de sua compreensão sistemática — ainda que pela via judiciária.

Isso revela a vontade, inequívoca, do constituinte, de definir o padrão de valor das prestações e a conseqüente e necessária fórmula de atualização, sempre que a expressão do respectivo valor sofra reduções.

Nem mesmo modificações constitucionais podem ser aptas a comprimir o valor das prestações previdenciárias já concedidas aos beneficiários. É que, uma vez deferidas, as prestações são atos jurídicos perfeitos clausulados com a garantia constitucional da irredutibilidade do valor que resultou apurado no momento da concessão.

Em claro preceito, também a Constituição espanhola garante *"pensiones adecuadas* y *periódicamente actualizadas"* (artigo 50).

Há dupla significação na regra da irredutibilidade do valor do benefício.

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, está garantida ao universo de beneficiários a irredutibilidade nominal do valor do benefício, que também está assegurada aos trabalhadores em geral.

Em segundo lugar, a irredutibilidade protege o valor real do benefício. Reconhece, o constituinte, que essa dívida de valor se reveste de caráter eminentemente alimentar e, agindo em conseqüência, cobre tal prestação com o manto protetor da atualização periódica, única apta a preservar-lhe a integridade.

Entretanto, a garantia constitucional da irredutibilidade se mostra presente em dois momentos distintos, na dinâmica da prestação: o momento da concessão e o momento da manutenção.

As aposentadorias e pensões já concedidas aos beneficiários se encontram no momento de manutenção. Por seu turno, as daqueles que reuniram todas as condições legais para a obtenção do benefício, mas não o postularam, ainda não chegaram ao momento da concessão.

A concessão é o momento no qual o beneficiário investe-se na titularidade do direito ao benefício. Há um valor real nesse momento: a quantia a que o beneficiário faz jus. Através dele se expressa o grau de cobertura a ser recebido pelo sujeito ativo da relação de seguridade social.

Para a apuração do valor real do benefício, é fundamental que ele seja fixado corretamente *ab initio*, pois, do contrário, o benefício persistirá durante toda a sua existência com um valor irreal, imprestável para o cumprimento de sua finalidade constitucional. Há que ser evitado, portanto, esse vício genético, por assim dizer.

A Emenda Constitucional n. 20, de 1998, retirou da Norma Fundamental qualquer referência ao período básico de cálculo (PBC) dos benefícios substitutivos da remuneração ou do salário-de-contribuição dos segurados.

Em conseqüência com esse claro propósito de retirar proteção social (estranho desiderato o do constituinte reformador!) a legislação inferior acabou por considerar como base de cálculo para o benefício a média de oitenta por cento de todos os salários-de-contribuição percebidos pelos trabalhadores em toda a sua vida laborativa.

A PEC 40, coerentemente, institui um preceito similar ao que figura no art. 201, e que assim se acha redigido, segundo a versão disponível no momento em que a PEC saía da Comissão Especial da Câmara dos Deputados:

> "Art. 40. .....
>
> § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições recolhidas aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.
>
> .....
>
> § 7º Lei disporá sobre os critérios de concessão do benefício de pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido, ou ao valor dos proventos a que teria direito se estivesse aposentado na data do seu falecimento, até o limite de R$ 1.058,00 (um mil e cinqüenta e oito reais), acrescido de até setenta por cento da parcela excedente a este limite.
>
> § 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.
>
> ....."

A expressão econômica da prestação a ser deferida já nasce, cumpre sublinhar, com valores reduzidos.

Enquanto que a versão primitiva da Constituição defere o benefício no valor da última remuneração, a PEC cria um período básico de cálculo que considera a vida contributiva do trabalhador em toda a sua extensão.

Portanto, quem tenha trinta anos de contribuição terá como resultante um PBC de 360 meses. Quem tenha trinta e cinco anos de contribuição terá um PBC de 420 meses.

A base de cálculo do benefício será a média de todo o período de atividade laborativa.

A técnica redutora no âmbito do regime geral atende pelo nome de fator previdenciário que ainda leva em conta — para a apuração do valor da aposentadoria por idade e da aposentadoria por tempo de contribuição — outras variáveis que reduzem ainda mais a quantia a ser percebida pelo beneficiário da proteção social. Nela são consideradas a idade e a expectativa de vida do trabalhador.

Jamais será atingida, nas duas situações — no regime geral e no regime próprio — expressão pecuniária que se aproxime da melhor remuneração do trabalhador, cujos proventos de inatividade terão base de cálculo composta por valores que refletem o itinerário remuneratório no seu todo.

Superada essa etapa inicial, de apuração do valor do benefício, que é pagamento continuado, a Constituição de 1988 garante a manutenção do poder aquisitivo, isto é, do poder de compra do valor concedido ao beneficiário.

Para que se concretize na vida real essa garantia temos que considerar dois dados elementares: periodicidade e índice de reajuste.

A periodicidade é essencial para a concessão dos reajustes que serão feitos para manter o valor real do benefício, mormente num contexto de alta inflação.

Sua definição foi relegada ao legislador ordinário que, também, ficou responsável pela escolha do indexador a ser utilizado no período do reajustamento.

A periodicidade dos reajustes dos benefícios pagos pelo INSS, hoje em dia, é anual. A dos benefícios pagos pelos Poderes Públicos ficou congelada durante diversos anos, no período de vigência do Plano Real. Para agravar essa questão, o art. 40, § 8º, que garantia a periodicidade anual, segundo os termos da PEC, não estabelece nenhuma época para o reajustamento dos benefícios.

Para firmar posição homogênea, a Constituição deveria determinar que os benefícios, assim os do regime geral como os do regime próprio, fossem reajustados anualmente.

Por outro lado, o Congresso Nacional deveria assumir a responsabilidade pela definição do índice de reajuste que, sempre, deveria refletir — medir adequadamente — a correta reposição das perdas decorrentes da inflação do período entre os reajustes.

Acontece que o Congresso Nacional abriu mão desse dever e quem resolve qual o índice a ser aplicado é o Governo. Assim é que, mais recentemente, quando foi conveniente ao Governo este resolveu que os benefícios do Regime Geral seriam reajustados pelo IGP-DI. Neste ano de 2003, como o IGP-DI é mais alto, o Governo resolveu que o melhor índice é outro. Para se ter uma idéia das perdas decorrentes da inflação, os índices de preços deveriam guardar relação com critérios rígidos e não ficarem à mercê de decisões políticas do Governo.

Uma excelente forma de atrelar os valores dos benefícios a parâmetros seguros foi apresentada pelo então Senador Geraldo Cândido. Seu projeto modificava a redação do art. 81 da CLT, estabelecendo que o salário mínimo teria como valor o equivalente a um vinte avos do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal[9].

Suponhamos que o subsídio mensal do Ministro do STF fosse fixado em R$ 12.720,00. Já saberíamos de antemão que o salário mínimo deveria ser de R$ 636,00.

Esse critério deveria guiar a tabela geral dos benefícios e dos salários, tanto os que são pagos pelo INSS e pelas empresas em geral quanto os que são devidos pelo Governo aos servidores públicos da ativa e aos aposentados e pensionistas das diferentes esferas de governo.

Em inteligente iniciativa, ainda que orientando sua proposição noutra direção, os ilustres Deputados Federais Luciano Zica e Tarcísio Zimmerman submeteram ao Congresso Nacional a PEC n. 36, de 2003, que: *dá nova redação aos incisos VII e VIII do art. 49 da Constituição Federal e acrescenta parágrafos a esse artigo. Fixando como "teto" para o reajustamento dos subsídios de Deputados, Senadores, Ministros, Presidente e Vice-Presidente da República, o mesmo valor atribuído aos benefícios do Regime Geral de Previdência; alterando a nova Constituição Federal.*

Assim se acha redigida a referida PEC que, no meu entender, deveria ser anexada de imediato à PEC 40, tendo em vista a conexão do assunto com aquele de que cuida a reforma do sistema previdenciário nacional:

> As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:
>
> Artigo único. Os incisos VII e VIII do art 49 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, ficando acrescidos ao texto os parágrafos adiante explicitados:
>
> "Art. 49. .....
>
> .....
>
> VII — fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, além do limite previsto no § 1º;
>
> VIII — fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, além do limite previsto no § 1º;
>
> ....."
>
> § 1º No exercício da competência a que se referem os incisos VII e VIII, é vedado o estabelecimento de valor ou critério que resulte

(9) Projeto de Lei do Senado n. 96/2000 — Diário do Senado Federal, de 13 de abril de 2000.

em aumento superior ao atribuído aos benefícios do regime geral de previdência, considerado o intervalo transcorrido entre o início da vigência do decreto legislativo anterior e a data prevista para vigorarem novos valores ou critérios.

§ 2º Estende-se o disposto no § 1º à atualização de despesas diretamente decorrentes do exercício do mandato a serem ressarcidas ou pagas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal.

Em sua justificativa, os citados parlamentares demonstram a necessidade absoluta de vinculação de critérios, a única verdadeiramente apta a garantir a irredutibilidade do valor dos benefícios, para o reajustamento de valores pagos pelo Estado aos agentes públicos e aos beneficiários dos regimes de proteção social, argumentando acertadamente que:

"Em data recente, promoveu-se uma ampla reestruturação das verbas públicas destinadas ao exercício de mandatos parlamentares. O que mais causou espécie no meio social, antes de serem os valores estabelecidos, foi a forma com que os aumentos são aplicados. É fundamental que se tenha transparência, a maior possível, na definição desses valores. A população estipulada deve conhecer e poder entender como são essas verbas públicas. Neste sentido, esta proposição vem estabelecer o parâmetro, tendo o reajuste atribuído aos benefícios do regime geral de previdência como "teto" a ser respeitado.

Trata-se, por certo, de matéria polêmica, mas cuja discussão não pode ser mais protelada. Quaisquer descompassos restariam constitucionalmente impedidos se já estivesse em vigor a emenda aqui apresentada."

Restariam definidos, em texto da Norma Fundamental, tanto o menor salário a ser pago aos brasileiros quanto o maior valor a ser pago pelo Poder Público a título de subsídios, assim como os critérios de reajustamento, tomando como base o critério adotado para o reajustamento dos benefícios.

A Proposta de Emenda Constitucional procura resolver em parte a questão da fixação do teto da remuneração (e do benefício) a ser pago pelos Poderes Públicos.

Tal providência se dará, nos termos da nova redação que se pretende atribuir ao art. 48, mediante proposta do Poder Judiciário, consoante os dizeres do art. 96, II, *b*, da Constituição, tais como constantes da versão aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara Federal.

O valor máximo das remunerações que o Estado Brasileiro paga está sujeito ao limitador constitucional estampado no art. 37, XI, da Constituição, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, vigorando hoje com o seguinte teor:

"XI — a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;"

Ocorre que a PEC 40 altera tal comando e a redação do dispositivo já sofreu modificação por força de Emenda Saneadora aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, que acolheu proposta do Relator da matéria naquele órgão, o Deputado Mauricio Rands. Posteriormente, com a apreciação levada a efeito pelo Relator da Comissão Especial, Deputado José Pimentel, o preceito resultou no seguinte teor:

"Art. 37. .....

XI — a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador, no âmbito do Poder Executivo, dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ficando o destes últimos limitado a setenta e cinco por cento (75%) do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e, nos Municípios, o do Prefeito, se inferior." (NR)

O tema comporta, ademais, certa regulação provisória, posto que a lei apta a fixar o subsídio máximo, deverá passar pelo processo legislativo regular.

Para a disciplina provisória do assunto, a Proposta de Emenda Constitucional introduz no bojo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o seguinte comando:

Art. 10. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado nesse inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data da entrada em vigor desta emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representa-

ção mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Estados e no Distrito Federal, no âmbito dos respectivos poderes, a remuneração mensal ou subsídio mensal do Governador, no âmbito do Poder Executivo, dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, no âmbito do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ficando o destes últimos limitado a setenta e cinco por cento (75%) do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e, nos Municípios, o do Prefeito, se inferior.

Cumpre lembrar que, no mesmo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se acha insculpido, desde 5 de outubro de 1988, o seguinte claro preceptivo:

> Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Esse é um daqueles comandos constitucionais que nunca foi observado. Contam-se aos milhares os benefícios que ultrapassam em muito valor dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (ainda que se considere, como faz a PEC 40, que esse valor deve vir acrescido de duas verbas que acabam por elevá-lo a R$ 17.170,00), conforme prevê o acima transcrito art. 10 das Disposições Transitórias da PEC.

Esse último aspecto é da maior importância.

O pacto social que se espera seja celebrado no Brasil — e do qual nos distanciou ainda mais a Emenda Constitucional em comento — exige que a comunidade dos ativos prestigie e proteja a comunidade dos aposentados e pensionistas que, a seu tempo, deram o contributo para o funcionamento do mecanismo conhecido como solidariedade entre gerações.

A pessoa que já percebesse quantias superiores ao teto não sofreria nenhuma redução dos seus benefícios.

Diga-se, aliás, em abono desse critério que ele nada tem de original.

Foi adotado na Espanha e aceito sem qualquer restrição pelo Tribunal Constitucional, que a entendeu plenamente compatível com a garantia da irredutibilidade, que figura no art. 50 da Constituição daquele país, a manutenção do valor dos benefícios maiores sem qualquer reajustamento no período de 1983 a 1989, ainda que a legislação tivesse concedido reajustes aos benefícios de menor valor.[10]

---

(10) *Manuel Alonso Olea e Jose Luis Tortuero Plaza*, "Instituciones de Seguridad Social", Madri, Editorial Civitas, 1995, págs. 318 e 320/321.

É que, quando a remuneração que se aproxima do limiar do teto ou, até mesmo, ultrapassa o limite máximo da remuneração dos agentes públicos, qualquer pessoa ficará sujeita, quando do cálculo do respectivo benefício — momento da concessão, portanto — ao limite que, então, estiver vigorando, nos termos da lei.

O tal teto será a máxima cobertura previdenciária constitucionalmente deferida.

A Proposta de Emenda Constitucional, no único preceito que diz respeito ao regime geral, mas que também valerá para os regimes próprios dos servidores públicos, comanda que a cobertura máxima deverá situar-se em quantia que, hoje, corresponde a dez salários mínimos.

Assim estatui o art. 5º da PEC 40:

> Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

A legislação pode estabelecer certo padrão máximo de cobertura que, uma vez atingido, não fica sujeito a incremento em momento algum.

Segundo o escopo da reforma em análise, o teto de cobertura do regime geral também será aplicável aos regimes próprios, naquilo que pode ser considerada a previdência básica garantida a todos os trabalhadores.

Quem ingressar no serviço público após a promulgação da Emenda Constitucional, desde que perceba salário ou remuneração superior ao teto do regime geral terá que, se assim o desejar, submeter-se ao plano de previdência complementar que, de futuro, será instituído nos termos do art. 40, § 14 da Constituição Federal.

Dois outros pontos, creio, devam merecer nesta introdução aos temas da reforma.

Primeiro, o que cuida do valor das pensões por morte devidas aos dependentes dos servidores falecidos.

A matéria é objeto do seguinte comando, encartado no art. 40 da Constituição, consoante os termos da PEC:

> § 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual aos proventos do servidor falecido, ou ao valor dos proventos a que teria direito se estivesse aposentado na data do seu falecimento, até o limite de R$ 1.058,00 (um mil e cinqüenta e oito reais), acrescido de até setenta por cento da parcela excedente a este limite.

Cumpre lembrar que, no direito brasileiro, relativamente ao regime geral, a pensão se dividia em duas partes, também denominadas cotas: a cota familiar e a cota individual. Trata-se de um benefício destinado a proteger o conjunto familiar que sobrevive ao segurado.

A pensão, segundo os termos da Lei Orgânica da Previdência Social, teria valor básico de 50% acrescido de 10% para cada dependente habilitado ao benefício. Esta última cota se extinguia à medida que o seu titular perdia a qualidade de dependente, remanescendo o benefício até sua total extinção no valor mínimo de 60% da aposentadoria a que teria direito o segurado falecido.

Para acompanhar a sistemática introduzida pela Constituição quanto ao regime próprio, que instituiu a pensão integral aos dependentes dos servidores, o Plano de Benefícios da Previdência Social passou a conceder, também, a pensão integral, qualquer que fosse o número de dependentes.

Portanto, no atual direito positivo, a pensão é sempre correspondente à totalidade do benefício a que teria direito o falecido, aquele cuja morte se constitui no fato gerador da pensão.

Ao direito comparado é estranha tal configuração do benefício familiar.

Nos quadrantes dos melhores planos de proteção do mundo, a pensão gira em torno de 60% até 75% do valor da aposentadoria a que teria direito o trabalhador falecido.

E essa circunstância se prende a um raciocínio singelo: o falecimento de um dos integrantes da família acarreta uma redução das despesas familiares. Por essa razão, o benefício familiar não cobre mais aquele que deixou de existir.

O direito exige que se encontrem fórmulas de distributividade que conduzam, como deseja e comanda o constituinte, a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da Constituição).

Se à seguridade social fosse dado garantir o melhor padrão de vida aos trabalhadores e seus dependentes, nenhuma redução deveria ser aceitável.

Mas, pela sua estrutura, o programa se destina a garantir as necessidades básicas da comunidade protegida.

A PEC, nesse ponto, rima com a natureza e com a própria índole do direito previdenciário, que quer instituir a distributividade das prestações e não configurar a melhoria do padrão de vida de certo grupo pertencente ao todo protegido.

Já ensinava *Armando de Oliveira Assis*, mestre da interpretação previdenciária, que quem concede a um hipossuficiente mais do que lhe é devido retira da comunidade dos hipossuficientes alguma parcela de proteção.

Entendo, por conseguinte, que o valor da pensão deve ser proporcional às necessidades básicas do grupo familiar remanescente ao segurado falecido.

Critério que aperfeiçoou o texto proposto originariamente, foi adotado pelo Deputado José Pimentel, Relator da Comissão Especial, ao garan-

tir a integralidade do benefício a quem esteja situado dentro dos limites menores na escala salarial, instituindo-se um redutor crescente para as pensões cujos valores excedam aquele limite.

E parece-me justificável essa diferenciação posto que bem sabemos as dificuldades das camadas mais pobres para formarem um pecúlio individual enquanto que os melhores aquinhoados conseguem socorrer-se de proteção externa ao plano básico de seguridade social.

Cumpre-me sublinhar, em remate, que toda e qualquer reforma nos planos de proteção social não pode marchar contra a natureza e o modo de operar do direito social em geral e do direito previdenciário em particular.

Em texto que escrevi a respeito da reforma concluída em 1998 assinalei que o direito previdenciário é direito em formação, que o dia-a-dia vai conformando e que se aperfeiçoa, segundo regras inicialmente fixadas pelo quadro normativo, ao longo das etapas sucessivas da vida dos segurados.(11)

E assim é em razão das variações que o risco social pode apresentar no longo período de tempo dentro no qual a atividade laborativa é exercida pelo segurado.

Com a idade, aumenta o risco da doença; com a velhice, aumenta o risco da morte etc. ... Como afirma *Pontes de Miranda*, o direito expectativo é como o "direito ao direito que vai vir", direito que expecta, sublinha o mestre genial em sua linguagem singular. Enfim, digo eu, é um direito a ter direitos.

O Convênio n. 157, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 7º, cuida do sistema de conservação de direitos em curso de aquisição, inclusive considerando que, no tempo, podem variar quanto à natureza e o período os regimes previdenciários a que irá se submeter o trabalhador.

Estamos, pois, diante de conceito distinto e inconfundível com a categoria do direito adquirido. A seguridade social — para conferir segurida-de — adjudica *ab initio* certo estatuto de proteção em favor do sujeito, estatuto esse que deve ser preservado no curso do tempo, a fim de atuar diante das contingências sociais cobertas.

Assim sendo, quaisquer alterações no estatuto de proteção somente deveria ser aplicada após a promulgação das novas regras sobre aqueles que se filiarem a partir daí, sendo vedada — por incompatível com a natureza mesma dos direitos em curso de aquisição — a retroatividade de normas restritivas de direitos.

Destarte, *nenhuma das modificações constitucionais implementada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998, poderia valer para a massa segurada que já então se encontrava em atividade, assim como nenhuma das modificações que a PEC 40 pretende implementar deveria ser aplicada a quem já estivesse situado em algum dos regimes próprios no momento em que a nova emenda constitucional viesse a ser promulgada.*

---

(11) *Notas sobre a reforma constitucional da Previdência Social, in* Revista da Associação Paulista do Ministério Público n. 14, janeiro de 1998, pág. 28 e seguintes.

A Ordem Social, diz o art. 193 — Disposição Geral que abre aquele Título da Constituição — objetiva o bem-estar e a justiça sociais e, com essas conquistas provoca uma autêntica reviravolta nas políticas econômicas e sociais, desde aquelas que se destinam a preparar o terreno para a consagração dos objetivos do pleno emprego e da livre iniciativa (art. 170, da Constituição) até o advento da Justiça Social.

O art. 195, da Lei Suprema, não cogita — por ser incompatível com os claros termos da Ordem Social — de regressão das conquistas sociais já elevadas à dignidade constitucional.

Ao reverso, o preceito só conta com providências aptas a garantir a *manutenção* e a *expansão* da proteção social.

Aliás, o art. 3º, da Constituição, resume e compendia um estágio superior a que deve tender a República ao afirmar:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República federativa do Brasil:
>
> I — construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II — garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A PEC 40 parte do pressuposto segundo o qual o sistema de seguridade social brasileiro é gerador de insuficiências financeiras sempre crescentes e que o único corretivo possível para esse mal é a brutal redução de despesas com os planos de proteção social.

Esse pressuposto não está demonstrado.

Aliás, o que se tem visto, antes, é o corriqueiro desvio de recursos da seguridade social para outras áreas de atuação estatal e a ausência completa de aportes de recursos do Tesouro público para os programas de proteção social.

Percebe-se, claramente, que faltou ao Poder Executivo o abrir-se para um debate mais consistente, antes da remessa ao Congresso Nacional do texto da PEC 40.

De fato, o Conselho Nacional Econômico e Social discutiu o assunto.

Mas, falto de outros elementos, o Conselho nem mesmo chegou a apurar a realidade dos números da seguridade social brasileira, fiando-se em informações que não resistem a uma análise mais acurada.

Esperemos, pois, que o Congresso Nacional cumpra sua missão constitucional e debata, livre e soberanamente, os termos dessas importantes medidas que atingirão, por longo tempo, boa parcela da comunidade protegida.

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO MERCOSUL E NOS PAÍSES INTEGRANTES

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE(*)

INTRODUÇÃO

Um dos assuntos que mais se destacam na sociedade brasileira, no presente momento, é a reforma da nossa Previdência Social.

O estudo de que aqui tratamos, longe de querer esgotar o tema, tem o escopo de analisar as bases previdenciárias existentes no Mercado Comum do Sul (Mercosul), além de analisar o supracitado instituto dentro dos países que compõem o Mercosul, com os devidos cuidados com as situações sociais envolvendo cada Estado Parte.

Faremos uma análise, também, do que ocorre no Chile, em razão de seu sistema previdenciário, que desde 1980, estabelece, exclusivamente, o regime de capitalização, ao invés do nosso regime de repartição.

Por fim, faremos uma sucinta análise do que vem ocorrendo no Brasil e, como não poderia ser diverso, focalizaremos os pontos mais controvertidos propostos pelo Governo Federal para uma reforma do sistema previdenciário brasileiro.

MERCOSUL

A previsão de regras sobre a seguridade social no Mercado Comum do Sul (Mercosul) surgiu, não no Subgrupo 10 originário mas sim na reorganização dos Subgrupos, mais precisamente no Subgrupo 11, através da Resolução GMC n. 11/91, junto a regras tratando de relações laborais.

Propriamente sobre o Direito Previdenciário, dentro do Direito de Integração, foi aprovado, em Montevidéu, no dia 15 de dezembro de 1997, o

---

(*) Advogado Trabalhista, Professor de Direito do Trabalho na PUC/PR e nas Faculdades Integradas Curitiba, na Graduação e na Pós-graduação (Especialização e Mestrado), Mestre pela PUC/SP e Doutor pela Universidade de Roma I, "La Sapienza", Presidente do Departamento Cultural da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná (AATPR) e Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP).

Acordo Multilateral de Previdência Social do Mercado Comum do Sul, Mercosul/CMC/Dec. n. 19/97[1], que estabelece, em seu artigo 2º, ns. 1 e 2, o seguinte:

> *Artigo 2º*
>
> *1. Os direitos à Seguridade Social serão reconhecidos aos trabalhadores que prestem ou tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados Partes, sendo-lhes reconhecidos, assim como a seus familiares e assemelhados, os mesmos direitos e estando sujeitos às mesmas obrigações que os nacionais de tais Estados Partes com respeito aos especificamente mencionados no presente Acordo.*
>
> *2. O presente Acordo também será aplicado aos trabalhadores de qualquer outra nacionalidade residentes no território de um dos Estados Partes, desde que prestem ou tenham prestado serviços em tais Estados Partes.*

A legislação aplicável será a do Estado Parte em cujo território o trabalhador exerça a sua atividade laboral, exceto nos seguintes casos: a) trabalhador com tarefas profissionais de pesquisa, científicas, técnicas ou de direção, ou de atividades similares e outras que poderão ser definidas por uma Comissão Multilateral Permanente; b) pessoal de vôo e de trânsito terrestre; c) membros de tripulação de navio de bandeira de um dos Estados Partes. Além disso, os membros das representações diplomáticas e consulares estarão adstritos às legislações, tratados e convenções normalmente aplicáveis.

Aos Estados Partes que possuem regime de aposentadoria e de pensões de capitalização individual para a obtenção de prestações por velhice, idade avançada, invalidez ou morte também se aplicarão as regras do presente Acordo Multilateral. O mesmo deverá ocorrer com aqueles Estados que venham a aderir ao supracitado Acordo.

Os benefícios deverão ser pagos em moeda do Estado Parte onde o trabalhador estiver prestando serviços e, caso este e sua família se desloquem para outro país, as Entidades Gestoras dos Estados Partes estabelecerão mecanismos de transferências dos valores, sendo proibida qualquer redução, suspensão ou extinção do pagamento por tal motivo.

O presente Acordo Multilateral é complementado por um Regulamento Administrativo, onde encontramos, dentre outras regras, as Entidades Gestoras de Previdência Social.

Com a entrada em vigor do Acordo Multilateral de Previdência Social, todos os Acordos Bilaterais a este título serão derrogados, respeitados os direitos adquiridos.

---

(1) O texto do Acordo Multilateral pode ser encontrado no *site* www.mercosur.org.uy, acessado em 16 de abril de 2003.

Até o presente momento, apenas o Brasil e a Argentina elaboraram legislação específica aplicando o supracitado acordo multilateral, através do Decreto Legislativo n. 451, publicado em 16 de novembro de 2001, e da Lei n. 25.655, publicada em 16 de outubro de 2002, respectivamente[2].

Alexandre de Almeida Cardoso[3] cita como exemplo de Documentos Bilaterais sobre Previdência Social o caso do Protocolo Adicional de Itaipu, assinado em Assunção no dia 10 de setembro de 1974 e aprovado pelo Decreto n. 75.242/75, com a contratação de trabalhadores brasileiros e paraguaios, diretamente em cada um dos dois países, sendo permitida a contratação de estrangeiros. A legislação aplicável, conforme o supracitado Acordo Bilateral, será aquela existente internamente no País contratante, exceto algumas regras específicas previstas no Protocolo, como as seguintes: a) jornada de trabalho; b) insalubridade ou periculosidade; c) no que se refere à segurança e à saúde do trabalho, sendo competente a Autoridade Administrativa do local da execução dos trabalhos.

Além do referido protocolo, o mesmo autor[4] lembra do acordo celebrado pelo Brasil e pelo Uruguai, em Montevidéu, no ano de 1978, em que se previa a aplicação de todas as regras existentes aos cidadãos dos referidos países ao outro, além dos cidadãos de outros países que tenham prestado serviços no Brasil ou no Uruguai, desde que residam em um dos países contratantes, tendo como exceções, basicamente, aquelas previstas no Acordo Multilateral analisado no parágrafo anterior do presente estudo.

Outro acordo celebrado, na mesma época, na cidade de Brasília, em 20 de agosto de 1980, foi entre o Brasil e a Argentina, com base semelhante ao comentado nos parágrafos anteriores[5].

PARAGUAI

O Instituto de Previdência Social paraguaio (IPS), principal órgão previdenciário, foi criado em 1943, abrangendo, atualmente, duas áreas: a) aposentadorias e pensões; b) saúde da população.

Beatriz Azeredo[6] nos explica que, com menor dependência do Governo, encontramos a denominada caixa fiscal, referente à Administração Pública, além de caixas bancária, ferroviária e de eletricidade.

---

(2) Nosso agradecimento ao amigo *Alejandro Perotti* pelas importantes informações atualizadas sobre a supracitada legislação aplicável.

(3) *Cardoso, Alexandre de Almeida*. "Os tratados existentes e as relações trabalhistas e previdenciárias", *in* "Constitucionalização do Direito do Trabalho no MERCOSUL", coordenação de Hermelino de Oliveira Santos, São Paulo, LTr, 1998, pág. 220.

(4) *Ibidem*, pág. 223.

(5) *Ibidem*, pág. 226.

(6) *Azeredo, Beatriz*. "Conferência sobre os impactos do Mercosul na Seguridade Social", *in* "A seguridade social e os processos de integração regional", publicado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social com base em Seminário realizado em Brasília nos dias 13 e 14 de setembro de 1994, Brasília, 1996, pág. 99.

A Constituição Paraguaia de 1992 determina que a lei estabelecerá o sistema obrigatório e integral de seguridade social para o trabalhador e sua família, devendo ser promovida a sua extensão a todos os setores da população. Já os serviços de seguridade social poderão ser públicos, privados ou mistos sendo, em qualquer caso, supervisionados pelo Estado.

O sistema utilizado no Paraguai é o contributivo, sendo pago pelo trabalhador e pelo empregador, na ordem de 9% e 14%, respectivamente.

Elio Brizuela[7], então Presidente do IPS, em 1994, afirmou que o Paraguai, na época, possuía 4 milhões e 300 mil habitantes, sendo que cerca de 41% dessa população possuía menos de 14 anos de idade e a taxa de natalidade correspondia a 3,4% anual. A taxa economicamente ativa era de 900 mil pessoas, mas com apenas 138 mil contribuintes, para uma dependência do IPS de 650 mil pessoas. Notamos que existe uma grande fuga ao pagamento de contribuições e, aqueles que o fazem, muitas vezes subdeclaram valores.

O mesmo representante supracitado[8] afirmou o seguinte: "a relação do crescimento dos contribuintes vem muito entrelaçada com o atendimento médico. Ocorre que neste momento existe uma política de descrédito do Instituto de Previdência Social para se forçar a sanção das leis de desmonopolização".

Muito se tem discutido no sentido de mudar o sistema para o que vem sendo aplicado, no Chile, desde a década de 80, isto é, a capitalização ou, pelo menos, o que ocorre no Uruguai e na Argentina, com sistemas mistos.

URUGUAI[9]

O Banco da Previdência Social uruguaio foi criado em 1954, atendendo grande parte da população (90%), exceto algumas caixas de aposentadorias e pensões, como a dos Estados, dos Militares, dos Professores Universitários, dos Bancários e dos Policiais (10%).

Conforme informações do então Presidente do Banco da Previdência Social, *Ricardo Romero*[10], o Uruguai possuía, em 1994, 3 milhões e 200 mil habitantes e, a base de contribuição, que é tripartide (trabalhador, empregador e Estado), remonta a 13%, 16,5% e a diferença para cobrir receita e despesa do sistema, respectivamente.

O mesmo representante[11] explica que no início da década de 90 foi feito um estudo no Uruguai e se chegou à conclusão de que havia evasão

---

(7) *Brizuela, Elio.* "Conferência sobre o processo de integração da seguridade social no Mercosul: realidade e perspectivas". *Op. cit.*, pág. 130.

(8) *Ibidem*, págs. 133/134.

(9) Nossos agradecimentos ao amigo Leonardo Araújo que rapidamente atendeu à nossa solicitação e nos repassou a legislação e um artigo uruguaios sobre o tema.

(10) *Romero, Ricardo. Op. cit.*, pág. 138.

(11) *Ibidem*, pág. 144.

de 31% das contribuições, ora por omissão de declaração, ora por falta de inscrição do cidadão ao regime, tendo como fundamento as disfunções do sistema e a alta pressão tributária que a seguridade social possui sobre a produção do país. Para combate a esse tipo de evasão, houve agressiva campanha de fiscalização do Banco de Previdência Social, nas empresas, já que 70% dos contribuintes do sistema de seguridade social advinham de cerca de 5 mil principais empregadores.

Rennar Rodrigues[12] afirma que para cada passivo existe 1,4 contribuinte e, entre 1975 a 1985, a população ativa passou de 58,7% para 57,7%, sendo que a cada ano aumentava a expectativa de vida dos homens e, principalmente, das mulheres.

Desde o ano de 1985, o Uruguai arrolou uma série de intenções para uma reforma do sistema de Previdência Social, gerando cerca de 10 anos de desgaste, culminando na Lei n. 16.713, publicada em 3 de setembro de 1995, quase 1 ano após a eleição de novo governo, em novembro de 1994.

O sistema previdenciário uruguaio, conforme estabelece o *caput* do artigo 4º da referida legislação, é misto, compreendendo o regime contributivo de reparto, administrado pelo Banco de Previdência Social, e o regime de capitalização individual, administrado por empresas privadas, de forma combinada.

A aposentadoria poderá ser dividida em: comum, por invalidez e por velhice. A primeira ocorre quando o contribuinte atinge 60 anos de idade, no caso de homem, e de 56 a 60 anos, no caso de mulher tendo, no mínimo, 35 anos de serviço (artigo 18 da supracitada Lei). A aposentadoria por invalidez está prevista no artigo 19 da Lei n. 16.713/95. Já a aposentadoria por velhice se caracteriza quando o contribuinte completar 70 anos de idade, para o homem, e 66 a 70 anos, no caso de mulher, com 15 anos de serviços reconhecidos.

A assistência social será realizada a qualquer cidadão e ao estrangeiro quando o mesmo tiver pelo menos 15 anos de residência contínua no país.

O alcance da reforma na Previdência Social se dá a todos os cidadãos menores de quarenta anos de idade em 1º de abril de 1996. Os maiores de 40 anos de idade podem optar para o novo sistema até o limite de 20 de dezembro de 1996. No caso de falta de opção formal, vinculam-se ao regime de transição. A nova legislação não poderá, de qualquer modo, afetar direito adquirido dos atuais beneficiados.

Rodrigues[13] conclui que o novo sistema serve para diminuir, paulatinamente, os gastos com aposentadorias por parte do Estado, podendo atender a outras áreas.

O novo sistema permite beneficiar aos trabalhadores a melhoria dos benefícios, tendo em vista os estímulos para menor evasão ou subdeclaração.

---

(12) *Rodrigues, Rennar.* "Informe sobre el Sistema Previsional Uruguaio. Principales aspectos", *in* Revista da Fundación de Cultura Universitária del Uruguay, 1995.

(13) *Ibidem.*

ARGENTINA

A legislação base sobre o Sistema Integrado de Aposentadoria e Pensões da Argentina é a Lei n. 24.241, de 13 de outubro de 1993, que cobre as aposentadorias por velhice, invalidez e morte, integrando-se ao Sistema Único de Seguridade Social (SUSS), conforme seu artigo 1º, *caput*.

O Sistema Previdenciário possui um regime público, fundamentado sobre a concessão, pelo Estado, de benefícios financiados por um sistema de repartição, além de um regime previdenciário baseado na capitalização individual.

O artigo 11 da Lei n. 24.241/93 estabelece que a contribuição dos empregados será de 11%, dos empregadores 16% e, para os trabalhadores autônomos, de 27%.

A aposentadoria por velhice ocorrerá quando o contribuinte alcançar a idade de 70 anos de idade, qualquer que seja o sexo.

O Decreto n. 1.306, de 29 de dezembro de 2000, considera que para recriar a confiança no país é indispensável que se tomem medidas urgentes que garantam a solvência do Estado de médio a longo prazo. Em ausência de medidas imediatas, afirma-se que a crise de confiança se aprofundaria, impedindo que o Tesouro Nacional consiga o crédito necessário para financiar seu desequilíbrio financeiro.

A Lei n. 25.345, de 14 de novembro de 2000, estabelece prevenção contra a evasão fiscal, e o Decreto n. 1.401, de 4 de novembro de 2001, cria um Regime Especial de Seguridade Social para pequenos contribuintes eventuais, considerando-os como sendo pessoas físicas maiores de dezoito anos que tenham obtido no ano valores inferiores ou iguais a doze mil pesos, dentre outros requisitos, sendo pago o percentual de 9% sobre os valores a título de contribuição.

Uma Comissão especial para a reforma do Regime da Previdência, no âmbito da Secretaria de Seguridade Social, foi criada com o Decreto n. 1.934, de 30 de setembro de 2002, tendo por objetivos, conforme seu artigo 1º: a) elaborar linhas para uma reforma do Sistema Integrado de Aposentadorias e Pensões, para que o mesmo cumpra com a finalidade de cobertura para velhice, invalidez e tempo de serviço; b) a busca de consensos sobre as bases para se elaborar um anteprojeto de reforma da previdência social; c) preparar um "Acordo para a Seguridade Social" orientado a elevar a prioridade política e lograr a revalorização da Previdência Social como instrumento necessário para a redistribuição do ingresso e para a paz social.

No artigo 9º do mesmo diploma legal são convidadas a Organização Internacional do Trabalho, a Organização Iberoamericana de Seguridade Social e a Associação Internacional da Seguridade Social para designarem representantes que contribuam com o apoio técnico à supracitada Comissão.

CHILE

Não poderíamos deixar de analisar o Sistema Previdenciário chileno que, desde 4 de novembro de 1980, pelo Decreto-lei n. 3.500, estabelece um novo sistema de pensões por velhice, invalidez e falecimento com base na capitalização individual, através de administradoras de fundos de pensão.

O artigo 2º, *caput*, da já citada legislação, estabelece que "a entrada do indivíduo no mercado de trabalho gera a filiação automática ao sistema e a obrigação de cotizar, em uma administradora de fundo de pensão, sem prejuízo do disposto para os trabalhadores independentes.

A aposentadoria por velhice se dará aos 65 anos de idade, caso sejam homens, e aos 60 anos se forem do sexo feminino.

No caso de o trabalhador executar atividades em dois ou mais empregos ou declarar renda como trabalhador independente, todas as remunerações serão somadas.

O trabalhador poderá abrir uma poupança voluntária na administradora em que se encontrar filiado, não tendo esses depósitos caráter de cotizações previdenciárias para os efeitos da Lei do Imposto de Renda.

Conforme o artigo 89 do Decreto-lei n. 3.500/80 toda pessoa física que, sem ter vínculo com um empregador, exerça uma atividade mediante a qual obtenha renda, poderá se filiar ao Sistema estabelecido pela mesma legislação. A renda tributável mensal será aquela que o interessado declarar mensalmente à Administradora à qual esteja filiado, não podendo ser inferior a um salário mínimo.

O controle da aplicação da referida legislação será realizado pela Superintendência de Administradoras de Fundos de Pensão sendo, por sua vez, controlada pela Controladoria Geral da República.

Quando da instituição do analisado Sistema Previdenciário, ficou estabelecido que os trabalhadores que sejam ou tenham sido contribuintes de alguma instituição de previdência terão direito de optar entre o Sistema que estabelece o Decreto-lei n. 3.500/80 e o regime vigente na data de sua publicação. O mesmo direito a essa opção terão os trabalhadores que se filiarem pela primeira vez antes de 31 de dezembro de 1982. Aqueles que o fizerem após a referida data deverão se incorporar ao Sistema que estabelece esse diploma legal.

BRASIL

Similar ao sistema previdenciário paraguaio, o Brasil adota o regime de repartição, ou seja, as contribuições dos trabalhadores, empregadores e dos facultativos são direcionadas a um único fundo, dividido em dois: a) Regime Geral de Previdência Social; b) Regime Próprio dos Servidores Públicos (civis e militares).

No primeiro regime, administrado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), autarquia federal, encontramos 29.883.440 contribuintes ativos, ou seja, cerca de 42% da população com capacidade contributiva, sendo que possuíamos 17.142.644 de pessoas beneficiadas, ou seja, 1,74 contribuinte para cada beneficiário.

O trabalhador contribui com, no máximo, 11% de sua remuneração até o limite de R$ 1.561,56, sendo esse também o limite máximo de benefício previdenciário mensal, e o empregador o faz com base no total de sua folha de pagamento, entre 21 a 35%, conforme o grau de risco de acidente de trabalho.

Já o segundo regime, dos Servidores Públicos Civis e Militares, administrado pelos respectivos Governos, abrange os três Poderes, os Servidores Militares, os Estados, o Distrito Federal e cerca de 40% dos Municípios, sendo que os demais são atendidos pelo primeiro regime (RGPS).

Conforme dados de 2002, são 3.745.068 contribuintes ativos para 2.621.253 inativos e pensionistas, isto é, 1,42 contribuinte para cada beneficiário.

A contribuição mensal é de 11% sobre o total da remuneração do contribuinte Servidor Público e, pelo empregador, limitado ao dobro da contribuição do funcionário. Ao se aposentar, o Servidor Público terá direito ao valor da última remuneração, desde que tenha trabalhado 10 anos ou mais no setor público e 5 anos ou mais no cargo em que se está aposentando, conforme a Emenda Constitucional n. 20/98.

Os valores apresentados na imprensa relativamente ao déficit da Previdência são errôneos (R$ 17 bilhões para o Regime Geral e cerca de R$ 55 bilhões para os servidores públicos civis e militares), pois parte da contribuição patronal é de origem da União, diminuindo para pouco menos de R$ 40 bilhões os valores devidos no segundo regime.

Alguns, inclusive, sustentam que a Seguridade Social apresentou um superávit no ano de 2001 na ordem de R$ 31.464 milhões, mas o problema é que a União se apropriou de uma grande parte da referida receita para cobrir gastos com outros fundos, como, por exemplo, o Fundo de Combate à Pobreza, que arrecadou apenas R$ 316,5 milhões e utilizou R$ 3.031 bilhões[14].

Não poderíamos deixar de citar a Proposta de Emenda à Constituição encaminhada pelo Governo Federal ao Congresso Nacional, na metade de abril passado[15], cujas principais características são as seguintes: a) limitação dos valores máximos de remunerações dos Servidores Públicos; b) limitação de benefícios em R$ 2.400 (dois mil e quatrocentos reais) para qualquer um dos dois regimes previdenciários (público e privado); c) pagamento de contribuição dos servidores inativos e pensionistas da União, dos

(14) As informações detalhadas podem ser encontradas no manual "Análise da Seguridade Social em 2001", publicado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (ANFIP), junho de 2002.

(15) Proposta encontrada *no site:* www.mpas.gov.br.

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em gozo de benefícios na data de promulgação da Emenda, que contribuirão para o custeio do regime previdenciário com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Notamos que as modificações propostas pelo Governo Federal são no sentido de modificação do Regime Próprio dos Servidores Públicos, principalmente, limitando os benefícios e as remunerações.

Em momento algum da Proposta de Reforma Previdenciária foi citada qualquer modificação do regime de repartição para um regime misto ou de capitalização, o que demonstra que o Brasil continuará sendo um empecilho aos demais Estados Partes integrantes do Mercosul e, principalmente, à necessária harmonização de legislação.

Alguns estudiosos defendem o governo, no sentido de não aplicação do regime de capitalização, como é o caso de *Cláudia Salles Vilela Vianna*[16], afirmando que "a adoção deste sistema não somente fere frontalmente o conceito de Seguridade Social que hoje impera em nosso país, como financeiramente se torna totalmente inviável. Como não há uma reserva matemática, o governo não teria como cumprir com o pagamento dos atuais inativos (aposentados e pensionistas) e não teria como creditar na conta dos atuais segurados os valores que estes já contribuíram ao sistema de repartição. Estima-se que este 'período de transição' duraria 50 anos e certamente levaria o sistema à falência".

Jorge Antônio Maurique[17] também é da mesma opinião, afirmando que é um mito achar que a capitalização diminui os custos para a Previdência, já que o abandono do atual sistema de repartição implicaria uma série de custos de transição.

Devemos lembrar, ainda, o ensinamento de *Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes*[18], afirmando que "o Direito Previdenciário é estruturado em duas vertentes. A do custeio segue a regra da solidariedade. A do amparo, que segue o objetivo do 'mínimo existencial'. Essa bipolaridade é percebida também pela sociologia jurídica que constata que as regras jurídicas de Direito Previdenciário são de duas espécies. De aceitação social no que concerne aos benefícios (como são as normas de Direito Penal) e de rejeição social no que concerne às contribuições (como são as normas de Direito Tributário). Ou seja: todo mundo quer receber e ninguém quer pagar. Por isso, qualquer reforma dependerá da consolidação do conceito de cidadania (conscientização da sociedade)".

---

(16) *Vianna, Cláudia Salles Vilela.* "Reforma da Previdência Social", exposição realizada no "Seminário Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho", promovido pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), nos dias 31 de março e 1º de abril de 2003.

(17) *Maurique, Jorge Antônio.* "Reforma previdenciária", exposição realizada no "Seminário Propostas para um novo Brasil", realizado no Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), no auditório do Superior Tribunal de Justiça (STJ), encontrado no *site* www.stj.gov.br, acessado em 2 de junho de 2003.

(18) *Lopes, Cristiane Maria Sbalqueiro.* "Reforma da Previdência Social", exposição realizada no "Seminário Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho", promovido pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), nos dias 31 de março e 1º de abril de 2003.

Não queremos, de forma alguma, que se modifique totalmente da repartição para a capitalização, mas que isso se realize de forma mais longa, através de sistemas mistos, como os praticados pelos nossos vizinhos Argentina e Uruguai, além do que vem pretendendo o Paraguai, analisados no presente estudo.

Somente procedendo dessa forma é que poderemos vislumbrar mais rapidamente uma harmonização de legislações, não somente previdenciárias, fortalecendo o nosso Mercado Comum do Sul.

CONCLUSÃO

Do presente estudo, podemos concluir que já estão sendo traçados os rumos de uma integração maior envolvendo não somente os Estados Partes do Mercosul, mas também a todos os trabalhadores estrangeiros que venham a laborar em qualquer um dos quatro países (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai).

Com a análise do Sistema Previdenciário dos nossos três vizinhos, verificamos que a tendência é no sentido de utilizar, cada vez mais, o regime de capitalização, sendo que a Argentina e o Uruguai já possuem regimes mistos (repartição e capitalização), e o Paraguai está buscando inserir regime, tendo por base o que vem ocorrendo no Chile desde a década de 80.

Aproveitando a oportunidade, interessante comentar que o Chile é um exemplo não somente aos países latino-americanos mas, também, a todos os países que querem diminuir os absurdos do mau emprego das contribuições mensais de seus trabalhadores nacionais. A Itália, no ano de 1995, também passou a adotar o sistema de capitalização, em um primeiro momento utilizando, ainda, o regime de repartição na fase da transição.

Voltamos a frisar que é importante ao Brasil adotar, ao menos, um regime misto, como nossos vizinhos, para que exista uma fase de transição mais pacífica, podendo ser, após algum tempo, modificado para um regime exclusivamente de capitalização, em que cada contribuinte tenha direito ao benefício àquilo que foi depositado em sua conta individual.

Sabemos que nenhum esforço será suficiente, no regime de repartição, ou mesmo no misto, se o Governo não adotar medidas de reforma do Direito Trabalhista para aumentar o número de trabalhadores registrados, isto é, de contribuintes para a nossa Seguridade Social.

SOBRE A JUSTA GRITA DOS SERVIDORES
A REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NA PEC N. 40/2003 — ASPECTOS JURÍDICOS, ECONÔMICOS E SOCIAIS

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO(*)

1. INTRODUÇÃO

O Poder Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional (Câmara dos Deputados), em 30.4.2003, o Projeto de Emenda Constitucional n. 40/2003, que delibera a *segunda* reforma da Previdência Social brasileira, desde a regulamentação do Sistema Nacional de Seguridade Social pelas Leis ns. 8.212 e 8.213 de 24.7.1991. A primeira, lembram-se todos, deu-se em 15.12.1998, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, que *"modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências"*.

A PEC n. 40/2003 foi considerada *constitucional* pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com a aprovação do relatório do Deputado Maurício Rands (PT-PE). A admissibilidade constitucional diz respeito a todos os seus dispositivos (inclusive os mais polêmicos, como a taxação dos proventos de aposentadoria dos atuais inativos),

---

(*) Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é Juiz do Trabalho Substituto (15ª Região), professor universitário da Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté (Direito Penal) e doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Legislativa da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Diretor para Assuntos Legislativos da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2003-2005. Membro da Subcomissão de Trabalhos do Meio Científico do Conselho Técnico da EMATRA-XV (Escola da Magistratura do TRT da 15ª Região) para a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo *Boletim* foi editor entre 1997 e 2002. Autor das monografias "Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho" (LTr), "Informática e Criminalidade — Primeiras Linhas" (Nacional de Direito) e "Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia — Das Bases Romanas à Lei n. 9.514/97" (LTr). Articulista em Direito Penal, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, com publicações na Revista LTr, Revista Nacional de Direito do Trabalho, Revista Síntese, Revista dos Tribunais e Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, entre outras. Palestrante e conferencista em Direito Penal, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, com inúmeras preleções realizadas nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

que sofreram duas alterações pontuais sugeridas pelo próprio relator. Encaminha-se, agora, para a Comissão Especial da Câmara, instalada em 11.6.2003, que é composta por trinta e oito deputados, seguindo a proporcionalidade das bancadas. Nessa comissão, a PEC n. 40/2003 — cujo relator será o Deputado José Pimentel (PT-CE) — será examinada em seu *mérito*, agregando-se-lhe, se o caso, novas alterações. Após, a PEC n. 40/2003 irá ao plenário da Câmara, para votação em dois turnos, e em seguida para o Senado Federal.

A Reforma da Previdência proposta pelo governo Luiz Inácio Lula da Silva, tal como disposta e formalizada na versão original da PEC n. 40/2003 (na qual se baseia a maior parte deste trabalho), pretendeu atender, basicamente, a dois objetivos estratégicos: *a)* a modernização do sistema previdenciário brasileiro, com vistas à correção das distorções, imprimindo ao modelo maior eqüidade social e viabilidade financeiro-atuarial; *b)* a construção, a longo prazo, de um regime previdenciário público básico, universal e compulsório, para todos os brasileiros.

A exposição de motivos da PEC n. 40/03 encontra justificativa para o inteiro teor do projeto no Programa de Governo apresentado pelo Partido dos Trabalhadores para as Eleições Presidenciais, que previa a modernização e reforma do sistema previdenciário como instrumento destacado *"de um novo modelo de desenvolvimento, que englobe crescimento, emprego e eqüidade social"*, propondo um regime básico público e universal, associado a regime complementar de caráter facultativo. Reconhece, ainda, os méritos da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, que *"modificou diversos princípios da administração previdenciária do setor público, em especial o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro-atuarial"*, mas considera incompleta e parcial a sua abrangência, porque *"persistem hoje regras bastante diferenciadas entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de Previdência Social dos servidores, com desequilíbrios nas dimensões da eqüidade e sustentabilidade de longo prazo"*[1].

Com esse esteio, a PEC n. 40/03 suprime alguns direitos históricos do funcionalismo público, que haviam sido preservados na EC n. 20/98. Outros, a pretexto de redimensionamento para a garantia da viabilidade financeiro-atuarial do sistema, são amesquinhados. O regime previdenciário complementar, programaticamente facultativo, exsurge do modelo proposto como uma via inevitável para a maioria dos servidores federais. E o aviltamento dos quadros do funcionalismo sugere, a longo prazo, sensíveis perdas na qualidade dos serviços públicos, com reflexos negativos no ideal de eqüidade social, que deveria informar todos os pontos da reforma. Por outro lado, a perda de renda dos inativos e o estímulo explícito à protelação dos jubilamentos poderão representar queda na demanda efetiva, com conseqüente retração da economia, à mercê da própria equação keynesiana. Com isto, resta comprometido o projeto de crescimento econômico com expansão de emprego, que deveria emergir da modernização do sistema previdenciário.

---

(1) E.M.I. n. 29 (MPS/Ccivil-PR). Brasília: Casa Civil, Subchefia de Assuntos Parlamentares, 29.4.2003, ns. 02 a 06.

Nada obstante, é cediço que o atual sistema previdenciário não é, de fato, sustentável, notadamente porque financia a renda de populações que não contribuíram, ou não contribuíram proporcionalmente, para o fundo comum ao longo dos anos (assim, *e. g.*, os trabalhadores rurais, incluídos no âmbito da proteção social já na Constituição de 1934 — artigo 121, § 4º — e beneficiados, na Constituição de 1988, com a universalidade de cobertura e atendimento — artigo 194, parágrafo único, I da CRFB). Mas, a par disso, outras mazelas são apontadas. Historicamente, aportes financeiros da previdência social foram transferidos para custeio de obras públicas e outras finalidades, reduzindo a base de sustentação atuarial dos benefícios futuros: dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) revelam que cerca de R$ 400 bilhões foram desviados da Previdência desde a unificação dos institutos de aposentadorias e pensões no extinto Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)[2]. Mais recentemente, vieram ao conhecimento público as escandalosas fraudes praticadas contra o Instituto Nacional do Seguro Social, com desvio e apropriação de quantias vultosas[3]. Os recursos do orçamento da seguridade social financiam, ademais, a própria assistência social (artigo 204 da CRFB), que não tem contrapartida contributiva[4]. Evidencia-se, com tudo isso, que os servidores públicos não são a causa primeira do desequilíbrio das contas de previdência social, nem se qualificam como réus legítimos no processo de "demonização" que a opinião pública e os órgãos de imprensa às vezes insuflam.

---

(2) Estudo da Associação Nacional dos Auditores Fiscais (ANFIP) para 2001 conclui que, naquele ano, a Seguridade Social encerrou o exercício financeiro com saldo de *R$ 31,464 bilhões*, que foi alocado pelo Tesouro Nacional em outras atividades ou programas de governo: pagamento de encargos da dívida pública e da folha de inativos e pensionistas de outros ministérios, investimentos dos Estados em infra-estrutura para fornecimento de água e esgoto, recursos para programas de outras pastas (pré-escola, vale-transporte, auxílio-alimentação etc.) e até mesmo geração de *superávit* primário. Cf. *Tatiana Fiúza*, "Reforma da Previdência — Déficit no sistema: blefe, fraude ou incompetência?", *in Revista Jurídica Consulex*, ano VII, n. 149, 31.3.2003, págs. 14-16. Cf. também "Seguridade e Desenvolvimento — Um projeto para o Brasil", Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social, Brasília, ANFIP, 2003, pág. 22.

(3) Cf., nesse sentido, *Léo da Silva Alves*, "O furo é mais embaixo", *in Revista Jurídica Consulex*, ano VII, n. 149, 31.3.2003, pág. 23: *"A fraude também campeia. Em 1993, a Auditoria do INSS chegou a identificar municípios, sobretudo no Norte e Nordeste, onde 75% dos benefícios pagos eram irregulares. Em localidade do Rio Grande do Norte, o próprio representante do Instituto comandava a falcatrua. Conseguiu a façanha de se aposentar, por velhice, a própria companheira, aos 25 anos de idade"*. No mesmo sentido, a ANFIP estimou, em 1998, sonegação na área rural da ordem de *R$ 577,17 milhões*; na área urbana de autônomos e empregadores, *R$ 4,725 milhões*; na área urbana de empregados de empresas, *R$ 5,825 bilhões*; no campo do emprego doméstico, *R$ 1,136 bilhões* — totalizando, naquele ano, R$ 12,263 bilhões (sendo que, em 2002, a necessidade de financiamento da Previdência, nas contas do Regime Geral de Previdência Social, foi de pouco mais que isso: R$ 17 bilhões). Cf., para os dados, *http://anpprev.org.br/artigos* (5.2003) e MPOG/Boletim Estatístico de Pessoal e INSS de 2002.

(4) *"Excluído o mérito humanitário, resta a constatação: essa legião de favorecidos não recolheu, na maioria, um só centavo. Foi contemplada com a garantia de renda, de caráter assistencial, por malabarismos demagógicos, inseridos até na Constituição Federal, por parlamentares sempre generosos em dividir o dinheiro... dos outros. Enquanto isso, os trabalhadores e empresários, que sustentam a máquina nos centros produtores, vêem os recursos do seu provir minguando dia-a-dia"* (*idem, ibidem*). Observe-se que o autor presidiu, por três mandatos, a Comissão Permanente de Tomada de Contas Especial do Ministério da Previdência Social, vinculada à Direção-Geral do INSS.

Abstraídas as culpas, no entanto, é certo que tantos focos de sangria — de fundo histórico ou legal-positivo — exigem a revisão do modelo, reduzindo-lhe o suposto déficit e tornando-o viável. Essa necessidade não é exclusivamente brasileira. Neste ano, a França discute a reforma do seu sistema previdenciário, para a qual o governo propôs — não sem explosivas reações populares[5] — a harmonização dos períodos de contribuição dos setores público e privado até 2008, instaurando regra geral de 40 anos de contribuição, em detrimento dos servidores, que hoje contribuem para a previdência durante 37,5 anos (contra 40 anos de contribuições do setor privado); além disso, investe-se contra a diversidade de pensões (75% do salário no setor público, contra 50% a 60% do salário para os trabalhadores do setor privado). Mesmas demandas eclodem nos países em desenvolvimento que aderiram aos programas de estabilização do Fundo Monetário Internacional. No Brasil, uma vez mais, o Poder Executivo Federal propõe revisar o modelo, atendendo ao reclamo liberal de adequação das despesas públicas.

Neste contexto, opõem-se, claramente, valores e interesses. De um lado, direitos sociais previdenciários[6], expectativas legítimas de direito, qualidade de vida, qualidade do serviço público e o instituto do direito adquirido — valores e interesses ligados à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB). De outro, o equilíbrio econômico-financeiro das contas públicas, a universalidade da cobertura previdenciária e a melhor distribuição de renda — valores e interesses ligados à racionalidade das finanças públicas (artigos 167 e 169 da CRFB) e à redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III, da CRFB). Valores e interesses que, a rigor, não deveriam colidir; mas que, na prática política, não raro se digladiam. Como os bens sociais são insuficientes para atender a toda a pletora de interesses, ajustes periódicos se impõem, traduzindo sacrifícios para certas categorias, em benefício do interesse coletivo e do bem comum.

Quando esse arranjo se consuma e o ajuste se anuncia, interessa saber se os sacrifícios atinados são necessários. E, antes disso, se são constitucionais. Alfim, interessa sugerir alternativas menos gravosas ao sacrifício das classes laboriosas, se possíveis.

Eis a proposta do estudo.

---

(5) Cf. *Folha de São Paulo*, 14.5.2003, pág. A-11 (*"1,1 milhão de franceses contestam reforma"*). Na notícia: *"Centenas de milhares de trabalhadores realizam protestos em mais de cem cidades. Segundo os sindicatos, número de manifestantes chegou a 2 milhões. A polícia falou em 1,1 milhão"*. A data (13.5.2003) ficou conhecida como "terça-feira negra".

(6) A expressão "direito social previdenciário", que realça a vinculação dos direitos previdenciários ao rol de direitos fundamentais da pessoa humana, vem se disseminando na doutrina (inclusive nos quadros do INSS). Cf., por todos, *Lilian Castro de Souza*: *"(...) a Constituição arrolou inúmeros direitos sociais, entre os quais se encontra a seguridade Social, incluindo-os entre os direitos fundamentais da pessoa humana, que 'constituem um meio positivo para dar conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades', consistindo, a sua proclamação, uma autêntica garantia para a democracia"* (*"As normas sobre seguridade social na Constituição de 1988 como evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana"*, in *http://www.anpprev.org.br/doutrina-5.htm*, 5.2002, pág. 12). A autora é procuradora do INSS e escreve na página da Associação Nacional dos Procuradores da Previdência Social.

2. MODIFICAÇÕES DA PEC N. 40/2003 — PANORAMA. ASPECTOS RELEVANTES E ALTERAÇÕES *IN PEJUS*

A PEC n. 40/2003 propõe *terminar* a reforma previdenciária iniciada pela EC n. 20/98, naquilo em que essa última se revelou "incompleta e parcial". Preordena, dessarte, uma série de alterações no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988, e no texto da própria Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998.

Passo a examinar, uma a uma, essas alterações.

2.1. Teto de subsídios

A PEC n. 40/03 mantém a redação do *caput* do artigo 37 da CRFB, com a redação da EC n. 19/98, mas promove alteração em um dos incisos.

O inciso XI do artigo 37, que trata do *teto* para a remuneração e os subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, dos detentores de mandatos eletivos e dos agentes políticos em geral, recebe um acréscimo, tendente a reduzir os encargos das unidades da Federação com despesas de pessoal. Mantém-se o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal como teto único, *ex vi legis*, no serviço público federal; já nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, passa a haver um *subteto*, à conta de "limite" *"(...) aplicando-se como limite (...) se inferiores"*), que não poderá, de todo modo, ser superior ao teto federal.

Nos Estados e no Distrito Federal, o subteto corresponderá ao subsídio mensal do Governador. Já em tramitação, a PEC n. 40/03 sofreu, nessa parte, alteração por conta de emenda saneadora do Deputado Maurício Rands (cf. *infra*).

Nos Municípios, o subteto corresponderá ao subsídio mensal do prefeito. A limitação vincula-se, portanto, aos subsídios do chefe do Poder Executivo; apenas no serviço público da União, o limite continua vinculado aos subsídios da cúpula do Poder Judiciário.

Enquanto não houver *lei* estabelecendo o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal, considerar-se-á, para fins de limitação compulsória, o valor da maior remuneração atribuída por lei, na data de entrada em vigor da emenda, a ministro do Supremo Tribunal Federal(7). No conceito de "remuneração", incluir-se-ão, até a edição daquela lei, o vencimento, a verba de representação e a parcela recebida em razão do tempo de serviço; nos Estados, Distrito Federal e Município, o limite será, respectivamente, o subsídio mensal de governadores e prefeitos, se inferiores (artigo 10 da PEC n. 40/03).

Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o relator, Deputado Maurício Rands, apresentou parecer pela admissibilida-

---

(7) Pela Resolução n. 195/2000, do Supremo Tribunal Federal, o teto seria de R$ 12.720,00 (*in* DJU 1º.3.2000, seção 1, pág. 01). Hoje, esse teto é, na prática, de R$ 17.171,00, por conta de novas incorporações aos subsídios dos ministros.

de da Reforma da Previdência, com duas emendas saneadoras. Uma delas modificou a parte final do inciso IX do artigo 37 da CRFB, na redação da PEC n. 40/03, para fazer constar que haverá, no âmbito dos Estados, *três subtetos paralelos,* uma para cada um dos Poderes constituídos. Assim, o subsídio mensal do Governador de Estado mantém-se como teto para os servidores do Poder Executivo estadual, enquanto os subsídios mensais dos desembargadores (juízes dos tribunais de Justiça) e do chefe do Poder Legislativo passam a ser os subtetos para, respectivamente, os servidores do Poder Judiciário (inclusos juízes de Direito e membros do Ministério Público estadual[8]) e os servidores do Poder Legislativo. Esses subtetos, por sua vez, não poderão ultrapassar o limite de setenta e cinco por cento do teto federal (atualmente, R$ 17.171,00).

Observe-se que o teto sob exame — *teto de subsídios* — refere-se à remuneração e aos subsídios na ativa. Quanto às aposentadorias e pensões, cabe observar o regramento do artigo 40 e seus parágrafos.

2.2. Teto de benefícios

O *caput* do artigo 40 da CRFB mantém sua redação. O seu parágrafo segundo, que trata do *teto de benefícios* para fins de aposentadoria e pensão — *"não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão"* —, sofre um adendo, que reduz sensivelmente a perspectiva de ganho inativo de todos os novos servidores públicos, *i. e.,* de todos quantos ingressarem no serviço público após a publicação da emenda. Para esses e para seus dependentes, passa a haver dois tetos objetivos: *a)* a *remuneração do servidor da ativa*, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência à pensão; *b)* o *valor máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.* Essa última restrição, porém, não se opera de imediato: sofre atenuação, na medida em que está *condicionada* à instituição de regime público de previdência complementar, como se verá adiante (*infra,* tópico 2.6).

O artigo 6º da PEC n. 40/03 estabelece, para os benefícios do regime geral de previdência social, o valor máximo de R$ 2.400,00/mês na data da publicação da emenda, sendo reajustável a partir de então, para preservação do valor real, pelos mesmos índices aplicáveis aos benefícios do regime geral de previdência. Hoje, os benefícios são atualizados anualmente, com base em percentual definido por regulamento administrativo[9] e inspi-

---

(8) No sentido de esclarecer essa situação, especula-se que o relator Maurício Rands deva propor alteração de última hora no próprio relatório, para equiparar expressamente o Ministério Público ao Judiciário no cálculo do subteto salarial do funcionalismo nos Estados (cf. "Previdenciária deve sofrer alteração", *Ranier Bragon e Fernanda Krakovics, in Folha de São Paulo,* 3.7.2003, pág. A4).

(9) Assim, *e. g.,* a Portaria n. 408, de 16.4.2003, do Ministério da Previdência Social divulgou, para o período imediatamente anterior, os valores de atualização monetária dos salários-de-contribuição e benefícios, com vistas à atualização dos cálculos de aposentadoria, abono de permanência e auxílio-doença a partir de abril de 2003.

rado na variação de preços de produtos necessários e relevantes para a aferição da manutenção do valor de compra dos benefícios, conforme índices do IBGE ou instituição congênere (cf. artigo 41, *caput*, I, III e IV, da Lei n. 8.213/91, na redação da MP n. 2.187-13/2001, e artigo 40 do Decreto n. 3.048/99).

Quanto à aposentadoria dos servidores antigos, aplica-se o artigo 8º da PEC n. 40/03, que lhes garante, como *teto pessoal*, a *remuneração integral da ativa* (nos mesmos termos do atual artigo 40, § 2º, da CRFB), desde que o cálculo previdenciário conduza a tanto, em face das remunerações do servidor durante a ativa, que serviram de base para as contribuições sociais recolhidas aos regimes do setor público e do setor privado (artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03).

2.3. Média-base

O § 3º do artigo 40 tem sua redação alterada, determinando a forma de cálculo da aposentadoria dos servidores novos, nos mesmos termos estatuídos pelo artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03 para os servidores antigos:

> *"Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições recolhidas aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei."*

As aposentadorias, integrais ou proporcionais, de antigos e novos, deixam de ser calculadas com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, passando a ser calculadas a partir de uma **média-base** cujos critérios não são especificados, mas cujo conceito assemelha-se ao do *salário-de-benefício* do regime geral (artigos 28 e 29 da Lei n. 8.213/91). A diferença fundamental entre a média-base (ou *benefício-base*, conforme denominação corrente na imprensa) e o *salário-de-benefício* está em que, no caso dos servidores, a média aritmética simples será calculada a partir das remunerações pagas durante ***cem por cento*** do período contributivo suficiente (*ut* artigo 40, § 1º, III, da CRFB), desde que tenham servido de base para as contribuições (restando excluídos, portanto, abonos e títulos em geral que, pela sua natureza indenizatória, não sofram descontos previdenciários). Já no caso dos trabalhadores urbanos e rurais do setor privado, a média aritmética simples considera apenas *oitenta por cento* do período contributivo, pinçando do tempo geral os maiores salários-de-contribuição (aferidos nos termos do artigo 28, I a IV, da Lei n. 8.212/91). Além disso, o salário-de-benefício só se obtém após a aplicação do *fator previdenciário*[10] àquela mé-

(10) O chamado *fator previdenciário* considera, para o cálculo do salário-de-benefício, a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar. Essas são as variáveis fundamentais de sua fórmula: $f = [(Tc \times a) : Es] \times \{1 + [(Id + Tc \times a)] : 100\}$, onde *f* é o fator previdenciário, *Es* é a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria (conforme tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Esta-

dia (artigo 29, I, da Lei n. 8.213/91), exceto quanto aos benefícios das alíneas *a*, *d* e *h* do inciso I do artigo 18 da Lei de Benefícios (aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial e auxílio-acidente); no caso dos servidores públicos, não há — ao menos, ***não deve haver*** — fator previdenciário.

Esse novo critério de cálculo pode ser justo do ponto de vista financeiro-atuarial, mas frustra legítimas expectativas dos servidores antigos. Nas carreiras da magistratura federal, que em geral exigem comprovação de certo tempo de experiência profissional anterior na advocacia ou em carreiras jurídicas e que, na média, atraem candidatos profissionalmente já afirmados em outros setores[11] (a exemplo da Justiça do Trabalho, que recebe efetivos relevantes oriundos do funcionalismo federal ou da própria advocacia), a alteração é profundamente funesta para os juízes antigos, porque proíbe a aposentação com proventos integrais para tantos quantos têm tempo de serviço no regime geral (artigo 201 da CRFB) ou em outras carreiras públicas, com subsídios médios inferiores àqueles percebidos na magistratura. A nova regra traduz, para esses, perdas líquidas certas por ocasião do jubilamento, tanto maior quanto maior tenha sido o tempo no setor privado ou em outras carreiras do setor público — tempo *desejável*, diga-se, desde que se pretenda do juiz, no exercício da função, traquejo com a coisa jurídica, familiaridade com o serviço público e alguma experiência de vida (como se vê, por ex., na Inglaterra, em que o acesso à magistratura pressupõe expressiva experiência prévia no ministério privado[12]). Representa, por conseguinte, perspectiva de queda no seu padrão

---

tística para toda a população brasileira, com média nacional única para ambos os sexos), *Tc* é o tempo de contribuição até o momento da aposentadoria, *Id* é a idade no momento da aposentadoria e *a* é a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. Cf. artigo 32, §§ 11 e 12, do Decreto n. 3.048/99, com os acréscimos do Decreto n. 3.265/99.

(11) *"Segundo pesquisa da AMB e do IUPERJ (Vianna, 1997), no Brasil, apesar de as carreiras serem organizadas de forma burocrática, o sistema de concursos tem permitido o acesso à magistratura de* ***indivíduos com diversos perfis socioculturais e carreiras profissionais****. Esse perfil difere do padrão francês, por exemplo, onde o sistema de concurso faz com que os magistrados ingressem muito jovens na carreira, oriundos de famílias com um perfil sociocultural específico, filhos de classe média com educação superior. Sua trajetória acadêmica é regular, isto é, fazem seus estudos sem percalços e terminam o curso superior com menos de vinte e cinco anos. Sua socialização na profissão jurídica se dá exclusivamente no interior do Judiciário, visto que são treinados pela escola da magistratura e não têm experiência anterior em outra profissão jurídica. (...) No Brasil, parte importante dos magistrados tem perfil diferente, que, em termos genéricos pode ser exposta como: origem familiar de classe média sem instrução superior, formação em faculdades do interior ou em cursos noturnos, com trajetória acadêmica não regular, isto é, com interrupções, possivelmente devido a percalços financeiros, e, pois,* ***obtendo o bacharelado com idade superior a vinte e cinco anos****. Estes indivíduos prestam diversos concursos para juiz e,* ***até sua aprovação, adquirem experiência profissional em outras profissões jurídicas****. A pesquisa mostra que os concursos mais recentes revelam a tendência ao predomínio do perfil "francês" em prejuízo do perfil mais plural dos concursos das décadas de setenta e oitenta"* (*Andrei Koerner*, "Qual Judiciário para a Democracia Brasileira", *in http://ajufe.org.br/opiniao/ARTIGOS/lerartigos.cfm?cod=2112#*, 5.2003, págs. 14-15).

(12) Nos sistemas de *common law* e, notadamente, na Inglaterra, ingressam na magistratura, em geral, cidadãos com mais de *cinqüenta anos* de idade, eleitos por uma elite de advogados (*barristers*) e indicados para nomeação real pelo *Lord Chanceler*. Cf. *Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Marcelo Baumann Burgos*, "Corpo e alma da magistratura brasileira", Rio de Janeiro, Revan, 1997, pág. 65.

de qualidade de vida, sobretudo para os que não têm tempo hábil, até a jubilação compulsória, para repor as perdas futuras aderindo a planos de previdência complementar.

A solução, do ponto de vista legislativo, seria modificar a redação do artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03, para ali constar a redação atual do artigo 40, § 3º, da CRFB, respeitando a legítima expectativa de direito dos atuais magistrados federais. Assim, *verbi gratia:*

> *"Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados, no caso dos servidores de que trata o* caput, *com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração."*

De toda sorte, é curial entender que, mesmo sob o regramento da PEC n. 40/03, a média será calculada com base nas remunerações do *tempo de contribuição no cargo efetivo em que se der a aposentadoria*, desde que esse tempo seja suficiente (desprezando-se, portanto, lapsos de contribuições em carreiras anteriores, se despicienda a sua contagem para fins de concessão do direito). Se não, vejamos.

A proposta enviada ao Congresso pretende corrigir a "distorção" consistente no fato de que o valor das aposentadorias, no serviço público, *"não guarda qualquer relação com as contribuições dos servidores quando em atividade ou mesmo com a sua vida laboral, pois o benefício é equivalente à última remuneração do cargo efetivo"* — regra que, segundo a exposição da PEC n. 40/03, *"não encontra similaridade no direito comparado e muito menos guarda correlação com a aplicada aos segurados do Regime Geral, que leva em consideração a média aritmética simples das remunerações correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário"*[13] (cf. artigo 29, I, da Lei n. 8.213/91, na redação da Lei n. 9.876/99). Com a reforma, pretende-se que a forma de cálculo de aposentadorias no setor público guarde *"mais proximidade conceitual com a forma de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição do Regime Geral de Previdência social, onde é apurada uma média dos salários-de-contribuição, que tende a incluir, futuramente, um período de contribuição equivalente aos 80% melhores meses de contribuição de toda a vida laboral do segurado do INSS"*[14].

Se assim crê o expositor da PEC n. 40/03, cabem duas ponderações (uma de ordem crítica e outra de ordem lógica).

Do ponto de vista crítico, impende observar que a referência ao direito comparado não é de todo escorreita. Na verdade, há, sim, modelos de previdência que guardam similaridade com o atual regime de aposentadorias dos servidores públicos brasileiros (i. e., proventos integrais ou propor-

---

(13) E.M.I. n. 29, *cit.*, ns. 07 e 08.

(14) *Idem*, n. 44.

cionais baseados na última remuneração do cargo efetivo), ou que são ainda melhores. Especificamente no caso dos juízes, merece menção o modelo norte-americano de seguro social para a magistratura federal: há aposentadoria com proventos integrais aos sessenta e cinco anos (idade mínima), após quinze anos de serviço na magistratura. Não há, outrossim, aposentadoria compulsória (diversamente do caso brasileiro, em que a compulsória ocorre aos setenta anos, *ut* artigo 40, § 1º, II, da CRFB): o juiz pode continuar em atividade, na condição de juiz *sênior*, dedicando-se à própria judicatura e à orientação dos juízes novos. Em 1988, os juízes federais (magistrados e juízes de falência) obtiveram, naquele país, incremento de salários e de proventos de aposentadoria, como parte de um programa estatal concebido para conservá-los na ativa e tornar o cargo atraente, preservando e reproduzindo os quadros altamente qualificados da magistratura. Como conseqüência, os juízes federais podem optar entre variegados planos de aposentadoria, de saúde, de invalidez, de pensão e de poupança, conquanto vinculados, também, ao plano geral de seguridade social dos Estados Unidos da América. Quanto à aposentadoria, podem optar entre o *Civil Service Retirement System (CSRS) e o Federal Employees' Retirement System (FERS)*, que são os planos aplicáveis a todos os servidores públicos federais, e até trinta dias antes de se desligarem, podem ainda optar pelo *Judicial Retirement System (JRS)*, depositando o correspondente a catorze anos de contribuição a um por cento. A aparente identidade com o regime proposto pela PEC n. 40/03, de proventos pelo regime geral com opção por fundos complementares, é ilusória: a uma, porque há nos EUA, de toda sorte, diversidade de regimes entre os próprios servidores públicos federais; a duas, porque o peso do custeio é, em cifras nominais, superior no Brasil, a despeito da semelhança de benefícios[15]; a três, porque a contribuição para o *JRS* é de apenas catorze anos, a um por cento (no Brasil, a contribuição ao regime de filiação obrigatória é de 30/35 anos, a onze por cento, sendo que a contribuição para o fundo complementar não poderá ser inferior, *ut* artigo 149, parágrafo único, da CRFB, no texto do projeto); a quatro, porque a opção pelo *JRS* implica renúncia aos planos gerais, cujas contribuições são *devolvidas*, sem juros no caso do *CSRS* e com juros de mercado no caso do *FERS* — o que sequer foi cogitado no projeto brasileiro, uma vez que o Poder Executivo Federal certamente não está disposto a restituir as contribuições sociais já recolhidas aos juízes que efetuarem a opção do artigo 8º, § 2º, da PEC n.

---

(15) Nos EUA, a contribuição obrigatória para o seguro social tem alíquota mensal de 6,2%; há, também, uma contribuição obrigatória de 1,45% (*Medicare*), visando à cobertura das despesas médicas após 65 anos de idade. A alíquota para o *CSRS* é de 8,4% e a alíquota do *FERS* é de 1,2% mais 5% (*Thrift Savings Plan* — esse, de fato, um plano complementar). O *JRS*, enfim, é de 1% durante catorze anos. Somando-se as alíquotas, têm-se 16,05% para os optantes do *CSRS*, 13,85% para os optantes do *FERS* e 8,65% para os optantes do *JRS* (já que, nesse caso, as contribuições vertidas para os dois anteriores são restituídas). Em todos os casos, o índice nominal resultante da soma das alíquotas será inferior àquele necessário, no Brasil, para que os servidores federais novos aposentem-se com proventos integrais, considerando-se a alíquota atual de 11% para o regime básico, e à mercê dos artigos 4º, § 2º, *in fine*, § 14 e 149, parágrafo único, da CRFB, na redação da PEC n. 40/03. Observe-se, ainda, que o índice nominal do *Judicial Retirement System* é reduzido em relação aos demais, como forma de estímulo à ocupação dos cargos judiciários.

40/03[16]. Os juízes estaduais norte-americanos contam, igualmente, com um regime especial de aposentadoria, de proventos integrais (com redução proporcional se não observada a idade mínima), diverso daquele reservado aos demais servidos públicos[17].

Do ponto de vista lógico, está evidente que a *mens legislatoris* é aproximar o regime de aposentadorias do setor público àquele do setor privado (INSS). Se é essa a proposta — nivelar a previdência pelo patamar mais adverso —, é de boa hermenêutica interpretar a nova regra em cotejo com a disciplina própria do salário-de-contribuição dos trabalhadores urbanos e rurais, nos termos da Lei n. 8.213/91: no que for omissa a PEC n. 40/03, suprem-se as lacunas, *in casu*, pelo modelo-paradigma. No regime geral, os trabalhadores urbanos e rurais têm direito a computar, no cálculo da média aritmética simples a que será aplicada o fator previdenciário, os *maiores salários-de-contribuição* do período de contribuição, somados até corresponderem a oitenta por cento de todo o período contributivo. Assim há de ser, também, para os servidores públicos, antigos e novos: o cálculo do artigo 40, § 3º, da CRFB, na redação da PEC n. 40/03, deve levar em consideração *as remunerações* ***mais expressivas*** *do período de contribuição* (correspondentes aos *"maiores salários-de-contribuição"* da Lei n. 8.213/91), quando o servidor contar com tempo de contribuição superior ao necessário, mas não houver se aposentado e nem tiver obtido a isenção do artigo 8º, § 5º, da EC n. 20/98 (por ex., se ainda não tinha a idade mínima ou não tinha tempo suficiente no serviço público ou no cargo efetivo). Para os juízes em geral, que têm tempo de contribuição suficiente na carreira, mas que também o têm na iniciativa privada ou em outras carreiras públicas, é direito líquido e certo que o cálculo da média-base se faça *exclusivamente* com base nas remunerações recebidas na magistratura (desde que sejam — como no Brasil, em geral, o são — as maiores de todo o tempo de serviço), com divisor trinta e cinco, se homem (artigo 40, § 1º, III, *a*, 1ª parte, da CRFB), ou trinta, se mulher (artigo 40, § 1º, III, *a*, 2ª parte, da CRFB).

Interpretar o § 3º do artigo 40, no texto do projeto, com vistas à *diluição* da base de cálculo no tempo e, conseqüentemente, à *redução* dos proventos, seria desnivelar, *para pior*, a condição jurídica dos servidores públicos, em relação à dos trabalhadores em geral (aos quais aproveitam, *ex vi legis*, os salários-de-contribuição mais vantajosos para o cômputo final). Assim, do ponto de vista hermenêutico, significaria fazer tábula rasa da *mens legislatoris* e da própria *mens legis*, instaurando novo desnível entre as classes laboriosas e descurando de uma legítima interpretação *teleológica* do novo texto. E, do ponto de vista material, importaria em inex-

(16) Cf. *Retirement Benefits for Bankruptcy Judges and Magistrate Judges*, May 2000, Judges Information Series n. 5, Office of Judges Programs, Administrative Office of the United States Courts, *apud Maria Cristina Mattioli*, "Por que os Juízes devem ser excluídos do Regime Único de Previdência proposto pelo atual Governo", Harvard, [s.e.], 2003, págs. 07-08. A autora é juíza do Trabalho da 15ª Região, com pós-doutorado pela *Harvard Law School*.

(17) Cf. *Bernand Meyer*, "Judicial Retirement Laws of the Fifty States and the District of Columbia", New York, University Press, 1999, *passim*, *apud Mattioli*, cit., pág. 08.

plicável quebra do princípio da igualdade (artigo 5º, II, da CRFB), além de subversão injusta do caráter contributivo do regime (artigo 201, *caput*, da CRFB) — sendo, portanto, passível de correção nas instâncias judiciais. Com efeito, *"a lei tem de ser legítima e previdenciariamente legitimada por uma correspectividade técnica. Todos, no mesmo nível salarial, sejam servidores civis ou militares, parlamentares ou trabalhadores do setor privado, devem se submeter a igual alíquota, crescente quanto maior for o patamar em que estejam, para que distributiva e democraticamente paguem por seus benefícios"*[18] — o que vale, com mesma ênfase, para a aferição da própria *base de cálculo.*

2.4. Pensões

A reforma também impõe restrições aos pensionistas. O § 7º do artigo 40 é modificado, para constar que a lei disporá sobre os critérios de concessão do benefício de pensão por morte, que será de até setenta por cento do valor dos proventos do servidor falecido, observados os limites dos §§ 2º e 3º (limitação ao teto de benefícios do regime geral e observância da proporcionalidade segundo a média das remunerações da ativa). Assim, afora o teto geral de benefícios, os pensionistas dos servidores novos experimentam duas reduções cumulativas: a primeira, atinente à base de cálculo do benefício (não mais os proventos do falecido ou a remuneração do servidor ativo na data de seu falecimento, mas a média de remunerações do tempo da ativa consideradas como base para as contribuições recolhidas), e a segunda, referente à limitação percentual incidente sobre aquela base de cálculo (*máximo* de setenta por cento dos proventos do falecido: não mais cem por cento, como ocorre hoje; nada obstante, conforme a legislação infraconstitucional, poderá ser de 30%, 40%, 50%, 60%...).

Já os pensionistas dos servidores antigos não se sujeitam ao teto geral de benefícios, *ut* artigo 8º, *caput*, da PEC n. 40/03, e tampouco à proporcionalidade na base de cálculo do benefício. Sofrem, todavia, a limitação da alíquota (70%), respeitados os direitos adquiridos (artigo 5º, XXXVI, da CRFR, e artigo 3º, *caput* e § 3º, da PEC n. 40/03). Noutras palavras, fazem jus à pensão integral, sobre os proventos ou subsídios do falecido na época do falecimento, todos os dependentes que já a recebem ou que, até a data da publicação da emenda, tenham cumprido os requisitos necessários para a obtenção do benefício (que, na espécie, corresponde à condição mesma de dependente e à morte do servidor, observadas eventuais carências das legislações específicas).

2.5. Fim da paridade entre ativos e inativos: desvinculação dos proventos e pensões

O § 8º do artigo 40 da CRFB sofre modificação expressiva, comprometendo a *vinculação dos proventos de aposentadoria e das pensões* à evolução das remunerações e subsídios da ativa. Compromete, portanto,

---

(18) *Wladimir Novaes Martinez*, "E há outros aspectos", *in Folha de São Paulo*, 17.5.2003, pág. A-3.

a expectativa de paridade dos inativos, que em geral esperam manter o mesmo padrão de vida dos servidores da ativa. Dada a desvinculação, faculta-se ao Poder Executivo conceder reajustes diferenciados aos servidores ativos e inativos, congelando proventos e pensões ou atualizando-os sob condições menos favoráveis. Como antecipado, essa medida de contenção de despesas, se consumada, tende a representar queda na demanda efetiva, a médio e longo prazo (especialmente em países como o Brasil, onde o número de funcionários públicos é expressivo[19] e a renda correspondente tem participação expressiva na movimentação da economia, especialmente nos municípios de pequeno e médio porte[20]).

O texto constitucional atual dispõe que serão estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. Com a PEC n. 40/03, essa disposição é expurgada do texto constitucional, para constar apenas que *"é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei"*. Em suma, substitui-se um **parâmetro objetivo** de reajuste das aposentadorias e pensões por um **critério programático**, a ser regulamentado em lei. O que, antes, era uma norma constitucional de eficácia plena, *self-executing*, passa a ser uma norma constitucional de eficácia contida[21], regulável ao talante do legislador infraconstitucional. Até que venha a referida lei, os reajustes far-se-ão, provavelmente, pelos critérios gerais de reajustes de benefícios previdenciários (artigo 6º da PEC n. 40/03 — cf., *supra*, tópico 2.2). Num primeiro momento, o prejuízo jurídico — consistente na sujeição do reajustamento à concepção histórica de "valor real" do legislador brasileiro *(mens legislatoris)* — chega a ser mais alarmante que o prejuízo financeiro.

Ressalvam-se, de todo modo, os direitos adquiridos: aqueles que já estiverem aposentados ou que cumprirem, até a data da publicação da

---

(19) Apenas a título de exemplo, Paris tinha, em meados da década de noventa, 15.000 funcionários municipais, contra 167.000 em São Paulo.

(20) Cf. *Norman Gall, Rubens Ricupero*, "Globalismo e localismo — quais são os limites da competição e da segurança?", *in* "Braudel Papers", 1997, n. 17 (*http//:www.normangall.com/brazil_art3.htm*, 5.2003, pág. 08): *"Embora o número de funcionários públicos no Brasil seja baixo em comparação com países ricos, ele é alto em muitas comunidades que dependem de transferências, salários e pensões do governo para sobreviver"*. No mesmo sentido, com relação às aposentadorias e pensões, cf. *Silva Alves*, cit., pág. 23: *"Muitos gestores que passaram pela Esplanada dos Ministérios e pela presidência do INSS orgulhavam-se em dizer que a Previdência no Brasil 'é a maior distribuidora de rendas'. É verdade. Há municípios do interior do País onde a economia depende, unicamente, do pagamento de aposentadorias e pensões. Popularizou-se, em algumas regiões, a chamada* Feira do Véio. *Funciona só nos dias em que parte da população recebe os benefícios previdenciários"*.

(21) Normas constitucionais de eficácia contida ou restringível são *"aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional. Por isso mesmo, aliás, preferimos denominá-las de* normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível" (*Michel Temer*, "Elementos de Direito Constitucional", 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pág. 27).

emenda, os requisitos para obtenção de aposentadorias e pensões, poderão recebê-las, integrais ou proporcionais, com revisão na mesma proporção e na mesma data dos servidores da ativa, sempre que esses experimentarem modificação em suas remunerações ou perceberem vantagens, inclusive se decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a pensão. Essa inteligência, defluída da exegese conjunta dos artigos 9º e 3º, *caput*, da PEC n. 40/03, ***não favorece***, de modo algum, os servidores antigos que, embora admitidos no serviço público antes da publicação da emenda, não tenham, nessa ocasião, atendidos todos os requisitos para a percepção da aposentadoria. Saber se os requisitos foram ou não atendidos significará, na prática, proceder à leitura dos casos equívocos à luz do artigo 6º, § 2º, do Decreto-lei n. 4.657, de 4.12.1942[22] (Lei de Introdução ao Código Civil), que positiva, no plano infraconstitucional, as regras gerais de direito intertemporal e interespacial.

2.6. Regimes públicos de previdência complementar

O § 8º do artigo 40 é também modificado — na verdade, desmembrado. E, ao desmembrá-lo, a PEC n. 40/03 cria uma perplexidade.

A primeira parte do preceito é mantida no § 8º: concede-se aos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a *faculdade* para a instituição de um regime de previdência complementar. *Podem* fazê-lo, diz o projeto, se assim deliberarem as respectivas administrações — e *somente* elas, porque, pela PEC n. 40/03, o regime de previdência complementar somente pode ser instituído *"**por iniciativa** do respectivo Poder Executivo"* (autoria inexistente na EC n. 20/98), e *na forma da lei*, observado o disposto no artigo 202 da CRFB.

A redação do § 8º encerra-se aí. Aparenta o expurgo da parte final, que hoje autoriza aos entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a adoção do teto de benefícios do regime geral, para seus servidores, **apenas** em caso de instituição de regime de previdência complementar aos titulares de cargo efetivo. E, se assim fosse, a lógica interna da reforma estaria preservada: se, pela PEC n. 40/03, o teto de benefícios do regime geral passa a ser a regra (exceto para os servidores antigos), na forma do novo § 2º do artigo 40, concluir-se-ia que esse limite geral impõe-se a toda a Federação *ope legis*, independentemente da instituição de regimes de previdência complementar que atendam aos interesses dos servidores.

A reforma não é, todavia, assim nefasta — e, nessa parte, quebra a sua própria lógica categórica. É que o § 15 do artigo 40 dispõe, pela PEC n. 40/03, que *"o limite imposto aos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 somente poderá ser aplicado ao valor das*

---

(22) *"Consideram-se adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, **a arbítrio de outrem**"* (*g. n.*).

aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo após a instituição do regime de previdência de que trata o § 14" (*g. n.*). Noutras palavras, o teto impositivo para os servidores novos, calcado no teto de benefícios do regime geral, continua *condicionado* à instituição de regime complementar apto a *compensar* as perdas da inatividade: essa contrapartida não foi ignorada. O teto de benefícios do regime geral é potencialmente impositivo para o serviço público, mas vincula as administrações somente *após* a instituição dos regimes públicos de previdência complementar aptos a compensar as perdas e prover a recomposição, que são facultativos (artigo 202, *caput*, da CRFB). Como o preceito do § 2º revisado atingirá apenas servidores novos (*i. e.*, admitidos após a publicação da emenda), haverá, inclusive, *tempo hábil* para que esses regimes complementares sejam instituídos no âmbito dos entes federativos, sem prejuízos sensíveis para os funcionários públicos vindouros, que terão oportunidade de contribuir, por décadas, para as novas caixas de previdência. Para os novos, portanto, as perdas mais prováveis dar-se-ão no **custeio** (com alíquota mínima não inferior à das contribuições dos servidores titulares de cargos efetivos da União — hoje 11% — *ut* artigo 149, parágrafo único, na redação da PEC n. 40/03[23]), não necessariamente nos benefícios.

Não destoa disso, aliás, a própria Exposição de Motivos da PEC n. 40/03: *"a delimitação contida na redação proposta para o § 2º do art. 40 vem* ***condicionada*** *a que os entes federados instituam regime de previdência complementar para seus servidores, bastando, para isso, a elaboração de lei ordinária que se orienta pelos princípios insculpidos no art. 202 da Constituição, a saber, previdência privada, de caráter complementar, organizada de forma autônoma em relação ao Regime Geral, facultativa e baseada na constituição de reservas garantidoras dos benefícios contratados"* (*g. n.*)[24].

Desse quadro emergem dois aspectos minimamente positivos.

A uma, continua sendo possível, em tese e princípio, a manutenção do regime de aposentadorias integrais, inclusive para servidores novos (observada a proporcionalidade do artigo 40, § 3º, na redação da PEC n. 40/03). Basta que o ente federado não exerça a faculdade do artigo 40, § 4º: em não o fazendo, torna-se inaplicável a parte final do § 2º (na redação da emenda), restando apenas o limite pessoal da primeira parte do preceito: *"não poderão exceder à remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria"*. É claro que essa "opção", eminentemente política, sujeita-se às vicissitudes da democracia representativa: haverá gestões infensas aos cortes e outras, subseqüentes, favoráveis. De todo modo, o teto de benefícios do regime geral não se torna impositivo *per se* (*i. e.*, a partir da entrada em vigor da emenda) nem *per tempus* (como ocorreu, *e. g.*, com os limites e metas de gestão fiscal da Lei Complementar n. 101/

(23) Todo o regramento próprio para as contribuições sociais do empregador e para as contribuições de intervenção no domínio econômico (artigo 149 da CRFB), meticulosamente inserido nos §§ 1º e 2º do artigo 149 da CRFB por intermédio da EC n. 33/2001, foi *cancelado*.

(24) E.M.I. n. 29, n. 51.

2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal), mas *sub conditione*. Dá-se azo, portanto, para a pressão das categorias organizadas, no sentido de que o Poder Executivo não remeta ao Legislativo o projeto de lei de previdência complementar, ou ainda para que esse último não o aprove. Da mesma forma, nos pleitos vindouros, o eleitor interessado poderá dirigir seu voto aos candidatos que tenham compromisso com a recusa dos fundos públicos de previdência complementar (que implicará, reflexamente, na postergação do limite do artigo 201 da CRFB).

Outro aspecto positivo é que o teto de benefícios do regime geral não se imporá sem que, antes, o novo servidor tenha a possibilidade de optar por um fundo *público* de regime de previdência complementar, sob a égide de uma *pessoa jurídica de direito público*, que o gerirá e chancelará. Pernicioso seria se — como no Chile[25] — houvesse de recorrer às empresas privadas, inevitavelmente, para obter a complementação de seus proventos de aposentadoria (sujeitando-se à lógica perversa dos mercados financeiros, em que os agentes econômicos não primam pela proteção da pessoa humana, mas pela maximização dos lucros).

Na prática, porém, a associação dos dois preceitos (§§ 14 e 15 do artigo 40, na redação da PEC n. 40/03), assim como dos interesses subjacentes (por um lado, o interesse dos entes federativos na contenção da despesa pública, e por outro, o interesse dos servidores novos em garantirem, na aposentadoria, proventos mais vultosos ou quiçá integrais), engendrará *maciça adesão* aos regimes públicos de previdência complementar, que deverão proliferar. É tão certo esse fato que, relacionando-o com a pretendida revogação do § 16 do artigo 40 da CRFB, alguns já antevêem uma "obrigatoriedade velada" da previdência complementar, por ser socialmente compulsória a adesão. Nesse sentido, *exempli gratia*, a ácida crítica de *Biasoto Júnior*[26]:

> *"Toda a ânsia em revogar o atual dispositivo constitucional que exige a adesão expressa e individual do servidor ao fundo de previdência complementar denuncia a intenção de fazer uma* ***transição quase compulsória ao novo sistema****. Ou seja, o governo promove a deterioração do sistema de Previdência para os atuais servidores e retira as garantias de permanência que existem no atual texto constitucional"* (*g. n.*).

---

(25) No caso chileno, *"o país privatizou completamente o sistema previdenciário. Todos os trabalhadores têm hoje contas individuais em regime de capitalização. Mas o governo terá que arcar com os custos dos trabalhadores que já tinham benefícios. (...) Atualmente, 21 anos depois da reforma, esses benefícios custam ao governo chileno cerca de 5% do PIB do país. Para ter uma idéia, no caso do Brasil, isso significaria gastar cerca de R$ 50 bilhões todos os anos"* (http://www.andes.org.br/previdencia27.htm, 5.2003, pág. 02, *apud Folha de São Paulo*, 19.1.2003).

(26) *Geraldo Biasoto Júnior*, "A reforma da Previdência", *in Folha de São Paulo*, 12.5.2003, pág. A-3. O autor é professor do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas — UNICAMP, tendo ocupado os cargos de coordenador de política fiscal do Ministério da Fazenda e de secretário de investimentos em saúde do Ministério da Saúde, ambos na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

Cabe, ainda, considerar o alcance da expressão *"na forma da lei"*, que não está na redação atual do *artigo* 40, § 14, associando a exegese à alteração do § 15, que previa a disposição de normas gerais sobre regime de previdência complementar *por lei complementar*[27], com *quorum* qualificado (maioria absoluta — artigo 69 da CRFB). Aprovada a PEC n. 40/03, o texto constitucional dirá, apenas, que a previdência complementar organiza-se *na forma da lei* — isto é, **por lei ordinária**, aprovada por maioria simples (artigo 47 da CRFB). Da mesma forma, a PEC n. 40/03 pretende revogar o artigo 10 da EC n. 20/98, pelo qual *"o regime de previdência complementar de que trata o art. 40, §§ 14, 15 e 16, da Constituição Federal, somente poderá ser instituído após a publicação da lei complementar prevista no § 15 do mesmo artigo"* (cf. artigo 12 do projeto). Essas alterações facilitam a aprovação de uma lei geral, de âmbito nacional, que atenda ao programa político-econômico do Poder Executivo Federal, visto como o esforço de cooptação será menor. Por outro lado, penso que a exegese constitucional alça a referida lei à categoria de *condição constitucional* para a instituição dos regimes de previdência pública complementar (como o é, hoje, a lei complementar). Com efeito, a locução *"na forma da lei"* insinua, em boa hermenêutica constitucional, que as normas correspondentes *"têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes desenvolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos (...) Não recebem (...) do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, porque ele deixou ao Legislativo a tarefa de regulamentar a matéria, logo, por esta razão, não poderão produzir todos os seus efeitos de imediato, porém, têm aplicabilidade mediata, já que incidirão totalmente sobre os interesses tutelados, após o regramento infraconstitucional"*[28]. *Maria Helena Diniz* denomina-as, por isso, *normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa*

---

(27) *"Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição do regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo".*

(28) *Maria Helena Diniz*, "Norma constitucional e seus efeitos", 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 103. Em sentido contrário, *Biasoto Júnior* entendeu que *"para fugir à discussão de num projeto de lei do governo FHC (PL 9), a proposta de emenda desmantela qualquer condição de regulação dos fundos de pensão da União, dos Estados e dos Municípios. Ao abdicar de lei complementar e permitir que leis ordinárias estaduais e municipais regulem a matéria, sem parâmetros nacionais, estará aberta a temporada de absurdos. Qual será o custo fiscal dessa desastrada desregulamentação?"* (*idem, ibidem*). *Venia concessa*, entendo que, para a edição das leis ordinárias estaduais e municipais, é pré-condição a promulgação da lei ordinária de âmbito nacional, conferindo os "parâmetros nacionais" dos fundos públicos de previdência complementar. Do contrário, aquelas serão inconstitucionais, por violação do artigo 22, XXIII, da CRFB (como o foram, *mutatis mutandi*, as leis estaduais que instituíram, em alguns Estados da Federação, os *juizados especiais de pequenas causas*, com fundamento no artigo 98, *caput*, da CRFB, antes da edição da Lei Federal n. 9.099/95, reportada no inciso I do mesmo artigo: violaram, a seu tempo, a norma de competência privativa do artigo 22, I, da CRFB). De toda sorte, se a norma revisada pretendesse referir, no § 14, as leis de instituição (federal, distrital, estaduais e municipais), teria dito *"mediante lei"*, não *"na forma da lei"*, porque essa última locução sugere lei anterior que dite a forma geral.

— a exemplo do artigo 192, § 3º, da CRFB, que limita em doze por cento ao ano as taxas de juros reais, *"nos termos que a lei determinar"* (i. e., *na forma da lei*)[29].

Aliás, no caso da norma do artigo 40, § 14, há mais que isso. Como já registrado, a edição de uma lei nacional de normas gerais é *condição constitucional* para a instituição dos regimes de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Não é, todavia, o quanto basta: há que providenciar, ainda, as *condições materiais* para aquela instituição: dotações orçamentárias para composição inicial do fundo e despesas de transição, auditorias atuariais, contratação ou deslocamento de financistas e técnicos para a gestão do regime, publicidade, níveis suficientes de adesão social etc. Nesse sentido, esta norma é diversa daquela do artigo 192, § 3º, que demanda apenas a vigência da lei regulamentar, para desde então vincular todos os operadores do sistema financeiro nacional. Daí por que, na dicotomia de *Jorge Miranda*, a norma do artigo 40, § 14 (atual ou revisada) está entre as *normas programáticas não-exeqüíveis*, enquanto a do artigo 192, § 3º está entre as *normas preceptivas não-exeqüíveis*. Diferenciam-se por essas últimas *"postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas"*, enquanto as primeiras — entre as quais a do artigo 40, § 14 — exigem *"mais do que isso (...) não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exeqüíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicas e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais"* [30]. Daí por que o legislador federal, estadual, distrital e municipal detém maior grau de liberdade na instituição do modelo programado, em caso de normas programáticas não-exeqüíveis (como de fato a tem na hipótese do artigo 40, § 14, que não estatui prazos ou sanções):

> *"(...) as normas programáticas somente terão de ser concretizadas* ***quando se verificarem os pressupostos de facto*** *que tal permitam, a apreciar pelo órgão legislativo"* (*g. n.*)[31].

Inegável, pois, que a norma do artigo 40, § 14, da CRFB — na redação atual ou no texto revisado — é *norma constitucional de eficácia limitada*, que não opera efeitos senão depois de editada a lei regulamentadora — sem a qual, portanto, Estados, Distrito Federal e Municípios não poderão exercer sua faculdade constitucional. E, mais que isso, é também *norma programática não-exeqüível*: para poder instituir, juridicamente, o regime de previdência pública complementar, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão destinar-lhe recursos orçamentários e pro-

---

(29) Cf. *Alexandre de Moraes*, "Direito Constitucional", São Paulo, Atlas, 1997, pág. 36. Mais recentemente, o Excelso Pretório também refutou a tese de auto-aplicabilidade da norma do artigo 192, § 3º, 1ª parte, da CRFB (ADIn n. 04/DF).

(30) "Manual de Direito Constitucional — Constituição e Inconstitucionalidade", 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1996, t. II, pág. 248.

(31) *Idem, ibidem.*

videnciar adequada infra-estrutura financeira, administrativa, material e operacional para o sistema. A instância político-administrativa e material é inarredável, pois somente ela terá, na transição, a *"virtualidade de modificar as situações e os circunstacialismos econômicos, sociais e culturais subjacentes à Constituição"*[32].

Não foi essa, é verdade, a intenção do Poder Executivo, que entende bastar a lei ordinária do ente federado, porque *"após a elaboração e a publicação das Leis Complementares n. 108 e 109, em 29 de maio de 2001, esta exigência* [de lei complementar] *tornou-se meramente condicionante da implantação dos regimes de previdência complementar, haja vista todos os princípios e normas necessários para a implementação de um sistema de previdência complementar já estarem positivados, motivo pela qual a exigência* (...) *resulta desnecessária"*[33]. Essa será, quando muito, a *mens legislatoris* (supondo que o Congresso Nacional compartilhe desse entendimento); mas, em vigor a emenda, não haverá de ser a *mens legis*.

Com efeito, promulgada e publicada a lei *(lato sensu)*, ganha ela vida própria, devendo ser interpretada conforme o ordenamento jurídico em que se insere, aos fins sociais a que se destina e às exigências do bem comum (artigo 5º da LICC) — e não, simplesmente, conforme a vontade histórica do legislador[34]. *In casu*, as Leis Complementares ns. 109 e 108, de 29.5.2001, regulam, respectivamente, o artigo 202, *caput*, da CRFB (regime de previdência privada de caráter complementar ao regime geral de previdência social), e os seus §§ 3º, 4º, 5º e 6º (disciplina jurídica do *patrocínio* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de suas autarquias, fundações e entes da Administração Indireta, a entidades fechadas de previdência *privada*). Aliás, se regulassem os §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da CRFB, então não seria necessário modificar os primeiros e revogar o último, juntamente com o artigo 10 da EC n. 20/98: posta a lei complementar, restaria aos entes federados instituir seus regimes complementares. Não foi o que ocorreu.

É que, em ambos os casos, cuida-se de previdência complementar *privada* (no caso da LC n. 108/01, com patrocínio do Poder Público e/ou de suas empresas). Não é disso que trata, *concessa venia*, o artigo 40, § 14, da CRFB, na redação da PEC n. 40/03: ali, cuida-se de regime público de previdência complementar, **instituído** pelo Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (não podendo fazê-lo as au-

---

(32) *Idem*, pág. 249.

(33) E.M.I. n. 29, n. 52.

(34) *"Não se vai primeiro à* mens legislatoris *para* depois atingir *o sentido da norma, posto que, na verdade, primeiro se alcança o sentido da norma (se interpreta) e só depois é que se descobre a intenção do legislador* [racional]*"* (*Tércio Sampaio Ferraz Júnior*, "Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação", São Paulo, Atlas, 1991, pág. 246). O legislador racional, nessa acepção, é aquele *singular* (apesar da multiplicidade concreta — colegiados, parlamentos etc. — deve-se pressupor a sua unidade: o legislador) e *permanente* (a-histórico, não desaparece com a passagem do tempo e com a morte das vontades concretas), além de outros atributos que lhe conferem *objetividade* (*idem*, págs. 254-255, citando Santiago Nino). O intérprete não se vincula, portanto, à vontade histórica do legislador.

tarquias, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas ou as concessionárias de serviço pública, que não detêm competência legislativa). De fato, são semanticamente diversas as expressões *"patrocinar"* e *"instituir"*: patrocinar é favorecer, custear; instituir é *criar, estabelecer, fundar*[35]. No caso da LC n. 108/2001, o regime de previdência complementar é *instituído* pela entidade de previdência privada, com especificidade ou não, e a ele aderem Poder Público, como patrocinador, e servidores, como participantes contribuintes-beneficiários (cf., *e. g.*, artigo 4º, *caput*, da LC n. 108/01). As despesas administrativas da entidade privada são custeadas por patrocinador e participantes (artigo 7º, *caput*, da LC n. 108/01), sendo que a cessão de pessoal do serviço público implicará *ressarcimento* dos custos correspondentes (artigo 7º, parágrafo único). As entidades privadas organizam-se como fundações ou sociedades civis (pessoas jurídicas de direito privado — artigo 8º, parágrafo único). A Lei n. 108/01 não trata, enfim, de um *regime de previdência*, mas das relações entre o Poder Público e/ou suas empresas e as entidades fechadas de previdência complementar com quem vierem a contratar (*convênio de adesão*), na condição de patrocinadores. *Aderem*, não instituem. Aliás, a própria Lei n. 109/01 distingue claramente, em seu artigo 13, entre ***patrocinador*** e ***instituidor*** de um plano de benefícios; mas, no caso da Lei n. 108/01, o Poder Público e suas empresas podem ser apenas *patrocinadores*, nos termos do artigo 202, § 3º, *in fine*, da CRFB, e do artigo 5º, *in fine*, da própria Lei n. 108/01. É manifesto, portanto, que o ordenamento vigente não possui lei, complementar ou ordinária, destinada a reger a *instituição* de regimes de previdência complementar pelo Poder Público (previdência complementar *pública*). Essa é a *lei* reclamada pelo artigo 40, § 14, da Constituição, no texto da PEC n. 40/03, e a cuja regulamentação se destinava o Projeto de Lei Complementar n. 9/1999, que soçobrou na Câmara dos Deputados[36].

---

(35) "Dic Michaelis UOL — Melhoramentos Soft da Língua Portuguesa" (Dicionário Eletrônico), Rio de Janeiro, UOL/Melhoramentos, 1998, verbetes *"instituir"* e *"patrocínio"*.

(36) O PL 09/99 *"dispõe sobre as normas gerais para a **instituição** de regime de previdência complementar pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios"*, regulamentando os §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da CRFB (artigo 1º). Estabelecia, muito apropriadamente, que *"lei federal, estadual, distrital ou municipal instituirá o regime de previdência complementar para seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, por intermédio de uma entidade fechada de Previdência Complementar, observadas as bases técnicas e normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizar das entidades fechadas de previdência complementar"* (artigo 5º). Estruturava autêntico regime de previdência complementar *pública*, administrado por entidade fechada de criação legal específica, com *exclusividade* para a gestão dos fundos do regime complementar (que absorveria eventuais planos de benefícios anteriores, como por ex. os mantidos na forma da LC n. 108/2001 — cf. artigo 6º, §§ 1º e 2º, do projeto). A aprovação do PL 09/99 era providência esperada para evitar a insegurança jurídica a que o novo servidor será lançado com a conversão da PEC n. 40/03, que restringiu direitos a pretexto dos fundos complementares, mas nada especificou a propósito — ao revés, dispensou a regulação nacional por lei complementar. Confira-se: *"Nesse particular, o governo poderia construir, de forma gradual, um arsenal de credibilidade e, ao mesmo tempo, amainar os movimentos legitimamente contrários. Para tanto, o executivo deveria indicar seu intransigente compromisso com os aspectos legais, respeitando os direitos acumulados pelas regras atuais, e ativando e/ou aprimorando a base institucional vinculada à matéria previdenciária. Um roteiro factível poderia começar com pleitos, junto ao Congresso Nacional, para o retorno da tramitação do Projeto de Lei Complementar n. 9 (PL 9), que institui o teto do regime geral e a previdência complementar para os novos servidores do setor público. Curiosamente, o PL 9 foi aprovado pelo Senado e emperrou na Câmara dos Deputados em razão*

Em acepção técnica, tal lei há de ser uma *lei nacional*, que vinculará todos os entes federativos, traçando as regras gerais do sistema e preordenando a legislação que, ulteriormente, a União (mediante *lei federal stricto sensu*), os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão para a disciplina dos regimes de previdência complementar em suas respectivas competências[37]. Estabelecer-se-á, entre a lei ordinária geral e as leis específicas, a relação de complementaridade ínsita aos §§ 1º e 3º do artigo 24 da CRFB: a União — e somente ela — legislará, na espécie, sobre as normas gerais de previdência complementar, *ut* artigo 24, I e XII, da Constituição; a par disso, a própria União regulará a previdência complementar de seus servidores, assim como o farão, para os seus, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no exercício de sua competência suplementar (artigo 24, § 3º) — dita, pela doutrina, *competência complementar*[38]. Na legislação específica, os entes federativos ditarão as regras específicas dos seus fundos de previdência, com vistas às peculiaridades de sua população ativa e às suas possibilidades orçamentárias.

---

da não votação de emendas elaboradas por partidos de oposição, incluindo o dos trabalhadores (PT). Sua aprovação rápida exigiria a retirada daquelas emendas" (*Gilmar Mendes Lourenço*, "Observações sobre a questão da previdência", *in http://www.sindecon-pr.com.br/colunaeconomica5.htm*. 5.2003). O autor é economista, professor da *FAE Business School* e mestre em Gestão de Negócios pela UFSC.

(37) Sobre a distinção conceitual entre *lei nacional* e *lei federal*, cf. *Regis Fernandes de Oliveira, Estevão Horvath, Teresa Cristina Castrucci Tambasco*, "Manual de Direito Financeiro", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pág. 21. *In verbis*: *"(...) não se pode esquecer a existência de leis* nacionais, *ou seja, as que, expedidas pelo Congresso Nacional, valem para todo território nacional, alcançando todas as pessoas que neles estejam e são de cumprimento obrigatório pelos Estados e Municípios e Distrito Federal e Territórios (caso do Código Civil, do Código de Processo Civil, p ex.). Ao lado delas existem as leis federais. Editadas pela mesma Casa de Leis, apenas alcançam as pessoas vinculadas à União, sem vínculo, portanto, para as demais entidades federadas. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, p. ex., é lei federal* [stricto sensu], *ou seja, tem seu âmbito de incidência limitado àqueles que mantêm vínculo funcional estatutário com a União. Não alcançam qualquer outro servidor público. Como ensina* Kelsen, *o âmbito espacial de validade e o âmbito pessoal são diferentes"*.

(38) Cf., por todos, *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, "Curso de Direito Constitucional", 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 50. É a chamada *repartição vertical* de competências legislativas — que não exclui, na matéria geral privativa, a repartição *horizontal* concomitante, no que couber. Reconhece-o de certo modo, noutro contexto, *José Afonso da Silva*: *"A legislação concorrente da União sobre as matérias indicadas* supra *se limitará a estabelecer* normas gerais. *Nisso a Constituição foi, às vezes, redundante. Por exemplo, no art. 22, XXIV, dá como privativo da União legislar sobre* diretrizes e bases da educação nacional, *enquanto, no art. 24, IX, combinado com o § 1º, declara caber-lhe legislar sobre* normas gerais de educação. ***Não há nisso incoerência, como pode parecer***. *Legislar sobre* diretrizes e bases *da educação nacional e sobre* normas gerais *da educação somam, no fundo, a mesma coisa. A tradição arrastou os educadores da Constituinte a manter a regra que vem de 1946, que dava competência à União para* legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, *mas também não poderiam deixar de incluir na competência comum* legislar sobre educação, *situação em que a União só tem poderes para fixar normas gerais"* ("Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 440 — *g. n.*). Assim é que as normas gerais foram ditadas pela União, em lei nacional (Lei n. 9.394/96), de caráter *privativo*; os Estados, todavia, possuem regimento legal complementar (*e. g.*, Lei Complementar estadual n. 49/98, de 1º.10.1998, que instituiu o Sistema Estadual de Ensino de Mato Grosso). Adiante, cita exemplos de *competências privativas para normas gerais*, arroladas no rol do artigo 22 da CRFB mas olvidadas no rol do artigo 24 (competências comuns): organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros (artigo 22, XXI); licitação e contratação para a Administração pública,

Sendo de *eficácia limitada* a norma do artigo 40, § 14, da CRFB (*supra*), não se aplica à espécie o § 2º do artigo 24, que prevê o exercício de competência legislativa plena pelos Estados e Distrito Federal, se omissa a União (artigo 24, § 2º — *competência supletiva*). Caso o fizessem, estariam desde logo legislando sobre normas gerais de seguridade social em matéria de previdência pública complementar (já que não há, hoje, qualquer diploma legal regulando minimamente a matéria). Com isso, malfeririam a norma de competência legislativa privativa do artigo 22, XXIII, da CRFB. Aliás, é de se ver que o preceito do artigo 40, § 14, na redação da PEC n. 40/03, *não excepciona* a regra do artigo 22, parágrafo único, da CRFB: apenas particulariza a regra do artigo 24, § 2º, *in fine*, quanto às matérias de competência comum — entre as quais não está, *e. g.*, o arcabouço de *princípios* que informará os regimes públicos de previdência complementar[39] (equivalência de planos e benefícios para urbanos e rurais, adesão facultativa universal, irredutibilidade do valor dos benefícios, caráter não-lucrativo etc.). Para excepcionar ou regular diversamente essas normas gerais (no exemplo, *normas-princípios*), os Estados precisarão de lei complementar autorizativa, *ut* artigo 22, parágrafo único — e não poderão fazê-lo, obviamente, em colidência as normas constitucionais que informam a matéria (artigo 202 e, subsidiariamente, artigo 201 da CRFB).

Concluo, portanto, que a adoção do teto de benefícios do regime geral (artigo 201) pelos entes da Federação pressuporá a edição prévia de **dois** regimentos legais: um *geral*, por lei ordinária nacional, de competência privativa da União (artigo 22, XXIII, da CRFB); outro *específico*, por leis ordinárias federal, estaduais e municipais (**lei**, *ut* artigo 5º, II, e 37, *caput*, da CRFB), no que for de suas competências concorrentes (artigo 23, § 2º, *in fine*). Quanto às normas gerais, os Estados apenas poderão legislar mediante autorização própria, dada por lei complementar (artigo 22, parágrafo único), para excepcionar ou redefinir a regra geral, de acordo com suas especificidades, e nos limites da Constituição.

2.7. Artigo 40, §§ 16, 17 e 18, da Constituição Federal, na redação da PEC n. 40/03

A PEC n. 40/03 ainda acrescenta dois parágrafos ao artigo 40 (§§ 17 e 18), revogando o atual § 16.

O § 16 estabelece, hoje, que somente mediante *prévia* e *expressa opção* do servidor, aplicar-se-lhe-á o teto de benefícios do artigo 201 da CRFB. Essa norma de garantia da legítima expectativa de direito é retirada da carta constitucional, sinalizando a intenção de *cooptar* os servidores,

---

direta e indireta (artigo 22, XXVII). Observa, enfim, que a competência privativa para fixação de normas gerais não elide a competência complementar dos Estados (pág. 441). De fato, não a elide: elide, circunstancialmente, a competência *supletiva* (tanto mais quando está em jogo uma norma constitucional de eficácia contida, como no caso do artigo 40, § 14, na redação da PEC n. 40/03).

(39) Nesse diapasão, *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* obtempera que, afinal, as *normas gerais* — como as do artigo 24, § 1º — não podem mais do que fixar *princípios*, i. e., normas uniformes à conta de *diretrizes* para um dado sistema institucional ("Comentários à Constituição Brasileira", 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. I, pág. 93). Daí os exemplos do texto *supra*.

com certo constrangimento, para que adiram aos regimes de previdência complementar, com vistas à adoção do teto de benefícios do regime geral e à redução do déficit público. A norma é, todavia, parcialmente reeditada no artigo 8º, § 2º, da PEC n. 40/03, com uma novidade: a garantia cinge-se, ali, aos servidores titulares de cargos efetivos que ingressarem no serviço público até a *data de publicação da emenda* — e não mais até a data de instituição dos regimes públicos de previdência complementar. Na prática, isso elimina a possibilidade de os servidores novos optarem pelo regime previdenciário da EC n. 20/98: estarão, *a contrario sensu*, compelidos socialmente à adesão, porque, de qualquer forma, o teto de benefícios do regime geral ser-lhe-á aplicado, desde quando editadas lei nacional de normas gerais e lei específica de instituição (mesmo que a sua admissão ao serviço público, se posterior à publicação da emenda, seja anterior à instituição do regime complementar). Apenas os servidores antigos da ativa conservam a garantia de se sujeitarem, na inatividade, ao teto do artigo 201 da CRFB, *si et quando* optarem, ***prévia*** e ***expressamente***, pelo regime de previdência pública complementar. Eventuais vícios de adesão serão objeto de discussão no Poder Judiciário, por conta de vícios sociais ou de consentimento (artigos 138 a 165 do Código Civil de 2002), sem possibilidade de renúncia prévia à instância judicial (artigo 5º, XXXV, da CRFB).

O novo § 17 estatuirá que todos os salários-de-contribuição considerados para o cálculo do benefício (artigo 40, §§ 2º e 3º, na redação da PEC n. 40/03) serão devidamente *atualizados*, na forma da lei. Garante-se, na aferição da média das remunerações utilizadas como base para as contribuições durante a ativa (conceito equivalente ao de *salário-de-contribuição* no regime geral — artigo 28 da Lei n. 8.212/91), a recomposição das perdas inflacionárias do período no momento do cálculo. A regra estende-se, naturalmente, aos servidores antigos. Nada mais salutar: ignorar os períodos de pico inflacionário que o país experimentou, notadamente entre os anos de 1986 a 1990 (hiperinflação), seria lesar sobremodo o contribuinte do sistema, que não tem responsabilidade pelas crises internacionais ou pelos equívocos da política macroeconômica. Hoje, a garantia está inserida na lei ordinária; ganhando *status* constitucional, torna-se mais estável, embora os critérios de atualização devam ser estabelecidos por lei ordinária ulterior. No regime geral de previdência, esses critérios não estão discriminados na Lei n. 8.213/91, após a edição da Lei n. 9.032/95, de modo que os fatores de atualização dos salários-de-contribuição têm sido fixados por ato administrativo[40]. Já quanto aos servidores públicos, impõe-se a promulgação de lei ordinária, por imperativo constitucional.

O novo § 18 dirá que não incide contribuição sobre os proventos de aposentadoria e pensões (*rectius*: não são base de cálculo do tributo), con-

(40) Recentemente, para os benefícios de aposentadoria, auxílio-doença e pecúlio, o INSS editou a Portaria n. 408/2003 (*in* DJU 17.4.2003), que fixa os fatores de atualização dos salários-de-contribuição desde julho/94. Para o período anterior, tem-se aplicado o artigo 21, § 1º, da Lei n. 8.880/94 (IRSM de fevereiro de 1994), consoante orientação das instâncias judiciais (cf., por todos, Turma Recursal, Processo n. 2002.71.04.001211-8, INSS *x* Joel da Silva Soares, 1º Juizado Especial Federal de Porto Alegre/RS, rel. Eloy Bernst Justo, 10.6.2002).

cedidas pelo regime comum de previdência dos servidores públicos (artigo 40, § 1º, na redação da PEC n. 40/03), *até* o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (artigo 201), *i. e.*, até R$ 2.400,00 (artigo 6º da PEC n. 40/03), na data da edição da emenda. Estabelece uma *imunidade parcial* para os proventos de aposentadoria e pensões: apenas haverá taxação, pela alíquota legal (hoje, de 11% no serviço público federal), sobre o excedente de R$ 2.400,00.

Essa regra, porém, valerá apenas para os servidores e dependentes que, à data da promulgação da emenda (e não da publicação), não estejam em gozo de benefícios de aposentadoria ou pensão, nem tampouco tenham cumprido os requisitos para obtê-los até a data da publicação da emenda (hipótese do artigo 3º, *caput*). Já os servidores e dependentes que estejam em gozo de aposentadorias e pensões na data da promulgação da emenda serão *sobretaxados*: a imunidade atém-se ao teto de isenção do imposto de renda, de regra *inferior* àquele do artigo 201, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da PEC n. 40/03 (*"incidirá apenas sobre a parcela dos proventos que supere o limite de isenção do imposto previsto no art. 153, III, da Constituição Federal"*). Hoje, esse teto é de R$ 1.058,00/mês (*ut* Medida Provisória n. 22/2002, depois Lei n. 10.451/2002, artigo 1º). Como conseqüência do novel dispositivo, haverá *tratamento diferenciado* entre aposentados e pensionistas no gozo de benefícios à data da promulgação da emenda e aposentados e pensionistas que entrem em gozo após aquela promulgação: distinção *injustificável*, porque discrepa até mesmo servidores antigos e seus dependentes que entrem no gozo do benefício *após* a promulgação da emenda, todos jungidos à classe dos artigos 8º, *caput*, e 9º[41]. Em vista dessa patente violação ao princípio pétreo da *igualdade* (artigo 5º, 1ª parte, c.c. artigo 60, § 4º, IV, da CRFB), cabe à Comissão Permanente de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados objetar a distinção e depurar o projeto, adequando-o ao que, aliás, tende a ser o entendimento majoritário da Casa baixa: a taxação de inativos, se houver, deve atingir igualmente a servidores antigos e novos, bem como a seus dependentes, uniformizando-se a regra de imunidade em torno do valor do teto de benefícios do regime geral (artigo 201 da CRFB e artigo 6º da PEC n. 40/03). A aprovação do projeto com a dissensão ora apontada expõe o texto a futuras argüições de inconstitucionalidade, com provável acolhida pelo Excelso Pretório.

---

(41) Suponha-se, *e. g.*, servidor que entre no gozo de aposentadoria antes da publicação da emenda, mas após sua promulgação (hipótese que, aliás, não é meramente acadêmica: a EC n. 01/92, p. ex., foi promulgada em 31.3.1992 e publicada somente em 6.4.1992); coteje-se a sua condição com a de outro, que entre no gozo do benefício *antes* da promulgação da emenda. Admita-se, ainda, que ambos tenham exercido idênticos cargos de provimento efetivo, aposentando-se com proventos brutos iguais. Embora ambos possam se aposentar com proventos integrais e preservem a vinculação com a ativa, serão taxados de modo diverso: o primeiro sofrerá taxação sobre o que ultrapassar de R$ 2.400,00, enquanto o segundo pagará *mais* — sofrerá taxação sobre o que ultrapassar de *R$ 1.058,00* (supondo vigentes, à época, os valores atuais). Ademais, o parágrafo único do artigo 5º da PEC n. 40/03 quebra a regra de isonomia do seu artigo 3º, que equipara, para todos os fins (e corretamente), os servidores e pensionistas que já estão em gozo do benefício e os que já adquiriram o direito a obtê-lo: preserva a regra de direito intertemporal para os que têm apenas o direito adquirido (data da publicação), mas a altera para os que já estão em gozo do direito (data da promulgação), sem motivo aparente.

A propósito, anda mal a PEC n. 40/03 quando adota dois critérios distintos para a regulação do direito intertemporal: ora fala em data da *publicação* da emenda (artigo 3º), ora em data da *promulgação* da emenda (artigo 5º), que em geral não coincidem. Melhor seria adotar um *marco único* para todas as distinções pretendidas, prevenindo dúvidas e corridas ao Judiciário. É provável, aliás, que o descompasso se deva menos por convicção do que por descuido: no item n. 58 da Exposição de Motivos do projeto (E.M.I. n. 29), reportando-se à Emenda Constitucional n. 20/98 (artigo 8º, *caput*), o expositor *confunde* promulgação e publicação...

2.8. Servidor público militar

Os §§ 1º e 2º do artigo 42 da CRFB são modificados para, especificamente, excluir da contagem de tempo de serviço dos membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiro o chamado *tempo fictício* que, no caso, corresponde ao período de formação nos colégios militares de acesso e nas academias militares (cf. artigo 42, § 1º, na redação da PEC n. 40/03, que manda aplicar aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios o § 10 do artigo 40). Estranhamente, mesmo tratamento não foi dado aos militares das Forças Armadas: a PEC n. 40/03 altera o inciso IX do § 3º do artigo 142, apenas para fazer aplicar a esses últimos o artigo 37, XI (*supra,* item 2.1) e manter a aplicação do artigo 40, § 7º (que passará a limitar as pensões a 70% do valor dos proventos do servidor falecido), o que também se aplica aos militares estaduais (artigo 42, § 2º, no texto da PEC n. 40/03). Já o § 10 não se aplica ao servidor militar da União — que, portanto, preserva indefinidamente a possibilidade de contagem do tempo fictício, em inexplicável distinção para com o servidor militar estadual, distrital e dos Territórios.

Para os servidores civis que tenham freqüentado academias militares e colégios militares de acesso *antes* da publicação da PEC n. 40/03, e que já tenham averbado ou apostilado o tempo correspondente, entendo não haver prejuízo possível. Trata-se de *direito adquirido* à contagem daquele tempo, garantido nos termos dos artigos 5º, XXXVI, da CRFB, e 6º, § 2º, da LICC, assim como, por analogia, do próprio artigo 3º, *caput* e § 3º, da PEC n. 40/03 — mesmo porque *"se a Constituição proíbe a retroatividade, ou garante o direito adquirido, a norma* [constitucional] *derivada não pode colher a estes, nem ter efeito retroativo"*(42). Dessarte, *"no direito brasileiro, em que o direito adquirido é protegido, a norma constitucional não pode de modo algum ter efeito retroativo. Jamais pode ela colher* facta præterita *ou a parte passada dos* facta pendentia. *Isto é certamente pacífico"*(43). E, quanto aos efeitos futuros dos *facta pendentia, "a lógica da proteção ao direito adquirido leva ao princípio de que mesmo em relação à parte futura dos* facta pendentia *estaria excluída a incidência da norma constitucional derivada"*(44), **exceto** em

(42) *Manoel Gonçalves Ferreira Filho,* "Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo", São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 112.

(43) *Idem,* pág. 117.

(44) *Idem,* pág. 118.

caso de expressa previsão contrária (que *não existe* na norma do artigo 40, § 10, da CRFB). Aliás, é o que decorre, em melhor exegese, do artigo 4º da EC n. 20/98 (mantido incólume pela PEC n. 40/03): o tempo de serviço fictício cumprido até o advento de *lei* que regulamente o artigo 40, § 10, da CRFB, *será* contado como tempo de contribuição (o que significa, *a fortiori*, que também a norma do artigo 40, § 10, é de *eficácia limitada* — logo, mesmo os servidores novos que tenham tempo fictício posterior à publicação da emenda, porém *anterior* à publicação da lei regulamentar, poderão se beneficiar em tese). Também os trabalhadores filiados ao regime geral de previdência contam com o direito à contagem; haverão de reivindicá-lo, todavia, somente por ocasião do requerimento administrativo do benefício, mediante certidão comprobatória do tempo.

Outra distinção pontual e indevida, por ferir o princípio da isonomia, é estabelecida entre os servidores militares e civis, em vista dos novos textos do artigo 42, § 2º, e 142, § 3º, IX, da CRFB. Aos servidores militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, pela redação da PEC n. 40/03, não se aplicará o § 8º do artigo 40, que desvincula os proventos de aposentadorias e pensões dos subsídios da ativa. Admite-se, com isso, que a vinculação poderá ser estabelecida por lei infraconstitucional, em regime previdenciário próprio de servidores militares (*ut* atual artigo 142, X, e artigo 42, § 1º, na redação da PEC n. 40/03). Desconhece-se, com isso, o segundo objetivo primacial da reforma, qual seja, o de construir um regime previdenciário público *universal* (citado *supra*, na introdução): o prelado ideológico do projeto, fundado no Programa de Governo do Partido dos Trabalhadores, cede aqui à pressão de classe.

2.9. Competência legislativa e teto de subsídios

Alteração relevante anuncia-se para o inciso XV do artigo 48 da CRFB. O *caput* refere às competências do Congresso Nacional, que são todas aquelas de competência da União, especialmente as integrantes do rol disposto nos incisos. A redação atual diz ser do Congresso Nacional a competência legislativa para a fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (teto do serviço público, *ut* artigo 37, XI, da CRFB), mediante lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os artigos 39, § 4º, 150, II, 153, III e § 2º, I. A nova redação estatui a competência legislativa do Congresso Nacional para deliberar, **em geral**, sobre a fixação dos subsídios da *magistratura federal* (locução que alcança todos os juízes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar da União) e do Ministério Público Federal, observados os mesmos preceitos *supra*, e mais o disposto no artigo 37, XI, da CRFB (*i. e.*, o teto geral de subsídios do serviço público federal, equivalente aos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e os subtetos dos Estados, Distrito Federal e Municípios). Além disso, a nova redação *elimina* a referência à iniciativa legislativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma, modifica-se a alínea *b* do inciso II do artigo 96 da CRFB, para eliminar a ressalva que ali se fazia ao artigo 48, XV. De fato, perde o sentido a ressalva, se a fixação do subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal não exige mais a iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. Sepulta-se, com isso, o propósito harmonizador da Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, que deu em seu artigo 7º a atual redação do artigo 48, XV. Com isso, o Poder Executivo *facilita,* na prática, a tramitação de projeto de lei estabelecendo o teto do funcionalismo público federal, definindo questão político-orçamentária que se arrasta há anos e desencadeando, no que couber, o reajuste escalonado dos demais magistrados do país, nos termos do artigo 93, V, da CRFB. Fixados, os subsídios deverão experimentar revisão geral anual, nas mesmas datas e com os mesmos índices dos servidores federais em geral (artigo 37, X, *in fine*), sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória (artigo 39, § 4º).

A alteração é salutar, porque agiliza a solução de uma pendência recorrente entre os Poderes da República, que compromete a previsibilidade dos gastos públicos. Não há, outrossim, ofensa ao princípio da separação harmônica dos Poderes da República (artigo 2º da CRFB), já que a iniciativa de lei para a fixação dos subsídios dos juízes, desembargadores e ministros é *privativa* do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça, nos seus respectivos âmbitos (artigo 96, II, *b*), observado o disposto no artigo 169 da CRFB (o que corresponde, hoje, aos ditames da LC n. 101/00). Logo, não é dado ao parlamentar em geral ou mesmo ao eleitorado nacional (projeto de iniciativa popular — artigo 61, § 2º, da CRFB) apresentar projeto de lei que fixe os subsídios dos membros da magistratura federal. Se o Congresso Nacional delibera soberanamente a respeito (artigo 48, XV), aos Tribunais Superiores e de Justiça compete, privativamente, *propor* a lei. Preserva-se, com isso, a própria autonomia financeira do Poder Judiciário, que é um dos consectários fundamentais do sistema de *checks and balances* (artigo 99, *caput*, da CRFB)[45].

Já quanto ao Ministério Público Federal, embora se preveja sua autonomia funcional e administrativa e se lhe atribua a faculdade de propor ao Poder legislativo a política remuneratória de seus membros (artigo 127, § 2º), não há menção à iniciativa privativa.

A lei ordinária que fixa subsídios não poderá, evidentemente, fazer reduzir os vencimentos de juízes, desembargadores e ministros que já estiverem na carreira ou no cargo à época da edição da lei, sequer obliquamente, sob pena de violação aos artigos 37, XV, e 95, III, da CRFB. O último traduz uma das *garantias de liberdade* dos magistrados, asseguran-

(45) Por *autonomia financeira* entende-se a capacidade do Poder Judiciário e do Ministério Público para delimitar os recursos necessários ao atendimento de suas próprias despesas (cf. *Fábio Konder Comparato*, "Direito Público: estudos e pareceres", São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 73-93).

do ao jurisdicionado a figura do *juiz natural, i. e.*, competente e *imparcial* (garantia fundamental do cidadão, de natureza pétrea, *ut* artigo 60, § 4º, IV, da Constituição). Mesmo raciocínio aplica-se aos membros do Ministério Público, consoante artigo 128, § 5º, I, *c*, da CRFB.

2.10. Alterações da PEC n. 40/03 na EC n. 20/98

As alterações seguintes da PEC n. 40/03 não se processam mais nos lindes da Constituição Federal, mas modificam os termos da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998.

No § 1º do artigo 8º da EC n. 20/98, as alterações da PEC n. 40/03 interferem na idade mínima para a aposentadoria integral. O *caput* do artigo 8º e os seus incisos I e II do parágrafo são mantidos, mas o texto do § 1º é alterado, para constar que os servidores de que trata o artigo (*i. e.*, os servidores que haviam ingressado regularmente, até a data da publicação da EC n. 20/98[46], em cargos efetivos na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, assim como os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público[47]) poderão **antecipar** sua aposentadoria, na forma do *caput*, sofrendo redução nos proventos de inatividade (à base de *cinco por cento* para cada ano antecipado, em relação aos limites de idade do artigo 40, § 1º, III da CRFB). A PEC n. 40/03 modifica os termos da Reforma Previdenciária empreendida na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, para transformar em *faculdade*, exercitável com perda financeira, o que antes era um *direito expectativo* (aposentadoria voluntária, com proventos integrais calculados a partir da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, desde que atendidos os requisitos dos incisos I, II e III do artigo 8º da EC n. 20/98), concedido em respeito a tantos quantos ingressaram no serviço público com a expectativa de aderir a um regime previdenciário mais benéfico. Nesse diapasão, repudia a legítima expectativa de direito, em termos ainda mais adversos que os praticados na gestão anterior, dita "neoliberal".

Na disciplina atual da EC n. 20/98, o servidor público aposenta-se com proventos integrais, calculados sobre a última remuneração na ativa, desde que *1)* tenha cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito, se mulher; *2)* tenha cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria; *3)* tenha tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher, mais o "pedágio" (período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, em 16.12.1998, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido — artigo 8º, III, *b*, da EC n. 20/98). Para os magistrados e membros do Ministério Público e Tribunais de Contas, o tempo de serviço exercido até 16.12.1998 é computado com acréscimo de *dezessete por cento* (artigo 8º, § 3º, da EC n. 20/98). Há, ainda, a possibilidade de o servidor aposentar-se com proventos proporcionais, desde que atenda aos

(46) Publicada no DOU de 16.12.1998.

(47) Artigo 8º, § 2º, da EC n. 20/98: *"Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo"*.

dois primeiros requisitos *supra* (idade mínima e tempo de efetivo exercício no cargo) e conte com tempo de contribuição igual a, no mínimo, trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher, mais o "pedágio" (período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, em 16.12.1998, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição nesse caso). Na aposentadoria proporcional, os proventos são equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor obteria de acordo com o *caput* (*i. e.*, proventos integrais calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria), acrescidos de cinco por cento a mais para cada ano de contribuição que supere a soma mínima do artigo 8º, § 1º, I, *a* e *b*, da EC n. 20/98).

Essa disciplina, todavia, foi considerada injusta: *"não se justifica manter-se constante a taxa de reposição dos rendimentos para servidores que se aposentem em idades inferiores à regra de referência, considerando uma expectativa de sobrevida que resulta em amplo desequilíbrio com os montantes que foram contribuídos em relação ao tempo de recebimento do benefício de aposentadoria"*. Pretende-se, porém, que a reforma não seja tão impactante, ao argumento de que *"relativamente à regra de transição para a aposentadoria integral dos servidores que já haviam ingressado no serviço público quando da publicação da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, a alteração é tão-somente em relação ao valor do benefício, que se sugere seja reduzido em 5 (cinco) por cento para cada ano antecipado em relação aos limites de 55 e 60 anos para mulheres e homens, respectivamente"* [48]. Na verdade, o prejuízo é sensível.

Com a PEC n. 40/03, ambas as hipóteses — artigo 8º, I a III, e artigo 8º, § 1º, I a II — passam a ser de *aposentadoria proporcional*. A integralidade dos proventos de inatividade, para aqueles que já ingressaram no serviço público à data da publicação da emenda, será devida apenas quando cumpridos os requisitos do artigo 40, § 1º, III, *a*, da CRFB, como se dá, hoje, para todos que ingressaram no serviço público *após* a publicação da EC n. 20/98 — e, ainda assim, se a média-base o permitir (artigo 40, § 3º, na redação da PEC n. 40/03). A deferência aos servidores públicos ingressantes até a publicação da EC n. 20/98, e às suas legítimas expectativas de direito, é agora refutada, sem mais. Aposentam-se, insisto, como se aposentam os servidores ingressantes após aquele marco: por invalidez permanente, com proventos proporcionais (exceto em caso de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei); compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais; voluntariamente, desde que tenham cumprido os requisitos constitucionais. Nesse último caso, os requisitos são *1)* tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público (o que, hoje, não há: basta o tempo de efetivo exercício no cargo efetivo, *ut* artigo 8º, II, da EC n. 20/98); *2)* cinco anos de tempo de efetivo exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; *3)* idade mínima de *sessenta anos*, se homem, e de *cinqüenta e cinco anos*, se mulher; *4)* tempo mínimo de con-

(48) E.M.I. n. 29, n. 62.

tribuição de trinta e cinco anos, se homem, e de trinta anos, se mulher (mantendo-se, nessa parte, o disposto na EC n. 20/98). Para o professor que comprovar efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (o que exclui, *a contrario sensu*, o professor universitário), a idade mínima é de 55 anos, com trinta anos de contribuição, se homem, e de 50 anos, com vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, para a aposentadoria com proventos potencialmente integrais (artigo 40, § 5º, da CRFB, e artigo 8º, § 1º, *in fine*, da EC n. 20/98, na redação da PEC n. 40/03).

Afora esse caso, não faz jus à integralidade nos proventos de aposentadoria. Tendo dez anos de efetivo serviço público e cinco anos de efetivo exercício no cargo, o servidor pode aposentar-se proporcionalmente nos termos do artigo 40, § 1º, III, *b*, da CRFB, com idade de sessenta e cinco anos (se homem) ou de sessenta anos (se mulher), com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Ou, contando com cinco anos de efetivo exercício no cargo, e tendo ingressado antes de 16.12.1998, pode aposentar-se *proporcionalmente* (ou *antecipadamente*, na dicção da PEC n. 40/03) — e não mais integralmente — nos termos do artigo 8º, I a III, da EC n. 20/98, com redução proporcional de ***cinco por cento*** dos proventos de inatividade para cada ano antecipado em relação aos sessenta anos (homem) ou cinqüenta e cinco anos (mulher)[49]. Assim, *verba gratia*, o servidor público do sexo masculino que opte por se aposentar com cinqüenta e três anos, e que tenha atendido aos requisitos do artigo 8º, I a III, da EC n. 20/98 *após* a publicação da nova emenda, não mais se aposentará com proventos integrais calculados sobre a última remuneração do cargo efetivo, mas com proventos à base de *sessenta e cinco por cento (65%) sobre a média-base do artigo 40, § 3º, da CRFB* (no texto da PEC n. 40/03), admitindo-se que requeira a aposentadoria a exatos sete anos do aniversário de sessenta. E o regime de proporcionalidade do artigo 8º, § 1º, da EC n. 20/98, que hoje permite aposentadoria proporcional com um mínimo de *setenta por cento* sobre a remuneração do cargo efetivo para quem havia ingressado no serviço público em 16.12.1998, simplesmente desaparecerá, por se o considerar inconveniente[50]. Sendo, enfim, omissa a PEC n. 40/03 quanto às frações de ano antecipado, é de se interpretar restritivamente a norma restritiva *(odiosa restringenda, favorabilia amplianda)*: as frações de ano havidas entre o requerimento e as idades do artigo 4º, § 1º, III, *a*, da CRFB, devem ser *desprezadas*, ainda se superarem seis meses ou qualquer outro marco presumido.

---

(49) Exceto professores de educação infantil e de ensino básico e médio, que se sujeitam à regra especial do artigo 40, § 5º, da CRFB, mantida na PEC n. 40/03.

(50) *"Sugere-se, ainda, a supressão da regra de transição prevista no § 1º do art. 8º da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, que prevê a aposentadoria proporcional para os servidores que, à época de sua promulgação* [*rectius*: da sua publicação], *já haviam ingressado no serviço público. A aposentadoria proporcional, mesmo com a exigência de idade, não se coaduna com a boa doutrina e tampouco encontra sucedâneo no direito comparado"* (E.M.I. n. 29, n. 58). Curiosamente, porém, a PEC n. 40/03 mantém a aposentadoria proporcional do artigo 40, § 1º, III, *b*, da CRFB, e instaura, com o novel § 1º do artigo 8º da EC n. 20/98, uma segunda espécie de aposentadoria com proventos proporcionais — ambas com benefícios bem mais modestos. Conclui-se, disso, que a objeção não é, de fato, ideológica ou doutrinal, mas meramente *econômico-financeira*.

A intenção do Poder Executivo é, nessa parte, explícita e confessa: pretende *desestimular* aposentadorias "precoces", *i. e.*, antes dos sessenta ou cinqüenta e cinco anos de idade, se homem ou mulher, respectivamente. É o que resulta da exposição de motivos do projeto: *"caso não se criasse uma regra de transição como a proposta, incorrer-se-ia na manutenção dos atuais incentivos equivocados à antecipação da aposentadoria do servidor, ao arrepio de qualquer princípio previdenciário"*.(51) Desse modo, posterga a inclusão de novos beneficiários no sistema público de Previdência Social e dilui o impacto das contas previdenciárias no *déficit* público; além disso, aproveita a experiência administrativa dos servidores antigos, sem ônus adicionais. Por outro lado, reduz a rotatividade no serviço público, adia a renovação de quadros e represa a demanda popular por empregos e cargos públicos. É certo, enfim, que o envio da PEC n. 40/03 ao Congresso Nacional já deflagrou, por si mesmo, desabalada corrida de servidores à aposentadoria — muitos dos quais pretendiam, ainda, trabalhar até os sessenta ou cinqüenta e cinco anos, aproveitando-se da isenção do artigo 8º, § 5º, da EC n. 20/98, ou mesmo até os setenta anos (compulsória). Agora, é inevitável um inchaço primário no elenco de beneficiários, em virtude da própria reforma anunciada (como ocorreu, outrora, por ocasião do envio do projeto que resultou na Emenda n. 20).

Na mesma linha, aliás, sugere-se a alteração do § 5º do artigo 8º da EC n. 20/98, para constar que *"o servidor (...) que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no* caput, *e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal"*. A intenção é a de facultar ao servidor *"continuar a exercer a mesma atividade, outorgando-se-lhe um* plus *salarial, como forma de incentivá-lo a permanecer no cargo. É dupla a vantagem: para o servidor, em face do ganho salarial; para a administração pública, por não necessitar de contratar um novo servidor e por poder postergar as despesas com o pagamento dos correspondentes proventos"*(52). A redação proposta adapta o direito vigente aos pilares ideológicos da nova Reforma da Previdência: hoje, o servidor apto a se aposentar à data da publicação da EC n. 20/98, se permanece em atividade, pode receber sua remuneração ou subsídios sem descontos previdenciários, até chegar aos sessenta (se homem) ou cinqüenta e cinco anos (se mulher); com a aprovação da PEC n. 40/03, o servidor que reúne os requisitos do artigo 8º, *caput*, da EC n. 20/98 (idade mínima de 53 anos, tempo mínimo de cinco anos de exercício no cargo efetivo, tempo mínimo de contribuição mais "pedágio"), se deliberar permanecer em atividade, receberá um *abono de permanência* equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária, até completar as exigências para a aposentadoria compulsória (*i. e.*, setenta anos de idade). Fala-se agora em "abono de permanência", para evitar a figura jurídica da *isenção* — afinal, a PEC n. 40/03 debela qualquer tipo de isenção de contribuições

(51) E.M.I. n. 29, n. 62.

(52) E.M.I. n. 29, n. 63.

previdenciárias, seja sobre as remunerações da ativa ou sobre os proventos de aposentadoria. A rigor, ao servidor que podia aposentar-se, pelos critérios do artigo 8º, *caput*, da EC n. 20/98, em 16.12.1998, dá-se, até que atinja a idade prevista no artigo 40, § 1º, III, *a*, da CRFB, mero rearranjo contábil: hoje, não sofre descontos previdenciários em sua remuneração ou subsídios; com a aprovação da PEC n. 40/03, passa a sofrê-los, mas o valor descontado é restituído no mesmo contracheque, com natureza de abono de permanência. A partir daquela idade, todavia, desenha-se uma distinção crucial: no regime atual, o servidor aposenta-se e deixa de sofrer os descontos, ou permanece em atividade até a aposentadoria compulsória, mas sofre os descontos. Aprovada a PEC n. 40/03, o servidor recebe o abono — logo, vê repostos os descontos previdenciários — até os *setenta anos* (*"até completar as exigências para aposentadoria compulsória"*); após, passa a sofrer descontos previdenciários, com fundamento no artigo 5º, *caput*, da PEC n. 40/03.

A nova hipótese de aposentadoria proporcional (artigo 8º, I a III, e § 1º, da EC n. 20/98, na redação da PEC n. 40/03) somente não alcança aqueles que, até a data da publicação da emenda, *já haviam cumprido os requisitos* para obtenção de aposentadoria, com proventos integrais ou proporcionais, segundo o texto da EC n. 20/98 — e o mesmo vale para as pensões por morte, *ut* artigo 3º da PEC n. 40/03. Note-se, a propósito, que o requerimento administrativo não é, tecnicamente, requisito material para o direito à aposentadoria ou à pensão; é, tão-só, um *prius* procedimental, que instaura processo administrativo tendente à edição de ato administrativo *declaratório* (e não constitutivo). A interpretação lógica e o princípio da razoabilidade obviam, portanto, que os **requisitos** referidos no artigo 3º, *caput*, da PEC n. 40/03, são *apenas* os do artigo 8º, I a III, ou 8º, § 1º, I a II, da EC n. 20/98, e nada mais. Nesse exato sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 359, no sentido de que *"os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários"*. Mais recentemente, o Excelso Pretório pontificou que a aquisição do direito dispensa o requerimento administrativo da aposentadoria, se o interessado já havia atendido, à época da *mutatio legis*, todos os requisitos materiais previstos na legislação (cf. STF, Pleno, RE n. 73.189-SP, rel. Luiz Gallotti, *in* RTJ 65/435). Será formalmente inconstitucional e materialmente injusto, portanto, interpretação administrativa no sentido de que os "requisitos" só estariam atendidos diante do requerimento administrativo antes da publicação da emenda.

2.11. Professores da rede pública

O § 4º do artigo 8º da EC n. 20/98, concernente à condição previdenciária dos professores servidores públicos, sofre acréscimo em sua parte final, para estender àqueles o disposto no § 1º do mesmo artigo.

O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (incluídas suas autarquias e fundações), ingressante em cargo efetivo de magistério até a data da publicação da emenda, conserva

o direito de contar o tempo de serviço exercido até tal publicação com acréscimo de *dezessete por cento*, se homem, e de *vinte por cento*, se mulher, desde que *a)* se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério; e *b)* opte por se aposentar segundo as condições do artigo 8º, I, II e III, da EC n. 20/98. Até esse ponto, nada se altera em relação à própria EC n. 20/98.

Aprovada a emenda, todavia, os proventos sofrerão a mesma redução percentual do artigo 40, § 1º, da EC n. 20/98, na redação da PEC n. 40/03: embora seja possível ao professor servidor público aposentar-se com tempo *real* de contribuição inferior àquele do artigo 8º, III, *a* e *b* (há, em contrapartida ao pedágio de 20%, uma contagem de tempo com adição percentual de 17% ou 20%), os proventos serão *proporcionais*, reduzindo-se de cinco por cento para cada ano antecipado em relação aos sessenta anos (se homem) ou aos cinqüenta e cinco anos (se mulher). A tendência, portanto, é que os professores servidores públicos prefiram, em geral, o regime de aposentação do artigo 40, § 1º, III, *a* ou *b*, da CRFB, com a redução de idade e tempo de contribuição disciplinada no § 5º do mesmo artigo (também em caso de tempo exclusivo no magistério).

A PEC n. 40/03 conserva o direito de juízes e membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, ingressantes até 16.12.1998, computarem o tempo de efetivo serviço exercido até então com acréscimo de *dezessete por cento*, seja homem ou mulher (artigo 8º, § 3º, da EC n. 20/98).

2.12. Cálculo das aposentadorias — direito adquirido

Nos termos do artigo 3º, § 2º, da PEC n. 40/03, os proventos de aposentadoria a serem concedidos aos servidores que tenham cumprido os requisitos para obtenção de aposentadoria voluntária, e bem assim para as pensões concedidas aos dependentes na mesma hipótese, serão calculados com base na legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios (*i. e.*, quando atendidos os requisitos do artigo 40, § 1º, III, *a* e *b*, da CRFB), preservando-se a dimensão financeira do direito tal como positivada na época de sua aquisição (inclusive quanto aos indexadores aplicáveis à época, evoluindo conforme a legislação subseqüente), consoante a melhor exegese para questões de direito intertemporal —*tempus regit actum*[53].

A referência às *"condições da legislação vigente"* atine ao servidor que, subsumido à hipótese do artigo 3º, *caput*, da PEC n. 40/03, optar por permanecer em atividade, percebendo o abono do artigo 3º, § 1º, do projeto. Sob tais circunstâncias, o servidor do artigo 3º pode optar, analogamente

(53) *"Todos os aposentados e pensionistas, portanto, possuem direito adquirido, não só em relação à existência da aposentadoria, como situação jurídica já concretizada, mas também em relação aos valores e regras de atualização dos proventos recebidos, regidos pela Constituição e legislação atuais, inatacáveis por meio de proposta de emenda constitucional"* (*Alexandre de Moraes*, "Direito Constitucional", pág. 85 — *g. n.*). Cf., ainda, Súmula 359 do C. STF.

ao artigo 122 da Lei n. 8.213/91[54], pelo regime mais vantajoso, a saber, o das condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ou o que estiver em vigor no momento do requerimento. Aliás, o artigo 3º, § 2º, da EC n. 20/98 tem redação idêntica, a que hoje se dá à exegese *supra*, para ali reconhecer o respeito ao direito adquirido. Entender que o *requerimento administrativo* determinará qual o regime jurídico de cálculo (se o regime vigente no momento da aquisição do direito ao benefício, caso requerido de plano, ou se o regime da "legislação vigente" à época do requerimento, quando postergado) é atribuir à condição procedimental função jurídica que ela não possui: o direito está adquirido quando atendidos os pressupostos do artigo 6º, § 2º, da LICC, sob o pálio da legislação do seu tempo, independentemente do momento em que se o requeira no âmbito administrativo. Outra interpretação vulnerará, por via indireta, o artigo 5º, XXXVI, da CRFB (cfr., *supra*, tópicos 2.8 e 2.10, no que couber).

2.13. Regimes próprios de previdência social

Consoante o artigo 7º da PEC n. 40/03, *"fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, excetuado o disposto nos incisos IX e X do art. 142 da Constituição Federal"*. Disso se extrai que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem mais *particularizar* regimes jurídicos de servidores públicos, sujeitando-os a regras diversas e/ou a gestão diferenciada. Assim, *e. g.*, todos os servidores públicos da União — aí entendidos os *funcionários públicos stricto sensu*, como os servidores regidos pela Lei n. 8.112/90, e os *agentes políticos*, como os membros da magistratura federal — devem sujeitar-se a um mesmo regime de previdência social, sob mesma gestão, mantendo-se unicamente as distinções que o ordenamento constitucional preservou (*e. g.*, artigo 8º, § 3º, da EC n. 20/98).

A regra não abrange, obviamente, os fundos públicos de previdência complementar, que poderão ter gestão autônoma, desde que *pública*; e ressalva, *expressamente*, a classe dos servidores públicos militares da União (e, por conseqüência, dos Estados, *ut* artigo 42, § 1º, da CRFB), cujo regime previdenciário deverá ser instituído em lei ordinária própria, com *regime próprio* e *gestão apartada* (artigo 142, § 3º — que o projeto não cita —, incisos IX e X, da CRFB). Mais uma vez, a PEC n. 40/03 quebra com o princípio constitucional da isonomia: identifica, no serviço público militar, peculiaridades bastantes para autorizar o tratamento diferenciado, mas não as divisa no serviço jurisdicional, prestado por juízes e membros do Minis-

(54) No regime geral de previdência social, *"se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou 30 (trinta) anos, se mulher, optou por permanecer em atividade"* (artigo 122 da Lei n. 8.213/91, revogado pela Lei n. 9.032/95 e restabelecido, com nova redação, pela Lei n. 9.528/97).

tério Público, que desempenham atividade privativa, não têm estatuto de jornada, necessitam gozar de prerrogativas institucionais e de liberdade e distribuem Justiça à conta de Poder da República (que os primeiros, particularmente, "presentam" perante o cidadão, na feliz expressão de *Pontes de Miranda*).

2.14. Taxação de inativos: constitucionalidade e justiça

A taxação dos inativos em gozo de benefícios na data de promulgação da emenda terá fundamento no artigo 5º, *caput*, da PEC n. 40/03, como já visto (*supra*, item 2.7). Essa seja, talvez, a alteração *in pejus* que guarda a mais flagrante inconstitucionalidade, entre todas as que se propõem.

Na dicção de *Tércio Sampaio Ferraz Jr.*, *"do ângulo de sua história, a aposentadoria dos servidores públicos sempre foi considerada uma variável inerente ao seu trabalho, sendo assumida pelo Estado como um item previsto no Orçamento sob o ponto de vista da despesa"*, de modo que *"os servidores, ao contrário dos demais trabalhadores, nunca foram obrigados a contribuir para a sua aposentadoria, assumida, então, pelos Tesouros como uma obrigação orçamentária"*[55]; somente com o advento da EC n. 20/98, os servidores públicos passam a se sujeitar a um autêntico "regime de previdência de caráter contributivo" (artigo 40, *caput*, da CRFB), comprometido com o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema e informado pelos requisitos e critérios do Regime Geral de Previdência Social, no que couber (artigo 40, § 12). O titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco adverte, porém, que *regime de custeio* e *regime de aposentadoria* não se confundem: a *mens legis* da Reforma Previdenciária de 1998 encaminhou-se no sentido de que os *regimes de aposentadoria* — e não os de custeio — se equivalessem em requisitos e critérios, guardadas as regras de transição. Cabe ponderar, todavia, que o *caput* do artigo 40 da CRFB não se refere a "regime de aposentadoria" (= benefício), mas a "regime de previdência", que abrange, por definição, o **custeio** e o **benefício**. É acertada, portanto, a orientação jurisprudencial recente do Supremo Tribunal Federal, que vem reconhecendo incidentalmente a *inconstitucionalidade* da contribuição dos servidores inativos, em vista do que dispõe o artigo 195, II, *in fine*, da CRFB (regra de *custeio*, ínsita ao *regime de previdência*), estatuindo a **imunidade** das aposentadorias e pensões concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social — extensível às aposentadorias e pensões públicas, *ut* artigo 40, § 2º, da CRFB.

Dir-se-ia que a PEC n. 40/03 pode revisar, nessa parte, a Constituição Federal. Não, porém, à luz do melhor direito. A uma, porque — insisto — o projeto não modifica o teor do artigo 195, II, *in fine*, e tampouco o do artigo 40, § 12, da CRFB. A duas, porque as imunidades[56] são, a rigor,

---

(55) *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*, "A cobrança dos inativos é inconstitucional?", *in Folha de São Paulo*, 21.4.2003, pág. A-3.

(56) Contribuições sociais são modalidade de *tributo*, jungidas à classe das *contribuições especiais* ou *parafiscais* do artigo 149, *caput*, da CRFB. Cf. *Hugo de Brito Machado*, "Direito Tributário", 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 306: *"É induvidosa, hoje, a natureza tributária*

garantia individual do cidadão contribuinte, e como tal *intocáveis*, assim como o são, em geral, todas as *limitações ao poder de tributar* arroladas no artigo 150 da CRFB (como, *e. g.*, os princípios jurídico-constitucionais de tributação). Nesse último sentido, já decidiu o Excelso Pretório:

> *"admitir que a União, no exercício de sua competência residual, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados".*[57]

No mesmo contexto, qualquer alteração *in pejus* da condição de imunidade conferida às aposentadorias e pensões de trabalhadores do setor privado e do setor público (por equiparação — artigo 40, § 12) importará em modificação tendente a abolir uma garantia individual da pessoa, sendo inconstitucional por desconhecer a vedação do artigo 60, § 4º, IV, da CRFB. De conseguinte, é **inconstitucional** o artigo 5º, *caput*, da PEC n. 40/03, por ferir de morte a imunidade que a Constituição Federal outorga às aposentadorias e pensões, excluindo-as do regime de custeio, e que já está incorporada ao patrimônio jurídico dos servidores inativos e dos pensionistas, como também daqueles subsumidos à hipótese do artigo 3º, *caput*, da PEC n. 40/03.

Há mais, porém. Já se sustenta que a cobrança dos inativos está eivada de inconstitucionalidade *"na medida em que restabelece a cobrança de contribuição previdenciária aos inativos e pensionistas, mormente em relação àqueles que já estejam em gozo de benefícios correspondentes. A emenda implicará, por via oblíqua, violar a garantia da irredutibilidade de vencimentos (inciso XV do art. 37), que se estende aos proventos, por força da aplicação combinada do § 4º do art. 40, no caso dos servidores públicos, como também aos trabalhadores privados, à vista da irredutibilidade de salários (inciso VI do art. 7º), combinada com a regra contida no § 2º do art. 201, que assegura a manutenção permanente do valor real dos benefícios"* (todos *direitos sociais*, que estão sob o manto do artigo 60, § 4º, IV, da CRFB[58]); e, não bastasse, *"considerando o princípio da retributivida-*

---

dessas contribuições". A vedação constitucional à incidência de contribuição social (artigo 195, II, *in fine*) é, portanto, uma **imunidade tributária**, entendida como tal ***"o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária"*** (*idem*, pág. 192 — *g. n.*).

(57) STF, Pleno, ADIn n. 939-7/DF, rel. Min. Sydney Sanches, medida cautelar, in *RTJ* 150/68-69. O julgado reconheceu a parcial inconstitucionalidade da EC n. 03/93, que vulnerava o princípio da anterioridade tributária (artigo 150, III, *b*, da CRFB).

(58) Cf. votos dos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio Mello no julgamento da ADIn n. 939-07/DF, *in Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Ementário n. 1.730-10/STF. No primeiro voto, reconhece-se que os direitos e garantias sociais do artigo 7º, assim como os direitos de nacionalidade e os direitos políticos são, também, direitos e garantias individuais, imodificáveis; no segundo, aponta-se a relação de continência entre os direitos individuais, na acepção do artigo 60, § 4º, e os direitos sociais em geral.

de, a contribuição social dos servidores é sinalagmática; é paga justamente para que o pagante possa aposentar-se. Alcançada a aposentadoria, cessa a obrigação de contribuir. Esse caráter contraprestacional decorre do art. 149 da CF/88. A Constituição refere-se às contribuições cobradas dos servidores da ativa para custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social para a manutenção de suas futuras aposentadorias. Pois bem, que benefício terá o aposentado de uma contribuição que já não lhe permite mais nada, eis que já se aposentou? Nesse caso não seria contribuição, mas imposto velado, ou seja, a contribuição de aposentado não passaria de imposto especial sobre a renda dele em favor de terceiros" (59), que sequer poderia ser instituído, por ter base de cálculo própria do imposto do artigo 153, III, da CRFB (*ut* artigo 154, I).

Mais que inconstitucional, outrossim, a taxação de inativos é *materialmente injusta*, pois

> *"mesmo promovida a modificação constitucional, a imposição fiscal continuará sendo impropriedade lógica, distorção científica e equívoco político em matéria de Previdência Social. Trata-se, é fácil de ver, que tal medida legal ofende fundamento básico da técnica protética (a contribuição tem objetivo: custear prestações, totalmente ausente em relação aos jubilados), abrindo atalho para outras desnecessárias agressões à estrutura. (...) Redefinam-se as fontes de custeio (...) mas impor cotização de quem presumidamente já contribuiu é destituído de sentido, um contra-senso inaceitável, ignorância rematada, porque anarquiza a ordem social determinada pelos salários, e não é esse o papel do Estado. (...) Pretender (...) compensar isenção pretérita, quando o Estado generosamente dispensou essa contribuição, do ponto de vista exacional é absurdo. Daqui para a frente que só se cobre o necessário; a sociedade que errou no passado que pague por ele, até aprendermos a respeitar a técnica. (...) Pior que tudo (...) é a violação do princípio depois da porta arrombada; acolhido o precedente da ruptura,* ***outras fortalezas da proteção social ficarão à mercê da incompetência gerencial****, e adeus garantias constitucionais como a do caráter definitivo da concessão, manutenção do poder aquisitivo e a vitaliciedade do direito. Pior, a expectativa e o direito seguirão o mesmo caminho."* (60)

Essa compreensão é, certamente, a mais justa e adequada, inclusive em função dos estudos atuariais já realizados a respeito do tema, como adiante se verá.

Nesses termos, se aprovado o preceito do artigo 5º, *caput*, da PEC n. 40/03, poderá ser objeto de questionamento nas diversas instâncias judi-

---

(59) "A *Reformatio in Pejus* da Previdência", *Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, in http://www.atarde.com.br/auth.php* (5.2003).

(60) *Wladimir Novaes Martinez, cit.*, pág. A-3 (*g. n.*).

ciárias, com vistas à declaração de sua inconstitucionalidade (pela via difusa ou concentrada) e à preservação dos direitos que a Reforma Previdenciária potencialmente aniquila.

2.15. Constitucionalidade da média-base e aspectos econômicos em geral

Em relação à regra da média-base para os servidores antigos (artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03), também antevejo inconstitucionalidade reflexa.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em diversos arestos, que não há direito adquirido a determinado *regime*(61). Convém distinguir, todavia, entre o *regime*, em si mesmo, e os *direitos em formação* (ou *acumulados*) aderentes ao patrimônio jurídico do servidor, que surtem efeitos de direitos adquiridos, notadamente quando *"assimiláveis aos* [direitos] *negociais, 'quase-negociais', como os que outorgam 'vantagens' (esperadas) ao servidor público nas suas relações com o Estado. Aqui se pode supor o aspecto da autonomia da vontade como* ***determinante da adesão a um quadro legalmente fixado***"(62). Esses últimos tendem a ser *garantidos* contra mudanças unilaterais, *"motivadas pelo arbítrio de outrem. É evidente que tanto o ingresso no serviço público quanto a filiação no INSS criam uma relação jurídica que não pode ser modificada a qualquer tempo. Talvez esse seja o pensamento minoritário nos Tribunais, mas um novo sistema que signifique mais perdas para as classes trabalhadoras — especialmente para os servidores públicos — certamente suscitará muita luta judicial em defesa do direito em formação"*(63). Nesse sentido, exatamente, é que *Dalmo de Abreu Dallari* entende estar *adquirido*, no momento em que o servidor é empossado num cargo efetivo, o seu direito de se aposentar com proventos correspondentes à totalidade da remuneração (*i. e.*, na forma do artigo 40, §§ 2º e 3º, da CRFB: integralidade de proventos e cálculo baseado na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria). Assim entendido, não pode a Administração Pública, por ato unilateral, alterar ou extinguir esse direito, como tampouco pode a lei prejudicá-lo(64) (ou sequer o poder constituinte derivado, *ut* artigo 5º, XXXVI, da CRFB(65)).

---

(61) *"Não há direito adquirido ao regime jurídico observado para o cálculo do montante dos proventos, quando da aposentadoria, se, de forma diversa, preceito constitucional superveniente vem dar nova disciplina à matéria"* (in *RTJ* 154/225). Cf. também *Lex-JSTF*, 246/67, 256/207; *RTJ* 114/237 (*apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, "Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo", págs. 120-121, notas 26 a 29).

(62) *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, "Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo", pág. 117 (*g. n.*). O autor se refere, aqui, aos direitos adquiridos *proprio sensu*.

(63) *Sérgio Pardal Freudenthal*, "Reforma na Previdência", *in Justiça do Trabalho*, ano 20, n. 231, março de 2003, pág. 126.

(64) *Dalmo de Abreu Dallari*, "Previdência e Dignidade Humana", *in Previdência ou Imprevidência*, Porto Alegre, AJURIS, 2001, pág. 20.

(65) *"Anote-se a impossibilidade de alegar-se direito adquirido em face de norma constitucional originária, salvo nas hipóteses em que a própria nova Constituição o consagra. O* ***mesmo não ocorre em relação às normas constitucionais derivadas,*** *nascentes das emendas constitucionais, cujo processo legislativo deve respeitar, entre outras normas, as chamadas* limitações expressas materiais, *conhecidas como cláusulas pétreas. Entre elas, a previsão do art. 60, § 4º, IV,*

Também o direito positivo reconhece, paulatinamente, a expressão jurídica dos direitos acumulados. A recente Lei Complementar n. 109/2001, que trata exatamente do Regime de Previdência Complementar, já dispõe, em seu artigo 17, *caput*, que *"as alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, **observado o direito acumulado de cada participante**"* (*g. n.*); para o direito adquirido *"stricto sensu"*, reservou-se o parágrafo único[66]. Os primeiros estudos doutrinais em torno do *caput* já avaliam que, ressalvados os direitos adquiridos e acumulados (que garantem, a seus titulares, *regimes de transição*), a possibilidade de alteração dos planos de benefícios, sejam eles de contribuição ou de benefício definidos, é da própria essência do instituto. É inegável, portanto, que o direito nacional caminha a passos largos para o reconhecimento de efeitos jurídicos iniludíveis aos direitos em formação ou acumulados, notadamente em matéria de *previdência pública*.

De fato é tênue, em Direito de Estado, o limiar entre o direito adquirido e o direito em formação. Sendo a posse no cargo efetivo um *ato-condição* para a aposentadoria (na célebre classificação de *Duguit*), tem o condão de vincular o servidor, até a inatividade, à estrutura peculiar da Administração Pública. Mais que isso, os efeitos da adesão protraem-se no tempo, para além do próprio jubilamento — tanto que, à diferença do trabalhador filiado ao RGPS, o servidor público pode sofrer a cassação de sua aposentadoria por conta de faltas disciplinares praticadas na ativa. À vista disso, é razoável reconhecer algum sinalagma no espectro positivo da relação: do ponto de vista dos direitos, alguns há que deitam raízes, desde logo, no patrimônio jurídico do servidor, conquanto não possam ser fruídos de imediato, por conformarem-se com o tempo. É o caso do direito ao cálculo da aposentadoria pela última remuneração da ativa ou, ainda, do direito à integralidade de proventos, em relação aos servidores que ingressarem no serviço público antes da eventual conversão da PEC n. 40/03: na exata concepção de *Gabba*, são *a)* conseqüência de um fato idôneo para gerá-lo em razão da lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar (= a posse no cargo); e *b)* impassíveis de atuar ou de valer antes da entrada em vigor de nova norma relativa ao mesmo assunto (= PEC n. 40/03); faltam-lhe apenas o terceiro pressuposto, a saber, *c)* o comando da lei contemporânea ao fato, no sentido de que o direito imanente integre-se imediatamente ao patrimônio de quem o adquire[67]. De fato, o texto constitucional em vigor não o diz, porque estabelece diversos outros requisitos para o exercício do direito (artigo 40, § 1º, III, da CRFB); nada obstante, estão presentes as duas outras características da definição de *Gabba*, em franca

---

da Constituição Federal (direitos e garantias individuais), *especificamente, o art. 5º, XXXVI* (direito adquirido)" (*Alexandre de Moraes*, "Direitos Humanos Fundamentais", 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 203 — *g. n.*).

(66) *"Ao participante que tenha cumprido os requisitos para a obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria"*.

(67) Cf. *Maria Helena Diniz*, "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada", São Paulo, Saraiva, 1994, págs. 182-183 (citando *Gabba*).

demonstração de que se está muito próximo do seu conceito de direito adquirido. O tempo de contribuição, a idade mínima, o "pedágio" e os outros pressupostos objetivos da aposentadoria são, na verdade, elementos de um fato constitutivo mais complexo, cuja realização *"tem sua raiz num direito adquirido anterior"*, porquanto não está *"no poder do interessado* [a Administração] *impedir o fato que falta, em se tratando de condição verdadeira e própria"*[68]. Indubitável, portanto, que a posse no cargo efetivo confere, por si mesma, alguma estabilidade jurídica à expectativa de aposentação com proventos integrais pela última remuneração. Dizer se há, aqui, típico direito adquirido (como opina *Dallari*), ou se há direito acumulado com efeitos de adquirido (como sugere *Freudenthal*), é discussão teórica que desborda dos objetivos deste artigo. Antes disso, interessa saber se, na prática, aqueles direitos estão sob guarida do artigo 5º, XXXVI, da CRFB e se são, portanto, imunes ao poder constituinte derivado. E, para tanto, não há critério seguro no direito positivo.

Socorre-nos, pois, a doutrina.

Ferreira Filho assevera que é possível a conciliação entre o direito adquirido, no seu sentido mais amplo, e a restrição de seus efeitos futuros, com base no *princípio da ponderação de bens*: rejeita-se, a bem do direito, a extinção radical de efeitos futuros, mas admite-se, a bem do interesse público, a moderação desses efeitos. Ou, na sua dicção, *"pode (...) toda norma constitucional, inclusive a norma derivada, restringir os efeitos futuros de* 'facta pendentia'. *(...) Neste último caso, a restrição tem de respeitar os princípios inerentes a toda restrição de direitos fundamentais*, mormente os de razoabilidade e proporcionalidade"[69]. Essa lição aplica-se com igual ou maior propriedade aos direitos em formação, emprestando fundamento jurídico para os chamados "regimes de transição"[70]. Do mesmo modo, *Enneccerus* advertia que *"quanto mais graves são as razões que levaram a estabelecer o novo direito, tanto mais se há de supor que a força de seu efeito alcança também aos direitos existentes; sobretudo quando a norma jurídica se funda em razões de moralidade ou está ditada para eliminar situações inconvenientes na ordem econômica e social"*[71]. Nesse sentido, aliás, o artigo 2º do Código Civil suíço, na referência do próprio autor. *A*

---

(68) *Eduardo Espinola, Eduardo Espinola Filho*, "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1999, págs. 273-274 (citando *Gabba*).

(69) *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, "Aspectos de Direito Constitucional Contemporâneo", págs. 118 e 125.

(70) Talvez por se aperceber disso — de que o *regime de transição* é um direito inerente aos titulares de direitos acumulados —, *"o governo federal e o PT se articulam para promover a segunda grande mudança no texto da reforma da Previdência que tramita desde o final de abril no Congresso: o estabelecimento de uma regra de transição para a entrada em vigor da nova idade mínima para a aposentadoria dos funcionários públicos, que passaria de 48 anos para 55, para as mulheres, e de 53 para 60, para os homens"* ("Governo estuda concessão para ajudar petistas 'leais'", *in Folha de São Paulo*, 10.6.2003, pág. A-4). Trata-se de uma inopinada *regra de transição* para a *regra de transição* (EC n. 20/98, artigo 8º).

(71) *Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolf*, "Tratado de Derecho Civil — Derecho Civil (Parte General)", 2ª ed., trad. Hans Carl Nipperdey, Barcelona, Bosch, 1953, t. I, v. 1º, págs. 240-241. Tradução livre.

contrario, se as razões para o novo direito são frágeis, inconvincentes ou desarrazoadas, não se justifica sacrificar, por ele, o direito adquirido (e, à sua conta, o direito em formação).

Restaria saber, então, se é razoável, do ponto de vista socioeconômico e em face do interesse público, a restrição proposta para as aposentadorias dos servidores antigos, que perdem o direito de calculá-la sobre a última remuneração da ativa para serem instados a fazê-lo pela média-base do artigo 8º, § 1º, da PEC n. 40/03[72]. E a resposta é *negativa* — conduzindo, pelo raciocínio até aqui traçado, à conclusão de que esse dispositivo também vulnera, *a latere*, a garantia constitucional do direito adquirido (ou *direito em formação* que, na espécie, não será razoavelmente sacrificado) — ou, se não, ao menos o princípio da irretroatividade da norma[73].

É que não se justifica, realmente, o aviltamento da dimensão financeira do direito às aposentadorias e pensões, sequer do ponto de vista econômico. Com efeito, *"a introdução da idade mínima, em moldes semelhantes aos observados na maioria dos países da OCDE, ou seja, entre 60 e 65 anos, reduziria o déficit potencial (...) Se tal mudança viesse acompanhada do fim das diferenças entre homens e mulheres, os efeitos redutores nos gastos seriam ainda mais pronunciados"*[74], podendo compensar razoavelmente o que se perde, em arrecadação, com a manutenção da imunidade dos inativos, ou mesmo com a vinculação dos proventos e pensões às remunerações da ativa. O Poder Executivo preferiu, todavia, manter a distinção etária e contributiva entre homens e mulheres, carreando o ônus da reforma à classe dos inativos atuais (taxação) e futuros (taxação, média-base, teto e desvinculação). Na verdade, *"apenas uma queda **muito expressiva** do teto de benefícios provocaria **efeitos modestos** na redução dos gastos"*[75] — o que vale para a redução do piso e do teto do serviço público, mas vale também para a própria taxação dos proventos de aposentadoria e pensões. É cediço, portanto, que essa política de cortes e os seus resultados *"não melhorariam o perfil financeiro do sistema, além de colocar em risco o benefício dos segurados, tendo em vista que* [p. ex.] *todos aqueles que recebessem salários superiores ao teto fixado deveriam destinar seus recursos para fundos previdenciários capitalizados que dependeriam, por sua vez, do comportamento do* portfolio *para fixar a taxa de reposição. A recente experiência chilena não deixa margem a dúvidas sobre o problema"*[76]. Desse modo, para promover reformas efetivas pelo viés

---

(72) A integralidade de proventos foi preservada, para esses mesmos servidores, ao menos em tese, *ut* artigo 8º, *caput*, da PEC n. 40/03.

(73) *"Se a Constituição proíbe a retroatividade, ou garante o direito adquirido, a norma derivada não pode colher a estes, nem ter efeito retroativo. (...) fruto de um Poder adstrito às limitações e condicionamentos postos pela Constituição, obviamente tem de observar o que esta preceitua quanto aos pontos assinalados: irretroatividade ou respeito aos direitos adquiridos"*, que não se confundem (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Aspectos de Direito Constitucional Contemporâneo*, pág. 112).

(74) ANFIP, *cit.*, pág. 19.

(75) *Idem, ibidem* (*g. n.*).

(76) *Idem*, pág. 20.

dos benefícios, *"seria necessário reduzir substancialmente o valor dos benefícios e manter inalterada a arrecadação de contribuições para manter o sistema em equilíbrio. Embora tal situação possa ser efetiva do ponto de vista financeiro, ela colocaria em risco as condições de vida dos inativos e causaria sérios prejuízos às economias das pequenas localidades, aumentando as migrações internas. Isso acabaria por incrementar as pressões por gastos sociais compensatórios que, em última instância, reduziriam os possíveis ganhos financeiros obtidos com a reforma"*(77). A questão da demanda efetiva nos pequenos municípios, aliás, já a apontava na introdução deste artigo.

Em outras palavras, o ajuste fiscal às custas da capacidade econômica do servidor público inativo tende a ser, a médio e longo prazo, *funesto* para o país, seja por implicar relativo desaquecimento da economia, em locais e graus variáveis, com possíveis deslocamentos migratórios internos, seja ainda por compelir o servidor da ativa a aderir a expedientes de complementação de renda escusos ou ruinosos. É, ademais, *desnecessário*, uma vez que as contas gerais da Seguridade Social têm sido *superavitárias*(78) e eventuais ajustes podem ser efetuados mediante aportes oriundos de *outras fontes de financiamento*, que não afetem direitos sociais e tampouco comprometam a atividade econômica(79). Na verdade, a vinculação preferencial das contribuições às folhas de salários, desde a EC n. 20/98, é um equívoco programático e um recuo histórico, que desmerece o paradigma instaurado pela Constituição Federal de 1988, de *múltiplas fontes de financiamento* para a Seguridade Social(80).

3. À GUISA DE CONCLUSÃO: A QUESTÃO PECULIAR DAS CARREIRAS TÍPICAS DE ESTADO

A Reforma da Previdência proposta pelo governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva — a *segunda* em cinco anos — fulmina garantias de transição que haviam sido instituídas pela EC n. 20/98 (a *primeira* Reforma da Previdência pós-88/91) e fere de morte diversos direitos que, até então, eram *inerentes* aos cargos e carreiras do serviço público.

Dentre as diversas alterações *in pejus* alvitradas pela PEC n. 40/03, quatro se destacam pelo grau de ruptura com o modelo de regime previdenciário historicamente destinado aos quadros profissionais do Estado: o **fim da paridade entre ativos e inativos**, a **extinção da aposentadoria com proventos integrais**, a **taxação dos proventos de aposentadoria e**

---

(77) *Idem*, pág. 20.

(78) Conforme dados da SRF, da SIAFI e do Fluxo de Caixa do INSS, as contas de Receitas e Despesas da Seguridade Social no Brasil em 2001 terminaram com *superávit* de R$ 31.466.000,00 (levantamento: ANFIP, *op. cit.*, pág. 22).

(79) *"Esse foi, por exemplo, o caso recente da França que, para destinar mais recursos para a seguridade, optou por criar uma nova fonte de financiamento, incidente sobre o imposto de renda"* (ANFIP, *cit.*, pág. 42).

(80) *Idem, ibidem.*

pensões, e a **redução percentual das pensões**. Trata-se de direitos que distinguem os cargos e as carreiras públicas dos postos disponíveis no setor privado, justificando a elevada procura e, por conseqüência, a qualificação daqueles quadros (sobretudo nas carreiras típicas de Estado, como a magistratura e o Ministério Público), bem como do serviço público por eles proporcionado. Não por outra razão, eliminar tais direitos pode significar o *sucateamento* paulatino do próprio serviço público. A insegurança jurídica, de outra parte, emerge a toda evidência: *não se sabe* quais serão os índices de atualização dos proventos de aposentadoria e das pensões; *não se sabe* como será feito o cálculo do benefício-médio, e sequer se sabe qual será o período de contribuição considerado na média aritmética; *não se sabe* se haverá, para o servidor público, um "fator previdenciário", como há para os trabalhadores da iniciativa privada (*vide, supra,* nota n. 10); *não se sabe,* enfim, qual será o efetivo redutor das pensões (a PEC n. 40/2003 estatui que as pensões serão de *até* 70% do benefício-médio, como já observado).

É **justa**, portanto, a grita que as classes laboriosas do serviço público ensaiam dirigir (ou que já dirigem) às instâncias parlamentares e ao Poder Executivo federal, no sentido de *garantir* seus direitos históricos de segurança social. Mesma grita, aliás, faz-se ouvir na França e na Alemanha, cujas lideranças — encabeçadas, respectivamente, pelo presidente Chirac e pelo *premier* Schröeder — propõem, a seu modo, modificações igualmente sensíveis nos sistemas públicos de previdência social, com aviltamento de direitos históricos das carreiras do serviço público. Nada obstante — e conquanto aparentem identidade —, a posição brasileira é bem mais frágil e delicada que a posição do funcionalismo franco-germânico: em duas frases, *"na Europa, a discussão se dá em torno da tentativa de preservar o máximo possível um Estado de bem-estar social invejável. No Brasil, que está a anos-luz de qualquer coisa realmente invejável (natureza* [e futebol?] *à parte), discute-se apenas o aspecto contábil da coisa"*[81].

Nesses termos, a nova Reforma da Previdência faz entranhar, nas instituições do serviço público, sério risco de *insegurança jurídica* e *social* para o futuro próximo. Nas palavras de *Luiza Nagib Eluf*[82]:

> *"Diz o governo que a reforma da Previdência é urgente, que, sem ela, não poderá haver crescimento econômico. Com certeza, esta reforma também será útil para manter o 'risco Brasil' no caminho da retração. Nova comemoração dos banqueiros etc. E a população, como fica? (...) Existe um outro tipo de risco que precisa ser avaliado. Pena que não haja organismos sociais interessados em aferi-lo: é o risco social brasileiro. A reforma da Previdência precisa ser bem pensada para não gerar mais empobrecimento, mais violência, mais degradação ambiental, mais doenças. (...) Um país que despreza o funcionalismo público não consegue prestar, condigna-*

(81) "Palocci e o debate pobre", *Clóvis Rossi, in Folha de São Paulo,* 4.6.2003, pág. A-2.

(82) "Reformar para quê?", *in Folha de São Paulo,* 28.5.2003, pág. A-3.

mente, os serviços que lhe são essenciais. O melhor exemplo disso é o aumento vertiginoso da criminalidade no país — não por falta de legislação punitiva, mas por deficiências sociais e dos serviços públicos. A polícia se degradou a partir do brutal achatamento dos salários de seus funcionários."

Por fim, arremata:

"Se a Previdência está endividada, será mais inteligente procurar formas humanas de reformá-la, cobrando de quem deve muito e pode pagar, em vez de sacrificar as classes média e baixa, já tão espoliadas, e desqualificar o funcionalismo público. Essa reforma tem de se preocupar com a redução do nosso risco social."

Problema de tal magnitude põe-se ao intérprete, com maior relevo e inquietação, quando se trata da situação jurídica dos ***magistrados*** e dos ***membros do Ministério Público***, uma vez que em tudo foram equiparados, desde a EC n. 20/98, aos servidores públicos em geral, inclusive por força do artigo 8º, § 2º, daquela Emenda[83] — mesmo naquilo em que, a olhos vistos, discrepam entre si.

Não se advoga, aqui, a distinção injustificável de privilégios entre classes análogas de servidores. Diz-se, apenas, daquilo que efetivamente *distingue* servidores *stricto sensu* de **agentes políticos**, e se integra, como *prerrogativa de Estado*, aos próprios pilares do Estado Democrático de Direito, entre cujas finalidades está a *segurança* (*jurídica* e *social*), nos termos do próprio Preâmbulo da Constituição Federal de 5.10.1988.

Com efeito, os mesmos fundamentos que autorizam o tratamento diferenciado dos servidores públicos militares em matéria previdenciária, nos termos do artigo 142, § 3º, X, da Constituição Federal, e do artigo 7º, *in fine*, da PEC n. 40/03, dão igual ensejo, quiçá com *maior razão*, ao tratamento diferenciado dos membros da Poder Judiciário (magistrados) e do Ministério Público, com vistas à instituição de um regime especial de previdência social, com unidade gestora autônoma e fundos próprios.

Os magistrados e os membros do Ministério Público são, como dito, *agentes políticos*, cuja condição jurídica não pode ser assimilada à dos servidores públicos em geral (inclusos os militares). Esses desempenham *serviços públicos*, cumprindo papel *instrumental* ou *funcional* em relação ao Estado que os investe; já aqueles *exercem poder político* e *personificam* o serviço público que lhes está afeto, mantendo com a República, que representam (ou *presentam*, na feliz expressão de *Pontes de Miranda*) perante o jurisdicionado, relação de ordem *estrutural* ou *essencial*. Retirar-lhes, para agora ou adiante, garantias típicas da carreira como a irredutibi-

---

(83) *"Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo"*. O *caput* trata da aposentadoria voluntária dos servidores públicos em geral (*"cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional"*), na forma do artigo 40 da CRFB.

lidade de subsídios (prejudicada, por via oblíqua, com a taxação de membros inativos e o fim da paridade entre ativos e inativos) e a aposentadoria com proventos integrais (amesquinhada com a instituição do benefício-base), representa ameaça imediata à qualidade dos quadros técnicos do Poder Judiciário e do Ministério Público e, a médio e longo prazos, fissuras nos próprios pilares do Estado Democrático de Direito, em face da deterioração paulatina da função jurisdicional (exercida por pessoas cada vez menos qualificadas) e de previsíveis compromissos do agente público com interesses alheios à dignidade de seu cargo (por conta de atividades remuneradas paralelas, ação de corruptores e outras mazelas que a perspectiva do aviltamento da qualidade de vida fará campear).

Há de se ter em conta que as carreiras típicas de Estado, como são a Magistratura e o Ministério Público, exigem de seus agentes privações e rigores pouco encontradiços em outras carreiras públicas, como a alteração freqüente de domicílio, o dever de residir na sede de sua comarca (artigo 35, V, da Lei Complementar n. 35/79 — LOMAN), a dedicação exclusiva com proibição de exercício de outras atividades profissionais (à exceção de um cargo ou função de magistério, *ut* artigo 95, parágrafo único, II, da Constituição Federal, e artigo 36, I e II, da LOMAN), a vedação de atividade político-partidária (artigo 95, parágrafo único, III, da Constituição Federal), a reserva social e a conduta social e pessoal irrepreensíveis (artigo 35, VIII, da LOMAN), a acessibilidade diária ao destinatário direto de suas decisões (artigo 35, IV, *in fine*, da LOMAN), as limitações ao direito de expressão (artigo 36, III, da LOMAN) e a sujeição diuturna à fiscalização do jurisdicionado, entre outras. Tantas especificidades reclamaram, historicamente, a instituição de um regime de previdência próprio, adequado às idiossincrasias desses agentes políticos, mas com aptidão para carrear-lhes, em contrapartida àqueles rigores e privações, atrativos como a vitaliciedade, a integralidade de proventos e a redução do tempo de serviço (cf., p. ex., o artigo 8º, § 3º, da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998) — que são *prerrogativas*, e não privilégios, porque se encerram, por um lado, vantagens pessoais, por outro garantem aos cidadãos a isenção e a imparcialidade dos que dedicam sua vida ao mister da Justiça.

Suprimir essas prerrogativas — tanto mais quando se demonstra que, do ponto de vista atuarial, a previdência própria dos juízes sustenta-se por si mesma, com suas próprias entradas — é expediente demagógico que consuma um perigoso retrocesso histórico. As carreiras típicas de Estado não podem prescindir de um regime especial de previdência social, sob pena de que — parafraseando *Luiza Nagib Eluf* — a retração do "risco Brasil", em acepção econômica, deflagre, como já vem deflagrando, alarmantes incrementos no risco *social* brasileiro.

4. BIBLIOGRAFIA

Alves, Léo da Silva. "O furo é mais embaixo" *in Revista Jurídica Consulex.* São Paulo: Consulex, ano VII, n. 149, págs. 23-25, 31.3.2003.

Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social. "Segurida-de e Desenvolvimento — Um projeto para o Brasil", Brasília: ANFIP, 2003.

Biasoto Júnior, Geraldo. "A reforma da Previdência". *In: Folha de São Paulo*, pág. A-3, 12.5.2003.

Comparato. Fábio Konder. "Direito Público: estudos e pareceres", São Paulo: Saraiva, 1996.

Dallari, Dalmo de Abreu. "Previdência e Dignidade Humana". *In: Previdência ou Imprevidência.* Porto Alegre: AJURIS, 2001.

Diniz, Maria Helena. "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada", São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. "Norma constitucional e seus efeitos", 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

Eluf, Luiza Nagib. "Reformar para quê?" *In: Folha de São Paulo*, pág. A-3, 28.5.2003.

Enneccerus, Ludwig. Kipp, Theodor. Wolf, Martin. "Tratado de Derecho Civil — Derecho Civil (Parte General)", 2ª ed., trad. Hans Carl Nipperdey. Barcelona: Bosch, 1953, t. I, v. 1º.

Espínola, Eduardo. Espínola Filho, Eduardo. "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. "A cobrança dos inativos é inconstitucional?" *In: Folha de São Paulo*, pág. A-3, 21.4.2003.

_____. "Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação", São Paulo: Atlas, 1991.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. "Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo", São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. "Comentários à Constituição Brasileira", 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. "Curso de Direito Constitucional", 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

Fiúza, Tatiana. "Reforma da Previdência — Déficit no sistema: blefe, fraude ou incompetência?" *In: Revista Jurídica Consulex.* São Paulo: Consulex, ano VII, n. 149, págs. 14-18, 31.3.2003.

Freudenthal, Sérgio Pardal. "Reforma na Previdência". *In:* "Justiça do Trabalho", ano 20, n. 231, págs. 122-126, março de 2003.

Gall, Norman. Ricupero, Rubens. "Globalismo e localismo — quais são os limites da competição e da segurança?" *In: http//:www.normangall.com/brazil_art3.htm, 5.2003*, pág. 08 (Acesso em 5.2003).

Governo Federal. *E.M.I. n. 29 (MPS/Ccivil-PR).* Brasília: Casa Civil, Subchefia de Assuntos Parlamentares, 29.4.2003.

Koerner, Andrei. "Qual Judiciário para a Democracia Brasileira". *In: http://ajufe.org.br/opiniao/ARTIGOS/lerartigos.cfm?cod=2112#*, págs. 14-15 (Acesso em 5.2003).

Lourenço, Gilmar Mendes. "Observações sobre a questão da previdência". *In: http://www.sindecon-pr.com.br/colunaeconomica5.htm* (Acesso em 5.2003).

Machado, Hugo de Brito. "Direito Tributário", 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

Martinez, Wladimir Novaes. "E há outros aspectos". *In: Folha de São Paulo*, pág. A-3, 17.5.2003.

Martins, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. "A *Reformatio in Pejus* da Previdência". *In: http://www.atarde.com.br/auth.php* (Acesso em 5.2003).

Martins, Sérgio Pinto. "Direito da Seguridade Social", 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

Mattioli, Maria Cristina. "Por que os Juízes devem ser excluídos do Regime Único de Previdência proposto pelo atual Governo". Harvard: [s.e.], 2003.

Miranda, Jorge. "Manual de Direito Constitucional — Constituição e Inconstitucionalidade", 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II.

Moraes, Alexandre de. "Direito Constitucional", São Paulo: Atlas, 1997.

_____. "Direitos Humanos Fundamentais", 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

Oliveira, Régis Fernandes de. Horvath, Estevão. Tambasco, Teresa Cristina Castrucci. "Manual de Direito Financeiro", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Rossi, Clóvis. "Palocci e o debate pobre". *In: Folha de São Paulo*, pág. A-2, 4.6.2003.

Silva, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

Souza, Lilian de Castro. "As normas sobre seguridade social na Constituição de 1988 como evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana". *In: http://www.anpprev.org.br/doutrina-5.htm*, pág. 12 (Acesso em 5.2002).

Temer, Michel. "Elementos de Direito Constitucional", 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Vianna, Luiz Werneck. Carvalho, Maria Alice Rezende de. Burgos, Marcelo Baumann. "Corpo e alma da magistratura brasileira", Rio de Janeiro: Revan, 1997.

A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA DA EMPRESA EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS(*)

I — NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA BIPARTIÇÃO

Responsabilidade civil pode ser conceituada como a obrigação de responder pelas conseqüências jurídicas decorrentes do ato ilícito praticado, reparando o prejuízo ou dano causado. Essa responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual, ou aquiliana, derivada da *Lex Aquilia*, oriunda do Direito Romano, que se traduz na violação de um preceito de lei, sem conexão com uma norma contratual.

Silvio Rodrigues(1) informa-nos que a responsabilidade civil vem definida por *Savatier*(2) como a obrigação que tem uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

A responsabilidade civil entre nós, vem regulada, entre outros, pelos artigos 159 e 927 do Novo Código Civil de 2002.

O art. 8º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), por seu turno, preceitua que na falta de disposições legais ou contratuais, o Direito do Trabalho subsidiariamente recorrerá ao Direito Comum naquilo que, não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Constituem requisitos da responsabilidade civil: a ação ou omissão (fato lesivo), o dano ou prejuízo, o nexo de causalidade e a culpa, ou o dolo do agente.

A responsabilidade civil biparte-se em responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. A responsabilidade civil objetiva já é tra-

---

(*) Professor Assistente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

(1) *Rodrigues, Silvio.* "Direito Civil. Responsabilidade Civil", vol. 4, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 6.

(2) *Savatier.* "Traité de la responsabilité civile", Paris, 1939, vol. 1, n. 1.

tada pelo Direito do Trabalho há décadas, conforme preceitua o art. 2º, § 2º da CLT (sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas) e funda-se na Teoria do Risco, independente de dolo ou culpa. Neste caso, o empregador, ou a empresa, assume os riscos da atividade econômica, em qualquer circunstância (recessão, crise econômica, cambial, financeira, de competitividade, até mesmo na força maior e casos fortuitos, conforme dispõem os arts. 501 e 502 da CLT. A responsabilidade é sempre da empresa que deve arcar com o risco do negócio). O empregado não pode ser constrangido a socializar prejuízos para os quais não concorreu.

O empregador, ainda que não tenha contribuído para o evento danoso ou deletério, é responsável pelo pagamento dos salários e demais direitos trabalhistas, inclusive os acidentes de trabalho e as doenças profissionais. Esse tipo de responsabilidade deriva apenas da exigência do dano sofrido pelo empregado (material ou moral, ou ambos) e da correspondente imposição legal de indenização, independentemente de culpa ou dolo.

Já a responsabilidade subjetiva do empregador tem como pressupostos a culpabilidade do agente, seja na forma de culpa estrita (negligência, imprudência ou imperícia) ou do dolo, que vem a ser a intenção deliberada de produzir um resultado danoso para a vítima.

II — EM DIREÇÃO À COMPLETUDE EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NO NOVO CÓDIGO

É inegável para nós que o Código Civil de 2002, embora tenha mantido a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, a responsabilidade que tem como fundamento a culpa (nas modalidades de imprudência e negligência) e o dolo, no artigo 186, também veio contemplar a responsabilidade objetiva, embora não com base no risco integral, mas sim com fundamento na teoria do risco criado ou desenvolvido pelo agente, conforme preceitua o artigo 927:

> *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."*

Hoje as duas teorias se completam em nosso ordenamento jurídico, em face da enorme desigualdade econômica e social que prevalece em nossa economia, especialmente entre empregado e empregador, fazendo crescer a necessidade de se abolir qualquer indagação sobre os aspectos subjetivos do lesante ou perpetrador de atos ensejadores da reparação civil.

Incontestável dizer que houve uma evolução salutar no conceito da responsabilidade civil, passando-se de um conceito em que se exigia a existência de culpa para a noção de responsabilidade civil sem culpa, com fundamento no risco.

Já dizia um sábio filósofo grego: "O mundo é o mais perigoso dos lugares, a vida é a mais perigosa das experiências, e o homem é o mais perigoso dos animais. Contemplá-lo é a essência da sabedoria. Não conviver com ele é o rumo mais sábio de todos". Tanto isso é verdade que autores do gabarito do eminente Professor *Goffredo da Silva Telles Junior*, em sua obra "Iniciação à Ciência do Direito", assevera que as formigas e as abelhas formam comunidades que preservam mais seus semelhantes que o homem, que, nem no passado, e muito menos no presente, usa de solidariedade ou caridade para com seu próximo.

As ameaças à vida, à integridade, à saúde, aliadas aos perigos e as vicissitudes da vida moderna, a multiplicidade, a diversidade de acidentes e de doenças do trabalho, a crescente dificuldade de se provar a causa de grande parte dos sinistros e mesmo a culpa do autor do ato, seja ele ilícito ou lícito (temos hipóteses de ressarcimento de prejuízos sem que se cogite da ilicitude da ação), entre outras, foram responsáveis pelo aparecimento da Teoria do Risco ou da responsabilidade objetiva, como para colocar uma pá de cal na dialética de que o direito surge dos fatos econômicos, sociais, políticos, culturais, históricos etc., que constituem as fontes materiais do Direito.

Desse modo, a Teoria do Risco ou da responsabilidade objetiva não tem como escopo a cogitação ou perquirição da intenção ou modo de atuação do agente. Basta provar o nexo etiológico (relação de causalidade) entre a ação lesiva e o dano ou prejuízo provocado, pois neste caso também podemos aplicar o adágio: *pas de indemnization sans grief* (não há indenização sem prejuízo), princípio de grande aplicação prática no Direito Processual Civil.

III — A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO NO DIREITO DO TRABALHO E AS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

É oportuno reafirmar que o Teoria do Risco, que foi incorporada agora ao Código Civil de 2002, no art. 927, constitui instituto já aplicado no Direito do Trabalho, no caso concreto há longa data, conforme preceitua o art. 2º, § 2º da CLT.

Na responsabilidade objetiva basta a existência do nexo causado e do dano, porque o que se leva em consideração é a ação ou atividade ou a omissão do agente, por si só considerada como potencialmente perigosa para terceiros.

Dentre as várias teorias sobre o risco podemos enumerar:

1) a do Risco Integral, em que qualquer fato deve obrigar o agente a reparar o dano, bastando a existência de dano ligado a um fato para que surja o direito à indenização;

2) a Teoria do Risco Proveito, baseada na idéia de que quem tira proveito ou vantagem de uma atividade e causa dano a outrem tem o dever de repará-lo;

3) a Teoria dos Atos Normais e Anormais, medidos pelo padrão médio da sociedade;

4) a teoria que melhor explica a responsabilidade objetiva, entretanto, é a do Risco Inerente à Atividade, adotada pelo Novo Código Civil, pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente que cria risco em potencial a direitos ou interesses alheios. Nesta teoria não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma que é potencialmente perigosa e geradora de riscos a terceiros. Para *Caio Mário da Silva*[3] ela prescinde de qualquer elemento subjetivo: basta a ocorrência do dano ligado a uma atividade geradora de risco, normalmente exercida pelo agente.

Não podemos deixar de reconhecer que sem embargo de toda a evolução da Teoria da Responsabilidade Objetiva entre nós, em face da disseminação de atividades perigosas na sociedade moderna, decorrentes do inusitado crescimento do macrossistema econômico no modo de produção capitalista, das evoluções tecnológicas, da crescente necessidade de trabalho humano em atividades potencialmente perigosas, que suscitam riscos de explosões, riscos nucleares, gases inflamáveis etc. ensejadores de riscos à saúde e à integridade das pessoas, notadamente de trabalhadores, ainda remanesce entre nós, de acordo com o Novo Código Civil, a Teoria Subjetiva fundada na culpa, como a teoria catalisadora da responsabilidade civil.

Em nosso país, em decorrência da extensão territorial e da diversidade econômica e social, convivemos com empresas transnacionais globalizadas, altamente evoluídas no plano tecnológico, que operam com técnicas modernas de gestão e administração da produção, mitigando os riscos à integridade de seus empregados, com métodos modernos de segurança e medicina do trabalho. Simultaneamente, convivemos com uma constelação de micros, pequenas e médias empresas, que, pela absoluta carência de recursos econômicos e financeiros, em muitos casos tendem a negligenciar aspectos inerentes à segurança de seus empregados, expondo dessa forma, maiores possibilidades de riscos à integridade física dos mesmos, que podem suscitar reparações na órbita da responsabilidade civil, seja de natureza subjetiva ou objetiva.

Isto não significa dizer que os acidentes de trabalho só ocorram nestas últimas. Eles ocorrem tanto nas grandes corporações, que empregam maior contingente de trabalhadores no mesmo local de trabalho, como nas micros, pequenas e médias empresas.

A empresa é o *locus* jurídico, por excelência, no âmbito do Direito das Obrigações, capaz de gerar em seu interior e mesmo em suas relações externas, no curso da relação de trabalho, atos suscetíveis de ensejar tal

(3) *Silva, Caio Mário da.* "Responsabilidade civil", Rio de Janeiro: Forense, 1985, págs. 284 e 285.

tipo de responsabilidade seja por parte do empregador ou do empregado, em decorrência de atos ilícitos, atos lícitos ou decorrentes da própria atividade produtiva, como veremos a seguir.

Sabemos que a finalidade precípua do Direito é a realização da justiça social e o ordenamento jurídico assegura a cada indivíduo, seja pessoa física ou jurídica, o exercício pleno de seus direitos, sejam eles de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

O patrimônio do homem, que é o objeto do Direito, é constituído do somatório de seus bens patrimoniais, aquilo que pode ser aferido economicamente, que é tangível, que de uma forma externa se agrega ao homem e se incorpora ao seu patrimônio, bem como aquela parte intangível, imaterial, constituída pelos seus sentimentos, seu caráter, seu pudor, sua honra, o que poderíamos denominar de homem interior.

Na verdade, como o homem possui duas naturezas, uma de ordem material e outra espiritual, possui, por conseguinte, dois patrimônios, um tangível e outro intangível.

Logo, cabe ao Direito a proteção de seu objeto, a pessoa (o Novo Código Civil, em seu artigo 1º quando trata da matéria substituiu a palavra homem por pessoa), em sua plenitude, ou seja, em ambos os patrimônios, o material e o imaterial. Em outras palavras, partindo da máxima popular "se alguém pode o mais, pode o menos", podemos aduzir, que se o direito protege aquilo que a maioria dos homens considera o "mais", ou seja, o grande contingente de direitos materiais ou patrimoniais, necessariamente também terá de proteger aquilo que eles consideram o "menos", ou seja, os direitos extrapatrimoniais, embora saibamos que, na verdade das coisas, prevalece a lógica inversa.

Em outras palavras, inversamente ao comportamento natural da maioria das pessoas e do que ela deixa transparecer, o mais sempre deve ser representado pelo seu patrimônio incorpóreo ou extrapatrimonial, isto é, o seu patrimônio moral, aquilo que representa o ser, o homem interior, que é eterno e o acompanha para sempre, enquanto o menos deve ser representado pelo patrimônio material, o ter, que é transitório, provisório, e se extingue para ele no momento de sua passagem para o outro plano de existência. Antes de ter, a pessoa precisa ser.

É por essas e outras razões que o estudo da responsabilidade subjetiva e objetiva e do dano moral reveste-se nos dias de hoje, da maior relevância e atualidade para o Direito, tanto que um dos maiores juristas de todos os tempos, *Marco Túlio Cicero*, já dizia há 45 anos antes de Cristo, no seu livro "Da República", que a " honra é o patrimônio dos grandes homens".

Portanto, os aspectos da responsabilidade objetiva e subjetiva no Direito do Trabalho, em face do Novo Código Civil, apresentam interessantíssimos desdobramentos. Podemos até mesmo dizer que, se existe um ramo no Direito em que esse tipo de responsabilidade seja fértil, em termos de reincidências, é justamente no Direito do Trabalho, pelo fato de as

relações entre empregado e empregador serem perenes, de trato sucessivo e contínuo, diuturnas, possibilitando maior potencial de oportunidades de perpetração de ilícitos por uma das partes do contrato de trabalho, muito além do que ocorre nos contratos comuns do Direito Civil ou Direito Comercial ou mesmo do Código do Consumidor, onde as relações são tipicamente instantâneas, as partes na maioria das vezes estão em nível de igualdade econômica e social e, com exceção das relações de consumo, são raros os aspectos ligados à hipossuficiência de qualquer uma das partes.

IV — A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA NO DIREITO DO TRABALHO EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Podemos afirmar com toda a convicção que os aspectos da responsabilidade civil subjetiva e objetiva encontram um campo fértil de incidências, repetições e desenvolvimento na órbita das relações de trabalho.

O Direito do Trabalho aparece como o ramo do Direito em cujas delimitações a responsabilidade civil alcança seu máximo desenvolvimento, já que aí a proteção da personalidade adquire especial dimensão, tanto por sua primordial importância — dado o caráter pessoal, infungível e duradouro da relação de emprego, como por ter sido objeto de uma garantia jurídica especial, fundada nos princípios da proteção do empregado e da continuidade da relação de emprego, com esteio maior no princípio universal da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, reafirmado pelo art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

O contrato de trabalho é caracterizado por ser de trato sucessivo, de atividade, com as prestações num repetir diário, ao longo do tempo, possibilitando o surgimento de danos, tanto ao empregador, como ao empregado. A pessoalidade, a perenidade da relação, a infungibilidade, a subordinação, requisitos à configuração da figura do empregado (art. 3º, da CLT), acabam por permitir situações em que o empregado pode ser alvo de algumas das situações típicas da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, com repercussões em sua honra, dignidade, boa fama, ou mesmo na sua integridade física e psíquica, como nos casos de acidente de trabalho ou de doença profissional, que invariavelmente podem provocar deformações físicas ou estéticas na pessoa do trabalhador.

A teoria da responsabilidade objetiva no Novo Código Civil é baseada na Teoria do Risco, decorrente da própria atividade do empregador ou da empresa, quando coloca o patrimônio material ou extrapatrimonial de terceiros, entre eles o de seus empregados em risco potencial. Neste caso só basta a prova do prejuízo e o nexo de causalidade para que o perpetrador do ato seja obrigado à reparação ou indenização.

A responsabilidade civil subjetiva vem inserida no art. 186: "*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete*

ato ilícito". Logo, para que se configure o ato ilícito, ou seja, o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando o direito subjetivo individual, é necessário que haja a concorrência dos seguintes elementos: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que a Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça admite a cumulação das indenizações por danos material e moral decorrentes do mesmo fato; e c) o nexo de causalidade ou etiológico entre o dano e o comportamento do agente.

O art. 187 do Código Civil traz, também, o conceito de abuso de direito ou exercício irregular do direito que poderá ensejar a responsabilidade civil. Diz o artigo 187: *"Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*".

Sabemos que o uso de um direito, poder ou coisa, além do que é permitido, que extrapole as limitações jurídicas e venha a lesar direito de outrem, acarreta, como conseqüência o dever de indenizar. Sob a aparência de um ato lícito ou perfeito, pode estar camuflada a ilicitude no seu resultado, atentando contra os princípios universais da boa-fé e dos bons costumes, seja por desvio de finalidade ou mesmo da função social para a qual o Direito foi criado. Da mesma forma, não cabe qualquer tipo de indenização, por estarem amparados pelo Direito, os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Por meio de uma interpretação analógica, podemos dizer que o desvio de finalidade do art. 187 pode ser comparado ao desvio de função nas relações de trabalho, que acarreta para o empregador a responsabilidade pelo pagamento das diferenças salariais respectivas. Isso declara a Orientação Jurisprudencial (OJ n. 125 da SDI I do TST) *in verbis*: "*Quadro de carreira. Desvio de função. O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas*". configurando caso típico de responsabilidade objetiva do empregador pelo pagamento das diferenças salariais.

Da mesma forma que os princípios da eticidade, a operabilidade e a socialidade nortearam a criação do Novo Código Civil, podemos dizer que a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva, que agora se complementam no sentido de dar proteção ao ofendido, transmutou-se de uma concepção individual, porque não dizer egoísta, de se preocupar somente com o "eu", para assumir na atualidade uma concepção fundamentalmente social, com ênfase no pronome "nós", que se reflete com clareza solar no "*nosotros*" dos castelhanos, postando-se em linha com os institutos modernos de proteção à dignidade da pessoa humana.

Os arts. 931 e 932 também se completam ao referenciar os atos ensejadores de reparação civil. O art. 931: *"Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação"*. É artigo compatível com o art. 14 do Código do Consumi-

dor, que adotou a teoria da responsabilidade objetiva do empresário pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Podemos aduzir daqui, *a contrario sensu*, que a pessoa jurídica, além de ser agente ativo de atos ensejadores de reparação civil, também pode se colocar no plano passivo, ao figurar como vítima de atos desabonadores à sua honra objetiva. Tanto isto é verdade que a Súmula n. 227 do STJ estatui: *"A pessoa jurídica pode sofrer dano moral"*.

É relevante também destacar uma acentuada evolução apresentada pela responsabilidade civil das pessoas jurídicas, que, da fórmula limitativa constante do art. 1.522 do Código Civil de 1916, pelo qual somente as pessoas jurídicas que exercessem exploração industrial deveriam ser responsabilizadas pelos atos de seus empregados ou prepostos, passaram a ter a obrigação de ampla reparação, não apenas de índole civil, mas também de natureza penal nas causas que envolvem o meio ambiente, a ecologia, os direitos metaindividuais, difusos, coletivos, principalmente em face do Código do Consumidor. Podemos aqui citar o exemplo das pessoas jurídicas de direito público que deixaram o princípio da culpa e passaram a adotar a Teoria do Risco Administrativo (Constituição Federal, art. 37, § 6º).

A boa hermenêutica passou a considerar toda e qualquer pessoa jurídica como responsável, tenha ou não fins lucrativos (religiosos, empresas de benemerência, literárias, científicas etc.). Com o Código do Consumidor ampliou-se ainda mais a responsabilidade civil das pessoas jurídicas, que, diante de relações de consumo, têm responsabilidade objetiva, independentemente da culpa.

Temos no art. 932 do Código Civil exemplo notável de responsabilidade da empresa: *"São também responsáveis pela reparação civil: III — o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele"*.

Estes são os típicos casos de responsabilidade objetiva indireta ou oblíqua, se o ato é praticado por terceiro, seja ele empregado, preposto, serviçal ou prestador de serviço ligado ao imputado, e essa ligação deve constar da lei. Esse tipo de responsabilidade existe porque a antijuridicidade da conduta, por si só, ou seja, a responsabilidade direta do agente não satisfaz o anseio da justiça aristotélica distributiva — com base no brocardo extraído do clássico "Ética a Nicômano" — *"dar a cada um o que é seu"* — fazendo com que haja a necessidade de transcender ou ir além da pessoa causadora do ato ilícito, por sua condição de dependência ou subordinação, para atingir a pessoa do responsável pelo agente causador do dano, desde que haja uma vinculação jurídica entre o responsável direto (empregador ou empresa) e o responsável indireto (empregado, preposto, prestador de serviço).

A interpretação da lei na responsabilidade civil indireta é sempre restritiva, a não ser nos casos explicitamente previstos na lei. Podemos dizer que existe certa analogia entre o art. 942 do Código Civil, que trata da responsabilidade solidária, com o art. 37, inciso VI da Constituição Federal, ou seja, a empresa, assim como o Estado (administração pública dire-

ta, indireta, fundações, autarquias e empresas concessionárias, permissionárias) respondem pelos atos praticados pelos seus agentes, quando por ação ou omissão agem em nome dessas entidades. Responderão, porém, por dolo ou culpa, por ação autônoma de direito de regresso, com seus patrimônios pessoais.

Já o art. 933, do Código Civil, que trata da responsabilidade indireta ou oblíqua, adota em sua plenitude, a responsabilidade civil objetiva, independentemente de culpa.

Se o ato lesivo foi perpetrado por pessoa jurídica, devemos distinguir se foi praticado por meio de representante legal ou estatutário ou de empregado (preposto, prestador de serviço, serviçal etc.). No primeiro caso, a empresa responde, sem que se tenha de fazer qualquer indagação sobre a culpabilidade. No segundo caso, para que a pessoa jurídica possa ser responsabilizada, é necessário que o agente tenha praticado o ato ilícito no exercício de suas funções (inciso III do art. 932), cabendo sempre o direito de regresso contra o causador do dano. Assim sendo, no caso de pessoa jurídica, deve-se sempre verificar a espécie de empresa e a condição do agente, ou seja, se age em nome da entidade ou a seu serviço.

Para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva e subjetiva as disposições legais procuram disciplinar a responsabilidade civil da empresa, dos sócios e dos administradores em se tratando dos vários tipos de sociedade, seja ela sociedade anônima, em nome coletivo, limitada, por comandita simples ou por ações etc. Entretanto, o princípio que prevalece é o da responsabilização da pessoa jurídica, quanto aos atos praticados em sua atividade, levando-se em consideração a sua natureza jurídica.

O artigo 50 do Novo Código Civil firma a responsabilidade dos administradores e sócios, por meio da despersonalização da pessoa jurídica, em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

No que tange aos administradores responsáveis, a lei não distingue entre associados, prestadores de serviços, voluntários, empregados, contadores etc. Seja qual for a natureza da relação jurídica mantida pelo administrador com a pessoa jurídica que administra, ele responde civilmente, em caso de abuso de personalidade jurídica, por atos de sua gestão.

O empregador responde perante terceiros (inclusive em face de outros empregados, clientes etc.) pelos atos de seus prepostos "no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele" (art. 932, inciso III), o que lhe assegura o direito de regresso, "salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz" (art. 934).

Na hipótese de inadimplência contratual do empregador por culpa do empregado, este apenas responderá regressivamente pelas custas, honorários advocatícios e juros de mora acrescidos à prestação principal, bem como pela indenização complementar referida no parágrafo único do art. 404 do Novo Código Civil. Isso pelo fato de a obrigação principal decorrer da obrigação contratual assumida pelo empregador, da qual ele não pode

se esquivar, mesmo que o inadimplemento decorra de ato culposo de seu empregado ou preposto. O § 1º do art. 462 da CLT estipula que em caso de dolo, o empregado pode sofrer descontos em seu salário, independentemente de autorização. Já na hipótese de ato culposo, o desconto depende de expressa autorização do empregado.

O art. 1.175 do Novo Código Civil trata da responsabilidade subsidiária (ou secundária) do empregado, quando ele age em nome da empresa causando danos a terceiros pela inadimplência contratual. Este artigo limita-se ao empregado-gerente por expressa disposição legal. Seria o caso, por exemplo, do gerente que, em nome da empresa, se responsabiliza pelo não pagamento de horas extras prestadas pelos empregados de um estabelecimento. Nessa hipótese, tanto o gerente como a empresa respondem pela inadimplência. Obviamente, a responsabilidade principal é do empregador, já que o pagamento das horas extras consta de suas obrigações.

Do art. 933 podemos inferir a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando* para ensejar a responsabilidade civil. No que respeita ao empregador, a culpa pode se configurar em ambos os casos: *in eligendo e in vigilando*. No caso de responsabilidade do empregador por atos de seus empregados, a interpretação jurisprudencial orientava-se no sentido de não aceitar a prova da ausência de culpa *in eligendo* do patrão, como se depreende da Súmula n. 341 do TST : "Empregador — Culpa presumida — É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto". A culpa *in vigilando* cabe nos casos de acidente de trabalho por negligência patronal em exigir, verificar e acompanhar se os equipamentos de segurança estão sendo efetivamente utilizados pelos empregados.

Agora no Novo Código Civil, o empregador ou a empresa, no que respeita aos atos praticados pelo empregado, bem como daqueles que, mesmo gratuitamente, tenham participado de produtos de crime, passaram a responder objetivamente pelos danos causados, ou seja, independentemente de culpa.

Deve-se registrar que, em todos os casos de responsabilidade indireta, vigora o princípio do direito de regresso daquele que suporta seus efeitos contra o agente que tiver praticado o ato antijurídico, exceto na hipótese da responsabilidade paterna, em face de motivos de ordem moral e de organização familiar.

Outros artigos do Código Civil de 2002 plenamente aplicáveis ao Direito do Trabalho são os seguintes:

> Art. 935. *"A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".*

Aqui poderíamos destacar aqui alguns casos típicos de justa causa, dispostos no art. 483 da CLT.

Art. 942. *"Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único: São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".*

Em princípio, a responsabilidade é individual, mas existem casos de responsabilidade indireta, em que uma pessoa jurídica (ou empregador pessoa física) responde por ato de terceiro (empregado), consoante o art. 932, incisos I a V. Aplica-se aqui o princípio da solidariedade, em que tanto o agente causador do dano como o seu responsável, por relação vinculativa jurídica, de dependência ou subordinação, são obrigados pela reparação integral do dano. O mesmo princípio da solidariedade aplica-se diante do concurso de agentes na prática do ilícito, isto é, quando duas ou mais pessoas violam direito de outrem e lhe causam dano.

Art. 943. *"O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança. O herdeiro responde até o limite de sua herança. Feita a partilha, os herdeiros só respondem, cada qual na proporção da parte que lhe couber na herança".*

Art. 944. *"A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização".*

O Código Civil de 2002 passou a adotar o princípio da gradação da culpa, influenciando o *quantum satis* da indenização, possibilitando sua diminuição em face de eventual desproporção entre a gravidade da culpa e o dano efetivamente causado.

O critério para a fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar (lucros cessantes) e do que efetivamente perdeu (lucros emergentes). Tendo o evento danoso interrompido a sucessão normal dos fatos e da vida do ofendido, a reparação pecuniária deve provocar um novo estado de coisas que se aproxime tanto quanto possível daquela situação anterior, o *status quo ante bellum*, isto é, daquela situação que, segundo a experiência humana, seria a existente se não tivesse ocorrido o dano.

Como é facilmente observável, o Novo Código privilegia ainda mais a função do juiz, conferindo-lhe amplos poderes, tanto na definição da forma, como na extensão da reparação cabível no caso concreto.

Art. 945. *"Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".*

Casos semelhantes são aplicados nas excludentes da responsabilidade do Estado por atos praticados por seus agentes. (culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente, culpa de terceiro etc.)

Deverá ser levada em consideração, neste caso, na fixação da indenização, a existência de culpas recíprocas ou concorrentes, cabendo ao juiz verificar, no caso concreto, o grau de participação culposa da vítima.

> Art. 949. *"No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes, até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido".*

Este artigo trata da reparação dos danos materiais (despesas de tratamento médico e lucros cessantes) e dos danos materiais resultantes da ofensa à integridade física e psíquica, inerentes aos direitos da personalidade.

O dano moral constitui um *danmum in re ipsa*, ou seja, dispensa a prova do prejuízo em concreto, sendo sua existência presumida por se verificar na realidade dos fatos e emergir da própria ofensa causada, já que surge da violação a um direito da personalidade.

> Art. 950. *"Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único: O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez".*

Este artigo cuida da ofensa à integridade física que acarreta defeito físico que impossibilite ou diminua a capacidade de trabalho do ofendido, com o estabelecimento de indenização pelos danos materiais: despesas de tratamento médico, lucros cessantes até o fim da convalescença e pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação sofrida. Este dispositivo não trata do dano moral. Dispõe, sobretudo, do dano estético, assim definido por *Tereza Ancona Lopes*[4]: *"aquele que decorre de modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um enfeamento e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral".*

Na maior parte dos casos, o dano estético acaba por afetar as duas esferas da personalidade do ofendido: a esfera sentimental, ou afetiva, e a esfera social da personalidade do lesado, abrindo-se, portanto, o ensejo para a reparação dupla: por danos materiais e morais.

---

(4) *Lopes, Tereza Ancona.* "O dano estético: responsabilidade civil", 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 38.

Art. 953. *"A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único: Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso".*

Este artigo trata da reparação dos danos por violação à honra, que consiste em direito da personalidade, composto de dois aspectos: objetivo — que trata da consideração social, e subjetivo — que se refere à auto-estima.

A injúria ofende a honra subjetiva, conceituada como a "manifestação de conceito ou de pensamento que represente ultraje, menosprezo, menoscabo, insulto a outrem".[5]

A difamação atinge a honra objetiva, definida como a atribuição "de fato que constitui motivo de reprovação ético-social".[6]

Já a calúnia viola a honra objetiva, definindo-se como a "imputação de fato qualificado como crime".

Além da possibilidade de cumulação do dano material e do dano moral (Súmula n. 37 do STJ), o princípio da reparação do dano moral está consagrado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X.

Art. 954. *"A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único: Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I — o cárcere privado; II — a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III — a prisão ilegal".*

O direito à liberdade e o direito à vida constituem os mais expressivos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Têm, como formas de manifestação, a locomoção, a liberdade de pensamento e sua expressão, de crença e prática religiosa, de escolha e exercício da atividade profissional, de relacionamento social etc.

Casos típicos que se enquadram neste artigo foram os casos de trabalhadores flagrados em cárcere privado em fazendas do Estado do Pará. Trabalhadores eram mantidos em alojamentos precários, sem as mínimas condições de saúde e de higiene, em ostensivo atentando à dignidade da pessoa humana que demanda reparação por danos morais e materiais. O Estado para amparar esses trabalhadores e lhes prover algum tipo de assistência pecuniária, abriu-lhes a possibilidade de enquadramento no Seguro-Desemprego, em valor igual ao salário mínimo, pelo prazo de três meses.

---

(5) *Bittar, Carlos Alberto.* "Os direitos da personalidade", 3ª ed., Rio de janeiro: Forense Universitária, pág. 129.

(6) *Idem, ibidem*, pág. 129.

V — A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA NA PRÁTICA DO DIREITO DO TRABALHO

Entre os inúmeros casos de aplicação da responsabilidade subjetiva e objetiva no caso concreto do Direito do Trabalho, relacionamos alguns casos, em que procuraremos demonstrar a ampla aplicação, de longa data, da responsabilidade objetiva na regulação das relações entre o capital e o trabalho, como segue:

1) Grupo de empresas. Existindo ou não relação de subordinação ou de coordenação entre as empresas do mesmo grupo, existe **responsabilidade objetiva** delas em face dos direitos trabalhistas, por presunção *juris tantum*. É o patrimônio do grupo que garante os direitos dos trabalhadores e em qualquer tipo de cisão, fusão, incorporação ou alteração societária, a regra é: "para onde vai o patrimônio deve ir a demanda trabalhista". No caso do grupo de empresas como empregador único, a jurisprudência já pacificou a tese de sua solidariedade ativa e passiva.

2) No **grupo econômico típico** — O grupo não é empregador único. A responsabilidade é subsidiária, e não solidária. Temos aqui um caso de obrigação meramente passiva, e não ativa. Na situação atípica, onde o grupo é empregador único, o contrato de trabalho existe com todo o grupo, e a obrigação é solidária, existindo solidariedade ativa e passiva.

3) A OJ (Orientação Jurisprudencial) n. 225 da SDI-I do TST (Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho) traz-nos um exemplo de responsabilidade objetiva do empregador em sucessão trabalhista. Diz o enunciado: "Rede Ferroviária Federal. Responsabilidade trabalhista. As empresas que prosseguiram na exploração das malhas ferroviárias da Rede Ferroviária Federal são responsáveis pelos direitos trabalhistas dos ex-empregados desta, cujos contratos de trabalho não foram rescindidos antes da entrada em vigor do contrato de concessão de serviço respectivo."

4) Caso idêntico é disciplinado pela OJ n. 261 da SDI-I do TST: **Bancos. Sucessão trabalhista.** As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista.

5) Na **extinção do estabelecimento** ou cessação da atividade da empresa temos também casos de responsabilidade objetiva do empregador, pelo risco inerente que corre em relação à atividade produtiva, objeto do art. 2º, da CLT. A Súmula n. 44 do TST destaca: "a cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio". Por outro lado, o direito não contempla a exorbitância do paternalismo nas relações laborais, como ocorre com a cessação da estabilidade provisória de dirigente sindical, a partir da data do fechamento da empresa ou encerramento de suas atividades, sem a responsabilidade do empregador pelo

pagamento das verbas até 12 meses após o respectivo mandato. É que o direito visa a proteção do trabalhador, o que não se confunde com um paternalismo exacerbado. O mesmo acontece com os salários dos empregados que somente são devidos até a data de extinção ou de cessação das atividades da empresa.

Mesmo nos casos de força maior, consoante os arts. 501 e 502 da CLT, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que todo acontecimento que atinge a empresa entra na esfera jurídica de responsabilidade do empregador. Não cabe ao empregado correr o risco do negócio. A força maior não desobriga o pagamento de indenizações por parte do empregador. Apenas tem o condão de as reduzir, em alguns casos pela metade, embora a jurisprudência invariavelmente seja exigente, rejeitando com freqüência a configuração de força maior.

6) Outro caso de responsabilidade objetiva podemos inferir do Enunciado 291 do TST: "**Horas extras. Supressão.** A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seus meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão".

7) A responsabilidade objetiva do empregador também se manifesta na **dispensa obstativa.** De acordo com o Enunciado n. 306 do TST: Indenização adicional. É devido o pagamento de indenização adicional na hipótese de dispensa injusta do empregado, ocorrida no trintídio que antecede a data-base.

8) No caso do **trabalho temporário**, amparado na Lei n. 6.019/74, o Enunciado n. 331 do TST dispõe sobre a responsabilidade do tomador de serviços. Nos casos de intermediação de mão-de-obra (prestação de serviços), com fraude à lei (art. 9º, CLT), temos o caso de autêntica solidariedade, de acordo com o art. 942, do Código Civil.

O Enunciado n. 331 do TST assim dispõe: *"I — a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços. No caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74); II — a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II da CF de 88); III — não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta; IV — o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial".*

9) A responsabilidade solidária passiva do **empreiteiro principal**, se o subempreiteiro não honra dívidas trabalhistas com os seus empregados. Vige neste caso o art. 275 do Código Civil, em conexão com o art. 455, da CLT, impondo a responsabilidade subsidiária ou secundária ou, ainda, solidariedade com benefício de ordem, nas ações onde os empregados do subempreiteiro demandam o empreiteiro principal.

10) **Falta de anotação da Carteira de Tempo de Serviço e de Previdência Social.** Trata-se de gravíssima ofensa aos direitos materiais e morais do empregado que podem ensejar reparação por dano material e moral. O fato de não registrar o empregado é gravíssimo e enquadra no rol da responsabilidade objetiva do empregador, pois obsta o direito básico de aposentadoria, além de deixá-lo em posição de inferioridade em relação aos demais empregados, devidamente registrados. Para diminuir a informalidade no mercado de trabalho no Brasil, creio que uma das mais eficazes medidas a ser adotada seria a utilização efetiva da legislação já em vigor que penaliza o empregador que deixa de anotar a CTPS de seus empregados, como forma de burlar ou fraudar a legislação trabalhista e previdenciária.

11) O **consórcio de empregadores rurais.** Portaria n. 1.964/99 e o art. 25 da Lei n. 8.212/91, por meio dos quais os empregadores rurais, pessoas físicas, compartilham a mesma mão-de-obra. A existência do pacto de solidariedade entre eles suscita a responsabilização objetiva de todos pelos direitos dos trabalhadores, sejam eles de índole material ou moral; idêntica situação de responsabilidade objetiva encontramos nos casos de **Condomínio de empregadores rurais.**

12) Podemos citar como casos de autêntica solidariedade e portanto, de responsabilidade objetiva, os **condomínios residenciais** — Lei n. 2.757/56, art. 3º que dispõe que os condôminos respondem solidariamente (se o condomínio não pagar, pagam os condôminos, cada uma a sua parte); do operador portuário — Lei n. 9.719/89, art. 2º, § 4º, por meio do qual o trabalhador avulso pode cobrar do operador e do Órgão Gestor da Mão-de-Obra, independentemente do benefício de ordem.

13) O caso da Orientação jurisprudencial n. 191, da SDI-I do TST — Dono da obra — Responsabilidade — Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não impõe responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

14) Temos ainda os casos de responsabilidade do **armador** de navio pelo trabalho em bloco para manutenção de cascos de embarcação, quando o armador contrata empreiteiros. Neste caso, responde o armador pelas obrigações trabalhistas de empreiteiro que contratar para o serviço de bloco, consoante Lei n. 5.385/68, art. 42.

15) **Transferência do empregado brasileiro para o exterior na construção civil, por empresa estrangeira com sócio no Brasil**, com no míni-

mo 5% do capital social. Lei n. 7.064/82, arts. 12, 13 e 19. Havendo inadimplência do sócio estrangeiro, a responsabilidade objetiva é do sócio brasileiro, ocorrendo típico caso de solidariedade.

16) Por meio do Tratado Internacional de Itaipu, Decreto n. 75.242/75, art. 12, a **Itaipu Binacional** responde subsidiariamente pelas obrigações resultantes de contratos de trabalho celebrados pelos empreiteiros ou subempreiteiros de obras e locadores ou sublocadores de serviços.

17) A **dispensa discriminatória** disposta na Lei n. 9.029/95, art. 4º, também tipifica casos de discriminação no emprego e proíbe práticas discriminatórias nas relações de trabalho, ensejando a readmissão com pagamento dos atrasados, a percepção em dobro das verbas trabalhistas, e em alguns casos reparação por danos morais.

18) O caso da **responsabilidade objetiva do empregador em relação à gestante**, de acordo com a Orientação Jurisprudencial n. 88 da SDI I do TST que assim se expressa: "Estabilidade — Gestante — Estabilidade provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, *b*, da ADCT)".

19) A **responsabilidade objetiva do empregador** em relação ao **acidentado**. Sabemos que o acidentado precisa de 16 dias afastado para receber o auxílio-doença acidentário. Se o empregador, dolosamente, deixa de emitir a CAT — Comunicação de Acidente de Trabalho — responde objetivamente, pois não poderá se beneficiar da própria torpeza (LICC — Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3º, ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece). Se não houver neste caso o afastamento e, por conseqüência, o empregado deixa de receber o auxílio-doença acidentário, pré-requisito para a obtenção da estabilidade provisória a responsabilidade é do empregador negligente. Vejamos a OJ n. 230, da SDI I do TST — "o afastamento do trabalho por prazo superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário constituem pressuposto para o direito à estabilidade prevista no art. 118 da Lei n. 8.213 de 1991, assegurada por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença". A OJ n. 105 da SDI I do TST também assim se expressa: Estabilidade. Provisória. Acidente de trabalho. É constitucional o art. 118 da Lei n. 8.213 de 1991".

20) Nesta mesma esteira podemos enquadrar o **aviso prévio indenizado**, pela superveniência de auxílio-doença, que vem regulado pela OJ n. 135 da SDI I do TST: "Os efeitos da dispensa só se concretizam depois de expirado o benefício previdenciário, sendo irrelevante que tenha sido concedido no período do aviso prévio já que ainda vigorava o contrato de trabalho". Acrescenta ainda a OJ n. 268 da mesma SDI I — "Indenização adicional. Aviso prévio. Estabilidade provisória. Somente após o término do período estabilitário é que se inicia a contagem do prazo do aviso prévio para efeito das indenizações previstas nos artigos 9º da Lei n. 6.708/79 e 9º da Lei n. 7.238/84".

21) **Seguro-desemprego**. De acordo com a OJ n. 210 da SDI I do TST, o não fornecimento pelo empregador da guia necessária para o rece-

bimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização. Outro caso típico de responsabilidade objetiva do empregador, que poderá ser decorrente de uma responsabilidade indireta. É o caso de negligência de um de seus empregados. Se houve dolo ou culpa do empregado, o empregador terá o direito da ação regressiva contra ele.

22) Podemos também dizer que cabe a responsabilidade objetiva do empregador nos casos de **pagamentos genéricos feitos nos Planos de Demissão Voluntária**, após o aparecimento no mundo do Direito da OJ n. 270 da SDI I do TST. PDV. Transação. Quitação. A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo. Logo, aplica-se neste caso o adágio da sabedoria popular que diz: "quem paga mal, paga duas vezes", por inobservância a preceitos legais. Essa orientação acha-se em íntima conexão com o Enunciado n. 330 do TST sobre quitação de parcelas salariais.

VI) CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pedra de toque do Direito do Trabalho é a não imputação dos riscos da atividade econômica ao empregado, correlata à sua não participação nos resultados financeiros do empreendimento. Com esse entendimento, o Judiciário Trabalhista adota, há décadas, a teoria da responsabilidade objetiva, com fulcro no artigo 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

No Processo do Trabalho, a responsabilidade dos sócios é objetiva, respondendo os mesmos com seus respectivos patrimônios no caso de descumprimento de obrigações trabalhistas, de forma a não permitir o locupletamento indevido do trabalho alheio.

Faculta-se ao juiz, nesse campo, adotar a teoria da despersonalização da pessoa jurídica, gravada no art. 2º, § 2º da CLT, fazendo com que o crédito trabalhista busque o patrimônio do devedor onde quer que ele se encontre, como um direito de seqüela. Se o patrimônio da pessoa jurídica desaparecer ou não for encontrado, os sócios e os diretores responderão com seus patrimônios particulares.

O Novo Código Civil de 2002 veio sedimentar esse entendimento com a adoção explícita da teoria da responsabilidade objetiva, já aplicada no caso concreto há décadas no Direito do Trabalho.

O legislador houve por bem, no que foi feliz e oportuno, promover uma espécie de completude no âmbito da responsabilidade civil no Novo Código, por um lado bipartindo-a em responsabilidade subjetiva e objetiva, enquanto por outro essas duas espécies de responsabilidade se completam, aperfeiçoando o ordenamento jurídico e tornando-o mais condizente com a realidade dos fatos.

Da mesma forma que os princípios da eticidade, a operabilidade e a socialidade nortearam a criação do Novo Código Civil, podemos dizer que a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, que agora se complementam

no sentido de dar proteção ao ofendido, transmutou-se de uma concepção individualista para assumir na atualidade uma concepção fundamentalmente social, postando-se em linha com os institutos modernos de proteção à dignidade da pessoa humana.

Na busca do aperfeiçoamento dos institutos da responsabilidade civil objetiva e subjetiva no Direito do Trabalho precisamos criar, sem tardar, por meio dos canais legislativos, uma norma jurídica de proteção aos direitos trabalhistas que tenha o rigor do art. 135 do Código Tributário Nacional, o qual estatui: "são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto: III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".

Somente com o aprimoramento de nossos institutos, teremos condições de mitigar a perpetração de ofensas materiais e principalmente morais à pessoa do trabalhador, pois ela, dependendo da pessoa, atinge as profundezas do ser, o recôndito do espírito, aquilo que ele possui de mais íntimo, que deveria ser indevassável, e uma vez atingido, de forma violenta e injusta, dificilmente desaparece. Sempre voltará à tona, à consciência do indivíduo, de acordo com as circunstâncias e estado de espírito. Essa dor moral não tem a característica da dor física ou do dano material, pois o equilíbrio dificilmente será restabelecido e às vezes tem um caráter irreversível. As duas dores são, na maioria das vezes, invisíveis, só que a física se manifesta na carne; já a dor moral, no coração e na mente dos homens.

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL E REPERCUSSÕES NO DIREITO DO TRABALHO

OTAVIO PINTO E SILVA(*)

1. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

O Direito das Obrigações foi um dos ramos do Direito Civil que ao longo das últimas décadas passou por substanciais transformações.

De início, fundava-se no princípio da autonomia da vontade, de modo que os contratantes modelavam a seu gosto os direitos e obrigações. A concepção liberal e privatista estabelecia que o Estado não deveria intervir senão para assegurar o respeito às convenções (*pacta sunt servanda*).

A concepção moderna, no entanto, é diferente. A autonomia da vontade continua a ser assegurada, mas não mais como a expressão de um individualismo exacerbado. O Estado passou a interferir mais intensamente nas relações entre os particulares e amplos setores do Direito passaram a ser dominados por normas de ordem pública, estabelecendo-se assim o chamado "dirigismo contratual". Esse fenômeno manifestou-se com clareza no Direito do Consumidor e no Direito do Trabalho.

Há quase trinta anos, ao discorrer sobre tendências do Direito do Trabalho, *Orlando Gomes* já apontava as transformações do Direito das Obrigações como a consagração de uma nova ordem jurídica, que se emanciparia do voluntarismo decadente e reformularia conceitos vinculados a pressupostos extintos.

Nas palavras do citado autor, "*desde o momento em que a limitação da autonomia privada passa a ser uma preocupação moral pela convicção generalizada de se realizar melhor equilíbrio social, todas as relações jurídicas, e não apenas a relação de trabalho, passaram a ser focalizadas desde outro ângulo, especialmente quando se compreendeu que a limitação provém não apenas da intervenção do Estado na*

(*) Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP.

economia, mas também de novos métodos da atividade econômica privada. É, assim, a própria pedra angular do Direito Privado que perde substância"[1].

O processo civil também acompanhou essas transformações, em especial com a introdução no ordenamento de uma abertura para a tutela jurisdicional coletiva, o que se fez por meio da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como afirma *Kazuo Watanabe*, verificou-se a partir dessas leis o fenômeno da molecularização da tutela jurisdicional: em vez de continuar a tratar os conflitos isoladamente, como simples átomos de uma realidade muito mais ampla, o exercício da jurisdição poderia ser efetivado em vista das moléculas em que os átomos se aglutinam.

O exame do Novo Código Civil, desse modo, deve ser realizado tendo em vista essas grandes transformações do Direito das Obrigações, para a partir delas identificar possíveis influências no Direito do Trabalho.

Vejamos então, em primeiro lugar, alguns dispositivos da Parte Geral do Novo Código, relacionados ao negócio jurídico, à capacidade, aos defeitos do negócio jurídico e aos atos ilícitos. Posteriormente, analisaremos a Parte Especial, fazendo referências às modalidades das obrigações, ao adimplemento e à extinção das obrigações, aos contratos e à responsabilidade civil.

2. NEGÓCIO JURÍDICO

O artigo 104 estabelece os requisitos de validade do negócio jurídico: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.

As regras de idade em relação à capacidade passaram a ser as mesmas no Direito Civil e no Direito do Trabalho (conforme artigos 3º e 4º do Novo Código). Assim, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, e relativamente incapazes, os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos.

Curiosa a situação criada a partir da regra do artigo 5º, parágrafo único, inciso V, do Código Civil, que dispõe a cessação da incapacidade pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos tenha economia própria. Nessa hipótese, há plena capacidade para os atos da vida civil, mas não para fins trabalhistas, pois permanecem restrições quanto a alguns tipos de atividades (perigosas, insalubres, noturnas, prejudiciais à freqüência escolar).

O artigo 110 trata da "reserva mental" e prevê que a manifestação de vontade subsiste ainda que seu autor haja feito a reserva mental de não

(1) *Gomes, Orlando.* "Questões de Direito do Trabalho", SP, LTr, 1974, pág. 17.

querer o que manifestou. É um dispositivo que pode vir a ser aplicado nos julgamentos de causas em que se discute a existência ou não de relação de emprego, como por exemplo a do diretor de empresa.

O artigo 111 prevê o silêncio como manifestação de anuência, para fins da celebração do negócio jurídico, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem e não for necessária a declaração de vontade expressa. Desse modo, fica reforçada a idéia da forma livre do contrato de trabalho, que admite até o acordo tácito (artigos 442 e 443 da CLT).

O artigo 113 estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Trata-se de importante restrição à autonomia da vontade no ajuste de interesses, tendo em vista os dispositivos da parte especial que tratam das regras gerais do direito dos contratos, como veremos adiante.

3. DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

A esse respeito, foram previstas novas hipóteses que podem macular o negócio jurídico.

O artigo 156 estabelece o conceito de "estado de perigo", quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Trata-se de hipótese que pode ocorrer no Direito do Trabalho, por exemplo, quando o empregado assume compromisso de prestar horas extras premido pela necessidade de dinheiro para custear tratamento médico de pessoa da família

O artigo 157 prevê a hipótese de "lesão", quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Exemplifique-se com a relação de emprego em que o trabalhador se compromete a assumir encargos de responsabilidade e dificuldade por salário muito baixo, incompatível com a natureza da atividade que deve desenvolver.

Em ambas as hipóteses, o negócio jurídico é anulável, de acordo com o artigo 171, o que poderia levar à discussão em juízo para o reconhecimento do vício.

4. ATO ILÍCITO

O artigo 186 estipula o conceito de ato ilícito, deixando claro que pode resultar em dano "exclusivamente moral". Usa a conjunção "e" no lugar de "ou", de modo que ato ilícito é aquele que viola direito *e* também causa dano, o que gera reflexos na questão da responsabilidade civil, como veremos na análise da Parte Especial do Código.

O artigo 187 define o abuso de direito, ao estabelecer que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os

limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Esse conceito pode ser útil para os Tribunais Trabalhistas especialmente no que se refere ao julgamento dos dissídios de greve.

5. MODALIDADES DAS OBRIGAÇÕES

O Código mantém a tradicional classificação das obrigações nas modalidades de dar (coisa certa ou incerta), fazer ou não fazer.

Os artigos 249, parágrafo único e 251, parágrafo único trouxeram inovação importante, pois autorizam o credor a tomar medidas em casos de urgência, sem necessidade de autorização judicial e sem prejuízo do ressarcimento devido, respectivamente nos casos de obrigações de fazer e de não fazer. Esses dispositivos podem ter utilidade, por exemplo, para a tutela de direitos trabalhistas não-patrimoniais.

6. ADIMPLEMENTO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

O artigo 316 prevê que é lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas, regra que pode ajudar a celebração de acordos no processo do trabalho, em especial quando as partes estabelecem o pagamento dividido em diversas parcelas.

O artigo 317 estabelece que no caso de desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, o juiz pode corrigi-la a pedido da parte, para assegurar o valor real da prestação.

O artigo 330 assegura que o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de pagamento de acordo no escritório do advogado ou mediante depósito em conta bancária e não na Secretaria da Vara, diferentemente do que tinha sido pactuado na ata da audiência.

7. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, PROBIDADE E BOA-FÉ

Quando o Código trata de disposições gerais dos contratos, há algumas regras que podem gerar implicações para os contratos de trabalho (tanto para os contratos individuais quanto para as convenções e acordos coletivos).

O artigo 421, por exemplo, estatui que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O sentido da expressão "função social do contrato" deve levar em consideração a idéia de interesse público que está por limitar a autonomia dos contratantes: o parágrafo único do artigo 2035 prevê que nenhuma

convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como o estabelecido pelo Código Civil para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Já o artigo 422 impõe aos contratantes a obrigação de guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Esses dois dispositivos (artigos 422 e 423), quando interpretados em conjunto, pretendem atribuir às relações jurídicas contratuais um caráter justo, mediante a observância de limites que inibam a utilização dos contratos como meio de submissão do hipossuficiente à parte que detém melhores condições (não apenas sob o aspecto econômico, mas também cultural). O objetivo é evitar que, de forma desleal, a parte mais poderosa imprima ao contrato termos que a beneficiem, em prejuízo da outra.

Mais do que buscar a efetiva igualdade entre as partes contratantes, a função social do contrato deve ter em vista interesses maiores da sociedade, que podem eventualmente extrapolar os interesses estritamente privados dos contratantes.

Assim, por exemplo, o contrato de trabalho deve observar normas de medicina e segurança do trabalho que interessam a toda a sociedade, uma vez que o trabalhador empregado é segurado obrigatório da previdência social.

A idéia de probidade é simples, pois está relacionada aos conceitos de integridade, honestidade, retidão, que devem orientar a celebração e a execução do contrato.

Já a obrigatoriedade de observar a boa-fé surge como um conceito indeterminado, que carece de preenchimento com valorações a operar em cada caso concreto.

O jurista português *Antonio Menezes Cordeiro* explica que o conteúdo normativo da boa-fé exprime-se de modo particular através de dois princípios:

> a) *princípio da proteção da confiança:* não se deve suscitar uma situação infundada de confiança, nem desamparar a confiança legítima que já tenha sido suscitada; e
>
> b) *princípio da primazia da realidade subjacente:* deve-se procurar lidar com os valores efetivamente em jogo, de modo a fazê-los atuar em sua substância, não bastando uma mera conformação formal com os esquemas juridicamente prescritos[2].

Esses conceitos são muito importantes no Direito do Trabalho, por exemplo, quando se trata da credibilidade de um sistema que privilegie a negociação coletiva para a produção de normas jurídicas trabalhistas: ago-

---

(2) *Cordeiro, Antonio Menezes.* "Manual de Direito do Trabalho", Coimbra, Almedina, 1991, pág. 269.

ra que se fala em um possível reforma trabalhista, em prevalência do negociado sobre o legislado, não se pode olvidar que é indispensável a presença da boa-fé nos entendimentos mantidos entre os representantes de trabalhadores e de empresários.

A necessidade de observar a boa-fé não conduz, de forma alguma, a que as partes desamparem os interesses que representem ou que enfraqueçam as suas defesas; na verdade, a boa-fé apenas impõe a obrigação de negociar efetivamente, procurando conduzir a um consenso e prevenindo atitudes alheias à busca séria de um acordo ou comportamentos suscetíveis de gerar efeitos contraproducentes ou que surjam estranhos ao procedimento em curso.

8. CONTRATO DE ADESÃO

Ainda no que se refere às disposições do Código sobre os contratos, vale lembrar o artigo 425, quando prevê que, nos contratos de adesão com cláusulas ambíguas ou contraditórias, deve ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente.

Considerando que na maioria das vezes o contrato de trabalho se caracteriza como um contrato de adesão, essa norma pode ser aplicada na interpretação de seu conteúdo.

9. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

O artigo 478 prevê a hipótese de resolução do contrato se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Sem dúvida, trata-se de dispositivo que pode ser aplicado ao Direito do Trabalho: por exemplo, no exame das obrigações impostas em convenções e acordos coletivos de trabalho.

10. CONTRATO PRELIMINAR

O Código Civil também instituiu o contrato preliminar (artigos 462 e seguintes), instituto que certamente pode ser usado no Direito do Trabalho, permitindo exigir a celebração de um contrato de trabalho definitivo.

11. CONTRATOS DE ATIVIDADE

Especial destaque merece a abertura para a regulamentação dos chamados contratos de atividade, que pode ser estabelecida a partir do Novo Código Civil.

O artigo 593 prevê que a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelos dispositivos deste Capítulo do Código Civil.

Teresa Ancona Lopez anota que andou bem o Novo Código ao adotar a nomenclatura "prestação de serviço" e não mais locação de serviços, pois locação no mundo contemporâneo é somente de coisas: o antigo Código guardava influência do direito romano, em que os escravos eram coisas. Hoje, em respeito à dignidade do ser humano, não há que se falar em aluguel de pessoas ou do trabalho delas(3).

Está aberto o espaço para o debate doutrinário sobre a questão da parassubordinação, um novo conceito que pode ser utilizado para atrair para o Direito do Trabalho a proteção de uma parcela dos trabalhadores que hoje está marginalizada.

Na Itália debate-se uma nova regulamentação para o trabalho a partir do conceito de parassubordinação, que representa um meio-termo entre o trabalho autônomo e o subordinado.

Trata-se de relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando a colaborar para os fins do empreendimento.

No trabalho autônomo tradicional, o trabalhador assume a obrigação de produzir um determinado resultado e essa obrigação está fadada a se extinguir no exato momento de sua execução e da conseqüente satisfação do interesse do contratante.

Distinta é a situação em que o trabalhador assume a obrigação de atingir uma *série de resultados consecutivos*, coordenados entre si e relacionados a interesses mais amplos do contratante, interesses que não estão limitados aos que derivam de cada prestação individualmente considerada.

Para o conceito de trabalho parassubordinado assume relevância a idéia de *coordenação*, no sentido de uma peculiar modalidade de organização da prestação dos serviços.

O trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas a sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de poder de controle e de coordenação a cargo do tomador dos serviços.

Há *continuidade* na relação de trabalho parassubordinado, pois a prestação de serviços deve se destinar a atender uma necessidade do tomador que tenha um determinado prolongamento no tempo, à vista dos interesses de ambas as partes.

Também há *pessoalidade*, uma vez que a natureza pessoal da prestação dos serviços deve preponderar. O prestador dos serviços atua como um pequeno empreendedor, organizando em torno de si todas as atividades voltadas ao atendimento das necessidades do tomador.

---

(3) *Lopez, Teresa Ancona*. "Comentários ao Código Civil", vol. 7, coord. Antonio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Saraiva, 2003, pág. 189.

O Novo Código Civil permite fazer uma alusão a contrato em que se evidencie essa situação, quando o art. 605 estabelece que "*nem aquele a quem os serviços são prestados poderá transferir a outrem o direitos aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste*".

Existe a *colaboração*, entendida como uma ligação funcional entre a atividade do prestador dos serviços e aquela do destinatário da prestação profissional.

A atividade do trabalhador é indispensável para que o tomador possa atingir os fins sociais ou econômicos que persegue. Os resultados produtivos da atividade do colaborador devem se unir aos da atividade do próprio tomador dos serviços, observando para tanto critérios qualitativos, quantitativos e funcionais, uma vez que a atividade laboral é prometida pelo trabalhador tendo em vista um programa que é consensualmente definido.

Essa atividade de colaboração do trabalhador é prevista em um contrato de trabalho com o objetivo de atingir uma *série de resultados*. Aí reside, justamente, a importância da coordenação, pois permite a diferenciação tanto da subordinação quanto da autonomia. Coordenação, então, surge com o sentido de "ordenar juntos": significa que ambas as partes possuem medidas a propor para alcançar o objetivo comum.

As inovações tecnológicas que marcaram o final do século XX levaram ao surgimento de novas modalidades de trabalho, fora da equação tradicional "emprego = trabalho subordinado", o que implica a necessidade de revisão do contrato de trabalho.

A noção de parassubordinação, desenvolvida pelo direito italiano, pode ser bastante útil nesse contexto, caso seja utilizada para regulamentar algumas dessas novas modalidades de trabalho, por meio dos contratos de atividade.

12. RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme a teoria clássica, a culpa é o fundamento da responsabilidade. Diz-se assim "subjetiva" a responsabilidade quando se baseia na idéia de culpa.

A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do autor do dano somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa.

A lei pode, porém, impor a certas pessoas e em determinadas situações a reparação de um dano cometido sem culpa, configurando a responsabilidade "objetiva" ou legal. Bastam a existência do dano e o nexo de causalidade.

Essa teoria tem como pressuposto o de que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

A base dessa teoria é a idéia do *risco*: toda pessoa que exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros, devendo ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. São duas as explicações desse risco:

a) Risco-proveito: é reparável o dano causado a outrem em conseqüência de uma atividade realizada em benefício do responsável.

b) Risco-criado: é o risco a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, se dispuser a suportá-lo, pelo simples fato de expor outrem a sofrer um dano.

Em matéria de responsabilidade civil, há especial interesse no estudo dos atos ilícitos, que são aqueles praticados com infração ao dever legal de não violar direito e não lesar outrem.

Conforme prevê o artigo 186, já analisado acima, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. São portanto *pressupostos da responsabilidade civil*:

a) *ação ou omissão voluntária* = DOLO, ou seja, violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico;

b) *negligência ou imprudência* = CULPA;

c) *relação de causalidade*, isto é, a relação de causa e efeito entre a atuação do agente e o dano verificado;

d) *dano*, que pode ser material ou simplesmente moral, sem repercussão na esfera patrimonial do ofendido.

O Novo Código Civil aperfeiçoou o conceito de ato ilícito ao dizer que o pratica quem "violar direito *e* causar dano a outrem", substituindo a conjunção "ou" usada no artigo 159 do Código anterior. Sendo assim, a obrigação de indenizar decorre da existência de violação de direito e do dano, concomitantemente.

Desse modo, comete ato ilícito o empregador que não fornece o EPI obrigatório em razão do tipo de atividade econômica, sujeitando o trabalhador ao dano, configurado no surgimento de doença ocupacional ou na ocorrência de acidente de trabalho.

Destaque-se ainda que é novidade desse artigo do Código a referência ao fato de que o dano pode ser "exclusivamente moral".

Já o artigo 187 prevê que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Comete abuso de direito, por exemplo, o empregador que obriga o empregado a permanecer na empresa durante o período de aviso prévio, impedindo-o no entanto de exercer qualquer atividade.

Esses dois dispositivos (artigos 186 e 187) são muito importantes, pois vão levar à fixação dos parâmetros para a *obrigação de indenizar*.

Com efeito, prevê o artigo 927, *caput*, a responsabilidade subjetiva: aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O ato ilícito é, portanto, fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. A obrigação de reparar o dano é uma conseqüência do ato ilícito, em conformidade com o citado artigo 927.

Por exemplo, comete ato ilícito o empregador que, por omissão voluntária, deixa de entregar as guias para o empregado obter o seguro-desemprego, sujeitando-se assim a pagar a indenização em valor correspondente ao benefício que o trabalhador não pôde usufruir.

Já o parágrafo único do artigo 927 estabelece a responsabilidade objetiva: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O artigo 2º da CLT, ao conceituar o empregador, deixa clara a idéia de que cabe a esse "assumir os riscos da atividade econômica". Desse modo, pode ser responsabilizado por danos causados aos empregados ou a terceiros, em decorrência da atividade econômica que desenvolve. É o caso, por exemplo, de danos causados aos empregados, em atividades insalubres ou perigosas.

13. CONCLUSÃO

O Novo Código Civil ainda deverá ser muito estudado e debatido, mas desde já fica claro que muitas disposições relativas aos direitos das obrigações têm aplicabilidade ao Direito do Trabalho.

Caberá aos advogados, procuradores e juízes a tarefa de acompanhar a evolução do Direito das Obrigações para, sempre que possível, valer-se da aplicação subsidiária do direito comum (prevista no artigo 8º, parágrafo único, da CLT) e recorrer aos dispositivos do Novo Código Civil, tendo em vista a resolução de problemas que possam surgir no quotidiano das relações de trabalho.

DOUTRINA NACIONAL

REFORMA DE SENTENÇA TERMINATIVA E JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO NO PROCESSO DO TRABALHO

ESTÊVÃO MALLET(*)

1. Introdução; 2. Efeito devolutivo de recurso contra sentença terminativa antes da Lei n. 10.352/2001; 3. Duplo grau de jurisdição, devido processo legal e julgamento imediato do mérito em caso de reforma de sentença terminativa; 4. Antecedentes legislativos e direito comparado; 5. Fundamentos da regra; 6. Compatibilidade com o processo do trabalho; 7. Pressupostos para o julgamento imediato do mérito em caso de reforma de sentença terminativa; 8. Natureza da atribuição de julgamento imediato do mérito; 9. Julgamento imediato do mérito e conduta do recorrente; 10. Âmbito de incidência; 11. Procedimento aplicável; 12. Impugnação do pronunciamento sobre a aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC; 13. Direito intertemporal.

1. INTRODUÇÃO

A reforma da legislação processual, iniciada em 1994, compreende medidas com diferentes graus de importância. Algumas envolvem correção de imperfeições pouco significativas, por vezes de caráter meramente terminológico, como é o caso, para mencionar apenas um exemplo recente, da nova redação dada ao art. 475, inciso II, do CPC. Substitui-se a equivocada alusão à improcedência da execução pela referência, tecnicamente mais correta, à procedência dos embargos à execução. Outras medidas, ao contrário, contêm avanços muito mais expressivos. Alteram diretrizes tradicionais, deixam de lado princípios sedimentados e abandonam postulados antes considerados intocáveis, tudo para permitir a prestação mais eficien-

(*) Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho, Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado.

te e eficaz da atividade jurisdicional. É o caso do § 3º, introduzido no art. 515, do CPC, que, ao ampliar o efeito devolutivo da apelação, admite o imediato julgamento do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, nos seguintes termos:

> "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".

Para interpretar adequadamente essa regra e bem compreender o seu significado é preciso ter em mente, em primeiro lugar, as limitações antes impostas ao efeito devolutivo da apelação.

2. EFEITO DEVOLUTIVO DE RECURSO CONTRA SENTENÇA TERMINATIVA ANTES DA LEI N. 10.352/2001

De acordo com o regramento em vigor antes da Lei n. 10.352/2001, a apelação, tal como o recurso ordinário do processo do trabalho — não há, entre um meio de impugnação e o outro, nesse ponto, diferença alguma —, tinha efeito devolutivo mais limitado. Quando interposta contra sentença terminativa, não permitia, caso reformada a decisão, o imediato julgamento do mérito do processo[1]. O retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, para exame do mérito, era de rigor, sob pena de nulidade da decisão, em respeito, segundo se imaginava, ao princípio do duplo grau de jurisdição[2].

Na verdade, porém, a apontada limitação do efeito devolutivo da apelação, antes da Lei n. 10.352, era fruto de mera opção legislativa. Não constituía desdobramento do princípio do devido processo legal ou mesmo da garantia de duplo grau de jurisdição. É o que cabe doravante demonstrar.

---

(1) *José Carlos Barbosa Moreira*, "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. V, n. 238, pág. 425.

(2) Assim, expressamente, *Antonio Carlos de Araújo Cintra*, "Sobre os limites objetivos da apelação civil", São Paulo, s. e. p., 1986, pág. 102, e *Humberto Theodoro Júnior*, "Curso de Direito Processual Civil", Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. I, n. 543, pág. 505, nota 58. Em jurisprudência: "Apelação civil. *Tantum devolutum quantum appellatum*. Art. 515 do CPC. Duplo grau de jurisdição. Extinto o processo, sem julgamento do mérito, na instância inferior, com base no art. 267, VI, do CPC, não é possível ao juízo de segunda instância, em grau de apelação, apreciar o mérito, julgando procedente a ação, sob pena de comprometer o duplo grau de jurisdição. Recurso extraordinário conhecido e provido." (STF — 1ª T., RE n. 103.588/SC, Rel. Min. Rafael Mayer, julg. em 3.12.84, *in* DJU de 19.12.84, pág. 21.920) e "Apelação. Carência de ação reconhecida pela sentença. Impossibilidade do tribunal, apreciando recurso de apelação, julgar o mérito do pedido inicial. Violação do princípio do duplo grau de jurisdição e ofensa ao art. 515, § 1º, do CPC. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e provido" (STF — 1ª T., RE n. 84.467/SP, Rel. Min. Bilac Pinto, julg. em 19.10.76, *in* DJU de 19.11.76).

3. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, DEVIDO PROCESSO LEGAL E JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO EM CASO DE REFORMA DE SENTENÇA TERMINATIVA

O duplo grau de jurisdição, embora possa ser concebido com maior ou menor amplitude, variando, portanto, de um ordenamento jurídico para o outro[3], normalmente não assegura pelo menos dois juízos sobre todas as questões discutidas no processo. Garante simplesmente a possibilidade de a controvérsia, compreendida em sua integralidade, passar por duplo exame. Como escreve *Mario Villani*, a consagração do duplo grau de jurisdição "*non esige che ogni singola questione venga esaminata due volta: è la controversia nel suo complesso che deve poter passare [...] atraverso due gradi*"[4]. Torna-se isso muito claro quando se consideram os sistemas jurídicos que, embora acolhendo o princípio do duplo grau de jurisdição — como ocorre no direito francês —, permitem, com largueza, a apresentação, perante o tribunal, de questões não examinadas no juízo recorrido[5]. Para essas questões novas não se oferece duplo exame.

Mesmo no direito brasileiro, que, nessa matéria, seguiu a linha do processo austríaco[6], limitando sensivelmente a possibilidade de exame de questões novas no juízo recursal, nunca se afastou completamente o *jus novorum* na apelação. Além do art. 517, do CPC, a própria extensão conferida pelos §§ 1º e 2º, do art. 515, também do CPC, ao efeito devolutivo da apelação permite que certas questões fiquem sujeitas a apenas um julgamento. Se a defesa assenta em dois diferentes fundamentos, pode dar-se a rejeição do pedido por apenas um deles, sem exame do outro. Com o recurso do autor, ao tribunal transfere-se o exame de ambos os fundamentos, inclusive o daquele não apreciado em primeiro grau de jurisdição. Considere-se o seguinte: em reclamação envolvendo pedido de pagamento de horas extras, oferece o reclamado defesa em que alega: a) não-prestação de horas extras; e b) exercício, pelo empregado, de cargo de confiança, incompatível com a exigibilidade de horas extras (CLT, art. 62, inciso II). Julgado improcedente o pedido, com o acolhimento do primeiro fundamento da defesa, o recurso ordinário interposto pelo reclamante devolve ao tribunal o exame integral da lide, nos exatos termos do art. 515,

---

(3) *Enrico Redenti*, "Diritto processuale civile", Varese, Giuffrè, 1985, 2, n. 161, pág. 404.

(4) "Appello (diritto processuale civile)" em "Enciclopedia del Diritto", Varese, Giuffrè, 1958, II, pág. 719. No mesmo sentido, na jurisprudência trabalhista, colhe-se, em acórdão proferido no ROAR n. 736.660, da SDI-II, do Tribunal Superior do Trabalho, relatado pelo Min. João Oreste Dalazen, a seguinte precisa afirmação: "... para a realização do princípio do duplo grau não se quer que o juízo "a quo" haja exaurido a matéria de mérito no julgamento da lide. Basta que haja julgado o(s) pedido(s)." (julg. em 5.3.00, *in* DJU de 12.4.02).

(5) A conjugação do art. 564 com o art. 565, do *Code de Procédure Civile*, permite afirmar a ampla possibilidade de alteração da causa de pedir na apelação do direito francês, desde que não se altere o pedido. É, ao que parece, a conclusão de *Jean Vincent* e *Serge Guinchard* ("Procédure civile", Paris, Dalloz, 1999, n. 1431, pág. 971) e de *Gérard Cornu* e *Jean Foyer* ("Procédure civile", Paris, PUF, 1996, pág. 611).

(6) A propósito, *Luiz Machado Guimarães*, "Efeito devolutivo da apelação", *in* "Estudos de direito processual civil", Rio de Janeiro, Editora Jurídica e Universitária, 1969, pág. 216 e segs.

§§ 1º e 2º, do CPC. Reconhecida a prestação de horas extras, ao tribunal cabe julgar se o empregado exercia ou não cargo de confiança, independentemente de prévia discussão da matéria em primeiro grau. Assim, sobre essa matéria, não haverá duplo juízo, mas apenas o juízo emitido pelo tribunal.

Assim entendido o duplo grau de jurisdição, percebe-se que a possibilidade ou não de exame imediato do mérito do processo, no caso de provimento de recurso interposto contra sentença terminativa, constitui mera decorrência do efeito devolutivo da impugnação. Se esse efeito é mais limitado, por opção do legislador, o exame do mérito não pode ter lugar. Se, diversamente, atribui-se ao efeito devolutivo maior amplitude, pode-se desde logo julgar o mérito do processo. Em qualquer hipótese, contudo, não se elimina o princípio do duplo grau de jurisdição, que se acha preservado pela simples permissão do recurso[7].

De todo modo, o duplo grau de jurisdição não constitui — cumpre dizê-lo com clareza — decorrência necessária da garantia do devido processo legal, de modo que não está posto ao abrigo de qualquer limitação por parte do legislador ordinário. Prova-o a previsão, na Constituição brasileira — em que expressamente se acolhe a garantia do devido processo legal —, de causas julgadas em única instância (art. 102, incisos I e III). Expressiva, no particular, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como mostra decisão com a seguinte ementa: "Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional"[8].

A questão é, aliás, absolutamente pacífica na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, em torno da qual se construiu, em grande medida, o conceito de devido processo legal. Em *McKane v. Durston*, por exemplo, registrou a Corte: "*A review by an appellate court of the final judgment in a criminal case, however grave the offense of which the accused is convicted, was not at common law, and is not now, a necessary element of due process of law. It is wholly within the discretion of the state to allow or not to allow such a review. A citation of authorities upon the point is unnecessary*"[9]. Já em *National Union v. Arnold* reafirma-se a mesma idéia

(7) Sem razão, portanto, *José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*, quando afirma que o § 3º, do art. 515, do CPC, "fere o princípio do duplo grau de jurisdição" ("A alteração dos artigos 475 e 515 do CPC e sua aplicação no processo do trabalho", *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 20, pág. 97).

(8) STF — 2ª T., AgRgAI n. 209.954-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 15.9.98, *in* DJU de 4.12.98. Sempre no mesmo sentido, STF, 2ª T., RHC n. 80.919-SP, Rel. Min. Nelson Jobim, julg. em 12.6.01, *in* Informativo STF 232, de 11 a 15 de junho de 2001, STF, 1ª T., AgAICrim n. 248.761/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 11.4.00, *in* DJU de 23.6.00, pág. 10 e, ainda, STF, 1ª T., HC n. 71.124/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 28.6.94, *in* DJU de 23.9.94, pág. 25.314. Isolada e minoritária, pois, a seguinte pronúncia: "...o princípio constitucional da ampla defesa... por si, pressupõe mais de um grau de jurisdição" (STJ — 1ª Seç., MS n. 4.831-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *in* DJU de 16.6.97, pág. 27.308).

(9) 153 U.S. 684.

em matéria civil, consignando-se que "*a statutory review... is not a requirement of due process*"[10]. Nessa mesma linha, *Thomas Cooley*, ao indicar as características do *due process of law*, não menciona, em nenhum momento, o direito ao recurso, referindo-se apenas ao direito de ser previamente ouvido por um tribunal imparcial, com jurisdição adequada e aplicação de punição apenas depois do julgamento[11].

Em síntese, a possibilidade de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, não conflita, de modo algum, com a regra do duplo grau de jurisdição, ao menos nos termos em que ela é tradicionalmente concebida no direito brasileiro, a qual, ademais, não exterioriza desdobramento necessário da garantia constitucional do devido processo legal.

4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS E DIREITO COMPARADO

A nova previsão do § 3º, do art. 515, do CPC, não é completa novidade no direito brasileiro e muito menos no comparado.

As Ordenações Filipinas, que tratavam com largueza do efeito devolutivo da apelação, estendendo-o a ambas as partes, inclusive à que não havia apelado[12], impunham, como regra, o imediato julgamento do mérito do processo em caso de reforma de sentença terminativa, repelindo a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para novo julgamento. Apenas excepcionalmente, havendo requerimento de ambas as partes, é que prevalecia solução diversa. Dispunha o Livro III, Título LXVIII, *princípio*, das Ordenações Filipinas, que manteve a previsão antes existente, nos mesmos termos, no Título LII, do Livro III, das Ordenações Manuelinas: "Quando alguma das partes appellar da sentença, que contra elle fôr dada [...] e depois que o feito fôr concluso, vejam-no os Julgadores, a que o conhecimento de tal appellação pertencer; e se fôr appellado da sentença interlocutória, e acharem que foi bem appellado, e que o appellante foi aggravado pelo Juiz, assi o determinam, e não mandem tornar o feito ao Juiz, de que foi appellado, mas vão por elle em diante, e o determinem finalmente, como acharem por Direito, salvo, se o appellante e o appellado ambos requererem, que se torne o feito à terra perante o Juiz, de que foi appellado, porque então se tornará, e será assinado termo, a que o vão lá seguir". O Código de Processo da Bahia manteve tal diretriz, preceituan-

---

(10) 348 U.S. 37. Ainda em *Reetz v. People of State of Michigan* (188 U.S. 505) pode-se ler: "*Neither is the right of appeal essential to due process of law [...] In civil cases a common rule is that the amount in controversy limits the entire litigation to one court...*". Finalmente, em *Luckenbach S.S. Co. V. United States* (272 U.S. 533) encontra-se a seguinte assertiva: "*The constitutional requirements are all satisfied if one opportunity is had for the trial of all parts of a case. Everything beyond that is matter of legislative discretion, not of constitutional right*".

(11) "The general principles of constitucional law", New Jersey, The Lawbook Exchange, 2000, pág. 224.

(12) *Almeida e Sousa* considera certíssima a máxima segundo a qual a apelação é comum a ambas as partes ("Segundas linhas sobre o processo civil", Lisboa, Imprensa Nacional, 1855, parte II, nota 645, pág. 385).

do, no art. 1.290: "Tendo o juiz de primeira instância deixado, por qualquer motivo, de julgar a causa *de meritis*, a turma ou o juiz da appellação, si entender que isto não obsta que se conheça do pedido, julgará a causa definitivamente".

No direito comparado é paradigmática a solução vigente em França. O art. 568, do *Code de Procédure Civile*, preocupado com a rápida solução do litígio[13], determina: "*Lorsque la cour d'appel est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction, ou d'un jugement qui statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de deonner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction*". A mesma solução prevalece no direito alemão. Envolvendo a sentença pronunciamento negativo sobre a admissibilidade da ação, o juízo do recurso pode, ao examinar a apelação, abster-se de reenviar o exame do litígio ao juízo recorrido, decidindo desde logo a causa em seu mérito, "no caso de o considerar conveniente"[14]. No Cantão de Genebra idêntica possibilidade existe, mas depende de concordância das partes e não de consideração do juízo sobre o exame imediato do mérito do litígio. O art. 311 da Lei de Procedimento Civil, de 1987, acha-se assim redigido: "*Jugement sur incident. 1. Si le jugement n'a tranché qu'un incident, la cour ne statue que sur cet incident; la décision du fond est renvoyée au juge de première instance. 2. Si toutes les parties le requièrent, la cour peut toutefois, en infirmant la décision du premier juge, par le même arrêt, prononcer sur le fond*"[15]. Já no direito belga impõe-se ao juízo do recurso o imediato julgamento do mérito do litígio, ainda quando terminativa a decisão impugnada, impedindo-se mesmo o reenvio da causa ao juízo recorrido, salvo se confirmada determinação de realização de medida instrutória. O art. 1.068 do *Code Judiciaire* tem, na redação francesa, o seguinte texto: "*Tout appel d'un jugement définitif ou avant dire droit saisit du fond du litige le juge d'appel. Celui-ci ne renvoie la cause au premier juge que s'il confirme, même partiellement, une mesure d'instruction ordonnée par le jugement entrepris*". O direito português mostra-se ainda mais avançado. Embora preveja recurso específico em caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, correspondente ao agravo, reservando a apelação para os casos de extinção com julgamento do mérito[16], admite que, ao julgar o agravo, o tribunal desde logo resolva em definitivo o litígio. Preceitua o art. 753, n. 1, do Código de Processo Civil: "Sendo o agravo interposto de decisão final e tendo o juiz de 1ª instância deixado, por qualquer motivo, de conhecer do pedido, o

---

(13) *Jean Vincent* e *Serge Guinchard*, "Procédure civile", *cit.*, n. 1447, pág. 978.

(14) *Othmar Jauernig*, "Direito processual civil", Coimbra, Almedina, 2002, pág. 376. Ainda sobre o tema, na doutrina mais antiga, *Leo Rosenber*, "Tratado de derecho procesal civil", Buenos Aires, EJEA, 1955, tomo II, pág. 399.

(15) Sobre o tema, na doutrina, em texto, contudo, anterior à legislação citada, *Walther J. Habscheid*, "Droit judiciaire prive suisse", Genève, Georg & Cie, 1975, pág. 453.

(16) É a regra geral, como exposto por *João de Castro Mendes*, que sublinha a existência de casos duvidosos e de situações excepcionais, envolvendo decisão de mérito suscetível de agravo ("Direito processual civil", s. l. e., Edição AAFDL, 1989, III vol., pág. 87 e segs.).

tribunal, se julgar que o motivo não procede e que nenhum outro obsta a que se conheça do mérito da causa, conhecerá deste no mesmo acórdão em que revogar a decisão de 1ª instância". O direito processual civil espanhol não contém disposição expressa sobre o tema. De todo modo, a jurisprudência inclina-se no sentido de que, revogada sentença terminativa, o juízo do recurso "*puede entrar a pronunciarse sobre el fondo*"(17).

Nas legislações latino-americanas há grande resistência à devolução da causa ao juízo de primeiro grau em caso de anulação da sentença, quando do julgamento da apelação(18). O *Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*, por exemplo, preceitua, no art. 253: "*El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia. Si el procedimiento estuviere ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarare la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litígio*". No México, afasta-se o reenvio da causa ao juízo de primeiro grau, cabendo ao juízo do recurso, ao reformar a sentença, dizer "*cuál es el sentido en que queda la sentecia definitiva*"(19). No direito chileno, merece referência o art. 208 do *Código de Procedimiento Civil*, assim redigido: "*Podrá el tribunal de alzada fallar las cuestiones ventiladas en primera instancia y sobre las cuales no se haya pronunciado la sentencia apelada por ser incompatibles con lo resuelto en ella, sin que se requiera nuevo pronunciamiento del tribunal inferior*".

Mesmo nos ordenamentos jurídicos da *common law*, a despeito das sensíveis diferenças que apresentam frente aos da *civil law*, encontra-se solução similar à do art. 515, § 3º, do CPC brasileiro. No art. 909 do *Code of Civil Procedure*, do Estado norte-americano da Califórnia, por exemplo, ao disciplinar o julgamento de apelação interposta em causas não sujeitas a julgamento por júri, estatui o legislador: "*The reviewing court may for the purpose of making the factual determinations or for any other purpose in the interests of justice, take additional evidence of or concerning facts occurring at any time prior to the decision of the appeal, and may give or direct the entry of any judgment or order and may make any further or other order as the case may require. This section shall be liberally construed to the end among others that, where feasible, causes may be finally disposed of by a single appeal and without further proceedings in the trial court except where in the interests of justice a new trial is required on some or all of the issues*".

Como se vê, a solução consagrada no § 3º, do art. 515, encontra amplo respaldo nos mais diferentes diplomas legislativos.

---

(17) *Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos* e *Juan-Luis Gomes Colomer*, "Derecho jurisdicional", Barcelona, Bosch, 1989, II, 1º, pág. 402. Surpreendentemente, porém, não se adota a mesma solução no processo do trabalho, como mostram *Juan Montero Aroca, Manuel Iglesias Cabero, José Maria Marin Correa* e *Mariano Sampedro Corral*, "Comentarios a la Ley de procedimiento laboral", II, Madrid, Civitas, 1993, II, pág. 1.117.

(18) A propósito, *Enrique Vescovi*, "Los recursos judiciales y demás médios impugnativos em Iberoamérica", Buenos Aires, Depalma, 1988, pág. 214.

(19) *José Ovalle Favela*, "Derecho procesal civil", Harla, México D. F., 1994, pág. 254.

5. FUNDAMENTOS DA REGRA

A possibilidade de imediato exame do mérito, em caso de acolhimento de recurso interposto contra sentença terminativa, acha-se respaldada na idéia de obtenção de maior rendimento na atividade jurisdicional.

É desejável, desde que não se comprometam as garantias fundamentais dos litigantes, que o processo ofereça o máximo possível de rendimento, com menor custo e dispêndio de tempo, em respeito ao princípio da economia processual[20]. É igualmente desejável que, na medida do possível e respeitadas as condições pertinentes, leve o processo à decisão de mérito, resolvendo em definitivo o conflito existente entre os litigantes[21], finalidade principal da atividade jurisdicional[22]. Assim, se a causa, quando de seu exame no juízo do recurso, diante do estado em que se encontra, já comporta julgamento de mérito, não há razão suficiente para que se devolvam os autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que nova sentença seja proferida, tanto mais quando é muito provável que a nova decisão venha a ser impugnada, retornando o feito ao exame do tribunal. Haveria considerável gasto adicional de tempo e significativo acréscimo de custo para o aparelho judiciário, com ganho qualitativo pouco expressivo. Daí a preocupação do legislador, subjacente à regra do art. 515, § 3º, do CPC, de evitar os "incômodos, despesas e demoras resultantes do vaivém do processo", para utilizar as palavras de *José Alberto dos Reis*[23].

É verdade que o julgamento do mérito apenas no juízo do recurso tem pelo menos um inconveniente: afasta a pronúncia sobre o fundo do litígio pelo órgão judiciário que colheu as provas, quebrando o vínculo que deve haver entre a atividade de produção da prova e a de julgamento da lide. Essa quebra é ainda mais indesejável quando — como ocorre com freqüência no processo do trabalho — a análise das provas testemunhais é importante para a correta solução da lide. Isso porque os juízes que não

---

(20) Teve o Supremo Tribunal Federal ocasião de registrar: "Princípio da oralidade — Economia processual. Tanto quanto possível, busca-se, com um mínimo de atuação judicante, a máxima eficácia das normas que compõem a ordem jurídica." (STF — Pleno, Rcl-371/RR, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 25.8.92, *in* DJU de 2.4.93, pág. 5.613).

(21) Interessante notar, a propósito, que o *Revised Code* do Estado norte-americano de Washington, em seu Título 2.4.90, ao atribuir à Suprema Corte do Estado a prerrogativa de editar normas sobre *pleading, practice and procedure generally* ("*The supreme court shall have the power to prescribe, from time to time, the forms of writs and all other process, the mode and manner of framing and filing proceedings and pleadings; of giving notice and serving writs and process of all kinds; of taking and obtaining evidence; of drawing up, entering and enrolling orders and judgments; and generally to regulate and prescribe by rule the forms for and the kind and character of the entire pleading, practice and procedure to be used in all suits, actions, appeals and proceedings of whatever nature by the supreme court, superior courts, and district courts of the state*"), impõe levem essas normas em conta o seguinte propósito: "*In prescribing such rules the supreme court shall have regard to the simplification of the system of pleading, practice and procedure in said courts to promote the speedy determination of litigation on the merits*". A preocupação com a promoção do rápido julgamento do mérito do litígio evidencia a relevância da nova regra do art. 515, § 3º, do CPC brasileiro.

(22) A propósito, *Carlo A. Nicolleti*, "La conciliazine nel processo civile", Milano, Giufrè, 1963, n. 147 e segs.

(23) "Código de Processo Civil anotado", Coimbra, Coimbra Editora, 1985, vol. VI, pág. 184.

ouviram as testemunhas depondo — ressalta *François Gorphe*, em estudo dedicado exatamente à valoração da prova testemunhal — "*n'ont aucun moyen d'apprécier les témoignages*"[24]. Nas palavras de *Denti*, "*il vero giudizio di fatto è quello che si pone in rapporto di immediatezza com l'assunzione delle prove e discende da una participazione diretta del giudice alle attività istruttorie*"[25]. *Hazard* e *Taruffo* ainda sublinham: "*il giudice del dibattimento di primo grado si trova in una posizione in cui può meglio valutare la credibitlià dei testimoni*"[26].

Mas o julgamento fundado em apreciação das provas testemunhais por quem não acompanhou a sua produção não é problema causado apenas pela regra do § 3º, do art. 515, do CPC, e nem seria eliminado com a sua revogação. Trata-se de dificuldade produzida pela amplitude do duplo grau de jurisdição no direito brasileiro, que confere ao juízo do recurso a possibilidade de reexaminar o litígio em todos os seus aspectos[27]. Mesmo que, após a reforma de sentença terminativa, fosse proferido novo julgamento pelo órgão judiciário perante o qual se produziram as provas, especialmente a testemunhal, a interposição de recurso devolveria ao tribunal o reexame da causa, quebrando a imediação.

Em síntese, nos sistemas em que não há garantia efetiva de imediação — como é o do direito processual brasileiro —, a regra do § 3º, do art. 515, do CPC, traz mais vantagens, em termos de economia de tempo e de custos, do que desvantagens. Sua adoção mostra-se, pois, plenamente justificável. Só deixaria de o ser se o recurso de apelação fosse sensivelmente limitado em seu efeito devolutivo, do ponto de vista da profundidade, para tornar soberana a decisão do juízo recorrido no tocante aos fatos em debate na causa.

6. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO

A possibilidade de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, é perfeitamente compatível com o processo do trabalho.

O recurso ordinário do processo do trabalho, no tocante aos seus efeitos, não se distingue em nada da apelação regulada no direito comum.

---

(24) "La critique du témoignage", Paris, Dalloz, 1927, pág. 85.

(25) "Riforma o controriforma del processo civile?" em "Un progetto per la giustizia", Bologna, Il Mulino, 1982, pág. 288. Em termos quase idênticos, *Mauro Cappelletti*, "Un idolo falso: el Codigo de 1942" em "Proceso, ideologías, sociedad", Buenos Aires, EJEA, 1974, pág. 289.

(26) "La giustizia civile negli Stati Uniti", Bologna, Il Mulino, 1993, pág. 209. Veja-se ainda, no mesmo sentido, a categórica advertência de *Edoardo F. Ricci*: "*Se l'immediatezza-concentrazione è un valore del processo moderno, il secondo grado non è un processo degno di questo nome*" (*Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, il "Diritto processuale civile", em "Enciclopedia giuridica", Roma, 1989, vol. 12, pág. 8).

(27) Como escreve *Pedro Batista Martins*, o duplo grau de jurisdição "importa o sacrifício de um dos princípios cardeais do sistema oral: o da *imediação*" ("Recursos e processos da competência originária dos tribunais", Rio de Janeiro, Forense, 1957, n. 109, pág. 150).

Trata-se exatamente do mesmo recurso, apenas com alteração nominal e com pequenas peculiaridades no tocante a certas condições de admissibilidade, tais como prazo e depósito recursal. A falta, no direito brasileiro, de preceito como o art. 87, do Código de Processo do Trabalho português, sujeitando expressamente os recursos do processo do trabalho ao regime de julgamento estabelecido pelo processo civil[28], não tem relevo, suprida que se acha a lacuna pelo comando genérico do art. 769, da CLT. Aliás, tanto jurisprudência como doutrina já haviam realçado a aplicação das regras dos §§ 1º e 2º, do art. 515, ao recurso ordinário do processo do trabalho[29]. Não há razão para que se passe de modo diverso com o novo preceito adicionado a esse artigo.

Ademais, a finalidade perseguida pela norma do § 3º do art. 515 do CPC encontra-se afinada com o art. 765, da CLT, que sublinha a importância do rápido andamento das causas trabalhistas.

Não há, pois, como pôr em dúvida a possibilidade de aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC, no processo do trabalho[30].

7. PRESSUPOSTOS PARA O JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO EM CASO DE REFORMA DE SENTENÇA TERMINATIVA

No direito brasileiro o exame do mérito do litígio, em caso de reforma de sentença terminativa, depende, consoante o texto do § 3º, do art. 515, do CPC, da natureza da questão em debate, que deve ser, segundo a fórmula legal, "exclusivamente de direito", e da possibilidade de se dar, desde logo, o seu julgamento.

Logo de início percebe-se o equívoco do legislador em referir-se à questão exclusivamente de direito. Na verdade, questão alguma é exclusivamente de direito, porque — como lembra *Lopes da Costa* — a discussão sobre a norma a aplicar "não pode ser de modo absoluto separada da questão de fato. É do fato que nasce o direito. *Ex facto ius oritur*"[31].

---

(28) O art. 87, do Código de Processo do Trabalho português, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 480/99, tem o seguinte teor: "O regime de julgamento dos recursos é o que resulta, com as necessárias adaptações, das disposições do Código de Processo Civil que regulamentam o julgamento do recurso de agravo, quer interposto na 1ª instância, quer na 2ª instância, conforme os casos".

(29) Em jurisprudência: "Recurso — Devolutividade — Amplitude. Se o reclamado em sua defesa articulou mais de um fundamento mas apenas um deles foi acolhido pela sentença de primeiro grau, o recurso ordinário interposto devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais fundamentos da defesa, ainda que não apreciados pela Junta de Conciliação e Julgamento. Inteligência do art. 515 do CPC. Recurso conhecido e provido." (TST — SBDI1 — ERR n. 208.313/95-1, Rel. Min. Vantuil Abdala, *in* DJU de 21.5.99, pág. 87). Em doutrina, cf. Estêvão Mallet, Procedimento sumaríssimo trabalhista, São Paulo, LTr, 2002, n. 38, págs. 100/101.

(30) Em jurisprudência, aplicando já a nova regra no processo do trabalho: "A lei processual em vigor pôs fim ao formalismo inútil da chamada supressão de instância. Se o juiz declarar extinto o processo nos termos do art. 267 do CPC, pode o Tribunal afastar o motivo e decidir a lide..." (TRT — 2ª Reg., 9ª T., RO n. 20010377039, Ac. n. 20020198595, Rel. Juiz Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, julg. em 1º.4.02, *in* Revista Nacional de Direito do Trabalho, n. 50, junho de 2002, pág. 163).

(31) "Direito processual civil", Rio de Janeiro, Forense, 1959, vol. III, n. 419, pág. 409.

Realmente, pretender separar, de modo rígido, fato e direito não se compreende. A própria análise dos fatos não é simplesmente atividade voltada à consideração da realidade. A discriminação dos fatos a serem considerados supõe já certo enquadramento jurídico da situação, porque os fatos são sempre constatados tendo em vista "um determinado sentido jurídico"[32]. Daí dizer *Karl Larenz* que todas as situações de fato a apreciar juridicamente "não representam uma pura enumeração de fatos, mas são o resultado de uma certa escolha [...] em atenção ao que nisso pode ser juridicamente relevante"[33]. Os fatos são muito variados e nem todos os aspectos da situação ocorrida revestem-se de relevância jurídica. Assim, é preciso separar, entre os diversos acontecimentos, aqueles efetivamente importantes para a análise jurídica do problema. Mas a própria delimitação dos acontecimentos relevantes supõe já possível enquadramento jurídico da situação, porque conforme seja uma ou outra a norma aplicável, variam os fatos dignos de consideração. Em conseqüência, a definição dos fatos e a determinação da norma de regência não são momentos distintos e estanques do processo de formulação da sentença. Muito ao contrário, "a constatação dos fatos está inserida na apreciação jurídica", consoante adverte *Schapp*[34], o que transforma a atividade decisória em verdadeiro "círculo hermenêutico"[35], para utilizar a expressiva fórmula cunhada por *Larenz*. Em perfeita sintonia com esse entendimento, lembra *Mandrioli* ser impossível conceber como duas operações absolutamente distintas os juízos sobre os fatos e sobre o direito, *"perché il giudizio di diritto presuppone, nella sua stessa impostazione [...] un primo orientamento che non può esser dato che dai fatti, mentre il giudizio di fatto presuppone la cernita e la messa a fuoco degli elementi rilevanti, la quale presuppone a sua volta il riferimento alla portata della norma"*[36]. Aliás, nem mesmo no juízo abstrato de constitucionalidade das normas — em que presumivelmente menos importância poderia ter a realidade concreta — a separação entre fatos e direito mostra-se cabível, aludindo a doutrina à necessidade de "investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos"[37]. E tanto é verdade que a Lei n. 9.868/99, ao regular o procedimento para julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, reconheceu a importância que os fatos podem ter no exame da controvérsia, admitindo sejam solicitados pareceres ou ouvidos especialistas[38].

Em conseqüência, superada a pretendida separação rígida entre questão de fato e questão de direito, a inadequada fórmula do § 3º, do art. 515,

---

(32) *Jan Schapp*, "Problemas fundamentais da metodologia jurídica", Porto Alegre, Fabris Editor, 1985, pág. 40.

(33) "Metodologia da ciência do direito", Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pág. 335.

(34) "Problemas fundamentais da metodologia jurídica", cit., pág. 40.

(35) "Metodologia da ciência do direito", cit., pág. 337.

(36) "Corso di diritto processuale civile", Torino, Giappichelli, 1993, I, §§ 17, pág. 81.

(37) *Gilmar Ferreira Mendes*, "Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial", *in* Jurisdição constitucional, São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 356.

(38) Arts. 9º, § 1º e 20, § 1º.

do CPC, passa a se dirigir às situações em que já há nos autos elementos suficientes para resolução da controvérsia sobre os fatos relevantes no processo, tornando desnecessárias novas diligências. É, aliás, a mesma solução estabelecida para hipótese assemelhada — embora não idêntica, sublinhe-se —, consoante previsão do parágrafo único do art. 740 do CPC: "Não se realizará audiência, se os embargos versem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o juiz proferirá a sentença no prazo de 10 (dez) dias". Em ambos os casos, a desnecessidade de novas diligências impõe o pronto julgamento da causa.

Definido o correto significado da imprópria referência à "questão exclusivamente de direito", cabe agora apurar se as duas condições mencionadas no § 3º do art. 515 do CPC, antes indicadas, são aditivas. A esse propósito cumpre ter em vista que a utilização da partícula "e" nem sempre traduz idéia de adição, ao contrário do que a alguns pareceu[39]. Por vezes serve apenas como "designativa de ordem", como sublinhou *Correa Telles*, nas notas que apôs à Teoria da interpretação das leis de Domat, demonstrando sua afirmação com o seguinte exemplo: "se me perguntarem... quaes são os herdeiros necessários, e eu responder, que são os descendentes e ascendentes, nem por isso quero dizer, que os ascendentes succedem junctamente com descendentes"[40]. Outras vezes a partícula tem significado alternativo. Nas palavras de *Henry Campbell Black*, "*the word 'and' in a statute, may be read 'or'*..."[41]. É o que ocorre quando, para a pergunta sobre os caminhos para se chegar a determinado local, indica-se que se pode adotar o caminho A e o caminho B[42]. Tome-se exemplo ainda mais próximo da questão em debate. Refere-se o art. 475, inciso I, do CPC, ao tratar do reexame necessário, à sentença "proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público". A despeito do duplo emprego do "e", a ninguém ocorrerá dizer que está sujeita ao reexame necessário apenas a sentença simultaneamente contrária a todas as pessoas mencionadas. A função alternativa — e não aditiva — das partículas é, no caso, inegável.

Pois bem, se, como visto, o "e" não indica necessariamente adição, não faria sentido algum que tivesse esse significado no § 3º, do art, 515, do CPC. Qual o motivo para afastar o exame imediato do mérito do litígio quando semelhante resultado se pode logo obter, embora não seja "exclusivamente de direito" a questão? Buscou-se, com a dispensa de retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, permitir a prestação mais eficiente, eficaz e rápida

---

(39) *César Marcos Klouri*, "Comentários às alterações do Código de Processo Civil", *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, RT, n. 9, janeiro-junho de 2002, pág. 201.

(40) "Auxiliar jurídico — Apêndice às Ordenações Filipinas", Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1985, vol. I, pág. 431.

(41) "Construction and interpretation of the laws", St. Paul, West Publishing, 1991, § 75, pág. 228.

(42) Interessante notar que por vezes é o contrário o que se verifica. Adquire a partícula "ou" significado aditivo e não alternativo. Exemplo expressivo encontra-se no *caput* do art. 286 do CPC. Sobre essa hipótese, cf. *José Carlos Barbosa Moreira*, "O novo processo civil brasileiro", Rio de Janeiro, Forense, 1993, pág. 13, e *José Joaquim Calmon de Passos*, "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio de Janeiro, Forense, 1989, vol. 3, pág. 214.

da atividade jurisdicional, ideal a ser prestigiada e favorecida. Logo, não há razão alguma para limitar os casos em que a providência tem lugar. Daí porque não é preciso estarem presentes simultaneamente as duas condições mencionadas no art. 515, § 3º, do CPC, para que se julgue o mérito logo após a reforma da sentença terminativa.

Em conseqüência, mesmo havendo controvérsia sobre direito e também sobre fatos, se já foram realizadas todas as diligências pertinentes ao esclarecimento desses fatos, após larga instrução processual, sem, todavia, decisão de mérito — pronunciando-se, por exemplo, a carência de ação, o que sabidamente pode ocorrer a qualquer tempo (CPC, art. 267, § 3º)[43] —, o acórdão que reformar a sentença poderá desde logo reconhecer a procedência do pedido. Diversamente, se, pelo acolhimento de preliminar de inépcia, suscitada em defesa, o julgamento terminativo ocorreu sem que as provas tenham sido produzidas, afastada a inépcia, o julgamento do mérito não pode se dar de imediato. Em síntese, teria sido muito mais simples se houvesse o legislador brasileiro deixado claro, com melhor técnica, que o imediato julgamento do mérito depende apenas da inexistência de qualquer obstáculo, seja por não ter havido controvérsia sobre os fatos no juízo recorrido, seja por já haverem sido produzidas todas as provas necessárias ao deslinde da controvérsia.

8. NATUREZA DA ATRIBUIÇÃO DE JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO

Presentes os pressupostos antes analisados, o julgamento imediato do mérito não constitui mera faculdade conferida ao juízo do recurso. Trata-se, ao contrário, de verdadeiro dever[44]. O fato de haver o legislador disposto que o tribunal "pode julgar desde logo a lide", não o impondo claramente, não é de modo algum determinante.

---

(43) Cf., sobre o tema, *Liebman*, "Manual de direito processual civil", São Paulo, Forense, 1985, vol. I, n. 74, pág. 154. Em jurisprudência: "Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau da jurisdição ordinária, reexaminá-los, não estando exaurido o seu ofício na causa." (STJ — 4ª T., REsp n. 18.711/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. de 31.5.93, *in* DJU de 30.8.93, pág. 17.296.); "O tribunal da apelação, ainda que decidido o mérito na sentença, poderá conhecer de ofício da matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições da ação. Nas instâncias ordinárias não há preclusão para o órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão final" (STJ — 4ª T., AGREsp n. 192.199/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 10.8.99, *in* DJU de 20.9.99, pág. 66). De modo ainda mais abrangente, admitindo até mesmo o reexame de decisão de saneamento, para declarar carência de ação antes afastada: "Após declarar saneado o processo, não fica o juiz impedido de declarar a ilegitimidade da parte. A preclusão é sanção imposta à parte e não ao juiz, que pode examinar os pressupostos processuais e as condições da ação desde a petição inicial até o julgamento definitivo da lide" (STJ — 1ª T., REsp n. 199.471/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. em 4.5.99, *in* DJU de 21.6.99, pág. 87). No sentido do último julgado, em doutrina, *Ovídio Batista da Silva*, "Curso de processo civil", São Paulo, RT, 1998, vol. 1, pág. 211 e *José Rogério Cruz e Tucci*, "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento", *in* Revista dos Tribunais, vol. 640, *passim*, especialmente pág. 23.

(44) No mesmo sentido, de modo hesitante, porém, e sem indicação de fundamentos para a conclusão, *Luiz Rodrigues Wambier* e *Teresa Arruda Alvim Wambier*, "Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil", São Paulo, RT, 2002, pág. 142.

Em primeiro lugar, é sabido que muitas vezes a expressão utilizada pelo legislador, reconhecidas as deficiências e as limitações da interpretação gramatical, não constitui o argumento decisivo no campo da hermenêutica jurídica[45]. Poder-se-ia dizer, repetindo *Celso:* "conhecer as leis não é ater-se a suas palavras, mas compreender sua força e efeitos"[46]. Mais tarde *Emilio Betti* afirmaria ser a superação da interpretação "*alla lettera della legge*" a principal exigência imposta ao verdadeiro intérprete do direito[47], até porque o correto sentido de qualquer declaração, não apenas das declarações jurídicas, depende sempre "de pressupostos mais complexos que o puro sentido literal"[48]. Não custa sublinhar o que teve a Suprema Corte norte-americana ocasião de assentar, em *United States v. American Trucking Ass'ns*, de 1940, ao expor as limitações da interpretação meramente literal, que por ela nunca foi considerada decisiva e determinante: *"There is, of course, no more persuasive evidence of the purpose of a statute than the words by which the legislature undertook to give expression to its wishes. Often these words are sufficient in and of themselves to determine the purpose of the legislation. In such cases we have followed their plain meaning. When that meaning has led to absurd or futile results, however, this Court has looked beyond the words to the purpose of the act. Frequently, however, even when the plain meaning did not produce absurd results but merely an unreasonable one 'plainly at variance with the policy of the legislation as a whole' this Court has followed that purpose, rather than the literal words*"[49]. Certamente não será preciso insistir ainda mais no ponto.

Não bastasse o já exposto, freqüentemente exprime o legislador verdadeira obrigação imposta ao juiz por meio da alusão a algo que pode ele fazer[50]. Um bom exemplo encontra-se no art. 273, do CPC, que igualmente alude à possibilidade de o juiz antecipar a tutela pedida, já havendo a doutrina sublinhado que o provimento tem de ser concedido, tanto que presen-

---

(45) Cf., dispensando outras referências, *Francesco Ferrara*, "Trattato di diritto civile italiano", Roma, Athenaeum, 1921, t. 1, pág. 214. Na jurisprudência vale a alusão ao seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: "Muitas vezes a interpretação literal contraria profundamente o espírito da lei" (STJ — 1ª T., REsp n. 231.313-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 22.8.00, *in* Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 140, págs. 143/144).

(46) "Digesto", I, III, 17.

(47) "Interpretazione della legge e degli atti giuridici", Milano, Giuffrè, 1949, 179/180.

(48) *Philipp Heck*, "Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses", São Paulo, Saraiva, 1948, pág. 53. Em *Helvering v. New York Trust Co.*, de 1934, assinalou a Suprema Corte norte-americana: "*a thing which is within the intention of the makers of a statute is as much within the statute as if it were within the letter, and a thing which is within the letter of a statute, is not within the statute, unless it is within the intention of the makers*" (292 U.S. 455).

(49) 310 U.S. 534. Também em *Helvering v. Morgan's Inc.*, de 1934, a Corte sublinhou a mesma proposição, aduzindo, em matéria tributária: "*[...] the true meaning of a single section of a statute in a setting as complex as that of the revenue acts, however precise its language, cannot be ascertained if it be considered apart from related sections, or if the mind be isolated from the history of the income tax legislation of which it is an integral part*" (293 U.S. 121).

(50) Sobre o tema, amplamente, *Carlos Maximiliano*, "Hermenêutica e aplicação do direito", Rio de Janeiro, Forense, 1991, n. 331 e segs., pág. 270 e segs.

tes os seus pressupostos[51]. Por isso mesmo, quando se está diante de verdadeira faculdade, a fórmula legal é clara e induvidosa, como ocorre, por exemplo, no direito francês, em que o julgamento imediato do mérito fica condicionado a que o tribunal considere *"de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive"*, nos termos do art. 568 do *Code de Procédure Civile*, anteriormente mencionado[52].

Cabe lembrar ainda, em terceiro lugar, que a obtenção do maior rendimento com a atividade processual, idéia que, em correspondência com o princípio da economia processual, inspira a norma do § 3º do art. 515 do CPC[53], não pode ficar na dependência da vontade do julgador. Constitui, pelo contrário, objetivo a ser perseguido permanentemente, sem prejuízo das garantias conferidas aos litigantes. E tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça já realçou ser o julgamento antecipado da lide providência de caráter obrigatório e não facultativo[54].

Por fim, no processo do trabalho é ainda mais evidente o caráter imperativo do julgamento imediato do mérito, quando presentes os pressupostos mencionados no § 3º, do art. 515, diante da obrigação imposta ao juízo pelo art. 765, da CLT.

9. JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO E CONDUTA DO RECORRENTE

Do que acaba de ser dito no item anterior tira-se que o julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, não depende de requerimento do recorrente. Não cabe argumentar, para justificar solução diversa, com o *caput* do art. 515[55], porque o § 3º constitui exceção à primeira norma. Tampouco importa o desejo da parte de, com o retorno dos autos ao juízo recorrido, produzir provas adicionais[56]. De duas, uma:

---

(51) No processo civil, cf. *José Carlos Barbosa Moreira*, "A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil", *in* Revista de Processo, São Paulo, RT, 1996, n. 81, pág. 208, e, no processo do trabalho, *Estêvão Mallet*, "Antecipação da tutela no processo do trabalho", São Paulo, LTr, 1999, pág. 94.

(52) Compreende-se, ante tal fórmula, considere a doutrina francesa o julgamento imediato do mérito *"une simple faculté, nullement une obligation"* (*Jean Vincent e Serge Guinchard*, "Procédure civile", cit., n. 1445, pág. 977), conclusão igualmente referendada pela jurisprudência (cf. "Code de Procédure Civile", Paris, Litec, 1997, pág. 341, nota I, 1 ao art. 568).

(53) Antes, item 5.

(54) O acórdão tem a seguinte ementa: "Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (STJ — 4ª T., REsp n. 2.832-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in* DJU de 17.9.90, pág. 9.513). Ainda na mesma linha: "Cerceamento de defesa. Dispensa de testemunha. Não configuração [...] não configura cerceamento de defesa a dispensa de testemunha quando o julgador, sentindo-se convencido com a prova colhida, inclusive testemunhal, entender desnecessária a oitiva das demais testemunhas arroladas face à inexistência de controvérsia acerca do fato probante" (STJ — 3ª T., REsp n. 40.212/BA, Rel. Min. Cláudio Santos, *in* DJU de 2.5.94, pág. 10.008).

(55) O argumento encontra-se em *Cândido Rangel Dinamarco*, "Os efeitos dos recursos", *in* "Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis", São Paulo, RT, 2002, pág. 38.

(56) Novamente *Cândido Rangel Dinamarco*, "Os efeitos dos recursos", cit., pág. 39.

ou as provas que a parte pretende produzir são pertinentes, ou não. Sendo pertinentes, não cabe aplicação do § 3º do art. 515, porque não se encontram presentes as condições para o julgamento imediato do mérito no juízo do recurso[57]. Se são impertinentes as provas, não serão produzidas nem mesmo em primeiro grau de jurisdição (CPC, art. 130, parte final), por mais que o deseje a parte[58]. A vontade do litigante é, no particular, irrelevante. O que importa é a necessidade objetiva da prova. Logo, se entende o juízo do recurso, diante do estado do processo, desnecessárias novas provas, deverá de imediato julgar o mérito do litígio. Fazendo-o não cerceará a defesa de quem quer que seja[59]. Claro está, de todo modo, que, equivocado o seu entendimento — porque era necessária a prova indeferida —, se configura *error in procedendo*, tornando-se a decisão suscetível de anulação.

Desnecessário, como visto, requerimento para que se aplique o § 3º do art. 515 do CPC, não há falar-se em oposição do recorrente ou mesmo do recorrido ao imediato julgamento do mérito. A conclusão do processo não fica sujeita à iniciativa das partes (CPC, art. 262) e o legislador de hoje não manteve a solução vigente ao tempo das Ordenações, em cujo sistema o julgamento imediato do mérito realmente dependida da vontade dos litigantes[60]. Se o litígio já se encontra em condições de julgamento, não podem as partes se opor a que isso ocorra, nem lhes cabe produzir diligências inúteis ou protelatórias (CPC, art. 130, parte final).

10. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA

O julgamento imediato do mérito, no campo trabalhista, tem cabimento, normalmente, no julgamento do recurso ordinário. Hipótese mais freqüente é a de cumulação objetiva de ações. Pleiteando o reclamante, por exemplo, o pagamento de horas extras e a equiparação salarial, realizada a instrução em torno de ambos os pedidos, o segundo é, ao ensejo do julgamento, considerado inepto. Afastada, no julgamento do recurso ordinário, a inépcia, segue-se o exame do mérito do pedido de equiparação salarial.

Pode-se aplicar o § 3º do art. 515, mesmo sem que haja cumulação objetiva de ações. Ajuizada a reclamação apenas para o pagamento de horas extras, sem a prévia tentativa de conciliação (CLT, art. 625-D, *caput*), equivocadamente se pronuncia, após a completa instrução do feito, a ca-

---

(57) Antes, item 7.

(58) "Ao julgador incumbe indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, na esteira do entendimento do art. 130 do Código de Rito" (2º Trib. Alçada Civil — SP, 11ª Câm., Ap. n. 593.076-00/0, Rel. Juiz Mendes Gomes, *in* Boletim ADCOAS n. 8192095). Invocando expressamente a aplicação subsidiária do art. 130 do CPC no processo do trabalho, cf. TRT — 12ª Reg., 3ª T., Ac. n. 5365/98, Reiª. Juíza Lourdes Dreyer, *in* DJSC de 22.6.98, pág. 74.

(59) Em termos gerais, veja-se, a propósito, o seguinte aresto: "Não pratica cerceamento de defesa a decisão que julga antecipadamente a lide, afirmando ser dispensável a realização de perícia com vistas a constituir prova sobre fato cuja comprovação documental cabia à concordatária, que não cuidou de fazê-la oportunamente" (STJ — 4ª T., Ag n. 43.975-5-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in* DJU de 23.5.94, pág. 12.616).

(60) Antes, item n. 4.

rência de ação[61]. Sobrevindo reforma da decisão, com o julgamento do recurso, prossegue-se desde logo no exame do mérito do litígio. O mesmo se pode dizer no caso de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, afirmada após a produção de todas as provas requeridas pelas partes. Afastando o Tribunal a incompetência, julgará de imediato o mérito.

Também na hipótese de reconvenção pode haver aplicação do § 3º do art. 515 do CPC. Repelida a reconvenção, depois de regularmente contestada, por considerar-se ausente o pressuposto da conexão, mencionado no art. 315, *caput*, do CPC, se a instrução realizada na ação principal permite o esclarecimento da matéria suscitada na reconvenção, o tribunal, reformando a sentença de extinção, examinará logo o pedido deduzido pelo reclamado.

Se o recurso ordinário é interposto em processo de competência originária do Tribunal Regional, como em dissídio coletivo, ação rescisória ou mesmo mandado de segurança, a regra do § 3º do art. 515 do CPC, satisfeitos os seus pressupostos específicos, tem plena aplicação. Daí por que, extinto o dissídio coletivo sem exame do mérito, por considerar-se que não se esgotou a tentativa de negociação, a reforma da decisão devolve ao Tribunal Superior do Trabalho, não havendo necessidade de novas provas, o exame do mérito do litígio. Julga-se logo o pedido, sem necessidade de baixa dos autos ao Tribunal Regional.

Também no procedimento sumaríssimo incide a permissão de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa. A especialidade desse procedimento não é incompatível com a norma do art. 515, § 3º, do CPC.

O mesmo não se verifica, todavia, no procedimento sumário da Lei n. 5.584/70, não derrogado pela Lei n. 9.957/00[62]. É que nesse último procedimento não se admite a interposição de recurso ordinário, mas apenas de recurso extraordinário, em caso de ofensa à Constituição[63].

---

(61) A solução é equivocada porque, como se procurou mostrar em outra oportunidade (*Estêvão Mallet*, "Primeiras linhas sobre as comissões de conciliação", *in* Revista LTr, São Paulo, vol. 64-04, pág. 444), a falta de prévia tentativa de conciliação não obsta o julgamento do mérito do pedido. Nesse sentido: "Comissão de Conciliação Prévia — Submeter a controvérsia à Comissão de Conciliação Prévia não é um dos pressupostos da ação. É uma faculdade da parte. Raciocinar em sentido contrário seria obstaculizar o exercício da cidadania constitucionalmente previsto, e que assegura a todos o acesso ao Poder Jurisdicional para dirimir questões que envolvem violação a direito, a uma norma de hierarquia inferior, no caso a Lei n. 9.958/2000" (TRT — 2ª Reg., 4ª T., RORS n. 07873200290202009, Rel. Juiz Sergio Winnik, julg. em 9.4.02, *in* DJ de 19.4.02) e "Comissão de Conciliação Prévia. Artigo 625-D, da CLT. Não há cominação para o não comparecimento à Comissão de Conciliação Prévia, razão pela qual, constituindo uma faculdade (e não uma obrigação), não impede o ajuizamento da ação na Justiça do Trabalho" (TRT — 2ª Reg., 6ª T., RO n. 20010369320, Rel. Juíza Rita Maria Silvestre, julg. em 16.4.02, *in* DJ de 3.5.02). Existem, porém, julgados em sentido contrário. Por exemplo: "[...] qualquer demanda de natureza trabalhista, inclusive sobre obrigação de fazer, será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, ela houver sido instituída no âmbito da empresa ou do sindicato (art. 625-D), sob pena de extinção do feito." (TRT — 3ª Reg., 2ª T., RO n. 12.121/2001, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, julg. em 9.10.01, *in* DJMG de 17.10.01, pág. 21).

(62) *Estêvão Mallet*, "Procedimento sumaríssimo trabalhista", cit., págs. 21/22.

(63) Sobre a questão, *Estêvão Mallet*, "Do recurso de revista no processo do trabalho", São Paulo, LTr, 1995, n. 6.1, págs. 43/44. Em jurisprudência: "Recurso extraordinário. Causas de alçada. De-

Uma vez que o exame imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, não contraria o duplo grau de jurisdição, como se procurou mostrar acima[64], a regra do § 3º do art. 515 do CPC abrange ainda o recurso ordinário *ex officio*, previsto no art. 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 779[65].

A nova disciplina estabelecida pela Lei n. 9.756/98 estende a aplicação do § 3º do art. 515 do CPC até mesmo ao julgamento proferido após o provimento de agravo de instrumento. Denegado recurso ordinário interposto contra sentença terminativa, o provimento do agravo, nos termos do art. 897, § 7º, da CLT, leva ao exame do recurso denegado, o que permite o imediato julgamento do mérito do litígio.

Também em agravo de petição, que pouco se distingue do recurso ordinário, pode ter lugar o julgamento imediato do mérito. Se a impugnação à sentença de liquidação ou os embargos à execução não são examinados no mérito, porque acolhida a alegação de intempestividade, a reforma dessa decisão transfere ao tribunal o julgamento do litígio. Não cabe, em conseqüência, a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para prolação de nova sentença.

É claro que não tem pertinência o § 3º do art. 515 do CPC, se o juízo do recurso entende não ser o caso de julgamento do mérito. Afirmando o tribunal a incompetência da Justiça do Trabalho para julgamento da causa, deverá aplicar o disposto no art. 113, § 2º, do CPC, sendo-lhe vedado julgar o mérito do litígio ou mesmo deixar de anular a decisão recorrida. Tampouco se aplica o § 3º do art. 515 do CPC, se não houve extinção do processo sem exame do mérito em primeiro grau de jurisdição. Assim, se determinada Vara do Trabalho rejeita exceção de incompetência relativa, prosseguindo até decisão de mérito, reiterada a alegação no recurso, deverá o tribunal, julgando fundada a exceção, anular a sentença e remeter os autos à Vara do Trabalho competente.

Não importa, para a aplicação da regra do § 3º do art. 515, que, por deficiência técnica, se tenha proclamado a extinção do processo sem jul-

---

cisão, em instância única, de primeiro grau, versando matéria constitucional. Dela cabe recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (...) e não recurso a órgão judiciário de segundo grau" (STF — 2ª T., Proc. RE n. 140.169-9, Rel. Min. Néri da Silveira, *in* DJU n. 53, de 19.3.93, pág. 4.283) e "A existência de contencioso constitucional, a ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal, viabiliza a interposição de recurso extraordinário contra a decisão emanada de juízes de primeiro grau, nas causas de alçada" (STF — 1ª T., RE n. 182.995-8, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 8.11.94, *in* DJU n. 164, de 25.8.95, pág. 26.078). Sempre no mesmo sentido, STF — 1ª T., Proc. RE n. 136.149-2, Rel. Min. Moreira Alves, *in* DJU n. 213, de 6.11.92, pág. 20.107, e STF — Plenário, RE n. 510-1, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 23.2.95, *in* DJU n. 85, de 5.5.95, pág. 11.904. Sem razão, portanto, o seguinte acórdão do Tribunal Superior do Trabalho: "Cabe recurso ordinário das sentenças proferidas nos dissídios de alçada que versem matéria constitucional" (TST — 4ª T., Proc. RR n. 115.591/94, Rel. Juiz convocado Rider Nogueira de Brito, *in* DJU n. 238, de 16.12.94, pág. 35.138).

(64) Antes, item 3.

(65) Em sentido diverso, partindo, segundo parece, da premissa de que o art. 515, § 3º, do CPC, contrastaria com a regra do duplo grau de jurisdição, cf. *Luiz Eduardo Gunther* e *Cristina Maria Navarro Zorning*, "As novas alterações do CPC e o processo do trabalho", *in* Jornal Trabalhista, Brasília, 15 de junho de 2002, págs. 923/11.

gamento do mérito, embora haja sido examinada a pretensão deduzida. Exemplifique-se com a decisão proferida em reclamação com pedido de reconhecimento de existência de contrato de trabalho, julgada, após a completa instrução processual, extinta sem exame do mérito, porque considerado o reclamante trabalhador autônomo. A conclusão sobre a natureza não-empregatícia da relação envolve juízo de mérito(66). A alusão à extinção do processo sem julgamento do mérito mostra-se, pois, equivocada. De todo modo, esse equívoco, meramente terminológico, não altera a natureza do pronunciamento, de modo que, mesmo antes da reforma introduzida pela Lei n. 10.352/2001, em caso de reforma da sentença, ao juízo do recurso cabia desde logo examinar os pedidos deduzidos, sem devolução dos autos ao juízo recorrido(67).

11. PROCEDIMENTO APLICÁVEL

O procedimento a observar para a aplicação do § 3º do art. 515 não apresenta peculiaridades significativas. Algumas poucas merecem referência.

Em primeiro lugar, não há necessidade, e nem mesmo é tecnicamente correta, a cisão do julgamento em diferentes sessões, uma para reforma da sentença terminativa, outra para julgamento do mérito do litígio. Na sessão designada para apreciação do recurso ordinário, respeitado o direito à sustentação oral, o relator, considerando estarem presen-

---

(66) A propósito: "Afirmando o autor, em sua peça inaugural, a existência de uma relação empregatícia, está constituída a causa de pedir remota, substrato de todos os pleitos vindicados, sendo isso o suficiente para a fixação da competência, no plano lógico e abstrato. Admite-se, então, segundo a ótica da reelaborada teoria abstrata do direito de ação, a veracidade provisória dos fatos constantes da exordial, relegando ao julgamento meritório a apuração do juízo de certeza quanto a estes" (TRT — 13ª Reg., REOR n. 2074/99, Rel. Desig. Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva, Ac. n. 55.617, julg. em 8.9.99, *in* DJ de 20.4.00).

(67) Assim, na jurisprudência de direito comum: "Para verificar se houve exame do mérito, há que pesquisar se a pretensão formulada foi decidida. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença haja, equivocadamente, afirmado que o autor era carecedor da ação. Fica o tribunal, no julgamento da apelação, autorizado a examinar todas as questões pertinentes ao merecimento" (STJ — 3ª T., REsp n. 31.766-0-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *in* DJU de 30.5.94, pág. 13.480) e "É lícito ao acórdão examinar o pedido pelo mérito, se a sentença não deixou de fazê-lo, embora tenha extinto o processo sem julgamento do mérito. Inocorrência de ofensa ao art. 515 do CPC" (STJ — 3ª T., REsp n. 7.417-SP, Rel. Min. Nilson Naves, *in* DJU de 22.4.91, pág. 4.787). No campo trabalhista, merece especial referência o seguinte julgado: "É induvidoso que a sentença, que não reconhece a relação de emprego e julga a reclamatória improcedente, é de mérito, conforme art. 269, inciso I, do CPC. Logo, afastada a tese da inexistência da relação de emprego em sede de recurso ordinário, desde que o processo apresente condições para uma decisão definitiva, o efeito devolutivo em profundidade enseja, desde logo, a substituição integral da sentença recorrida, a teor do art. 512, também do CPC, ainda que importe exame de questões de mérito não apreciadas e decididas pelo juiz de origem, consoante art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC, até porque o princípio do duplo grau de jurisdição, de acordo com a melhor doutrina, somente exige que o mérito da causa possa ser apreciado e julgado duas vezes por juízes distintos, mas não significando que cada uma das questões suscitadas e discutidas sejam apreciadas e decididas duas vezes por juízes diversos" (TRT — 15ª Reg., SE, Proc. n. 31.270/99, Rel. Juiz Samuel Corrêa Leite, Ac. n. 20.327/02, DOE de 13.5.02, pág. 116, *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 20, pág. 363).

tes os pressupostos do § 3º do art. 515 do CPC, apresentará de imediato pronunciamento atinente à reforma da sentença, examinando o mérito da pretensão. Acolhida sua manifestação, julgar-se-ão, na mesma assentada e no mesmo acórdão, todas as matérias. Não haverá um acórdão para a reforma da sentença e outro para julgamento do mérito. Nem é pertinente o adiamento da sessão, para julgamento do mérito, em outra oportunidade. Se, no entanto, por equívoco assim se fizer, não ocorre nulidade, diante da ausência de prejuízo para as partes (CLT, art. 794).

Em segundo lugar, e como decorrência do exposto, ao impugnar o recurso interposto contra sentença terminativa, deve o recorrido desde logo oferecer suas alegações atinentes ao mérito do litígio. Não terá oportunidade subseqüente para fazê-lo. Do mesmo modo, ao recorrente cabe discutir o mérito de sua pretensão. Diversamente do que ocorre no direito português, em que o tribunal, ao reformar a sentença terminativa, convida as partes "a produzir alegações sobre a questão de mérito"[68], o regime do § 3º do art. 515 do CPC brasileiro não assegura o direito de manifestação em separado sobre o mérito, após a interposição do recurso. Tem o recorrido, pois, o ônus de falar, já em sua resposta ao recurso e, eventualmente, em sua sustentação oral, sobre o mérito do litígio.

Sem embargo, serão votadas separadamente as questões relativas à reforma da sentença, ao cabimento do exame do mérito e, finalmente, ao próprio mérito[69]. Concebe-se, pois, que, após a reforma unânime da sentença terminativa, fique vencido o relator na proposta de imediato exame do mérito, por entenderem os demais julgadores não estarem presentes os pressupostos do § 3º do art. 515 do CPC, caso em que haverá a baixa dos autos, para prosseguimento do processo (CPC, art. 560). Os juízes vencidos no julgamento de qualquer uma das questões deverão votar nas subseqüentes, consoante o art. 561 do CPC. Ao julgador que votara pela confirmação da sentença terminativa, vencido na questão, compete pronunciar-se sobre o mérito, se assim decidir a maioria.

Outro ponto a assinalar diz respeito ao depósito recursal. O julgamento imediato do mérito prescinde de depósito recursal específico e não autoriza a posterior exigência de garantia duplicada. Por isso, se houve extinção do processo sem julgamento do mérito em relação a todos os pedidos, o recurso do reclamante chega ao tribunal sem que tenha sido feito depósito recursal algum. Reformada a sentença e julgado procedente o pedido, o recurso de revista do empregador dependerá apenas do depósito do valor-limite previsto em lei para este último recurso, não cabendo a exigência cumulada do valor exigido também para a interposição do recurso ordinário. Essa solução, que não se mostra ideal, porque reduz a garantia do juízo, é a que resulta, inevitavelmente, do sistema em vigor.

---

(68) "Código de Processo Civil português", art. 753, n. 2.

(69) Sobre o tema, amplamente, *José Carlos Barbosa Moreira*, "Comentários ao Código de Processo Civil", cit., n. 372, págs. 663 e segs.

12. IMPUGNAÇÃO DO PRONUNCIAMENTO SOBRE A APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 515 DO CPC

A aplicação ou não da regra do § 3º do art. 515 do CPC, não envolvendo mera faculdade do juízo do recurso[70], sujeita-se, em tese, à impugnação. O recurso apropriado para tanto é, no caso de decisão proferida por Tribunal Regional, a revista, prevista no art. 896 da CLT. Não incide o óbice previsto no Enunciado 126, do Tribunal Superior do Trabalho. A discussão sobre a necessidade ou não de novas provas não envolve reexame de fatos, mas aplicação de normas legais sobre direito probatório[71].

Nem sempre, porém, o recurso de revista poderá ser oferecido. Se o tribunal nega a aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, qualquer que seja o motivo, seu pronunciamento reveste-se de caráter interlocutório e não comporta imediata impugnação por meio de recurso, como decorrência do disposto no art. 893, § 1º, da CLT, e Enunciado 214, do Tribunal Superior do Trabalho[72]. Eventual equívoco será reparado posteriormente, ressalvada, no entanto, a apresentação de reclamação correicional perante o Tribunal Superior do Trabalho, diante de erro de procedimento.

Determinando o tribunal o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, após reformar sentença terminativa, sem examinar a possibilidade de aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, tem-se por configurada omissão. Admite-se, na hipótese, a apresentação de embargos de declaração (CPC, art. 535, inciso II), os quais poderão revestir-se de efeito modificativo (Enuncia-

---

(70) Antes, item 8.

(71) Em sentido contrário, sem razão, todavia: "A verificação da necessidade ou não de outras provas para alicerçar o julgamento da causa demandaria [...] o reexame das provas dos autos, vedado nesta Instância Especial, a teor do Verbete Sumular n. 7-STJ" (STJ — 4ª T., REsp n. 210.607-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in* Revista do Superior Tribunal de Justiça, junho de 2002, vol. 154, pág. 393). A mesma diretriz prevalece no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, como mostra o seguinte acórdão: "A suficiência ou insuficiência de factos para julgar de mérito no despacho saneador e a apreciação das provas integram, em princípio, questão de facto da exclusiva competência das instâncias" (STJ — Processo n. 1.527, Rel. Correias de Paiva, julg. em 16.1.87).

(72) De acordo com isso, em situação assemelhada: "Recurso de revista — Descabimento. Acórdão regional que ordena o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, para providências, sem julgamento definitivo da causa. Irrecorribilidade. A teor do En. n. 214 do TST, "as decisões interlocutórias, na Justiça do Trabalho, só são recorríveis de imediato quando terminativas do feito, podendo ser impugnadas na oportunidade da interposição de recurso contra a decisão definitiva, salvo quando proferidas em acórdão sujeito a recurso para o mesmo tribunal". Tal verbete espelha o comando do art. 893, § 1º, da CLT, no sentido de que "os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da definitiva". A este princípio se curva o acórdão, que, decidindo questões preliminares ou prejudiciais, devolve os autos ao primeiro grau de jurisdição, para prosseguir no julgamento ou adotar providências, que adiem o provimento regional definitivo para um segundo momento. Tal decisão, por teratológica que possa ser, não desafiará recurso de revista, eis que não representa a última manifestação jurisdicional, em grau ordinário. Tem-se, aqui, salutar expressão de celeridade processual, enquanto se evita o percurso desnecessário dos autos entre as instâncias recursais. Recurso de revista não conhecido" (TST — 2ª T., RR n. 372.244, Rel. Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani Pereira, julg. em 14.2.01, *in* DJU de 16.3.01, pág. 737).

do 278, do Tribunal Superior do Trabalho, combinado com Orientação Jurisprudencial n. 142, da Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho) e, em conseqüência, propiciar a continuação do julgamento já no tribunal, independentemente da prolação de nova sentença.

13. DIREITO INTERTEMPORAL

A afirmação, tão freqüente, de que as normas de direito processual têm aplicação imediata, apanhando os processos em curso[73], é, em sua generalidade, excessiva. Nem sempre há como compatibilizar os atos já praticados com as novas disposições legais, como se pôde verificar com o procedimento sumaríssimo previsto no Código de Processo Civil de 1973[74] e, mais recentemente, com o procedimento criado pela Lei n. 9.957/00[75].

No caso da Lei n. 10.352/2001 a aplicação da regra do § 3º do art. 515 do CPC aos recursos interpostos antes de sua vigência, embora julgados posteriormente, comprometeria o contraditório, na medida em que o recorrido, dispensado, pela regulamentação anterior, de discutir o mérito do litígio em sua resposta ao recurso, poderia ser surpreendido pela decisão do tribunal.

O critério mais adequado para a solução do conflito de leis no tempo em matéria recursal corresponde, pois, à observância da norma vigente quando da prolação da sentença. O direito ao recurso surge com o julgamento, segundo bem assentado em doutrina[76], regendo-se pelas regras então vigentes. Alterações posteriores não repercutem, em regra, sobre a posição processual da parte. Nem mesmo a aplicação da lei vigente ao tempo da publicação da decisão recorrida — critério que antes se propusera[77] e que conta com amplo apoio da doutrina[78] e da jurisprudência[79] — é

---

(73) Por todos, *Paul Roubier*, "Le droit transitoire", Paris, Dalloz, 1960, n. 101, pág. 545.

(74) A propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Procedimento sumaríssimo. Este ganha feição própria a partir da petição inicial (CPC, art. 276). Esta sua configuração, que surge, portanto, da propositura da ação, impede que, iniciada a demanda pelo procedimento ordinário e até contestada, tal ainda na vigência da antiga lei adjetiva civil, venha, quando em grau de recurso, e aí já vigorando o novo Código, ser aplicado o prazo de 5 dias do parágrafo único do art. 508. Recurso extraordinário conhecido e provido." (STF — 1ª T., RE n. 82.357/PR, Rel. Min. Bilac Pinto, julg. em 4.11.75, *in* DJU de 26.12.75 e RTJ vol. 76, pág. 653).

(75) Cf. TST — 2ª T., AIRR n. 698.747/00, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, julg. em 21.2.01, *in* DJU de 23.3.01, pág. 608; TST — 5ª T., AIRR n. 717.985/00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, julg. em 9.5.01, *in* DJU de 24.5.01, pág. 731 e TST — 4ª T., RR n. 715.592/00, Rel. Juiz Convocado Renato de Lacerda Paiva, julg. em 6.6.01, *in* DJU de 29.6.01, pág. 837.

(76) Cf., a propósito, *Galeno de Lacerda*, "O novo direito processual e os feitos pendentes", Rio de Janeiro, Forense, 1974, pág. 70, e, mais recentemente, *Athos de Gusmão Carneiro*, "Lei nova e admissibilidade de recursos", *in* Revista de Processo, São Paulo, RT, vol. 108, pág. 213 e segs.

(77) *Estêvão Mallet*, "Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito no processo do trabalho", *in* Revista da AMATRA II, São Paulo, n. 7, pág. 16 e segs.

(78) *José Manoel de Arruda Alvim*, "Curso de direito processual civil", São Paulo, RT, vol. 1, n. 13.

(79) "Segundo princípio de direito intertemporal, o recurso se rege pela lei vigente à data em que publicada a decisão..." (STJ — 4ª T., RMS n. 38-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in* DJU de 4.6.90, pág. 5.061) e "É entendimento pacífico nesta Corte que a lei vigente à data da publicação

correta. Apresenta falhas e inconvenientes, na medida em que pode fazer com que decisões proferidas na mesma data fiquem, sem qualquer razão relevante, sujeitas a normas legais diversas, somente porque publicadas em diferentes momentos, por conta de diversa tramitação burocrática dos processos[80].

Em síntese, o § 3º do art. 515 do CPC aplica-se desde logo aos recursos interpostos contra decisões prolatadas após o início da vigência da Lei n. 10.352/00, não importando o momento em que ajuizada a ação, encerrada a instrução ou publicada a sentença. Os recursos interpostos contra decisões prolatadas anteriormente, porém, ficam ainda sujeitos ao regime do direito anterior, mesmo quando julgados já sob a vigência das disposições da Lei n. 10.352/00.

---

da sentença é a que rege a interposição de recursos" (STJ — 5ª T., AgRgAgRgAI n. 391.043-RJ, Rel. Min. Félix Fischer, *in* Bol. AASP n. 2297/649). A Súmula n. 1, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tem o seguinte teor: "A lei regente do recurso é a em vigor na data da publicação da sentença ou decisão."

(80) *Athos de Gusmão Carneiro*, "Lei nova e admissibilidade de recursos", cit., pág. 219.

UMA LEITURA NÃO-LIBERAL DAS POLÍTICAS DO TRABALHO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

GIOVANNI OLSSON(*)

Sumário: *Introdução; 1. Globalização e mundo contemporâneo; 1.1. Interdisciplinariedade como referencial; 1.2. Caracterização; 1.3. Origem e desenvolvimento; 1.4. Aproximação conceitual; 1.5. Dimensões e metáforas; 2. Políticas do trabalho na realidade emergente; 2.1. Elementos analíticos; 2.2. Novo paradigma produtivo como variável central; 2.3. Desemprego estrutural e exclusão social; 2.4. Níveis de atuação política e atores; 2.5. Políticas de desregulamentação e globalização inclusiva; 3. Conclusão; Referências.*

INTRODUÇÃO

A afirmação de que o mundo contemporâneo é dinâmico e de que as relações entre as pessoas e as instituições encontram-se em aceleração corresponde à imagem construída no senso comum sobre a realidade que envolve a sociedade mundial.

Do ponto de vista científico, porém, essa percepção demanda a compreensão prévia de inúmeras teorias e idéias que transitam nas mais variadas áreas do conhecimento e, mais além, a capacidade de interpenetração dessas diversas instâncias teóricas e seus desdobramentos.

No presente artigo, pretende-se esboçar a relação entre a globalização e as políticas do trabalho, transitando nas áreas das Relações Internacionais e do Direito do Trabalho. Naquela, busca-se desenvolver uma idéia abrangente e interdisciplinar de globalização hábil ao manejo dos diversos ramos do conhecimento; nessa, procura-se desenvolver a problemática das políticas do trabalho, por suas variáveis e instâncias, e esboçar alguns elementos críticos ao processo de desregulamentação dos direitos relativos ao trabalho humano.

Acima de tudo, tem-se por objetivo uma leitura não-liberal ou alternativa à visão hegemônica das políticas de trabalho em face da globalização.

(*) Juiz do Trabalho na 12ª Região (SC). Professor Universitário (UnC). Mestre e Doutorando em Direito (UFSC).

1. GLOBALIZAÇÃO E MUNDO CONTEMPORÂNEO

1.1. Interdisciplinariedade como referencial

A idéia de globalização evoca mitos do imaginário e corresponde a um retrato de senso comum tão amplo e variado quanto as inúmeras tentativas científicas de defini-la como objeto do conhecimento. Se é certo que todos a compreendem (ou pelo menos assim o pensam), não é menos correto que poucos se entendem sobre os limites de sua amplitude conceitual.

Por outro lado, pensar a globalização com base apenas na sociologia, ou apenas na economia ou apenas na política ou mesmo apenas no direito, é uma opção teórica tão limitada quanto questionável cientificamente. É provável que nesse aspecto resida uma boa parte da divergência entre os teóricos sobre a extensão e o significado desse fenômeno, uma vez que a interdisciplinariedade não é a regra na definição da relação sujeito-objeto da ciência, muito menos no tópico em análise, e o operador de cada ramo do conhecimento percebe os fenômenos apenas no seu espectro teórico respectivo.

No caso da globalização, sua compreensão deve iniciar exatamente pelo reconhecimento de que extrapola os limites epistemológicos de um ou outro ramo ou, ao menos, pelo reconhecimento de que seus efeitos não podem ser totalmente dimensionados apenas na economia ou apenas na política, ou no direito ou na sociologia, e, assim, perspectivas unilaterais são no mínimo incompletas ou precárias.

Essa constatação decorre da análise de três aspectos interconexos dessa problemática: as características, a origem e a tentativa conceitual da globalização.

1.2. Caracterização

De início, deve-se ressaltar que suas características são bastante peculiares. Tentando sintetizar os inúmeros aspectos destacados pelos autores[1], com ênfase maior ou menor em uma ou outra característica, pode-se apresentar um conjunto mínimo de elementos para sua individualização nos limites do objeto deste trabalho, com ênfase na didática expositiva e não na hierarquia entre eles ou mesmo na pretensão de esgotar o tema.

Em primeiro lugar, há prevalência do domínio econômico sobre outros campos, e, naquele, especialmente, do financeiro, mediante uma racionalidade instrumental puramente econômica que se pauta pela aproximação do mundo apenas pelo eixo do modo de produção capitalista. A

---

(1) Sobre os diversos elencos de características, ver: *Beck, Ulrich.* "O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização", pág. 32; *Viola, Eduardo.* "A multidimensionalidade da globalização, as novas forças sociais transnacionais e seu impacto na política ambiental do Brasil, 1989-1995", pág. 16 e ss.; *Ianni, Octavio.* "A sociedade global", págs. 57-8; e *Arnaud, André-Jean.* "O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado", págs. 12-4.

espiral excêntrica de expansão do capitalismo tem sido o fio condutor do mundo contemporâneo, ditando as agendas políticas, culturais e jurídicas conforme os interesses econômicos hegemônicos dos grupos dominantes.

Nesse sentido, o fenômeno tem se revelado duplamente contraditório frente à idéia de amplitude que o termo "global" sugere. De um lado, e do ponto de vista vertical (profundidade), pode-se dizer que se pretende apenas a globalização da economia, e não a globalização da política, da cultura ou do direito, por exemplo, de tal forma que o mercado permaneça fora do alcance dos mecanismos de regulação das outras instâncias. De outro lado, e do ponto de vista horizontal (extensão), pode-se dizer que se pretendem globalizar algumas partes do globo, como a América Latina e a África Setentrional, por exemplo, e não todo o globo, porque os interesses econômicos não encontram atrativos em algumas outras partes, como a África Central ou a Ásia Central, imersas na miséria.

Em segundo lugar, há estreita relação entre a globalização e o avanço das tecnologias de informática e de telecomunicações (dita telemática), ao ponto de os fenômenos desenvolverem-se no mesmo compasso. Assim como não se pode imaginar a expansão do capitalismo sem os recursos tecnológicos proporcionados pela revolução nos meios de armazenamento, processamento, transmissão, controle e difusão de informações em larga escala, também não se consegue imaginar como esses meios teriam se desenvolvido nessa proporção extraordinária sem interesses econômicos fortes que impelissem sua pesquisa e sua aplicação a serviço do mercado.

Em terceiro lugar, apresenta-se com ímpares dinamismo e multidimensionalidade, por processo de rápida transformação e com desdobramentos em todos os campos da vida. A globalização desafia pela sua plasticidade peculiar de conformação e transformação no tempo e, da mesma forma, pela capacidade de desdobrar-se em várias áreas da vida humana simultaneamente, como a política, a cultura e o direito. É, assim, um fenômeno em andamento, inacabado, ou um processo em marcha[2].

Em quarto lugar, corresponde a uma redefinição completa dos cenários, dos atores e dos seus papéis nacionais e internacionais, obedecendo aos interesses da agenda econômica que se mundializa, curvando tudo e todos, e esboçando algo que se pode reconhecer como uma "nova ordem" global. Ao mesmo tempo em que permite a emergência de novos atores, como as empresas transnacionais, também altera os papéis de atores antigos, com as organizações não-governamentais e especialmente os Estados-nação, em um arranjo muito complexo pela natureza e pela extensão de suas conexões.

Em quinto lugar, apresenta-se como fenômeno abrangente e envolvente em termos muito abertos, de tal forma que o cientista ou pesquisador também se encontra imerso nele e dele faz parte, não podendo isolá-lo pura e simplesmente como se define na dicotomia epistemológica tradicional entre sujeito e objeto. Por isso, ao mesmo tempo em que desafia, igualmente intimida, por ser um objeto que extrapola o sujeito.

---

(2) *Ianni, Octávio.* "A sociedade global", pág. 23.

Essa caracterização, embora sucinta e não exaustiva, permite apontar alguns elementos fundamentais para qualificar a importância desse fenômeno e sua inserção no mundo contemporâneo.

1.3. Origem e desenvolvimento

A origem e o desenvolvimento da globalização também são questões fundamentais. A compreensão do fenômeno da globalização depende diretamente da idéia que se tenha sobre quando, onde e como surgiu. Há várias linhas de pensamento para responder essa pergunta.

A associação da globalização a uma idéia de fenômeno de expansão econômica gera um marco histórico que pode ser atrelado à própria existência de sociedades humanas que buscavam conhecer e conquistar novos povos e territórios para maiores possibilidades de subsistência em geral[3]. Uma idéia não tão ampla, mais centrada em torno da expansão colonialista européia da transição do período medieval ao moderno, aponta para um marco histórico na época das operações iniciais das companhias coloniais[4]. Por fim, uma idéia mais restrita, delimitada em termos qualitativos da expansão econômica, associada à difusão ampla de tecnologias de informática e de telecomunicações, aponta para um marco histórico no auge da Guerra Fria e acentuado com as mudanças sociais, políticas e econômicas das décadas de 70, 80 e 90. Essa idéia mais restrita corresponde ao diferencial teórico mais específico para sua compreensão.

Segundo diz *Faria*, o que existe de efetivamente novo e inédito na globalização em curso é que esse processo resolve as limitações do espaço pela minimização do consumo de tempo, diante da capacidade extraordinária de armazenamento, processamento e transformação de informações. Para ele, diz respeito a "um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substitui o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação sócio-econômica e de regulação político-jurídica"[5]. O autor vai adiante, dizendo que o processo de globalização projeta-se devido "à avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro; e à formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial"[6].

É importante notar que essa qualificação histórica diferencial da globalização, como fenômeno que introduz novos elementos para a estrutura socioeconômica, assim como redesenha ou desafia o modelo político-jurídico até então hegemônico, permite não apenas fixar um marco histórico para sua emergência, mas também afirmar sua especificidade fenomênica. Essa afirmação pode parecer despropositada ao senso comum, que ordi-

---

(3) *Faria, José Eduardo.* "O direito na economia globalizada", pág. 60.

(4) *Robertson, Roland.* "Globalização: teoria social e cultura global", pág. 89.

(5) *Faria, José Eduardo.* "O direito na economia globalizada", pág. 62.

(6) *Idem, ibidem.*

nariamente não questiona, mas subentende, os pressupostos necessários e suficientes para a validade da idéia da existência da globalização; contudo, essa perspectiva leiga não é pacífica no meio científico, e o argumento é indispensável para superar a corrente teórica que nega a existência da globalização como fenômeno específico e atribui-lhe o caráter de apenas um "mito"[7].

Portanto, esse fenômeno decorre da "convergência de distintas e importantes transformações institucionais, políticas, organizacionais, comerciais, financeiras e tecnológicas ocorridas ao longo das décadas de 70, 80 e 90"[8]. Essas transformações hoje em curso, em essência, são respostas a três grandes problemas econômicos e suas crises decorrentes: a) "crise do padrão monetário mundial, surgida com o fim do *gold exchange standard*[9], decidido unilateralmente pelo governo norte-americano"[10] na década de 70; b) "choques do petróleo de 1973/1974 e 1978/1979"[11], causando impacto nos preços mundiais de serviços e bens; e c) "esgotamento do potencial de expansão do modelo financeiro, produtivo, industrial e comercial até então vigente"[12]. No conjunto, causaram inúmeros e graves problemas que podem ser sintetizados em estagnação no crescimento econômico, inflação, baixa liquidez financeira mundial e redução dos investimentos diretos.

1.4. Aproximação conceitual

A tentativa conceitual é outro desafio importante para sua compreensão. De um lado, o conceito unidisciplinar é insuficiente pela lateralidade e pela parcialidade; de outro lado, o conceito interdisciplinar ou multidisciplinar traz à tona as dificuldades metodológicas e gnoseológicas de manejar um objeto do conhecimento sob diversas perspectivas concorrentes.

Para os limites modestos deste artigo, ao integrar o papel da globalização nas políticas do trabalho, mostra-se adequado e abrangente o conceito de *Faria*, ao dizer que por globalização "se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela

---

(7) Sobre essa abordagem, ver a tese negativa da globalização (*Hirst, Paul; Thompson, Grahame.* "Globalização em questão") e sua crítica pelas teses positivas (em especial: *Chesnais, François.* "A mundialização do capital").

(8) *Faria, José Eduardo.* "O direito na economia globalizada", págs. 62-3.

(9) *Idem*, pág. 63. Este mecanismo era denominado de "Sistema de Bretton Woods", e introduzido por acordo multilateral celebrado em uma conferência nos Estados Unidos da América. Suas peculiaridades, frente ao sistema de padrão-ouro até então existente, eram o "câmbio fixo ajustável", a adoção de controles para limitar os fluxos de capital internacional e a monitoração por uma instituição internacional criada para esse fim, o Fundo Monetário Internacional. A ruptura do sistema ocorreu em 1971, quando o governo americano unilateralmente deixou de desvalorizar o dólar como exigido e aumentou as tarifas de importação para forçar os demais países a valorizarem suas moedas, simplesmente comunicando essa nova política ao Fundo. Ver: *Eichengreen, Barry.* "A globalização do capital: uma história do sistema monetário internacional", págs. 131-82. Para essa explicação e os detalhes desse sistema, ver em especial págs. 131, 136 e 179.

(10) *Faria, José Eduardo.* "O direito na economia globalizada", pág. 63.

(11) *Idem, ibidem.*

(12) *Idem*, pág. 64, com destaque ao gráfico 2.1 da mesma página.

crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subseqüente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional [...]"[13]. Se é verdade que essa idéia valoriza e destaca a dimensão econômica, não é menos correto que aponta para os desdobramentos políticos, sociais e jurídicos do processo, imprescindíveis para sua análise em perspectiva abrangente.

1.5. Dimensões e metáforas

A compreensão ampla do fenômeno da globalização significa não apenas o reconhecimento de sua abrangência conceitual, mas também a necessária identificação das dimensões ou áreas do conhecimento nas quais opera e se desenvolve.

Em um fenômeno dessa natureza — seja pela sua magnitude, seja pela sua dinâmica —, é temerária e pretensiosa qualquer tentativa de exaustão de seus múltiplos desdobramentos e de seu profundo alcance nas instâncias da vida. Os teóricos retratam grande divergência na definição dessas dimensões ou faces[14]. Muitos autores, em verdade, veiculam essa problemática sob metáforas, como "aldeia global", "modernidade-mundo", "ocidentalização do mundo", "racionalização do mundo" e outras tantas[15].

A rigor, a proliferação de metáforas para explicar a globalização é, acima de tudo, uma discrepância entre gnoseologia e ontologia, ou, em outras palavras, entre teoria e realidade[16]. O estudo da temática demonstra a insuficiência de modelos teóricos hábeis a abarcar toda a complexidade fenomênica do processo de globalização, nas suas variadas dimensões, na sua dinâmica peculiar e na sua abrangência global. Com isso, a compreensão é tendencialmente superficial e por aproximação, invocando idéias e conceitos já estabelecidos na pretensão de visualizar o fenômeno mediante a colagem dos recortes de suas metáforas.

Considerando-se, contudo, a natureza das relações nas quais se desenvolve como referencial, a globalização pode ser analisada em termos mais abrangentes e aprofundados. Neste estudo, abordam-se quatro dimensões fundamentais da globalização (política, jurídica, econômica e sociocultural). Pode-se falar, então, por exemplo, em uma "globalização política" ou em uma "dimensão política da globalização". Cabem duas advertências prévias: a primeira é a de que as dimensões não são estanques ou isoladas e, assim, não significam que os desdobramentos sejam exclusivos em cada dimensão, mas apenas preponderantes; a segunda é a de

(13) *Idem*, pág. 52.

(14) Apenas a título exemplificativo, há autores que apontam treze dimensões (*Viola, Eduardo*. "A multidimensionalidade da globalização, as novas forças sociais transnacionais e seu impacto na política ambiental do Brasil, 1989-1995", pág. 17) ou quatro dimensões (*Giddens, Anthony*. "As conseqüências da modernidade", págs. 74-82).

(15) Por exemplo, ver: *Ianni, Octavio*. "Teorias da globalização", pág. 14.

(16) Sobre as implicações desse problema nas Relações Internacionais, ver: *Pinel, Fernando Flores*. "Conocimiento y realidad en las relaciones internacionales", pág. 106.

que a escolha dessas quatro dimensões não implica desconhecimento ou menosprezo das demais, mas apenas uma opção metodológica que expõe os campos analíticos mais claros dessas áreas e privilegia a didática.

A dimensão econômica é a mais importante. Com isso, não se quer dizer que a globalização seja apenas econômica, mas sim que a face ou dimensão econômica da globalização é a mais visível de todas. Isso parece decorrer, de um lado, da circunstância de a globalização possuir um impulso econômico muito claro, na espiral excêntrica de expansão do capitalismo no globo por maiores mercados e maiores lucros, e, de outro lado, do valor e importância simbólicos que a sociedade contemporânea atribui a ícones econômicos e sua associação com poder. No âmbito econômico, há uma autêntica redefinição dos fatores de produção no mais amplo espectro, abrangendo desde o *status* do trabalho (valor, função, localização, qualificação etc.), passando pela gestão econômica (comercial, financeira, fiscal etc.), a renda pessoal e nacional e todos os efeitos e desdobramentos disso.

A dimensão sociocultural é também destacada. A globalização atinge e redefine diversos elementos da cultura e da sociedade contemporâneas como um todo. A ideologia-cultura do consumismo[17], por exemplo, como um de seus braços mais fortes e longos, propala a expectativa em torno de padrões econômicos, justificando e rejustificando o próprio modo de produção como indissociável da noção de comunidade ou sociedade do homem no seu contexto. Ao mesmo tempo em que difunde seus padrões volúveis, superficiais e totalizantes, esvaziados de qualquer conteúdo ético, a globalização neoliberal enfrenta os refluxos dos padrões estabelecidos dos localismos e, em especial, dos nacionalismos como uma historiografia cultural específica de cada povo ou região, redefinindo a própria noção de identidade e afirmação cultural e sociológica.

A dimensão política implica a ruptura do modelo de organização humana até então homogêneo. O Estado-nação, como padrão quase universal da estrutura político-jurídica da modernidade, tem seus postulados fundamentais atingidos pelo capital que livremente quer circular e tende a escapar de regulações políticas nacionais ou mesmo internacionais. A crise do modelo estatocêntrico é apenas um dos desdobramentos do fenômeno, no qual a idéia da soberania é redefinida totalmente nos âmbitos interno e externo e se assiste ao fortalecimento da curiosa dicotomia global-local[18] em detrimento do nacional.

A dimensão jurídica também tem vários desdobramentos. Por decorrência do processo de (sobre)racionalização das instâncias do mundo, com ênfase no direito, desenvolve-se, de um lado, a profunda burocratização da vida segundo um modelo weberiano racional-legal que prende a todos nas "gaiolas de ferro" da modernidade, e, de outro lado, a grande mudança nos

---

(17) *Sklair, Leslie.* "Sociologia do sistema global", págs. 89-98.

(18) Também referida como "glocalização" ou "glocalismo". Nessa linha, ver: *Robertson, Roland.* "Globalização: teoria social e cultura global", em especial pág. 251; e *Beck, Ulrich*, "O que é globalização? equívocos do globalismo, respostas à globalização", em especial pág. 95.

modos de regulação social, de expressão do direito e, por decorrência, de organização e exercício das profissões jurídicas. O Estado-nação perde progressivamente a capacidade de regular as relações sociais, especialmente as de cunho econômico que atravessam e mesmo ignoram as fronteiras nacionais, não apenas no tocante à produção normativa, mas também à sua aplicação, considerando-se a emergência de novos e gigantescos atores — as empresas transnacionais —, cujo faturamento é por vezes maior que o produto interno bruto de inúmeros Estados, pondo em crise a efetividade e mesmo a legitimidade do aparelho jurídico estatal.

O pluralismo jurídico emerge também na forma de policentricidade, com a regulação por sistemas não-jurídicos e mesmo por sistemas jurídicos não-estatais, substitutivos, formais ou não[19]. Além disso, há uma evidente "reconversão das profissões jurídicas"[20] e mesmo uma alteração da agenda jurídica do Estado, que se limita a estabelecer segurança e ordem para a atividade econômica (reforçando o controle penal sobre os excluídos do sistema e deslocando para essa área os conflitos políticos não solucionados ou não solucionáveis pelos mecanismos hegemônicos) e a estabelecer mecanismos para minorar os efeitos sociais da exclusão do mercado de trabalho e mesmo da economia (regulando a requalificação profissional e estabelecendo níveis mínimos cada vez mais baixos de garantias sociais)[21].

Essa nova realidade que emerge com o fenômeno da globalização, em suas várias dimensões, conforma o mundo que entendemos hoje por contemporâneo. Nesse contexto, e pela importância dos seus desdobramentos sobre as mais diversas instâncias da vida, inclusive a do mundo do trabalho, a globalização deve ser entendida como variável fundamental para compreender não apenas essa realidade em perspectiva ampla, mas também para desenvolver alternativas que limitem ou minorem os efeitos deletérios de exclusão social acentuada no globo.

2. POLÍTICAS DO TRABALHO NA REALIDADE EMERGENTE

2.1. Elementos analíticos

Ao se tratar de trabalho, no presente artigo, está-se objetivando abordar o trabalho humano em si mesmo, e não como simples força ou como resultado de produção de energia ou mesmo como um custo ou um fator de

---

(19) Ver: *Arnaud, André-Jean; Dulce, María José Fariñas.* "Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos", págs. 381-90.

(20) Ver: *Dezalay, Yves; Trubek, David M.* "A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais", pág. 50; e *Olgiati, Vittorio.* "Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um engate operacional para uma sociologia do direito européia", pág. 100. Os primeiros autores citados ainda mencionam a "penetração do 'modo americano de produção do direito' em campos jurídicos na Europa e em todos os lugares" (*idem*, pág. 40).

(21) Para leitura complementar, ver: *Faria, José Eduardo.* "O direito na economia globalizada", págs. 258-9, em especial.

produção na acepção instrumental dessa idéia. Esse trabalho humano, mais além, tem-se por precipuamente produtivo e corresponde a uma projeção do ser humano que o realiza, utilizando sua energia pessoal pela concretização de sua própria condição de humanidade existencial e na busca de sua subsistência. Seja intelectual, seja material, o trabalho humano não pode ser compreendido no seu âmago se houver a dissociação entre o resultado ou apropriação desse trabalho ou sua mais-valia e o homem-sujeito que o realiza, sob pena de se perder sua natureza sociológica, política e filosófica. Logo, o trabalho em estudo é uma projeção e desdobramento do próprio ser humano.

Nessa perspectiva, políticas do trabalho não são apenas políticas de pessoal ou de emprego ou políticas de capital ou investimento no setor produtivo. Com essa abordagem, pretende-se abarcar um conjunto de ações e idéias que orientem a realização do processo produtivo e a prestação do trabalho na perspectiva de valorização do homem-trabalhador na sua inserção sociológica e política na sociedade e no seu discurso filosófico. Valorizar o trabalho, em sentido amplo, é valorizar não apenas seu resultado e seus agentes, mas, acima de tudo, a condição humana do ser que trabalha com base na sua dignidade.

As políticas do trabalho, então, devem ser compreendidas em torno de um universo amplo de questões, como as causas do desemprego e suas condições de superação, os meios para qualificação da mão-de-obra e sua responsabilidade, os direitos e garantias das partes na relação de trabalho, os critérios diferenciais para definir e coibir a exploração do trabalho, os limites e possibilidades de ingresso e a saída do mercado de trabalho, os parâmetros e a fiscalização da segurança e higiene no trabalho, a definição e o fomento de incentivos diretos e indiretos à produção, a distribuição da propriedade dos meios de produção, a gestão da atividade produtiva, os limites da relação entre trabalho ou ocupação e renda, a dignidade do homem-trabalhador e inúmeras outras. Essa abordagem compreensiva permite trazer para o campo da política a análise de elementos interdisciplinares.

Em uma perspectiva puramente jurídica, pode-se dizer que ela envolve os sujeitos, o objeto e a forma da prestação de trabalho; além disso, em perspectiva sociológica, envolve as relações dicotômicas entre um grupo humano que presta trabalho e outro que recebe trabalho, assim como suas inflexões na inserção dos indivíduos na sociedade como um todo e no papel desses grupos na formação do tecido social; em perspectiva econômica, integra o conflito entre capital e trabalho para além do maniqueísmo do seu valor como custo de produção e, de outro lado, reconhece o papel de outros elementos nessa relação, como os limites e possibilidades da intervenção do Estado ou outros agentes nessa esfera por medidas de economia política; em perspectiva filosófica, resgata o papel da dignidade do homem trabalhador e reinsere a sua problemática no centro do discurso filosófico contemporâneo.

Portanto, essas políticas do trabalho, nesse espectro amplo, pressupõem a identificação e a análise de diversos elementos. Assim, em primei-

ro lugar, cabe a abordagem das variáveis essenciais que interferem na compreensão da problemática e devem ser consideradas para a efetividade de qualquer política na área, como atividade orientada a um fim; em segundo lugar, devem ser analisados os agentes ou níveis dessas políticas; e, em terceiro lugar, o conteúdo dessas políticas, sob uma leitura crítica.

2.2. Novo paradigma produtivo como variável central

A realidade contemporânea, no ambiente da produção, caracteriza-se por alguns elementos que a diferenciam de outros momentos históricos ou de outros contextos. Qualquer política do trabalho que se pretenda efetiva deve considerar o papel dessas múltiplas variáveis emergentes no mundo contemporâneo e que representam autênticos desafios para a problemática. Embora não se pretenda atribuir a origem de todas elas à globalização, parece razoável afirmar que a compreensão plena somente possa ser realizada no seu ambiente.

O elemento mais importante, sem dúvida, é o novo paradigma da produção. A globalização — seja na perspectiva da sociedade informacional, seja na de modernidade-mundo — integra-se com a "progressiva conversão das ciências exatas, biomédicas e humanas em técnicas produtivas"[22] e, assim, de crescente e intensa agregação de tecnologia nos processos produtivos. Com isso, permitiu o desenvolvimento de um novo modelo de produção (envolvendo divisão do trabalho e organização empresarial).

O paradigma fordista-taylorista (ou, para alguns, simplesmente "fordista") baseia-se "na produção em massa de produtos homogêneos, utilizando a tecnologia rígida da linha de montagem com maquinário especializado e rotinas de trabalho padronizadas por métodos tayloristas"[23]. Nesse espectro, desenvolve-se a economia de escala, que agrega número expressivo de trabalhadores de massa, logo associados em sindicatos estruturados; segue modelos analíticos de organização e de estrutura verticalizada e formal. Seu apogeu pode ser demarcado entre 1910 e 1960, e, do ponto de vista estrutural, centraliza o ambiente da produção em torno dos agentes (empregados e empregadores). Os trabalhadores são em grande número, mas de treinamento específico, monoqualificados e de ocupações sobredefinidas.

O novo paradigma, usualmente denominado de paradigma da "especialização flexível" (ou "pós-fordista"), funda-se na valorização da informação e da direta aplicação do conhecimento técnico-científico no processo, com organização da empresa em torno de modelos sistêmicos. As plantas industriais são flexíveis, adaptadas para "fabricar produtos diversificados e bens heterogêneos, aptas a responder em pequeno espaço de tempo às exigências de mudanças do mercado consumidor e operadas por grupos selecionados de trabalhadores com poliqualificação, isto é, treinados para exercer simultaneamente múltiplos encargos e assumir diferentes respon-

---

(22) *Faria, José Eduardo.* "O direito na economia globalizada", pág. 75.

(23) *Idem*, pág. 76.

sabilidades funcionais"[24]. Do ponto de vista estrutural, centraliza o ambiente da produção em torno do objeto (serviços e mercadorias). Os trabalhadores são em menor número, mas de treinamento variado, multiqualificados e de ocupações amplas[25].

É desnecessário dizer que esse novo paradigma implica um deslocamento importante do eixo do debate relacionado ao trabalho.

2.3. Desemprego estrutural e exclusão social

Uma das questões centrais do debate contemporâneo das políticas do trabalho é o desemprego estrutural, variável também importante para essa análise. Embora seja difícil estabelecer um parâmetro unívoco para esse conceito e também não se possa dissociar toda a trama complexa da nova divisão do trabalho com a redução estrutural e segmentada dos postos de trabalho, impõem-se algumas observações sobre ele.

Em primeiro lugar, o conceito de desemprego não é pacífico. Ainda que possa imperar no senso comum a idéia de que desemprego é ausência de trabalho produtivo (leia-se: remunerado), não há um conceito interdisciplinar amplamente aceito sobre o que exatamente signifique. As próprias instituições que se propõem a estudar esse fenômeno divergem sobre os critérios e, não raro, qualificam desemprego como um conceito teórico mais abstrato, repleto de pressuposições de fundo marcadamente ideológico e distanciado da realidade.

Nesse sentido, cabe citar que, para muitos, desemprego não é apenas a pura e simples inexistência de atividade remunerada, mas sua continuidade por mais de algumas semanas ou meses (desemprego é um estado que se atinge depois de certo tempo sem trabalho, na pressuposição de que decorre de um ato involuntário do homem depois de período de tempo, admitindo o argumento de que o querer trabalhar insatisfeito só tem validade com o tempo); ou a continuidade da procura de emprego (desemprego é um estado que se atinge apenas quando e enquanto se está à procura de trabalho, na pressuposição de que decorre de um ato involuntário do homem na medida de quanto o queira, admitindo o argumento de que subsistir ou não — procurar emprego ou não — seja uma opção válida); ou a ausência de todo e qualquer rendimento mesmo eventual (desemprego é um estado que se atinge quando o homem não aufere qualquer renda, na pressuposição de que ato produtivo eventual seja subsistente, admitindo o argumento de que o ganho eventual, dito "bico" (situação efêmera), seja válido para subsistir (situação permanente)); ou até mesmo a ausência de percepção de benefícios de seguridade substitutivos como seguro-desemprego (desemprego é um estado que se atinge pela inexistência do trabalho ou de substitutivo pecuniário estatal, na pressuposição de que receber do Estado enquanto não se tem trabalho é uma certa forma de trabalho, admitindo o argumento de que a incapacidade do mercado em

(24) *Idem*, pág. 80.

(25) *Idem*, págs. 64-85, sobre a comparação e a evolução dos paradigmas.

fornecer subsistência e dignidade aos indivíduos da sociedade seja responsabilidade do Estado, que não comparte os lucros, mas absorve as exclusões daquele). Desemprego, portanto, é um conceito ou idéia plena de carga ideológica, embora se veicule sob pretensa neutralidade axiológica nos modelos racionais-legais, e se distancie não apenas do senso comum, mas também dos imperativos empíricos da subsistência e da dignidade humana.

Em segundo lugar, e com alguma reserva sobre a extensão da idéia de desemprego, parece claro que a divisão do trabalho implica redução estrutural e seletiva nos postos de trabalho e, assim, revela a progressiva incapacidade do modo de produção capitalista em absorver os indivíduos aptos de exercer atividade produtiva e, pois, de auferirem rendimentos para sua subsistência. Há diversas abordagens teóricas que apontam para essa conclusão.

Analisando os efeitos amplos da globalização econômica, diz *Faria* que, quanto maior é a eficiência que o paradigma da especialização flexível desenvolve com a utilização de tecnologias e de informação, "maiores tendem a ser o desemprego aberto, a desocupação estrutural, a degradação dos salários diretos, a extinção dos salários indiretos, o progressivo desmantelamento dos mecanismos de seguridade social [...]"(26).

Especificamente sobre a estrutura do mercado de trabalho, ele aponta para três vertentes concorrentes: no primeiro plano, um número cada vez menor de obreiros de formação e função polivalentes que atuam em tempo integral, com amplos direitos sociais e relativa estabilidade no seu posto; no segundo plano, um número maior, mas em redução constante, de trabalhadores de baixa qualificação, com vinculação profissional precária conforme condições conjunturais do mercado; e no terceiro plano, trabalhadores de pouca especialização vinculados por tarefas delimitadas e por períodos específicos, externos a esse sistema. No conjunto, e em síntese, trabalhadores cada vez mais tendentes a desempregados pela sua substituição por processos de informatização e de robotização conforme o desenvolvimento tecnológico(27).

É interessante a observação de que um dos propalados méritos do modelo econômico neoliberal hegemônico é o de aumentar lucros reduzindo custos — seja através da massiva aplicação de tecnologias no processo produtivo, seja através propriamente de novos mecanismos de gestão desse processo —, ainda que o trabalho seja tido apenas como um custo e, assim, reduzir o trabalho é reduzir um custo. Logo, aumentar a produção ou gerar mais lucro com cada vez menos trabalho humano é visto curiosamente como algo positivo nessa perspectiva, embora poucos se perguntem sobre qual o papel social e econômico desse exército de excluídos na sociedade moderna ou mesmo suas conseqüências no futuro(28). Basta no-

(26) *Idem*, pág. 246.

(27) *Idem*, págs. 230-1.

(28) Algumas respostas podem ser encontradas em: *Silva, Karine de Souza*. "Globalização e exclusão social", especialmente no Capítulo III.

tar que, com a perda dos postos de trabalho humano, os trabalhadores não têm renda e, assim, instaura-se a lógica perversa de progressiva queda do número de pessoas com poder econômico para adquirir os próprios bens ou serviços produzidos com cada vez menos trabalho humano.

Mas não é só isso: como alerta *Offe*, os empregadores são muito favorecidos com a elevação de índices de desemprego e auferem ganhos com isso. De fato, há vantagens no plano econômico, uma vez que o aumento do nível de oferta (mais desempregados querendo trabalho) diante do nível decrescente de demanda (menor número de postos de trabalho disponíveis) tende a estabelecer critérios mais favoráveis para o empregador na negociação individual e coletiva na contratação e na recomposição dos salários, assim como para "externalizar quase totalmente os custos sociais do desemprego, descarregando esses custos sobre os desempregados e sobre terceiros"[29]; há vantagens no plano comportamental, porque os trabalhadores empregados, no risco crescente de perderem o posto — até mesmo diante de outros trabalhadores desempregados que se proponham a realizar as mesmas atividades por valor menor —, ausentam-se menos do trabalho por doença e melhoram a disciplina na atividade e a produtividade[30]; existem também vantagens no plano político, uma vez que a pressão política sobre os governos por causa dos índices elevados de desemprego molda as agendas estatais para essa questão e tende a fazer com que sejam seguidas "políticas de acordo com seus próprios interesses financeiros e eleitorais, políticas essas que beneficiem a 'capacidade de investimento do capital' e, assim, concedam pelo menos alguma credibilidade ao objetivo de gerar novos empregos"[31]. A última vantagem citada é marcante na difusão de políticas neoliberais de desregulamentação e flexibilização da legislação social, sob esse argumento duvidoso e infundado de criar novos postos de trabalho, o que será analisado mais adiante.

Enfrentando o problema de combater o desemprego, *Offe* alerta que é muito precária a equação entre crescimento econômico e nível de emprego. Nesse sentido, diz que o próprio investimento na integração de tecnologia no processo produtivo pode ter efeito negativo, com o crescimento sem emprego; além disso, diz que as economias industrializadas "estão diante não só do *alto*, mas também caracteristicamente *estruturado* desemprego"[32], e, assim, que o "problema político do mercado de trabalho consiste não só no *crescimento* global da demanda pela força de trabalho, mas também (e cada vez mais), na *distribuição* bem equilibrada e justa dessa demanda entre as categorias de trabalho [...]"[33].

Essa questão tem diversos desdobramentos. Cabe apenas referir que a incapacidade de o mercado fornecer trabalho e, assim, ocupação e renda

---

(29) *Offe, Claus.* "Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política", pág. 116.

(30) *Idem, ibidem.*

(31) *Idem, ibidem.*

(32) *Idem*, pág. 21, grifos do original.

(33) *Idem, ibidem*, grifos do original.

para os indivíduos, desestrutura o tecido social que se forma em torno da idéia de cidadania como senso de capacidade econômica e de inserção social[34], pela colonização dos demais espaços da vida pelo espaço da produção. Se o indivíduo está integrado na sociedade pela sua capacidade econômica, inclusive o potencial de consumir os bens que ajuda a produzir (o que decorre diretamente, mas não exclusivamente, da existência de renda pelo trabalho), a própria noção de cidadania liberal (e neoliberal) seria uma outorga ou decorrência do mercado. Além de merecer muitas reservas teóricas, a começar pelo fato de que o nível de humanidade e de seus valores éticos não é um conceito que se possa ter como quantitativo (na medida do poder econômico, por exemplo), mas sim qualitativo, essa idéia é muito problemática no plano empírico: quando se identifica a progressiva e geral queda nos índices de trabalho e renda e, assim, a proporcional exclusão social evidenciada, já se percebe que o mercado e seus princípios, na espiral excêntrica de expansão do capitalismo, como tais hoje, não servem aos interesses da imensa maioria da população, na perspectiva de garantia de seus valores fundamentais, mormente a dignidade humana.

De fato, é importante o reconhecimento da existência de desemprego estrutural no modo de produção capitalista na sua feição contemporânea para descredenciar a validade de argumentos políticos hegemônicos que atribuem a perda de postos de trabalho a problemas locais ou conjunturais e, assim, que possam ter respostas também pontuais ou conjunturais. Isso leva a um debate bem mais profundo, que ultrapassa os propósitos deste artigo, e que coloca em dúvida mesmo a possibilidade de alternativas sérias sem uma mudança total no modo de produção.

2.4. Níveis de atuação política e atores

O argumento inicial para introduzir os níveis e os atores é a impossibilidade de equilíbrio interno no sistema de relação entre capital e trabalho. Um modelo sistemicista de matriz autopoiética revela com facilidade a divergência extrema de poder entre os agentes dessa relação e, assim, qualquer arena de debate dos seus interesses é tendencialmente desequilibrada, demandando interferência de agentes externos.

Não se pode conceber de forma clara, por outro lado, que os próprios agentes internos dessa relação (trabalhadores e empresários), com autonomia, tenham capacidade de regular seus conflitos e veicular seus interesses ou estabelecer bases equânimes para debate em termos amplos e sistemáticos. Para tanto, pesam inúmeros fatores, como a própria inexistência de interesses convergentes estáveis entre eles e dentro deles, revelada pela concorrência no plano da oferta (grupo dos trabalhadores empregados x grupo dos trabalhadores desempregados) e no plano da demanda (empresários que disputam mercado e lucros em atividades-fim idênticas ou similares), que impede ações concertadas e de envergadura nesses segmentos.

---

(34) *Faria, José Eduardo.* "O direito na economia globalizada", pág. 248.

A intervenção de outros agentes nas relações de capital e trabalho, pois, é analisada com base nas instâncias em que é possível atuação política eficaz para regular suas condutas. Pode-se falar, basicamente, de três níveis específicos: local/regional, nacional e internacional.

O nível local ou regional é muito limitado para a regulação das relações de trabalho ou implementação de políticas na área, de forma a orientar as condutas das partes. A capacidade de instâncias locais, como cidades ou províncias, estabelecerem políticas efetivas de trabalho é extremamente precária. De um lado, a regulamentação normativa das relações de trabalho, no plano jurídico, é predominantemente nacional, como no caso brasileiro (Constituição Federal, art. 22, inciso I), e há pouco espaço para regras válidas complementares. De outro lado, e no plano econômico, é evidenciado que o capital, mormente com os instrumentos proporcionados pela telemática, métodos de produção flexível e estruturas em rede, adquire mobilidade relativa e, por seu poder econômico, estabelece demandas ou exigências para sua fixação; nesse sentido, a regulação local ou regional mais benéfica ao trabalho pode ser um instrumento de deslocamento do capital para outros locais ou regiões, nos quais haja condições melhores para auferir mais lucros, incluindo menores custos sociais (menores salários, por exemplo), menores custos fiscais (isenções fiscais, por exemplo) e mesmo infra-estrutura dirigida (estradas e portos para escoamento, por exemplo). Desnecessário dizer que esse debate é polêmico, mas raramente aprofundado, ao ponto de revelar a intenção essencial de transferir ao Estado parte dos riscos e custos da produção em troca de prestígio político a seus administradores por conta dos "novos empregos", que, como regra, não são "novos" em quantidade (mas sim deslocados de outro lugar) e que, no fundo, não resistem a uma simples equação matemática de custo-benefício pelos valores aportados direta (investimentos de infra-estrutura) ou indiretamente (renúncias e isenções fiscais) pelo Estado na sua execução.

O nível nacional historicamente vinha desempenhando um papel fundamental, mas hoje se encontra em limitação. O Estado-nação, núcleo político-jurídico da modernidade, enfrenta uma crise em torno do seu papel contemporâneo. De um modelo intervencionista no domínio econômico e com privilégio no bem-estar social, o Estado sofre os influxos do neoliberalismo hegemônico e tende ao absenteísmo nas suas funções tradicionais. Há diversas causas identificadas para esse fenômeno, mas é inegável que a globalização neoliberal exerce um papel fundamental, e, no conjunto, as políticas de trabalho, geralmente implementadas no nível nacional, perdem espaço, escopo e efetividade.

Essa mudança no papel do Estado contemporâneo pode ser explicada de muitas formas, mas é pertinente, para efeito da presente análise das políticas do trabalho, a abordagem de *Crook, Pakulski* e *Waters*[35]. Esses autores resumem as alterações em quatro movimentos simultâneos e interconectados com a globalização: a) deslocamento horizontal ou fun-

(35) *Crook, Stephen; Pakulski, Jan; Waters, Malcolm.* "Postmodernization: change in advanced society".

cional ou lateral de poderes e atribuições do Estado em direção a entidades ou agências com especialização para temas próprios, como as agências reguladoras ou entes paraestatais (no caso brasileiro, "agências nacionais" diversas, na periferia do poder público, com autonomia e efetividade regulatória questionáveis); b) deslocamento vertical descendente de poderes ou atribuições para grupos locais ou regionais, como a desfederalização de atividades ou abandono de competências preferenciais (no Brasil, casos crescentes de segurança pública "comunitária" ou saúde "municipal"); c) deslocamento vertical ascendente de poderes ou atribuições para entes supraestatais, como renúncia parcial à soberania para projetos ou instituições supranacionais (emergência de "mercados comuns" ou "acordos de livre comércio", limitados ao plano comercial ou financeiro e de efetividade regulatória duvidosa, especialmente pela ausência de coerção no direito internacional); e d) privatização e inserção no mercado de atividades estatais típicas (como no caso de instituições financeiras e mesmo de produtos estratégicos nos setores de energia e telecomunicações)[36]. Os autores advertem que esses movimentos atuam a despeito de questões culturais ou políticas no globo, não dizendo respeito a qualquer divisão ideológica entre capitalismo e socialismo ou oeste e leste: "Eles foram diagnosticados na Inglaterra, no continente europeu, na Austrália e Nova Zelândia, e nos Estados Unidos da América. Eles transcendem divisões político-partidárias: tendências similares têm sido notadas no Reino Unido dirigido por partidos conservadores e na Austrália dirigida por partidos trabalhistas"[37].

Faria também diagnostica a mudança no papel do ator estatal: "ao Estado-nação (que já foi *Estado de Direito*, no período do capitalismo concorrencial, e *Estado-Providência*, na era econômica do pós-guerra) restaria basicamente o papel de um *Estado de Segurança* ou um *Estado de Prevenção*"[38]. Sua função, hoje, seria mais a manutenção da ordem para garantir a atividade econômica, o controle dos grupos excluídos do processo e a modulação da circulação de pessoas interna e externamente. Por decorrência, seu poder para projetar, implementar e gerir políticas de trabalho resta muito limitado, especialmente frente ao capital que se globaliza e se transnacionaliza acima ou a despeito dos recortes nacionais e seu controle.

O nível internacional, por fim, não se mostra eficaz. Nesse nível, operam basicamente as organizações internacionais intergovernamentais e as organizações internacionais não-governamentais. As organizações intergovernamentais são formadas por Estados nacionais em última instância, e adotam modelos, alcances e finalidades muito variadas, envolvendo entidades como Organização das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho. As organizações não-governamentais são formadas por pessoas ou entidades do setor privado, correspondendo ao conceito contem-

---

(36) *Idem*, pág. 80.

(37) *Idem, ibidem*, tradução livre do autor.

(38) *Faria, José Eduardo*. "O direito na economia globalizada", pág. 330, grifos do original.

porâneo do "terceiro setor" no plano internacional, mas, por limitações econômicas, estruturais e mesmo teleológicas, restringem-se a áreas ou temas muito específicos, como erradicação do trabalho infantil ou proteção ambiental, por exemplo.

Se é correto que o nível internacional poderia ser o nível ideal para políticas de trabalho abrangentes e eficazes, por abarcar todo o globo, há duas limitações quase intransponíveis. Em primeiro lugar, não há ainda uma solução satisfatória para o problema da ausência de coercitividade jurídica no plano internacional, pelo que o valor de decisões de instâncias internacionais, por mais representativas que sejam (como a Organização Internacional do Trabalho, por exemplo), é relativizado na proporção direta do poder militar, político e econômico de seu destinatário e pode ser simplesmente ignorado. Se é verdade que a sociedade internacional contemporânea opera por modelos que podem ser compreendidos pela interdependência complexa ou, algumas vezes, por um realismo político unilateral brutal, não é menos correto que a dimensão jurídica é limitada diante da dimensão econômica e mesmo militar dos atores. Por decorrência, há lapso de coordenação e de integração entre as organizações não-governamentais (fragmentadas em seus interesses específicos) e ineficácia das organizações intergovernamentais (vinculadas a arranjos que protegem interesses individuais). Em segundo lugar, nesse nível operam com poder extraordinário as empresas transnacionais, que correspondem às estruturas mais funcionais e racionalizadas do capital contemporâneo, com ações em larga escala, altamente integradas em redes e movimentando valores que superam em muito a soma do produto interno bruto de vários países[39]. Seu poder econômico convola-se em poder político e não há qualquer interesse potencial por parte desses organismos na implementação de mecanismos ou instrumentos de regulação das relações de trabalho (ou mesmo comerciais, econômicas e financeiras) por entidades supraestatais que não estejam sob seu controle direto ou indireto e atendam a seus interesses de racionalidade econômica. A própria idéia de transnacionalidade pressupõe a concepção de ignorar as fronteiras e atuar a despeito delas, nas lacunas e contradições normativas dos recortes nacionais.

Como se observa, há diversas deficiências estruturais e sistêmicas para o planejamento e gestão de políticas de trabalho em todos esses níveis, o que explica, em parte, a precariedade ou ineficiência relativa dessas iniciativas para equalizar as relações de trabalho contemporâneas.

2.5. Políticas de desregulamentação e globalização inclusiva

O discurso neoliberal hegemônico prega e progressivamente converte em prática um modelo de relações de trabalho no qual as categorias ou coletividades de trabalhadores e de empregadores devem ter em suas mãos a liberdade e a autonomia de decidirem os limites e as possi-

---

(39) Para a análise de alguns dados sobre o poder econômico extraordinário de empresas transnacionais, e mesmo grupos de não-financeiros, ver, por exemplo: *Chesnais, François*. "A mundialização do capital", pág. 74.

bilidades de suas relações. Esse modelo é veiculado sob diversas roupagens ideológicas, mas, do ponto de vista jurídico, corresponde à desregulamentação normativa.

De fato, e apesar dessa idéia sugerir a diminuição dos mecanismos de normatização das condutas em geral, ela implica na realidade a transferência de mecanismos de normatização da esfera pública para a esfera privada, como fontes dessas normas, e a transferência de mecanismos jurídicos formais para mecanismos jurídicos informais ou mesmo não-jurídicos de solução de conflitos, como desjuridicização dos conflitos. A interação dessas tendências é complexa e, no tocante especificamente à solução de controvérsias, dizem *Arnaud* e *Dulce:* "há possibilidades para a solução dos conflitos no próprio quadro do direito estatal; enumeram-se outros fora do quadro do direito estatal; pode-se, em última análise, descobrir conjuntos normativos jurídicos paralelos — sobretudo contrários — ao direito estatal"[40]. Os teóricos citados prosseguem, dizendo que os atores estão efetivamente assumindo o direito: "[...] ou melhor, esses atores produzem normas jurídicas não apenas implementando as regras do direito em vigor, mas também utilizando meios não convencionais (muito claro para a regulação jurídica em matéria do trabalho) ou mesmo fora dos procedimentos requeridos em casos precisos (aplicação do poder discricionário de certos funcionários)"[41].

Nesse sentido, e como exemplos pátrios atuais, vejam-se os mecanismos alternativos de resolução de conflitos trabalhistas, como as Comissões de Conciliação Prévia, e a intenção de relativizar disposições legais infraconstitucionais por ajustes coletivos.

Sem enfrentar diretamente o fundamento utilitarista das concepções liberais, podem-se encontrar em *Offe* algumas razões importantes para descredenciar a validade do argumento hegemônico de desregulamentação como alternativa ou resposta ao problema do desemprego. Ao estudar a economia política do mercado de trabalho, equacionando a posição da demanda (empregador) e a posição da oferta (trabalhador) na relação de trabalho, esse autor aponta diversas desvantagens para o lado da oferta no tocante às estratégias racionais que pode adotar na política e, portanto, diversos aspectos nos quais há desequilíbrio de poder nessa relação[42].

O primeiro argumento para a desvantagem da força de trabalho decorre da circunstância de o trabalhador estar sempre em posição inferior quando é contratado em ambiente de livre concorrência. De fato, o trabalho como mercadoria é totalmente diferente de outros produtos ou bens, porque seu valor (salário) e seu volume (quantidade de trabalhadores) não são regulados pela perspectiva de sua alienação no mercado, como um automóvel ou um televisor, mas sim por diversos fatores que independem do próprio mercado, como o crescimento populacional e os movimentos

---

(40) *Arnaud, André-Jean; Dulce, María José Fariñas.* "Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos", pág. 373.

(41) *Idem*, pág. 402.

(42) *Offe, Claus.* "Capitalismo desorganizado", págs. 24-32 em especial.

demográficos ou mesmo padrões localizados de formação e instrução, além, obviamente, da necessidade de subsistência alimentar. Nesse sentido, os próprios trabalhadores não têm o poder de reduzir sua própria oferta, para aumentar seu valor, como em outras mercadorias (caso do petróleo, na ação dos exportadores, por exemplo)[43].

Uma segunda razão para a posição inferior dos trabalhadores nessa relação com o capital decorre da continuada necessidade de o trabalho ser ofertado e "vendido". Isto é: na medida em que o salário é indispensável para a subsistência, o trabalhador não pode aguardar oportunidades melhores ou que o "preço" de sua mercadoria trabalho aumente. O trabalhador precisa continuamente ter ganhos para continuar existindo como ser humano. Assim, e pelo menos em princípio, pode até almejar ganhos maiores, mas não pode se privar de, a todo momento, estar em empregos onde ganha menos porque (ainda que não seja o ideal) o salário é um recurso essencial para sobreviver, reduzindo substancialmente seu poder político[44].

Uma terceira razão é a maior rigidez das necessidades do trabalhador frente às do empregador. No caso, e com o acréscimo e avanço de novas tecnologias, o lado da demanda pode manter (ou aumentar até) sua produção mediante a redução do número de trabalhadores, mas o lado da oferta não pode manter sua subsistência abaixo de parâmetros mínimos frente ao empregador. Isso revela que o empregador é mais independente frente ao empregado (porque pode trocar o empregado por máquinas, por exemplo) do que este é frente àquele (porque não pode abrir mão do empregador ou de níveis de salário abaixo de certos limites)[45].

O quarto argumento sobre a posição inferior do trabalhador reside na sua menor capacidade qualitativa de adaptação às necessidades emergentes. É correto que tanto o capital quanto o trabalho referem-se a atividades ou finalidades específicas, como uma linha de produção destina-se a uma parte bem determinada do processo produtivo e como um trabalhador executa uma tarefa exata e limitada nesse processo. Contudo, não é menos evidente que o capital, depois de certo tempo, adquire liquidez e pode ser reinvestido de pronto na mesma atividade ou maquinário ou em algo totalmente distinto, como produzir vestuário e não mais mobiliário; contudo, o trabalhador, com o passar do tempo, apenas envelhece (tendo progressivamente diminuídas suas capacidades profissionais) e sua requalificação é lenta, custosa e de indispensável sustentação estatal: o trabalhador que produzia peças de mobiliário não pode, de imediato, produzir cortes de tecido no vestuário.

Se os argumentos desse autor forem válidos, retratando uma deficiência estratégica do trabalhador frente ao empregador, não se pode aceitar a idéia de que os trabalhadores e os empregadores estejam em igualdade de condições para regular suas relações sem intervenção externa e,

---

(43) *Idem*, págs. 26-8.

(44) *Idem*, págs. 28-9.

(45) *Idem*, págs. 29-30.

assim, ainda é necessária, válida e eficaz a política de intervenção estatal na regulação trabalhista. Mesmo na perspectiva coletiva, sob a condução de entidades sindicais, essas deficiências não se alteram, mas, ao revés, ainda se acrescem de outras, decorrentes da divisão do trabalho e da fragmentação da consciência de classe, por exemplo, e de seus antagonismos.

A pergunta que pode restar diz respeito a como enfrentar na dimensão política os desafios contemporâneos do mundo do trabalho. Há muitas respostas, oscilando da completa mudança do modo de produção capitalista a tentativas de compatibilizá-lo com valores básicos da sociedade (de dignidade e humanidade), trazendo o mercado de volta ao controle do Estado para atender aos interesses da sociedade, e não os seus próprios de racionalidade econômica.

Parece evidente, contudo, que qualquer resposta só pode ter alguma possibilidade de atender essas expectativas se pensada frente à realidade da globalização. Com isso, não se pretende uma visão acrítica ou conformista diante de um fato consumado, mas sim uma releitura, agora não-liberal, desse fenômeno.

Um viés importante é analisar o problema da reversibilidade da globalização, também apresentado como o problema das potencialidades da globalização.

Há um debate em voga em torno da reversibilidade da globalização e sua solução depende, acima de tudo, de um acordo sobre o conceito de o que é ser reversível. *Beck*, por exemplo, sustenta que a globalização é irreversível, no sentido de que seus efeitos não podem ser desconstituídos[46]. *Chesnais*, de outro lado, arrola exemplos históricos para refutar a tese de que a globalização na economia seja irreversível ou definitiva[47].

Parece, contudo, que *Olea* e *Flores* conseguem integrar essas visões em torno de um argumento positivo. Dizem eles que há duas dimensões distintas nessa abordagem: a primeira, a integração da economia como um todo, pela decorrência das tecnologias de informática e de comunicações, é um fato irreversível, porque não há nada de negativo *a priori* no ganho intelectual e técnico-científico e na aproximação dos povos, não se imaginando o mundo voltar a existir sem esses instrumentos; a segunda, a forma como esse processo tem sido conduzido pelos neoliberais, é um fato reversível, afirmando que "as simultâneas globalização e regionalização neoliberais em curso, que constituem o principal obstáculo ao desenvolvimento da humanidade, devem ser combatidas em todos os planos: econômico, político, cultural e ideológico"[48]. Essa abordagem de *Olea* e *Flores* traz dois componentes novos para o debate da temática. Em primeiro lugar, dissocia o fenômeno da globalização em si da modalidade de sua condução.

---

(46) *Beck, Ulrich*. "O que é globalização? equívocos do globalismo, respostas à globalização", págs. 30-1.

(47) *In: Chesnais, François*. "Mundialização do capital", pág. 20.

(48) *Olea, Victor Flores; Flores, Abelardo Mariña*. "Crítica de la globalidad: dominación y liberación en nuestro tiempo", pág. 288.

Por isso, diferencia a categoria da globalização para qualificá-la conforme seja neoliberal ou não, por exemplo; nesse sentido, pode-se falar no enfrentamento da "globalização neoliberal" e não, em si, da "globalização" como fenômeno. Em segundo lugar, os autores — ao refutarem a tese da irreversibilidade e, no fundo, a tese de impossibilidade de controle do fenômeno — introduzem a concepção de que a globalização deve ser reorientada de forma a resgatar suas potencialidades emancipatórias, afirmando seus rumos nas mãos da sociedade e em seu proveito.

Por isso, forçoso concluir que a globalização neoliberal não apenas *pode* ser controlada, mas essencialmente *deve* ser controlada, na perspectiva de inclusão ou reinclusão social da imensa massa de pessoas colocadas fora do mercado ou dos outros ambientes sociais e políticos já colonizados pela racionalidade puramente econômica. Nesse sentido, pode-se falar, em oposição à globalização neoliberal e excludente, de uma globalização emancipatória ou inclusiva.

Apenas com essa perspectiva ampla, inclusiva e crítica do processo em curso, é possível pensar e implementar políticas do trabalho no sentido de resgate da dignidade humana do homem-trabalhador e do homem-cidadão. Desconsiderar essas questões é reduzir a problemática a uma simples política de emprego, ou de produção ou de capital, e relegar o histórico reconhecimento de que os interesses do capital e do trabalho são conflitivos, antagônicos e profundamente desiguais, não sendo autocomponíveis com eqüidade.

3. CONCLUSÃO

O escopo limitado do presente artigo, embora circunscrito a algumas questões pontuais dos elementos das políticas do trabalho, como suas variáveis e atores, permite esboçar a influência do fenômeno da globalização sobre toda a problemática. A mudança no paradigma produtivo, o desemprego e mesmo os limites e possibilidades dos atores tradicionais na gestão de políticas do trabalho são condicionados diretamente pelas características do fenômeno da globalização, como conduzida atualmente sob influxo neoliberal.

Além disso, é notável que apenas uma abordagem ampla do fenômeno da globalização, com perspectiva interdisciplinar buscada nas Relações Internacionais contemporâneas, é capaz de permitir a compreensão das novas questões emergentes no mundo do trabalho e no Direito do Trabalho em todos os seus inúmeros desdobramentos interdependentes, na política, no direito, na economia e mesmo na sociologia. No contexto, as relações de trabalho moldadas segundo referenciais analíticos globais neoliberais de desregulamentação e de precarização dos mecanismos de gestão sofrem o influxo direto da globalização em curso.

Por fim, é fundamental reconhecer que o fenômeno da globalização pode e deve ser reorientado, através de leitura crítica e interdisciplinar, no

resgate de seu potencial emancipatório para uma abordagem inclusiva que, mais do que dirigir as políticas de trabalho em termos amplos, possa assegurar a dignidade da pessoa humana na sociedade contemporânea. Para tanto, indispensável enfrentar a globalização neoliberal em curso e propor alternativas para sua condução pelo Estado e pela sociedade segundo os valores superiores da humanidade.

REFERÊNCIAS

Arnaud, André-Jean. "O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado". Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, 242 págs.

Arnaud, André-Jean; Dulce, María José Fariñas. "Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos". Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 456 págs.

Beck, Ulrich. "O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização". Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, 282 págs.

Chesnais, François. "A mundialização do capital". Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996, 335 págs.

Crook, Stephen; Pakulski, Jan; Waters, Malcolm. "Postmodernization: change in advanced society". London: Sage Publications, 1994, 264 págs.

Dezalay, Yves; Trubek, David. "A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais" [s. t.]. *In: Faria, José Eduardo* (Org.). Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998, 160 págs., págs. 29-80.

Eichengreen, Barry. "A globalização do capital: uma história do sistema monetário internacional". Trad. Sergio Blum. São Paulo: 34, 2000, 286 págs.

Faria, José Eduardo. "O direito na economia globalizada", São Paulo: Malheiros, 1999, 359 págs.

Giddens, Anthony. "As conseqüências da modernidade". Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, 177 págs.

Hirst, Paul; Thompson, Graham. "Globalização em questão". Trad. Wanda Caldeira Brant, 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1998, 364 págs.

Ianni, Octávio. "A sociedade global", 8ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, 191 págs.

_____. "Teorias da globalização", 5ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, 271 págs.

Offe, Claus. "Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política". Trad. Wanda Caleira Brant, 2ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1995, 322 págs.

Olea, Víctor Flores; Flores, Abelardo Mariña. "Crítica de la globalidad: dominación y liberación en nuestro tiempo". México: Fondo de Cultura Económica, 1999, 598 págs.

Olgiati, Vittorio. "Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um "engate operacional" para uma sociologia do direito européia" [s. t.]. *In: Faria, José Eduardo* (Org.). "Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas", São Paulo: Malheiros, 1998, 160 págs., págs. 81-104.

Pinel, Fernando Flores. "Conocimiento y realidad en las relaciones internacionales". *In: Merle, M. et al.* "El estudio científico de las relaciones internacionales". México: UNAM, 1978, 208 págs., págs. 105-21.

Robertson, Roland. "Globalização: teoria social e cultura global". Trad. João R. Barroso. Petrópolis: Vozes, 2000, 312 págs.

Silva, Karine de Souza. "Globalização e exclusão social". Curitiba: Juruá, 2000, 171 págs.

Sklair, Leslie. "Sociologia do sistema global". Trad. Reinaldo Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 1995, 286 págs.

Viola, Eduardo. "A multidimensionalidade da globalização, as novas forças transnacionais e seu impacto na política ambiental do Brasil", 1989-1995. *In: Ferreira, Leila da Costa; Viola, Eduardo* (Orgs.). "Incertezas de sustentabilidade na globalização". Campinas: UNICAMP, 1996, 331 págs., págs. 15-65.

ASPECTOS JURÍDICOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO DOS BRASILEIROS NO JAPÃO

WALKÜRE LOPES RIBEIRO DA SILVA(*)

1. O FENÔMENO *DEKASSEGUI*

Nos anos 80 descendentes de japoneses de 1ª geração foram trabalhar no Japão em decorrência da recessão econômica no Brasil.

O fluxo dos trabalhadores brasileiros de origem japonesa foi facilitado pela reforma da Lei do Controle de Imigração promovida em 1989 e vigente desde 1990, a qual concedeu aos descendentes de 2ª geração o *status* de cônjuge ou parente de japoneses e, para seus cônjuge e filhos, a condição de "residente permanente" com vistas à estadia no Japão. De outro lado, foram eliminadas as restrições para trabalhar no país.

A reforma da Lei do Controle de Imigração de 1989 abriu caminho para o aliciamento dos descendentes de 2ª e 3ª geração, por meio das Associações de Província existentes no Brasil e de intermediários particulares brasileiros. Como relata *Maria Edileuza Fontenele Reis*, em pesquisa realizada no Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco, esses últimos não assumem a forma de empresa fornecedora de mão-de-obra, mas de agência de turismo ou de passagem, e encarregam-se de fazer os contatos no Japão e arcar com as despesas de viagem, em troca do pagamento de seus serviços depois que o trabalhador é contratado no local de destino. Têm sido constantes as denúncias de cobrança de valores abusivos, bem como de condições diversas daquelas anunciadas no Brasil, mas os intermediários particulares são difíceis de ser fiscalizados, pois apresentam-se como agências que financiam a viagem às pessoas que não dispõem de recursos próprios para tal fim e formalmente nada os vincula aos contratos celebrados com as empresas japonesas.(1)

Se há problemas no aliciamento da mão-de-obra no Brasil, observa-se que a situação agrava-se quando os trabalhadores chegam ao Japão.

(*) Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

(1) *Reis, Maria Edileuza Fontenele.* "Brasileiros no Japão: o elo humano das relações bilaterais". Trad. para o japonês Masato Ninomiya. São Paulo: Kaleidus-Primus, 2001, pág. 77.

Muitos não conhecem a língua japonesa ou conhecem-na de modo insuficiente, o que dificulta a comunicação. Porém, o maior problema que esses trabalhadores enfrentam é, sem dúvida, a intermedição da contratação pelas chamadas empreiteiras, embora tais empresas na maior parte das vezes não atuem na construção civil, mas em outros setores de atividade, sobretudo nas indústrias manufatureiras, em desacordo com o que dispõe a legislação japonesa, como será analisado no próximo item.

Portanto, salvo exceções, os trabalhadores *nikkeis* brasileiros têm sido contratados ilegalmente e desse fato decorrem seus principais problemas: por contrariar a lei, esses contratados não são amparados seja pela legislação trabalhista seja pela legislação civil, para fins de pagamento de remuneração, de seguro-saúde, de proteção contra acidentes de trabalho e dispensa etc.

Atualmente, residem no Japão aproximadamente 265.000 brasileiros de origem japonesa. Após o fim da "bolha econômica" na metade dos anos 90, com a falência e a reestruturação de muitas empresas, o fluxo de brasileiros não diminuiu de forma expressiva, apontando para a permanência do fenômeno. Talvez a própria crise econômica brasileira, na esteira de sucessivas crises internacionais, tenha contribuído para manter o fluxo de trabalhadores ao Japão.

Diante desse cenário, o Prof. *Kazuaki Tezuka* critica com razão a idéia sustentada desde os anos 80 por muitos empresários e até por alguns acadêmicos japoneses, de que os *dekasseguis* prestariam trabalho por 2 ou 3 anos e serviriam para suprir a escassez de mão-de-obra, dispensando maior preocupação sob o ponto de vista legal. Na realidade, em virtude da renovação de contratos, muitos *dekasseguis* tornaram-se residentes de longa duração, com cônjuge e filhos, o que originou necessidades de moradia, educação para os filhos, aprendizado da língua etc., além de evidenciar a ausência de proteção trabalhista e previdenciária.(2)

2. INSERÇÃO DO TRABALHADOR BRASILEIRO NO MODELO LABORAL JAPONÊS

2.1. Sistema de contratação vitalícia

Sem dúvida, o sistema de contratação vitalícia aparece como o elemento mais marcante do modelo laboral japonês, havendo sido objeto de estudo também em países ocidentais.

Em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Masato Ninomiya* e *Aurea Christine Tanaka* expli-

(2) Anotações feitas durante a exposição do Prof. *Kazuaki Tezuka* sobre "A situação dos trabalhadores brasileiros no Japão do ponto de vista do direito do trabalho", na sessão realizada em 26 de agosto de 2002 e dedicada ao tema "Aspectos jurídicos das relações de trabalho", no Simpósio Internacional de Direito Comparado: Trabalhadores Brasileiros no Japão, coordenado pelo Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão (IDCBJ).

cam que a origem desse sistema de contratação remonta ao período de crescimento econômico, a partir do final dos anos 40 até a metade dos anos 60, em função da escassez de mão-de-obra qualificada, quando se passou a contratar recém-formados, para capacitá-los ao longo do tempo e despertar um sentimento de lealdade em relação à empresa, de modo a nela permanecerem praticamente toda a sua vida útil, até a idade de se aposentar.(3)

Susumu Watanabe informa que o pilar básico do modelo japonês são os *tanôkôs*, trabalhadores multifuncionais com qualificações diversificadas, e a palavra-chave é "flexibilidade", o que é assegurado pelo trabalho em equipe; como apontou *Taiichi Ono*, os *tanôkôs* desempenham papel decisivo na redução do número de trabalhadores e na adaptação dos insumos de trabalho às necessidades produtivas segundo a flutuação do mercado. Quanto a esse último aspecto, o ajuste é facilitado pela capacidade dos *tanôkôs* de efetuar múltiplas tarefas, mediante o aumento ou redução do número de operários e limitação ou ampliação do número de tarefas ao sabor da demanda do produto.(4)

Contudo, o custo do sistema de contratação vitalícia tornou-se elevado, devido aos investimentos em capacitação e aos salários. No segundo pós-guerra, os salários não eram muito altos porque a maioria dos trabalhadores estava no início da carreira. Além do fator econômico, *Masato Ninomiya* e *Aurea Christine Tanaka* lembram o fator cultural: a influência dos Estados Unidos da América após a guerra, com a difusão de valores individualistas, e o desejo dos trabalhadores de serem promovidos por mérito e não por tempo de serviço, bem como de aplicar conhecimentos específicos adquiridos durante sua formação profissional.(5)

É inegável que o sistema de contratação vitalícia tem sofrido profundas transformações a partir do final dos anos 70, com a implantação da microeletrônica e outras inovações tecnológicas. De um lado, postos de trabalho tradicionais foram convertidos em outros que não exigem qualificação. De outro lado, as empresas japonesas passaram a utilizar três elementos externos na produção: 1) a contratação de trabalhadores não vitalícios (temporários, em tempo parcial); 2) a subcontratação de vários níveis no contexto de relações comerciais marcadas pela cooperação; 3) fornecimento de serviços externos para atender a necessidades técnicas especializadas e para não contratar diretamente determinados tipos de trabalhadores.(6)

À vista do exposto, há quem aponte a declínio inevitável do sistema de contratação vitalícia e até seu desaparecimento no futuro. Para *Susumu Watanabe*, a extinção desse sistema foi objeto de intenso debate sobretu-

---

(3) *Ninomiya, Masato; Tanaka, Aurea Christine.* "Uma visão sobre o direito do trabalho no Japão". *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, vol. 94, pág. 170, 1999.

(4) *Watanabe, Susumu.* "Presente y futuro del modelo japonés de trabajo, contratación y salarios". *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 119, n. 3, págs. 339-340; 348, 2000.

(5) *Ninomiya, Masato; Tanaka, Aurea Christine. Op. cit.*, págs. 170-171.

(6) *Watanabe, Susumu. Op. cit.*, págs. 354, 342-343.

do entre 1998 e 1999, em virtude do crescimento da taxa de desemprego, do aumento espetacular das aposentadorias antecipadas e das dispensas decorrentes das falências e reestruturação de empresas. Porém, a seu ver, não se distinguiu as tendências tradicionais do mercado dos efeitos de curto prazo de medidas de ajuste adotadas em virtude do fim da "bolha econômica" e das novas Normas Internacionais de Contabilidade.(7)

Com efeito, os *tanôkôs* mostram-se ainda mais úteis em períodos de crise pois, como foi anteriormente apontado, são essenciais na adaptação dos insumos de trabalho às necessidades produtivas segundo a flutuação do mercado. Eles compõem o núcleo central da empresa, com qualificação suficiente para fazer frente aos avanços da técnica e tecnologia e às exigências da demanda de bens e serviços. Já os trabalhadores não vitalícios executam sobretudo tarefas que exigem pouca ou nenhuma qualificação e satisfazem à necessidade de reduzir os custos laborais e de atender à elevação temporária da demanda.

Tal quadro não é típico do Japão. Em todo o mundo, empresas têm promovido a chamada modernização produtiva para enfrentar as novas condições de concorrência no mercado internacional, geradas pela globalização, recorrendo a dois grupos de trabalhadores cujas características foram magistralmente descritas por *André Gorz* e encontram correspondência com o exposto no parágrafo anterior: "o núcleo estável do pessoal da empresa deve ter uma flexibilidade funcional; a mão-de-obra periférica, por seu lado, deve apresentar uma flexibilidade numérica. Em outros termos, ao redor de um núcleo de trabalhadores estáveis, apresentando um amplo leque de qualificações, flutua uma mão-de-obra periférica, de qualificações menores e mais limitadas, submetida ao acaso da conjuntura".(8)

Portanto, certamente não desaparecerá o sistema de contratação vitalícia no Japão. Cabe indagar se os trabalhadores brasileiros poderiam ser inseridos nesse sistema. Devido à baixa qualificação apresentada pela maioria dos que se tornam *dekasseguis*, conclui-se que só por exceção isso ocorre. Na realidade, a maior parte compõe a mão-de-obra periférica da empresa e sequer se enquadra no sistema de contratação indireta de trabalhadores, como se verá a seguir.

2.2. Sistema de contratação indireta

Ao lado do sistema de contratação vitalícia, no qual a empresa celebra contrato de trabalho com o trabalhador, há um sistema de contratação indireta, no qual se forma uma relação triangular entre a empresa tomadora de serviços, a empresa fornecedora e o trabalhador. Trata-se da figura da terceirização (*outsourcing*).

Em 1985 foi aprovada a Lei de Alocação de Mão-de-Obra após intenso debate, havendo sido autorizado o fornecimento de mão-de-obra em

---

(7) *Id. Ibid.*, págs. 356; 339.

(8) *Gorz, André*. "Métamerphoses du travail: critique de la raison économique". Paris: Éd. Galilée, 1991, pág. 89.

dezoito setores de atividade para execução de serviços especializados. Como expôs o Prof. *Masao Ikeda*, o principal problema enfrentado pelos trabalhadores brasileiros no Japão reside no fato de que são contratados de forma ilícita, pois a grande maioria presta serviços em indústrias manufatureiras, onde está proibida a terceirização. Como a legislação de 1985 foi reformada em 1999, havendo sido prevista nova reforma no prazo de três anos, agora é o momento oportuno para revogar tal proibição.(9)

O Prof. *Masao Ikeda* também explicou que o artigo 4 da regulamentação da Lei de Estabilização do Trabalho estabelece quatro condições a serem cumpridas pelo empreendedor para a licitude do fornecimento de mão-de-obra: 1) deve arcar com todas as obrigações, financeiras e jurídicas, relativamente ao término da atividade; 2) deve dar instruções e supervisionar os trabalhadores que executarão o serviço; 3) deve assumir a responsabilidade jurídica de empregador em relação ao trabalhador contratado; 4) deve fornecer aparelhos, instalação, instrumentos ou ingredientes e materiais necessários para a realização de trabalho que requer projeto ou experiência específica, não sendo aceita a oferta de trabalho meramente braçal.(10)

Uma vez que a maioria dos trabalhadores *nikkeis* brasileiros celebra contrato com empreiteiras que não cumprem as quatro condições supracitadas, essas não assumem a responsabilidade como empregador. Tampouco a empresa tomadora de serviços o faz, de modo que em caso de inadimplemento esses trabalhadores não recebem as verbas devidas.(11)

Um problema suplementar diz respeito ao fato de que — mesmo admitido o fornecimento de mão-de-obra em indústrias manufatureiras — há muitas empreiteiras sem a necessária estrutura para assegurar os direitos trabalhistas enquanto empregador. Desse modo, mesmo celebrando um contrato lícito, os trabalhadores continuariam desprotegidos.(12)

Para resolver esse problema, é preciso prever a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, o que já foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, embora a legislação em matéria de terceirização não seja tão abrangente quanto a japonesa e projeto de lei nesse sentido ainda esteja em tramitação no Congresso Nacional. Contudo, a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, a mais alta corte trabalhista, procurou enfrentar a questão da responsabilidade jurídica pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, como será analisado no próximo item.

Enfim, deve ser lembrada crítica formulada pelo Prof. *Kazuaki Tezuka:* a fiscalização das atividades das empresas que enviam os trabalhadores a

---

(9) Anotações feitas durante a apresentação do Prof. *Masao Ikeda* sobre "Questões jurídicas ligadas a contratos de fornecimento de mão-de-obra", na sessão realizada em 26 de agosto de 2002 e dedicada ao tema "Aspectos jurídicos das relações de trabalho", no Simpósio Internacional de Direito Comparado: Trabalhadores Brasileiros no Japão, coordenado pelo Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão (IDCBJ).

(10) *Id. Ibid.*

(11) *Id. Ibid.*

(12) *Id. Ibid.*

outras empresas por parte do Ministério do Bem-Estar Social e do Trabalho tem se mostrado deficiente. Sem dúvida, a reforma da Lei de Alocação de Mão-de-Obra não resolverá por si só os problemas dos trabalhadores *nikkeis* brasileiros no Japão. Só uma fiscalização eficiente pode inibir a atuação de empresas não idôneas.[13]

Segundo relata o jornalista *Masayuki Fukasawa*, que conviveu durante algum tempo com a comunidade brasileira em Oizumi e escreveu livro premiado no Brasil e no Japão sobre sua experiência como *dekassegui*, muitas empreiteiras adotam práticas ilegais e cruéis, como a retenção dos passaportes dos trabalhadores *nikkeis* brasileiros como garantia até a quitação dos custos de viagem; descontos salariais de até 50%; cobrança de valores muito elevados pelo aluguel da moradia, pelos serviços de solicitação ou alteração de visto e por uniformes de trabalho; rescisão do contrato sem aviso prévio, mediante comunicação na data da efetiva ruptura. Além disso, as empreiteiras disputam essa mão-de-obra entre si e muitos *nikkeis* brasileiros mudam várias vezes de empreiteira para fugir dos maus-tratos e conseguir melhores condições de trabalho. Isso gera benefícios para intermediários sem capital que aliciam *nikkeis* brasileiros que já estão no Japão, pois começam a ter lucros no mês seguinte, mas causa transtornos àquela empreiteira que perdeu os seus contratados, pois deixa de receber rapidamente os valores de dezenas de passagens aéreas (o pagamento só é feito quando o trabalhador precisa do passaporte para voltar ao Brasil ou alterar o visto) e deve fazer frente às reclamações da empresa contratante. O trabalhador dificilmente obtém melhorias, pois tem que mudar de casa e até de cidade, perde o contato com as pessoas que conhecia e muitas vezes as condições são piores do que as anteriores.[14]

A nosso ver, a responsabilidade subsidiária e a fiscalização são medidas que se complementam com vistas à proteção dos trabalhadores: a primeira leva as empresas tomadoras de serviços a escolherem com mais cuidado as empresas fornecedoras, pois não desejarão responder subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações dessas; a segunda ajuda a organizar o mercado de trabalho, afastando empresas fornecedoras de serviços que não tenham a necessária estrutura organizacional ou apenas visem a exploração da mão-de-obra barata.

O Prof. *Kazuaki Tezuka* tem razão ao afirmar que o contrato de trabalho dos *nikkeis* brasileiros deveria ser firmado diretamente com o empregador. Porém, com a perspectiva de reforma da Lei de Alocação de Mão-de-Obra, associada às novas condições de concorrência no mercado internacional, verifica-se que a terceirização é uma realidade também para os trabalhadores japoneses. Na verdade, a forma de contratação — direta ou indireta — não é o ponto central do problema, uma vez que as duas modalidades são praticadas no Japão sem desrespeitar os direitos dos trabalhadores nacionais. O Prof. *Masao Ikeda* esclarece que a reforma legal de

---

(13) Anotações feitas durante a exposição do Prof. *Kazuaki Tezuka*...

(14) *Fukusawa, Masayuki*. "Um mundo paralelo: a vida da comunidade brasileira em Oizumi, Japão". Trad. de Jefferson José Teixeira. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002, págs. 104-109.

1999 aumentou a proteção dos trabalhadores subcontratados, com destaque para a prevenção da resolução antecipada do contrato e o reforço da responsabilidade da empresa.[15]

É necessário dispensar o mesmo tratamento a japoneses e estrangeiros nas relações de trabalho, de modo que seria melhor autorizar o fornecimento de mão-de-obra nas indústrias manufatureiras e estabelecer a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora com vistas a dois objetivos: inserir os trabalhadores *nikkeis* brasileiros no campo de aplicação da Lei de Alocação de Mão-de-Obra e aperfeiçoar a legislação japonesa, pois a segunda medida beneficia a todos e coíbe a inadimplência, embora os trabalhadores japoneses estejam mais preparados para avaliar as empresas contratantes e certamente correm menos riscos do que os estrangeiros.

Adotar as medidas supracitadas é essencial para assegurar a igualdade de trato, princípio cuja centralidade em qualquer ordenamento jurídico deve-se à ascensão e difusão do conceito de direitos humanos.

3. A TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PROBLEMÁTICA DA SOLIDARIEDADE SUBSIDIÁRIA

O direito do trabalho afirmou-se no Brasil ao longo do século XX, embora algumas poucas leis tenham sido aprovadas no século XIX, uma vez que apenas no final desse último foi abolida a escravidão, por meio da chamada Lei Áurea, de 13 de maio de 1889, a qual foi considerada por *Mozart Victor Russomano* como a lei trabalhista mais importante já promulgada no país. De fato, no período anterior predominava a mão-de-obra escrava, o que não favorecia o desenvolvimento do direito do trabalho.[16]

O princípio da continuidade que, ao lado dos princípios de proteção e da irrenunciabilidade, constitui o núcleo sobre o qual se edificou o direito do trabalho, justifica a preferência pelo contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Porém, sempre foi previsto o contrato de trabalho por prazo determinado, embora como exceção à regra. *Alice Monteiro de Barros* narra que, em virtude de sua utilização abusiva, esse tipo de contrato foi autorizado pelo Decreto-lei n. 229, de 1967, apenas quando seu objeto fosse de fato limitado no tempo. A partir de então "multiplicaram-se as empresas com o objetivo de fornecer mão-de-obra a outras empresas, para atividade permanente ou transitória, ora por intermédio de contrato de locação de serviços, ora via empreitada, fenômeno hoje denominado 'terceirização'".[17]

---

(15) Anotações feitas durante as exposições.

(16) *Russomano, Mozart Victor.* "Curso de direito do trabalho". Curitiba: Juruá, 1995, pág. 17.

(17) *Barros, Alice Monteiro de.* "A terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho". *Trabalho & Processo*, São Paulo, n. 4, pág. 5, mar. 1995.

Nesse contexto foi aprovada a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que autorizou o trabalho temporário, definindo-o como "aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços" (artigo 2º). Também reconheceu a atividade da empresa de trabalho temporário, compreendida como "a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores devidamente qualificados, por ela remunerados e assistidos".

Portanto, a Lei n. 6.019 restringiu a duas hipóteses o trabalho temporário, procurando coibir sua utilização. Contudo, numerosos processos foram instaurados em virtude da violação dos dispositivos legais (trabalho além do prazo ou para atender a necessidade permanente da empresa) ou fraude (contrato com a empresa fornecedora de mão-de-obra celebrado para evitar relação de emprego).

A apreciação desses processos levou à edição em 1986 do Enunciado de Súmula n. 256 do Tribunal Superior do Trabalho, que admitiu a contratação de trabalhadores por empresa interposta apenas nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância e considerou formado o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços nos demais casos.

Comparando o Japão e o Brasil, *José Ajuricaba da Costa e Silva* ressalta que enquanto no primeiro promovia-se o reconhecimento legal da terceirização (*Working dispatching law*, de 1985), no segundo foi assentada "orientação jurisprudencial exatamente em sentido contrário, tornando praticamente ilegal a atividade das chamadas empresas prestadoras de serviço".[18]

O Enunciado n. 256 do TST referiu-se a serviço de vigilância para excluir o vínculo empregatício direto com o empregador porque em 1983 fora aprovada a Lei n. 7.102. *Sergio Pinto Martins* aponta que a lei surgiu da "necessidade de os estabelecimentos bancários terem vigilância especializada, em função dos assaltos a bancos, como medida de prevenção". Por isso o artigo 1º veda o funcionamento de estabelecimento financeiro em que haja guarda de valores ou movimentação de numerário sem sistema de segurança aprovado pelo Banco Central do Brasil. Com o aumento da violência, a Lei n. 8.863, de 28 de março de 1994, autorizou o exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; à entidade sem fins lucrativos e órgãos e empresas públicas.[19]

A prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores pode ser feita por empresa especializada, a qual contrata, como empregados, vigilantes aprovados em curso de formação autorizado pelo Ministério da Justiça, entre outros requisitos.

---

(18) *Silva, José Ajuricaba da Costa e.* "Terceirização: a solução jurídica japonesa". LTr: Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 58, n. 2, pág. 142, fev. 1994.

(19) *Martins, Sergio Pinto.* "A terceirização e o direito do trabalho". São Paulo: Atlas, 2000, pág. 93.

Quanto ao Enunciado n. 256 do TST, que considerou ilegal a terceirização, salvo nos casos de trabalho temporário e serviços de vigilância, foi objeto de crítica de numerosos doutrinadores. Nas candentes palavras de *José Ajuricaba da Costa e Silva*, "embora tenha dificultado a vida das empresas de prestação de serviços, não conseguiu fazê-las desaparecer, o que, a meu ver, prova estar contra a realidade da vida e dos fatos, impondo-se sua urgente revogação para, a exemplo do que aconteceu no país oriental, ser substituída por um disciplinamento legal, ainda que rigoroso, da subcontratação de mão-de-obra".(20)

Ainda não foi promovida a disciplina legal da terceirização, mas o Enunciado n. 256 do TST foi revisto em 1994 por meio do Enunciado n. 331, o qual é extenso, dividindo-se em quatro itens. O item I proíbe o *merchandage*, considerando ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, de modo que o vínculo empregatício forma-se diretamente com o tomador dos serviços, salvo se se tratar de trabalho temporário. O item II, por sua vez, considera irregular a contratação de trabalhador por empresa interposta no setor público, mas exclui a formação de vínculo empregatício com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, tendo à vista a exigência constitucional de concurso público. O item III amplia as hipóteses de terceirização ao determinar que não gera vínculo de emprego com o tomador de serviços a contratação dos serviços de vigilância — já mencionados no Enunciado n. 256 —, de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Para diversos doutrinadores, em que pese a amplitude conferida pelo Enunciado n. 331 à terceirização, muitas vezes é difícil distinguir atividade-meio de atividade-fim. *Luiz Carlos Amorim Robortella* aponta que, com a difusão de novos métodos e tecnologias, atividades-fim podem converter-se em atividades-meio e vice-versa. Por isso, o que diferencia o simples intermediário de mão-de-obra do empresário que presta serviços a terceiros é a especialização do trabalho, a direção da atividade pelo prestador e sua idoneidade econômica.(21)

Também *Vantuil Abdala* entende que não há parâmetros bem definidos para o que seja atividade-meio e atividade-fim, podendo haver uma zona cinzenta entre ambas: "Quando tal ocorrer e a matéria for levada a juízo, ficará ao prudente arbítrio do juiz defini-la. E fá-lo-á, naturalmente, levando em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização; a concentração de esforços naquilo que é a vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos".(22)

---

(20) *Silva, José Ajuricaba da Costa e. Op. cit.*, pág. 143.

(21) *Robortella, Luiz Carlos Amorim.* "Terceirização: tendências em doutrina e jurisprudência". *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, n. 21, pág. 34, jun. 1999.

(22) *Abdala, Vantuil.* "Terceirização: atividade-fim e atividade-meio — responsabilidade subsidiária do tomador de serviço". LTr: Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 60, n. 5, pág. 588, maio/1996.

Por fim, o item IV do Enunciado n. 331 trata da responsabilidade relativamente a débitos trabalhistas: "o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo processual".

A teoria da responsabilidade foi desenvolvida no âmbito do direito civil. Segundo *Orlando Gomes*, "quem infringe um *dever jurídico "lato sensu"*, causando dano a outrem, fica obrigado a ressarci-lo. A infração pode ser de dever estabelecido numa *relação jurídica* ou na *própria lei*, ou no princípio geral de que ninguém deve prejudicar os outros, "*alterum non laedere*". (...) A *responsabilidade* do infrator classifica-se conforme a natureza da violação. Se preexiste *vínculo obrigacional*, chama-se *responsabilidade contratual*. Caso contrário, diz-se que é *extracontratual* ou *aquiliana*".[23]

Orlando Gomes esclarece ainda que responsabilidade contratual é uma denominação imprópria, pois gera "a falsa idéia de que se refere tão-somente ao inadimplemento culposo de obrigação assumida contratualmente. Compreende, no entanto, todos os casos de inexecução voluntária, seja qual for a fonte da obrigação".[24]

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, surge "da lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica" e subdivide-se em duas espécies: a subjetiva, que se baseia na culpa em sentido amplo, que abrange o dolo, e a objetiva, que abstrai esse elemento na fundamentação do dever de indenizar. Essa última resulta de evolução doutrinária que apontou "a insuficiência da idéia de culpa para legitimar o dever de indenizar prejuízos dignos de reparação que, todavia, não resultam de atos ilícitos propriamente ditos".[25]

A responsabilidade da empresa tomadora de serviços pelos débitos da empresa fornecedora relativos aos empregados dessa última que prestam serviços para ela é, sem dúvida, extracontratual.

Alguns fundamentam tal responsabilidade na culpa. *Sergio Pinto Martins* afirma que a mesma "decorre do fato de que o terceirizante tem culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, por ter escolhido mal seu parceiro, que é inidôneo, ou por não fiscalizá-lo quanto ao recolhimento das verbas trabalhistas de seus empregados".[26]

Outros, como *Vantuil Abdala*, lembram o princípio de proteção ao trabalhador e a teoria do risco para explicar a responsabilidade "daquele que, embora não seja o empregador direto, tenha se beneficiado da atividade dos trabalhadores contratados pelo subempreiteiro".[27]

---

(23) *Gomes, Orlando.* "Obrigações". Rio de Janeiro: Forense, 2000, pág. 153.

(24) *Id., loc. cit.*

(25) *Id. Ibid.*, págs. 278-279.

(26) *Martins, Sergio Pinto.* "Contratos comerciais como forma de terceirização". *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, n. 21, pág. 45, jun. 1999.

(27) *Abdala, Vantuil. Op. cit.*, pág. 589.

A meu ver, as duas linhas de argumentação são válidas. Cabe acrescentar que tem sido objeto de debate se o Enunciado n. 331 do TST instituiu responsabilidade subsidiária ou solidária da empresa tomadora de serviços.

Sob a ótica da solidariedade passiva, o artigo 904 do Código Civil de 1916 dispõe que, nas obrigações solidárias, o credor tem o direito de exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum. Tal noção foi mantida no Novo Código Civil (artigo 275). Cabe acrescentar que a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes (artigo 896, Código Civil de 1916; artigo 265, Novo Código Civil).

Diversa é a noção de responsabilidade subsidiária, cujo exemplo clássico é o contrato de fiança, pois tem caráter secundário e objetiva garantir a dívida principal, de modo que o fiador somente é chamado a pagar a dívida quando os bens do devedor mostram-se insuficientes.(28)

Embora prevaleça na doutrina o entendimento de que o Enunciado n. 331 refere-se à responsabilidade subsidiária, há quem defenda que se trate de responsabilidade solidária, argumentando que na relação entre tomador e prestador poderia ser invocado, como na hipótese de fiança, o chamado "'benefício de ordem' (art. 1.491, do CC), pelo qual o fiador tem direito a requerer que primeiro se executem os bens do devedor principal. Mas o benefício de ordem depende de iniciativa do fiador — parte no processo — e deve ser requerido, nos moldes do art. 1.491, do Código Civil, conforme lembra *Caio Mário da Silva Pereira:* 'Demandado, tem o fiador o *benefício de ordem*, em virtude do qual lhe cabe exigir, até a contestação da lide, que seja primeiramente executado o devedor, e, para que se efetive, deverá ele nomear bens a este pertencentes, sitos no mesmo municípios, livre e desembargados, suficientes para suportar a solução do débito...' Mesmo assim, essa hipótese não se configura no caso da terceirização, pois não há previsão legal expressa neste sentido e uma vez declarada a solidariedade o benefício de ordem se exclui, como regra". Sem dúvida a argumentação apresentada está bem fundamentada e merece ser considerada para fins de revisão do entendimento predominante.(29)

A consagração da responsabilidade do tomador de serviços no Enunciado n. 331 deveu-se ao grande número de casos em que empresas prestadoras de serviços deixavam de satisfazer suas obrigações trabalhistas e os empregados não conseguiam obter em juízo o que lhes era devido. Como relata *Vantuil Abdala*, houve "um *boom* nesse tipo de atividade, com muitas pessoas aventureiras ou inescrupulosas criando empresas de prestação de serviço que não tinham condições de cumprir, ou, o que é pior, não

---

(28) *Rodrigues, Silvio.* "Contrato de fiança". *In: França, Rubens Limongi* (Coord.). "Enciclopédia Saraiva do Direito". São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 19, pág. 356.

(29) *Souto Maior, Jorge Luiz.* "Terceirização no processo do trabalho: legitimidade; condenação solidária ou subsidiária e intervenção de terceiros; implicações". *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, vol. 11, n. 131, pág. 15, maio/2000. O artigo 1.491 mencionado no texto diz respeito ao Código Civil de 1916, pois o trabalho foi publicado antes da vigência do novo Código.

cumpriam dolosamente suas obrigações trabalhistas; verdadeiras empresas fantasmas que apareciam e desapareciam, como que por milagre (do demônio naturalmente), para reabrirem acolá e novamente irem embora, como as pombas de Raimundo Correia vão-se dos pombais ao alvorecer".[30]

Verifica-se, portanto, que tal responsabilidade foi estabelecida para levar as empresas tomadoras de serviços a contratar com mais cautela, o que repercute positivamente nas empresas fornecedoras, as quais são compelidas a agir corretamente para não verem minguar a clientela. Certamente, a experiência jurídica brasileira pode ser uma fonte de inspiração para o legislador japonês no tocante à responsabilidade pelos débitos decorrentes de relações de trabalho triangulares, no contexto da terceirização.

(30) *Abdala, Vantuil. Op. cit.*, pág. 589.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO E A EXECUÇÃO TRABALHISTA

JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO(*)

1. IDÉIAS INICIAIS

Refletir sobre os *princípios* do Direito não é preocupação preferencial de todos os juristas porque, em geral, a eles só se recorre nas horas de extrema dificuldade para equacionar e solucionar situações extraordinariamente complexas de conflito entre interesses individuais, coletivos ou difusos.

As coisas, entretanto, não deveriam ser assim, pois se o *princípio*, em sua essência semântica, é "a fonte estrutural de todos os fatos do universo"(1), certamente constitui a ferramenta mais preciosa não só dos elaboradores da doutrina jurídica, mas dos criadores de suas normas e dos manipuladores de sua ação sobre os fatos do cotidiano social.

A sombra do *princípio* sobre o direito constituído ou a constituir se adensa excepcionalmente no Direito Processual porque neste ramo se põe em jogo, como em poucos outros, a idéia da liberdade individual e do exercício de sua defesa, à qual não pode prescindir dos vigorosos contrapontos de respeito à liberdade alheia, ao exercício de sua própria defesa e às linhas paralelas de interesses privados e sociais permanentemente mobilizados para enfrentar a luta pela prevalência que desafia a boa administração da Justiça.

Disso tudo sobressai a eloqüente razão de o Direito Processual não se contentar com os fundamentos nascidos no seu interior, indo também procurá-los no ramo supra-estrutural do Direito Constitucional, por isso mesmo excelentemente chamado de "direito síntese"(2), que faz dos *princípios científicos* o meio mais efetivo de se relacionar e, em certa medida, integrar-se com o processo.

(*) Da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

(1) *José Augusto Rodrigues Pinto*, "Processo Trabalhista de Conhecimento", 6ª ed., São Paulo, LTr, pág. 40, 2001.

(2) *Edgard de Brito Chaves Júnior*, "Instituições de Direito Público e Privado", Rio, Forense, 1988, pág. 142.

"Surgem, então, no texto constitucional, idéias que estruturam o processo, porque se irradiam até ele para formar seu primeiro patamar de sustentação sistêmica"[3] — conforme tivemos já ocasião de salientar.

Mas não é só isso. Enquanto um número expressivo de *princípios* do Direito Processual por fonte autêntica o Direito Constitucional, cabendo ao próprio processo apenas dar-lhe *forma e caráter* definitivos, outra parcela faz o caminho inverso, migrando do Direito Processual, que a gerou, para a área constitucional do Direito. Não foi à toa, pois, que este tipo de simbiose criou, entre os dois ramos jurídicos, áreas específicas de especulação conhecidas como *Direito Constitucional de Processo* e *Direito Processual Constitucional.*

Diante dessas idéias iniciais, nada nos parece mais oportuno do que refletir a respeito da interação dos *princípios constitucionais do processo com a execução* e, extensivamente, com a *execução trabalhista.*

2. ANTINOMIA ESSENCIAL ENTRE EXECUÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

À nossa visão os princípios constitucionais do processo e a execução mostram uma *antinomia essencial*, facilmente perceptível pelo exame da respectiva natureza. Enquanto os primeiros, invariavelmente, proclamam o reinado do respeito à liberdade e ao direito individual de defesa, a segunda proclama a legitimidade da coerção do poder sobre o indivíduo e seu patrimônio para o cumprimento de obrigações.

Cremos ser por isso que não encontramos, na formulação dos *princípios constitucionais do processo*, preceitos estruturais especificamente dirigidos à *execução*, bem diversamente do que acontece, por exemplo, em relação aos *recursos*, cuja índole de marcante respeito ao amplo direito de defesa individual gera *princípios típicos.* Deles são importantes exemplares *o duplo grau da jurisdição, a certeza jurídica e a justiça da sentença, a voluntariedade da interposição, a revisibilidade das decisões*, esta última na medida dos que a consideram *princípio autônomo,* e não simples idéia contributiva para a formação o conceito dos *princípios da ampla defesa e do duplo grau da jurisdição.*

Todavia, a violência processual intrínseca da execução, sumariada na constrição e na expropriação patrimonial do devedor, que são medidas subjugadoras de sua vontade para a entrega da prestação devida ao credor.

Essa violência é praticada pelo Estado-Juízo contra conceitos de valor individual em nome de outros de valor social mais alto. Propicia, por isso, ao processo de execução olhar de viés a principiologia do *Direito Constitucional e Processual*, acolhendo de modo apenas reflexivo as idéias fundamentais da cognição.

É isso que passamos em breve revista na continuação do breve juízo a ser estabelecido em torno da matéria.

---

(3) *José Augusto Rodrigues Pinto*, ob. cit., pág. 43.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO COM REFLEXOS SOBRE A EXECUÇÃO

Os *princípios constitucionais do Direito Processual*, que nos parecem exercer influência mais relevante para a higidez da execução, ainda que não concebidos especificamente para condicioná-la, serão alinhados e sucintamente comentados em seguida.

a) Da Isonomia

Está entalhado no pórtico do artigo 5º da Constituição Federal, de onde alcança, num maior ou menor amplexo, toda a gama restante dos *princípios constitucionais do Direito Processual*. Prega ele que "todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza...".

A seu propósito, pronuncia-se o culto e jovem constitucionalista baiano *Uadi Lammêgo Bulos*, com a riqueza da exatidão e da percuciência de seu pensamento jurídico:

> "Os estudiosos secionam princípio da isonomia em: igualdade *perante a lei* e igualdade *na lei*... A igualdade *perante a lei* consignaria uma exigência dirigida aos aplicadores do direito no caso concreto, enquanto a igualdade *na lei* dirigir-se-ia, simultaneamente, aos legisladores e aos aplicadores do direito no caso concreto... Todavia, a diferença, tão presente no direito alienígena, é desnecessária no Brasil, pois aqui a "igualdade *perante* a lei" tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão "igualdade *na lei*."(4)

Achamos importante a dualidade de sentidos porque, direcionando-os à execução, nos é possível sublinhar que, em relação a ela, tanto o legislador, ao criar normas geneticamente agressivas ao direito individual do devedor, quanto o juízo, ao aplicá-las, devem dar atenção especialmente sensível ao *princípio da isonomia* para não resvalarem no abismo do arbítrio, que é negação do Direito Processual.

A constatação é feita sem obscurecer a compreensão de que, pela própria condição de sua natureza, a que se juntam outras condicionantes das mais variadas ordens (só para exemplificar, as intelectuais, sociais e culturais), os homens são naturalmente desiguais, circunstância que cumpre aos *princípios jurídicos* absorver, de modo que, estando, em dado momento, numa mesma situação, em face do direito, tenham deste o mesmo tipo de tratamento.

b) Da legalidade

Acha-se inscrito no inciso II do mesmo artigo 5º da nossa Constituição e revela-se à nossa razão como desdobramento lógico necessário da segurança isonômica enunciada no *caput* da norma. Assim, como salienta o já citado *Uadi Lammêgo Bulos*,

---

(4) *Uadi Lammêgo Bulos*, "Constituição Federal Anotada", 5ª ed., pág. 77, São Paulo, Saraiva, 2003, destaques do Autor.

"o princípio da legalidade é uma das vigas mestras do ordenamento jurídico brasileiro para qualquer comando estatal *(normativo ou jurisdicional, aduzimos)* — seja para ordenar ato (ação ou conduta positiva) ou abster fato (omissão ou conduta negativa) — a fim de ser juridicamente válido, deve nascer da lei em sentido formal."(5)

A importância desse preceito cresce excepcionalmente em importância no processo de execução, em cujos domínios o exercício de poder reconhecidamente coercitivo provoca, muito amiúde, a tentação do desrespeito à legalidade da conduta.

c) Do devido processo legal

Incrustado, na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LIV, é um *princípio* imanente do processo penal, no qual a aposta direta é a liberdade do homem em sua expressão mais precisa de *locomoção*, na medida em que pode levá-lo a dela ser privado. Daí a exigência de não agir o Estado fora do *due process of law*, expressão universalmente aceita em tributo ao culto original do direito anglo-saxônico pelo respeito democrático à dignidade da cidadania, de modo a não permitir nenhuma condenação transbordante das garantias formais de processo preestabelecido.

O *due process of law* funciona como uma espécie de lei máxima de proteção das liberdades públicas contra a pior opressão do poder, aquela feita em nome da lei pela autoridade pública legislativa, judiciária ou administrativa.

Sua razão de ser e a inexcedível oportunidade de afirmar-se aparecem com notável vigor na execução, por exemplo, quando se acautela um tratamento processual rigidamente previsto para o depositário judicial acusado de infidelidade, protegendo-o da privação da liberdade por ato sumário e autoritário do juízo, que atropele a garantia formal de defesa na ação apropriada de depósito. Por meio dela é que se oferece a oportunidade de defesa do devido processo legal, que precisa anteceder necessariamente qualquer decisão judicial a respeito.

Por força dessa crucial importância, voltamos a concordar com *Uadi Bulos* cataloga o *due process of law* como um *"sobre-princípio"* por sua condição de fundamento de todos os demais ao seu redor.(6)

d) Ampla defesa e contraditório

Aqui nos deparamos com dois *princípios distintos*, porém tão afins que o eminente penalista baiano *Fernando da Costa Tourinho Filho* adverte que um não pode ser compreendido sem o outro. Acertou, portanto, o constituinte de 1988 em juntá-los no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna que redigiu.

---

(5) Autor e obra citados, pág. 85.

(6) Autor e obra citados, pág. 234, destaque do Autor.

A noção do *contraditório*, mormente na seara judicial, é de um feixe constituído pela bilateralidade da informação do processo às partes e pela liberdade, também bilateral, de contrariá-las, o que vem a ser a síntese da própria dialética jurídica.

Sendo evidentemente impossível compreender a liberdade da dialética sem a irrestrita aceitação das razões de cada interlocutor para o diálogo, segue-se que não pode haver contraditório sem a correspondente liberdade de defesa das teses levantadas pelos litigantes no processo. Daí é que vem a congeminação dos dois princípios.

A execução fundada em título judicial torna possível aos incautos ou afoitos imaginar um banimento, ao menos parcial, de ambos esses princípios constitucionais do processo, a ver-se dos limites restritos de discussão de mérito nos embargos (art. 884, § 1º, da CLT e seu correlato art. 741 do CPC).

Isso, no entanto, é pura ilusão, que se dissolve na compreensão de que, em tal contingência, apenas se reprime o que já foi objeto de ampla defesa e de contraditório em ação cognitiva própria, cujo resultado perseguido e alcançado é bem diferente do visado pela ação executória, o cumprimento do direito *já certificado pela sentença* e, quando for o caso, *de valor já acertado*.

Respeitado esse limite óbvio, os dois princípios atuam com toda energia, como é possível notar no permissivo doutrinário (e hoje também jurisprudencial) de exercício da *defesa sem constrição*, malmente batizada de *exceção de pré-executividade*.

Num outro ângulo de inteligência da matéria, percebe-se o absoluto primado da *ampla defesa* e do *contraditório* na execução fundada em título de formação *extrajudicial* que, representando uma *certificação precária do direito pelos próprios sujeitos do negócio jurídico*, admite, em sede de embargos, ampla discussão cognitiva, abrangente "das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento" (CPC, art. 745, que é indiscutivelmente supletivo do processo de execução trabalhista nos embargos opostos à execução fundada em seus títulos extrajudiciais, o Termo de Ajuste de Conduta e o Termo de Conciliação Prévia).

Bem mais adiante, na Constituição, do núcleo de direitos e deveres individuais e coletivos da cidadania, o artigo 93 da Constituição de 1988, ao estabelecer as normas estruturais do Poder Judiciário brasileiro, cristalizou no seu inciso IX outros dois importantes *princípios constitucionais do processo — o da publicidade e o da fundamentação das decisões* — nestas palavras:

> "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade..."

Sobre o *princípio da publicidade dos atos processuais* não é preciso dizer mais do que disse *Mirabeau* sob ameaça de julgamento pela Corte inquisitorial do *Terror* implantado por *Robespierre*:

"Dêem-me o juiz que quiserem: parcial, preconceituoso, corrupto até. Nada disso me importa, contanto que ele tenha que decidir à face da sociedade."

É claro que a *publicidade dos atos do processo*, tão crucialmente vital para o Direito Processual não alcança menos a execução do que seus outros segmentos; mas não se volta especificamente para ela. Já a *fundamentação das decisões*, embora seja claramente dirigida para todo seu universo, cobra especial cuidado ao se tratar da execução, em virtude da violência endógena de seu processo, que já realçamos.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS OU INFRACONSTITUCIONAIS DE INTERESSE PARTICULAR PARA A EXECUÇÃO

A despeito de termos dito, no início de nossas considerações, não haver abundância de *princípios constitucionais de Direito Processual* que sejam deliberadamente direcionados à execução, dois deles são de seu interesse particular e direto. Consideramo-los, por isso, em tópico destacado.

O primeiro deles, em visível conexão com o *princípio da proteção do deficiente econômico*, basilar do Direito do Trabalho, tem o seguinte registro no artigo 5º, XXVI:

"A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamentos de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento."

Uadi Bulos, sublinhando o silêncio das Cartas Magnas antecedentes sobre o preceito, o vê como "uma espécie de seguro" recebida pela comunidade dos pequenos proprietários rurais, "justamente para evitar a situação de miséria e de dificuldade que quase sempre atinge as suas propriedades."(7)

Estamos seguramente convictos das dúvidas e discussões que a norma desperta.

A primeira delas dirá respeito, precisamente, ao conceito de *pequena propriedade rural*, que o jovem constitucionalista que nos tem acompanhado neste trabalho indica ser a definida pelo Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), "microssistema normativo, plenamente recepcionado pela Constituição de 1988."(8)

Esta possível recepção se refere à legislação que as profundas modificações conceituais pelas quais passou a noção da propriedade agrícola e

(7) Autor e obra citados, pág. 157.

(8) Autor e obra citados, pág. 157.

seu papel no contexto da função social da propriedade, hoje consagrada expressamente no Código Civil brasileiro, tornaram antiquada. Pensamos ser mais objetivo deixar que a jurisprudência determine esse dado casuisticamente, até encontrar um parâmetro seguro para sua fixação definitiva.

A segunda questão que entendemos desafiar o jurista é de saber se o *débito trabalhista* do pequeno proprietário rural para com seu empregado cabe no rol daqueles decorrentes de sua *atividade produtiva*. A nosso ver, sim, sem nenhuma dúvida, desde que, enquadrando-se no modelo da definição legal de empregador (CLT, art. 3º), o pequeno proprietário rural assume perante o trabalhador *o risco econômico da atividade*, além de obter de sua energia pessoal uma contribuição fundamental à produtividade.

Aceita a premissa anterior, ainda fica a questão de saber que o *princípio* inserto na norma constitucional defronta dois valores de *insuficiência econômica*, provocando um choque entre carências de proteção processual: o *valor alimentar do salário*, constitutivo até de crédito superprivilegiado nos casos de falência do empregador, e o *valor alimentar da família*, que perderá a base de sustentação da própria subsistência, no caso de perda da unidade exclusiva de atividade econômica.

O dilema que esse confronto de valores propõe à reflexão nos parece deva ser solucionado pela mesma fórmula que vem ganhando corpo em termos de impenhorabilidade do salário, qual seja a de constrição apenas proporcional à totalidade do rendimento da exploração do imóvel, que poupe as necessidades primariamente alimentares do devedor, facultando a satisfação progressiva de sua obrigação trabalhista, de modo a repartir a penúria para não inverter pura e simplesmente os pólos da miséria.

O outro *princípio* de interesse particular para a execução é o da *lealdade processual*, nascido no próprio Direito Processual, porém facilmente migrante para o Himalaia constitucional, onde terá lugar certo ao lado dos *princípios gêmeos da ampla defesa e do contraditório*, dos quais será contraponto.

A lei processual comum evidencia o particular interesse do referido *princípio* para a execução, quando separa o tratamento que nela lhe dispensa, distintamente, até na denominação, do que lhe é dado no processo cognitivo.

Vemos, assim, um mesmo *princípio processual*, ser prestigiado pelo tratamento repressivo de seus transgressores, na cognição, sob o nome de *litigância de má-fé* (Livro I, Capítulo II, Seção II, "da Responsabilidade das Partes por Dano Processual", arts. 14 a 18), e na execução, sob o nome de *atos atentatórios à dignidade da Justiça* (arts. 600 a 602).

O tônus sancionador que a lei processual empresta ao lado escuro do *princípio da lealdade processual* seja ele violado na cognição ou na execução, merece nosso mais caloroso aplauso e até, mais do que isso, nossa instigação a que se lhe dê uso mais intensivo e amiúde, como uma das fórmulas de agilização do processo pela redução de incidentes despropositados. Não compreendemos, porém, porque a

disciplina foi cindida — inclusive na denominação — entre a cognição e a execução, dificultando até o caráter sistêmico fundamental às normas processuais. Por isso mesmo, em Seminário promovido pelo TRT da 3ª Região, em junho de 2002, propusemos a fusão das normas da parte geral do CPC, onde hoje está tratada somente a metade cognitiva da *litigância de má-fé*, com as da metade executória dos *atos atentatórios à dignidade da Justiça*, passando a dispensar-lhe disciplina homogênea ou continua. O trecho da proposição bem mais ampla, que se ocupa somente dessa fusão, forma o anexo deste despretensioso estudo.

5. CONCLUSÕES

Em conclusão, podemos sintetizar todo o raciocínio desenvolvido sobre o tema nestes itens:

1. São poucos os princípios constitucionais ou infraconstitucionais do Direito Processual que se ocupam, de modo precípuo, da execução civil ou trabalhista. Isto se deve em boa parte, à antinomia essencial que existe entre a natureza da execução e os princípios processuais, constitucionais ou não.

2. Não obstante, os princípios constitucionais do processo se estendem à execução, condicionando-lhe reflexamente a efetividade e forçando-a a amoldar-se à sua própria índole.

3. Há dois princípios, um constitucional, outro infraconstitucional, que interessam diretamente à execução, que lhe deve obediência, em grande parte para seu maior proveito.

6. ANEXO: PROPOSTA DE UNIFICAÇÃO DE TRATAMENTO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E DOS ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

Consolidação das Leis do Trabalho

Título X

Do Processo Judiciário do Trabalho

Capítulo I

Disposições preliminares

.....

Art. 768. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participem dos dissídios do trabalho:

I — expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II — proceder com lealdade e boa-fé;

III — não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

IV — cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Art. 768-A. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 768-B. Caracteriza-se litigância de má-fé, atentatória à dignidade da Justiça:

I — deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II — alterar a verdade dos fatos;

III — usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV — opor resistência injustificada ao andamento do processo;

V — proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI — provocar incidentes manifestamente infundados;

VII — interpor recurso com intuito manifestamente protelatório;

VIII — fraudar a execução;

IX — opor-se maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

X — resistir injustificadamente às ordens judiciais;

XI — ocultar ou deixar de indicar ao juiz bens sujeitos à constrição.

§ 1º O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, imporá ao litigante de má-fé a multa de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento) do valor da causa, se improcedente a reclamação, ou da condenação, se acolhida alguma das pretensões da demanda, sem prejuízo da indenização devida à parte contrária pelos prejuízos que lhe causar, em montante líquido, imediatamente fixado, ou a ser liquidado por arbitramento.

§ 2º Na execução, a multa e a indenização de que trata o parágrafo anterior serão exigidos nos próprios autos, em proveito do credor.

§ 3º Sendo dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz os condenará na proporção do respectivo interesse na causa ou na execução, e solidariamente aqueles que se coligarem para lesar a parte contrária.

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO DO TRABALHO(*)

FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA(**)

1. NOÇÕES

Denomina-se Constituição Econômica a regulamentação que a Constituição dá à ordem econômica, estabelecendo os princípios e as políticas da atividade econômica e a intervenção do Estado como agente regulador.

O objetivo de toda política econômica é atingir o **quadrilátero de ouro:** estabilidade da moeda, saldo da balança comercial, pleno emprego e crescimento econômico.

Cada Governo trabalha mais um ou outro vértice. O nosso há uma década que trabalha o primeiro. O atual está evoluindo para o segundo. Até porque, na política de juros, de desemprego e arrocho salarial, tem mesmo é que exportar, pois o mercado interno está absolutamente estrangulado.

O nosso modelo econômico é capitalista, com viés social. Afirma *José Afonso da Silva* que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista. Com a defesa do consumidor, do meio ambiente, a redução das desigualdades e a busca do pleno emprego, humaniza-se, se é que isto seja possível, o capital ("Curso de Direito Constitucional Positivo", Malheiros, 1997, págs. 771/2).

A CF dedica à Ordem Econômica três capítulos: a) princípios gerais da atividade econômica; b) política urbana; c) política agrícola e fundiária e reforma agrária; d) sistema financeiro nacional.

2. FUNDAMENTO E FIM DA OE

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social... — art. 170 da CF.

(*) Exposição feita no 2º Painel do V Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do TRT da 15ª Região.

(**) Juiz do TRT da 22ª Região e Professor da UFPI.

Fundamento — valorização do trabalho humano e iniciativa privada.

Fim — assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Esses dados complementam o art. 1º, III e IV — a dignidade da pessoa humana, e os valores sociais do trabalho e livre iniciativa como fundamentos da República.

No art. 193 — Da Ordem Social, preceitua a CF: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Ou seja, no art. 1º o trabalho aparece como valor social; no 170, como valor econômico e no 193 como fundamento da ordem social. O art. 7º estabelece as bases da proteção jurídica do trabalho, sob as modalidades de emprego e avulso, como valor social.

Como se vê, o Capítulo da Ordem Econômica abriga o trabalho na sua consideração macroeconômica e, portanto, nas suas várias modalidades: autônomo, empregado, manual, técnico e científico, cooperado, urbano e rural.

Dentro dessa consideração macro se insere a proteção do trabalho como direito fundamental do trabalhador.

3. O TRABALHO COMO REGRA, PRINCÍPIO E DIRETRIZ POLÍTICA

O trabalho figura na Constituição como Princípio, como Regra e como Diretriz Política, conforme se infere de sua colocação nos arts. 1º, IV, 193, 7º a 11 e 170, respectivamente.

As regras estabelecem conduta e prevêem conseqüências; os princípios são reservas de valor e alimentam todo um sistema de regras; e a diretriz política designa o direcionamento que o governo imprime segundo o modelo constituído.

O trabalho constitui preocupação dos direitos fundamentais, dos sociais e dos econômicos, conforme sua disposição nos Títulos II — Dos Direitos Fundamentais —, VIII — Da Ordem Social —, e do Título VII — Da Ordem Econômica.

Segundo a classificação em ordem hierárquica que *Ivo Dantas*, faz das normas da Constituição — Princípios fundamentais > princípios gerais > princípios setoriais > regras, o trabalho se encontra nos quatro.

4. CONCEITOS DE DIREITO ECONÔMICO

O sonho do poder econômico de fato é subjugar o Direito e o deste é ordenar aquele. As leis de ambos são diferentes: as do primeiro são darwinianas — de mercado, da livre concorrência, da maior habilidade, da maior capacidade; as do Direito são de eqüidade, de justiça social, distributiva, éticas, de harmonização social.

Três conceitos devem ser desmistificados para que situemos o Direito do Trabalho no cenário da economia disciplinada por normas jurídicas: *ordem econômica, ordem jurídica econômica* e *Constituição econômica*.

4.1. Ordem econômica — conjunto de normas cogentes, imperativas, que prevalece sobre o universo das normas dispositivas de direito privado, diz *Savatier*.

Para *Max Weber*, a ordem jurídica é a esfera ideal do dever ser e a ordem econômica, a esfera dos acontecimentos reais.

Vital Moreira aponta três sentidos para Ordem Econômica (OE):

a) **OE** — é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta;

b) **OE** — é a expressão que designa o conjunto de todas as normas, qualquer que seja a sua natureza, que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos. É o sistema normativo da ação econômica;

c) **OE** — ordem jurídica da economia.

4.2. CE — conjunto de preceitos que institui determinada OE, ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia.

Simplificando, temos:

OJ — conjunto de normas jurídicas que garantem, pela sua disposição, harmônica, o sistema ou regime jurídico.

OE — conjunto de princípios que, funcionando harmonicamente, oferecem-nos tanto a concepção de sistema [idealizado] como de regime [praticado] econômico.

Ordem Jurídica Econômica — este é o sentido da CF/88, segundo *Eros Grau* ("A Ordem Econômica na Constituição de 1988", 2ª ed., Malheiros, 1991, págs. 63/90).

OJE — sujeição jurídica do regime econômico idealizado aos princípios da política econômica, concebida segundo o regime político.

CE — Conjunto de preceitos inseridos no Título VII da CF, sem excluir outros dispositivos dispersos na CF, segundo *Washington Albino* ("Primeiras Linhas de Direito Econômico", Del Rey, 1989).

5. PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

a) soberania nacional;

b) propriedade privada;

c) função social da propriedade;

d) livre concorrência;

e) defesa do consumidor;

f) defesa do meio ambiente;

g) redução das desigualdades regionais e sociais;

h) busca do pleno emprego;

i) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

6. O TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Fatores da produção — recursos naturais ou matéria-prima + trabalho + capital + organização.

Aqui o trabalho entra como direito ao trabalho, mercado de trabalho, desemprego, política de trabalho etc.

Entretanto, como o desdobramento da política do trabalho passa pela geração de emprego e sua garantia, pela política salarial, pela proteção individual e coletiva das relações de trabalho, pela política de proteção contra discriminação, de proteção do menor, todo o Capítulo II do Título II compõe a Constituição Econômica.

Mas sua figuração mais evidente, como um dos objetos da CE, é na condição de diretriz política, como um dos itens da política econômica estabelecida: a) direito ao trabalho; b) mercado de trabalho; c) política de emprego; d) política salarial; e) proteção do emprego.

6.1. As diversas modalidades de trabalho na Constituição Econômica

a) a valorização do trabalho constitui o primeiro dos fundamentos da OE;

b) a busca do pleno emprego é um dos princípios da OE;

c) a exploração de atividade econômica pelo Estado só em caráter subsidiário e o regime de trabalho será o das empresas privadas;

d) o trabalho cooperado para a atividade de garimpo;

e) a observância das regras que regulam as relações de trabalho constitui um dos itens que justificam a função social da propriedade rural — art. 186, III. Ou seja, o Projeto que prevê o confisco da propriedade que admite trabalhador sob condição análoga a de escravo tem esse suporte constitucional;

f) o trabalhador integra o planejamento da política agrícola, dentre os seus itens figura a habitação para o trabalhador rural — art. 187 e inciso VIII;

g) direito de o(a) trabalhador(a) receber imóveis rurais da reforma agrária;

h) o cooperativismo rural;

i) a usucapião social — aquisição pelo trabalhador rural da propriedade até 50 ha, com cinco anos em que nela mora e a torna produtiva, só ou com sua família, desde que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano.

7. PROTEÇÃO DO EMPREGO

O primeiro postulado da OE, um dos fundamentos da República, o fundamento da Ordem Social e o primeiro postulado do art. 7º moureja no mais absoluto ostracismo.

O emprego não tem merecido, como política de governo, proteção contra despedida imotivada e contra a automação. Um eficiente instrumento de proteção, nos termos do inciso I do art. 7º, seria a Convenção 152 da OIT, que o Governo denunciou. Contra a automação só merece destaque a Lei n. 9.956/2000, que proibiu a substituição dos frentistas por bombas eletrônicas. No mais, não temos a proteção contra despedidas coletivas.

Por sua vez, a política de geração de empregos é muito tímida, dado que os financiamentos governamentais não são condicionados ao número de empregos criados. Uma fortuna perdida em insumos e tecnologias importados em prejuízo dos postos de trabalho, e tudo financiado pelo BNDES.

Aliás, o próprio Governo, em todos os níveis, é o maior incentivador da política de desempregamento, através dos programas de enxugamento da folha.

Pleno emprego — a busca do pleno emprego também tem cedido lugar ao histerismo da proteção da moeda, com encolhimento da economia, aumentando vertiginosamente o saldo de desempregados. Porque para absorver a mão-de-obra que ingressa no mercado o Brasil precisaria crescer a uma ordem de 5% ao ano. Sem falar do remanescente que já está sobrando.

Veja-se o que ocorreu no Sambódromo do Rio de Janeiro ontem (25.6.03): mais de 20 mil inscritos para Gari e muito tumulto, retratando o estado de desespero das pessoas.

A informalidade — constitui uma gorda fatia da economia nacional, por alguns estimada em 60%, que proporciona trabalho precário, mas não dá emprego, nem segurança social. E não houve ainda uma política de governo voltada para a inclusão desse setor na economia formal e no trabalho formal.

As chamadas políticas de inclusão social vêm sendo fomentadas somente sob a forma de donativos sazonais através de programas sociais, sem garantia de continuidade. O Presidente Sarney criou o programa do leite e do INAN, que morreram com o fim de seu governo; o FHC o sistema de cestas básicas, que não foi adiante e o Lula agora com o FOME ZERO, não se sabe ainda como ser operacionalizado nem até quando.

8. ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS DO EMPREGO PÚBLICO E NAS ESTATAIS APÓS A EC N. 19/98

O art. 173, § 1º dita que a lei estabelecerá o estatuto da empresa pública e da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

a) sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

b) sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

c) a constituição e o funcionamento do conselho de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

d) os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Essa nova versão eliminou a pseudo-antinomia que existia entre o art. 37 e a redação anterior. Essa antinomia foi resolvida pelos Tribunais trabalhistas em favor do art. 173, ou seja, que as estatais possuem o direito potestativo de demitir empregados.

Com a nova redação, não resta mais antinomia, posto que a *lei do estatuto* estabelecerá os limites dessa potestade. Os tribunais ainda não se debruçaram sobre a questão segundo a nova redação.

As estatais estão sujeitas às regras da licitação, do concurso público, ao controle de conta pelos Tribunais de Contas, seus servidores cometem peculato etc. Por que só seria ente privado para demitir empregados?

Aliás, soa ilógico que até para desfazer-se de uma sucata, de um móvel imprestável, a estatal sujeita-se a um procedimento formal prévio e para pôr um ser humano no olho da rua não tenha que obedecer à regra da motivação e ao princípio da impessoalidade.

Seria uma grosseira inversão de valores morais e, conforme disposto na CF/88, constitucionais, onde o homem foi posto no centro dos fins.

Assim, se dúvida havia, a EC n. 19/98 a espancou.

Contratação sem concurso público — o § 2º do art. 37 da CF taxa de nulidade o contrato sem concurso público com a administração pública, salvo as exceções legais, punindo-se os responsáveis.

Com base nisso, o Enunciado 363 do Eg. TST admite que só são devidos aos servidores contratados nessas condições os salários dos dias efetivamente trabalhados. *Data venia*, trata-se de uma interpretação errônea da diretriz constitucional em relação aos valores do trabalho humano.

Com efeito, se o objeto do contrato for lícito, as conseqüências defluem do art. 7º, independente da vontade das partes. Do contrário, a matéria fugiria da competência trabalhista, pois não existe contrato de trabalho, regido pela legislação obreira que não gere direito a férias, 13º salário, FGTS, salário-família, horas extras, piso salarial.

A declaração no caso gera efeitos *ex nunc*, dado que a nulidade trabalhista não retroage, em face de a força de trabalho ser acíclica. É similar ao defeito de manifestação de vontade ou de incapacidade, que, nem por isso, invalida o trabalho já prestado. Assim, se uma criança de dez anos prestar serviço como empregada, depois de cinco anos de trabalho tudo lhe será devido, inclusive os registros na CTPS.

A esse propósito, escreveu o Conselheiro Federal da OAB, Dr. *João Pedro Ayrimoraes Soares:* "... não pode restar a mínima dúvida, *venia permissa*, de que o multicitado Enunciado 363, ao lado de não estar valorizando o trabalho, enseja um inegável enriquecimento indevido por parte da Administração Pública" (*in* "OAB Nacional", n. 102, jun./2003).

Com essas considerações, longe está de estarmos contestando a jurisprudência da Corte Superior. Apenas estamos analisando a questão ao ângulo da Constituição, acreditando não demorar um breve reexame dessa matéria.

9. O TRABALHO RURAL

Os itens da CE de 88 sobre o trabalhador rural não foram melhorados em relação ao que já era praticado segundo o direito anterior.

Programa de habitação rural de que trata o art. 187, VIII, nem existe. O que é uma pena não se desenvolver a sonhada conurbação de Gilberto Freyre — um sistema de agrovilas com a infra-estrutura necessária a uma vida digna no campo.

A reforma agrária também não tem rendido os frutos que devia. Antes tem se prestado a, de um lado, indenizar regiamente terras sem preço de mercado, e de outro lado, fomentar os propósitos políticos e econômicos de oportunistas, que não possuem identificação com a Terra.

O Governo não faz uma triagem severa dos invasores e dos candidatos às possessões, muitos dos quais são funcionários públicos infiltrados e profissionais do movimento, sem nenhum interesse no Chão, nem em reforma agrária.

A política de habitação para o trabalhador rural não existe e a reforma agrária não tem conseguido o efeito equivalente ao seu custo. Tem servido mais aos dois propósitos escusos: supervalorização de terras sem qualidade, de um lado e, de outro, de alimentação de interesses políticos e econômicos de oportunistas que nada tem a ver com a Terra.

10. SUGESTÕES PARA UMA POLÍTICA DE EMPREGO

Complementando esse diagnóstico, outros dados nebulosos preocupam.

Qual a perspectiva de uma criança que nasce hoje na favela ou equivalente? Entrar na fila dos SEM: teto, emprego, saúde, educação, alimentação. Daqui a 18 anos, na proporção do crescimento do desemprego, estará em fila indiana, que já terá dado várias voltas à terra. Destaquemos as seguintes preocupações:

- o crescimento da delinqüência principalmente contra o patrimônio;
- o futuro da Assistência Social, pois se a grande maioria não contribuirá o tempo suficiente para aposentar-se pela Previdência Social, recairão sobre seus ombros o ônus. Mas com a diminuição da massa mantenedora da Assistência, esta entrará em colapso e sobrará para a indigência;

• a estabilidade social já está comprometida, e no ritmo que vai entrará em parafuso dentro de vinte anos, quando os atuais 50 milhões de brasileiros excluídos que ainda estejam fora da cadeia e ainda não tiverem sucumbido chegarem à velhice.

Como quem morre em pé é vela, eis algumas sugestões pouco onerosas e relativamente fáceis de implementar:

• Redução da jornada de trabalho, geral e setorial — nos setores da economia informatizados não justifica jornada de trabalho igual à jornada geral;

• Instituir uma categoria de contribuição diferenciada para incluir atividade informal — um sistema de contribuição reduzida e/ou subsidiada. Afinal, todos se aposentarão, e quase todos com apenas salário mínimo;

• Uma campanha pelo emprego como regra, em vez das autonomias aparentes e precarizantes do trabalho — como garantia de caixa para a Previdência e estabilidade social nos infortúnios do trabalhador;

• Dar cumprimento aos preceitos constitucionais no tocante à política de apoio e valorização do trabalhador rural e dos que no campo praticam economia familiar. Esta é uma medida para prender o homem no campo, amenizando a pressão sobre a cidade.

• Flexibilizar os conceitos dos elementos tradicionais que caracterizam o contrato de trabalho: pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e remuneração — para abrigar no conceito de empregado figuras afins;

• Co-responsabilizar o tomador do serviço terceirizado pelas obrigações trabalhistas do prestador do serviço e do fornecedor — a terceirização barateia os custos do comprador dos serviços ou dos bens porque, na ponta da cadeia, os trabalhadores ficaram sem salário justo e seguridade social;

• Criar programas de apoio às famílias das vítimas das demissões coletivas — assim como existem programas de apoio às famílias dos presos, às vítimas de catástrofes, deveria ser instituído um programa de apoio moral, psicológico e até de saúde do trabalhador vítima da perda do emprego, pois esta é uma das maiores catástrofes na vida de uma pessoa.

É em nome dos milhões de irmãos desvalidos ou na corda bamba do meu País que lanço estas modestas sugestões.

DA APLICAÇÃO DA LEI N. 10.352, DE 26.12.2001 AO PROCESSO DO TRABALHO — UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA

ALCIONE COSTA GONÇALVES(*)

Todo tempo é tempo de se codificar e recodificar quando se tem consciência do tempo — já dizia o velho Hegel, *um clássico pouco conhecido no universo jurídico brasileiro. Nestes tempos de transição política e crise socioeconômica, em que conflitos novos se opõem a leis velhas, em que a criação de novos direitos esbarra numa cultura judiciária pouco sensível à mudança e em que a ampliação do acesso aos tribunais desnuda as crônicas deficiências burocráticas da organização judicial, qual nossa consciência, como operadores do direito, da necessidade de reinterpretá-lo, de atualizá-lo e de recodificá-lo?* (José Eduardo C. O. Faria(1)).

A edição da Lei n. 10.352, de 26.12.2001, que retirou a obrigação de remessa necessária aos respectivos Tribunais Regionais Federais dos processos em que houver sucumbência da Fazenda Pública, sempre que o valor da condenação ou controvertido não ultrapassar a barreira dos sessenta salários mínimos, trouxe a celeuma acerca de sua aplicação ao Processo do Trabalho, eis que o Decreto-lei n. 779, de 21 de agosto de 1969, específico para ele, não foi expressamente revogado pela precitada lei.

Assola-me a tentação de veicular minhas impressões a esse respeito. Pretensiosa que sou, busquei uma análise hermenêutica, tentando uma interpretação histórico-sociológica da Lei n. 10.352/2001, frente ao Decreto-lei n. 779/1969. De sorte que procurei fazer um enquadramento histórico de ambos diplomas legais em razão do contexto político, ético e sociológico das respectivas épocas de publicação.

(*) Juíza do Trabalho Substituta na 15ª Região — Campinas-SP, lotada na circunscrição de Araçatuba e professora de Direito do Trabalho nas Faculdades Católicas Salesianas, em Araçatuba-SP.

(1) *José Eduardo C. Oliveira Faria* é professor de Filosofia do Direito da USP e autor do artigo "O Juiz na Sociedade Complexa. O Poder Judiciário e os Novos Movimentos Sociais." *In* Curso de Deontologia da Magistratura, coletânea coordenada por José Renato Nalini.

Preocupei-me com as regras de hermenêutica, o que me levou ao saudoso *Carlos Maximiliano* em sua clássica obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito" e à jovem e brilhante *Arianna Stagni Guimarães*, cuja dissertação de mestrado na PUC-SP, orientado por ninguém menos que *Celso Ribeiro Bastos*, rendeu o livro "A Importância dos Princípios Jurídicos no Processo de Interpretação Constitucional".

Agora, porém, minha preocupação é a de quem escreve seu primeiro artigo visando à publicação e pretende que ele seja didático sem querer ser pedagógico, sucinto sem ser omisso e claro sem ser prolixo. Para mim, é um desafio e tanto; e para vocês, meus ávidos leitores, o desafio... é chegar ao final.

Manda a boa técnica que se comece pelo início. Começarei, pois, dizendo o que é hermenêutica. Esclarece-nos o filólogo *Houaiss*[2] que hermenêutica:

> ... é um conjunto de regras e princípios usados na interpretação do texto legal; relativo à interpretação; próprio para fazer compreender; vem do grego, onde significa 'arte de interpretar'; do francês — 'arte de descobrir o sentido exato de um texto,

No dizer de *De Plácido e Silva*[3]:

> Na hermenêutica jurídica, assim, estão encerrados todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para a interpretação do texto legal.

E mais adiante, continua:

> E esta interpretação não se restringe ao esclarecimento de pontos obscuros, mas a toda elucidação a respeito da exata compreensão da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos.

Ensina, ainda, *Carlos Maximiliano*, a observância do chamado *occasio legis*, citando os estatutos da Universidade de Coimbra:

> ... para se evitar o engano, que pode haver nesses casos, se não devem seguir e abraçar cegamente as razões indicadas na lei; antes pelo contrário se deve sempre trabalhar por descobrir a verdadeira razão dela... na ocasião, e conjuntura da mesma lei; e no exame de todos os fatos e sucessos históricos, que contribuíram para ela.[4]

---

(2) "Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa", pág. 1.519.

(3) "Dicionário Jurídico", vol. II, pág. 381.

(4) Item 157, pág. 148.

De tal sorte que não é bastante uma interpretação literal ou gramatical do texto legal, sendo, mais que salutar, imperiosa, a análise do contexto histórico e político em que se insere a norma.

Posto isso, partamos à análise de nossos diplomas legais, na ordem cronológica em que surgiram no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, o Decreto-lei n. 779, de 21 de agosto de 1969, surgiu do punho do então Presidente da República, Gal. Arthur da Costa e Silva, em pleno período de exceção, poucos meses após a edição do famigerado Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968, que em ato de incontestável caça (caça com "ç", mesmo) às bruxas, cassou direitos políticos de eminentes figuras — dentre as quais o também ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso e o atual Ministro da Casa Civil, José Dirceu — e possibilitou ao Presidente da República "decretar o recesso do Congresso Nacional" — eufemismo encontrado por aquele regime para o fechamento das Casas Legislativas Federais. Isso, por sinal, foi feito no mesmo dia, através do Ato Complementar n. 38 e assim permaneceu até a edição do Ato Complementar n. 72, de 15 de outubro de 1969[5].

Após isso, muitas lágrimas, muitas dores, pelo sumiço e às vezes morte reconhecida de outros tantos que se insurgiram ante aquele regime ditatorial.

Nota-se claramente, pois, pela memória dos fatos históricos, que o Decreto-lei n. 779/69 foi editado com as portas do Legislativo Federal fechadas, o que lhe retira grande parte das possibilidades de legitimidade ante a Constituição Federal de 1988.

De se ressaltar, ainda, que a matéria tratada pelo precitado decreto-lei não deveria ser objeto deste tipo de diploma, na medida em que o art. 55 da Constituição[6] então vigente previa sua edição apenas para os casos que enumera, dentre os quais não se encontra o processo do trabalho.

Por evidente, a disposição sobre processo foi feita com base em se garantir a "segurança nacional", na medida em que o AI-5 possibilitou a cassação até mesmo de membros do Judiciário[7] e retirou dos cidadãos

---

(5) Art. 1º Fica suspenso, a partir de 22 de outubro corrente, o recesso do Congresso Nacional, decretado pelo Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968.

Art. 2º O presente Ato Complementar entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

(6) Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I — segurança nacional; II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

(7) Art. 6º Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim com empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

todas as garantias constitucionais, na medida em que ao Presidente da República era possível, atendido o interesse nacional, *"sem as limitações previstas na Constituição"*, decretar o recesso do Congresso Nacional[8] (art. 2º), decretar a intervenção federal nos Estados e Municípios[9] (art. 3º) e suspender e cassar direitos políticos[10] (art. 4º), sem que tais atos pudessem passar pelo crivo do Judiciário[11].

Foi uma época — os que têm mais de 40 anos se lembram muito bem — de conversas escondidas, olhares trocados de soslaio, telefones grampeados (quando funcionavam), cartas e telegramas extraviados, músicas e manifestações artísticas diversas sob absurda censura. Conta-se que houve até um livro que tratava da formação de cartéis por empresas do porte da General Eletric e da Westinghouse, escrito por um autor estrangeiro cujo nome agora não me ocorre, que tinha por título algo parecido com "A ditadura dos cartéis". Este livro foi vetado porque o censor, ao ler seu título, fê-lo como "A ditadura dos *quartéis*".

Da mesma forma, agentes eram infiltrados nos mais diversos meios sociais — faculdades, clubes etc. — com a função exclusiva de informar ao Executivo quais eram os chamados subversivos que pretendiam derrubar o governo e instaurar um novo regime, uma nova ordem social. Foi a época do "Abaixo a ditadura" pichado nos muros e pouco depois, da campanha institucional "Brasil: Ame-o ou deixe-o".

Concomitantemente, movimentos artísticos, dentre os quais a tropicália é o mais famoso, combatiam o regime de forma mais ou menos veemente, como nos narra *Zuenir Ventura* em sua obra[12]. No entanto, embora im-

---

(8) Art. 2º O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. § 2º Durante o período de recesso, os Senadores, os Deputados federais e estaduais e Vereadores só receberão a parte fixa de seus subsídios. § 3º Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento de contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

(9) Art. 3º O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição. Parágrafo único. Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei.

(10) Art. 4º No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único. Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seu mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o *quorum* parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

(11) Art. 11. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seu Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

(12) "1968 — O Ano Que Não Terminou".

portantes estes dados para localizar no tempo, na sociedade e no espaço a edição do decreto-lei em apreço, nosso tema é hermenêutica e aplicação de um diploma legal e não a história recente da arte em nosso país. Assim, vamos ao que nos interessa mais de perto.

A Lei n. 10.352/01, em contrapartida a um período tão conturbado de nossa história, publicada em plena vigência da Constituição Federal de 1988, conhecida como a Carta Cidadã, veio em época cuja evolução política é inconteste. Esta lei retirou da Fazenda Pública o execrável privilégio de ter reexaminado o feito no qual fora sucumbente, desde que "a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos" ou quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STF ou do Tribunal Superior correspondente — no nosso caso, o C. Tribunal Superior do Trabalho[13]. É que por interessar a toda a comunidade, suplantando, assim, o interesse individual defendido na demanda, o processo de valor pecuniário elevado continua a depender do duplo grau de jurisdição para que a decisão transite em julgado. Tal alteração — importantíssima, diga-se de passagem — é marca indelével de uma época em que se busca eficiência (tanto que é um dos princípios constitucionais da Administração[14]), celeridade e efetividade das decisões judiciais.

Não fosse suficiente a observância desses princípios, é inegável a melhor estrutura de administração de que hoje dispõe a Fazenda Pública, frente às condições de trabalho existentes no período anterior. A informática, a necessidade de concursos públicos de provas ou de provas e títulos para ingresso nas carreiras de Estado e o aperfeiçoamento das instituições dão hoje, ao Estado, uma condição em muito superior àquela de que dispunha nos anos negros da ditadura que nos afligiu. De se considerar, ainda, que a informática e o avanço das comunicações facilitam — e muito — o trabalho de todos nestes novos tempos.

Ressalte-se que a novel Constituição — a Carta Cidadã — traduz enorme preocupação social, procurando atribuir a tudo um tratamento o mais isonômico possível. Ora, é a observância à Constituição, o respeito a seus preceitos, que fortalece todo o sistema jurídico, garantindo a segurança jurídica das relações sociais. Cabe aqui transcrever um trecho da dissertação de mestrado de *Arianna Stagni Guimarães*[15]:

> Importante destacar que o exercício do Poder Constituinte sempre resulta na ruptura da ordem jurídica existente naquele momento

---

(13) ... "§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução da dívida ativa do mesmo valor.

"§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal superior competente."

(14) "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ..."

(15) *Opus cit.*, págs. 39/40.

político e histórico de um Estado, para então surgir um novo ordenamento jurídico, a Constituição, hierarquicamente superior, que servirá de fundamento de validade para os demais poderes. Vê-se que o Poder Constituinte cumpre uma função, enquanto a Constituição é o resultado daquela função cumprida pelo Poder Constituinte.

De tal sorte que com o advento da Carta Magna de 1988 não há mais lugar para diplomas pseudolegais, cuja função foi precipuamente a de inibir o livre julgar do juiz de primeiro grau. Com efeito, obrigando o julgador originário a remeter sua decisão para análise do órgão superior, legislou contra a celeridade do processo — um dos princípios basilares do processo trabalho — e possibilitou a ampla fiscalização das decisões judiciais, o que, em época de amplos poderes outorgados ao Executivo, inclusive, com possibilidade de sanção ao juiz prolator da decisão — o que se infere do texto do art. 6º do Ato Institucional n. 5, seu intuito só pode ter sido o de fiscalização/inibição da decisão de primeiro grau. Com isso, o Judiciário instaurado a partir de 1988, baseado no novo ordenamento jurídico que surgiu a partir de 5 de outubro daquele ano, tendo em vista o juramento que fizemos de observar a Constituição e as Leis, não pode mais permanecer na inércia simplista da lei geral não revogar a especial, mormente porque a "lei especial" em questão, como visto, está inserta em um ordenamento jurídico de exceção, onde todas as garantias constitucionais se encontravam suspensas e sem possibilidade de serem postuladas junto ao Judiciário, na medida em que os atos praticados sob a égide do AI n. 5 e seus atos complementares estavam excluídos da possibilidade de apreciação judicial.

CONCLUSÃO

Penso, pois, diante disso, que não há como fugir da aplicação da Lei n. 10.352/2001, na medida em que instaurada uma nova ordem jurídica pela promulgação da Carta Política de 5.10.1988, descabe todo e qualquer privilégio à Fazenda Pública, mormente em um momento histórico de franca evolução tecnológica, que possibilita todas as condições para um pleno desenvolvimento da defesa processual da Fazenda Pública sem que seja necessária a manutenção deste hoje injustificável privilégio.

Em contraposição ao suso exposto, a conjuntura histórico-política da edição do Decreto-lei n. 779, de agosto de 1969 mantinha um ordenamento jurídico apto à manutenção da ordem tal como pretendida pelo Governo Federal, parafraseando antigo Presidente da República deposto, "doesse a quem doesse". De sorte que não pode, diploma legal inserto em ordenamento jurídico de um período de exceção, prevalecer ante o Estado Democrático de Direito vigente no país há pouco mais de uma década, após tantos anos de silenciosa — e por vezes sangrenta — luta.

"É para frente que se anda" e como se diz popularmente, "quem fica parado é poste". Tenhamos a coragem de dar aplicação à lei que tem por

objetivo, como já disse alhures, atribuir ao processo uma maior agilidade, celeridade e efetividade das decisões judiciais. Cabe a nós, juízes, na aplicação do preceito abstrato da lei ao caso concreto, observarmos o contexto histórico-político-social em que se insere a norma a ser aplicada e o caso em apreço e decidirmos com coragem, mormente os juízes do trabalho que, como eu, pretendem distribuir justiça e com ela, justiça social.

Aos que chegaram ao final, minhas congratulações pela enorme paciência que têm e também meus sinceros agradecimentos pela honra que me deram de gastar parte de seu tempo para ler o que escrevi tentando disseminar o meu pensar.

BIBLIOGRAFIA

De Plácido e Silva. "Vocabulário Jurídico", 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.

Guimarães, Arianna Stagni. "A Importância dos Princípios Jurídicos no Processo de Interpretação Constitucional", São Paulo, Editora LTr Ltda., 2003.

Maximiliano, Carlos. "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 11ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

Nalini, José Renato (coordenador). "Curso de Deontologia da Magistratura", São Paulo, Editora Saraiva, 1992.

Portela, Fernando. "Guerra de Guerrilhas no Brasil", 5ª ed., São Paulo, Global Editora, 1981.

Shirley, Robert Weaver. "Antropologia Jurídica", São Paulo, Editora Saraiva, 1987.

Ventura, Zuenir. "1968. O Ano Que Não Terminou", 12ª ed., Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1997.

DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR(*)

Na verdade, este tema, aparentemente surrealista, apresenta grande pertinência com o nosso tempo e também é revelador de várias contradições que circundam o chamado "mundo do trabalho".

A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.

Mas, esta preocupação é em si mesma um paradoxo, revelando, como dito, as contradições que marcam o nosso "mundo do trabalho".

A primeira contradição está, exatamente, na preocupação com o não-trabalho em um mundo que tem como traço marcante a inquietação com o desemprego.

A segunda, diz respeito ao fato de que, como se tem dito por aí à boca pequena, é o avanço tecnológico que está roubando o trabalho do homem, mas, por outro lado, como se verá, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho.

Em terceiro plano, em termos das contradições, releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho.

E, por fim, ainda no que tange às contradições que o tema sugere, importante recordar que o trabalho, no prisma da filosofia moderna, e conforme reconhecem vários ordenamentos jurídicos, dignifica o homem, mas sob outro ângulo, é o trabalho que retira esta dignidade do homem, impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre a sua intimidade e a sua vida privada.

(*) Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara de Jundiaí/SP. Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

Devo esclarecer que quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser traduzido como direito de não trabalhar, não se está tratando de uma questão meramente filosófica ou ligada à futurologia, como a que nos propõe *Domenico de Masi*. Não se fala, igualmente, em direito em seu sentido leigo, mas sim numa perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo.

Um direito, aliás, cujo titular não é só quem trabalha, mas, igualmente, a própria sociedade, aquele que não consegue trabalho, porque outro trabalha excessivamente, e os que dependem da presença humana do que lhes abandonam na fuga ao trabalho...

Não é simples essa tarefa, na medida que remexe com conceitos jurídicos e culturais que estão há muito arraigados à nossa tradição. Fruto de uma concepção formada na sociedade dita industrial, embora, filosoficamente já se diga que estamos na era pós-industrial, o trabalho aparece como identificador da própria condição humana. Como diria o cantor Fagner: "... e sem o seu trabalho, o homem não tem honra ..." Durante muito tempo, portar a Carteira de Trabalho era a demonstração cívica de não ser um "vagabundo", o que embora não fosse um crime, já era suficiente para marginalizar a pessoa. Mesmo nos dias atuais, que se notabiliza pelo desmantelamento da ordem produtiva capitalista, ou pela desordem provocada pela nova ideologia econômica mundial, que se convencionou chamar de neoliberalismo, que se funda na idéia do desmanche do *Welfare State* e no abandono da rede de segurança proporcionada pelo mundo do trabalho, gerando, como resultado, o desemprego em massa (ou estrutural, como preferem alguns), situação esta que se potencializa pela reforma da concepção produtiva, isto é, abandono do modelo fordista de produção, que tinha como linha de conduta a noção da inclusão social, passando-se ao modelo que se baseia na pulverização das fábricas, gerando, por conseqüência, o quase abandono do contrato de trabalho com plenos direitos e do contrato à vida, forçando o advento de contratos de trabalho precários e o aumento da prestação de serviços por trabalhadores "autônomos" ou "independentes", mesmo nesses dias, em que o fato de não possuir uma Carteira de Trabalho assinada passa a ser até normal, não ter uma ocupação, um trabalho, seja lá qual for, ainda agride os membros da sociedade, sociedade esta que, queira-se ou não, tem como fundamento o contrato social, que, por sua vez, apóia-se na idéia da divisão do trabalho.

O trabalho, mesmo com todo o quadro que se desenha no mundo do trabalho e que nega por si só o seu valor (e a prova disso é a constante diminuição dos níveis salariais), ainda é extremamente significativo para as pessoas, a ponto de se manter uma postura social discriminatória com relação a quem não trabalha, mesmo sabendo-se, como se sabe, das extremas dificuldades para encontrar uma ocupação. Por isto, nos vemos forçados ao trabalho até mesmo para não sermos discriminados pela sociedade. Uma sociedade que ao mesmo tempo, sob este aspecto, é extremamente hipócrita, pois que no fundo o que todo mundo quer mesmo é ficar

rico sem trabalhar ou mesmo ficar rico trabalhando, mas almejando parar de trabalhar o quanto antes. Como diria o *Barão de Itararé*[1], "O trabalho enobrece o homem, mas depois que o homem se sente nobre não quer mais trabalhar".

De todo modo, impera, culturalmente, a idéia do trabalho como fator dignificante da pessoa humana e como elemento de socialização do indivíduo, tornando-se um grande desafio falar em direito ao não-trabalho, ainda mais sob o prisma da efetiva proteção jurídica deste bem.

Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo.

É bom que se diga, também, que não é o caso de se amaldiçoar o avanço tecnológico. Este é inevitável e, em certa medida, tem sido benéfico à humanidade (em muitos aspectos). O desafio, sob este prisma, é buscar com que a tecnologia esteja a serviço do homem e não contra o homem. Neste sentido, vale reproduzir o relato de um especialista em automação, a respeito de uma experiência que teve com a implantação de robôs em uma fábrica de queijos na França: "Um cliente, fabricante de queijos, pediu-me um robô que virasse os queijos, na fase de maturação do produto. Em princípio, nenhum problema: sabemos conceber um dispositivo capaz de virar todos os queijos com precisão e delicadeza. Então, instalei um 'robô queijeiro'. Mas, três meses depois, a empresa chamou-me novamente: sua clientela tradicional queixava-se da degradação na qualidade e a empresa começava a perder mercado. No entanto, o dispositivo funcionava muito bem. Fui visitar uma outra fábrica de queijos e constatei que as operárias tocavam nos queijos e até os cheiravam, mas não os viravam sistematicamente. Agora estou entendendo a complexidade real do trabalho delas. Confesso que, na ocasião, não me ocorreu que a relação entre o modo de fazer e a qualidade do produto fosse suficientemente importante para explicar efeitos dos quais se queixava meu cliente. Meu robô, assim que vê um queijo não resiste e *'plaf'* vira-o"[2].

A tecnologia fornece à sociedade meios mais confortáveis de viver, e elimina, em certos aspectos, a penosidade do trabalho, mas, fora de padrões responsáveis, pode provocar desajustes na ordem social, cuja correção requer uma tomada de posição a respeito de qual bem deve ser sacrificado, trazendo-se ao problema, a responsabilidade social. Claro que a tecnologia, a despeito de diminuir a penosidade do trabalho, pode acabar reduzindo postos de trabalho e até eliminando alguns tipos de serviços

---

(1) *Aparício Torelly*, jornalista; cf. *José Roberto Torero*, Folha de São Paulo, ed. de 15.9.98.

(2) *Apud Jacques Duraffourg*, "Um robô, o trabalho e os queijos: algumas reflexões sobre o ponto de vista do trabalho", *in* "Emprego e Desenvolvimento Tecnológico: Brasil e Contexto Internacional", organização DIEESE, São Paulo, 1998, págs. 127-128.

manuais, mas isto não será, para a sociedade, um mal se o efeito benéfico que a automação possa trazer para a produção, para os consumidores e para a economia, possa refletir também no acréscimo da rede de proteção social (seguro-desemprego e benefícios previdenciários). Recorde-se, ademais, que a própria tecnologia pode gerar novas exigências em termos de trabalho e neste sentido a proteção social adequada consiste em fornecer à mão-de-obra possibilidades em termos de "inovação", "deslocamento", "reabsorção", e de "requalificação profissional".

Sem os limites de uma verdadeira responsabilidade, cujos limites devem ser determinados pelo Estado e não pelo livre-mercado, evidentemente, a evolução tecnológica a despeito de gerar conforto estará produzindo o caos.

Mas, voltemos ao desafio proposto inicialmente, no sentido da fixação de alguns parâmetros para a proteção jurídica do não-trabalho.

Vejamos alguns casos em que a presente abordagem tem pertinência:

1. Altos empregados: diretores e gerentes (cargos de confiança)

Altos empregados, conforme ensina *Cláudio Armando Couce de Menezes*, "são aqueles situados em patamares superiores da escala hierárquica patronal, independentemente da natureza do trabalho ou função". Segundo adverte *Couce de Menezes*, "os altos empregados ocupantes de atribuições técnicas não representam, necessariamente, sinônimo de cargo de confiança"(3).

O parágrafo único do art. 3º, da CLT, prevê que não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual, o que implica dizer, que sob o ponto de vista da legislação, os ocupantes de altos cargos, estando subordinados e prestando serviços de forma não eventual e remunerada, são igualmente empregados. O serão, também, os diretores de sociedade anônima quando integrantes de uma grande estrutura empresarial e estejam sob a subordinação de um Conselho de Administração, que, como explica *Octavio Bueno Magano*, "é um órgão, composto, obrigatoriamente, pelos acionistas controladores, que, em *petit comité*, deliberam, em nome dos demais acionistas, controlando, pois a atuação dos diretores que não precisam ser acionistas e sua investidura no cargo tem em conta a sua aptidão para administrar a empresa(4). Caso contrário, os diretores não serão tidos como empregados, prevalecendo o entendimento contido no Enunciado n. 269, do TST, que, aliás, não faz a diferenciação proposta por *Magano*.

O que nos interessa mais de perto nesta abordagem, no entanto, é a exclusão dos altos empregados dos direitos ao limite da jornada de trabalho, aos períodos de descanso (inter e entrejornadas), ao descanso semanal remunerado e ao adicional noturno, por previsão do art. 62, II, da CLT.

---

(3) "Altos empregados — cargos e funções de confiança", Revista LTr, 59-02/175.

(4) "Manual de Direito do Trabalho", vol. II, São Paulo, LTr, pág. 140.

O problema é que este tipo de empregado (pressupondo, então, para fins de nossa investigação as situações fáticas e jurídicas em que o alto empregado se apresente como um autêntico empregado, isto é, um trabalhador subordinado) tem sido vítima, pelo mundo afora, de jornadas de trabalho excessivas. Eles estão, freqüentemente, conectados ao trabalho 24 horas por dia, 7 dias na semana, mediante a utilização dos meios modernos de comunicação: celular; *pager; notebook*; fax etc. ...

A sua condição de vida, aliás, é tão notória que já está destacada em verbete de enciclopédia. Veja, a propósito, na Enciclopédia Universalis:

> "On distingue parallèlement une évolution sensible de la fonction d'en**cadre**ment, qui tend à rendre plus précaire la position des agents de maîtrise et, finalement, à réduire la différence entre **cadres** et non-**cadres**." ("Proffessionelle qualification", 2000 Encyclopædia Universalis France S.A.)
>
> "C'est ce qu'on constate chez les **cadres** depuis longtemps, et c'est ce qui a été exprimé en 1970 par une majorité substantielle de salariés dans une grande usine française. Le temps libre devient alors un "bien" qui entre en concurrence avec les biens de consommation eux-mêmes.
>
> La réalité de l'évolution des horaires de travail, tant hebdomadaires qu'annuels, n'a pas toujours confirmé les pronostics de réduction du temps de travail. Il est significatif qu'une appréciation plus modérée des progrès accomplis vienne d'un sociologue américain (H. Wilensky), alors que l'exemple même des États-Unis a souvent servi de justification aux hypothèses qui envisageaient la semaine de trente heures dans un avenir très proche. *Les **cadres** français ont souvent des semaines plus chargées que leurs subordonnés:* leurs responsabilités mêmes, leurs salaires, parfois *les risques de licenciement*, les incitent à une activité non limitée dans le temps, que semble justifier l'intérêt de leur travail, comparé à celui des catégories plus défavorisées sur ce point.
>
> (...)
>
> Bien des solutions proposées s'inspirent encore d'un humanisme qui date d'hier. Un humanisme réellement moderne devrait concilier les contraintes d'une organisation globale complexe et les désirs d'autonomie individuelle qui ne peuvent aboutir sans elle." ("Travail e non-travail", 2000 Encyclopædia Universalis France S.A.)
>
> "Les **cadres**, eux, s'efforcent de lutter contre la déprofessionnalisation et la désocialisation spécifiques du chômage total. Ils adoptent des activités de substitution en recherchant, de manière systématique et professionnelle, un nouvel emploi, en "profitant" de la période de chômage pour acquérir une formation complémentaire et augmenter leurs chances de se retrouver sur le marché du travail. Cherchant à se différencier des chômeurs modestes, ils consacrent leur énergie et leur compétence

à cette recherche dont ils affirment qu'elle exige plus de temps, de capacités et d'efforts que l'exercice même d'un métier. Ces activités, conseillées et légitimées par la littérature professionnelle, outre leur justification pratique, ont pour effet de permettre aux **cadres** chômeurs de se maintenir à l'intérieur des normes et des valeurs de l'univers professionnel auquel ils aspirent. Ils restent en activité sur le monde du "comme si" et s'efforcent ainsi de garder leur distance à l'égard du rôle de chômeur, inoccupé et humilié, de retourner, au moins symboliquement, le sens de leur épreuve. Grâce à cette expérience, qu'on peut qualifier de *chômage différé*, ils ne connaissent pas le vide et l'ennui propres au chômage total. Mais leur sentiment d'humiliation n'est pas moins grand. Pour la majorité des **cadres**, la carrière constitue une préoccupation constante, "faire carrière" reste la forme privilégiée de l'expression de soi. Or le **cadre** ne perçoit pas seulement son emploi en terme de rémunération immédiate, mais dans le cadre d'une carrière, comportant des étapes prévues destinées à prendre place à l'intérieur d'un avenir organisé. Avec le chômage, ce n'est pas seulement l'organisation spatiale et temporelle quotidienne qui est remise en question, mais tout le système d'aspirations et de projections dans l'avenir, lié à l'image d'une trajectoire professionnelle. C'est cette trajectoire, qui est aussi un plan de vie, que le chômage vient interrompre, risquant de conduire, s'il dure, à une véritable crise d'identité, que traduit le sentiment d'humiliation et de culpabilité. L'altération de la sociabilité vient aggraver l'épreuve: bien que les **cadres** ne connaissent pas la même désocialisation que les chômeurs plus modestes, le réseau des relations s'amoindrit progressivement et cela d'autant plus qu'il était plus étroitement issu de l'activité professionnelle. La diminution des ressources financières, le sentiment d'humiliation et de marginalisation contribuent à limiter, parfois à interdire, les formes habituelles de la vie sociale. Au fur et à mesure que se prolonge l'épreuve, la crise de statut et d'identité s'accroît et les avantages que donne aux **cadres** la possibilité d'adopter les comportements actifs et volontaires s'affaiblissent. Le chômage *différé* n'a qu'un temps." ("Chomage", Universalis)

Traduzindo, os altos empregados estão sujeitos a jornadas de trabalho extremamente elevadas, interferindo, negativamente em sua vida privada. Além disso, em função da constante ameaça do desemprego, são forçados a lutar contra a "desprofissionalização", o que lhes exige constante preparação e qualificação, pois que o desemprego desses trabalhadores representa muito mais que uma desocupação temporária, representa interrupção de uma trajetória de carreira, vista como um plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social. Em suma, a sua subordinação ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família. Veja-se, por exemplo, que muitos sequer têm tido tempo para tirar férias, pois que, diante do quase inesgotável acesso a fontes de informações e por conta das constantes mutações das complexidades empresariais, ficar muitos dias desligado do trabalho representa, até mesmo, um risco para a manutenção do próprio emprego.

Como destaca *Márcia Novaes Guedes*, em sua recente obra, "Terror Psicológico", "A 'cultura gerencial', agregada à qualidade total, exige também entrega total; a regra é romper os diques entre trabalho e vida privada, entre intimidade e empresa. Aos poucos, o trabalho vai ocupando e minando todas as reservas pessoais e tornando-se sub-repticiamente por meio da mídia, mas sobretudo pela avalanche de livros que inundam o mercado editorial sob o inocente título de literatura de auto-ajuda".(5)

Parece-me que um primeiro e importante passo a ser dado na direção da humanização das relações de trabalho dos altos empregados é reconhecer que, mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência até moral ao emprego, dada a necessidade natural de manutenção do seu *status* social) e que, por conta disso, submetem-se às regras do jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalho que lhe são impostas pela lógica da produção é inevitável.

O direito do trabalho, sendo um centro de positivação da garantia dos direitos humanos, evidentemente, não deve encarar este fato como normal e estar alheio a ele, ou, pior, fixar normas que o legitime, pois o resultado é que uma geração inteira de pessoas qualificadas e que muito bem poderiam servir à sociedade de outro modo, está sendo consumida no incessante ritmo alucinado do trabalho direcionado pelos comandos da produção moderna.

Juridicamente falando, a forma essencial de se reverter este quadro é integrar estes trabalhadores à proteção do limite da jornada de trabalho, consagrada, vale lembrar, desde o Tratado de Versalhes, 1919, com reforço que lhe fora dado pela Declaração dos Direitos do Homem, em 1948.

Mas, se dirá, e o empecilho do artigo 62, II, da CLT? Ele de fato não existe. Para verificar isto, responda-se, sem maiores reflexões, à seguinte pergunta: os altos empregados têm direito a repouso semanal remunerado? Ninguém, por mais liberal que seja, responderá em sentido negativo. A resposta que, inevitavelmente, virá às nossas mentes é: sim, ele tem direito, afinal não se pode conceber que uma pessoa se obrigue a trabalhar para outro em todos os dias da semana, sem sequer uma folga. No entanto, o art. 62, II, da CLT, se aplicado friamente constituiria um obstáculo a esta conclusão, na medida em que exclui dos exercentes de cargo de confiança a aplicação de todo o Capítulo II, da CLT, no qual se inclui o direito ao repouso semanal remunerado (art. 67, regulado, mais tarde, pela Lei n. 605/49). Ocorre que o inciso XV do art. 7º, da CF/88, conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito ao repouso semanal remunerado e, portanto, a pretendida exclusão contida no art. 62, II, neste aspecto mostra-se inconstitucional. Note-se, a propósito, que a própria Lei n. 605/49, que tratou do direito ao descanso semanal remunerado não excluiu de tal direito os altos empregados.

---

(5) "Terror Psicológico", São Paulo, LTr, 2003, pág. 80.

Ora, se têm direito ao descanso semanal remunerado, é porque o próprio ordenamento reconhece que o trabalho dos altos empregados deve ter limites. Além disso, utilizando-se a mesma linha de raciocínio, chegar-se-á, inevitavelmente, à conclusão de que o art. 62, II, da CLT, é inconstitucional, na medida em que o inciso XIII, do artigo 7º, conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho.

O artigo em questão, portanto, é inconstitucional, ainda mais quando iguala aos gerentes os "chefes de departamento ou filial".

O empregador quando contrata um alto empregado, diretor ou exercente de cargo de confiança e, principalmente, chefes de departamento ou filial, não pode utilizar as forças deste trabalhador perante 24 horas por dia, e os avanços tecnológicos têm permitido que isto ocorra.

Ainda que se diga que há certas atividades em que o empregador não controla, concretamente, o trabalho executado, pois é o próprio empregado que exerce a função que seria, tipicamente, a função do empregador. Há circunstâncias até em que o empregado tem total controle sobre sua atividade e sequer exerce trabalho constante e incessante, como o ora posto em discussão, mas aí o problema já é de prova da quantidade de trabalho exercido e mesmo da ausência de sobrejornada de trabalho e não da inexistência do direito ao limite. De todo modo, cabe ao empregador impedir que esta circunstância implique na utilização indiscriminada do trabalho do empregado, tendo este pressuposto repercussão em eventual discussão processual acerca do volume de horas de trabalho realizado.

Pode-se pensar que o pagamento de um salário diferenciado, maior que o dos demais trabalhadores, já embutiria a quitação das horas a mais. No entanto, a limitação de jornada é uma questão de saúde da sociedade e não um problema meramente econômico e que diga respeito apenas à pessoa do trabalhador. O que se almeja com o direito do trabalho, intervindo nesta questão, não é que o empregado fique mais rico em função das longas jornadas de trabalho por ele laboradas, mas que essas jornadas, efetivamente, não existam. Claro que, sendo impossível a fiscalização concreta de todas as situações, o efeito real acaba sendo a penalização econômica do empregador em favor do empregado, mas como caráter pedagógico para que os empregadores, em geral, não se vejam incentivados a agir da mesma forma.

Merece destaque, a este respeito, a recente experiência francesa sobre a regulação da jornada de trabalho. A lei Arby II, que reduziu a jornada para 35 horas, não incluiu os "cadres" (altos empregados) nesta limitação, deixando para a negociação coletiva a definição de quais os trabalhadores, em cada empresa, deveriam ser considerados como tais. Mas, em concreto, percebeu-se que mesmo a regulação pelos próprios "parceiros sociais" não resolveu satisfatoriamente a questão. Por isto, tem se notado uma tendência de se acatar um controle judicial sobre as definições estabelecidas nas normas coletivas a respeito dos trabalhos inseridos no conceito de "cadres": Como explica, *Jean-Emmanuel Ray:* "Le fait qu'um accord collectif soit un passage obligé pour effectuer cette répartition de l'encadre-

ment avait fait oublier que cette légitimité (parfois majoritaire) des partenaires sociaux est insuffisante pour pouvoir se soustraire à la légalité républicaine. Même si les conseils de prud'hommes paritaires risquent de connaître de discussions enflammées, il ne semble pas que dans as configuration presente la Cour de cassation soit très favorable à la théorie des partenaires sociaux seuls juges, et qu'elle renonce à contrôler un accord collectif (qui peut être signe par un simple salarié mandaté) excessivement crátif en un domaine qui touche de près à la santé de ces salariés, il est vrai très particuliers".(6)

Além disso, a lei Arby, II, dividiu os "cadres" em dois tipos: aqueles que são integrados à unidade produtiva, aos quais se deve aplicar o regime próprio da equipe à qual eles se integram; e os que possuem grande dose de autonomia e não exercem integralmente seu trabalho sob os olhos do empregador, denominados por isto de "autônomos", para os quais a jornada de trabalho não pode ser predeterminada, em razão da natureza de suas funções, das responsabilidades que exercem, e do grau de autonomia de que se beneficiam na organização de seu emprego e de seu tempo.

No entanto, mesmo para estes "autônomos", o Tribunal de Grande Instância de Paris, em 19 de dezembro de 2000, examinando o acordo coletivo realizado entre CFDT e a Diac-Renault, fixou os princípios de que:

a) não basta proclamar que o trabalhador possui autonomia na organização de seu trabalho, ativando-se em horário variável, para excluí-lo da limitação de jornada;

b) é preciso que se fixem, de todo modo: o cômputo da jornada por ele trabalhada, integral ou parcial, os dias de repouso, as condições de aplicação do *"fortait"* (o valor pago como uma espécie de pacote pelas horas à disposição), a carga de trabalho que resulta etc.

E, sob o prisma da prova da jornada trabalhada, tem-se entendido que a carga da prova das horas trabalhadas não é do empregado, podendo-se valer o juiz de todo o meio de prova necessário para esclarecer a questão, levando em consideração, especialmente, a obrigação do empregador de apresentar em juízo a norma coletiva de fixação da jornada de trabalho e o contrato individual do trabalho com fixação da carga de trabalho (art. 620-2, *Code du Travail*), aplicando-se, na ausência, a regra do art. Lei n. 212-2-1 do *Code du Travail*, que atribui ao empregador o ônus de provar o horário efetivamente cumprido pelo empregado.

Em suma, atendendo aos pressupostos do direito ao não-trabalho, para preservação da intimidade da vida privada e da saúde social, há de se considerar que os altos empregados — exercentes de cargos de confiança — estão inseridos no direito à limitação da sua jornada de trabalho, em conformidade com o tipo de trabalho executado: para os que trabalham, a maior parte do tempo, no estabelecimento do empregador, inserindo-se no contexto da unidade produtiva, sua jornada normal deve ser a mesma de seus subordinados; para os que executam seus serviços, com grande auto-

(6) "Temps de travail des Cadres: acte IV, scène 2", Droit Social, n. 3, mars 2001, pág. 247.

nomia no que se refere ao contexto produtivo, o limite de sua jornada deve ser, obrigatoriamente, fixado em contrato individual, de forma a respeitar os períodos legais de descanso (RSR, férias, feriados...) e a vida privada do empregado, com previsão da carga de trabalho a ser exigida, sob pena de recair sobre o empregador o ônus da prova das horas trabalhadas.

2. Caminhoneiro (motorista de caminhão)

Diz-se, comumente, que estes trabalhadores não estão sujeitos a limite de jornada de trabalho porque exercem trabalho externo. Sobre o prisma do direito ao não-trabalho, no entanto, sobressai o direito da sociedade de que esses trabalhadores tenham sua jornada de trabalho limitada, sendo esta uma obrigação primária que se impõe ao empregador, por ser este quem exige ou permite a execução de serviços por parte de seu empregado.

Baseado na idéia equivocada de que estes trabalhadores não estão sujeitos a limite de jornada, tem-se estabelecido a sua remuneração em conformidade com os quilômetros rodados, e os motoristas, para receberem uma remuneração maior, acabam trabalhando dias e noites inteiros, sob o efeito de drogas para não dormir. Com isso, no entanto, põem em risco não só a sua vida como a de todos que trafegam nas rodovias[7].

Para correção dessa situação, de interesse público, há de se pensar no direito que todos nós temos de que esses empregados trabalhem menos. Neste sentido, o passo jurídico a ser dado é o de excluí-los da excepcionalidade prevista no inciso I, do art. 62, atribuindo ao empregador a obrigação de possuir controles efetivos das suas jornadas de trabalho, atribuindo-lhe, ainda, o encargo de juntar tais controles em juízo, quando a questão for debatida judicialmente, sob pena de se considerar verdadeira a versão declinada pelo reclamante.

Recentemente, em uma reclamação trabalhista[8], um trabalhador, motorista de ônibus intermunicipal, pleiteou o recebimento de horas extras, declinando uma jornada de trabalho de cerca de 12 horas. A reclamada, em defesa, simplesmente disse que o reclamante exercia trabalho externo e que, portanto, sequer sabia apontar a quantidade de horas que o reclamante trabalhava, diariamente. Pense-se a questão, no entanto, sob o prisma da responsabilidade social: aquele trabalhador transportava vidas humanas a mando do empregador e segundo a versão do trabalhador seu trabalho era exercido além do limite que razoavelmente se poderia entender como necessário para a segurança de todos e o empregador sequer tinha o cuidado de se dar conta da quantidade de horas trabalhadas, apenas para demonstrar a existência de controle e, portanto, valer-se da previsão do inciso I, do artigo 62, da CLT, com o fito de evitar o pagamento de horas extras. No entanto, o fato concreto é que aquele empregador não só poderia controlar a jornada trabalhada por seu motorista como tinha o dever social de fazê-lo.

---

(7) *Vide*, a propósito, reportagem de Glenda Mezarobba, Revista Veja, ed. de 26.3.97, pág. 9.

(8) Movida perante a 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí/SP.

Este controle, aliás, é sempre possível (basta lembrar dos caminhões que trazem a inscrição, "veículo rastreado por radar") e sob o prisma do direito ao não-trabalho é até mesmo uma obrigação do empregador, o que implica que recai sobre si o encargo da prova das horas de trabalho, em eventual discussão em juízo a seu respeito.

3. Teletrabalho, ou Trabalho à Distância

O teletrabalho, ou trabalho à distância, tem sido apontado como uma forma nova de prestação de serviços em que não se configura a relação de emprego. Este tipo de trabalho, no entanto, agride, sensivelmente, o direito ao não-trabalho, eis que a própria vida privada do trabalhador se perde no fato de se transformar a sua residência em local de trabalho, com prejuízo para o próprio convívio familiar.

A respeito deste tipo de trabalho, o primeiro passo a ser dado, para se efetivar o direito ao não-trabalho, é quebrar o obstáculo mental que se interpõe à identificação da relação de emprego nos trabalhos deste tipo, quando se executam de forma não-eventual, pois o descuido jurídico de não se reconhecer a existência de relações de emprego nestes serviços tem possibilitado mais uma exploração velada e irresponsável do capital sobre o trabalho humano. Não há, entretanto, verdadeira barreira a esta configuração. Lembre-se, a propósito, o teor do artigo 6º, da CLT, que inibe qualquer diferença entre trabalho dentro ou fora do âmbito do estabelecimento do empregador.

É equivocado imaginar que o direito do trabalho, transcrito na CLT, não se amoldando às novas formas de organização do trabalho, porque criado com base no modelo "fordista" de produção, não forneça base jurídica para a inserção de tal hipótese. Os fundamentos e as funções do direito do trabalho (especialmente: o de impedir a exploração do trabalho humano como fonte de riqueza dos detentores do capital; o de manter a ética e a dignidade nas relações de trabalho; o de melhorar as condições de vida do trabalhador; e o de distribuir riqueza) têm razão de ser em qualquer modo de produção ("fordista", "taylorista", "toyotista" etc.). Assim, o obstáculo para a aplicação do direito do trabalho nestas novas formas de exploração do trabalho humano somente subsiste quando abandonam-se os postulados essenciais do direito do trabalho. As novas formas de produção talvez não tenham sido pensadas para evitar a aplicação do direito do trabalho, mas, querendo, ou não, o fato é que este efeito não pode ser produzido, sob pena de se negar toda a evolução da história social da sociedade moderna, jogando-se no lixo as garantias internacionais de preservação da dignidade humana.

Uma vez configurada a relação de emprego, o efeito concreto a se produzir, sob o prisma do direito ao não-trabalho, é o da declaração do direito à limitação da jornada de trabalho também nestes serviços, tornando efetivo tal direito com a fixação do pressuposto de que cabe ao empregador estabelecer o limite da jornada a ser cumprida.

Não se pode barrar a idéia do direito ao limite da jornada com o argumento das dificuldades de se quantificar, sob o prisma da prova, a jornada

trabalhada. Esta é uma dificuldade instrumental que não interfere na declaração, em tese, do direito. De todo modo, *o avanço tecnológico apresenta também o paradoxo de que ao mesmo tempo em que permite que o trabalho se exerça à longa distância possibilita que o controle se faça pelo mesmo modo*, pelo contato *"on line"* ou outros meios, sendo que até mesmo pela mera quantidade de trabalho exigido esse controle pode ser vislumbrado.

Em outros termos, basta que o empregador queira controlar, à distância, o trabalho do empregado, que terá como fazê-lo. E, para que, concretamente, queira, devem ser estabelecidos os seguintes parâmetros jurídicos: o empregado tem direito ao limite da jornada; o encargo de tal prova compete ao empregador.

O importante é não evitar a discussão sob o prisma jurídico, partindo-se da falsa presunção de que o trabalho, sendo externo, longe dos olhos físicos do empregador, não está sujeito a limite.

4. Horas extras

As horas extraordinárias, prestadas de forma ordinária, é outra preocupação do direito ao não-trabalho. Trata-se de uma esdrúxula prática que interfere, obviamente, na saúde dos trabalhadores[9] e mesmo na ampliação do mercado de trabalho. Aliás, trata-se de uma grande contradição: no país do desemprego as empresas utilizarem-se, de forma habitual, da prática do trabalho em horas extras e pior, na maioria da vezes, sem o pagamento do adicional respectivo[10].

O ato de uma empresa que exige horas extras, sem o respectivo pagamento, aos seus empregados, em princípio é apenas uma agressão aos direitos individuais desses empregados, cuja satisfação, portanto, deve ser buscada pelas vias normais da ação individual, ainda que em litisconsórcio ativo (dissídio plúrimo). Mas, se vista por outro lado, considerando a repercussão do custo da produção e a concorrência desleal que essa atitude provoca com relação a outras empresas do mesmo setor, que não se utilizam de tal prática, a prática em questão revela-se uma autêntica agressão consciente da ordem jurídica, surgindo o interesse social em inibi-la.

A inibição de tal prática tanto pode se dar por intervenção do Ministério Público do Trabalho, que pleitearia a sua paralisação por meio de ação civil pública, quanto pode ser imaginada pela interposição de ações com caráter indenizatório, movidas pelos empregados, para fins de desestimulá-la.

Importante explicar que a limitação ao adicional de 50%, para o pagamento das horas extras, somente tem sentido quando as horas extras são, efetivamente, horas extras, isto é, horas além da jornada normal, prestadas de forma extraordinária. Quando as horas extras se tornam ordiná-

---

(9) Estudos revelam que o maior número de acidentes do trabalho se dá no momento em que o trabalhador está cumprindo horas extras.

(10) Repare-se, a propósito, que a maioria das reclamações trabalhistas versa sobre trabalho em hora extra não remunerado.

rias, deixa-se o campo da normalidade normativa para se adentrar o campo da ilegalidade e, neste sentido, apenas o pagamento do adicional não é suficiente para corrigir o desrespeito à ordem jurídica.

Vale lembrar que o novo Código, reformulando o teor do famoso artigo 159, redefiniu o alcance das ações indenizatórias, qualificando como ato ilícito, todo o ato de uma pessoa que viole direito e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, não se exigindo para a configuração do ilícito a figura do dolo. Neste sentido, dispõe o artigo 186, do NCC: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, **comete ato ilícito**". (grifou-se)

O artigo 187, do mesmo dispositivo, acrescenta que será considerado ilícito o ato, *independentemente de culpa*, quando *o titular de um direito, "ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"*. (grifou-se)

Repare-se a importante mudança: o interesse social, o fim econômico, os bons costumes e a boa-fé invadem a esfera do interesse individual, devendo este ser exercido sem contrapor-se àqueles.

A eficácia destes dispositivos (artigos 186 e 187) é determinada pelos artigos 927 e seguintes, que cuidam da responsabilidade civil, ou até melhor, da obrigação de indenizar que tomba sobre aqueles que cometem o ato ilícito. Destaque-se que como o ato ilícito pode ser identificado, potencialmente, mesmo com relação àqueles que agem no exercício de um direito, é possível dizer que o ato ilícito atingiu o campo dos negócios jurídicos. Assim, a responsabilidade civil, tipicamente não contratual, pode ser, validamente, identificada no âmbito das obrigações contratuais, mesmo sem uma estipulação expressa das partes neste sentido.

A responsabilidade civil em questão, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo 927, é objetiva, isto é, não depende de culpa nos casos especificados em lei ou *"quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*. (grifou-se)

Vale verificar que o texto de lei não faz menção a risco físico, mental etc., mas a risco para "os direitos", o que parece bem mais amplo, na medida em que atinge, igualmente, um direito patrimonial, por exemplo.

Esses dispositivos, interpretados conjuntamente e transportados ao direito do trabalho, podem provocar uma evolução importante para as relações jurídicas trabalhistas.

O direito do trabalho sempre se caracterizou por dispor em lei os efeitos econômicos das condutas indesejáveis. Assim, o empregador que exige trabalho além do limite diário deve pagar ao empregado um adicional de 50% sobre o valor da hora normal, referente ao tempo do trabalho em sobrejornada e assim se dá em outras situações, tais como: trabalho em condições insalubres ou perigosas; prazo para pagamento das verbas rescisórias; trabalho em horário noturno etc.

Em conformidade com os artigos acima citados, independentemente de se considerar estar o empregador no exercício de um direito ao exigir serviço em certas condições de trabalho, obrigando-se apenas a uma contraprestação determinada por lei, seu ato pode se configurar como ato ilícito quando exercer seu direito abusivamente, isto é, fora dos limites impostos pelo fim econômico ou interesse social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, dando origem à obrigação de pagar uma indenização, que não se limitará, evidentemente, ao valor fixado na legislação trabalhista, vez que a expressão pecuniária que esta contém não é o valor prefixado de eventual lesão que venha a sofrer a pessoa humana no exercício de trabalho por conta alheia.

Assim, o empregador, que exige de seu empregado a prestação de serviços em regime de horas extras de forma ordinária abusa de seu direito, agredindo o interesse social e mesmo econômico, comete, portanto, ato ilícito, cuja correção, evidentemente, não se dará pelo mero pagamento do adicional de horas extras. O dano do trabalhador, aliás, não depende de prova, pois que se configura pelo próprio fato em si do trabalho em horas extras de forma ordinária (ainda mais quando não remuneradas devidamente), na medida em que a própria lei estabeleceu o limite das horas de trabalho para proteção da saúde do trabalhador (questão de ordem pública) e também para ampliar o acesso ao mercado de trabalho (também questão de ordem pública).

O valor da indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944), mas isto não inibe o caráter punitivo da indenização, como forma de desestimular a continuação da prática do ato ilícito, especialmente quando o fundamento da indenização for a extrapolação dos limites econômicos e sociais do ato praticado, pois sob o ponto de vista social o que importa não é reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas, vítimas em potencial do agente, possam vir a sofrer dano análogo.

A reparação do dano, nestes casos, tem natureza social e não meramente individual. Não é, portanto, simplesmente, do interesse de ressarcir o dano individual que se cuida. É neste sentido, aliás, que o artigo 944, estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano, pressupondo, assim, o exame de ser o dano meramente individual ou possuir importante repercussão social.

5. Redução da jornada de trabalho

Sob o prisma do direito ao não-trabalho, há de se pensar, evidentemente, na redução da jornada normal de trabalho. Entretanto, qualquer proposta de redução de jornada de trabalho, para fins de ampliação do mercado de trabalho, deve ser acompanhada de um razoável controle da carga de trabalho, com previsão em norma coletiva, para que a redução de jornada gere, efetiva e obrigatoriamente, a contratação de outros trabalhadores e não para que se constitua apenas como técnica de redução de custos do trabalho com aumento da tensão no trabalho[11].

(11) Exemplo desta regulação é a lei francesa que, recentemente, reduziu a jornada semanal para 35 horas.

6. Períodos de descanso: durante a jornada; entre jornadas; férias; DSR

Os períodos de repouso são, tipicamente, a expressão do direito à desconexão do trabalho. Por isto, no que se refere a estes períodos, há de se ter em mente que descanso é pausa no trabalho e, portanto, somente será cumprido, devidamente, quando haja a desvinculação plena do trabalho. Fazer refeição ou tirar férias com uma linha direta com o superior hierárquico, ainda que o aparelho não seja acionado concretamente, estando, no entanto, sob a ameaça de sê-lo a qualquer instante, representa a negação plena do descanso.

7. A vida privada do empregado no local de trabalho

A idéia do não-trabalho, ou da desconexão ao trabalho, pode ser vislumbrada, igualmente, no próprio ambiente do trabalho, no sentido de que o empregado mantém o direito à intimidade de sua vida privada mesmo no local de trabalho. Neste sentido, a despeito de influir no direito do controle do empregador sobre a atividade do empregado, as Cortes européias vêm dando preferência à preservação da intimidade do empregado, negando a possibilidade do empregador ter acesso às correspondências eletrônicas emitidas e recebidas pelo empregado no local de trabalho, a ponto de negar a possibilidade de dispensa do empregado por tal motivo (*vide*, neste sentido, decisão proferida pela Corte de Cassação francesa, em 2.10.01, n. W 99-42.942, que se baseou no artigo 8º da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

Sob o prisma do direito nacional, encontra-se fundamento para a proteção do sigilo da comunicação realizada por *e-mail* no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Essa questão, no entanto, não me parece possa ser resolvida de modo assim tão simples. Baseado na idéia de que o trabalho não pode interferir na vida privada do trabalhador, idéia básica do direito à desconexão, parece-me que, por lógica inversa, a vida privada do trabalhador não pode intervir no processo produtivo. Quando o empregado executa seus serviços em estabelecimento do empregador, que, obviamente, tem a sua organização, e utiliza os instrumentos de trabalho fornecidos pelo empregador, não é razoável que possa este empregado exercer a sua vida privada até o ponto de negar a existência de seu próprio estado de subordinação à ordem produtiva e mesmo a propriedade do empregador com relação aos meios de produção que lhe são postos à disposição. Neste sentido, o bom senso e a razoabilidade devem imperar, para verificar, caso a caso, em que medida a estrutura hierárquica inibe que o empregado, a fim de garantir-lhe o direito à sua dignidade e à sua privacidade, e, inversamente, para verificar se a despeito de defender sua intimidade o empregado extrapola este limite, ferindo a lógica organizacional e descumprindo a obrigação de prestar seus serviços na qualidade e quantidade a que se comprometeu por contrato.

Ainda sob o aspecto da proteção da intimidade, sobreleva a questão pertinente à vigilância por vídeos no local de trabalho. Essas câmeras que começam a se espalhar por todos os lugares da nossa sociedade, com o sarcástico anúncio: "sorria, você está sendo filmado", tem transformado a própria vida social em um enorme *"Big Brother"*. No ambiente do trabalho, evidentemente, esta situação só se justifica nos restritos limites da manutenção da segurança. Fora deste limite, as câmeras servem apenas para manter sob extremo controle o empregado, o que, evidentemente, não se insere dentro do poder de direção do empregador, ferindo, por conseqüência, o direito à intimidade do empregado.

CONCLUSÃO

O que se pretendeu demonstrar com esta abordagem, do direito à desconexão do trabalho, é que a tecnologia tem trazido novos modos de trabalho, mas esta situação está longe de produzir uma ruptura dos padrões jurídicos de proteção do trabalho humano. Aliás, se bem examinada, como se tentou demonstrar acima, a tecnologia revela várias contradições, que, uma vez identificadas, permitem que se aflore a preocupação com a adoção de padrões jurídicos que busquem a humanização do avanço tecnológico.

Este novo mundo do trabalho contraditório traz para o jurista o desafio de encontrar estas respostas, que se destinam, também, à preservação da saúde da sociedade. Nesta medida é que o direito a se desconectar do trabalho, como dito inicialmente, não é um direito individual do trabalhador, mas da sociedade e da própria família.

Para levar esta discussão a um nível inimaginável, pense-se o presente tema sob a perspectiva de um filho que não vê seu pai por dias inteiros, porque este diuturnamente está voltado ao trabalho. A sua preocupação, a do pai, pode ser a mais nobre possível (oferecer meios de subsistência e conforto ao filho), mas pode ser também que a sua vinculação ao trabalho, de forma incessante, não passe de um vício, o vício provocado pela tela do computador ou pela vaidade de galgar posições cada vez mais altas e vencer na concorrência do mundo do trabalho. Pois bem, será que este filho não tem um bem jurídico a ser preservado judicialmente? Será que não tem ele o interesse jurídico para pleitear em juízo que seu pai cumpra o dever de lhe oferecer a sua presença? Será que não se pode pensar no direito a uma indenização para o trabalhador que, por estar subordinado de forma ilimitada ao trabalho, como conseqüência da rede de produção que lhe impõe seu empregador, acaba negando este direito a seu filho e aos seus demais familiares?

Lembre-se: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". (art. 227, da Constituição Federal)

E, recorde-se, também: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade." (art. 229, da Constituição Federal)

Mas, o problema da desconexão do trabalho não se limita a estes aspectos. Visto de outro modo, é possível considerar que o não-trabalho nos dias presentes é até mesmo fator de resgate da natureza humana. Dizem que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança. O homem, por sua vez, criou a máquina, mas esta, sem que se perceba, está recriando o homem à sua imagem e semelhança. Na era da informática, o homem está sendo transformado em sua essência: está se criando o homem cibernético. Se não for, portanto, por uma questão de responsabilidade social, que se pense no problema da desconexão do trabalho, então, como uma forma do homem (enquanto gênero humano) encontrar-se a si mesmo, para que consiga ser pai, mãe, filho, amigo; para que leia livros, assista filmes etc.; para que tenha tempo para rir, chorar, se emocionar ... Não se adquire a plenitude do ser sem o sentimento. Este sentimento, aliás, é essencial até mesmo para que, ao retornar ao trabalho, o trabalhador consiga, enfim, enxergar as pessoas que estão à sua volta. A distância do trabalho permite até mesmo que a pessoa se veja no trabalho e consiga, então, avaliar criticamente sua postura, o que é essencial para, por mais paradoxal que pareça, atingir uma melhor eficiência no trabalho, mesmo que não seja este o propósito primordial da presente preocupação.

Aproveitando, então, o ensejo, façamos uma reflexão sobre nossa postura diante do trabalho. Temos sido escravos do trabalho? Quase não respiramos sem nosso computador? Ele — o computador — está para nós como aquela bombinha está para o asmático? Trabalhamos dia e noite, inclusive finais de semana, e não são poucas as vezes que tiramos férias para colocar o trabalho em dia? Estamos pressionados pelos "impessoais" relatórios de atividade, que, mensalmente, mostram publicamente o que somos no trabalho, sob o prisma estatístico? E, finalmente, estamos viciados em debater questões nas famosas listas de discussão via internet?

Se a sua resposta foi positiva a três destas perguntas, é sinal de que o sinal de alerta deve ser ligado. Se a resposta positiva atingiu o nível de cinco perguntas, então é hora de exercer, concretamente, o direito a se desconectar do trabalho.

É preciso que reflitamos sobre isto, sob o prisma daquilo que nos interessa particularmente, mas também, como profissionais ligados ao direito do trabalho, que levemos a efeito estas preocupações sob a perspectiva da proteção da vida privada e a saúde do trabalhador, que é tão cidadão quanto nós, e também sob o ponto de vista do interesse social, no que se refere à humanização e à ampliação do mercado de trabalho, pois que vislumbrar um direito ao não-trabalho não representa uma apologia ao ócio, pois que não deve representar o desapego da luta por ideais ou mesmo da responsabilidade social que todos temos para a construção de uma socie-

dade mais justa. Desconectar-se do trabalho, nesta perspectiva, é essencial até mesmo para que se possa tomar conhecimento da realidade dos problemas sociais e para se ativar na luta pela alteração dessa realidade.

Neste sentido, aliás, o tema pertinente ao não-trabalho pode ser visto como uma ação concreta, ainda que tímida, de inclusão social. Afinal, como dito acima, limitar a quantidade de trabalho é um direito, igualmente, de todos aqueles que não conseguem atingir, em uma parcela ínfima, o mercado de trabalho.

É por isto que a desconexão do trabalho, uma vez exercida em sua plenitude, permite que retornemos ao trabalho com maior sensibilidade, valendo destacar que mesmo ao direito uma certa dose de sentimento, de amor, que no caso do direito do trabalho pode ser qualificado como amor ao próximo, é sempre muito bem-vinda.

Em suma, o tema aqui sugerido pretende pôr em discussão — para buscar uma resposta jurídica que lhe seja adequada — o grande paradoxo do mundo do trabalho moderno, que nos desafia, diariamente, e que assim se enuncia: enquanto uma grande parcela da população não tem acesso ao trabalho e isto põe em risco a sua sobrevivência, uma outra parcela, não menos considerável, está se matando de tanto trabalhar ou alienando-se no trabalho!

DA INVIOLABILIDADE DO DIREITO DE TRABALHAR

ELIANA DOS SANTOS ALVES NOGUEIRA(*)

1. INTRODUÇÃO — DO DIREITO DO TRABALHADOR EMPREGADO A TRABALHAR

Pode parecer estranha a afirmação de que o trabalhador empregado tem direito a trabalhar. Parece-nos óbvio, a par do disposto na legislação pátria. É certo que, hoje em dia, grande parte de nossa atenção está voltada ao direito ao emprego ou, de outra forma, ao direito ao trabalho, tendo em vista a grave crise estrutural de desemprego em escala mundial.

Contudo, não é a esta crise que queremos, agora, fazer referência.

Trata-se de uma outra crise, quiçá ainda mais perigosa, embora em estado latente e, por isso mesmo, menos visível.

Queremos fazer referência aos inúmeros casos relatados cotidianamente da violação ao direito de trabalhar, perpetrado justamente por aqueles que se beneficiariam, diretamente, do trabalho prestado, ou seja, pelos empregadores ou seus prepostos diretos.

Referimo-nos aos casos de assédio moral ou assédio psicológico, nos quais, exacerbando de seu poder diretivo, o empregador, diretamente ou através de prepostos, lança mão de meios ardilosos para impedir o exercício do trabalho, minando o poder de resistência do trabalhador, sujeitando-o às mais diferentes humilhações, com o fim de constranger-lhe a tomar a iniciativa da rescisão contratual ou com a única finalidade de desmoralizá-lo perante os demais empregados.

Tal conduta envolve aspectos diferenciados da relação trabalhista, observando-se que, além da violação direta em cumprir o conteúdo do contrato, ou seja, dar o trabalho esperado e em quantidade razoável, o empregador lança mão de ardis psicológicos a fim de constranger o trabalhador, utilizando-se das condutas mais variadas.

(*) Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região. Mestre em Direito do Trabalho pela UNESP/Franca. Professora de Direito do Trabalho I e II da UNESP/Franca e do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Unifran/Franca.

Esta questão envolve aspectos de grande relevância dentro do contrato de trabalho, notadamente no que diz respeito à limitação que deve ser imposta ao poder diretivo do empregador, relativo ao poder-dever de direcionar a atividade laboral do empregado, atentando-se para sua obrigação de fornecer trabalho, nas condições pactuadas através do contrato de trabalho firmado com o empregado, observando-se, ainda, outros aspectos inerentes a esta obrigação.

2. DA LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR — DO ABUSO DE PODER AO ASSÉDIO MORAL

Sabemos que o contrato de trabalho, como qualquer outro contrato, possui conteúdo próprio. Referido conteúdo, não obstante na maioria das vezes não seja discutido pelo empregado quando da contratação, há de ser o norte a guiar a relação empregatícia.

Além da pactuação, escrita ou verbal, urge que seja relembrado um dos princípios básicos norteadores do direito do trabalho, ou seja, o princípio da boa-fé das partes contratantes. Por este princípio o empregado tem o dever de prestar o trabalho para o qual foi contratado, nos moldes da contratação e o empregador tem o dever de fornecer-lhe referido trabalho, outorgando-lhe os meios necessários e indispensáveis à sua completa consecução. Mas não é só.

Ao redor das cláusulas contratuais que constituem o corpo do contrato de trabalho gravitam outras cláusulas, nem sempre escritas no contrato, mas que devem ser consideradas postulados básicos para sua plena realização. Referimo-nos àquela vasta gama de princípios morais que regem a vida em sociedade como um todo, aplicáveis, por conseqüência imediata, também às contratações particulares.

Neste sentido temos que o contrato de trabalho traz ínsita em si a observância obrigatória das máximas morais presentes e largamente aceitas, tais quais: respeitar e zelar reciprocamente a integridade física e moral das partes contratantes; respeitar as crenças particulares de cada qual; não discriminar por motivo de sexo, raça, cor ou condição física e social, enfim, buscando-se o convívio pacífico, para o pleno desenvolvimento do objeto contratual.

Interessa-nos, no presente momento, o estudo de alguns casos em que a violação moral do conteúdo do contrato, com relação à pessoa do empregado, torna impossível a consecução do contrato de trabalho e, por conseqüência, impede ou dificulta sobremaneira a continuação da contratação pactuada.

Temos encontrado vários relatos de situações em que o empregado passa a ser alvo de pressões psicológicas, de forma reiterada, cujo objetivo é atingi-lo em sua dignidade, onde há a violação das condutas morais, através de atitudes nem sempre diagnosticadas, em princípio, como formas de agressão.

O maior problema encontrado pelos profissionais da área do direito do trabalho tem sido a correta identificação deste fenômeno, já que na maioria das vezes a conduta é velada, e sua prática ocorre através de sinais que poderiam ser ignorados, a não ser pelas graves conseqüências provocadas nas vítimas, desde o *stress* até patologias de maior gravidade, como a depressão.

Contudo, não é tarefa fácil a correta identificação da conduta caracterizadora do assédio moral. A dificuldade consiste na inexistência de um conflito instalado, no qual pudessem ser colocadas posições antagônicas a serem discutidas e resolvidas pacificamente. Há, ao contrário, a utilização de formas sutis de violência moral, negando-se ao interlocutor o direito de defesa ou oposição.

Marie France Hirigoyen, ao descrever o assédio moral, afirma que:

> *"no assédio moral, não se observa uma relação simétrica como no conflito, mas uma relação dominante-dominado, na qual aquele que comanda o jogo procura submeter o outro até fazê-lo perder a identidade. Quando isto se passa no âmbito de uma relação de subordinação, transforma-se em um abuso de poder hierárquico, e a autoridade legítima sobre um subordinado se torna a dominação da pessoa."*(1)

Eis aqui o que poderíamos considerar a linha divisória que traçaria a limitação do poder diretivo do empregador: a subordinação à qual está sujeita o empregado não pode transpor a barreira de sua esfera de direitos pessoais, aqueles direitos que o identificam enquanto ser humano. O trabalhador sujeita-se ao empregador no que diz respeito à sua força de trabalho. Sua dignidade há de ser considerada intocável, como intocáveis são os sentimentos que cada um nutre por si próprio, e que levam o ser humano a encontrar-se enquanto pessoa, buscando sua auto-afirmação através da segurança que adquire por meio de suas atitudes, das quais fazem parte aquelas praticadas durante as relações laborais.

Há, assim, que ser estabelecido um limite ao poder diretivo do empregador, no sentido de que a ele cabe a direção do contrato de trabalho, mas não pode imiscuir-se na esfera íntima, individual, psicológica do empregado a fim de dificultar ou impedir que o mesmo atue dentro do esperado, com a única finalidade de obstaculizar que o mesmo cumpra sua parte no contrato de trabalho, ou seja, trabalhe.

Não se quer afirmar que passaria o empregador a não poder mais corrigir o empregado faltoso. A forma desta correção é que nos interessa. A própria lei estabelece meios para que o empregador possa punir o empregado, colocando-o a par das atitudes que são tidas como impróprias, lançando mão de meios que vão desde a simples advertência verbal até a dispensa por justa causa.

---

(1) *Hirigoyen, Marie-France.* "Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral". Trad. Rejane Janowitzer, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, pág. 27.

A partir desta constatação é que a existência de condutas que visem, por qualquer meio, violar a integridade moral ou psicológica de qualquer das partes contratantes devem ser, de imediato, repelidas pelo direito.

Dentro desta gama de condutas, podemos indicar a existência de atitudes promovidas pelo empregador que visem atingir, direta ou indiretamente, a imagem que o indivíduo tem de si, fazendo-o duvidar de sua competência. Dentro destas condutas podemos citar a fixação de metas que, logo que atingidas, são imediatamente revistas, alterando-se o limite anteriormente previsto, de forma a tornar impossível seu cumprimento, evitando-se, assim, a outorga de comissões ou promoções anteriormente prometidas ao empregado.

Formas de torturas psicológicas são facilmente encontradas, embora não tão facilmente diagnosticadas, quando o empregador passa a fornecer ao empregado menos trabalho que o pactuado ou desviando-o constantemente de suas funções, outorgando-lhe tarefas de pequena ou nenhuma relevância dentro da estrutura empresarial. A forma mais exacerbada deste tipo de tortura psicológica está em deixar o empregado sem qualquer atividade, impedindo-o de exercer seu trabalho, ou, como vulgarmente encontrado nos jargões dos empregados, o empregado fica literalmente "encostado". Esta é, sem dúvida, uma das mais graves atitudes do empregador. Isso porque o empregado, contratado para trabalhar, vê-se tolhido deste direito. Perante os demais empregados passa a ser visto como inútil e, muitas vezes, não lhe resta outra alternativa a não ser buscar rescindir o contrato, o que, via de regra, era a real intenção do empregador.

Outra forma, não tão ostensiva, pode ser identificada na atitude do empregador em ignorar determinado empregado, deixando de fornecer-lhe informações necessárias ao desenvolvimento de seu trabalho. Não conseguindo o mesmo desempenhar suas tarefas, passa a ser criticado por seus superiores imediatos, o que, por vezes, leva à impossibilidade de continuidade da relação contratual.

Situações como essas não são novas dentro das empresas, sejam elas públicas ou privadas. Contudo, a partir do momento em que ganha expressão a dimensão moral do empregado, momento no qual ele passa a ser visto como sujeito de direitos e não mais apenas como sujeito de deveres perante o empregador, tais condutas passaram a ser denunciadas e, para elas, o direito busca resposta.

Nem sempre é fácil a constatação e a comprovação da conduta ilegal do empregador, embora, uma vez identificada, pode o julgador, lançando mão dos princípios que regem o contrato de trabalho e da legislação hoje existente acerca do direito à indenização pelo dano moral, equacionar a questão.

Já é possível a localização de acórdãos vislumbrando a prática do assédio moral. Dentre eles, verifique-se a ementa abaixo:

> ***"ASSÉDIO MORAL — CONTRATO DE INAÇÃO — INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.*** *A tortura psicológica, destinada a golpear*

a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar a sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por conseqüência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer o trabalho, fonte de dignidade do empregado. Recurso provido." (TRT 17ª Região, RO 1315.2000.00.17.00.1 — Ac. 2276/2001, 20.8.02. Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio).

Existem, também, vários projetos legislativos que visam a criação de um "tipo" caracterizador do assédio moral.(2)

Curiosamente, as primeiras legislações surgiram em âmbito público, editadas pelos poderes públicos municipais e estaduais, aplicando-se aos servidores ou empregados públicos, tratando do assédio moral, tipificando a conduta e trazendo previsão de punições disciplinares e/ou multas.

Apenas a título de exemplo, verifiquemos duas leis específicas sobre a matéria, uma do município de Americana/SP e outra do município de Campinas/SP.

A Prefeitura Municipal de Americana/SP, editou a Lei n. 3.671, de 7 de junho de 2002, em seu artigo 1º, § 1º, define como assédio moral:

"todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar créditos de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços." (3)

A Prefeitura Municipal de Campinas/SP possui lei análoga, promulgada sob o n. 11.409, de 4 de novembro de 2002, estabelecendo, entre outros dispositivos, os seguintes:

---

(2) Verificar a relação completa dos projetos de leis estaduais e federais em tramitação no *site* www.assediomoral.org.br.

(3) Informação colhida na internet, no *site* www.assediomoral.org.br em 10.3.2003 às 15:13h. Link: http://www.assediomoral.org/legisla/index.htm.

Artigo 2º Considera-se assédio moral para os fins de que trata a presente lei toda ação, gesto, determinação ou palavra, praticada de forma constante por agente, servidor, empregado, ou qualquer pessoa que, abusando da autoridade que lhe confere suas funções, tenha por objetivo ou efeito atingir a auto-estima ou a autodeterminação do servidor.

§ 1º Considera para efeito do caput *deste artigo:*

I — determinar o cumprimento de atribuições estranhas ou de atividades incompatíveis com o cargo que ocupa, ou em condições e prazos inexeqüíveis;

II — designar para o exercício de funções triviais o exercente de funções técnicas, especializadas, ou aquelas para as quais, de qualquer forma, exijam treinamento e conhecimentos específicos;

III — apropriar-se do crédito de idéias, propostas, projetos ou de qualquer trabalho de outrem;

§ 2º Considera-se também assédio moral as ações, gestos e palavras que impliquem:

I — em desprezo, ignorância ou humilhação ao servidor que o isolem de contatos com seus superiores hierárquicos e com outros servidores, sujeitando-o a receber informações, atribuições, tarefas e outras atividades somente através de terceiros;

II — na divulgação de rumores e comentários maliciosos, bem como na prática de críticas reiteradas ou na subestimação de esforços, que atinjam a dignidade do servidor;

III — na exposição do servidor a efeitos físicos ou mentais adversos, em prejuízo de seu desenvolvimento pessoal e profissional;

IV — em restrição ao exercício do direito de livre opinião e manifestação das idéias."[4]

Verifica-se, a partir destas primeiras definições legais, quão abrangente pode ser considerada a figura do assédio moral ou psicológico, perpetrando-se, contudo, sempre através de um ato malicioso do empregador que, deliberadamente, deseja atingir a imagem do empregado, seja a que ele possui de si próprio, seja a que ele goza perante seus colegas de trabalho. Aqui encontra-se a ilicitude da conduta. Agindo, através de ardis, busca o empregador transformar o empregado num ser "inútil" dentro da estrutura empresarial ou, quando não, colocando-o em situações vexatórias perante os demais empregados.

---

(4) Informação colhida na internet, no *site* www.assediomoral.org em 10.3.2003 às 15:20h. Link: http://www.assediomoral.org/legisla/index.htm.

Temos, assim, a indicação de que o assédio moral ou psicológico possui como conseqüência imediata a degradação do ambiente de trabalho no qual se insere o empregado atingido.

Tais constatações ganham relevância num mundo em que o emprego encontra-se drasticamente precarizado. Já não sendo possível garantir-se o trabalho a todos, sequer consegue-se garantir trabalho digno e em condições humanas para aqueles que possuem contratos formalizados.

A existência do assédio moral ou psicológico indica que as relações de trabalho vigentes na atualidade estão longe de se configurar em "modelo" de contratação, o que seria desejável ante a tão propagada igualdade das partes para estabelecerem as condições de trabalho através das negociações coletivas.

Não se vislumbra sequer a existência de liames de solidariedade entre os próprios empregados, eis que, longe do emprego ideal, solidarizam-se com o agressor, e, mesmo sem perceber a gravidade da situação, contribuem para sua perpetuação.

Eis mais uma conseqüência nefasta da onda globalizante da economia mundial. Isso porque há um nítido rompimento dos laços de solidariedade dentro das classes sociais, que vivem em um dilema cada vez mais insolúvel: de um lado estão cada vez mais distanciadas e, contudo, solidarizam-se quando há necessidade de garantia do emprego e da sobrevivência, motivo pelo qual atitudes de assédio moral são cada vez mais freqüentemente relatadas com a conivência dos demais empregados, que unem-se ao agressor, perpetrando as mesmas condutas, a fim de conservarem-se em seus postos de trabalho.

Um grupo de estudos a respeito da questão do assédio moral, responsável pela criação e manutenção de um *site* específico sobre o tema[5] relata que o fenômeno da violência moral é estudado a nível internacional e, estudos da OIT revelam a existência de distúrbios de saúde mental relacionados com as condições de trabalho em países como Finlândia, Alemanha, Reino Unido, Polônia e Estados Unidos.[6]

Por fim, frisamos a relevância do tema, uma vez que, evidenciada a violação do contrato de trabalho através do assédio moral, que se constitui na utilização da esfera psicológica com o fim único de atingir o próprio empregado, minando o direito que o mesmo tem de trabalhar dentro da empresa para o qual fora contratado, há nítida violação do direito de trabalhar em condições dignas. Trata-se, assim, de grave violação dos deveres do empregador, facilmente encontrada disciplinada através do artigo 483, *d* da CLT, podendo ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho, além de dar margem à indenização por danos morais, na forma estabelecida no atual Código Civil, artigo 186.

---

(5) Este grupo de pesquisadores constituiu e divulga informações atualizadas sobre a questão do assédio moral, através do *site* www.assediomoral.org.

(6) Pesquisado em 10.3.2003, às 18:00 horas, no link: http://www.assediomoral.org/indexes/zquem.htm.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As idéias que até aqui lançamos não constituem uma concepção acabada a respeito do tema. Tratam-se, na verdade, de algumas indagações e constatações preliminares, cuja novidade é, sem dúvida, seu maior atrativo.

Sabemos das grandes dificuldades encontradas para correta identificação do fenômeno do assédio moral, embora não possamos deixar de citar a existência de vasta doutrina internacional, legislações, recomendações da CEE e a preocupação da OIT com o tema em destaque.

Contudo, nosso objetivo, por ora, é apenas lançar algumas indagações a respeito deste tema, não olvidando que, a nosso ver, a caracterização do assédio moral ou psicológico viola um dos postulados básicos do contrato de trabalho, ou seja, impede o empregado de livre e voluntariamente, sem embaraços, prestar o serviço para o qual fora contratado, violando seu direito de trabalhar.

BIBLIOGRAFIA

Dejours, Christophe. "A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho". Trad. Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira, 5ª ed. ampliada, São Paulo: Cortez, Oboré, 1992.

Hirigoyen, Marie-France. "Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral". Trad. Rejane Janowitzer, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Rodriguez, Américo Plá. "Princípios de Direito do Trabalho", São Paulo: LTr, 1997.

Site: www.assediomoral.org.br, visitado em 10.3.2003.

AS COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA E OS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO

DENIS MARACCI GIMENEZ
JOSÉ DARI KREIN
MAGDA B. BIAVASCHI(*)

deixam-se consumir em nome
da integração que desintegra
a raiz do ser e do viver.

(Carlos Drummond de Andrade, Entre Noel e os índios)

1. APRESENTAÇÃO

O presente artigo decorre das pesquisas realizadas no Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (CESIT), do Instituto de Economia da UNICAMP sobre as tendências das relações de trabalho nos anos recentes, realizadas, em particular, no âmbito do *Projeto Desenvolvimento Tecnológico, Atividades Econômicas e Mercado de Trabalho nos Espaços Regionais Brasileiros*, em parceria com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos — DIEESE(1).

O tema central deste artigo diz respeito, especificamente, às cooperativas de mão-de-obra. Trata-se de uma análise de decisões das Turmas dos Tribunais da 4ª, 6ª, 9ª e 15ª Regiões em ações ajuizadas por trabalhadores que buscam o reconhecimento da relação de emprego com as tomadoras ou com as cooperativas que contratam seus serviços. Diante de um ampla coleta de dados para o período 1997-2001, seguiu-se a sistematização das informações. Em meio a um grande número de acórdãos examinados, foram selecionados, para uma análise mais detida, aqueles envolven-

---

(*) Doutorandos do Programa de Pós-Graduação em Economia Aplicada, sob a área de concentração Economia Social e do Trabalho, do Instituto de Economia da UNICAMP. Respectivamente, pesquisadores do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho — CESIT e Juíza do Trabalho.

(1) O projeto contou com financiamento do CNPq. A preocupação central desta linha de pesquisa é investigar o processo de desregulamentação e precarização do trabalho ocorridos nos anos recentes.

do casos paradigmáticos das tendências decisórias em cada Tribunal. A esses dados, este artigo agrega à análise outros, obtidos junto aos Tribunais selecionados, que permitem uma melhor reflexão sobre o papel da Justiça do Trabalho no sentido de viabilizar ou inibir o processo atual de proliferação das cooperativas de mão-de-obra.

O artigo divide-se em cinco partes. Primeiro, busca traçar uma caracterização geral do problema, considerando as especificidades da sociedade brasileira, com ênfase nas mudanças estruturais nela ocorridas e no campo das relações de trabalho, com reflexos sobre a Justiça do Trabalho. A seguir, debruça-se sobre o tema geral das cooperativas, com breve enfoque do debate no período recente, englobando as questões do desenvolvimento econômico brasileiro e dos problemas gerais que perpassam a Justiça do Trabalho. Na seqüência, desloca seu olhar para o processo de constituição do sujeito trabalhador brasileiro e, ainda, para as propostas de alteração legislativa em andamento, colocando questões sobre as cooperativas de mão-de-obra e a fraude a direitos. Depois, buscando delinear os pressupostos centrais que movem as tendências das decisões a partir do exame de acórdãos dos Tribunais selecionados, dirige seu olhar, sobretudo, aos das Turmas do TRT da 4ª Região em período específico, sem deixar de focalizar as tendências dos demais Regionais, buscando um padrão decisório.

Por fim, em suas considerações finais, além de abordar a importância e o papel da Justiça do Trabalho em suas decisões em processos envolvendo "cooperativados", volta-se para as cooperativas em geral e, mais especificamente, para as de mão-de-obra, englobando aspectos conclusivos sobre seu papel, buscando refletir sobre em que medida contribuem para o desenvolvimento econômico e para a redução do desemprego no país, tendo como objetivo a constituição de uma sociedade mais igual e que a todos possa integrar.

2. O DEBATE SOBRE AS COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA

O fenômeno da globalização (neo) liberal acelera a unificação desigual do mundo sob a égide do capital financeiro: um movimento que "globaliza" o poder dos Estados nacionais hegemônicos e das corporações financeiras, com crescente aumento das desigualdades em nível internacional e no âmbito dos países. Os países que aderem à globalização com esses contornos apresentam perversos índices de desemprego e de concentração de renda, mercado de trabalho com altíssimas taxas de rotatividade de mão-de-obra e expressivo aumento dos trabalhadores informais. Num cenário dessa ordem, em que o Estado parece perder sua capacidade de atender as demandas sociais, as organizações dos trabalhadores fragilizam-se, com perda de direitos conquistados. Na dinâmica da crise, tendências autoritárias recebem impulso importante. Nas entranhas de um capitalismo desregulado, interesses de grupos privados, em competição desenfreada, apoderam-se do Estado, suprimindo sua independência for-

mal em relação à sociedade civil[2]. A democracia fica ameaçada. É num cenário dessa ordem que se procura abordar o tema das cooperativas, o qual não pode ser tratado de forma descontextualizada.

2.1. O cenário brasileiro: ampliando diferenças

Segundo dados do IBGE, o Brasil é um país de 169 milhões de brasileiros. Destes, a maioria são pobres; muitos são miseráveis. A renda familiar *per capita* dos 10% mais ricos é, em 1999, mais de 50 vezes superior àquela dos 10% mais pobres. Com um PIB de U$ 557 bilhões em 1999, o Brasil paga, anualmente, em serviços da dívida externa, 21% deste. Do Orçamento anual, apenas 1,5 % é destinado ao Poder Judiciário, dado que é insignificante se comparado com o gasto com serviços da dívida. Isso num momento em que, diante da crescente lesão a direitos, o Judiciário é cada vez mais acionado pelos cidadãos. Às portas da Justiça do Trabalho batem milhares de trabalhadores, grande parte desempregados. Segundo dados do BNDPJ — Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário para a Justiça do Trabalho (http://www. stf. gov. br/bndpj), em 1990 são ajuizadas 1.233.410 ações; em 1995, 1.823.437; em 1999, 1.876.874. De 1990 para 1999, o aumento é de 52%. Já aos Tribunais do Trabalho chegam, em 1990, 145.646 ações; em 1995, 363.576; e, em 2000, 418.378. O crescimento de 1990 para 2000 é de 187%. A tabela a seguir revela a discrepância entre o que é destinado à amortização da dívida e ao Poder Judiciário.

Tabela 1. Despesas Públicas em Amortização da Dívida e Poder Judiciário durante o Plano Real (1995-2000)

	Amortização da Dívida Pública (R$mi)	Gastos com Poder Judiciário (R$mi)	Total das Despesas Públicas (R$mi)	Amortização/ Total (em %)	Judiciário/ Total (em %)	Amortização/ Judiciário
1995	95.503	3.691	242.957	39,31	1,52	25,9
1996	116.287	4.400	289.226	40,21	1,52	26,4
1997	147.039	6.028	391.067	37,60	1,54	24,4
1998	218.973	7.169	495.791	44,17	1,45	30,5
1999	296.423	7.470	588.535	50,37	1,27	39,7
2000	344.861	9.314	616.382	55,95	1,51	37,0

Fonte: Ministério do Planejamento

A onda de liberalização que chega ao país nos anos 90 — a partir da adesão ao ideário do Consenso de Washington — intensifica-se no segundo

(2) Cf. *Belluzzo, Luiz Gonzaga*. "Fascismo", *Folha de São Paulo*. 3 jun.2001, pág. B-2. *Belluzo* invoca *Karl Polanyi* que, ao estudar o avanço do fascismo nos anos 20 e 30, conclui que não se tratava de patologia ou conspiração irracional de classes ou grupos, mas de forças gestadas no interior do capitalismo desregulado.

período FHC. Medidas como redução de barreiras ao livre comércio, viabilização do livre fluxo de investimentos, privatizações, desregulamentação dos mercados financeiro e do trabalho e de setores como energia, transporte e telecomunicações, são adotadas, no pressuposto de que a intervenção do Estado deve estar limitada às "brechas" do mercado. "Políticas de ajustamento" e "reformas estruturais" voltam-se, basicamente, à redução do *déficit* público e à abertura ao setor privado de caminhos que, até então, eram trilhados apenas pelo setor público.

Nos compromissos assumidos em acordos com o FMI, além das reformas constitucionais[3] e suas leis complementares, está o da aceleração das privatizações, incluídos Bancos, sistemas geração e distribuição de energia elétrica, como ênfase à aprovação de normas que permitam a privatização da água e das redes de esgoto (www.brasil.gov.br). Do acordo assinado em 3 de agosto de 2001, com vigência até dezembro de 2002, resultará a liberação de US$ 13,8 bilhões, somados aos US$ 1,2 bilhão do anterior, condicionada, porém, ao cumprimento de metas e de compromissos pré-acertados. Entre estes, o aumento do *superávit* do setor público em 2001 e 2002. No primeiro ajuste, o *superávit* acertado era de R$ 36 bilhões; no atual, de R$ 40,2 bilhões (de 3% para 3,25% do PIB). Para 2002, a meta fiscal, antes de R$ 35,2 bilhões, é prevista para R$ 45,7 bilhões. Do início de 1999 até junho de 2001, gerou-se R$ 100 bilhões de *superávit* fiscal. Acaso cumprido o acordo, o *superávit* no segundo governo FHC será de R$ 155 bilhões. Enquanto isso, a dívida líquida do setor público, de R$ 385,9 bilhões em dezembro de 1998 (43,3% do PIB), soma, em junho de 2001, R$ 619,4 bilhões, ou seja, 51,3% do PIB, projetando-se, com o acordo, uma dívida de R$ 750 bilhões em setembro de 2002 (53,2% do PIB). Essa dívida, no início do primeiro período FHC, era de R$ 152 bilhões, 30,4% do PIB.

Com um modelo de ajuste fiscal de *superávits* primários ocupando o primeiro plano na agenda, cortes de direitos, de benefícios sociais, de energia elétrica atingem os cidadãos. Em 1999, 2000, 2001 as Leis de Diretrizes Orçamentárias já continham a obrigação de produzir *superávits*. Com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 2000), metas fiscais duríssimas passam a condicionar a ação pública. No limite, é criminalizada a gestão pública que não as cumpre. Mas o resultado primário, no entanto, não tem sido repassado às necessidades sociais de saúde, educação, segurança, justiça, previdência, transporte, meio ambiente, trabalho etc., sendo destinado ao pagamento da dívida (ANFIP, 2001).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que define as linhas básicas para o ano de 2002, insere-se nesse modelo de ajuste. Encaminhada visando a gerar R$ 31 bilhões de saldo das receitas em relação às despesas para abater os juros da dívida, sua tramitação no Parlamento sofre resistência das oposições. Estas propõem redução do resultado primário de R$ 31 bilhões para R$ 6 bilhões, com a diferença de R$ 25 bilhões destinada ao reajuste do salário mínimo, servidores públicos, combate à

(3) São as reformas Administrativa, da Previdência (já aprovadas) e a do Judiciário (em andamento).

seca e investimentos no setor energético. O governo, ao argumento de que haveria fuga de capitais estrangeiros, pressiona os deputados da base governista para aprovarem o projeto. E obtém êxito. Depois, novo acordo com o FMI amplia as metas, tudo num momento em que séria crise energética ameaça a população com racionamento, multas e apagões[4]. Apesar disso, a onda de privatização segue seu curso. O Projeto de Lei n. 4.147/01, que privatiza os serviços de água e esgoto — compromisso incluído no Memorando de Política Econômica encaminhado ao FMI — é meta do governo[5].

Apesar do ajuste fiscal e das reformas subordinadas às diretrizes do FMI, na sua grande maioria aprovadas, ampliam-se o desemprego, o trabalho informal, a concentração de renda, a falta de moradia, a miséria, a violência no campo e nas cidades. O desemprego e a informalidade provocam queda na contribuição à Previdência Social. Queda essa que vem sendo usada como justificativa para que, na reforma, suprimam-se benefícios e reduzam-se direitos e serviços à sociedade, atingindo os que mais necessitam. Uma verdadeira *desordem*[6] acirra as inseguranças no mundo do trabalho. Em dados do IBGE de 1999, 58% da população insere-se no mercado de forma precária. Hoje, os dados são ainda mais assustadores. As taxas de desemprego nas regiões geográficas brasileiras são, no mínimo, o dobro das apuradas no final dos anos 80. Segundo dados do IBGE (PME), o desemprego pulou de 1,8 milhão (3%) para 7,6 milhões (9,6%) de pessoas. Já pelos dados do Dieese/Seade, o índice saltou de 8,9, em 1989 para 17,8 em out./2001. Dos 13,6 milhões que ingressaram no mercado de trabalho nada menos do que 5,1 milhões sobraram (*Pochmann*, 2001). O acréscimo dos postos de trabalho não assalariados provoca mais precarização, gerando mais insegurança.

O crescimento da insegurança está, também, relacionado com as iniciativas políticas do Poder Executivo Federal de introduzir uma série de medidas que contribuem para desregulamentar direitos e flexibilizar as relações de trabalho, tais como o fim da política salarial, a reforma previdenciária, a participação nos lucros de resultados, o banco de horas, o contrato por prazo determinado, o trabalho aos domingos, as comissões prévias de conciliação, o afrouxamento do sistema de fiscalização etc. Portanto, o governo FHC sinaliza uma redefinição do papel do Estado nas relações de trabalho, como está expresso em sua proposta de alteração do artigo 618 da CLT, buscando fazer prevalecer o negociado sobre o legislado, num contexto extremamente desfavorável aos trabalhadores e às suas organizações.[6a]

---

(4) Uma análise sobre a crise de energia pode ser lida no *site* (www. ilumina.org.br) sob o título: "Crise de energia — mosaico de equívocos".

(5) Deputados oposicionista tentaram obstruir a votação da LDO, em regime de urgência. Em entrevista coletiva, expuseram os riscos da perda da titularidade dos municípios, acaso aprovado o PL n. 4.147/01, que privatiza o abastecimento de água e de esgoto no país.

(6) Cf. *Mattoso, Jorge*. "A desordem do trabalho", São Paulo: Scritta, 1995; e "Emprego e concorrência desregulada". *In Oliveira, Carlos Eduardo Basbosa; Mattoso, Jorge* (Org.) "Crise do Trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?", São Paulo: Scritta, 1996.

(6a) O projeto de lei que alterava o art. 618 da CLT foi retirado pelo governo Lula do Senado.

Nesse cenário, a natureza das reivindicações dos trabalhadores desloca-se para a manutenção dos postos de trabalho e para a preservação de direitos vigentes, evidenciando uma clara tendência defensiva no campo da negociação coletiva. Alguns acordos coletivos passam a conter cláusulas lesivas a direitos[7]. Segundo o Dieese, a partir de 1995, há queda progressiva do número de categorias profissionais que, em suas negociações coletivas, têm assegurada a recomposição do poder aquisitivo dos salários. De acordo com o seu acompanhamento, em 1995 praticamente todas as categorias conseguiram reajuste salarial equivalentes à evolução dos índices do custo de vida acumulados no período de vigência do regramento normativo anterior. Já em 1996, 40% das categorias não obtêm sequer a reposição da inflação passada; percentual esse que, em 1997, cresce para 45%, caindo, em 1998, para 32%[8]. Em 1999, no entanto, volta a aumentar o número das que não conseguem recompor o poder de compra dos salários, ficando em torno de 50%[9]. Em 2000, há pequena recuperação salarial. Portanto, segundo o Dieese, após o Plano Real, as categorias têm enfrentado dificuldade de manter ou elevar o poder de compra dos salários em suas negociações. Além disso, o valor do salário fixo é rebaixado (Dieese, 1999: 13). O desrespeito aos direitos amplia o número das ações ajuizadas, abarrotando, ainda mais, o já sobrecarregado Judiciário do Trabalho.

É nesse contexto que o tema das cooperativas adquire importância, adquirindo terreno fértil para sua expansão. Expansão essa que vem sendo analisada de forma distinta por especialistas em mercado de trabalho[10]. A seguir, se procurará definir o que são cooperativas, fazendo-se uma distinção entre as diversas formas existentes para, depois, refletir sobre o seu significado no Brasil do ponto de vista do emprego e dos direitos conquistados.

2.2. As cooperativas: aspectos importantes

Cooperativismo é um ato de solidariedade. Não é solução mágica para o problema do desemprego. Cooperação remete à colaboração, ao trabalho em comum. O cooperativismo é informado por certos princípios, entre eles: a união para a busca de objetivos comuns; a idéia de emancipação; iniciativa própria; eliminação do lucro; mudança social; continuação. A cooperativa, portanto, baseia-se em valores de ajuda mútua, solidariedade, democracia, participação e igualdade, diferenciando-se por ser uma associação de pessoas. As cooperativas de trabalho constituem força importante na Europa, em países como Espanha e Itália (ex.: Modragon Coope-

(7) Por exemplo, a que permite renúncia à estabilidade da gestante, o que tem provocado ajuizamento de ações coletivas em que sindicatos de trabalhadores pedem a nulificação das cláusulas, por abusivas.

(8) A pouca expressividade da inflação contribuiu para aumentar a proporção de categorias que conseguiram garantir a recomposição dos salários no período (Dieese, 1999).

(9) Segundo o Dieese, 1999 foi o pior anos das negociações coletivas, nos anos recentes.

(10) Ver *Fernandes, Fátima; Rolli, Cláudia.* "Cooperativas disfarçam crise do emprego", *Jornal Folha de São Paulo,* 7 abr. 2002, pág. B-1 (Dinheiro).

rative Corporation, um dos mais importantes grupos cooperativos na Espanha, originado no País Basco). Toda e qualquer discussão sobre as cooperativas de trabalho exige, inicialmente, se faça uma distinção entre as diversas formas existentes: ou seja, um exame das tipologias[11]:

a) **cooperativas de produção coletiva**, mais comuns da Iugoslávia. No Brasil, surgiram, de há pouco, as Cooperativas de Produção Agropecuária — CPAs, originárias dos processos de assentamento pelo MST;

b) **organizações comunitárias de trabalho**, como os Kibutz, em Israel;

c) **cooperativas de trabalho**, que dispõem de capital, equipamentos e instalações industriais próprias, produzindo em suas instalações bens e serviços, sem depender de um tomador específico. Relacionam-se com o mercado para vender bens ou serviços produzidos: as mercadorias. Enquadram-se aqui as cooperativas de produção agrícola, industrial e artesanal;

d) **cooperativas de profissionais liberais**, autônomos, como as UNIMEDs do Brasil ou as UNIODONTOS;

e) **cooperativas de mão-de-obra**, que operam nas instalações de outras empresas que se constituem as tomadoras de serviços. Não se relacionam no mercado, pois não produzem bens e serviços próprios, senão que deslocam a força de trabalho de seus "cooperativados" para os tomadores, beneficiários diretos de seus serviços. Ex.: cooperativas de catadores e de reciclagem de lixo, de jardineiros, de safristas etc. É sobre esse tipo que residem os maiores problemas. Têm, na realidade, operado como intermediadoras de mão-de-obra. Segundo matéria veiculada pelo Jornal Folha de São Paulo, o Ministério do Trabalho, conquanto considere o cooperativismo uma saída, afirma que pretende intensificar a fiscalização no sentido de evitar a "escamoteação da quebra dos direitos trabalhistas", porquanto há empresas que se titulam cooperativas de mão-de-obra mas que, na realidade, são prestadoras de serviços que fornecem trabalhadores para certo tipo de produção, o que não se subsume no ideário do cooperativismo, sendo terceirização de serviços, ao arrepio de Lei n. 5.764/71, que regulamenta as cooperativas[12].

A promulgação da Lei n. 8.949, de 12 de dezembro de 1994, que introduz o parágrafo único ao artigo 442 da CLT, vem causando perplexidades no meio sindical e entre operadores jurídicos ao afirmar não existir vínculo de emprego entre as cooperativas e seus associados, e entre estes com os tomadores dos serviços e das sociedades cooperativas. Essa redação tem propiciado fraudes a direitos dos trabalhadores. Na área rural, alguns "especialistas" passaram a afirmar que, a partir dessa alteração, os empregadores rurais estariam livres dos "problemas e riscos até então existentes". Sindicatos e Federações Patronais da área rural, notadamente em

---

(11) Cf. Tipologia apresentada por *Perius, Vergílio*. "As cooperativas de trabalho: alternativas de trabalho e renda", *Revista LTr*, vol. 60, n. 3, março de 1996, págs. 339-346.

(12) Organização pode burlar direitos trabalhistas. *Folha de São Paulo*. 20 out. 99, pág. 2-1 (Dinheiro).

São Paulo, com base nessas interpretações, passaram a "recomendar" a constituição de Cooperativas de Trabalhadores Rurais, no intuito de reduzir as demandas trabalhistas e o custo do trabalho[13].

A Confederação dos Trabalhadores na Agricultura — CONTAG e a Comissão Pastoral da Terra — CPT, têm feito duras críticas ao novo dispositivo da CLT, por ampliar a cisão entre trabalhadores e acirrar a exclusão social, reivindicando sua revogação (há projetos de lei nesse sentido, como se verá em outro item). No meio urbano, sindicatos, federações e centrais sindicais, tanto a CUT como a Força Sindical, cada uma com suas especificidades e visões de mundo, olham com preocupação o problema da fraude. Mais atualmente, sindicatos, armando-se contra o desemprego e cientes de que cooperativas de mão-de-obra estão sendo constituídas como verdadeiras "coopergatos", têm organizado departamentos para orientar seus associados que buscam esse tipo de organização[14].

Mas o que se questiona é se as cooperativas — aqui consideradas as cooperativas de mão-de-obra, não de produção — podem ser uma alternativa para fazer frente à anomia, à inação do Estado que, na crise, perde, empiricamente, sua capacidade reguladora. Mais especificamente, se são uma alternativa para o problema do desemprego e se, de antemão, importam fraude a direitos dos trabalhadores. Quanto à fraude, ainda, se a organização dos cooperativados em sindicatos próprios poderia coibi-la. Questões que este artigo busca enfrentar.

2.3. A expansão das cooperativas de mão-de-obra no Brasil

É expressiva a expansão das cooperativas no Brasil, especialmente as de trabalho, operando como intermediadoras de mão-de-obra. Apesar da precariedade de dados sobre essa expansão, sua proliferação nos anos recentes é visível. Evidências empíricas indicam não estarem concentradas somente em setores menos dinâmicos da economia, como as '***coopergatos***' do setor agrícola e de vestuário, alastrando-se em setores que oferecem mão-de-obra qualificada, como centros de processamento de dados de bancos, serviços de engenharia etc. Apesar da diversidade das chamadas experiências de cooperativismo e sem desmerecer o mérito destas, deve-se considerar o papel dessas cooperativas no processo de desestruturação das relações de emprego formais e do não acesso aos direitos decorrentes do contrato de emprego.

Segundo a OCB — Organização do Cooperativismo no Brasil, o número de cooperativas de mão-de-obra cresceu de forma fantástica nos anos 90. Somente entre 1998 e 2001, o número de cooperativas cadastradas em seus registros saltou de 1.334 para 2.391, conforme tabela abaixo. Outra evidência do referido crescimento está nas organizações próprias, vincula-

(13) *Ibidem.*

(14) Já a Federação das Cooperativas de Trabalho do RS — Regional de Ijuí — FETRABALHO, por exemplo, em reunião de 9 de agosto de 1995, decidiu pela manutenção do dispositivo da CLT e pela atuação política em favor do que entendem tenha sido uma conquista para o segmento cooperativo.

das à OCB, criadas no segmento das cooperativas de trabalho, como a COOTRABALHO e entidades estaduais, como a Fetrabalho-SP etc.[15]. É o setor de cooperativas que mais cresce no Brasil, segundo a OCB.

Ao mesmo tempo, ampliam-se as denúncias de cooperativas fraudulentas. O Ministério Público do Trabalho, importante ator social, tem buscado coibir as '*coopergatos*'. Conquanto se reconheça que a inclusão do parágrafo único do artigo 442 da CLT tenha propiciado a constituição de cooperativas fraudulentas sob o escudo da lei, sua expansão, no entanto, não pode ser atribuída unicamente a esse fato. Inúmeros outros fatos, cuja análise escapa aos propósitos deste artigo, a incentivam. A propagação é evidente, como se pode observar das informações contidas na tabela a seguir, com implicações para o mercado e para as relações de trabalho no país.

Tabela 2. Número de Cooperativas, Cooperados e Empregados, por Segmento (Base: 31 de dezembro de 1998 e 2001)

Segmentos	Número de Cooperativas		Número de Cooperados		Número de Empregados	
	1998	2001	1998	2001	1998	2001
Agropecuário	1.408	1.587	1.028.378	822.294	107.086	108.273
Consumo	193	189	1.412.664	1.467.386	8.017	7.676
Crédito	890	1038	825.911	1.059.369	5.800	20.680
Educacional	193	278	65.818	73.258	2.330	2.720
Infra-estrutura	187	187	523.179	576.299	5.161	5.431
Especial — escolar	4	7	1.964	2.064	6	6
Habitacional	202	297	46.216	69.668	1.226	1.375
Mineração	15	37	4.027	48.481	24	34
Produção	91	147	4.372	9.892	35	348
Saúde	585	863	288.929	327.191	15.443	21.426
Trabalho	**1.334**	**2.391**	**227.467**	**322.735**	**5.057**	**7.443**
Total	5.102	7.021	4.428.925	4.779.147	150.185	175.412

Fonte: OCB/DETEC/Banco de Dados. http://www.ocesp.org.br/jnoticias.htm

Essa realidade tem importado reflexos no número e no conteúdo das ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, como se verá depois. Ainda que não se possa atribuir apenas à alteração legislativa o fenômeno da expansão das cooperativas, especialmente as de mão-de-obra, não se pode deixar de reconhecer que a aprovação da Lei n. 8.949/94 incentivou os trabalhadores a se organizarem para a prestação de serviços e execução de trabalhos em geral. Essa lei introduz, no artigo 442 da CLT, um parágra-

(15) A organização das cooperativas de trabalho pode ser encontrada no *site* da OCB (www.ocb.org.br).

fo único. Este, afirma inexistir vínculo de emprego entre associados e a cooperativa e, ainda, entre a cooperativa e o tomador dos serviços. Esse dispositivo reproduz a regra do artigo 90 da Lei n. 5.764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e que estabelece: *Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.* No entanto, a inclusão na CLT propiciou a ampliação da fraude, com escudo na lei. Muitos trabalhadores perderam o *status* formal de empregados, passando a "sócios" de cooperativas. Como "sócios", não têm suas carteiras de trabalho registradas, não lhes sendo assegurados básicos direitos como: férias, 13º salário, descanso semanal remunerado, FGTS, previdência social. Por outro lado, deixam de pertencer à categoria profissional original. Com a supressão desse vínculo social básico, vantagens decorrentes de negociações coletivas ou sentenças normativas não mais lhes são alcançadas. Com esse deslocamento, além da perda da condição de sujeito empregado e dos direitos decorrentes, no limite é a própria organização dos trabalhadores que se fragiliza.

Apesar dessa alteração ter sido baseada em proposta que buscava responder a uma demanda dos setores populares que vinham desenvolvendo experiências de organização de cooperativas, especialmente no meio rural, teve como 'efeito colateral' uma verdadeira avalanche de iniciativas empresariais de criação de cooperativas 'fantasmas'[16].

Para as empresas tomadoras dos serviços dos "cooperativados", a alteração representa uma possibilidade de contratar trabalhadores, de cuja mão-de-obra necessitam, via interposta pessoa jurídica (a cooperativa), sem o custo dos encargos sociais. Para as cooperativas, que atuam como locadoras de mão-de-obra, um meio de obter lucro com a "locação" que intermediam. Para os trabalhadores, por um lado, a continuidade da prestação dos serviços, mas, por outro, a supressão de direitos assegurados. Nesse sentido, apesar de não ter sido de iniciativa do Executivo, essa lei tem contribuído para flexibilizar o mercado de trabalho e reduzir o custo da força de trabalho. Em termos objetivos, tem importado desregulamentação de direitos assegurados na lei e nas negociações coletivas.

Por certo, numa sociedade que se fragmenta, são importantes as iniciativas que busquem reconstruir os rompidos laços de solidariedade. No

---

(16) "Dados oficiais indicam a existência de 1.200 cooperativas oficiais, que reúnem cerca de 400 mil cooperativados. Entretanto, o governo estima que devem atuar no país quase 1.000 organizações fantasmas que não recolhem encargos trabalhistas, prática que ocorre, principalmente, no setor de conservação e limpeza, vigilância, hospitais e no campo. De acordo com as estatísticas do Instituto de Cooperativismo e Associativismo — ICA, o número de cooperativas, até 1995, era de 3.784 com 3,5 milhões de cooperativados em todo o Brasil. Conforme denuncia *Almir Pazzianotto*, ex-Presidente do TST, à época Ministro Corregedor Geral da Justiça do Trabalho: *Segundo informações recentes, em uma única organização atuante no Estado de São Paulo encontram-se cadastrados cerca de 150 mil trabalhadores, todos eles supostamente cooperados, postos à disposição de organismos públicos e de empresas privadas para atividades urbanas e rurais, ao desabrigo das mais elementares garantias da lei. São pessoas que trabalham em colheitas, vigilância e conservação, indústria, comércio, escritórios e até como servidores públicos* (*Pazzinanotto, Almir.* "O fim do emprego", *Boletim do Diap*, janeiro de 1998).

entanto, estas não se podem sobrepor à ação do Estado na construção de políticas públicas e em planejamentos que tenham por objetivo o bem comum e, por pressuposto, o crescimento econômico, a retomada do pleno emprego, a distribuição de rendas e, sobretudo, a construção de uma sociedade mais igual. São considerações importantes quando se indaga sobre o papel que podem desempenhar as cooperativas, especificamente as de mão-de-obra, diante da grave crise de emprego no país. Não estariam elas contribuindo para ampliar as inseguranças no mundo do trabalho[17], colaborando, ainda, com o processo de desconstituição do sujeito trabalhador brasileiro, tardiamente constituído?

3. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO E AS COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA

O Direito do Trabalho, como os demais ramos do Direito, é produto das relações sociais. Sua fonte material localiza-se em profundos conflitos de classe, como, por exemplo, as insurreições proletárias de Paris, em 1848; as lutas sociais na Espanha, impulsionando o Código Civil Espanhol de 1889; a Revolução Mexicana, de 1910; e a Revolução Russa, de 1917, movimentos que despedaçaram o princípio da igualdade formal como fundamento da ordem jurídica.

No Brasil, o reconhecimento do trabalhador como sujeito de direitos se dá tardiamente. Segundo *Wandelli*[18], ao ser construída a nação brasileira tratava-se, entre escravos e "homens livres" nacionais, de inventar um sujeito até então inexistente: **o trabalhador livre brasileiro**, elemento fundamental para a constituição de outro que estava por ser inventado: o **povo brasileiro**. Estratégias foram desenvolvidas em torno de imigração e da substituição do trabalho escravo no Brasil do século XIX. Na perspectiva já tardia de ser abolida a escravidão, clamava-se por uma "boa lei de locação de serviços" que "enquadrasse" não só os estrangeiros, como, sobretudo, os nacionais, libertos e ingênuos, a onda de negros e expropriados, viciosos e vadios que tanto ameaçavam as elites[19].

Da locação de serviços, no Código Civil, ao *status* de sujeito de direitos assegurados em regramento próprio, muitos os panos para as mangas. Num processo difícil e lento, foi sendo moldado esse trabalhador brasileiro, com direitos que, não sem lutas e tensões, são Consolidados; bem mais tarde, verticalizados pela Constituição de 1988. Nasce, no Brasil, o Direito do Trabalho, informado por princípios próprios. Estes, sua razão de ser. Um Direito que, rompendo com a lógica da igualdade das partes, parte do pres-

---

(17) Cf. *Mattoso, Jorge.* "A desordem do trabalho", *op. cit. Mattoso,* analisando as inseguranças no mundo do trabalho, aponta para um conjunto crescente delas: a) *insegurança do emprego*; b) *da renda*; c) *na contratação*; e d) *na representação do trabalho,* com redução dos níveis de sindicalização e das práticas de conflito.

(18) Cf. *Wandelli, Leonardo Vieira.* "A invenção do trabalhador livre no Brasil", Curitiba, 2001, seminário para programa de mestrado em Direito, UFPR — Universidade Federal do Paraná, s. ed.

(19) *Ibidem.*

suposto da desigualdade. E que, através da proteção jurídica, busca compensar a desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador, numa tentativa de mitigar o desequilíbrio inerente à relação de emprego presente num sociedade capitalista. Para dar efetividade aos direitos assegurados aos trabalhadores e às suas organizações coletivas, nasce a Justiça do Trabalho dentro do arcabouço institucional criado no Governo Vargas. Seu fundamento último: garantir a regulação pública do trabalho.

Da CLT, em 1943, até a Constituição de 1988, são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro direitos assegurados pelas denominadas "nações civilizadas". Depois da Constituição de 1988, muitas mudanças ocorrem[20]. Os ventos liberais que sopram forte a partir dos anos 90 e, com mais eficácia, no último governo FHC, trazem de volta idéias velhas, com roupagens novas. Reformas liberalizantes, desregulamentação, flexibilização de direitos fazem parte da agenda oficial. A possibilidade da "redenção" do trabalhador "livre e liberto" é transportada para o mercado. No início do século XXI, trata-se de (des) inventar aquele sujeito que, inexistente no final do século XIX, buscava-se construir: o trabalhador livre brasileiro, elemento fundamental para a constituição do cidadão brasileiro[21]. Nesse processo, a Justiça do Trabalho vem perdendo eficácia[22]. A CLT é fortemente ameaçada[23].

Com o pífio desempenho da economia brasileira nas últimas duas décadas, reforça-se a tese da necessidade das reformas liberais no mundo do trabalho. O desempenho do mercado de trabalho nacional nos anos 90, marcado pela enorme redução de sua capacidade de absorção de mão-de-obra, é ponto nevrálgico da elevação dos níveis de desemprego e da informalidade no país. Desde a recessão do período 1990-1992, dos efeitos iniciais da abertura da economia e do processo de reestruturação por parte das empresas, o nível de emprego, particularmente na indústria, apresenta queda acentuada. Ao contrário do que muitos imaginavam, essa queda não foi compensada pelo setor terciário, responsável pela geração da maioria dos postos de trabalho ao longo da década. O processo de recuperação dos níveis de atividade econômica, registrado nos meados da década, não se traduziu com a mesma intensidade na recuperação do nível de emprego. Este continuou a apresentar grandes oscilações, com tendência de queda ao longo do período.

Essa circunstância acabou por agravar a situação no mercado de trabalho. Somadas a essas constatações quantitativas, referentes ao baixo dinamismo da economia brasileira na geração de novos postos de trabalho

---

(20) Ver, *Krein, José Dari*. "A reforma trabalhista de FHC e sua efetividade", CESIT, São Paulo, 2002, s.ed.

(21) Numa referência a *Wandelli*, antes citado.

(22) Contratos Temporários, alteração do prazo prescricional para o rural, modificação da regra do seu artigo 467, Comissões Prévias de Conciliação, definição de não salário para parcela que salário é, perda de 10 minutos diários no salário (contagem das horas extras), terceirizações, entre outras.

(23) Refere-se à proposta do executivo que altera o artigo 618 da CLT, estabelecendo a supremacia do negociado sobre o legislado.

e a conseqüente elevação do desemprego, a experiência brasileira dos anos 90 indica mudanças qualitativas no mercado de trabalho. Veja-se a tabela a seguir:

Tabela 3. Distribuição dos ocupados entre 1988 e 1999

	dez. 1988 (%)	jun. 1999 (%)
Assalariado com carteira	59,5	44,7
Assalariado sem carteira	18,4	26,9
Conta própria	17,7	23,5
Empregadores	4,4	4,9

Fonte: IBGE/PNAD, 2001

Por um lado, a redução do emprego formal é marca do período recente, conforme tabela acima. Por outro, o crescimento da participação dos empregos sem registro formal e dos ocupados por conta própria, na composição da ocupação total, são, também, marcas profundas do processo de precarização das relações de trabalho, com reflexos importantes sobre a renda do trabalho e no acesso aos direitos sociais fundamentais por parte dos trabalhadores. Na realidade, a ausência de crescimento econômico, conjugada a um processo de abertura comercial abrupta e de reestruturação industrial, importou mais desemprego, queda na qualidade das ocupações geradas e crescentes dificuldades do mercado de trabalho absorver os jovens trabalhadores recém-chegados e as pessoas que compõem a força de trabalho nacional.

Nesse cenário desolador, o cooperativismo — na sua essência, um ato de solidariedade baseado nos valores da ajuda mútua, responsabilidade, democracia, igualdade — passa a ser sugerido como uma alternativa. E as cooperativas, conquanto não sejam solução mágica para o problema do desemprego e das deformidades históricas do mercado de trabalho brasileiro, passam a concorrer, na prática, com as empresas "terceirizadas"[24]. Fraudes e ilegalidades, no entanto, vêm sendo denunciadas. Há casos em que as próprias empresas beneficiárias dos serviços despedem seus empregados, mantendo-os, porém, como "cooperados". Dessa forma, passam a contar com mão-de-obra mais barata.[25]

No plano jurídico, há controvérsias quanto à exegese do parágrafo único do artigo 442 da CLT. Grande parte dos acórdãos examinados, quando evidenciada simulação que encobre e figura do real empregador, afastam os dados formais, reconhecendo a condição de empregados dos "cooperativados" e a relação de emprego destes com as tomadoras dos serviços,

(24) Cf. "Cooperativa tira espaço de terceirizadas", *Jornal Folha de São Paulo*, 7 abr. 2002, pág. B-4 (Dinheiro).

(25) Cf. *Marcelo Mauad*, advogado trabalhista. *In* "Falsas cooperativas fazem intermediação ilegal de mão-de-obra", *Folha de São Paulo*, 7 abr. 2002, pág. B-3 (Dinheiro).

responsabilizando, solidária ou subsidiariamente, as cooperativas contratantes. Ou, então, reconhecem a relação de emprego diretamente com as cooperativas, responsabilizando as tomadoras dos serviços. Outros, em bem menor número, independentemente da natureza dos serviços prestados, negam a relação de emprego em face do parágrafo único do artigo 442 da CLT, como se verá no item seguinte.

No plano legislativo, a visível deturpação dos objetivos da lei motivou a apresentação, pelo deputado Aloysio Nunes Ferreira, do Projeto de Lei — PL n. 2.226/96, número na Câmara dos Deputados — propondo a revogação do parágrafo único do artigo 442 da CLT. Esse projeto, aprovado na Câmara dos Deputados, tramita no Senado Federal — PL n. 31/97 —, estando desde 12 março de 2002 na Comissão de Assuntos Econômicos. O parecer do Senador Jonas Pinheiro, na Comissão de Assuntos Sociais, ressalta que a liberalidade na legislação tem encorajado a proliferação de cooperativas de fachada, avaliando que:

> *Conhecidas como 'gato-cooperativas', são instituídas sem o cumprimento dos pré-requisitos básicos definidos na legislação cooperativista, num processo distorcido e condenável, pois muitas delas visam burlar a legislação trabalhista e previdenciária e a se valerem das isenções tributárias atualmente concedidas às cooperativas.*

Esse espaço na lei, acrescenta, tem provocado desgastes na imagem do movimento cooperativista brasileiro, com prejuízos à União, à Previdência Social e aos Estados e Municípios pela evasão de arrecadação, mas, especialmente, tem prejudicado os trabalhadores, afirmando ele que os princípios e condições de vinculação de trabalho devem ser inseridos na legislação que dispõe sobre a Política Nacional de Cooperativismo:

> *Em muitos casos, as cooperativas de fachada são utilizadas, na prática, para substituir antigos empregos e relações empregatícias dos trabalhadores por outras mais precárias, privando os empregados das mais elementares garantias trabalhistas, bem como o setor, de poder gerar novos postos de trabalho.*

E conclui que, dessa forma, se estará *criando condições para que os trabalhadores possam se valer das cooperativas de trabalho e ter nelas uma importante opção de trabalho e renda, com regras claras e definidas.*[26]

Já o Projeto de Lei de autoria do deputado José Carlos Coutinho, do PFL — PL n. 63.690 —, lido na Câmara dos Deputados em 20 de março de 2002, propõe seja modificado o parágrafo único do artigo 442 da CLT para ser caracterizada como de emprego a relação que se estabelece quando da prestação de serviços às cooperativas. Seus pressupostos são, portanto, distintos dos que informam o Projeto de Lei antes referido, contrapondo-

(26) *Jornal do Diap*, jan. 1998.

se, ainda, às tendências das decisões dos Tribunais do Trabalho que afirmam a existência da relação de emprego quando desvirtuados os princípios do cooperativismo e evidenciada a simulação que, no Direito do Trabalho, é instrumento da fraude.

É forte a pressão de alguns segmentos sociais visando a que, na via legislativa, operem-se alterações, cientes de que, além de disfarçarem a crise do emprego, falsas cooperativas de mão-de-obra vêm sendo criadas com o intuito de fraudar direitos e reduzir os custos do trabalho.[27] Preocupado com a proliferação dessas cooperativas, o Sindicato Nacional das Cooperativas do Trabalho apresentou ao Ministério Público do Trabalho proposta para coibir suas atividades, sugerindo, inclusive, a criação de agência reguladora para fiscalizar as cooperativas no ramo do trabalho. Com a mesma preocupação, a OCB — Organização das Cooperativas Brasileiras, elaborou sugestões para um Projeto de Lei que regulamente as cooperativas de trabalho[28].

Retomando-se as questões lançadas no item 2.2, indaga-se em que medida as cooperativas — especificamente as de mão-de-obra — podem significar alternativa real para o problema do desemprego, num cenário de anomia, em que o Estado, empiricamente, parece perder sua capacidade reguladora. E, quanto à fraude a direitos dos trabalhadores, indaga-se se a organização dos cooperativados em sindicatos próprios não poderia coibi-la.

No Brasil, surge a UNISOL Cooperativas (União e Solidariedade), criada pelos metalúrgicos da região do ABC, na Grande São Paulo, reunindo cooperativas de trabalhadores em indústrias do país. Lançada em novembro de 2001, congrega 400 trabalhadores de dez cooperativas do ABC e tem por objetivo: organizar, representar e estimular o surgimento de novas iniciativas baseadas no princípio da economia solidária, como forma de enfrentar o desemprego[29]. Trata-se de alternativa válida, considerando-se que são os próprios sindicatos profissionais que constituem entidades a eles vinculadas, sem que o vínculo social básico seja (des) constituído. Esse é um pressuposto para que se possa olhar de forma positiva a questão.

No entanto, se a organização dos trabalhadores em cooperativas de mão-de-obra visa à intermediação e, no limite, à redução dos custos do trabalho, o intuito fraudatório fala por si só. Nesse sentido, a criação de sindicatos próprios desloca o problema. Sendo a simulação, no Direito do Trabalho, instrumento da fraude, são nulos os atos praticados em fraude a direitos assegurados (artigo 9º da CLT). Assim, além de estranha a sindicalização própria de cooperativados, essas cooperativas não teriam força para coibir ou impedir a fraude, na medida em que esta estaria localizada no

---

(27) *Fernandes, Fátima; Rolli, Cláudia.* "Cooperativas disfarçam crise do emprego", *Jornal Folha de São Paulo*, 7 abr. 2002, pág. B-1 (Dinheiro).

(28) 'Legalistas' querem banir os 'fora-da-lei", *Jornal Folha de São Paulo*, 7 abr. 2002 (Dinheiro).

(29) *Moreira, Marcelo.* "Região do ABC ganha cooperativa", *Folha de São Paulo*, 20 out. 99, págs. 2-1 (Dinheiro).

nascedouro da própria relação de trabalho, sendo dela constituinte. A resposta é, portanto, negativa. Por outro lado, o afastamento do suposto "cooperativado" de sua categoria profissional original provoca rompimento do vínculo social básico, num processo que acirra a cisão e fragiliza a organização coletiva dos trabalhadores. Ou seja, além de não representarem alternativa eficaz ao desemprego, afirmam a precarização, ampliando as inseguranças do mundo do trabalho. E os vínculos que se estabelecem, ainda que formalmente vistam roupagem outra, são de emprego.

As cooperativas de mão-de-obra podem até significar uma solução precarizada para algumas pessoas individualmente, com substituição do emprego por uma atividade sem vínculo formal. Mas do ponto de vista macroeconômico, não são uma alternativa. Não é possível resolver o problema do emprego através de cooperativas de mão-de-obra, pois a criação de oportunidades de trabalho está vinculada ao desempenho da economia (investimento, consumo e gasto público) e às opções políticas de alocação das pessoas. Por outro lado, o desenvolvimento econômico não decorre da criação das cooperativas de mão-de-obra e, muito menos, da flexibilização das relações de trabalho, como vem demonstrando a experiência brasileira dos últimos anos. A solução está no campo da política: a) de privilegiar um modelo de desenvolvimento que possibilite o crescimento econômico; b) de redistribuir os ganhos de produtividade, reduzindo a jornada de trabalho e/ou ampliando o mercado de consumo com uma distribuição mais eqüitativa da renda.

Nesse sentido, as tendências das decisões dos Tribunais, concluindo pela condição de empregado dos supostos "cooperativados" quando evidenciada fraude, parecem trilhar o caminho da afirmação do sujeito trabalhador, com respeito aos seus direitos positivados na legislação vigente no país. Sobre isso, versamos a seguir.

4. AS TENDÊNCIAS DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO

Se o cooperado tem chefe, está subordinado a alguém, entrega seu produto e é remunerado, de que forma isso o diferencia do empregado por excelência? (*Marcelo Mauad*, advogado trabalhista)[30]

A expansão das cooperativas, analisada no item 2.3, tem reflexos expressivos na Justiça do Trabalho quanto ao número e ao conteúdo das ações ajuizadas. Muitos trabalhadores batem às suas portas buscando ver reconhecida a condição de empregados. Das decisões proferidas pelas diversas Turmas dos Tribunais selecionados, observa-se uma clara tendência: o reconhecimento da condição de empregado do "cooperativado" ou "cooperado" quando evidenciadas a simulação e a fraude a direitos. Nesse sentido, constatada a figura do trabalhador por conta alheia, sendo aliena-

(30) *Folha de São Paulo*, 7 abr. 2002, pág. B-3.

da a força de trabalho a outrem, de forma pessoal, não eventual, subordinada e remunerada, ainda que roupagens formais apontem para a figura de "sócio" cooperativado, tem sido declarada a relação de emprego entre este e a tomadora de seus serviços, com responsabilização (solidária ou subsidiária) da "cooperativa" que atua como locadora de mão-de-obra, ou, então, diretamente com a "cooperativa", sendo, nesses casos, responsabilizada a tomadora, solidaria ou subsidiariamente, como se examinará. Tendência essa que se extrai de acórdãos dos Tribunais Regionais da 4ª Região, Rio Grande do Sul; 6ª Região, Pernambuco; 9ª Região, Paraná; e, 15ª Região, Campinas e interior de São Paulo, a partir da coleta e da sistematização dos dados já referidas. Seus fundamentos assemelham-se.

Buscando-se aprofundar o tema das tendências e dos conteúdos decisórios, ampliou-se, para a elaboração deste artigo, a coleta de dados, com o olhar dirigido especificamente para acórdãos das Turmas do TRT da 4ª Região, de 2001, cujos fundamentos comparam-se àqueles das decisões dos demais Regionais selecionados. Essas decisões, em síntese, obedecem a uma mesma ordem de elementos que fundam a declaração da relação de emprego ou, por outro lado, afirmam a condição de cooperativado em sentido estrito.

Especificamente quanto à 4ª Região, além dos dados coletados para a pesquisa, a elaboração deste artigo agrega mais **150 acórdãos do ano de 2001** que envolvem pedido de reconhecimento da relação de emprego de "cooperativados", em processos julgados pelas Turmas, aleatoriamente selecionados. Destes, **67** (sessenta e sete) concluem pela condição de empregado do suposto "cooperativado", sendo reconhecida a relação de emprego direta com a tomadora ou, então, com a cooperativa contratante. No primeiro caso, com responsabilização solidária ou subsidiária da cooperativa. No segundo, com responsabilização solidária ou subsidiária da tomadora. Os fundamentos adotados são, basicamente, os da ocorrência de simulação e fraude, sobretudo porque evidenciada intermediação de mão-de-obra em proveito da tomadora, descaracterizando a essência da sociedade cooperativa. Dos demais **83** (oitenta e três), **apenas 14** (quatorze) afirmam que a situação de cooperativado decorre da lei a qual, independentemente da natureza dos serviços prestados, impede seja reconhecida a relação de emprego, sendo óbice a esse reconhecimento as regras do parágrafo único do artigo 442 da CLT e do artigo 90 da Lei n. 5.764/1; **5** (cinco), ajuizados contra entes públicos, tomadores dos serviços dos "cooperativados", concluem ser inviável o reconhecimento da relação de emprego **por não cumprida a exigência do concurso público** para ingresso na Administração, inserida no artigo 37, II da Constituição Federal; os **64** (sessenta e quatro) restantes não reconhecem a condição de empregado quer por **não comprovado** vício na constituição da cooperativa e/ou vício de vontade capaz de caracterizar simulação ou fraude, quer porque a prova produzida evidencia a condição de cooperativado, observados os princípios que regem as sociedades cooperativas. Há, ainda, entre esses acórdãos, alguns afirmando que não pode ser reconhecida a relação de emprego porque, em tais casos, a ação **não é ajuizada** contra a tomadora, não

podendo ser declarada a condição de empregadora de uma cooperativa que não se beneficiou diretamente da mão-de-obra da contratada. Portanto, a tendência é aquela antes enunciada.

As decisões do Tribunal da 6ª e da 9ª Regiões reforçam essa tendência, invocando, em síntese, os mesmos argumentos dos acórdãos da 4ª Região. Os acórdãos da 6ª Região, analisando a reprodução das cooperativas em tempos de crise, buscam distinguir o cooperativado propriamente dito do suposto cooperativado. Invocando a fraude e a tentativa de burla à legislação trabalhista, analisam a natureza subordinada dos serviços prestados pelos trabalhadores, reconhecendo a condição de empregados destes. Assim, afastam a incidência do parágrafo único do artigo 442 da CLT. Os da 9ª Região, concluem, em grande parte, pela condição de empregados dos "cooperativados", partindo do pressuposto de não ser permitido uso de cooperativas de trabalho sem observância de outros requisitos legais. São decisões que, negando a interpretação literal ao parágrafo único do artigo 442 da CLT e invocando os demais dispositivos de proteção aos direitos dos trabalhadores, consideram que o livre funcionamento de cooperativas de trabalho demanda preenchimento de requisitos exigidos em lei, os quais não estão observados, com evidência de fraude a direitos. E quando presentes a pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica ao tomador dos serviços, reconhecem a relação de emprego com estes. São os seguintes os argumentos básicos que sustentam essas decisões: ausência da *affectio societatis*; não preenchimento dos requisitos da Lei n. 5.764/71, o que torna inaplicável a regra do parágrafo único do artigo 442 da CLT; artigo 9º da CLT; e, a prevalência dos princípios da proteção e da primazia da realidade que informam os contratos de emprego.

As decisões da 15ª Região, em grande parte em casos que envolvem intermediação de mão-de-obra por Cooperativas Agrícolas, adotam, em síntese, os mesmos fundamentos dos outros Tribunais selecionados, afirmando serem nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT quando das contratações por "pseudocooperativas". A tendência é a de afirmação de que a intermediação efetivada pelas cooperativas de mão-de-obra frauda direitos, sendo reconhecida, no caso específico dos trabalhadores rurais, a relação de emprego com o tomador dos serviços, ao argumento de que a contratação de terceiros somente é tolerada para prestação de serviços ligados à atividade-meio do tomador. Num caso paradigmático, é afirmado que, como a Lei n. 5.764, de 16 de novembro de 1971, já demarca, de forma satisfatória, a política nacional do cooperativismo, instituindo o regime jurídico das sociedades cooperativas, é redundante o parágrafo adicionado ao artigo 442 da CLT por reafirmar princípio já definido em legislação específica.

Portanto, mesmo com a inclusão dos 150 acórdãos de Turmas do Tribunal da 4ª Região, confirma-se a tendência do reconhecimento da condição de empregado ao suposto "cooperativado" quando, desvirtuados os princípios do cooperativismo, as cooperativas atuam como intermediárias

de mão-de-obra, numa situação simulada e em fraude a direitos. O fato de haver decisões afirmando a condição de cooperativado, quer pela síntese dos seus fundamentos, quer pelo número pequeno das que, de antemão, negam a possibilidade de haver relação de emprego pelo óbice da lei, não desconstitui essa tendência. Nesse sentido, reafirma-se o que antes se enunciara: a Justiça do Trabalho tem impedido as fraudes a direitos e tem coibido a proliferação das cooperativas fraudulentas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cooperativas refletem fortemente a deterioração do mercado de trabalho, a informalidade e o patrocínio da ideologia de flexibilização das leis do trabalho (*Anselmo Luís dos Santos*, economista do CESIT/IE/Unicamp)[31].

A realidade exposta neste artigo não é alentadora. Apesar das dificuldades históricas de integração de amplas camadas da sociedade a um padrão de vida compatível com as conquistas materiais do capitalismo brasileiro, o período de industrialização acelerada que caracterizou o Brasil dos anos 30 a 80 parecia apontar para a constituição de um padrão de relações de trabalho apoiado na crescente formalização dos contratos e no assalariamento dos trabalhadores. O ambiente era de intenso crescimento do produto e do emprego. Essa trajetória, vista de forma clara até 1980, teve seus últimos suspiros nos dez anos seguintes.

Suspiros esses bloqueados pelos ventos (neo) liberais que sopram a partir do governo Fernando Collor e que se intensificam, com força destrutiva, nos dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso. Com crescimento econômico inferior ao registrado na "década perdida" dos anos 80, os anos 90 — a "década infame", no dizer preciso de *Carlos Alonso Barbosa de Oliveira*[32] — entram para a história nacional como os piores da República brasileira. Tais décadas contrastam com o passado de um país marcado por uma trajetória de dinamismo de sua economia e de elevada capacidade de geração de postos de trabalho.

Nesse cenário, sem o dinamismo econômico de outrora, o que resta? Precarização, desintegração do tecido social, desemprego, queda de rendimentos, violência generalizada, ampliação dos bolsões de pobreza nos grandes centros urbanos, explosão da informalidade, trabalho escravo, multiplicação dos trabalhadores por conta própria, numa busca desesperada por alternativas de sobrevivência. Nesse ambiente, observa-se uma expressiva proliferação das cooperativas de mão-de-obra. E, a partir das análises e das reflexões feitas ao longo do artigo, a conclusão que se chega é a de que essas cooperativas não constituem alternativa para o enfrentamento de problemas tão profundos e complexos.

---

(31) *Folha de São Paulo*, 7 abr. 2002, pág. B-3.

(32) Em entrevista à revista Carta Capital, edição n. 94.

Em linhas gerais, o cooperativismo pode contribuir para um processo de (re) costura dos esgarçados laços de solidariedade, com constituição de vínculos sociais que não tenham no lucro e sua força motriz. Experiências brasileiras apontam para essa possibilidade. No entanto, o que se busca mostrar no artigo é que tal cenário propicia a proliferação das "pseudocooperativas", que fazem parte de um movimento mais geral de flexibilização e precarização das relações de trabalho. Nesse quadro, as cooperativas de mão-de-obra aparecem como instrumento de proliferação do trabalho assalariado dissimulado. Verdadeiras empresas terceirizadoras de mão-de-obra.

Por certo, laços de solidariedade precisam ser reconstruídos. Todavia, são imprescindíveis políticas públicas que objetivem o crescimento econômico, reduzam o desemprego e melhor distribuam a terra e a renda. No âmbito social, são necessárias políticas sociais universais tendo como centro o homem e suas necessidades. O pressuposto é o do crescimento econômico e, com ele, várias outras medidas que demandam a ação planificada de um Estado que intervenha na busca do pleno emprego e na garantia do bem-estar comum; um Estado que exija a observância de um estatuto legal fundado no interesse público e na construção da cidadania; uma Justiça que cumpra; um Direito do Trabalho que, ao invés de ser (des) construído, tenha seu foco de abrangência ampliado para incluir, sob sua proteção, também os trabalhadores cooperativados, na esfera de competência da Justiça do Trabalho; um Estado em que o público não se privatize.

Quanto aos Tribunais Regionais do Trabalho, aponta o artigo para uma tendência em suas decisões, quer qualitativa ou quantitativamente, no sentido de coibir a fraude a direitos e de evitar a proliferação de cooperativas "fraudulentas". Sem dúvida, trata-se de um desafio que se coloca não apenas à Justiça do Trabalho, mas à sociedade brasileira. É fundamental discernir entre as experiências de autêntico cooperativismo e as que, apropriando-se do rótulo do cooperativismo, procuram burlar a lei que assegura ao trabalhador brasileiro sua condição de sujeito de direitos. É contra isso que as decisões dos Tribunais se rebelam, na medida em que desnudam os rótulos e as fórmulas que *parecem deixar consumir em nome da integração que se desintegra a raiz do ser e do viver.*[33]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANFIP, Revista de Seguridade Social, março/abril 2001 (http://www.anfip.org.br/arqs-pdfs/revista67.pdf).

Baltar, P. & Mattoso, J. "Estrutura econômica e emprego no Brasil: a experiência recente". *In Velloso, João P. dos Reis.* "Desafios de um País em Transformação", Ed. José Olympo, RJ, 1997.

Belluzzo, Luiz Gonzaga. "Fascismo", *Folha de São Paulo.* 3.jun.2001, pág. B-2.

(33) Em referência à epígrafe que abre este artigo.

Camargo, José Márcio. "Flexibilidade e produtividade do mercado de trabalho brasileiro". *In Camargo, José Márcio* (Org.). "Flexibilização do mercado de trabalho no Brasil", Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996, págs. 11-46.

DIEESE. O comportamento das negociações coletivas de trabalho nos anos 90: 1993-1996. São Paulo: DIEESE, 1999 (Pesquisa DIEESE n. 15).

_____. Informativo eletrônico, Ano I, n.2, maio 2000 (O pior ano para as negociações salariais).

Fernandes, Fátima; Rolli, Cláudia. "Cooperativas disfarçam crise do emprego", *Jornal Folha de São Paulo.* 7.abr. 2002, pág. B-1 (Dinheiro).

Krein, José Dari, Oliveira, Marco Antonio. "Mudanças Institucionais e Relações de Trabalho: 1995-1998". *In* "Anais da ABET", VI Encontro Nacional de Estudos do Trabalho. Belo Horizonte: ABET, 1999, págs. 639-672.

_____. "A reforma trabalhista de FHC e sua efetividade", CESIT, São Paulo, 2002, s. ed.

Mattoso, Jorge. "A desordem do trabalho", São Paulo: Scritta, 1995; e "Emprego e concorrência desregulada". *In Oliveira, Carlos Eduardo Barbosa; Mattoso, Jorge* (Org.) "Crise do Trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?", São Paulo: Scritta, 1996.

Mattoso, J. & Pochmann, M. "Mudanças estruturais e o trabalho no Brasil nos anos 90", Revista Economia & Sociedade n. 10, IE/UNICAMP, Campinas, 1998.

Mauad, Marcelo. In "Falsas cooperativas fazem intermediação ilegal de mão-de-obra", *Folha de São Paulo,* 7.abr. 2002, pág. B-3 (Dinheiro).

Moreira, Marcelo. "Região do ABC ganha cooperativa", *Folha de São Paulo,* 20 out. 99, pág. 2-1 (Caderno Dinheiro).

OCB (Organização do Cooperativismo no Brasil). Brasília: OCB/DETEC/ Banco de Dados. http://www.ocesp.org.br/jnoticias.htm, 2001.

Pazzianotto, Almir. "O fim do emprego", Boletim do Diap, Brasília, jan. 1998.

Perius, Vergílio. "As cooperativas de trabalho: alternativas de trabalho e renda", *Revista LTr,* vol. 60, n. 3, março de 1996.

Pochmann, Márcio. "O trabalho sob fogo cruzado: exclusão, desemprego e precarização no final do século", São Paulo: Editora Contexto, 1999.

_____. "Década dos mitos. O novo modelo econômico e a crise do trabalho no Brasil", São Paulo: Editora Contexto, 2001.

Ricupero, Rubens. "O mundo imita o Brasil", *Folha de São Paulo,* 31.mar. 2002, pág. B-2 (Dinheiro).

Santos, Anselmo Luiz dos. "Encargos Sociais e custo do trabalho no Brasil". *In Oliveira, Carlos Alonso, Mattoso, Jorge* (Org.). "Crise e trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?", São Paulo: Scritta, 1996, págs. 221-252.

Süssekind, Arnaldo et allii. "Instituições de Direito do Trabalho", 16ª ed., vol. 1, São Paulo: LTr, 1996.

Toledo, José Roberto de. "Os miseráveis são 25.000.000", *Folha de São Paulo,* 26.set.98, pág. A-3 (Mapa da exclusão).

Wandelli, Leonardo Vieira. "A invenção do trabalhador livre no Brasil", Curitiba, 2001, seminário para programa de mestrado em Direito, UFPR — Universidade Federal do Paraná, s. ed.

RECURSO DE MULTA

HENRIQUE DAMIANO(*)

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar o recurso de multa previsto no artigo 678, I, *c*, I da Consolidação das Leis do Trabalho no contexto das demais normas, considerando que as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade.

O dispositivo em questão está assim redigido:

> *Art. 678. Aos Tribunais Regionais, quando divididos em Turmas, compete:*
>
> *I — ao Tribunal Pleno, especialmente;*
>
> ...
>
> *c) processar e julgar em última instância:*
>
> *I — os recursos das multas impostas pelas Turmas;*

Tal recurso, embora existente desde a edição da Consolidação das Leis do Trabalho, parece não ser muito usual e até mesmo desconhecido da maioria dos causídicos e doutrinadores.

Já se passaram cerca de 63 anos de vigência da Consolidação das Leis do Trabalho e a possibilidade de cabimento do referido recurso, encontra-se na pauta do dia de alguns Tribunais.

Duas grandes correntes opostas se formaram a respeito.

Uma pelo não cabimento do recurso, fundando-se: na exaustividade do artigo 893 do Texto Consolidado, no princípio da unirrecorribilidade de uma decisão, na previsão de multa administrativa e não jurisdicional e na não obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição.

Outra, pelo cabimento do recurso de multa, que defende a exemplificatividade do artigo 893 da Consolidação das Leis do Trabalho, interpre-

---

(*) Juiz do Trabalho da 15ª Região.

tando o citado artigo de forma gramatical e sistemática, trazendo à baila a inconstitucionalidade do artigo 908 do mesmo Texto Consolidado e a impossibilidade de recorrer de revista quando se discute questões fáticas.

A divergência de posicionamentos vem retratada nas jurisprudências que a cada tópico são lançadas para evidenciar os argumentos.

Verificaremos a formação e o prazo para respectiva interposição, que também é questão controvertida.

Na conclusão procuraremos resumir os entendimentos e esboçar nossa posição a respeito, salientando que alguns feitos encontram-se pendentes de recurso no Tribunal Superior do Trabalho, que em breve trará mais luz à questão, por ser este o órgão jurisdicional competente para definir a aparente antinomia.

1. HISTÓRICO

O sentimento natural de justiça exige que mais de uma pessoa ou Tribunal examine as decisões, criando-se graus superiores de jurisdição que reavaliem o acerto ou desacerto do primeiro pronunciamento.

Desde os primórdios dos tempos, os ordenamentos sempre admitiram a possibilidade de reparar-se, através de diversos meios, as errôneas ou mal analisadas decisões tomadas por quem conheceu da causa pela primeira vez.

Conforme *José Carlos de Matos Peixoto*, entre os antigos egípcios e hebreus existia um sistema aperfeiçoado de recurso. No direito ateniense, o tribunal dos heliastras funcionava como tribunal de recurso(1).

Em Roma, desde os tempos remotos era conhecida a *provocatio*, meio hábil consagrado para o reexame de decisões.

No dizer de *Cícero*

> *Provocationem autem etiam a regibus fuisse, declarant pontificii libri, significant nostri etiam augulares: itemque ab omni judicio poenaque revocari licere, indicant XII Tabulae compluribus: ut, quod proditum memoriae est, X viros, qui leges scripserint, sine provocatione creatos, satis ostenderit, reliquos sine provocatione magistratus non fuisse; Lucilique Valeri Potiti et M. Horati Barbati, hominum concordiae causa sapienter popularium, consularis lex sanxit, ne qui magistratus sine provocatione crearetur*(2).

Durante o Império admitiu-se como recurso normal a *appellatio*, com efeito suspensivo e seu uso generalizou-se, não obstante reconhecer-se que nem sempre a decisão reformadora fosse mais justa que a reformada.

---

(1) *Matos Peixoto. José Carlos*, "Recurso Extraordinário", 1935, pág. 12.

(2) "De República", II, 31 *apud Campos Batalha, Wilson de Souza*, "Tratado de Direito Judiciário do Trabalho", 2ª ed., São Paulo: LTr, 1982, pág. 749.

No Direito Justinianeu, a *revocatio in duplo* não mais subsistiu, restando o meio extraordinário da *in integro restituto* e o meio ordinário da *appellatio*.

A preocupação de verificar de novo e corrigir o julgado veio criando através dos tempos várias modalidades de recursos.

Na época das Ordenações, conheceu-se recursos ordinários (embargos, apelação, agravo de petição, agravo de instrumento, carta testemunhável, agravo nos autos do processo, agravo ordinário ou suplicação, agravo de ordenação não guardada) e extraordinários (revista de graça especial e especialíssima, queixa imediata ao príncipe).

O agravo ordinário e o de ordenação foram suprimidos em decorrência da simplificação que veio com os tempos. A independência do Poder Judiciário já não podia comportar a intromissão do Poder Executivo através da Revista de Graça Especial e Especialíssima ou da Queixa Imediata ao Príncipe.

O Regulamento n. 737, de 1850, criou os recursos de embargos, apelações, revistas, agravos (de petição e de instrumento) e cartas testemunháveis. Esse sistema recursal permaneceu, em suas linhas mestras, mesmo depois de os Estados-membros terem adquirido competência em matéria legislativa processual[3].

Ainda que com a autonomia dos Estados em matéria legislativa processual tenha permanecido, no geral, o mesmo sistema recursal, o Recurso de Revista, porém, ficou restrito aos julgamentos dos Tribunais Estaduais e o Recurso Extraordinário (equivalente à antiga suplicação ou agravo extraordinário) para o Supremo Tribunal Federal a fim de manter a intangibilidade do direito em tese.

Em 1939 editou-se no Brasil o Código de Processo Civil de âmbito Nacional (Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de novembro) unificando, dessa maneira, a legislação sobre a matéria.

A simplificação do processo decorrente dos princípios do procedimento oral teve seu reflexo no sistema dos recursos, notadamente pela supressão da recorribilidade das decisões interlocutórias.

Na exposição de motivos ao projeto do Código de Processo Civil de 1939, constou a seguinte diretriz: "quanto aos recursos, foram abolidos os dos despachos interlocutórios". Tais recursos concorriam para tumultuar o processo, prolongá-lo e estabelecer confusão no seu curso. Fundavam-se na sua generalidade em matéria de caráter puramente processual e só se justificariam em um sistema de processo concebido de maneira rígida ou hierática, contendo por única finalidade a estrita conservância das suas regras técnicas, sem atenção ao seu mérito e à sua finalidade.

O Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 808, admitiu os seguintes recursos: Apelação, Embargos de Nulidade ou Infringentes do julgado, Agravo (de petição, de instrumento e nos autos do processo), Revista, Embargos de Declaração e Recurso Extraordinário.

---

(3) *Campos Batalha, Wilson de Souza.* "Tratado de Direito Judiciário do Trabalho", ob. cit., pág. 750.

As Leis de Falência e de Executivos Fiscais admitiram, ainda, a Carta Testemunhável como meio para que chegue ao conhecimento do juízo *ad quem* o agravo indeferido pelo juízo *"a quo"*. Algumas leis de organização judiciária previram reclamações e correições contra juízes[4].

Em 1973, a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro, revogou o Código de 1939. Em seu artigo 496 elenca os seguintes recursos: Apelação, Agravo de Instrumento, Embargos Infringentes, Embargos de Declaração, Adesivo e o Extraordinário. Restaram suprimidos em relação ao Código de 1939, o Agravo de Petição, o Agravo nos Autos do Processo, o Recurso de Revista e os Embargos para o mesmo juiz. Por outro lado, foram introduzidos o Recurso Adesivo (artigo 500) e o Agravo Retido (artigo 522, § 1º).

No Código anterior, cabia Apelação quando a sentença examinava o mérito, cabendo Agravo de Petição quando a sentença punha termo ao feito, sem examinar-lhe o mérito.

Foi abolido o Agravo nos autos do processo, introduzindo-se o Agravo de Instrumento contra decisões não definitivas (não contra despachos de mero expediente, que são irrecorríveis) e facultando-se que o agravo fique retido nos autos a pedido do agravante a fim de que dele conheça o Tribunal, preliminarmente, ao ensejo do julgamento da apelação. Pelo sistema do novo Código cabem apelação da sentença, agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias, sendo que nenhum recurso cabe contra despachos de mero expediente. Admitem-se Embargos Infringentes quando não for unânime o julgado proferido em Apelação e em Ação Rescisória, além dos Embargos Declaratórios.

Nas hipóteses previstas pela Constituição admite-se o Recurso Extraordinário, que tem efeito apenas devolutivo.

Estava em vigor o primeiro Código de Processo Civil Nacional (1939) quando surgiu a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 10 de maio de 1943). Houve expressa previsão dos seguintes recursos: Ordinário, Embargos de Nulidade e Infringentes do julgado, Agravo (de Petição e de Instrumento), Revista e Recurso Extraordinário.

2. CONCEITO

Recurso tem origem no latim *recursus*, que dá a idéia de regressar, retroagir, recuar, refluir.

> *De sua análise etimológica, o intérprete observa que a palavra recurso é composta de "re" (volta, renovação) e de "cursus" (curso). Tem-se, então, novo curso. Transportando esse sentido etimológico para o mundo jurídico, chega-se ao significado de pedido de novo exame da causa perante órgão jurisdicional superior. O vocá-*

(4) *Batista Martins, Pedro Antonio.* "O Abuso do Direito e o Ato Ilícito", Rio de Janeiro: Forense, 1941, pág. 158.

bulo recurso também é empregado pelo legislador com o amplo e genérico sentido de "meios de defesa". É o que se constata, dentre outras disposições, do escrito no inciso II do art. 5º da Lei n. 1.533, de 31.12.1951[5].

Para *Francesco Carnelutti*, recurso seria um amplo instrumento processual destinado a corrigir um desvio jurídico, em vez de apenas constatá-lo[6].

Para *José Carlos Barbosa Moreira*, ele é o "remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna"[7].

Segundo *Moacyr Amaral Santos* é "o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reformulação ou modificação"[8].

José Frederico Marques, tem o recurso como "um procedimento que se forma para que seja revisto pronunciamento jurisdicional contido em sentença, decisão interlocutória, ou acórdão"[9].

Para *Sérgio Bermudes* é o

direito de provocar no mesmo processo, o reexame de uma decisão judicial, pelo órgão que proferiu, ou por outro hierarquicamente superior, visando a obter sua reforma total ou parcial e a impedir a formação da coisa julgada[10].

Para *Pontes de Miranda*

recorrer significa comunicar a vontade de que o feito ou parte do feito continue conhecido, não se tendo, portanto, como definitiva a cognição incompleta, ou completa que se operara[11].

Manoel Antonio Teixeira Filho conceitua recurso como o direito que a parte vencida ou o terceiro possui de, na mesma relação processual e atendidos os pressupostos de admissibilidade, submeter a matéria contida na decisão recorrida a reexame, pelo mesmo órgão prolator ou por outro distinto e hierarquicamente superior, com o objetivo de anulá-la ou reformá-la total ou parcialmente[12].

---

(5) *Urbano Gonçales, Odonel; Teixeira Manus, Pedro Paulo.* "Recursos no Processo do Trabalho", São Paulo: LTr, 1997, pág. 7.

(6) *Apud Greco Filho, Vicente.* "Direito Processual Civil Brasileiro", São Paulo: Saraiva, 1994, vol. II, pág. 257.

(7) "Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro", Rio: Forense, 1980, vol. I, pág. 191.

(8) "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", São Paulo: Saraiva, 1981, vol. 3, pág. 82.

(9) "Manual de Direito Processual Civil", São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 113.

(10) "Comentários ao Código de Processo Civil", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pág. 25.

(11) "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio: Forense, 1975, tomo VII.

(12) "Sistema dos Recursos Trabalhistas", São Paulo: LTr, 1995, pág. 54.

3. NATUREZA JURÍDICA

Betti atribui constitutividade ao recurso em virtude da possibilidade de acarretar o desfazimento ou a remoção do pronunciamento jurisdicional contra o qual se dirigiu. Perfila o entendimento de que o recurso possui caráter distinto e autônomo da ação, pois em certas hipóteses terceiros podem ser dotados de legitimidade para interpor esse remédio. Para ele o recurso constitui uma ação diversa e autônoma em relação àquela em que as partes se encontram envolvidas[13].

Para *Ugo Rocco*, a pretensão recursória se apresenta como simples manifestação, aspecto, ou mesmo modalidade do próprio direito de ação que se exercita no processo[14].

O Estado ao instituir a justiça oficial ou pública como medida tendente à manutenção da estabilidade das relações sociais, considerou como crime "fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite"; tratando-se de exercício arbitrário das próprias razões conforme previsto no art. 345, do Código Penal. Como compensação, outorgou-lhes o direito de ação, hoje elevado à categoria constitucional. O Estado-juiz não permite aos indivíduos a autotutela de direitos ou a auto-satisfação de seus interesses, e como conseqüência lógica não consente que se recusem a acatar o provimento jurisdicional desfavorável, salvo se dele interpuserem recurso.

O direito de recorrer se revela como uma extensão do próprio direito de ação que se exerce no processo, ou como mero aspecto ou exteriorização do direito de provocar o exercício do poder-dever jurisdicional do Estado, que se realiza por intermédio da ação.

A previsão de Ação Rescisória, Embargos de Terceiro, Mandado de Segurança etc. não elide a afirmação de que o recurso é emanação do direito de ação, pois tais ações se relacionam, embora em maior distância com a ação principal, não tendo muita relevância a particularidade de serem empreendidas em processos distintos. Conforme entendimento moderno, o recurso não é uma ação autônoma, é um direito subjetivo que se encontra implícito no direito público, também subjetivo e constitucional que é o de ação[15].

4. DAS FORMAS DE RECURSOS TRABALHISTAS

Dispõe o artigo 893 da Consolidação das Leis do Trabalho que das decisões são admissíveis os recursos de Embargos, Ordinário, de Revista e Agravo. Estabelece o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, que os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio juízo ou Tribunal, admi-

---

(13) "Diritto Processuale Civile Italiano", *apud Barbosa Moreira, José Carlos.* "O Novo Processo Civil Brasileiro", Rio de Janeiro: Forense, 1980.

(14) "Trattato di Diritto Processuale Civile", Roma: 1917, vol. I, pág. 371.

(15) *Bermudes, Sérgio.* "Comentários ao Código de Processo Civil", ob. cit., pág. 22.

tindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva. O parágrafo segundo possibilita a interposição de recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Cumpre sabermos, e é objeto do presente estudo, se o Recurso de Multa para o Plenário do Tribunal Regional previsto no artigo 678, inciso I, letra *c*, número 1, encontra-se vigendo; sendo (ou não) mais um recurso no processo trabalhista.

Duas grandes correntes se formaram a respeito do assunto, pelo cabimento ou não de tal recurso.

A incompatibilidade entre duas ou mais normas é um mal a ser eliminado, pressupondo uma regra de coerência, "Num ordenamento jurídico não devem existir antinomias"[16].

Apresentamos a seguir os principais posicionamentos a respeito do assunto e posterior sugestão conclusiva.

5. NÃO CABIMENTO DO RECURSO DE MULTA

Na forma do artigo 652, letra *d*, compete às Varas do Trabalho impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência. De forma semelhante o artigo 678, II, letra *c*, dispõe que compete às Turmas impor multas e demais penalidades relativas a atos de sua competência jurisdicional. O artigo 678, I, *c*, n. 1 fixa a competência do Tribunal Pleno para processar e julgar em última instância os recursos das multas impostas pelas Turmas.

Quanto às multas aplicadas em sentença pelo juízo *a quo*, ou em acórdão pelo Tribunal, nos casos de competência originária (Mandado de Segurança, *Habeas Corpus*, Ação Rescisória e Ação Anulatória), não há divergência quanto ao cabimento do Recurso Ordinário para a instância superior. A celeuma surge com relação às multas impostas pelas Turmas do Tribunal Regional do Trabalho nas decisões de recursos originários da primeira instância.

O recurso de multa para o Tribunal Pleno, não está elencado no artigo 893 acima citado, ocorrendo divergências quanto ao seu processamento. Diversas correntes se formaram pelo seu não cabimento. Dentre elas citamos: I — a da exaustividade e taxatividade do artigo 893 da CLT quando elenca os recursos cabíveis na Justiça do Trabalho; II — do princípio da adequação; III — das Multas Administrativas; IV — da não obrigatoriedade do Duplo Grau de Jurisdição.

5.1. Da Exaustividade

Sérgio Pinto Martins posiciona-se no sentido de que no Processo do Trabalho os recursos são os previstos no artigo 893 da CLT que é exaustivo

(16) *Bobbio, Norberto*: "Teoria do Ordenamento Jurídico", Brasília: Unb, 1982, pág. 110.

e não meramente exemplificativo[17]. A única exceção, segundo ele, seria o recurso adesivo previsto no artigo 500 do CPC que adere ao recurso interposto pela parte contrária, não se podendo utilizar outros recursos previstos no Código de Processo Civil ou legislação complementar em razão da ausência de omissão da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para *Wagner Giglio* a enumeração do artigo 893 da Consolidação das Leis do Trabalho é taxativa, ressaltando a possibilidade dos recursos extraordinários, embargos declaratórios, pedido de revisão e correição parcial nos processos trabalhistas[18].

Wilson de Souza Campos Batalha alia-se à corrente de que os recursos são definidos taxativamente pela lei, não comportando aplicação analógica ou subsidiária[19].

No mesmo sentido *Isis de Almeida* entende que o artigo 893 da Consolidação das Leis do Trabalho dá o elenco de recursos admissíveis no Processo Trabalhista e que a regra de interpretação é estrita "pois a relação não é exemplificativa"[20].

Na esteira do princípio da taxatividade, pelo qual somente são considerados como recursos aqueles designados em *numerus clausus* pela Lei Federal, e aliado à corrente doutrinária anteriormente citada surgiu uma linha jurisprudencial no sentido de que quando o legislador quer tomar evidente o limite de abrangência da norma legal, utiliza-se de certas expressões tais como "apenas", "unicamente", "só", e "seguinte". Indica que o artigo 893 usa exatamente o vocábulo "seguinte" para evidenciar a taxatividade e a exaustividade. Em tal sentido citamos:

> *RECURSO DE MULTA. DECISÃO DE TURMA QUE CONDENOU A EMPRESA NO PAGAMENTO DE 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Não basta que o recurso esteja previsto em lei federal, sendo necessário, ainda, adequação da medida processual adotada com a decisão impugnada. A sistemática recursal trabalhista é tratada de forma taxativa pelo artigo 893 do Texto Consolidado. Ainda que se tenha por criado o recurso de multa, segundo o disposto no artigo 678, inciso I, c, da CLT, mesmo assim não há qualquer regulamentação quanto ao procedimento, bem como quanto aos pressupostos extrínsecos e intrínsecos para o julgamento do mesmo. Agravo Regimental a que se nega provimento. (TRT 15ª Região — 115/00-AG — Ac. 1.439/00-A — Rel. Desig. Levi Ceregato — Seção Especializada — DOE 9.11.2000, pág. 4,* in *Boletim Informativo n. 153 do TRT 15ª Região — janeiro/2001).*

---

(17) "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, pág. 882.

(18) "Direito Processual do Trabalho", 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 388.

(19) *Campos Batalha, Wilson de Souza*, "Tratado de Direito Judiciário do Trabalho", ob. cit., pág. 753.

(20) "Manual de Direito Processual do Trabalho", 7ª ed., São Paulo: LTr, 1995, pág. 344.

5.2. Princípio da Adequação

Preleciona *Vicente Greco Filho* que "o cabimento do recurso significa a existência no sistema processual brasileiro do tipo de recurso que se pretende utilizar ...[21]".

Manoel Antonio Teixeira Filho ao tratar dos pressupostos recursais objetivos, específicos quanto à adequação afirma que

> *por adequação se entende a conformidade do recurso com a decisão por ele impugnada, segundo a previsão legal (por exemplo cabe recurso ordinário das sentenças proferidas pela JCJ). Para cada espécie de pronunciamento jurisdicional a lei prevê um recurso próprio, específico, ou seja, adequado. Daí a adequação figurar como um dos pressupostos objetivos para a admissibilidade dos recursos em geral*[22].

Por esse princípio as decisões não comportam recurso isolado, sendo que a Consolidação das Leis do Trabalho não prevê dois recursos para o mesmo caso. Do mesmo acórdão não caberia Recurso de Revista e, simultaneamente, o Recurso de Multa, ora em análise. Nessa esteira citamos a seguinte jurisprudência:

> *RECURSO DE MULTA. SISTEMA DE RECURSOS TRABALHISTAS. INEXISTÊNCIA. O "Recurso de Multa" não está previsto no sistema de recursos trabalhistas, constatando-se ainda que inexiste a devida adequação da medida processual adotada com a decisão impugnada pela parte. Recurso não conhecido, por incabível" (TRT 15ª Região — RM 1.659/99, Ac. 1.645/2000 — Rel. Juiz Antonio Miguel Pereira — Seção Especializada —, DOE de 5.12.2000, pág. 4).*

5.2.1. Princípio da Unirrecorribilidade

Também decorrente do princípio da adequação extrai-se o princípio da unirrecorribilidade ou singularidade de recurso. Inobstante não constar tal princípio da Lei Processual Civil em vigor desde de 1973, como ocorria no artigo 809 do Código de 1939, os que defendem o princípio da adequação entendem que a unirrecorribilidade ou singularidade dos recursos permanece íntegra em face do sistema recursal em vigor. Por este princípio não se admite a interposição de mais de um recurso, salvo expressa disposição como, por exemplo, o artigo 498 do CPC.

Nesse sentido é o entendimento de *Nelson Nery Junior* e *Rosa Maria Andrade Nery*, "Pelo princípio da singularidade, de cada decisão recorrível é cabível um único tipo de recurso, vedado à parte ou interessado interpor mais de um tipo de recurso contra a mesma decisão[23].

---

(21) "Direito Processual Civil Brasileiro", ob. cit., pág. 267.

(22) "Sistema de Recursos Trabalhistas", ob. cit., pág. 132.

(23) "Código de Processo Civil Comentado", 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, pág. 960.

5.3. Multas Administrativas

Antonio Lamarca afirma que a Consolidação das Leis do Trabalho em sua primeira edição, procedeu a mera transposição de artigos do Decreto n. 6.596, de 12 de dezembro de 1940 "obviamente com nova numeração"[24].

Preconizava a letra *k* do artigo 35 do referido Decreto que competia aos "Conselhos Regionais" "impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência, e julgar os recursos interpostos das decisões das Juntas que as impuserem".

As penalidades a que se reportava o referido Decreto encontravam-se previstas no Título III (artigos 210 e seguintes), de natureza eminentemente administrativa, com exceção daquela que prevê, cumulativamente, a pena de prisão (artigo 213), pois o artigo 226 previa a cobrança mediante executivo fiscal perante o juízo competente para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Os aludidos dispositivos previstos no multicitado Decreto n. 6.596, aprovado para regulamentar a Justiça do Trabalho em face dos Decretos-Leis ns. 1.237, de 2 de maio de 1939 e 2.851, de 10 de dezembro de 1940, resultaram em sua redação atual nos artigos 678, letra *c*, 1 e 722 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 226 que previa a cobrança mediante executivo fiscal, transformou-se no artigo 908 do mesmo texto consolidado.

Para esta corrente, a breve digressão demonstra o caráter administrativo e não judicial da penalidade que eventualmente venha a ser aplicada pela Turma e que poderia ser conhecida e excluída pelo Egrégio Tribunal Pleno. Ressalta, ainda, esta corrente que tanto no regime anterior à Consolidação das Leis do Trabalho como atualmente, os recursos decorrentes de decisões de natureza processual proferidas pelos antigos Conselhos Regionais, atuais Tribunais Regionais do Trabalho, inclusive os divididos em Turmas, eram aqueles expressamente previstos no Título II — Processo da Justiça do Trabalho (artigo 200 do citado Decreto) e agora preconizado no artigo 893, Título X — Do Processo Judiciário do Trabalho, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em tal sentido são as seguintes jurisprudências:

> *RECURSO DE MULTA. PENALIDADE PROCESSUAL APLICADA POR MULTA. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO. O Tribunal Pleno não tem competência para apreciar e julgar recurso de multa imposta por órgão fracionário quando a condenação é de caráter eminentemente processual, sob pena de instituição de nova instância, uma vez que a interpretação histórica do artigo 678, inciso I, letra c, n. 1 da CLT, permite concluir que a hipótese ali tratada refere-se tão-somente, às multas administrativas impostas pelas Turmas, bem como aos recursos interpostos contra decisão de primeiro grau que fixou*

(24) "Processo do Trabalho Comentado", arts. 643 a 901, da CLT, Revista dos Tribunais, 1982.

penalidade equivalente. (TRT 15ª Região, Proc. 25.762/01, Ac. 95/03-PDI1 — Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella — Seção Especializada, DOE, 14.2.03, pág. 3)

RECURSO DE MULTA. PENALIDADE PROCESSUAL APLICADA POR MULTA. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO. O Tribunal Pleno não tem competência para apreciar e julgar recurso de multa imposta por órgão fracionário quando a condenação é de caráter eminentemente processual, sob pena de instituição de nova instância, uma vez que a interpretação histórica do artigo 678, inciso I, letra c, n. 1 da CLT, permite concluir que a hipótese ali tratada refere-se tão-somente, às multas administrativas impostas pelas Turmas. (TRT 15ª Região, Proc. 740/01, Ac. 919/01-A — Rel. Desig. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella, Seção Especializada, DOE 1º.10.01, pág. 7)

5.4. Não Obrigatoriedade do Duplo Grau de Jurisdição

Na forma do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Analisando referido dispositivo surgiram as correntes do duplo grau de jurisdição obrigatório e da dupla apreciação da prova. A primeira, afirma que a Constituição Federal de 1988 encampa o duplo grau de jurisdição obrigatório de forma geral quando disciplina ser garantia fundamental dos litigantes em processo judicial ou administrativo, assim como de qualquer acusado, o contraditório e a ampla defesa, "com os meios e recursos a ela inerentes". A segunda, posiciona-se no sentido de que há uma confusão entre duplo grau de jurisdição e dupla apreciação da prova, nada havendo no ordenamento jurídico pátrio que assegure a dupla apreciação da prova, nominada, na prática, de não supressão de instância[25].

A primeira corrente vem sustentando que o duplo grau de jurisdição possui previsão constitucional implícita, argumentando com o fato de que o artigo 92 do Texto Supremo haver minudenciado em seus incisos os órgãos aos quais compete o exercício da administração da Justiça, sendo que dentre eles se encontram os diversos Tribunais lá especificados. Desta maneira, a duplicidade de graus de jurisdição estaria configurada pela referência aos Tribunais a quem a Constituição da República atribui competência para o julgamento dos recursos, sem prejuízo das matérias que lhe são de competência originária.

Pela segunda corrente, em nenhum momento o Texto Constitucional proclama a garantia do duplo grau de jurisdição, sendo que o artigo 92 está a indicar a mera possibilidade do interessado interpor recurso para os graus superiores de jurisdição. A existência dos Tribunais, naquele dispositivo constitucional, deve ser interpretada como o reconhecimento da possibili-

(25) *Oliveira Silva, José Antonio Ribeiro de.* "O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição", Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 11, págs. 155/160, abril/junho de 2000.

dade de se provocar o exame da matéria versada na ação por órgão superior de jurisdição e não segundo se tem entendido como um direito de sempre se poder exercitar a pretensão recursal diante de uma decisão desfavorável. Disso resulta que a interpretação de aplicação do Recurso de Multa, somente a multas administrativas e não jurisdicionais, não apresenta a eiva de inconstitucionalidade por que inexiste, em nosso sistema constitucional, a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, como direito ou garantia do indivíduo. Sempre que o constituinte pretendeu proclamar a existência de tais direitos e garantias o fez de modo expresso, como ocorreu com a ação judicial, verdadeiro direito público subjetivo, hoje elevado ao patamar constitucional (artigo 5º, inciso XXXV).

Por este posicionamento, o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal ao afirmar que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" não infere a suposta presença do duplo grau de jurisdição, pois em nenhum momento a Carta Constitucional deixa transparecer haver adotado, como princípio fundamental, o reexame dos pronunciamentos judiciais.

Assim, por exemplo, não há se falar conseqüentemente, em inconstitucionalidade do § 4º do artigo 2º da Lei n. 5.584/70 que institui as denominadas ações de alçada, exclusivas dos órgãos de primeiro grau, ao dispor serem irrecorríveis as sentenças prolatadas nas causas de valor não excedente a duas vezes o salário mínimo, salvo se versarem sobre matéria constitucional, bem como o não cabimento de Recurso em Multas aplicadas pelas Turmas dos Tribunais quando versarem sobre matérias jurisdicionais, pelo mesmo motivo.

6. DO CABIMENTO DO RECURSO DE MULTA

6.1. Exemplificatividade do artigo 893 da CLT

A enumeração feita pelo artigo 893, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho é, por princípio, taxativa, podendo ser admitidos no Processo do Trabalho os recursos elencados naquela norma. Entretanto, cumpre distinguir a exaustividade dos recursos previstos em tal dispositivo da exaustividade dos recursos previstos na legislação trabalhista.

Do ponto de vista dos recursos trabalhistas, a exaustividade deve ser analisada no contexto da legislação trabalhista e não isoladamente no artigo 893. Esse artigo consolidado não esgota o rol de recursos trabalhistas, pois tanto a Consolidação das Leis do Trabalho quanto as leis extravagantes prevêem outros recursos. Mencionemos como exemplo os Embargos de Declaração (CLT, art. 702, 11, *e* e § 2º, *d*), Recurso Extraordinário (CLT, art. 893, § 2º), Agravo Regimental (CLT, artigo 709, § 1º), Correição Parcial (CLT, art. 709, *II*), Pedido de Revisão (Lei n. 5.584/70, artigo 2º, § 1º) e Recurso de Multa (CLT, artigo 678, I, *c*, n. 1).

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê uma relação de recursos em sentido estrito e outra em sentido amplo, sem aplicação da subsidiariedade do Código de Processo Civil.

Considerando a presença de outros recursos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, mas fora do artigo 893 "a conclusão que se impõe é de ser relativamente taxativa a enumeração feita pelo precitado artigo"[26].

Desautorizada, entretanto, a trasladação, pura e simples, para o Processo do Trabalho de qualquer dos meios impugnativos próprios do Processo Civil. "Se, ao contrário, cotejarmos as disposições do artigo 893, *caput*, da CLT com as do processo civil respeitantes aos meios recursais não há como negar o caráter de taxatividade plena daquela norma trabalhista"[27], mesmo porque só aplicável o Código de Processo Civil quando lacunosa a Consolidação das Leis do Trabalho, por força do artigo 769, deste último diploma.

Pela exemplificatividade do artigo 893 e cabimento de outros recursos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, como o Recurso de Multa, posiciona-se a seguinte jurisprudência:

> *RECURSO INOMINADO. MULTA EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1. O recurso inominado previsto no art. 678, I, c, n. 1, da CLT, é cabível contra a imposição de multa em embargos de declaração considerados protelatórios pelas Turmas dos Tribunais Regionais. A competência para seu julgamento, no âmbito da 2ª Região, é da Seção de Dissídios Coletivos e Individuais, que faz as vezes do Tribunal Pleno, na forma do Regimento Interno. 2. Se o objeto dos embargos declaratórios é repisar questões já enfrentadas pela Turma Julgadora, na tentativa de reforma do julgado, reputa-se protelatória a medida intentada, na forma do livre convencimento, negando-se provimento ao recurso que tenta elidir a multa imposta. (TRT 2ª Região — 2000009881/2000, j. 1º.6.2000, Rel. Nelson Nazar — Seção de Dissídios Individuais. DOESP, PJ, TRT 2ª R., 7.7.2000)*

6.2. Interpretação Gramatical e Sistemática

A interpretação gramatical ou filológica é a que toma por base o significado das palavras da lei e sua função gramatical. É o primeiro passo a se dar na interpretação de uma norma jurídica.

Efetuando-se uma interpretação gramatical não há dúvidas de que o artigo 678 determina competência ao Tribunal Pleno para julgar os recursos de multas impostas pela Turma, não se podendo extrair interpretação diferente.

Considerando que a interpretação gramatical, por si só, é insuficiente porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e a sua adequação à realidade social, é necessário colocar seus resultados

(26) *Teixeira Filho, Manoel Antonio.* "Sistema de Recursos Trabalhistas", ob. cit., pág. 34.

(27) *Teixeira Filho, Manoel Antonio.* "Sistema de Recursos Trabalhistas", ob. cit., pág. 34.

em confronto com a interpretação lógico-sistemática, levando-se em conta o sistema em que se insere o texto e procurando estabelecer a concatenação entre este e os demais da própria lei. Em suas diversas modalidades o método lógico supõe sempre a unidade e a coerência do sistema jurídico.

Por esta forma de interpretação também concluímos pela vigência e eficácia do dispositivo que dá competência ao Tribunal Pleno para análise dos recursos de multa, notadamente quando referirem-se à questão fática ou provas nos autos.

Neste sentido, também a jurisprudência abaixo:

> *RECURSO VOLTADO CONTRA MULTA IMPOSTA POR ACÓRDÃO TURMÁRIO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (CPC, ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO) — CABIMENTO — COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO — (CLT, ART. 678, INCISO I, LETRA C, ITEM 1). Quer da norma legal, quer da regimental, não se extrai a interpretação de que a multa ali referida "tem índole administrativa ou correicional, já que se destina à reforma de punição tomada em sede de administração ou função correicional da Turma". Inteligência do art. 678, inciso I, letra c, item 1, do Texto Consolidado, c/c. art. 46, letra f, do Regimento Interno desta E. Corte Regional. "AMT" que se conhece, rejeitando-se o incabimento por suposta impropriedade da medida, suscitado pelo d. MPT (TRT 9ª Região, AMT 00003/2001, Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpao, DOPR 5.10.2001).*

Como já analisamos, na forma do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, somente cabe Recurso de Revista por divergência jurisprudencial, violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

Entendendo-se pelo não cabimento do Recurso de Multa, a parte prejudicada ficaria sem poder externar o seu inconformismo ou corrigir erros de decisão ou de interpretação, o que ofenderia os princípios norteadores da Justiça.

O artigo 652, que prevê multas impostas pelo juízo *a quo*, e o artigo 678, II, *c*, que prevê multas impostas pelas Turmas dos Tribunais Regionais do Trabalho estão em plena vigência e, numa interpretação sistemática, não se pode concluir de forma diferente, ou seja, pela competência somente para multas administrativas, pois onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.

Não tendo o artigo restringido o leque multiforme de sanções que, sob a palavra "multa" é cominado pela Consolidação das Leis do Trabalho, pergunta-se: com que base o intérprete pode restringi-la apenas às sanções administrativas ou processuais? Pelo contrário, a interpretação de generalizar está clara pois o texto legal fala "multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência", excluindo-se, portanto, qualquer interpretação restritiva[28].

---

(28) *Alvares Silva, Antonio.* "Questões Polêmicas de Direito do Trabalho", vol. II, São Paulo: LTr, 1993, pág. 53.

Ao comentar os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, *Antonio Lamarca* afirma que esta, em sua primeira edição, procedeu a mera transposição de artigos do Decreto n. 6.596, de 12.12.1940, "obviamente com nova numeração"[29].

Ressalte-se que o artigo 34 do Decreto citado regulamenta o artigo 29, *b*, do Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939, onde estabelece que: *"Art. 29. Compete, ainda aos Conselhos Regionais; ... b) impor multas e demais penalidades; ...".*

Constata-se que tanto a Lei quanto o Decreto, fixavam a competência dos Conselhos Regionais (atuais Tribunais Regionais) para "impor multas e demais penalidades" não fazendo nenhuma remissão expressa, para indicar que seriam somente aquelas multas previstas no artigo 217 e seguintes do Decreto n. 6.596/40.

6.2.1. Inconstitucionalidade do artigo 908 da CLT

O artigo 226 do Decreto n. 6.596/40 que previa a cobrança das multas mediante executivo fiscal e que levou doutrinadores a se posicionarem pelo caráter administrativo da multa, transformou-se no artigo 908 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a seguinte redação:

> *Art. 908. A cobrança das multas estabelecidas neste Título será feita mediante executivo fiscal, perante o juiz competente para a cobrança de dívida ativa da Fazenda Pública Federal.*

Houve um flagrante erro de transposição para o texto consolidado, pois o título a que se refere o artigo é aquele que prevê sanções em caso de *lockout*, greve, desrespeito à decisão judicial que determina reintegração, represália de empregador contra empregado testemunha, violação de dissídio coletivo, recusa a depor, além de outras (art. 722 e seguintes)[30].

Este dispositivo ainda consta como vigendo, mas há flagrante inconstitucionalidade frente às disposições contidas no artigo 114 da Constituição Federal, eis que face à nova redação, compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos ..., *bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.*

A divergência, porventura existente quanto à natureza das multas impostas em processos trabalhistas, atualmente não pode mais subsistir, uma vez que a execução da referida multa também é de competência da Justiça do Trabalho, pois trata-se de litígio que teve origem no cumprimento de sentença ou acórdão.

---

(29) *Lamarca, Antonio.* "Processo do Trabalho Comentado", ob. cit.

(30) *Carrion, Valentin.* "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 76.

6.2.2. Interpretação Ontológica

De um modo geral, a história do direito é útil para o conhecimento mais consciente de todas as ciências jurídicas. O estudo dos antecedentes históricos de um particular instituto, ou de particulares disposições sujeitas à interpretação, revela-se indispensável quando se investiga o sentido real das normas positivas de direito.

Entretanto, o abuso e a exclusividade do uso do processo histórico, sob qualquer de suas modalidades, pode ocasionar más conseqüências e interpretação errônea, por afastar o intérprete do conteúdo real e social da norma que lhe cumpre apurar bem como o de sua finalidade que é a de regular as condições atuais e sociais da vida individual e coletiva[31].

6.3. Da Unirrecorribilidade das Decisões e o Recurso de Revista

Conforme vimos, aqueles que sustentam o não cabimento do Recurso de Multa, entendem cabível o Recurso de Revista, o qual deve examinar toda a matéria, inclusive a multa aplicada.

Salientamos que na fase de conhecimento são duas as hipóteses de cabimento do Recurso de Revista, ou seja, divergência jurisprudencial e violação de lei (artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho).

A divergência justificadora da interposição da Revista não pode ser apoiada na divergência entre Turmas do mesmo Regional.

A violação de lei, segundo entendimento consubstanciado no Enunciado n. 221 do Tribunal Superior do Trabalho, deve estar ligada à literalidade do preceito, não sendo possível admitir a Revista com fulcro em interpretação razoável de preceito legal.

Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas em execução de sentença, inclusive em processo incidente de Embargos de Terceiro não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal (artigo 896, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho).

No caso da aplicação de multa, duas situações podem ocorrer: a primeira delas é a multa ser ilegal por inexistente na lei e a segunda não corresponder às provas existentes nos autos.

6.3.1. Multa Ilegal

No primeiro caso, quando se tratar de fase de conhecimento, parece possível o cabimento do Recurso de Revista, pois estaríamos frente à hipótese de violação literal de disposição de lei federal. Na fase de execução, só seria possível o Recurso de Revista quando a multa ofendesse direta e literalmente dispositivo constitucional, o que restringe sua hipótese de cabimento.

---

(31) *Ráo, Vicente.* "O Direito e a Vida dos Direitos", 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, vol. 1, págs. 448/449.

O Tribunal Superior do Trabalho analisou a possibilidade de aplicação da multa prevista nos artigos 652, *d*, e 678, II, *c* da Consolidação das Leis do Trabalho nas hipóteses em que o empregador desrespeita a legislação trabalhista. Fixou posicionamento, no sentido de que as multas a que se referem tais dispositivos, são aquelas previamente fixadas em lei e não aquelas criadas pelo juiz casuisticamente. Tal posicionamento encontra-se em consonância com o princípio penal de que não há pena sem expressa previsão legal, não se constituindo os dispositivos citados em norma jurídica em branco para que o órgão judicante arbitre a seu talante percentual aleatório a título de multa incidente sobre o valor líquido do crédito em execução.

Dentre as mais abalizadas citamos:

> *MULTA DE 40%. REPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO. Os artigos 652, d, e 678, inciso II, c, da CLT ao cometerem às JCJs e às Turmas de TRT a prerrogativa de impor multas, somente concernem às multas cujos percentuais e hipóteses de cabimento estão disciplinados em lei. Não se constituem, assim, normas jurídicas em branco para o órgão judicante arbitrar, a seu talante, de ofício, percentual aleatório a título de "multa", incidente sobre o valor líquido do crédito em execução, a pretexto de não satisfação em época própria. A lei, afora os casos estritos de previsão expressa do percentual da multa, somente impõe ao devedor juros moratórios e atualização monetária. Recurso parcialmente conhecido e provido. (TST, RR 445999/98, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 1ª Turma, DJ 10.9.99, pág. 31)*

6.3.2. Multa — Questão Fática

Estamos analisando o recurso das multas impostas pelas Turmas dos Regionais e, raramente, elas se caracterizam como sendo aquelas previstas nos artigos 722 a 733 da Consolidação das Leis do Trabalho. Estas, em sua maioria, são aplicadas pelo juízo *a quo* ou pelos Tribunais em suas competências originárias.

Na maior parte das vezes, as multas aplicadas pelas Turmas são aquelas por litigância de má-fé, nos processos de conhecimento ou de execução.

Na forma do artigo 17 do Código de Processo Civil, aplicável na esfera trabalhista por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, reputa-se litigante de má-fé aquele que deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, altera a verdade dos fatos, usa do processo para conseguir objetivo ilegal, opõe resistência injustificada ao andamento do processo, procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provoca incidente manifestamente infundado, interpõe recurso com intuito manifestamente protelatório. Em tais casos a lei autoriza o juiz ou o Tribunal, de ofício ou a requerimento, condenar o litigante de má-fé, a pagar uma multa não excedente de 1% sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Verifica-se que a litigância de má-fé retratada no dispositivo legal citado, na maioria dos casos, refere-se à matéria de ordem fática, impossibilitando o Recurso de Revista, pois este só é possível em caso de divergência jurisprudencial, ofensa direta à lei ou à Constituição.

Não seria possível, portanto, aplicação do princípio da unirrecorribilidade quando estiverem presentes as duas questões, ou seja, ilegalidade e análise fática.

Daí o posicionamento no sentido do cabimento do Recurso de Multa para reavaliar as questões fáticas que levaram à sua aplicação.

Questão mais complexa ocorre quando estivermos frente à execução, pois não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal (artigo 896, § 2º da CLT).

Em execução considera-se atentado à dignidade da Justiça (artigo 600 do CPC), o ato do devedor que frauda a execução; se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; resiste injustificadamente às ordens judiciais e não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

Em tais casos o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução.

Por estes argumentos é que a primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho já se posicionou favorável ao cabimento do Recurso de Multa definindo a competência como do Pleno do Tribunal Regional do Trabalho:

> *MULTA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. À luz do art. 678, I, c, n. 1, da CLT, compete ao Pleno do TRT processar e julgar "em última instância" os recursos das multas impostas pelas respectivas Turmas. Logo, irrecorrível para o TST decisão de Turma de Regional que impõe multa em embargos declaratórios. Recurso não conhecido. (TST, 1ª T., RR-159.044/95.4, Rel. Min. Vantuil Abdala,* in *DJU de 13.12.96, pág. 50453)*

6.4. Formação do Instrumento

Se a multa for ilegal, ou seja, quando não prevista no ordenamento jurídico, o processamento do Recurso de Revista ocorre abrangendo esta e outras ofensas a dispositivos de Lei ou à Constituição.

Se questionada apenas a multa e esta implicar em análise fática ou provas dos autos, o recurso de multa pode ser processado nos próprios autos. Mas, se houver Recurso de Revista questionando outras ofensas à lei ou à Constituição, a revisão da multa pode ter procedimento semelhante ao do Agravo de Instrumento. A petição deverá conter a exposição do fato e do direito e as razões do pedido de reforma da decisão, bem como conter as peças necessárias para o deslinde do feito (cópia da decisão que pretende ver revisada, certidão da respectiva intimação, procurações outorgadas aos advogados das partes etc. ...).

6.5. Prazo

Segundo *Manoel Antonio Teixeira Filho*

Se a multa for aplicada pelo órgão de primeiro grau, dessa decisão caberá recurso (ordinário, sui generis*), no prazo de oito dias, para uma das Turmas do Tribunal (CLT, art. 678, II, c), ou para o Pleno, se não tiver dividido em Turmas (CLT art. 679). Sendo a multa aplicada pela Turma, o julgamento do recurso competirá ao pleno do mesmo Tribunal (CLT, art. 678, I, c, 1). Caso a imposição da multa provenha do Pleno, o recurso será julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, neste caso, juntamente com o recurso de revista que vier a ser interposto, ou com o recurso ordinário, sendo a causa da competência originária dos Tribunais Regionais.*

E conclui:

Trata-se, assim, de um recurso ordinário sui generis, *a ser interposto no prazo de oito dias (Lei n. 5.584/70, art. 6º, não sendo exigido nenhum preparo (nem mesmo o depósito do valor da multa); não haverá contra-razões, nem relator — exceto se o Regimento Interno dispuser de forma diversa. As razões do recorrente devem ser instruídas com cópias: a) da sentença declarada (ou acórdão); b) da petição de embargos declaratórios; c) da sentença (ou acórdão) declaratória; d) da intimação desta; e) da procuração do advogado, devendo essas razões de recurso e os referidos documentos ser autuados em separado*[32].

CONCLUSÃO

A possibilidade de aplicação de multa pelo juízo *a quo* e pelo Tribunal na apreciação de feitos em julgamento, remonta à criação da Justiça do Trabalho pelo Decreto-Lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939.

Tal possibilidade persistiu mesmo na vigência da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 10 de maio de 1943.

Os artigos 652, *d* e 678, II, *c*, do Texto Consolidado dispõe que: compete, respectivamente, às Varas do Trabalho e às Turmas do Tribunal aplicar multas e demais penalidades.

Tais dispositivos nenhuma referência fazem sobre a natureza das multas impostas, se administrativas ou jurisdicionais. Assim, necessário é buscar as diversas formas de interpretação da lei.

O artigo 908 da Consolidação das Leis do Trabalho é inconstitucional por afrontar o artigo 114 da Constituição Federal na parte em que este estende a competência para os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, aí incluídos os acórdãos.

---

(32) *Teixeira Filho, Manoel Antonio.* "As Alterações no CPC e suas Repercussões no Processo do Trabalho", 3ª ed., LTr: São Paulo, 1996, págs. 120/121.

O posicionamento de multa administrativa e a doutrina defendida por *Antonio Lamarca*, tomaram-se ultrapassados após o advento da Constituição Federal de 1988.

A interpretação histórica ou ontológica é admitida após feita a análise gramatical e sistemática, não se admitindo a interpretação *ultra* ou *extra legem*.

O artigo 893 da Consolidação das Leis do Trabalho deve ser analisado de forma exemplificativa, possibilitando o cabimento de outros recursos previstos na própria norma consolidada, não se chegando, porém, ao ponto de se admitir os recursos previstos no Código de Processo Civil quando existente similar no Processo do Trabalho ou quando incompatível com este, conforme artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Registre-se que a jurisprudência predominante é no sentido do cabimento do referido recurso, sendo que alguns Tribunais Regionais fizeram constar até mesmo em seus Regimentos Internos sua possibilidade como, por exemplo, no Regimento Interno da 9ª Região/Paraná, onde se lê:

> ***Art. 18.*** *Compete ao Órgão Especial processar e julgar, originariamente:*
>
> ...
>
> ***XI — os recursos das multas*** *impostas pela Seção Especializada, pelas Turmas e a reconsideração daquelas por ele próprio impostas.*
>
> ***Art. 51.*** *Salvo nos casos de mandado de segurança, conflito de competência, agravo regimental, recurso ordinário em procedimento sumaríssimo, recurso em aplicação de multa, suspeição,* habeas corpus, *medida cautelar, matéria administrativa, restauração de autos e, a critério do relator, nos casos em que toda a matéria discutida estiver baseada em súmula do Tribunal, haverá sempre um revisor. (g. n.)*

E no da 4ª Região/Rio Grande do Sul, *verbis*

> *Art. 37. Compete a cada Turma:*
>
> ...
>
> *e)* ***impor multas*** *e demais penalidades relativas a atos de sua competência e julgar os recursos interpostos das decisões dos Juízes de primeiro grau;*
>
> ...
>
> *Parágrafo único. Das decisões das turmas não cabe recurso para o Órgão Especial, exceto no caso de* ***multas por elas impostas*** *e na hipótese prevista no art. 201, I,* c, *deste Regimento. (g. n.)*

O Tribunal Superior do Trabalho, na fundamentação do Acórdão referente ao Recurso de Revista n. 159.044/95.4, inclinou o seu posicionamen-

to no sentido de que *"caberia ao Pleno do TRT processar e julgar os recursos interpostos contra as multas impostas pelas Turmas dos TRTs, sendo a decisão imune de exame por parte desta Corte Superior"*.

Das jurisprudências citadas, extraem-se três formas de reapreciação das multas aplicadas pelas Turmas do Tribunal.

No caso de multa ilegal, ou seja, quando não prevista no ordenamento jurídico, é cabível o processamento do Recurso de Revista, abrangendo esta e outras ofensas a dispositivos de Lei ou à Constituição Federal perpetradas pela decisão recorrida.

Quando somente se questiona a multa imposta, e esta implica em análise fática ou provas dos autos, o Recurso de Multa pode ser processado nos próprios autos principais. Mas, neste caso, quando houver Recurso de Revista questionando outras ofensas à Lei ou à Constituição Federal, a revisão da multa pode ter procedimento semelhante ao do Agravo de Instrumento. A petição deverá conter a exposição do fato e do direito e as razões do pedido de reforma da decisão, bem como conter as peças necessárias para o deslinde do feito (cópia da decisão que pretende ver revisada, certidão da respectiva intimação, procurações outorgadas aos advogados das partes etc. ...).

Como vimos, o sentimento natural de Justiça exige que mais de uma pessoa ou Tribunal examine as decisões, criando-se graus superiores de jurisdição que reavaliem o acerto ou desacerto do primeiro posicionamento. A multa, por se tratar de penalidade, atinge com maior profundidade este sentimento de Justiça. Sua aplicação deve observar o ideal de Justiça, guardando uma proporcionalidade entre o ato faltoso e sua punição. A excessiva ou errônea aplicação de multa, extravasa a relação processual para repercutir na vida social e profissional, notadamente do advogado com sua clientela.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Isis de. "Manual de Direito Processual do Trabalho", 7ª ed., São Paulo: LTr, 1995.

Álvares Silva, Antônio. "Questões Polêmicas de Direito do Trabalho", São Paulo: LTr, 1993.

Amaral Santos, Moacyr. "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", São Paulo: Saraiva, 1981.

Barbosa Moreira, José Carlos. "O Novo Processo Civil Brasileiro", Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____ . "Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro", Rio: Forense, 1980.

Batista Martins, Pedro Antonio. "O Abuso do Direito e o Ato Ilícito", Rio de Janeiro: Forense, 1941.

Bermudes, Sérgio. "Comentários ao Código de Processo Civil", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Bobbio, Norberto. "Teoria do Ordenamento Jurídico", Brasília: Unb, 1982.

Campos Batalha, Wilson de Souza. "Tratado de Direito Judiciário do Trabalho", 2ª ed., São Paulo: LTr, 1982.

Carrion, Valentin. "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", São Paulo: Saraiva, 2002.

Giglio, Wagner. "Direito Processual do Trabalho", 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

Greco Filho, Vicente. "Direito Processual Civil Brasileiro", São Paulo: Saraiva, 1992.

Lamarca, Antonio. "Processo do Trabalho Comentado: artigos 643 a 910 da CLT", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1982.

Marques, José Frederico. "Manual de Direito Processual Civil", São Paulo: Saraiva, 1980.

Matos Peixoto, José Carlos. "Recurso Extraordinário", 1935.

Nery, Nelson Nery; Nery, Rosa Maria Andrade. "Código de Processo Civil Comentado", 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

Oliveira Silva, José Antonio Ribeiro de. "O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição", Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, n. 11, págs. 155/160, abril/junho de 2000.

Pinto Martins, Sérgio. "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio: Forense, 1975.

Ráo, Vicente. "O Direito e a Vida dos Direitos", 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Rocco, Ugo. "Trattato di Diritto Processuale Civile", Roma, 1917.

Teixeira Filho, Manoel Antonio. "Sistemas de Recursos Trabalhistas", 8ª ed., São Paulo: LTr, 1995.

_____ . "As Alterações no CPC e suas Repercussões no Processo do Trabalho", 3ª ed., LTr: São Paulo, 1996.

Urbano Gonçales, Odonel; Teixeira Manus, Pedro Paulo. "Recursos no Processo do Trabalho", São Paulo: LTr, 1997.

EMPRESAS TRANSNACIONAIS: RESPONSABILIDADE SOCIAL E LEGAL INTERNACIONAL(*)

MARIA CRISTINA MATTIOLI(**)

Resumo. *A análise da realidade econômica atual demonstra que é necessária uma forma legal e vinculativa para fixação da responsabilidade social global das empresas, mostrando-se inconsistente a participação meramente voluntária e tortuoso o caminho legal no âmbito doméstico. Desta forma, uma proposta que se pode apresentar é a elaboração de um instrumento internacional que delibere acerca dos direitos internacionais contidos em todas as diretrizes e declarações internacionais, na forma de acordo ou tratado, vinculante para os Estados participantes, onde cada país seria responsável pelas atividades e violações cometidas por suas empresas no exterior. Embora raros, alguns acordos de integração regional já começaram a desenvolver políticas coordenadas e a harmonizar alguns padrões e até mesmo leis relativas à política social. Independentemente do conteúdo, objetivos e estrutura deste instrumento proposto como uma alternativa, o importante é concluir-se que o movimento da responsabilidade social das empresas, no âmbito internacional, tem muito mais base compulsória do que participatória, encontrando-se num nível de discussão que ultrapassa os limites da ética.*

1. INTRODUÇÃO

1.1. Objetivo

Em 18 de setembro de 2002, o *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, considerou a responsabilidade internacional subsidiária de

---

(*) Trabalho apresentado no VI Congresso Latino-Americano de Ética, Negócios e Economia, 16/18 de julho de 2003, São Paulo, promovido pelo CENE-FGVSP (Centro de Ética, Negócios e Economia da Fundação Getúlio Vargas São Paulo) e ALENE (Associação Latino-Americana de Ética, Negócios e Economia).

(**) Juíza do Trabalho, Titular da 4ª Vara do Trabalho de Bauru; Professora-Pesquisadora do Centro de Pós-Graduação e Pesquisas da Universidade do Sagrado Coração; Mestre e Pós-Doutora em Direito pela Harvard Law School; Doutora em Direito pela PUC-SP; Pós-Doutoranda no Centro de Estudos Internacionais da London School of Economics and Political Science.

empresas americanas em Myanmar, anteriormente chamado Burma. Os autores — *John Doe e Outros* — propuseram ação contra o governo militar de Myanmar, contra a companhia estatal de petróleo e contra companhia de petróleo americana (*Government of Myanmar, UNOCAL Corporation e TOTAL S.A.*) alegando que, direta ou indiretamente, moradores locais foram submetidos a trabalhos forçados, assassinatos, estupros e torturas, durante a construção de infra-estrutura petrolífera em Myanmar. Tais atos teriam sido praticados por militares, com conhecimento da empresa.

Este caso serve de exemplo e deve ser utilizado, como ponto de partida, para que uma reflexão mais profunda e abrangente seja feita, com base no movimento chamado "responsabilidade social das empresas". É sabido que a globalização econômica tem modificado o sistema internacional de diferentes maneiras. Enquanto o papel dos Estados nacionais tem declinado, as companhias transnacionais têm aparecido no cenário internacional como importantes atores. Em muitos casos, sua receita supera o Produto Interno Bruto de países onde estão estabelecidas e, atualmente, contabilizam dois terços de todo comércio global de bens e serviços. Entretanto, apesar de toda esta participação no cenário global, muitas de suas atividades ainda permanecem desregulamentadas.

Não se nega, evidentemente, a efetiva participação das transnacionais no desenvolvimento e crescimento econômico de muitos países. Ao lado desta participação econômica, o papel das transnacionais no desenvolvimento e no cumprimento de *standards* sociais e ecológicos tem aumentado significativamente. No exemplo acima, a presença de corporações estrangeiras em Myanmar pode ter fortalecido as relações econômicas, porém, não sem um significativo custo social e, o mais importante, com a colaboração do próprio Estado de Myanmar, já que este foi acusado de ter praticado abusos, através de seus militares, enquanto providenciavam a segurança das empresas que ali se encontravam operando. Assim, pode-se inferir que, como conseqüência de casos como este, iniciativas que façam as corporações transnacionais cumprirem *standards* básicos no campo de direitos humanos, direito do trabalho e proteção ao meio ambiente durante suas operações globais, estão aumentando. Daí a necessidade de buscar-se, na estrutura legal internacional, uma alternativa para a enforçabilidade desses direitos. Este, pois, o objetivo do presente trabalho.

1.2. O problema

As iniciativas acima descritas estão fundamentadas na idéia de uma responsabilidade social global, que demanda respeito pelas corporações transnacionais de certos *standards*, não obstante as leis do respectivo país onde estejam instaladas, requeiram ou não. Diferentes mecanismos, tanto no nível nacional como no nível internacional, têm sido criados e todos eles exortam algumas questões: como pode ser construído um conceito de responsabilidade social das empresas? A decisão em respeitar estas iniciativas deve ser voluntária ou compulsória? Deve o Estado executar estas iniciativas, garantindo a seus cidadãos proteção contra abusos e violações

de direitos? Que outros aspectos legais podem ser extraídos desta responsabilidade social? Como enfrentar, juridicamente, estas violações? Haveria necessidade de construir-se um sistema internacional, com capacidade para resolver conflitos ou os sistemas nacionais já estão aparelhados ou podem ser aparelhados para solver estes problemas?

1.3. Metodologia

Este trabalho tem o propósito de responder a estas indagações através de uma perspectiva legal, na medida em que a análise jurídica tem o potencial de trazer valiosos argumentos tanto para a política pública como para a administração privada de empresas. Por esta razão, primeiramente, deve ser analisado o contexto em que se situa a matéria, bem como sua definição, relacionando-se os instrumentos não-legais e legais que formam a base da responsabilidade social das empresas no âmbito internacional e alguns mecanismos jurídicos existentes em países de *common law* e também de *civil law*, essencialmente europeus. A análise do assunto no Brasil não foi, propositadamente, avaliada.

1.4. Conclusão

A finalidade, após examinado o contexto histórico atual e tendo como metodologia fundamental a análise de instrumentos legais, é a formulação de proposta que vise criar um instrumento legal internacional para sediar a responsabilidade social das empresas transnacionais.

2. RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS

2.1. Conceitos

Assim como não há um consenso acerca do conceito de empresa transnacional, a doutrina se debate em articular um conceito para o que venha a ser responsabilidade social das empresas. Genericamente, ela é entendida como um movimento ou um compromisso voluntário das empresas em respeitar *standards* sociais das pessoas e das comunidades e, assim, contribuir para o desenvolvimento sustentável. No presente contexto, responsabilidade social das empresas deve ser entendida em relação às operações globais das empresas transnacionais, notadamente em países menos desenvolvidos e, assim, como o compromisso de tais empresas em respeitar *standards* na área de direitos humanos, direitos trabalhistas e proteção ao meio ambiente nas suas atividades globais. Muito se discute acerca das bases em que tais compromissos são apresentados, isto é, se são atividades voluntárias ou mandatórias. Esta, aliás, a principal linha de divisão entre os estudiosos americanos e europeus. Argumenta-se, ainda, que este compromisso fundamenta-se no impacto que os negócios causam na sociedade, bem como na potencial contribuição que os negócios podem fornecer às sociedades onde eles são operados.

Uma definição estrita permeia a política formal sobre responsabilidade social das empresas na Comissão Européia. A Comunicação de Julho de 2002, editada pela Comissão Européia em responsabilidade social das empresas, a define como *"a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis"*. E acrescenta que *"Despite the wide spectrum of approaches to CSR, there is large consensus on its main features [including that] CSR is behaviour by businesses over and above legal requirements, voluntarily adopted because businesses deem it to be in their long-term interest*[1]*"*. Neste sentido, a base para a responsabilidade social das empresas está no contexto ético[2]. Caminha na direção contrária aos valores dos países dito desenvolvidos, quando suas empresas vão para os países menos desenvolvidos para obter lucro das condições de trabalho lá oferecidas. A busca desenfreada por lucros e por benefícios econômicos deve parar quando a dignidade humana for afetada. Assim é que nenhuma empresa estaria autorizada a utilizar mão-de-obra infantil, trabalho forçado e beneficiar-se com sistemas jurídicos que não protegem e, ao contrário, permitem a destruição do meio ambiente[3].

Evidentemente, esta definição contém um argumento legal, na medida em que a atuação das empresas afeta, por exemplo, os direitos humanos internacionais[4]. Seria injusto sustentar que este "voluntarismo" não tem um conteúdo legal. Porém, a divisão voluntário/regulatório opera como um freio na discussão acerca de uma nova legislação ou regulamentação como resposta ao aspectos mais contestáveis da responsabilidade social das empresas. É, pois, amplamente sustentável que a lei é responsável pela forma que o movimento atravessa, muito embora não se possa desconsiderar que, além desta discussão voluntário/regulatório, outra discussão emerge, isto é, a base legal para o movimento também

---

(1) Communication from the Commission concerning Corporate Social Responsability: A businesses contribution to Sustainable Development, COM (2002) 347(01), 2nd July 2002. Disponível no endereço http://.europa.eu.int/eurolex/pri/en/depi/cnc/doc/2002/com2002_0347en01.doc.

(2) Na dimensão da ética empresarial, *Maria do Carmo Whitaker* considera dois grandes planos de ação que constituem um desafio para as organizações, bem separando as ações no plano da ética e a responsabilidade, sob o ponto de vista do direito. Assim se manifesta: "... de um lado, em termos de projeção de seus valores para o exterior, fala-se em empresa cidadã, no sentido de respeito ao meio ambiente, incentivo ao trabalho voluntário, realização de algum benefício para a comunidade, responsabilidade social etc. De outro lado, sob a perspectiva de seu público mais próximo, como executivos, empregados, colaboradores, fornecedores, acionistas, envidam-se esforços para a criação de um sistema que assegure um modo ético de operar, sempre respeitando a filosofia da organização e os princípios do direito". *Whitaker, Maria do Carmo e Arruda; Maria Cecília Coutinho de.* "Códigos de Ética". Disponível em: www.academus.pro.br/eticaempresarial/artigos_eticaempresarial.html. Acesso em 6.6.03.

(3) Estes direitos — *direitos humanos, direitos trabalhistas e direito a um meio ambiente sustentável* — fizeram parte do discurso proferido pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, Koti Annan, em 31 de janeiro de 1999, no Fórum Econômico Mundial em Davos. U. N., United Nations Conference on Trade and Development. "Social Responsibility". *UNCTAD, Series on issues in international investment agreements.* United Nations: New York e Geneva, 2001, pág. 10.

(4) Existe consenso no sentido de aceitar que os padrões internacionais do trabalho fixados pela OIT fazem parte desta gama de direitos humanos internacionais.

está mudando, na medida em que se discute governança global, relação entre público e privado e, mais recentemente, o antagonismo da *hard law* e da *soft law*[5].

De qualquer forma, há várias razões para que a análise legal seja elaborada em política pública e em estratégia de negócios em responsabilidade social das empresas. O que se sustenta é que o contexto jurídico deve permear a política e a estratégia, através da criação de institutos e mecanismos jurídicos que fortaleçam a observação e o efetivo cumprimento dos ideais contidos no conjunto de regras, até hoje éticas, que fazem parte do complexo de princípios instituídos pelo movimento de responsabilidade social das empresas.

2.2. Instrumentos legais internacionais

No âmbito internacional, os seguintes instrumentos podem ser citados, como tendo incorporado princípios da responsabilidade social: *The Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy of ILO*[6]; *The United Nations Global Compact*[7]; *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*[8]; *The European Union Standards for European Enterprises Operating in Developing Countries*[9].

Dentre estes instrumentos, o que ganha maior relevância, atualmente, é o *United Nations Global Compact*, que reúne direitos humanos, do trabalho e meio ambiente, em nove princípios fundamentais, extraídos de valiosos documentos internacionais: a Declaração da OIT de 1998 sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração de 1992 do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento[10].

2.3. Instrumentos legais nacionais

No contexto do ordenamento jurídico nacional, um estatuto que merece citação é o *The United States Alien Tort Claims Act*, um estatuto federal que outorga jurisdição aos tribunais americanos sobre *"any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States"*, conforme 28 U.S.C. 1350 (2000). Na verdade, o

---

(5) A distinção é bem explorada por David e Louise Trubek, da Universidade de Wisconsin-Madison em *Hard and Soft Law*. Trabalho em construção. Versão preliminar apresentada em Seminário, Harvard Law School, 19 de março de 2003. Cópia em poder da autora.

(6) No endereço: http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/.

(7) No endereço: www.unglobalcompact.org/portal/. Convém, contudo, registrar, que o *Global Compact* não é o primeiro trabalho das Nações Unidas em tema da conduta de empresas. Chegou a ser elaborada uma versão preliminar de um Código de Conduta para Corporações Transnacionais, porém, o projeto foi abandonado em 1992.

(8) No endereço: www.oecd.org/pdf/M000015000/M00015419.pdf.

(9) European Parliament (1999), "Resolution on EU Standards for European Enterprises operting in Developing Countries: Towards a European Code of Conduct", Boletim Oficial, C 104, pág. 182. Disponível no banco de dados LexisNexus, Harvard Law School Library.

(10) *Idem*, nota 7.

estatuto não foi criado com a intenção de atingir problemas de responsabilidade social das empresas. Editado em 1789, até 1980 os tribunais haviam restringido sua aplicação, impedindo que estrangeiros acionassem seus superiores perante cortes americanas. A decisão trazida na introdução deste trabalho é exemplo da aplicação inaugural deste dispositivo legal. O que se observa é que casos transnacionais como este, colocam os tribunais em situações pouco confortáveis, na medida em que ingressam em área de políticas públicas. Por esta razão é que o estatuto em apreço tem sido utilizado com muita restrição e cuidado.

Assim é que, para melhor decidir em questões como estas, os Estados Unidos desenvolveram um técnica não vinculativa que consiste na emissão de opiniões do Departamento de Estado sobre o impacto na política internacional de casos individuais. O primeiro caso decidido segundo estas regras trata-se da companhia inglesa/australiana Rio Tinto, quando em operação em Bougainville, Papua Nova Guiné. Em agosto de 2001, a Justiça rejeitou a opinião do Departamento de Estado. Um segundo caso foi trazido, envolvendo a companhia americana ExxonMobil, em operação na Indonésia. Aqui, o Departamento de Estado, em maio de 2002, recomendou a extinção do processo, em razão dos graves riscos que poderia trazer aos interesses dos Estados Unidos[11]. Tais ações ainda não foram instruídas e, através delas, bem se verifica que a disposição das empresas em atender compromissos de responsabilidade social está além do aspecto ético ou legal: consagra o aspecto político das relações internacionais[12].

Outra forma de analisar esta responsabilidade internacional é através dos princípios da responsabilidade civil ordinária, sem apelar para as violações de direito internacional. Dentro desta linha, muitas ações foram trazidas perante o Reino Unido, Estados Unidos, Austrália e Canadá. Nos Estados Unidos, tal fundamento também está protegido pelo *ATCA — Alien Tort Claims Act*. Na Inglaterra, há uma ação proposta por 7.500 trabalhadores da África do Sul contra a inglesa Cape Plc., alegando que foram contaminados por asbestos, sofrendo conseqüências desde que a empresa deixou de investir no país, nos idos de 1970. A ação foi, inclusive, apoiada pelo governo sul-africano. Outro exemplo, é a ação proposta por um escocês que foi transferido para a Namíbia, em 1977, para trabalhar nas minas da Rossing Uranium, subsidiária da inglesa Rio Tinto e que após seu retorno, em 1982, desenvolveu câncer de laringe[13].

No âmbito da jurisdição civil, a responsabilidade direta internacional também é tratada pela responsabilidade civil ordinária. Há uma carência de ações deste gênero em países de jurisdição civil. Sustenta-se que um dos argumentos é a distinção na cultura jurídica. Talvez, uma das maiores

---

(11) Inteiro teor pode ser visto no endereço www.laborrights.org/projects/corporate/exxon/stateexxonmobil.pdf.

(12) *Stigliani, Nicholas A.* "Labor Diplomacy: A Revitalized Aspect of U.S. Foreign Policy in the Era of Globalization". International Studies Perspectives (2000) I, 177-194.

(13) Connelly v. RTZ Corp. Plc, 4 December 1998. Disponível no banco de dados LexisNexus, Harvard Law School Library.

distinções seja o fato de que o sistema do *common law* agrega grande importância ao papel dos precedentes judiciais, enquanto que nos sistemas do *civil law* sua influência no progressivo desenvolvimento do direito seja limitada. Outro fator de importância, são os custos da ação. Enquanto que nos Estados Unidos o princípio é que cada parte pague suas despesas, na Europa, o princípio geral é de que o perdedor da demanda pague as despesas de ambos, o que provoca um desincentivo ao surgimento de ações infundadas.

Ao lado da responsabilidade civil, nos países de jurisdição civil, também se verifica a responsabilidade criminal. Duas ações se desenvolvem na França e na Bélgica, também tendo os mesmos fatos da ação proposta nos Estados Unidos, envolvendo a empresa americana UNOCAL, o Governo Militar de Myanmar e a *holding* francesa TOTAL. A ação foi proposta na Bélgica, embora seus autores residam na Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha e Bélgica, sob o fundamento de que a lei belga abriga o princípio da competência universal — *universal competence* — não importando em que lugar do mundo os abusos tenham sido cometidos e mesmo que os autores ou réus não sejam cidadãos belgas. A alegação dos autores é de foram vítimas de crime contra a humanidade praticado por oficiais da Junta Militar de Burma.

3. CRÍTICAS AOS SISTEMAS NÃO-LEGAIS, ASSIM CONSIDERADOS VOLUNTÁRIOS

É inevitável a conclusão segundo a qual o contexto em que a responsabilidade social das empresas se desenvolve não é apenas ético ou fundamentado em considerações morais. A responsabilidade é, antes de mais nada, fulcrada na lei, ainda que derivada de direitos reconhecidamente universais. Não são princípios, são direitos e, como tal, quando violados, desencadeiam o dever de reparação. Assim, ao se estabelecer que, no contexto do movimento de responsabilidade social das empresas, estão elas vinculadas à observância dos direitos trabalhistas reconhecidos como internacionais, sua participação não é meramente voluntária, é obrigatória, ainda que o compromisso não tenha sido, efetivamente, assumido. Considerados no âmbito dos direitos internacionais universais, os direitos trabalhistas fundamentais devem ser exigidos, independentemente do apelo social atrás do qual as empresas transnacionais se escondem. É pura obrigação legal internacional, sujeita à responsabilidade internacional e nacional, civil e criminal. Neste sentido, inclusive, é o papel da Organização Internacional do Trabalho, após a publicação da Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, clamando para que os Estados-membros a cumpram, independentemente de terem ou não ratificado as convenções que lhe dão o suporte legal apropriado[14]. Assim é que o discurso

(14) O item 2 da Declaração é imperativo ao estabelecer que: "*Declares that all Members, even if they have not ratified the Conventions in question, have an obligation arising from the very fact of membership in the Organization to respect, to promote and to realize, in good faith and in accor-*

da participação voluntária é volátil posto que, repita-se, independentemente da adesão a tais programas, a vinculação e obrigatoriedade no cumprimento de chamados direitos internacionais universais é imperativa.

Outro aspecto a ser considerado, dentro deste contexto da participação voluntária, seja na elaboração de diretrizes, guias ou códigos voluntários de conduta[15], é a precariedade das provisões, que trazem expressões imprecisas. A linguagem de muitos instrumentos é genérica, como por exemplo, a que se verifica nas Diretrizes da OECD e também na Declaração da OIT, ao referirem à contribuição para a efetiva eliminação do trabalho infantil. Neste sentido, suas provisões devem ser mais detalhadas, mais precisas, considerando que, eventualmente, poderão ser aplicadas em casos concretos.

A falta de garantia de execução é um dos fatores que afastam a adoção de sistemas voluntários. Todos os instrumentos internacionais acima relacionados, apresentam sistema de monitoramento e não um sistema de aplicação de sanções. O argumento que justifica a participação de empresas em tais programas só pode ser *reputação*. Divulgada, publicamente, a participação de empresas em programas como o *Global Compact*, sua imagem pública torna-se valiosa perante seus consumidores e perante a sociedade como um todo, especialmente se esta participação lhe outorga um prêmio como um *selo social* ou um *selo verde*. Neste caso, os instrumentos voluntários tornam-se um efetivo meio de relações públicas e de estratégia de *marketing*, fazendo com o que um código voluntário se torne um *fórum de hipocrisias*, como bem adverte o grupo ativista *Human Rights Watch*[16].

Finalmente, um ponto a ser questionado é, em que medida o Estado não está abrindo mão de sua responsabilidade, ao delegar às empresas a competência em decidir, de forma unilateral, se aderem ou não a tais códigos de participação voluntária e que lhe imponham uma certa responsabilidade social. Evidentemente, não resta dúvida de que a implementação, o monitoramento e a aplicação de sanções por violações a direitos que tais códigos ou diretrizes reconhecem como universais, são responsabilidade do Estado. Tais valores que ali estão incluídos, são por demais fundamentais para serem deixados nas mãos de entidades privadas, acreditando, apenas, que vão respeitá-los por absoluta questão ética. Assim, necessário se faz que um instrumento legal, de âmbito internacional, seja criado para fixar, de forma legal e vinculativa, a responsabilidade social das empresas, posto que, no nível nacional, tais instrumentos já existem.

---

dance with the Constitution, the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions". Conforme http://www.ilo.org/public/english/standards/decl/declaration/text/index.htm.

(15) Neste sentindo, convém ressaltar a importância do Código de Ética Empresarial nas empresas. Segundo o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, uma associação de empresas interessadas em desenvolver suas atividades de forma socialmente responsável, o Código de Ética Empresarial é "um instrumento de realização da visão e missão da empresa, que orienta suas ações e explicita sua postura social a todos com quem mantém relações". Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. "Indicadores Ethos de Responsabilidade Social empresarial", São Paulo, 2000, pág. 13.

(16) "Corporation and Human Rights: Corporate Social Responsability". Disponível no endereço: http://www.hrw.org/advocacy/corporations/.

4. PROPOSTA

Da análise dos modelos legais aqui exemplificados algumas conclusões podem ser traçadas. A primeira delas diz respeito ao problema da jurisdição. Conforme os precedentes dos tribunais americanos, a legislação federal examinada *(ATCA — Alien Tort Claims Act)* permite a aplicação de três instrumentos normativos: internacional (violação do *law of nations*, como a tortura, o assassinato e a escravidão, ressaltando que esta última abarca o trabalho forçado, segundo interpretação da Emenda Constitucional n. 13), federal e estadual. De qualquer sorte, a aplicação diz respeito às empresas, cuja raiz estava nos Estados Unidos ou que com o país tenha alguma vinculação. A aplicação de sanções aos Estados é questão que atinge princípios de soberania e merece outro tipo de análise. Na inexistência de legislação específica como a americana, os países devem adotar sua própria legislação acerca da responsabilidade civil ou, na sua ausência, serem responsáveis pela elaboração de normas deste gênero[17]. A reiterada aplicação da legislação americana, por si só, já demonstra ser suficiente para fixar responsabilidade.

Por outro lado, o risco de terem que prestar contas ou serem julgadas responsáveis por atos no exterior, já coloca a empresa americana aquém da vantagem comparativa[18]. Tão logo um tribunal dê vitória definitiva aos autores de um dos casos mencionados, com fundamento no *ATCA — Alien Tort Claims Act*, as empresas transnacionais tomarão mais cuidado para que suas atividades não fiquem vulneráveis às violações de direitos humanos, nos locais em que operam. Assim, não é sem razão que, na mesma época em que tais ações foram propostas — 1997 — os Estados Unidos desencadearam massiva atuação no âmbito dos direitos trabalhistas internacionais, através de seu Departamento de Estado e de Relações Internacionais, atuando junto a OIT e OMC e junto às instituições financeiras internacionais a fim de que fossem criados mecanismos de eliminação de práticas consideradas abusivas no trabalho, como forma de retirar a responsabilidade subsidiária de suas empresas, quando tais atos forem praticados por oficiais de governo estrangeiro[19].

Finalmente, deve-se levar em consideração que a fixação desta responsabilidade subsidiária, que significa, de certa maneira, cumplicidade com a conduta de oficiais de governos estrangeiros onde operam, não escapa a uma dimensão política. Relações com os governos podem ficar aba-

---

(17) Legislação nacional deve confiar o princípio do *forum non conveniens*, o qual não é exigido segundo o Direito Internacional.

(18) *"It would be tempting to conclude that the ATCA litigation in the US amounts to a strong incentive for companies to disinvest from all conflict zones — even when their presence might bring net benefits"*. WARD, Halina. Legal Issues in Corporate Citizenship. Apresentado na *Swedish Partnership for Global Responsibility*, fevereiro de 2003. No endereço http://www.iied.org/docs/cred/legalissues_corporate.pdf.

(19) Para uma discussão mais ampla do problema desta responsabilidade subsidiária, ver *Forcese, Craig*. "ATCA's Acchilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act". Yale Journal of International Law, 28.

ladas diante da propositura de causas como estas, que deixam clara a violação de direitos internacionais pelos Estados, daí por que conveniente a opinião emitida, em processos judiciais, pelo Departamento de Estado.

Todos estes argumentos sustentam a conclusão de que é necessária uma forma legal e vinculativa para a responsabilidade social global das empresas, mostrando-se inconsistente a participação meramente voluntária e tortuoso o caminho legal no âmbito doméstico. Desta forma, uma proposta[20] que se pode apresentar é a elaboração de um instrumento internacional que delibere acerca dos direitos internacionais contidos em todas estas diretrizes e declarações internacionais, na forma de acordo ou tratado, vinculante para os Estados participantes. Porém, contrariamente à competência territorial, poder-se-ia fixar uma competência em razão da nacionalidade da empresa envolvida, para resolver problemas de jurisdição. Na prática, cada país seria responsável pelas atividades e violações cometidas por suas empresas no exterior. Esta regra não pode prejudicar as vítimas de eventuais violações e, portanto, não se exclui a possibilidade de competência concorrente, prevalecendo aquela que for mais benéfica ao autor.

Embora raros, alguns acordos de integração regional já começaram a desenvolver políticas coordenadas e a harmonizar alguns *standards* e até mesmo leis relativas à política social. A União Européia, em especial, desenvolveu um ativo programa de leis e *standards* relativos à proteção ambiental. Tal também se deu com a incorporação, ao Tratado, do Capítulo Social, dispondo sobre direitos trabalhistas e política social. O próximo passo seria a inclusão da responsabilidade social.

Independentemente do conteúdo, objetivos e estrutura deste instrumento proposto, ora lançado na sua forma mais primitiva e apenas como uma alternativa superficial, o importante é concluir-se que o movimento da responsabilidade social das empresas, no âmbito internacional, tem muito mais base compulsória do que participatória.

---

(20) A inclusão de *standards* de responsabilidade social em acordos internacionais, de forma não-vinculativa, já foi proposta por ocasião da primeira discussão sobre o Acordo Multilateral em Investimentos, no âmbito da Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico, onde as Diretrizes para Empresas Multinacionais poderiam ter sido incluídas, em anexo ao acordo. Aliás, esta proposta não-vinculativa (ou *non-binding*) foi iniciada na organização *retro* e não subsistiu. Na verdade, o uso de *standards* não-vinculativos deixa aberta a possibilidade de cumprimento por dever moral, diante do monitoramento da sociedade civil. De qualquer forma, pode ser um caminho para se chegar à forma vinculativa. Nas palavras do documento da Untacd *"In this way "soft law" would be created and, eventually, might crystallize into "hard law"*, *op. cit.*, nota n. 3, pág. 55. U. N., United Nations Conference on Trade and Development. "Social Responsibility". *UNCTAD Series on issues in international investment agreements.* United Nations: New York e Geneva, 2001. E neste sentido, atualmente, as Nações Unidas discutirá, em julho de 2003, na reunião da Subcomissão de Direitos Humanos, um adendo à Declaração Universal de Direitos Humanos, compreendendo princípios e direitos relativos às empresas. O documento, denominado *Draft U. N. Human Rights Principles and Responsibilities for Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, pode ser visto, na íntegra, no *site:* http://www.business-humanrights.org/UN-Sub-Commission.htm.

LEGISLAÇÃO (EMENTÁRIO)

LEI N. 8.666, DE 21.6.93 — DOU 2.7.03, pág. 1. (Retificação)

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

LEI N. 10.695, DE 1º.7.03 — DOU 2.7.03, pág. 1.

Altera e acresce parágrafo ao art. 184 e dá nova redação ao art. 186 do Decreto-lei n. 2.848, de 7.12.40 — Código Penal, alterado pelas Leis ns. 6.895, de 17.12.80, e 8.635, de 16.3.93, revoga o art. 185 do Decreto-lei n. 2.848, de 1940, e acrescenta dispositivos ao Decreto-lei n. 3.689, de 3.10.41 — Código de Processo Penal.

LEI N. 10.697, DE 2.7.03 — DOU 3.7.03, pág. 3.

Dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das Autarquias e Fundações Públicas Federais, de que trata a Lei n. 10.331, de 18.12.01, referente ao ano de 2003.

LEI N. 10.698, DE 2.7.03 — DOU 3.7.03, pág. 3.

Dispõe sobre a instituição de vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos civis da Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

LEI N. 10.699, DE 9.7.03 — DOU 10.7.03, pág. 1.

Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1º.4.03, e dá outras providências.

LEI N. 10.710, DE 5.8.03 — DOU 6.8.03, pág. 1.

Altera a Lei n. 8.213, de 24.7.91, para restabelecer o pagamento, pela empresa, do salário-maternidade devido à segurada empregada gestante.

DECRETO N. 4.796, DE 29.7.03 — DOU 30.7.03, pág. 4.

Institui o Fórum Nacional do Trabalho, e dá outras providências.

DECRETO N. 4.777, DE 11.7.03 — DOU 14.7.03, pág. 2.

Dá nova redação ao § 1º do art. 4º do Decreto n. 3.913, de 11.9.01, que dispõe sobre a apuração e liquidação dos complementos de atualização monetária de saldos de contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, de que trata a Lei Complementar n. 110, de 29.6.01.

DECRETO N. 4.816, DE 21.8.03 — DOU 22.8.03, pág. 2.

Dispõe sobre procedimentos administrativos, em caráter excepcional, relativos à paralisação de serviços públicos, verificada a partir de 8.7.03, no âmbito da Administração Pública Federal Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Poder Executivo Federal.

DECRETO N. 4.827, DE 3.9.03 — DOU 4.9.03, pág. 23.

Altera o art. 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6.5.99.

DECRETO N. 4.829, DE 3.9.03 — DOU 4.9.03, pág. 24.

Dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil — CGIBR, sobre o modelo de governança da Internet no Brasil, e dá outras providências.

DECRETO N. 4.836, DE 9.9.03 — DOU 10.9.03, pág. 1.

Altera a redação do art. 3º do Decreto n. 1.590, de 10.8.95, que dispõe sobre a Jornada de Trabalho dos servidores da Administração Pública Federal Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais.

DECRETO N. 4.845, DE 24.9.03 — DOU 25.9.03, pág. 2.

Altera o art. 9º do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6.5.99, e estabelece a Regra de Direito Intertemporal de aplicação da alteração.

ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS TST/CJPN/SDI-2 NS. 113 A 123, DE 6.8.03 — DJU 11.8.03, pág. 3

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/CJPN/SDI-1 NS. 276 a 321, DE 6.8.03 — DJU 11.8.03, pág. 4.

RESOLUÇÃO TST N. 115, DE 19.12.02 — DOU 4.7.03, pág. 94. (Republicação)

Edita a Instrução Normativa n. 21, que estabelece, na Justiça do Trabalho, modelo Único de Guia de Depósito Judicial para pagamentos, garantia de execução, encargos processuais e levantamento de valores, excetuados os depósitos recursais.

RESOLUÇÃO TST N. 118, DE 5.8.03 — DOU 14.8.03, pág. 461.

Cancela a Instrução Normativa n. 22 e edita a Instrução Normativa n. 23, dispondo sobre petições de recurso de revista.

RESOLUÇÃO MPS/CGPC N. 4, DE 26.6.03 — DOU 30.6.03, pág. 103.

Dispõe sobre o impedimento previsto no art. 23 da Lei Complementar n. 108, de 29.5.01, e dá outras providências.

RESOLUÇÃO CFC/EFEPL N. 978, de 19.9.03, — DOU 26.9.03, pág. 171.

Aprova a NBC T 13 — IT-04 — Laudo Pericial Contábil.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TST N. 940, DE 30.6.03 — DOU 2.7.03, pág. 90.

Resolve estabelecer os procedimentos a serem observados pelas Secretarias e Subsecretarias do TST, em face do disposto na Lei n. 8.906, de 4.7.94, e no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TST N. 941, DE 30.6.03 — DOU 2.7.03, pág. 91.

Resolve que aos Exmos. Srs. Juízes de Tribunais Regionais do Trabalho, convocados extraordinariamente para atuar nesta corte, serão distribuídos apenas agravos de instrumento, sem prejuízo da solução dos processos que já lhes foram distribuídos.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TST N. 946, DE 1º.7.03 — DOU 4.7.03, pág. 95.

Resolve determinar a republicação da Instrução Normativa n. 21 (Resolução n.

115/2002), em razão dos novos modelos de guias de Depósito Judicial aprovados pelo Tribunal Pleno, e estabelecer que a Instrução Normativa n. 21/2002 entrará em vigor 90 (noventa) dias após a sua republicação.

RESOLUÇÃO NORMATIVA MTE/CNI N. 55, DE 27.8.03 — DOU 29.8.03, pág. 460.

Dispõe sobre autorização de trabalho e concessão de visto a estrangeiros sob contrato de transferência de tecnologia e/ou de prestação de serviço de assistência técnica, de acordo de cooperação ou convênio, sem vínculo empregatício ou em caso de emergência.

RESOLUÇÃO NORMATIVA MTE/CNI N. 56, DE 27.8.03 — DOU 10.9.03, pág. 52.

Concessão de visto a estrangeiro administrador, gerente, diretor, executivo, com poderes de gestão, de sociedade civil ou comercial, grupo ou conglomerado econômico.

RESOLUÇÃO RECOMENDADA MTE N. 3, DE 4.8.03 — DOU 5.8.03, pág. 90.

Estabelece procedimentos para a comprovação da condição de entidade ou instituição sem fins lucrativos para fins de isenção da contribuição sindical patronal.

PROVIMENTO TST/CGJT N. 1, DE 25.6.03 — DJU 1º.7.03, pág. 710.

Determina instruções para utilização do convênio com o Banco Central do Brasil — Sistema BACEN JUD.

PROVIMENTO TST/CGJT N. 2, DE 12.9.03 — DJU 17.9.03, pág. 402.

Determina instruções para preenchimento do Modelo Único de Guia de Depósito Judicial Trabalhista, estabelecido na Instrução Normativa n. 21 (Resolução n. 115/2002 — DJU 16.1.03)

ATO TST/GDGCJ/GP N. 294, DE 22.7.03 — DJU 31.7.03, pág. 59.

Edita os novos valores, reajustados pela variação acumulada do INPC do IBGE, do período de julho/2002 a junho/2003, alusivos aos limites de depósito para recursos nas ações na Justiça do Trabalho.

COMUNICAÇÃO TRT 15ª REGIÃO/CR N. 14, DE 2.7.03 — DOE 8.7.03, pág. 1.

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Provimento n. 1/2003, da Corregedoria Regional da Justiça do Trabalho, publicado no DJU, seção 1, do dia 1º.7.03 (3ª feira), à pág. 710.

COMUNICAÇÃO TRT 15ª REGIÃO/CR N. 17, DE 1º.8.03 — DOE 6.8.03, pág. 1.

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Ato GDGCJ/GP n. 294, de 22.7.03, do TST, publicado no DJU, seção 1, de 25.7.03 (6ª feira), à pág. 45, e republicado no DJU, seção 1, de 31.7.03, à pág. 59, em razão de erro material.

PORTARIA MJ N. 1.117, DE 7.8.03 — DOU 8.8.03, pág. 60.

Aprova o Regimento Interno da Secretaria de Reforma do Judiciário, na forma do anexo a esta portaria.

PORTARIA MPOG N. 109, DE 23.7.03 — DOU 25.7.03, pág. 46.

Divulga as tabelas anexas, com os valores dos vencimentos, proventos e gratificações dos servidores civis da União, com vigência a partir de 1º.1.03.

PORTARIA MPS N. 1.013, DE 30.7.03 — DOU 31.7.03, pág. 221.

Dispõe sobre (a partir de 1º.6.03): multa (art. 287 do Regulamento da Previdência Social — RPS); valor de execução para demandas judiciais (art. 128, da Lei n. 8.213); valor de que trata o § 3º do art. 337-A do CP.

PORTARIA MPS N. 1.124, DE 20.8.03 — DOU 22.8.03, pág. 26.

Altera o art. 2º da Portaria n. 1.013, de 30.7.03.

PORTARIA MPS/GM N. 1.303, DE 16.9.03 — DOU 17.9.03, pág. 35.

Institui o "Portal da Legislação Previdenciária — PREVLEGIS", sistema de base de dados sobre legislação, constituído de atos normativos, jurisprudências e pareceres da previdência social.

PORTARIA MPS/GM N. 1.317, DE 17.9.03 — DOU 19.9.03, pág. 20.

Altera redações das Portarias ns. 4.992, de 5.2.99 e 2.346, de 10.7.01.

PORTARIA MPS/INSS/DRP N. 42, DE 24.6.03 — DOU 30.6.03, pág. 104.

Estabelece a forma de apresentação, a documentação de acompanhamento e as especificações técnicas dos arquivos digitais.

PORTARIA MS N. 677, DE 4.6.03 — DOU 14.7.03, pág. 34.

Dispõe sobre a criação de Grupo de Trabalho — GT de avaliação e recomendação dos aspectos normativos relacionados à exposição humana de campos eletromagnéticos no espectro de 0 a 300 Ghz.

PORTARIA MTE N. 1.029, DE 11.8.03 — DOU 12.8.03, pág. 125.

Aprova o Regimento Interno do Fórum Nacional do Trabalho, na forma do anexo da presente portaria.

PORTARIA MTE/SIT N. 52, DE 24.6.03 — DOU 27.6.03, pág. 67.

Estabelece a prorrogação do prazo previsto no art. 3º da Portaria/GM n. 518, de 4.4.03.

PORTARIA MTE/SIT N. 56, DE 17.9.03 — DOU 18.9.03, pág. 153.

Acrescenta o item 11.4 e o subitem 11.4.11 na NR-11.

PORTARIA SEDH N. 137, DE 26.9.03 — DOU 30.9.03, pág. 9.

Divulga a relação das 8 entidades privadas não governamentais selecionadas para integrar a Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo — CONATRAE.

PORTARIA TRT 15ª REGIÃO/GP N. 18, DE 10.7.03 — DOE 15.7.03, pág. 1.

Os vencimentos de prazo e pagamentos previstos para o período ficam suspensos a partir desta data, 10.7.03, por tempo indeterminado, em razão da impossibilidade do atendimento, continuando a contagem do prazo a fluir no primeiro dia útil subseqüente após o término da greve, garantido o atendimento e protocolo das ações emergenciais tais como: Mandados de Segurança, *Habeas corpus* e Dissídios de Greve.

PORTARIA TRT 15ª REGIÃO/GP N. 19, DE 11.7.03 — DOE 15.7.03, pág. 1.

Ficam suspensos os protocolos de todos os Órgãos de 1ª Instância da Justi-

ça do Trabalho da 15ª Região, bem como os protocolos integrados e os adicionais da capital. Os vencimentos de prazos e pagamentos previstos para o período ficam suspensos desde 8.7.03, continuando a contagem do prazo a partir do primeiro dia útil, inclusive, após o término da paralisação.

PORTARIA TRT 15ª REGIÃO/GP N. 22, DE 8.8.03 — DOE 14.8.03, pág. 1.

Os prazos e pagamentos suspensos desde 10.7.03, no âmbito da 2ª instância, nos termos da Portaria GP n. 18/2003, iniciar-se-ão no primeiro dia útil, após 10 (dez) dias da publicação desta Portaria.

PORTARIA TRT 15ª REGIÃO/GP N. 23, DE 8.8.03 — DOE 14.8.03, pág. 1.

Os prazos e pagamentos suspensos desde 8.7.03, no âmbito da 1ª Instância, nos termos da Portaria GP n. 19/2003, iniciar-se-ão no primeiro dia útil, após 10 (dez) dias da publicação desta portaria, inclusive aqueles relativos aos processos que vierem a ser publicados neste interregno.

PORTARIA CONJUNTA MF/PGFN N. 2, DE 22.8.03 — DOU 26.8.03, pág. 25.

Estabelece normas complementares à Portaria Conjunta PGFN/SRF n. 1, de 25.7.03, que regulamenta o parcelamento de débitos para com a Fazenda Nacional, de que trata a Lei n. 10.684, de 30.5.03.

PORTARIA INTERMINISTERIAL PR/GSI/CNA N. 10, DE 10.7.03 — DOU 24.7.03, pág. 3.

Recomenda às empresas que, através de suas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes — CIPA's, desenvolvam atividades educativas e de conscientização do problema do uso e abuso de substâncias psicoativas no trabalho, particularmente dos efeitos do uso de bebidas alcoólicas e sua relação com o trabalho.

INSTRUÇÃO NORMATIVA TST N. 22, DE 30.6.03 — DJU 3.7.02, pág. 81.

Dispõe sobre os padrões formais a serem observados nas petições de recurso de revista.

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/INSS N. 94, DE 4.9.03 — DOU 5.9.03, pág. 24.

Aprova alterações no Manual da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social — GFIP.

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/INSS/DC N. 91, DE 30.6.03 — 1º.7.03, pág. 16.

Dispõe sobre o parcelamento especial dos débitos junto ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS nos termos da Lei n. 10.684, de 30.5.03.

PARECER CJ/MPS/GM N. 3136/2003, DE 23.9.03 — DOU 25.9.03, pág. 30.

Aposentadoria por idade. Trabalhadores rurais. Comprovação de exercício de atividade rural pelo número de meses equivalente ao da carência do benefício. Arts. 39, *i* e 143 da Lei de Benefícios da Previdência Social. Eficácia das declarações fornecidas por sindicatos de trabalhadores rurais. Início de prova material. Contemporaneidade.

REGULAMENTO INTERNO DA CORREGEDORIA REGIONAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, DOE 7.8.03, pág. 1.

A Corregedoria Regional do Trabalho é órgão do Tribunal Regional do Trabalho incumbido da inspeção e correição permanentes com relação aos Juízes de 1º grau e serviços judiciários.

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAIS SUPERIORES

01 — AÇÃO DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS DA ENTIDADE SINDICAL

Consoante reiterados julgados desta Corte, o sindicato tem legitimidade ativa para ajuizar ação de cumprimento, como substituto processual (art. 872, parágrafo único, da CLT), mas a referida substituição limita-se aos associados da respectiva entidade sindical, não alcançando todos os integrantes da categoria profissional representada. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. TST RR 414.413/98. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DJU 28.3.03, pág. 664.

02 — ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ABASTECIMENTO DO PRÓPRIO CAMINHÃO. INAPLICÁVEL A SÚMULA N. 39 DO TST

A Súmula n. 39 do TST resultou da interpretação acerca da aplicação da Lei n. 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade apenas para os empregados que trabalham em "posto de revenda de combustível líquido". Assim, não se aplica o referido verbete sumular à hipótese de motorista de caminhão que abastece seu próprio veículo. Recurso de Revista de que não se conhece. TST RR 467.435/98. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DJU 28.3.03, pág. 666.

03 — ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. SISTEMA ELÉTRICO DE POTÊNCIA

A jurisprudência do TST firmou-se no sentido de ser irrelevante o ramo da empresa para que o trabalhador faça jus ao adicional de periculosidade, desde que labore ligado a sistema elétrico de potência, ou seja, o adicional é devido ainda que o empregador seja apenas consumidor de energia elétrica. A única exigência que se fez foi o enquadramento da atividade laboral no quadro anexo ao Decreto n. 93.412/86, como foi expressamente reconhecido na espécie, em que o Reclamante executava a manutenção elétrica preventiva e corretiva dos elevadores fabricados pela Reclamada, dentre outras atividades. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. TEMPO DE EXPOSIÇÃO AO RISCO. A matéria é de entendimento pacífico nesta Corte, estando a decisão revisanda em conformidade com o Enunciado n. 361 do TST, o qual dispõe que "o trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, tendo em vista que a Lei n. 7.369/85 não estabeleceu qualquer proporcionalidade em relação ao seu pagamento". Recurso de revista não conhecido. TST RR 489.354/98. Rel. Min. Emmanoel Pereira. DJU 28.3.03, pág. 587.

04 — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS

"O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos

da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial". (Enunciado n. 331, IV, do TST). Agravo a que se nega provimento. TST AIRR 3038-2002-900-01-00. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito. DJU 14.3.03, pág. 504.

05 — ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROCESSUAL CIVIL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. EX-CELETISTA. ATIVIDADE INSALUBRE. DIREITO ADQUIRIDO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA

O servidor que se encontrava sob a égide do regime celetista quando da implantação do Regime Jurídico Único, tem direito adquirido a averbação do tempo de serviço prestado em condições de insalubridade, na forma da legislação anterior. Nos débitos decorrentes de reajuste de proventos, embora sejam direitos nitidamente estatutários e não trabalhistas, por consubstanciarem dívidas de valor de natureza alimentar, impõe-se a incidência dos juros moratórios na taxa privilegiada de 1% ao mês, compatibilizando-se a aplicação simultânea do Decreto-lei n. 2.322/87 e do art. 1.062, do CC — Recurso especial não conhecido. STJ RESP 436.313/RS. Rel. Min. Vicente Leal. DJU 31.3.03, pág. 277.

06 — AGRAVO REGIMENTAL

O art. 7º, XXIX, da Constituição é claro ao estabelecer que é a ação (ação tomada no sentido técnico de pretensão), quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, que prescreve em cinco anos, e não os créditos, que não prescrevem pois persistem como direitos subjetivos enfraquecidos a que correspondem obrigações naturais. Assim sendo, esse dispositivo constitucional, que abarca os direitos que tenha o empregado de exigir do empregador o cumprimento de suas obrigações legais ou contratuais (sem distinguir disposições contratuais de trato sucessivo ou não), não trata da extensão dessa pretensão (se relativa ao próprio fundo do direito ou se referente apenas às parcelas cujo direito renasce periodicamente), e assim não faz, evidentemente, distinção entre a prescrição total e a parcial, inexistindo, portanto, o pretendido choque entre o Enunciado n. 294 do TST e o mencionado art. 7º, XXIX, da Carta Magna. Agravo a que se nega provimento. STF AI 357.729 AgR/RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJU 5.4.02, pág. 49.

07 — AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS. Prescrição. Prazo trintenário. Precedentes. Art. 7º, XXIX, *a*, da CF/88 (redação anterior à EC n. 28/00). Prazo prescricional para a propositura da ação. Créditos resultantes da relação de trabalho. Prazo prescricional. Legislação infraconstitucional. Agravo regimental a que se nega provimento. STF AI 378.222 AgR/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU 31.10.02, pág. 34.

08 — ALTERAÇÃO CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO

Tratam os autos de caso em que o banco reclamado transferiu a obreira para uma empresa seguradora, e a ação alegando a ocorrência de prejuízos e postulando direitos decorrentes da condição de bancária somente foi ajuizada após transcorridos mais de cinco anos da transferência. Não tendo a obreira buscado o Poder Judiciário no prazo legal contado a partir da data da alteração contratual, há de se declarar a prescrição total do direito de ação, nos termos do Enunciado n. 294 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. TST RR 585.989/99. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito. DJU 14.3.03, pág. 515.

09 — CARTÕES DE PONTO. AUSÊNCIA DE JUNTADA NOS AUTOS. EFEITOS

De acordo com a jurisprudência pacificada desta Corte, com a edição do Enunciado n. 338 do TST, a mera ausência de registros de ponto nos autos não faz presumir verdadeira a jornada de trabalho alegada na inicial, à míngua de prévia determinação judicial da exibição desses cartões de ponto. Agravo regimental não provido. TST AGERR 557.728/99. Rel. Min. Milton de Moura França. DJU 28.3.03, pág. 562.

10 — CIÊNCIA DE DESPACHO POR ESTAGIÁRIO DESACOMPANHADO DE ADVOGADO. INVALIDADE PARA FINS DE INÍCIO DE CONTAGEM DE PRAZOS

A ciência de decisão por parte de estagiário desacompanhado de advogado não enseja o início da contagem de prazos, pois o ato foi praticado em desacordo com o § 2º do art. 3º da Lei n. 8.906/93 (Estatuto da OAB), segundo o qual apenas certos atos — dentre os quais não foi relacionada a ciência de decisões judiciais — podem ser praticadas isoladamente por estagiário. Recurso de revista conhecido e provido. TST RR 29575-2002-900-10-00. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito. DJU 28.3.03, pág. 664.

11 — COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA. GRATIFICAÇÃO DE APÓS-FÉRIAS

O art. 7º, inciso XVII, da Carta da República estabeleceu o pagamento de um abono no valor de um terço do salário do empregado, a ser-lhe pago por ocasião do gozo das férias. A gratificação de após-férias, derivada de instrumento normativo, e o adicional de férias, constitucionalmente previsto, têm idêntica finalidade, ou seja, auxílio financeiro em razão das férias do trabalhador, apesar das diferentes nomenclaturas. Assim, ambos podem ser compensados entre si, pela aplicação analógica das Súmulas ns. 145 e 202 do TST. Saliente-se que o pagamento de 1/3 (um terço) antes e 2/3 após as férias não descaracteriza a gratificação, por inexistir prejuízo. O pagamento concomitante das duas vantagens constituiria verdadeiro *bis in idem*. TST RR 53241-2002-900-04-00. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula. DJU 14.3.03, pág. 467.

12 — COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM

Nos termos da jurisprudência desta Corte, afirmada no Enunciado n. 15 da sua súmula, "compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho". O STF decidiu ser da Justiça do Trabalho a competência quando se trata de indenização de dano moral ou material derivado da relação de emprego, como, por exemplo, a despedida por justa causa. Nas ações que têm seu pedido assentado no fato do acidente de trabalho e não na relação de emprego, nas quais ocupa o pólo passivo ente federal com prerrogativa de foro na Justiça Federal, a competência não é definida pelo art. 114, mas pela parte final do art. 109-I, da Constituição, que estabelece a exceção à regra instituída na parte inicial desse dispositivo, em razão da matéria. STJ CC 32.017/MG. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU 3.2.03, pág. 260.

13 — COMPETÊNCIA. CONFLITO. ACORDO TRABALHISTA. DESCUMPRIMENTO

A ultimação das medidas acessórias tendentes a fazer cumprir acordo traba-

lhista deve ser apreciada e determinada pelo juízo que homologou o acordo exeqüendo. Conflito conhecido. Declarada a competência da Justiça Trabalhista. STJ CC 27.461/SP Rel. Min. Nancy Andrighi DJ U 15.4.02, pág. 166.

14 — COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. NORMA REGULAMENTAR. REALINHAMENTO SALARIAL DE NOVEMBRO DE 1989. BANCO MERIDIONAL. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO TST

A jurisprudência dominante do TST, consubstanciada em inúmeros precedentes da SBDI 1, considera que o empregado aposentado do extinto Banco da Província do Rio Grande do Sul S/A, sucedido pelo Banco Meridional, faz jus a diferenças de complementação de aposentadoria decorrentes do realinhamento salarial concedido aos empregados em atividade, de mesma categoria do Autor, em novembro de 1989, não estendido aos aposentados. Exegese que se extrai do art. 12 do "Regulamento do Departamento de Aposentadoria e Benefícios" do Banco sucedido. Embargos não conhecidos. Incidência da Súmula n. 333 do TST. TST ERR 579.234/99. Rel. Min. João Oreste Dalazen. DJU 21.3.03, pág. 441.

15 — CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. RELAÇÃO JURÍDICA REGIDA PELA CLT MESMO APÓS O ADVENTO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A competência *ratione materiae*, em regra, é determinada em função da natureza jurídica da pretensão deduzida, decorrente do pedido e da causa de pedir. Em havendo a servidora pública municipal, após o advento do Regime Jurídico Único Municipal (Lei n. 2.298/91), passado a integrar quadro especial em extinção, excepcionalmente regido pela CLT (art. 248), é de se reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o feito, nos termos do art. 114 da Constituição da República. Conflito conhecido para declarar competente o TRT da 4ª Região, suscitado. STJ CC 3.291/RS. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJU 17.3.03, pág. 176

16 — CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAIS. LEI N. 8.984/95. PRECEDENTES

A competência para julgar as ações de cobrança de contribuições assistenciais pelos Sindicatos é da justiça trabalhista, consoante a Lei n. 8.984/95. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª VT de Mogi das Cruzes/SP. STJ CC 35.382/SP. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. DJU 17.3.03, pág. 173.

17 — CONTRIBUIÇÕES SINDICAL E ASSISTENCIAL. EMPREGADOS NÃO ASSOCIADOS DA ENTIDADE SINDICAL. IMPOSSIBILIDADE DOS DESCONTOS

A nova diretriz do Precedente Normativo n. 119 da SDC do TST não pretendeu que as contribuições sindicais (taxas para o custeio do sistema confederativo e assistenciais) alcançassem todos os trabalhadores, pois a liberdade sindical constitucional é condição que não pode ser olvidada pelos Tribunais. A razão de ser do posicionamento adotado pela Seção de Dissídios Coletivos desta Corte (seguida por julgados do STF e da SBDI 1 do TST) prende-se ao fato de que a grande maioria dos sindicatos profissionais, notadamente os de menor

porte, transacionava direitos dos seus associados em favor da contribuição sindical que a empresa ou o sindicato patronal lhes garantiria em troca. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido em parte. TST RR 20956-2002-900-02-00. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. DJU 21.3.03, pág. 576.

18 — DECISÃO MOLDADA À JURISPRUDÊNCIA DO TST

Estando a decisão regional moldada à jurisprudência iterativa, notória e atual da SDI 1 do TST, no caso à Orientação Jurisprudencial n. 177, a qual prevê que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário, sendo, assim, indevida a multa de 40% (quarenta por cento) do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria, não havia mesmo como a E. Turma conhecer do recurso de revista interposto, tendo em conta o óbice do Enunciado n. 333 do TST. Embargos não conhecidos. TST ERR 425.758/98. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 21.3.03, pág. 438.

19 — DIGITADOR. BANCÁRIO. VÍNCULO DE EMPREGO. INTERMEDIAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA

Não são aplicáveis a Súmula n. 331, inc. II, do TST e o art. 37, inc. II, da CF/88, quando a contratação tiver ocorrido antes da promulgação da atual Carta Política. Assim, atento ao princípio *tempus regit actum*, incide no caso a regra prevista na CF/67, com a Emenda n. 1/69, vigente na época da formação do vínculo de emprego, a qual não exigia a aprovação em concurso público para o emprego público e, portanto, é aplicável a orientação consubstanciada na Súmula n. 256 desta Corte. Recurso de Revista de que não se conhece. TST RR 425.476/98. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DJU 28.3.03, pág. 665.

20 — EMBARGOS. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO APRESENTADO VIA FAC-SÍMILE. ENTREGA DOS ORIGINAIS NO TST. PRAZO

A aferição da tempestividade da apresentação dos originais do fac-símile (art. 2º da Lei n. 9.800/99), se faz levando-se em conta a data em que foram regularmente protocolizados na Secretaria do Tribunal respectivo, desprezando-se a data da entrega na agência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Reputa-se intempestivo o recurso de embargos interposto via fac-símile, sempre que os originais não forem regularmente protocolizados na Secretaria do TST nos 5 (cinco) dias subseqüentes ao término do prazo recursal, na forma preconizada pelo art. 2º da Lei n. 9800/99. Recurso de Embargos de que não se conhece. TST EAGAIRR 747.027/01. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DJU 14.3.03, pág. 389.

21 — EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA N. 23 DO TST

Na hipótese de o Regional valer-se de dois fundamentos jurídicos, ainda que autônomos e suficientes, para a conclusão firmada no acórdão, cada um de *per si*, é indispensável para a configuração da divergência jurisprudencial que o aresto trazido a cotejo contemple os dois. Em outras palavras, mister que o Regional prolator do acórdão paradigma, decidindo a mesma matéria, e enfrentando os mesmos fundamentos, conclua de maneira diversa em relação ao acórdão recorrido. Não se podem somar os fundamentos diversos de paradigmas diferentes para caracterização da divergência jurisprudencial. Inteligência da Súmula n. 23 do TST. Não violado o art. 896, alínea *a*, da CLT, não se

conhece do recurso. TST ERR 744.934/01. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula. DJU 21.2.03, pág. 422.

22 — EMPREGADA DOMÉSTICA. GESTANTE. ESTABILIDADE

Os direitos concedidos aos empregados domésticos encontram-se taxativamente relacionados no art. 7º, parágrafo único, da CF. Dessa forma, a empregada doméstica não tem direito à estabilidade a que alude o art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, relativa à garantia de emprego mencionada no inciso I do art. 7º da Carta. SALÁRIO EFETIVAMENTE RECEBIDO E QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. No tópico, o Recurso de Revista está desfundamentado, uma vez que não indicada violação a dispositivo legal e/ou constitucional, nem colacionado aresto à divergência. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. TST RR 697.567/00. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DJU 21.3.03, pág. 556.

23 — ESTABILIDADE DA GESTANTE

A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar à empregadora o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme prevista em norma coletiva, que condiciona a estabilidade a essa comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade, nos termos do art. 7º, XXVI, da CF. Incidência da OJ n. 88 da SDI-1/TST. Recurso de Revista conhecido e provido. TST RR 58794-2002-900-09-00. Rel. Min. José Simpliciano Fernandes. DJU 14.3.03, pág. 430.

24 — ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CIPA. RECLAMAÇÃO AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO

A estabilidade provisória do membro da CIPA não é direito individual do trabalhador, mas direito do grupo que esse representa naquele órgão. Se o trabalhador é despedido no período de vigência do mandato e, negligentemente, somente ajuíza a reclamação trabalhista após escoado o prazo do mandato e o prazo do período de garantia do emprego, não há que se falar em reintegração, visto que já não há mais mandato. Também não há direito a indenização, porque esta é própria das estabilidades provisórias que se traduzem em direitos individuais (estabilidade da gestante, do empregado acidentado ou portador de doença profissional). O pagamento de salários e vantagens do período de garantia prende-se à possibilidade de reintegração para o exercício do mandato, e, se não há direito a reintegração, não há direito a indenização. Assim sendo, há de se concluir que a decisão proferida pelo TRT foi correta, inexistindo ofensa ao art. 10, II, *a*, do ADCT, cuja finalidade foi frustrada pelo próprio reclamante. Recurso de Revista não conhecido. TST RR 703.241/00. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito. DJU 14.3.03, pág. 520.

25 — EXECUÇÃO. PENHORA. BEM VINCULADO À CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL

O art. 186 do CTN, bem como os arts. 10 e 30 da Lei n. 6.830 (plenamente aplicáveis ao processo de execução trabalhista, *ex vi* do art. 889 da CLT), demonstram ter o crédito trabalhista tratamento privilegiado nas execuções, podendo a penhora recair sobre bem gravado por cédula de crédito industrial pignoratícia em razão de a propriedade e o domínio do bem permanecerem com o devedor-executado. Segundo a disposição do § 2º do art. 896 da CLT, o conhecimento do Recurso de Revista, em se tratando de processo de execução, está adstrito à demonstração de ofensa direta a texto constitucional. A questão acerca da possibilidade de penhora de bem gravado por cédula de crédito industrial esbarra, necessariamente, no exame de normas legais, de sorte que não vulnera o art. 896 da CLT. Recurso de Revista não co-

nhecido. TST RR 605.277/99. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DJU 28.3.03, pág. 673.

26 — EXECUÇÃO. PENHORA. BEM VINCULADO À CÉDULA DE CRÉDITO RURAL

O art. 186 do CTN, bem como os arts. 10 e 30 da Lei n. 6.830 (plenamente aplicáveis ao processo de execução trabalhista, *ex vi* do art. 889 da CLT), demonstram ter o crédito trabalhista tratamento privilegiado nas execuções, podendo a penhora recair sobre bem gravado por cédula de crédito rural pignoratícia em razão de a propriedade e o domínio do bem permanecerem com o devedor-executado. Segundo a disposição do § 2º do art. 896 da CLT, o conhecimento do Recurso de Revista, em se tratando de processo de execução, está adstrito à demonstração de ofensa direta a texto constitucional. A questão acerca da possibilidade de penhora de bem gravado por cédula de crédito rural esbarra, necessariamente, no exame de normas legais, de sorte que não vulnera o art. 896 da CLT. Recurso de Revista não conhecido. TST RR 532.355/99. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DJU 28.3.03, pág. 669.

27 — *HABEAS CORPUS*. ADVOGADO DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE CRIMES DE DIFAMAÇÃO E INJÚRIA CONTRA MAGISTRADO

Não há como se trancar a ação penal se a conduta configura, em tese, crime. A conduta do denunciado não encontra respaldo na imunidade profissional do advogado, que nem é absoluta, nem agasalha a ofensa dirigida a magistrado. Não há como, por meio de *habeas corpus*, investigar-se a existência ou não do dolo, em face da inexistência de dilação probatória. *Habeas corpus* indeferido. STF HC 82.190/RN. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU 14.11.02, pág. 53.

28 — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO IMPOSTA COMO PENALIDADE POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Na Justiça do Trabalho os honorários advocatícios são deferidos se observados os requisitos inscritos na Lei n. 5.584/70, na forma interpretada no Enunciado de Súmula n. 219 do TST. Não existe, no ordenamento jurídico pátrio, norma legal ou de estatura constitucional que garanta a condenação da parte em face do reconhecimento de litigância de má-fé. Para esta conduta, há a penalidade contida no art. 17 do CPC. Assim, não pode prevalecer a decisão regional neste aspecto, sob pena de estarmos ignorando o contido no art. 5º, inciso II, da CF. Recurso de Revista conhecido em parte e provido. TST RR 794.471/01. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 28.3.03, pág. 614.

29 — IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. INEFICÁCIA

Hipótese em que as razões recursais não se dirigem contra os fundamentos em que se assenta a decisão impugnada, de modo a infirmá-los, e, nesse contexto, o recurso não merece acolhida, na medida em que o agravante não consegue evidenciar possível desacerto da prestação jurisdicional que lhe foi desfavorável. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. ARGUMENTAÇÃO INFUNDADA. MULTA. ART. 557, § 2º, DO CPC. APLICAÇÃO. O agravo regimental interposto contra decisão amparada em jurisprudência pacífica e reiterada desta Corte, objeto, inclusive, de enunciado de súmula de jurisprudência uniforme, revela manifesto intuito de o agravante procrastinar o andamento do processo, razão pela qual a aplicação da multa do § 2º do art. 557 do CPC é providência de natureza ético-jurídica, imprescindível para coibir o abuso do direito de recorrer, incompatível com os princípios norteadores do processo. Agravo regimental não provido. TST AGERR 371.671/1997. Rel. Min. Milton de Moura França. DJU 28.3.03, pág. 561.

30 — INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO. PREVISÃO DA "HORA CORRIDA" EM ACORDOS COLETIVOS

A CF de 1988 conferiu maiores poderes aos sindicatos, de modo que essas entidades podem, no interesse de seus associados e mediante negociação coletiva, restringir certos direitos assegurados aos trabalhadores a fim de obter outras vantagens não previstas em lei. Não obstante, tal flexibilização não autoriza a negociação coletiva que atente contra normas referentes à segurança e saúde no trabalho. De fato, o estabelecimento do intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso dentro da jornada de trabalho é fruto da observação e análise do comportamento humano, e das reações de seu organismo quando exposto a várias horas de trabalho. Doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido da necessidade desse intervalo mínimo para que o trabalhador possa não apenas ingerir alimentos, mas também digeri-los de forma adequada, a fim de evitar o estresse dos órgãos que compõem o sistema digestivo, e possibilitar o maior aproveitamento dos nutrientes pelo organismo, diminuindo também a fadiga decorrente de horas de trabalho. Se de um lado a CF prevê o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como direito dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XXVI, da CF), de outro estabelece ser a saúde um direito social a ser resguardado (art. 6º da Carta Política). Recurso de revista não conhecido. TST RR 619.959/99. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito. DJU 14.3.03, pág. 518.

31 — MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DEFINITIVA. PENHORA EM DINHEIRO. NOMEAÇÃO DE CARTA DE FIANÇA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 59 DA SBDI 2

Mandado de Segurança impugnando ato que, em processo de execução definitiva, aceitou a nomeação de fiança bancária e, logo em seguida, antes do final da execução, determinou que o Banco fiador efetuasse o depósito da quantia afiançada. Fere direito líquido e certo do devedor a decisão que rejeita o seu pedido para que o juízo da execução fique garantido apenas pela carta de fiança bancária apresentada. Isso porque, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte Trabalhista, a carta de fiança bancária, para efeito da gradação dos bens penhoráveis, estabelecida no art. 655 do CPC, equivale a dinheiro. Inteligência da OJ n. 59 da SBDI 2. Recurso Ordinário provido. TST ROMS 656.659/00. Rel. Min. José Simpliciano Fernandes. DJU 28.3.03, pág. 570.

32 — MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. EXISTÊNCIA DE RECURSO ESPECÍFICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL

O ato praticado pelo Relator da Ação Cautelar poderia ser impugnado via Agravo Regimental, consoante estabelecido no art. 338, alíneas *c* e *h*, do Regimento Interno deste TST vigente à época. O fato de o Recurso cabível ser despido de eficácia suspensiva não seria suficiente a justificar a admissibilidade da ação mandamental, eis que o próprio STF já cristalizou entendimento no sentido de que, havendo previsão de recurso específico ou correição no ordenamento jurídico pátrio, é incabível o *writ*. Ademais, o atual Regimento Interno desta Corte, publicado no DJU em 27.11.2002, também prevê em seu art. 243, incisos III e IX, o cabimento de Agravo Regimental em hipótese semelhante à versada nos presentes autos. Agravo Regimental a que se nega provimento. TST AGMS 52732-2002-000-00-00. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito. DJU 10.3.03, pág. 632.

33 — POLICIAL MILITAR. RELAÇÃO DE EMPREGO. EMPRESA PRIVADA

Inexiste vedação legal/constitucional para que policial militar da ativa celebre contrato de trabalho com empresa privada, a fim de exercer atividade de segurança. Assim, estando presentes os requisitos do art. 3º, da CLT, inexiste óbice ao reconhecimento do vínculo empregatício. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 167, emanada da SBDI 1 do TST: "Preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, é legítimo o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente do eventual cabimento de penalidade disciplinar prevista no Estatuto Policial Militar". Recurso de revista não conhecido. TST RR 491.913/98. Rel. Min. João Oreste Dalazen. DJU 21.3.03, pág. 474.

34 — PRECATÓRIO. INCLUSÃO DE JUROS DE MORA NA ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO

Em relação ao tema, o entendimento emanado do E. STF direcionou-se no sentido de que, tratando-se de precatórios judiciais relativos a crédito de natureza alimentar, não cabe a incidência de juros de mora durante o período a que se refere o art. 100, § 1º, da Constituição da República, pois, enquanto não superado o prazo constitucional em questão, a entidade de direito público não poderá ser considerada em estado de inadimplemento obrigacional. Recurso de Revista conhecido em parte e provido. TST RR 596.931/99. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 21.3.03, pág. 522.

35 — PRESCRIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL. ALTERAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DO TRABALHADOR RURAL. INCISO XXIX, DO ART. 7º, DA CF. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT

O entendimento da Turma, que ao empregado que exerce atividade rural em empresa de reflorestamento é aplicável a prescrição própria do rurícola, está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência da Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial n. 38 da SDI, encontrando obstáculo o apelo na Súmula n. 333 do TST. Registre-se que a questão que envolve a EC n. 28 não foi enfrentada pela Turma operando a preclusão quanto ao tema (Súmula n. 297 do TST). HORAS *IN ITINERE*. Ausência de violação dos preceitos constitucionais invocados. Incidência da OJ n. 37/SDI e Súmula n. 296. Embargos não conhecidos. TST ERR 438.188/98. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula. DJU 21.2.03, pág. 419.

36 — PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS X VERBAS DE NATUREZA SALARIAL. DISTINÇÃO

O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN). As verbas de natureza salarial ou as recebidas a título de aposentadoria adequam-se ao conceito de renda previsto no CTN. Diferentemente, as verbas de natureza indenizatória, recebidas como compensação pela renúncia a um direito, não constituem acréscimo patrimonial. Os contribuintes vêm questionando a incidência do tributo nas seguintes hipóteses: a) quando da adesão ao Plano de Demissão Voluntária — PDV (ou Plano de Demissão Incentivada — PDI) ou Plano de Aposentadoria Voluntária — PAV (ou Plano de Aposentadoria Incentivada) — tendo ambos natureza indenizatória, afasta-se a incidência do Imposto de Renda sobre os valores recebidos quando da adesão ao plano e sobre férias, licença-prêmio e abonos-assiduidade não gozados (Súmulas ns. 215 e 125/STJ); b) sobre o resgate ou recebimento de benefício da Previdência Privada — observa-

se o momento em que foi recolhida a contribuição: se durante a vigência da Lei n. 7.713/88, não incide o imposto quando do resgate ou do recebimento do benefício (porque já recolhido na fonte) e, se após o advento da Lei n. 9.250/95, é devida a exigência (porque não recolhido na fonte). c) sobre os valores decorrentes de acordo com o empregador para renúncia ao direito de receber a chamada Aposentadoria Complementar Móvel Vitalícia — ACMV — não é pertinente a tributação, posto se tratar de verba de natureza indenizatória; d) sobre valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, decorrente de acordo com o empregador, para manter a paridade com o salário da ativa — assemelhando-se a gratificação por inatividade, é devida a cobrança, por se tratar de verba de natureza salarial (conceito de renda, nos termos do art. 43 do CTN). Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para corrigir o erro material e negar provimento ao recurso especial da FAZENDA. STJ EDRESP 437.998/MG. Rel. Min. Eliana Calmon. DJU 24.3.03, pág. 206.

37 — PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA TRABALHISTA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. COBRANÇA DE VERBAS TRABALHISTAS. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. PRECEDENTES. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS

Em se tratando de relação de emprego decorrente de contratação irregular, sem prévio concurso público, não obstante a edição do Regime Estatutário Municipal, a competência para processar e julgar o pleito é da Justiça Especializada, sob pena de ofensa ao disposto no art. 37, inciso II, da CF. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos, para declarar competente o Juízo Trabalhista, ora suscitante, para a apreciação e julgamento do feito. STJ EDCC 32.191/PE. Rel. Min. Laurita Vaz. DJU 31.3.03, pág. 146.

38 — PROTOCOLO ILEGÍVEL

Impossibilidade de se comprovar a tempestividade recursal. Juntada de documentos na fase regimental. Procedimento vedado pela jurisprudência do STF. Regimental não provido. STF AI 395.726/SP. Rel. Min. Nelson Jobim. DJU 25.10.02, pág. 61.

39 — RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. CABIMENTO. CONTRARIEDADE À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

De acordo com o § 6º do art. 896 da CLT, somente é cabível o recurso de revista nos autos sujeitos ao procedimento sumaríssimo se demonstrada contrariedade a súmula da jurisprudência do TST ou violação direta à CF. A possível divergência com Orientação Jurisprudencial deste Tribunal não enseja o cabimento deste Apelo. Recurso não conhecido. TST RR 748-2002-011-20-00. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 28.3.03, pág. 597.

40 — RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. ENTE PÚBLICO

A orientação jurisprudencial desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial n. 17 da SBDI/2, se firmou no sentido de ser aplicável o prazo decadencial elastecido à rescisória proposta por ente público na hipótese de o biênio do art. 495 do CPC ter findado no período que medeia a entrada em vigor da MP n. 1.577, de 11.7.97, até sua suspensão

pelo STF em 16.4.98. Na hipótese dos autos há registro de trânsito em julgado da decisão rescindenda em 14.10.97, coincidente com o início de contagem do prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória, cujo vencimento ocorreu em 14.10.99. No confronto entre as datas, extrai-se que não se cogita de aplicabilidade do elastecimento do prazo decadencial para o ajuizamento da ação pois quando vencido o biênio a Medida Provisória já estava suspensa. Recurso ordinário e Remessa desprovidos. TST RXOFROAR 13304-2002-900-02-00. Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen. DJU 21.3.03, pág. 445.

41 — RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. LEI DA ANISTIA. EFEITOS FINANCEIROS. LEI N. 8.878/94

Inviável se revela a rescisão do julgado por violação do art. 6º da Lei n. 8.878/94, ante o óbice do Enunciado n. 83 do TST e da Súmula n. 343 do STF. Com efeito, na data da prolação do acórdão rescindendo (17.12.96) havia nítida controvérsia sobre a matéria pertinente aos efeitos financeiros da anistia, evidenciada em decisões que ora propendiam pela reintegração do reclamante ao emprego, ora pela sua readmissão. Registre-se que a questão só veio a ser pacificada com a inclusão do tema na lista de precedentes jurisprudenciais da SBDI/1 em 20.6.01, vindo à baila, portanto, a OJ n. 77 da SBDI/2, segundo a qual a data da inclusão da matéria discutida na ação rescisória na Orientação Jurisprudencial do TST é o divisor de águas quanto a ser, ou não, controvertida nos tribunais a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória. Recurso provido. TST ROAR 754.823/01. Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen. DJU 21.3.03, pág. 451.

42 — RECURSO ORDINÁRIO. DEVOLUTIVIDADE. AMPLITUDE

Se o Tribunal de origem julgou improcedente os pedidos contidos na inicial, por aplicação do Enunciado n. 83 do TST e da Súmula n. 343 do STF, devem ser acolhidos os embargos de declaração, para explicitar que a decisão recorrida é definitiva, de cunho meritório. Logo, superado o óbice pronunciado na origem, o efeito devolutivo do recurso ordinário interposto autoriza o Tribunal *ad quem* a apreciar os demais aspectos da lide, ainda que sobre eles não tenha se manifestado o órgão *a quo*. Aplicação do art. 515 e parágrafos do CPC. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. MOMENTO OPORTUNO PARA A FORMULAÇÃO DO PEDIDO. Os embargos de declaração não constituem o momento oportuno para a formulação do pedido do benefício da justiça gratuita. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n. 269 da SBDI 1. Inexistindo omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, não podem ser acolhidos os embargos de declaração, ante os termos dos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC. TST EDROAR 617-1999-000-17-00. Rel. Min. Emmanoel Pereira. DJU 28.3.03, pág. 566.

43 — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ESTADO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO TST

Segundo entendimento jurisprudencial dominante no TST, inexiste responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado pelos créditos trabalhistas oriundos de vínculo empregatício formado entre empregado e Associação de Pais e Mestres (Orientação Jurisprudencial n. 185 da SBDI 1). Embargos de que se conhece e a que se dá provimento para, com supedâneo no art. 143 do RITST, afastar a responsabilidade subsidiária do Estado de Santa Catarina. TST ERR 498.090/98. Rel. Min. João Oreste Dalazen. DJU 14.3.03, pág. 382.

44 — SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO. PODER DISCRICIONÁRIO

Os motivos que amparam o pedido de remoção do servidor são estranhos às

hipóteses previstas no inciso III do art. 36 da Lei n. 8.112/90. Logo, o deferimento, ou não, da medida encontra-se no âmbito do Poder Discricionário daquela Administração, cujo juízo de conveniência e oportunidade somente a ele cabe decidir. Recurso Administrativo não conhecido. TST RMA 57030-2002-000-00-00. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 21.3.03, pág. 437.

45 — TRANSAÇÃO. ADESÃO DO PDV. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO CONFIGURADA, EM FACE DO NÃO-CONHECIMENTO DA REVISTA COM FULCRO NO ENUNCIADO N. 126 DO TST

Expressamente consignado pela Turma que não houve exame da controvérsia sob o prisma da adesão do reclamante ao Plano de Demissão Voluntária com conseqüente pagamento de indenização, que conferiu quitação total do contrato de trabalho, mas, sim, de recibo de quitação passado pelo empregado com assistência sindical e de sua eficácia liberatória relativamente às parcelas decorrentes do contrato de trabalho, revela-se incensurável a observância do óbice do Enunciado n. 126 do TST ao conhecimento da revista. Agravo regimental não provido. TST AGERR 566.997/99. Rel. Min. Milton de Moura França. DJU 28.3.03, pág. 562.

46 — TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO

Recurso extraordinário do empregado provido por decisão monocrática. Agravo regimental em que se alega ter havido reexame de matéria fática (Súmula n. 279). Descabida essa alegação, haja vista o acórdão recorrido ter adentrado ao mérito da questão, ao analisar a incidência do art. 7º, XIV da Constituição. Agravo regimental desprovido. STF RE 289.115 AgR/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. DJU 26.4.02, pág. 77.

47 — TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. JORNADA DIÁRIA DE 6 HORAS. EXIGÊNCIA UNILATERAL DE PRESTAÇÃO DE 8 HORAS. DEVIDAS 2 HORAS EXTRAS COM O RESPECTIVO ADICIONAL

A alteração da jornada pelo empregador resulta na sua obrigação de pagar como extras as horas excedentes da previsão legal ou contratual, por força do princípio da comutatividade e para se evitar o enriquecimento indevido do tomador. Nesse contexto, tratando-se de empregado que trabalha em turnos ininterruptos de revezamento e presta serviços além da sexta hora diária, tem direito ao valor da hora extra com o respectivo adicional, pouco importando se se trata de horista ou mensalista. Recurso de embargos não conhecido. TST ERR 592.997/99. Rel. Min. Milton de Moura França. DJU 28.3.03, pág. 562.

48 — VIOLAÇÃO. DO ART. 896 DA CLT. NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA

Admitindo o Banco que estava presente a figura jurídica do mandato tácito, não há necessidade de que os autos retornem ao TRT para esclarecer se havia mandato expresso. Tem-se, desse modo, que a negativa do TRT de revelar a existência de mandato expresso não acarreta prejuízo ao Reclamante, já que o próprio Banco informa que só existia mandato tácito. Ofensa ao art. 896 da CLT configurada. Embargos conhecidos e providos para, declarando que a Revista não merecia ser conhecida, quanto à preliminar de nulidade do acórdão do Tribunal Regional por negativa de prestação jurisdicional, determinar o retorno dos autos à Turma para que examine os demais itens da Revista. TST EAIRR RR 656.571/00. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito. DJU 7.3.03, pág. 138.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

TRIBUNAIS SUPERIORES

Referência
Ementa

ABUSO DO DIREITO DE RECORRER

— Argumentação infundada. Multa. Art. 557, § 2º, do CPC. Aplicação 29

AÇÃO DE CUMPRIMENTO

— Substituição processual. Limitação aos associados da entidade sindical 01

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

— Abastecimento do próprio caminhão. Inaplicável a Súmula n. 39 do TST 02
— Sistema elétrico de potência 03
— Tempo de exposição ao risco 03

ADMINISTRAÇÃO

— Pública Direta e Indireta. Responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços 04

ADMINISTRATIVO

— Servidor. Processual civil. Conversão de tempo de serviço. Ex-celetista. Atividade insalubre. Direito adquirido. Juros moratórios. Taxa 05

AGRAVO REGIMENTAL 06

— Em agravo de instrumento 07

ALTERAÇÃO CONTRATUAL

— Prescrição 08

BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

— Momento oportuno para a formulação do pedido 42

CARTÕES DE PONTO

— Ausência de juntada nos autos. Efeitos 09

CIÊNCIA DE DESPACHO

— Por estagiário desacompanhado de advogado. Invalidade para fins de início de contagem de prazos 10

COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA

— Gratificação de após-férias 11

COMPETÊNCIA

— Conflito negativo. Justiça Estadual e Justiça Federal. Indenização por dano moral e material decorrente de acidente do trabalho. Precedentes. Competência da Justiça Comum 12

— Conflito. Acordo trabalhista. Descumprimento 13

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

— Diferenças. Norma regulamentar. Realinhamento salarial de novembro de 1989. Banco Meridional. Jurisprudência dominante do TST 14

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

— Administrativo. Servidor público municipal. Adicional por tempo de serviço. Relação jurídica regida pela CLT mesmo após o advento do Regime Jurídico Único Municipal. Competência da Justiça do Trabalho 15

— Contribuições assistenciais. Lei n. 8.984/95. Precedentes 16

CONTRIBUIÇÕES SINDICAL E ASSISTENCIAL

— Empregados não associados da entidade sindical. Impossibilidade dos descontos 17

DECISÃO MOLDADA À JURISPRUDÊNCIA DO TST 18

DIGITADOR

— Bancário. Vínculo de emprego. Intermediação de mão-de-obra 19

EMBARGOS

— Intempestividade. Recurso apresentado via fac-símile. Entrega dos originais no TST. Prazo 20

— Recurso de revista. Divergência jurisprudencial. Violação do art. 896 da CLT. Não caracterização. Súmula n. 23 do TST 21

EMPREGADA DOMÉSTICA

— Gestante. Estabilidade 22

ESTABILIDADE

— Da gestante 23

— Provisória. Membro de Cipa. Reclamação ajuizada após o término do período estabilitário 24

EXECUÇÃO

— Penhora. Bem vinculado à cédula de crédito industrial 25

— Penhora. Bem vinculado à cédula de crédito rural 26

HABEAS CORPUS

— Advogado denunciado pela prática de crimes de difamação e injúria contra magistrado 27

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

— Condenação imposta como penalidade por litigância de má-fé 28

HORAS *IN ITINERE* 35

IMPUGNAÇÃO GENÉRICA

— Ineficácia 29

INTERVALO INTRAJORNADA

— Redução. Previsão da "hora corrida" em acordos coletivos 30

MANDADO DE SEGURANÇA

— Execução definitiva. Penhora em dinheiro. Nomeação de carta de fiança. Orientação Jurisprudencial n. 59 da SBDI/2 31

— Indeferimento liminar da inicial. Existência de recurso específico no ordenamento jurídico pátrio. Decisão indeferitória de liminar em ação cautelar. Agravo regimental 32

POLICIAL MILITAR

— Relação de emprego. Empresa privada 33

PRECATÓRIO

— Inclusão de juros de mora na atualização do débito 34

PRESCRIÇÃO

— Emenda Constitucional. Alteração da prescrição do trabalhador rural. Inciso XXIX, do art. 7º, da CF. Violação do art. 896 da CLT 35

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO

— Embargos de declaração. Imposto de renda. Verbas indenizatórias x verbas de natureza salarial. Distinção 36

PROCESSUAL CIVIL

— Conflito negativo de competência. Justiça Comum e Justiça Trabalhista. Embargos declaratórios. Servidor público municipal. Cobrança de verbas trabalhistas. Contratação irregular. Competência da Justiça Trabalhista. Precedentes. Embargos acolhidos com efeitos modificativos 37

PROTOCOLO ILEGÍVEL 38

RECURSO

— De revista. Procedimento sumaríssimo. Cabimento. Contrariedade à Orientação Jurisprudencial 39

— Ordinário. Ação rescisória. Decadência. Ente público 40

— Ordinário. Ação rescisória. Lei da Anistia. Efeitos financeiros. Lei n. 8.878/94 41

— Ordinário. Devolutividade. Amplitude 42

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

— Estado. Jurisprudência dominante do TST 43

SALÁRIO

— Efetivamente recebido e quitação do contrato de trabalho 22

SERVIDOR PÚBLICO

— Remoção. Poder discricionário 44

TRANSAÇÃO

— Adesão do PDV. Violação do art. 896 da CLT não configurada, em face do não-conhecimento da revista com fulcro no Enunciado n. 126 do TST 45

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO 46

— Jornada diária de 6 horas. Exigência unilateral de prestação de 8 horas. Devidas 2 horas extras com o respectivo adicional 47

VIOLAÇÃO

— Do art. 896 da CLT. Nulidade do acórdão do Tribunal Regional por negativa de prestação jurisdicional não configurada 48

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

DIREITO MATERIAL

01 — ACIDENTE DE TRABALHO. DOENÇA PROFISSIONAL. ESTABILIDADE DO ART. 118, DA LEI N. 8.213/91. PERCEPÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. PRAZO DA ESTABILIDADE

A percepção do auxílio-doença acidentário não é requisito essencial para a configuração do direito à estabilidade preconizada no art. 118, da Lei n. 8.213/91, especialmente, nos casos de doença profissional, quando o infortúnio não se produz instantaneamente. A doença profissional desenvolve-se no trabalhador ao longo dos meses em que é exposto, no ambiente do trabalho, a agentes prejudiciais à sua saúde e é constatada, na maior parte dos casos, após cessado o vínculo de emprego, pois quando o estado de saúde do empregado tende a se agravar o empregador em vez de emitir o CAT acaba dispensando-o. Comprovado, portanto, em perícia judicial, o nexo causal entre a patologia do trabalhador e a atividade por ele exercida, não há como negar a aplicabilidade do art. 118, da Lei n. 8.213/91, que confere ao trabalhador uma estabilidade no emprego por, no mínimo, 12 meses, ou seja, por doze meses ou enquanto durar a moléstia. TRT/SP 15ª Região 23.831/02 — Ac. 6ª T 14.996/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 30.5.03, pág. 33.

02 — ACORDO JUDICIAL. DISCRIMINAÇÃO DE VERBAS SALARIAIS E INDENIZATÓRIAS. FLEXIBILIZAÇÃO EM RELAÇÃO AO POSTULADO. OBSERVÂNCIA, TODAVIA, AOS LIMITES LÓGICOS DO PEDIDO. FRAUDE À LEI. INVALIDADE

Fixada a lide trabalhista, reputa-se plenamente válido o acordo firmado pelas partes, e homologado pelo juízo, quando estiver especificada a natureza jurídica das parcelas constantes do pactuado, ainda que não correspondam exatamente aos limites oriundos do exórdio. Em sendo a transação ato bilateral e de mútuas concessões (art. 1.025 do CC/1916 e art. 840 do Novo Código Civil), deve ser perquirida à luz do princípio da razoabilidade, dispensando correlação precisa com o postulado. Entretanto, tal flexibilização não afasta a análise entre a transação e os limites lógicos dos pedidos, impondo-se a rejeição, pelo Poder Judiciário, de ato das partes destinado a fraudar a lei. Inteligência do art. 129 do CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO JUDICIAL. MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. REGIME TRIBUTÁRIO ESPECIAL — "SIMPLES". NÃO ISENÇÃO. A opção pelo sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições — "SIMPLES" — não beneficia microempresas ou empresas de pequeno porte em relação à dívida previdenciária oriunda de acordo judicial firmado nos autos de reclamação trabalhista, porque a faculdade do art. 3º da Lei n. 9.317/96 somente implica no pagamento mensal unificado de tributos cujo fato gerador já tenha se verificado no respectivo período de competência, e não daqueles constituídos *a posteriori*. Tal conclusão ainda mais se evidencia quando a obrigação tributária decorre de fraude aos cofres públicos, segundo disposição contida no art. 43, parágrafo único, da Lei n. 8.212/91. TRT/SP 15ª Região 26.010/02 — Ac. 2ª T 12.555/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 16.5.03, pág. 19.

03 — ACORDO. POSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO AINDA QUE VERSE SOBRE MATÉRIA NÃO POSTA EM JUÍZO

Modificação efetuada no Processo Civil, perpetrada no art. 584, asseverou que são títulos executivos judiciais as

sentenças homologatórias de conciliação (inciso III, segunda parte) "... ainda que verse matéria não posta em juízo", dicção legal que demonstra cabalmente que a conciliação não está atrelada aos limites impostos pela lide, mas, tão-somente, à real lide (a sociológica) existente entre as partes que se propõem a se pacificar. TRT/SP 15ª Região 21.359/02 — Ac. 2ª T 9.325/03-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 11.4.03, pág. 17.

04 — ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO. INDENIZAÇÕES. FATO GERADOR

As indenizações rescisórias previstas em instrumentos normativos, ainda que tenham por base de cálculo acontecimentos passados ou projeções do contrato, têm como fato gerador, caso não especificado em contrário, o momento da dispensa, contando o autor com todos os direitos garantidos se ocorrida a mesma dentro da vigência da norma coletiva. TRT/SP 15ª Região 19.379/02 — Ac. 5ª T 12.412/03-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 16.5.03, pág. 28.

05 — ADICIONAL DE ACÚMULO DE FUNÇÕES. EXERCÍCIO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE

Ainda que não haja norma legal expressa, ou mesmo outra forma de previsão contratual, seja individual ou coletiva, todo trabalhador faz jus a um adicional por acúmulo de funções, pois o art. 7º e seus incisos, da CF, consagram a justa retributividade como uma das exigências do bem comum, que todo Julgador deve fazer atender. Ademais, cumpre esclarecer que o exercício concomitante das funções não deve ser considerado empecilho, mas, antes, requisito essencial para a confirmação do direito buscado. Recurso do reclamante que se dá provimento, de acordo com a inteligência dos arts. 8º e 460, ambos da CLT, c/c. art. 5º, da LICC. TRT/SP 15ª Região 27.508/02 — Ac. 5ª T 13.354/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 23.5.03, pág. 90.

06 — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

A CF vedou a utilização do salário mínimo como indexador econômico, exclusivamente, e, assim, não há incompatibilidade entre o art. 192 da CLT e o art. 7º, IV, da CF. TRT/SP 15ª Região 3.619/03 — Ac. 2ª T 10.763/03-PATR. Rel. Desig. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 25.4.03, pág. 11.

07 — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

Conforme prevê a CF/88 (art. 7º, XXIII), o adicional de insalubridade incide sobre a "remuneração", em consonância com outro preceito constitucional, que promete a redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, CF/88). TRT/SP 15ª Região 1.929/03 — Ac. 6ª T 14.998/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 30.5.03, pág. 33.

08 — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SALÁRIO EFETIVO. BASE DE CÁLCULO

Após a promulgação da CF, o salário mínimo deixou de servir como base de apuração do adicional de insalubridade, ante a proibição de sua vinculação (art. 7º, IV, CF). Assim, serve como base de cálculo do adicional o salário efetivamente recebido pelo obreiro. TRT/SP 15ª Região 5.816/03 — Ac. 6ª T 15.880/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 6.6.03, pág. 105.

09 — ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO. AUTARQUIA ESTADUAL

O adicional por tempo de serviço — ATS — deve ser pago sobre o total das verbas habitualmente recebidas pelos

empregados de seus empregadores, em face da contraprestação do serviço, por força do que dispõe o art. 457, *caput*, e § 1º, da CLT, relevando-se que, segundo dispõe o inciso I do art. 11 da Lei Complementar Estadual n. 712/93, a verba em questão, paga a empregados de autarquia do Estado de São Paulo, deve ser calculada sobre a totalidade dos vencimentos. LICENÇA-PRÊMIO. SERVIDOR "CELETISTA". A licença-prêmio é vantagem estatutária que não se aplica aos servidores regidos pelo regime jurídico da CLT, sendo imprescindível lei específica consagrando o direito. A obrigatoriedade de implantação do regime único não tem o condão de criar um regime híbrido nos Estados-membros que mantêm servidores nos regimes do estatuto e da CLT porque ainda não instituíram o regime único. TRT/SP 15ª Região 2.784/03 — Ac. 1ª T 16.291/03-PATR. Rel. Antonio Miguel Pereira. DOE 13.6.03, pág. 10.

10 — ALTERAÇÃO CONTRATUAL. SUPRESSÃO DE BENEFÍCIO PREVISTO EM LEI. PRESCRIÇÃO

Se a lei municipal autorizou o Município a conceder cestas básicas e este passou a concedê-las, obrigou-se a manter o benefício em relação aos contratos de trabalho em vigor. A supressão de tal benefício acarretou prejuízo aos obreiros e configura alteração unilateral do contrato de trabalho (CLT, 468); conseqüentemente, é devida a indenização correspondente ao prejuízo. Se o benefício suprimido está previsto em lei (Lei Municipal n. 1.578/89), a prescrição não é total (Enunciado TST n. 294). TRT/SP 15ª Região 6.887/03 — Ac. 6ª T 15.003/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 30.5.03, pág. 33.

11 — APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INDENIZAÇÃO PREVISTA EM NORMA COLETIVA. INCAPACIDADE PERMANENTE. CONFIGURAÇÃO. DEVIDA

Embora a aposentadoria por invalidez, a teor do disposto no Enunciado n. 160 do C. TST, possa ser suspensa a qualquer tempo (se houver reversão do quadro que a ensejou), esta somente é concedida nos casos em que não se vislumbra a possibilidade de recuperação do trabalhador, configurando a incapacidade permanente do obreiro. Assim, aplica-se a indenização prevista em norma coletiva devida pela incapacidade permanente do trabalhador em caso de aposentadoria por invalidez. TRT/SP 15ª Região 27.847/02 — Ac. 2ª T 14.717/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 6.6.03, pág. 90.

12 — AVISO PRÉVIO. AVISO CONCEDIDO PELO EMPREGADOR. NÃO CUMPRIMENTO PELO EMPREGADO

O não cumprimento do aviso prévio por parte do empregado confere ao empregador o direito de descontar das verbas rescisórias o valor do aviso, proporcional aos dias não trabalhados, nos termos do art. 491, da CLT, e não o de considerar cessado o contrato por justa causa, por abandono de emprego. TRT/SP 15ª Região 7.025/03 — Ac. 6ª T 14.979/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 30.5.03, pág. 32.

13 — BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

De acordo com o disposto no § 1º do art. 4º da Lei n. 1.060/50, basta que o reclamante apresente declaração de hipossuficiência, firmada sob as penas da lei, ou comprove perceber menos de dois salários mínimos por mês, para ter o direito ao benefício. TRT/SP 15ª Região 7.890/03 — Ac. 5ª T 15.162/03-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 6.6.03, pág. 102.

14 — CARGO EM COMISSÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATO REGIDO PELA CLT

É possível o servidor público ocupar cargo em comissão tendo seu contrato

regido pela CLT, mesmo que inexista prévio concurso público, bastando para tanto que a hipótese esteja prevista em lei. TRT/SP 15ª Região 24.973/02 — Ac. 5ª T 17.122/03-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 18.6.03, pág. 25.

15 — COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

Apesar de inafastável a jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), o art. 625-D da CLT, apenas criou uma condição para a propositura da ação, razoável e dentro de critério que garante o devido processo legal, e jamais um obstáculo intransponível para o exercício do direito da ação. Aliás, a legislação infraconstitucional está repleta de condições para o pleno exercício do direito de ação, como, por exemplo, a exigência de advogado constituído para residir em juízo civil, exigência de depósito recursal e pagamento de custas para recorrer no processo trabalhista. Por não ser inconstitucional o dispositivo de lei que exige das partes tentativa de composição extrajudicial antes da propositura de ação, e, por ser clara a sua redação e também nítida a intenção do legislador, imperioso ao julgador determinar sua integral aplicação. Não compete a este interpretação ideológica da lei . TRT/SP 15ª Região 24.452/02 — Ac. 3ª T 18.223/03-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DOE 27.6.03, pág. 92.

16 — COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. VALIDADE DA QUITAÇÃO

O termo de conciliação lavrado perante a Comissão de Conciliação Prévia, regularmente constituída, constitui-se em título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas, desde que preenchidos os requisitos legais, ou seja: a) haja um conflito individual de trabalho (CLT, art. 625-A) ou demanda de natureza trabalhista (CLT, 625-D); b) tenha sido instituída, na localidade da prestação de serviços, a Comissão de Conciliação Prévia, no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria (CLT, art. 625-D; c) a demanda seja formulada por escrito ou reduzida a termo na CCP, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados (CLT, art. 625-D, § 1º); e d) aceita a conciliação, seja lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes (CLT, art. 625-E, *caput*). Inobservados os requisitos previstos em lei, a quitação é nula, de pleno direito, nos termos do art. 9º, da CLT. TRT/SP 15ª Região 22.240/02 — Ac. 1ª T 10.599/03-PATR. Rel. Claudinei Sapata Marques. DOE 25.4.03, pág. 4.

17 — COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ABONO VINCULADO AOS VENCIMENTOS DA ATIVA. DESCONSIDERAÇÃO DO ACORDO COLETIVO PARA APLICAÇÃO DE REAJUSTE PREVISTO EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE

Considerando-se que o Regulamento de Pessoal do Banco do Estado de São Paulo prevê que o abono mensal concedido aos aposentados (complementação de aposentadoria) tem seu reajuste vinculado à majoração dos vencimentos da ativa e que não houve qualquer reajuste nestes, é indevida a pretensão recursal. Inaplicáveis, nestes termos, as disposições contidas no Protocolo Prévio à Convenção Coletiva de Trabalho, que concede reajuste salarial pois, ainda que prevaleça, em sede trabalhista, o princípio da norma mais favorável, este não se reveste de natureza absoluta, o que o impede de eleger, a partir da utilização de critérios estritamente particulares, o diploma normativo que lhe pareça conveniente. Destarte, ainda que o Reclamante, por se encontrar aposentado, não se beneficie de alguns aspectos favoráveis da norma, como a garantia de emprego, deve-se-lhe aplicar o acordo coletivo en-

tabulado entre sua categoria profissional e sua ex-empregadora, que, por retratar norma específica, melhor atende às peculiaridades do quadro funcional da ré. E não havendo qualquer previsão de reajuste dos vencimentos dos empregados da ativa, nenhum reajuste deverá ser procedido na complementação de aposentadoria. Não se olvide, por fim, que a pretensão do autor, se considerada procedente, instauraria uma diferenciação entre os valores percebidos pelos empregados da ativa e aqueles auferidos pelos funcionários jubilados, vulnerando de forma indelével a isonomia assegurada pelo Regulamento de Pessoal do Banco do Estado de São Paulo. TRT/SP 15ª Região 31.013/02 — Ac. 6ª T 8.465/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 4.4.03, pág. 107.

18 — COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIREITO À APOSENTADORIA INTEGRAL

Considerando-se que a transformação da reclamada de autarquia para empresa operou-se em 16.12.71, pela Lei n. 10.430/71, oportunidade em que ficou estabelecido que os contratos de trabalho do pessoal da Sociedade Anônima seriam regidos pelas normas da legislação trabalhista (art. 4º, da lei retromencionada), tendo sido proporcionado aos servidores pertencentes à autarquia à data da publicação da lei, o direito de opção pelo regime celetista (art. 5º); que a aposentadoria integral, nos moldes do Decreto n. 7.711/76, é devida apenas aos empregados que exercessem o direito de opção instituído pela Lei n. 10.430/71 — estatutários optantes pelo regime trabalhista —, e que a reclamante foi contratada em setembro/74, sob a égide da CLT, não lhe são aplicáveis tais regramentos, sobretudo o Decreto n. 7.711/76, no qual fundamenta sua pretensão. Nem mesmo a tese de que o tempo de serviço público anterior deveria ser considerado, altera tal conclusão, posto que, ainda assim, não poderia ser considerada servidora ligada à autarquia, como estabelece o dispositivo legal. E mesmo que assim não fosse, o magistério passou a ser exercido junto ao Estado de São Paulo em 1973, quando a autarquia já havia sido transformada em empresa, não lhe dando o direito de opção. Tampouco lhe socorre o fato de a Lei n. 4.819/58 ter estabelecido equivalência jurídica entre estatutários e celetistas no que diz respeito à aposentadoria por tempo de serviço, como alega, posto que a já referida Lei n. 10.430/71, no § 1º do art. 4º, determinou que "aos empregados contratados sob o regime da legislação trabalhista fica expressamente vedada a aplicação dos preceitos das leis estaduais que concedem a complementação, pelo Estado, das aposentadorias, pensões ou quaisquer outras vantagens". TRT/SP 15ª Região 18.680/02 — Ac. 6ª T 8.484/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 4.4.03, pág. 108.

19 — CONTRATO DE TRABALHO. ESCREVENTE DE CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL ADMITIDO ANTES DA LEI N. 8.915/94. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO

O escrevente de cartório extrajudicial, admitido antes da Lei n. 8.935/94 e que não optou pelo regime celetista, quando do advento desta, não é empregado, mas servidor público em sentido *lato*, submetido a regime de trabalho especial previsto no Decreto-lei Complementar Estadual n. 3/69, e no Decreto-lei Estadual n. 159/69. Ademais, dadas as limitações impostas pelas normas que regem as atividades dos cartórios extrajudiciais, nem estes, nem seus titulares, podem ser considerados empregadores, nos termos do art. 2º da CLT. TRT/SP 15ª Região 26.723/02 — Ac. 3ª T 17.028/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 18.6.03, pág. 17.

20 — CONTRATO DE TRABALHO. POR PRAZO DETERMINADO. NÃO CONFIGURAÇÃO

A prova de que a reclamante iniciou a prestação de trabalho antes da data

anotada na CTPS e continuou trabalhando depois do termo final do pretenso contrato a prazo, é o suficiente para a configuração de contrato por tempo indeterminado. *ASTREINTES*. COMINAÇÃO DE OFÍCIO. Não ofende o art. 460, do CPC a decisão que impõe *astreintes*, não pleiteadas na inicial, para o caso de não cumprimento de obrigação de fazer a que foi condenada a reclamada. A cominação de ofício está prevista no art. 461, § 4º, do CPC. TRT/SP 15ª Região 32.472/02 — Ac. 6ª T 9.346/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 11.4.03, pág. 35.

21 — CONTRATO POR OBRA CERTA. CONSTRUÇÃO CIVIL. TÉRMINO

No ramo da construção civil é certo e sabido que o término da obra ocorre de forma gradativa, o que justifica o encerramento de parte do contingente de trabalhadores antes do final efetivo da obra, sem com isso macular o contrato por obra certa firmado pelas partes. TRT/SP 15ª Região 7.857/03 — Ac. 1ª T 10.750/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 25.4.03, pág. 5.

22 — CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO SOBRE VERBA INDENIZATÓRIA NÃO CONSTANTE DA PEÇA INICIAL. PRETENSÃO DO INSS: IMPOSIÇÃO SOBRE A TOTALIDADE DA AVENÇA. IMPOSSIBILIDADE

Não constitui fraude ou ato lesivo aos cofres públicos a celebração de acordo que satisfaz exclusivamente verbas indenizatórias, ainda que pedido expresso referente às mesmas não tenha sido feito na peça inicial. Por um lado, nada impede que o ex-empregado renuncie a créditos de natureza salarial, reivindicados na inaugural. Por outro lado, a conciliação celebrada pelas partes para extinguir o processo trabalhista, constituindo forma de autocomposição da lide, não está sujeita aos limites fixados pelo pedido formulado na inicial. As partes, por conseguinte, são livres para transigir acerca das parcelas postuladas especificamente na reclamação, mas também sobre todas as demais oriundas da relação jurídica, ainda que não deduzidas no litígio em curso. Assim, ao realizar acordo com base em verba não constante do pedido inaugural, as partes, em consenso, ampliam os limites da reclamatória, o que equivale a autêntica emenda à peça inaugural, com a concordância da parte contrária (art. 264 do CPC). Ocorrendo transação que, a um só tempo, envolva o objeto do litígio e a outra parte da lide que remanesce fora do juízo, não pode o órgão julgador, a esse pretexto, negar homologação ao negócio jurídico assim concertado pelas partes; sendo perfeitamente legítima a conciliação com a abrangência retro-aludida, não se pode afirmar que ela seria parcialmente nula, por carecer de objeto, na parte que atingisse direitos alheios à postulação (E. D. Moniz de Aragão). Assim, a alteração do ajuste, com a imposição do tributo sobre a totalidade da avença, nestes termos, consistiria infringência aos termos do art. 840, do novo CCB. TRT/SP 15ª Região 27.739/02 — Ac. 6ª T 18.541/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 27.6.03, pág. 109.

23 — CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MULTA MORATÓRIA PELO NÃO RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS DESDE A ÉPOCA DE VIGÊNCIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO. CRÉDITO TRABALHISTA RECONHECIDO JUDICIALMENTE. INDEVIDA

Segundo a melhor doutrina, a contribuição previdenciária decorrente de um processo trabalhista somente nasce com o trânsito em julgado da sentença — ou com a homologação de acordo alcançado pelas partes. A partir disso é que a dúvida jurídica sobre o crédito trabalhista deixa de existir, consolidando o fato

gerador do tributo social, sobretudo porque a competência constitucional para executar a contribuição previdenciária exige que a sentença seja condenatória e, portanto, somente a partir do trânsito em julgado da sentença é que o crédito do empregado é devido. Nesse passo, não se afigura razoável a imposição de multa moratória pelo não recolhimento das contribuições sociais quando da vigência da relação de emprego, se o crédito laboral era, à época, controvertido. TRT/SP 15ª Região 5.122/03 — Ac. 2ª T 12.643/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 16.5.03, pág. 22.

24 — CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. TOMADOR DE SERVIÇOS ÂMBITO DOMÉSTICO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. ACORDO SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TOMADOR DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO

É indevida a contribuição mencionada no art. 22 da Lei n. 8.212/91 porque, em se tratando de trabalho doméstico, somente é exigível a contribuição prevista no art. 24 da Lei n. 8.212/91, ou seja, quando houver, no outro pólo da relação de trabalho um "empregado doméstico". Não há equiparação do tomador de serviços autônomos em âmbito doméstico à empresa, consoante se infere da dicção do art. 15, parágrafo único. TRT/SP 15ª Região 23.891/02 — Ac. 3ª T 10.419/03-PATR. Rel. Andrea Guelfi Cunha. DOE 25.4.03, pág. 13.

25 — CONVENÇÃO COLETIVA. ABRANGÊNCIA. BASE TERRITORIAL

As normas coletivas do local da contratação (Belo Horizonte-MG) não tinham alcance no âmbito do local da prestação de serviços (Marília-SP), restringindo-se, pois, àqueles empregados que trabalham no limite da representação dos sindicatos convenentes, na forma do art. 611 da CLT. TRT/SP 15ª Região 9.668/03 — Ac. 4ª T 14.844/03-PATR. Rel. t. Renato Buratto. DOE 30.5.03, pág. 22.

26 — DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

Tratando-se de ação que visa obter reparação de dano moral decorrente da relação de emprego, a natureza trabalhista da pretensão atrai não só a competência específica prevista no art. 114 da CF, como também a incidência do prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da referida Carta. Inviável a contagem do prazo genérico de 20 anos estabelecido no art. 177 do CC. A fundamentação jurídica do pleito não afasta o caráter trabalhista do crédito, nem justifica tratamento diferenciado em relação aos demais títulos advindos do vínculo empregatício. PRESCRIÇÃO TOTAL. ENUNCIADO N. 294 DO C. TST. PRAZO QÜINQÜENAL. O entendimento consagrado no Enunciado n. 294 do C. TST não faz menção ao prazo prescricional. Após a promulgação da CF, em 5.10.88, somente pode ser considerado o lapso qüinqüenal, pois o bienal aplica-se somente no caso de rescisão contratual, nos termos do art. 7º, XXIX, *a*, da Carta Magna. Na vigência deste dispositivo constitucional, a prescrição dos direitos trabalhistas, total ou parcial, para os trabalhadores urbanos, é qüinqüenal, contando-se o biênio, para a prescrição do direito de ação, apenas depois de rompido o vínculo. TRT/SP 15ª Região 7.777/03 — Ac. 2ª T 18.427/03-PATR. Rel. Mariane Khayat Fonseca do Nascimento. DOE 27.6.03, pág. 87.

27 — DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. REGIME DE TRABALHO 7X1. DEVIDO

A leitura do art. 1º da Lei n. 605/49, conduz à conclusão de que o repouso deve ser concedido dentro da mesma se-

mana, respeitando-se o período máximo de seis dias consecutivos de trabalho. O empregado que trabalha sete dias consecutivos, folgando apenas no oitavo está sendo privado do repouso semanal, sendo-lhe devida tal parcela em dobro. TRT/SP 15ª Região 21.631/02 — Ac. 4ª T 8.079/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 4.4.03, pág. 95.

28 — DEVOLUÇÃO. DE PRÊMIOS DE SEGUROS DE VIDA E DE ACIDENTES PESSOAIS DESCONTADOS DOS SALÁRIOS DO EMPREGADO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO ESCRITA, BEM COMO DE INSURGÊNCIA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 462 DA CLT. CONDENAÇÃO IMPOSTA PELA SENTENÇA. NÃO CABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO PROVIDO NO PARTICULAR PARA ABSOLVÊ-LO DA OBRIGAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO TST N. 342 E APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 6 DESTA CORTE REGIONAL

Não se acolhe a postulação de ex-empregado que pleiteia a devolução de quantias descontadas dos seus salários a título de prêmios de seguro de vida e/ou de acidentes pessoais, haja vista já ter o postulante usufruído da segurança proporcionada pela(s) cobertura(s), situação que se apresenta como irreversível em face da impossibilidade de recondução das partes ao *status quo* ante. Assim, sem a demonstração da ocorrência de vício de consentimento ou de insurgência na vigência do contrato de trabalho, não há se falar em afronta ao art. 462 da CLT. Inteligência do Enunciado TST n. 342 e aplicação da Súmula n. 6 deste Regional. Recurso do Reclamado provido no particular para absolvê-lo da obrigação de efetuar a mencionada devolução. BANCÁRIOS. TERMO INICIAL PARA A APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA ÀS VERBAS DE NATUREZA SALARIAL NA APURAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR*. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST SDI-1 N. 124. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 16 DESTA CORTE REGIONAL. Aos bancários não se aplica a Orientação Jurisprudencial TST SDI-1 n. 124, posto perceberem, notoriamente, a remuneração dentro do próprio mês da prestação dos serviços, fato que se agrega ao contrato de trabalho como cláusula benéfica ou condição mais favorável. Nesta exegese, o índice a ser utilizado na apuração do *quantum debeatur* será o referente ao próprio mês da prestação do labor que estiver sendo considerado. Aplicação da Súmula n. 16 deste Regional. TRT/SP 15ª Região 29.845/02 — Ac. 4ª T 16.714/03-PATR. Rel. Laurival Ribeiro da Silva Filho. DOE 13.6.03, pág. 25.

29 — DIFERENÇAS DA MULTA FUNDIÁRIA. DECORRENTES DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO BIENAL

O direito à reposição dos expurgos inflacionários no saldo do FGTS não nasceu com a edição da LC n. 110/01, mas sim com a aplicação de índices incorretos. A LC n. 110/01 apenas criou uma norma, de caráter administrativo, autorizando a CEF a creditar as diferenças devidas nas contas vinculadas dos trabalhadores. Portanto, à época da rescisão contratual, anterior à LC n. 110/01, o reclamante já possuía a *actio nata*, sendo-lhe aplicável o biênio prescricional estabelecido pelo art. 7º, XXIX, da CF/88. TRT/SP 15ª Região 8.931/03 — Ac. 4ª T 14.799/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 30.5.03, pág. 20.

30 — DIVISOR. PRODUÇÃO. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS

O salário por unidade de produção remunera a totalidade das horas efetiva-

mente trabalhadas (normais e extras). Uma vez não apuradas separadamente tais verbas, o divisor a ser utilizado deve corresponder à totalidade das horas trabalhadas, como ocorre com o salário pago à base de comissões (Enunciado n. 340 do C. TST). TRT/SP 15ª Região 11.376/03 — Ac. 2ª T. 16.539/03-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 13.6.03, pág. 13.

31 — EMPREGADO PÚBLICO. DISPENSA SEM MOTIVAÇÃO ANTES DE CONCLUÍDO O ESTÁGIO PROBATÓRIO. REINTEGRAÇÃO

Determina-se a reintegração do servidor submetido a concurso público e admitido sob a égide da CLT quando impedido de cumprir o estágio probatório por dispensa sem motivação. TRT/SP 15ª Região 20.897/02 — Ac. 1ª T 16.289/03-PATR. Rel. Desig. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 13.6.03, pág. 10.

32 — EMPREGADO PÚBLICO. ESTABILIDADE DO ART. 41 DA CF. SUJEIÇÃO À VALIDADE DO CONCURSO PÚBLICO

Havendo constatação da irregularidade do concurso público em que se assentou a contratação do empregado, não há suporte para o direito à estabilidade prevista no art. 41, da CF, ou seja, nulo o concurso, não há como subsistir a sua conseqüência, que é a contratação dos aprovados. TRT/SP 15ª Região 4.147/03 — Ac. 6ª T 15.861/03-PATR. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 6.6.03, pág. 109.

33 — EMPREGADO PÚBLICO. NOMEAÇÃO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE

A nomeação em comissão não é possível sob a forma de emprego público (regime celetista), pois só é admitida no regime de cargos (estatutário). Tanto é verdade que o inciso II do mencionado art. 37 da CF dispensa o concurso público apenas na hipótese de provimento de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. TRT/SP 15ª Região 24.956/02 — Ac. 5ª T 8.576/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 11.4.03, pág. 31.

34 — ENGENHEIRO. LEI N. 4.950/66. PISO SALARIAL. REFERÊNCIA À REMUNERAÇÃO E NÃO AO SALÁRIO-BASE

Observado o disposto no art. 2º da Lei n. 4.950/66, o salário mínimo profissional dos engenheiros é "a remuneração mínima obrigatória por serviços prestados ...", fixada no art. 5º da referida lei em 6 salários mínimos. Presume-se que o legislador não utiliza palavras ou expressões destituídas de sentido, nem desconhece a diferenciação entre salário e remuneração, estabelecida no art. 457 da CLT. Assim, para a verificação do respeito ao piso profissional estabelecido na lei, cabível a análise do montante remuneratório, e não apenas do salário-base. Havendo contraprestação mensal através de salário e de gratificação de função que, somados, superam o patamar de 6 salários mínimos, não são devidas diferenças salariais. TRT/SP 15ª Região 32.253/02 — Ac. 2ª T 11.231/03-PATR. Rel. Mariane Khayat Fonseca do Nascimento. DOE 30.4.03, pág. 11.

35 — ENQUADRAMENTO SINDICAL. PADARIA

Padaria que produz pães e doces, mas também comercializa cigarros, bombons, gomas de mascar, chocolates etc. exerce atividade predominantemente comercial, não podendo ser enquadrada como industrial. Assim sendo, balconista de padaria deve ser considerada comerciária e não industriária. TRT/SP 15ª Região 716/03 — Ac. 6ª T 9.334/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 11.4.03, pág. 34.

36 — ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DE TRABALHO. REQUISITOS

A estabilidade provisória prevista no art. 118, da Lei n. 8.213/91 está condicionada à implementação de dois requisitos indispensáveis: ao afastamento do serviço por prazo superior a quinze dias e à percepção de auxílio-doença acidentário. A falta de comprovação do preenchimento de tais pressupostos obsta o reconhecimento da garantia de emprego pleiteada, a teor do entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 230, da SDI-1, do C. TST. Recurso da reclamada provido para afastar a estabilidade provisória reconhecida pela r. decisão de origem. TRT/SP 15ª Região 22.598/02 — Ac. 1ª T 10.677/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 25.4.03, pág. 8.

37 — FGTS. DIFERENÇA DA MULTA DE 40%. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. RESPONSABILIDADE. PRESCRIÇÃO

É da responsabilidade patronal o pagamento da multa de 40% calculada sobre os depósitos efetuados, bem como sobre os acréscimos legalmente garantidos. Portanto, se o E. STF houve por bem manter o deferimento das diferenças decorrentes dos indevidos expurgos inflacionários, incumbe ao empregador o pagamento da multa sobre a respectiva diferença. Não se pode sequer falar em prescrição, pois o direito às diferenças surgiu somente com a confirmação por parte do E. STF. TRT/SP 15ª Região 6.192/03 — Ac. 3ª T 15.982/03-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 6.6.03, pág. 91.

38 — FGTS. PARCELAMENTO

Termo de confissão de dívida e parcelamento celebrado entre o empregador e o órgão gestor do Fundo não tem o condão de interferir no direito adquirido pelo empregado, mormente em casos em que o direito ao saque se fizer iminente. *In casu*, o autor não demonstrou nos autos o direito à movimentação das contas vinculadas de seus substituídos, os quais poderão fazê-lo, quando for o caso, conforme o disposto em cláusula assecuratória do contrato de parcelamento, que prevê a obrigação do empregador antecipar a totalidade do valor devido ao empregado. TRT/SP 15ª Região 20.834/02 — Ac. 3ª T 18.170/03-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 27.6.03, pág. 91.

39 — FGTS. TRCT HOMOLOGADO. POSTERIOR CORREÇÃO MONETÁRIA ADMINISTRATIVA DO SALDO FACE À LC N. 110/01. DIFERENÇAS DOS 40% PAGOS EM RAZÃO DESSA ATUALIZAÇÃO. DEVIDAS PELO EX-EMPREGADOR

Se a responsabilidade pela correção monetária incidente sobre os depósitos de FGTS é do gestor, no caso a CEF, como determina o art. 13, § 2º, da Lei n. 8.036/90, não se pode entender diferentemente no caso da LC n. 110/01, pois esta nada mais fez do que reconhecer como irregulares as ordinárias atualizações em 1989 e 1990. Portanto, se reparada a irregularidade e se dessa reparação resultou na majoração do valor a ser tomado como base de cálculo de incidência dos 40% por ocasião da dispensa, deve o ex-empregador complementar o respectivo valor desses 40%, pois dele essa responsabilidade legal, consoante art. 18, § 1º, da Lei n. 8.036/90, valendo acrescentar que preconizada reparação na atualização opera efeitos *ex tunc*, como demonstra o próprio proceder do gestor, o que, enfim, decorre da lei. E não há, na hipótese, qualquer afronta ao ato jurídico perfeito e acabado, resguardado pelos arts. 5º, XXXVI, da CF, e 6º, da LICC, em razão da quitação rescisória com assistência da entidade classista, porquanto de liberação apenas dos valores pagos o TRCT e não de liberação plena (CLT, art. 477 e Enunciado n. 330), não ocorrendo,

pois, com o deferimento de diferenças, desconstituição daquilo sedimentado, porquanto outro o alcance, como visto. TRT/SP 15ª Região 1.449/03 — Ac. 5ª T 10.323/03-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 25.4.03, pág. 21.

40 — GREVE. CARACTERIZAÇÃO

Havendo acordo coletivo em pleno vigor para redução da carga horária semanal, com a exclusão do trabalho às sextas-feiras e, condicionado o retorno à jornada normal a uma prévia concordância entre as partes, a qual não chegou a ocorrer, não se caracteriza como movimento paredista a recusa dos empregados a trabalhar naquele dia, haja vista que tal procedimento encontra-se previsto em cláusula normativa. TRT/SP 15ª Região 769/03-DCG — Ac. SDC 48/03-PADC. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 30.5.03, pág. 7.

41 — GREVE. REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS DESATENDIDOS. NORMA COLETIVA VIGENTE. ABUSIVIDADE

Configura-se abusivo o exercício do direito de greve se a deflagração do movimento paredista deu-se sem que fossem previamente observadas as formalidades exigidas pela Lei n. 7.783/89, mormente quando em vigência norma coletiva recém-pactuada pelas partes e sem que se verificassem as hipóteses previstas no parágrafo único do art. 14 daquele diploma, que caracterizariam justo motivo para que os trabalhadores fizessem uso da medida extrema. Imperioso que se autorize o desconto dos salários dos dias de paralisação. TRT/SP 15ª Região 369/03-DCG — Ac. SDC 35/03-PADC. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 30.4.03, pág. 5.

42 — HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ACORDO TÁCITO. INVÁLIDO

A legislação pátria exige que o acordo de compensação firmado entre as partes seja escrito, não admitindo o acordo tácito, conforme se extrai das disposições previstas no art. 7º, XIII, da CF e art. 59, § 2º, da CLT. Sendo inválido o alegado acordo de compensação de jornada, devido ao empregado o acréscimo de 50% sobre as horas trabalhadas além da oitava diária, nos termos do Enunciado n. 85 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 30.170/02 — Ac. 1ª T 11.393/03-PATR. Rel. Desig. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 9.5.03, pág. 52.

43 — INDÚSTRIA DE CALÇADOS. BANCA DE PESPONTO. TERCEIRIZAÇÃO NÃO CONFIGURADA. TRABALHO EXECUTADO NO DOMICÍLIO. CONTRATAÇÃO, SUBORDINAÇÃO E REMUNERAÇÃO ATRAVÉS DE PREPOSTO

Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego (art. 6º da CLT). A contratação das bancas de pesponto através de terceiro pessoa física (ato nulo, art. 9º da CLT) não configura terceirização na industrialização de calçados, mas a contratação de empregados, através de preposto (art. 1.521, III do CC), que exerce em nome da indústria contratante poderes tácitos de gestão. O contrato de trabalho é um elemento natural do empreendimento e a prática da entrega da fase de pesponto a um terceiro sem reconhecimento de vínculo afronta a CRFB, art. 170, incisos III, VII e VIII, bem como contribui para o aviltamento da remuneração, exclusão social e marginalidade previdenciária. Recurso ordinário a que se nega provimento, mantendo-se a r. sentença do Juízo *a quo*, que reconheceu o contrato dos integrantes da banca. TRT/SP 15ª Região 22.941/02 — Ac. 6ª T 15.052/03-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DOE 30.5.03, pág. 35.

44 — INSALUBRIDADE. ADICIONAL. PRODUTO QUÍMICO NÃO INCLUÍDO NOS QUADROS ELABORADOS PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO

Se a insalubridade foi constatada por perícia; se o próprio fabricante do herbicida reconhece sua nocividade para com a saúde humana e chama a atenção para as precauções a serem tomadas, tais como: utilizar sempre equipamentos de proteção; não comer, não beber e não fumar durante o manuseio ou aplicação do produto; usar macacões com mangas compridas, luvas, protetor facial (viseira), botas etc., numa demonstração bem clara de sua nocividade; se nenhuma providência tomou o empregador no sentido de se certificar sobre a nocividade, ou não, do produto (NR-15.5), se nenhum equipamento de proteção foi fornecido ao obreiro, embora o produto químico não figure nos quadros elaborados pelo Ministério do Trabalho, é devido o adicional de insalubridade, como resultado da aplicação do art. 186 do novo CCB (antigo art. 159). PRÊMIO-PRODUÇÃO. HABITUALIDADE. REFLEXOS. Mesmo que se trate de verba variável, dependente da produção e assiduidade do obreiro, o pagamento habitual do prêmio-produção tem caráter salarial, sendo devidos seus reflexos nas demais verbas. TRT/SP 15ª Região 815/03 — Ac. 6ª T 9.337/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 11.4.03, pág. 34.

45 — INTERVALO PARA REFEIÇÃO. E DESCANSO. REDUÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGAL. NÃO INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT

Havendo autorização expressa do Ministério do Trabalho para redução do intervalo de refeição e descanso, resta afastada a incidência da cominação prevista pelo § 4º do art. 71 da CLT. TRT/SP 15ª Região 6.971/03 — Ac. 1ª T 11.153/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 30.4.03, pág. 5.

46 — JORNADA CONTRATUAL. MAJORAÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE

A majoração da jornada de trabalho de seis para oito horas diárias, sem qualquer alteração salarial como contraprestação pelo trabalho excedente, constitui alteração unilateral do contrato de trabalho perpetrada pelo empregador, em evidente prejuízo ao trabalhador, violando o art. 468 da CLT. Devidas como extraordinárias as 7ª e 8ª horas trabalhadas, porquanto o salário pago remunerou tão-somente a jornada de seis horas. TRT/SP 15ª Região 23.572/02 — Ac. 1ª T 10.693/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 25.4.03, pág. 8.

47 — JUSTA CAUSA. VIGIA. DESÍDIA NO DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES. EMPREGADO PEGO DORMINDO EM SERVIÇO

Em tal caso, despicienda inclusive qualquer gradação de pena, dada a falta cometida e a função do obreiro. A falta ensejadora da medida capital consistiu, pois, que o reclamante, na qualidade de vigia, deixou ao revés o seu labor, trabalho esse que pedia, por obrigação primária, a atenção ao local, de modo a propiciar segurança aos moradores, inclusive para a sua própria família, já que também era residente no local. TRT/SP 15ª Região 22.373/02 — Ac. 3ª T 18.179/03-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 27.6.03, pág. 91.

48 — JUSTIÇA GRATUITA. DESNECESSIDADE DE EXPRESSA MENÇÃO PELO REQUERENTE DE QUE FIRMA A DECLARAÇÃO "SOB AS PENAS DA LEI" OU QUE ASSUME A RESPONSABILIDADE POR SEU CONTEÚDO (§ 3º DO ART. 790 DA CLT C/C/ARTS. 1º E 3º DA LEI N. 7.115/83)

Constitui formalismo exagerado, incompatível com a natureza da demanda

trabalhista, a exigência de expressões sacramentais para a declaração de pobreza. Eventual falsidade enseja as sanções legais, inclusive de natureza criminal, independentemente dos exatos termos em que foi vazada. TRT/SP 15ª Região 583/03 — Ac. 4ª T 10.153/03-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 25.4.03, pág. 18.

49 — MUNICÍPIO. TERCEIRIZAÇÃO. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. POSSIBILIDADE

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/00) não estabelece qualquer óbice ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público, o qual não prejudica as limitações impostas quanto aos gastos com pessoal. Na apuração da despesa total com pessoal não se incluem aquelas despesas decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 19 da referida Lei Complementar. Caberá ao ente público reservar recursos em orçamento futuro para cumprir a decisão judicial, no caso de eventual inadimplemento da devedora, respeitado o disposto no art. 100 da CF. TRT/SP 15ª Região 29.595/02 — Ac. 2ª T 9.724/03-PATR. Rel. Mariane Khayat Fonseca do Nascimento. DOE 15.4.03, pág. 12.

50 — OPERADOR DE BOMBA DE COMBUSTÍVEL. QUE LABORA EM POSTO ANEXO A SUPERMERCADO DE PROPRIEDADE DO MESMO EMPREGADOR. CATEGORIA PROFISSIONAL DIFERENCIADA CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DO ART. 511, § 3º, DA CLT, EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DE TRABALHO SINGULAR. PREVISÃO NO CONTRATO SOCIAL DO EMPREGADOR DE VENDA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E COMBUSTÍVEIS COMO PARTE DO OBJETO SOCIAL. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 55 DA 1ª SDI DO C. TST. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE PROVIDO PARCIALMENTE PARA DECLARAR A APLICABILIDADE DAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO CELEBRADAS ENTRE SINDICATOS PROFISSIONAL E PATRONAL DO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS

Integra categoria profissional diferenciada (art. 511, § 3º, da CLT) o empregado que opera bomba de combustível em posto de abastecimento que funciona anexo a supermercado de propriedade do mesmo empregador, porquanto a prestação do seu labor apresenta singularidades em relação aos demais empregados, especialmente quanto à periculosidade (art. 193, *caput*, da CLT e Enunciado TST n. 39). Subsume-se o seu contrato de trabalho às Convenções Coletivas de Trabalho celebradas entre sindicatos profissional e patronal do seguimento de comércio de combustíveis, não podendo o empregador alegar a não participação nas negociações (Orientação Jurisprudencial TST SDI-1 n. 55), em face da previsão, no contrato social, da venda de combustíveis e derivados de petróleo como parte do objeto social. Assim, no presente caso, o empregador foi representado, ao menos indiretamente, pelo Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo — SINCOPETRO. Recurso Ordinário do reclamante parcialmente provido para afastar a prejudicial de mérito acolhida pela sentença e declarar a aplicabilidade dos instrumentos coletivos trazidos com a exordial. TRT/SP 15ª Região 12.221/02 — Ac. 4ª T 16.626/03-PATR. Rel. Laurival Ribeiro da Silva Filho. DOE 13.6.03, pág. 22.

51 — PAUSA INTRAJORNADA. REALIDADE DO CONTRATO EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO

Quando o obreiro labora diariamente com excesso das 6 horas decorrentes do turno ininterrupto de revezamento, como na espécie (das 7 às 19 h ou das 18 às 7 h), o intervalo para refeição a ser remunerado é de uma hora, a teor do art. 71, *caput*, da CLT, e não de quinze minutos. TRT/SP 15ª Região 20.955/02 — Ac. 4ª T 15.773/03-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 6.6.03, pág. 100.

52 — PERICULOSIDADE. INCONTROVERSA A HABITUALIDADE E INTERMITÊNCIA DO ACESSO À ÁREA DE RISCO. ADICIONAL DEVIDO

A jurisprudência está pacificada no sentido de que o termo "permanente" deve ser entendido como sendo "diariamente", pouco importando se o contato do empregado com o agente de risco se dê apenas em uma parte da jornada. Exegese do Enunciado n. 361 e da Orientação Jurisprudencial SDI-1 n. 05, TST. TRT/SP 15ª Região 21.425/02 — Ac. 2ª T 7.919/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 4.4.03, pág. 85.

53 — PERÍODO SEM REGISTRO. CARACTERIZAÇÃO

Agiu bem o MM. prolator da origem afastando o pedido, dada a precariedade das provas produzidas pela trabalhadora, uma vez que o reconhecimento do trabalho sem assentamento em CTPS só pode se dar através de prova robusta e inconteste, de modo que não pairem dúvidas ao julgador. TRT/SP 15ª Região 20.464/02 — Ac. 3ª T 10.863/03-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 30.4.03, pág. 16.

54 — PRESCRIÇÃO. PENDÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL DECLARANDO O VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A existência de direito oponível em Juízo é condição da ação e, portanto, do decurso do prazo prescricional. Havendo pendência judicial acerca da existência de vínculo empregatício, não corre a prescrição quanto ao pedido de consectários do vínculo, tais como reintegração ao emprego, porque era impossível ao autor interpor a ação na época da suposta lesão de direito. Entendimento que se extrai do art. 199, I do novo CC. TRT/SP 15ª Região 25.023/02 — Ac. 4ª T 12.824/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 16.5.03, pág. 25.

55 — PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. SEGURO-DESEMPREGO INDEVIDO

Por força do que dispõe o art. 7º, II, da CF, o seguro-desemprego é devido apenas na hipótese de desemprego involuntário, circunstância que não ocorre quando o empregado adere a Programa de Desligamento Voluntário instituído pela empresa. Nesse sentido a Resolução CODEFAT n. 252/00, em seu art. 6º. TRT/SP 15ª Região 26.679/02 — Ac. 1ª T 17.231/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 18.6.03, pág. 7.

56 — RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. DIFERENÇAS DA MULTA DE 40% SOBRE O FGTS. EXPURGO INFLACIONÁRIO. LC N. 110/01

É do empregador a responsabilidade pelo pagamento das diferenças da multa de 40% sobre os depósitos realizados na conta vinculada do trabalhador, advindas dos expurgos inflacionários reconhecidos através da LC n. 110/01, em razão do quanto disposto no art. 18, § 1º da Lei n. 8.036/90, de que cabe ao empregador depositar referida multa corrigida mone-

tariamente e acrescida dos juros. TRT/SP 15ª Região 11.396/03 — Ac. 5ª T 16.330/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 13.6.03, pág. 31.

57 — RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPREITEIRO PRINCIPAL. ART. 455 DA CLT

Empresa do ramo da construção civil que atua como construtora e incorporadora não se classifica como "dona da obra" para efeito do art. 455 da CLT, emergindo a sua condição de empreiteira principal, com responsabilidade solidária, diante da inadimplência do subempreiteiro contratado. TRT/SP 15ª Região 3.542/03 — Ac. 4ª T 8.082/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 4.4.03, pág. 95.

58 — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ASSUMIDA EM ACORDO CELEBRADO NOS AUTOS

Por responsabilidade subsidiária "entende-se a que vem reforçar a responsabilidade principal, desde que não seja esta suficiente para atender os imperativos da obrigação assumida" (*De Plácido e Silva*). É a responsabilidade que incide somente quando a principal é insuficiente. É neste sentido que deve ser entendida a responsabilização supletória da recorrente. Não adimplindo a empregadora principal seus deveres empregatícios, nem o acordo celebrado, resta plenamente imputável à agravante e co-obrigada, a responsabilidade subsidiária ensejadora dos atos executórios, os quais, por isso mesmo, devem ser mantidos. TRT/SP 15ª Região 7.892/03 — Ac. 4ª T 17.929/03-PATR. Rel. I. Renato Buratto. DOE 27.6.03, pág. 98.

59 — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CRÉDITO TOTAL APURADO. LIMITAÇÃO DAS PARCELAS CONDENATÓRIAS

A responsabilidade de forma subsidiária transfere ao tomador dos serviços a obrigação de adimplir com a totalidade do crédito apurado, e não com cada parcela individualizada. Assim, torna-se inócua a discussão acerca da limitação da condenação a determinadas parcelas, com o intuito de minimizar o montante condenatório. TRT/SP 15ª Região 5.006/03 — Ac. 5ª T 14.322/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 30.5.03, pág. 26.

60 — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA CONDENAÇÃO EM PAGAMENTO DE CLÁUSULA PENAL. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 331, DO C. TST, JÁ QUE TAL TÍTULO NÃO TEM NATUREZA DE OBRIGAÇÃO TRABALHISTA

Responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços reconhecida em sentença, por aplicação do Enunciado n. 331, do C. TST. Não se lhe aplica as obrigações de natureza personalíssima da real empregadora e nem a eventual cláusula penal instituída pelo empregado e empregador, já que não se pode atribuir a esta, natureza trabalhista. A responsabilidade subsidiária da tomadora restringe-se às obrigações trabalhistas, pela aplicação da teoria da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, mas jamais pode abranger outros títulos que não de natureza trabalhista, embora possam ter origem no contrato de trabalho. Recurso a que se dá provimento parcial para excluir da condenação subsidiária o pagamento de cláusula penal instituída pelo empregado e empregador por não ter natureza trabalhista e sim de cláusula penal. TRT/SP 15ª Região 19.321/02 — Ac. 4ª T 13.621/03-PATR. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DOE 23.5.03, pág. 83.

61 — SALÁRIO MÍNIMO. COMPOSIÇÃO. SALÁRIO-BASE ACRESCIDO DE GRATIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

O art. 76 da CLT conceitua salário mínimo como a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador. O inciso IV do art. 7º da CF, por sua vez, garante aos trabalhadores a percepção de salário mínimo. Dentro desses parâmetros, é vedado ao empregador adotar procedimento que venha a acrescer ao salário-base uma ou mais gratificações, a fim de que a somatória, atinja o mínimo legal. A expressão salário mínimo deve ser interpretada restritivamente, sem o cômputo de outras verbas que o empregado eventualmente receber pelos serviços prestados, sob pena de estar-se desvirtuando o objetivo da lei fundamental. TRT/SP 15ª Região 28.528/02 — Ac. 3ª T 16.035/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 6.6.03, pág. 93.

62 — SECRETÁRIO MUNICIPAL. AGENTE POLÍTICO. INEXISTE VÍNCULO DE EMPREGO

Não existe vínculo empregatício, sob o regime da CLT, para os cargos de Secretário Municipal, pois, muito embora sejam cargos em comissão, de livre nomeação e demissão *ad nutum*, são eles considerados agentes políticos e não servidores, vez que compõem o primeiro escalão do Governo. TRT/SP 15ª Região 1.262/03 — Ac. 4ª T 16.669/03-PATR. Rel. I. Renato Buratto. DOE 13.6.03, pág. 23.

63 — SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO A PRAZO

Para a legalidade da contratação a prazo certo pelo ente público, não basta a previsão legislativa municipal. Necessário se faz presentes e provados os requisitos constitucionais do inciso IX do art. 37 que são: necessidade transitória e não permanente; interesse público e não político; que o interesse seja excepcional e não habitual. Se não presentes, o contrato é nulo, pena de sob falso rótulo albergar-se nomeações arbitrárias de servidores sem concurso. TRT/SP 15ª Região 21.574/02 — Ac. 2ª T 7.864/03-PATR. Rel. Ismênia Diniz da Costa. DOE 4.4.03, pág. 83.

64 — SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE SALARIAL. PREVISÃO LEGAL EM LEI MUNICIPAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 169, DA CF, E LEGISLAÇÃO QUE LHE COMPLEMENTA. IMPOSSIBILIDADE

Mormente concessão de reajustamentos salariais a servidor público exija autorização legal, existência, por si só, de lei os prevendo não os garante aos beneficiários, porquanto necessário o preenchimento, concomitante, dos requisitos previstos pelo art. 169, da CF, e legislação de regência que o complementa, a saber: previsão na lei de diretrizes orçamentárias, prévia dotação orçamentária e obediência aos limites constitucionais de despesas com pessoal. TRT/SP 15ª Região 29.572/02 — Ac. 5ª T 10.307/03-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 25.4.03, pág. 21.

65 — TERCEIRIZAÇÃO. ATÍPICA. FABRICAÇÃO POR ENCOMENDA. CONTROLE INTEGRAL DO PROCESSO PRODUTIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA CONTRATANTE

Quando empresa de grande porte, detentora do direito de exploração de sua marca, opta por destinar-se exclusivamente à comercialização dos produtos respectivos (atividade-fim), transferindo o processo de fabricação para terceiros (micro e pequenas empresas), manten-

do rígido e minucioso controle sobre tal atividade (meio), estabelece um modelo atípico de terceirização. Inviável a pretensão de ficar desvinculada integralmente da produção, que é inevitável para a venda de mercadorias com o seu timbre. Ainda que pareça estranha a transferência, para terceiros, da produção de bens de consumo, o caso dos autos nos revela essa novidade. Da mesma forma que não se pode ignorar a modernização das relações produtivas, não cabe em nome da mesma desconsiderar todo o sistema de garantias existentes para salvaguardar os direitos dos trabalhadores. Novos modelos de produção e de relação de trabalho vão surgindo, mas a eventual classificação formal das obrigações, estabelecida pelos envolvidos, pode não se adequar exatamente aos casos típicos previstos na legislação, nem acarretar apenas as conseqüências queridas pelos contratantes. Deve a recorrente assumir os riscos do seu empreendimento, dentre os quais a responsabilidade subsidiária pelos créditos daqueles que empregam sua força de trabalho na atividade produtiva. Solução que representa, no caso, a mais justa adequação entre os valores sociais do trabalho e os da livre iniciativa, fundada nos princípios constitucionais da atividade econômica, e inspirada no Princípio da Proteção que rege o Direito do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 2.112/03 — Ac. 2ª T 9.837/03-PATR. Rel. Mariane Khayat Fonseca do Nascimento. DOE 15.4.03, pág. 17.

66 — TERMO DE CONCILIAÇÃO. FIRMADO EM COMISSÕES PRÉVIAS. POSSIBILIDADE DE NULIDADE

Conciliações celebradas com a ajuda de Comissões instituídas pela Lei n. 9.958/00, cujos termos simplesmente coincidem com aqueles valores apresentados nos termos rescisórios, não são acordos, mas verdadeiras atitudes fraudatórias aos direitos trabalhistas, conforme prevê o art. 9º, da CLT. Em termos práticos, referidos acordos usam e abusam da ingenuidade dos trabalhadores, pois procuram apenas tornar legal o parcelamento das verbas rescisórias, além de conferir-lhes eficácia liberatória geral. A propósito, a Lei n. 9.958/00, ao criar as Comissões de Conciliação Prévia, jamais quis atribuir aos valores discriminados no TRCT roupagem pactual a ser discutida pelas partes. Preliminar de nulidade argüida pelo trabalhador que deve ser acolhida, para determinar o correto pagamento das verbas rescisórias, sem qualquer compensação ou dedução. TRT/SP 15ª Região 28.731/02 — Ac. 5ª T 17.161/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 18.6.03, pág. 26.

67 — VIGIA. ENQUADRAMENTO SINDICAL

O vigia que presta seus serviços sem os requisitos da Lei n. 7.102/82 não se equipara ao vigilante, tendo o seu enquadramento sindical pela atividade preponderante do empregador. TRT/SP 15ª Região 24.382/02 — Ac. 1ª T 11.152/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 30.4.03, pág. 5.

68 — VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO. E RECEBIMENTO DAS VERBAS CORRELATAS. NATUREZA JURÍDICA. PRAZO PRESCRICIONAL

O pedido de reconhecimento do vínculo empregatício, ainda que acompanhado do pedido de recebimento de verbas dele decorrentes, mantém sua natureza de ação declaratória, não sujeita a prazo prescricional, diversamente do reconhecimento do direito às verbas de cunho pecuniário, cujos pedidos devem ser feitos dentro do biênio legal, quando já cessada a prestação dos serviços. TRT/SP 15ª Região 28.915/02 — Ac. 5ª T 16.394/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 13.6.03, pág. 33.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

DIREITO MATERIAL

Referência
Ementa

ACIDENTE DE TRABALHO

— Doença profissional. Estabilidade do art. 118, da Lei n. 8.213/91. Percepção do auxílio-doença acidentário. Prazo da estabilidade 01

ACORDO

— Judicial. Discriminação de verbas salariais e indenizatórias. Flexibilização em relação ao postulado. Observância, todavia, aos limites lógicos do pedido. Fraude à lei. Invalidade 02

— Possibilidade de homologação ainda que verse sobre matéria não posta em juízo 03

ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

— Indenizações. Fato gerador 04

ADICIONAL

— De acúmulo de funções. Exercício concomitante. Possibilidade 05

— De insalubridade. Base de cálculo 06, 07

— De insalubridade. Salário efetivo. Base de cálculo 08

— Por tempo de serviço. Base de cálculo. Autarquia estadual 09

ALTERAÇÃO CONTRATUAL

— Supressão de benefício previsto em lei. Prescrição 10

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

— Indenização prevista em norma coletiva. Incapacidade permanente. Configuração. Devida 11

ASTREINTES

— Cominação de ofício 20

AVISO PRÉVIO

— Aviso concedido pelo empregador. Não cumprimento pelo empregado .. 12

BANCÁRIOS

— Termo inicial para a aplicação da correção monetária às verbas de natureza salarial na apuração do *quantum debeatur*. Orientação Jurisprudencial TST SDI 1 n. 124. Inaplicabilidade. Incidência da Súmula n. 16 desta Corte regional 28

BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA 13

CARGO EM COMISSÃO

— Administração pública. Contrato regido pela CLT 14

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA 15

— Validade da quitação 16

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

— Abono vinculado aos vencimentos da ativa. Desconsideração do acordo coletivo para aplicação de reajuste previsto em convenção coletiva de trabalho. Impossibilidade 17

— Direito à aposentadoria integral 18

CONTRATO

— De trabalho. Escrevente de cartório extrajudicial admitido antes da Lei n. 8.915/94. Impossibilidade de reconhecimento 19

— De trabalho. Por prazo determinado. Não configuração 20

— Por obra certa. Construção civil. Término 21

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

— Acordo judicial. Microempresa ou empresa de pequeno porte. Regime tributário especial — "SIMPLES". Não isenção 02

— Acordo sobre verba indenizatória não constante da peça inicial. Pretensão do INSS. Imposição sobre a totalidade da avença. Impossibilidade 22

— Multa moratória pelo não recolhimento dos tributos desde a época de vigência da relação de emprego. Crédito trabalhista reconhecido judicialmente. Indevida 23

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

— Tomador de serviços âmbito doméstico. Contribuinte individual. Acordo sem reconhecimento de vínculo empregatício. Tomador de serviços no âmbito doméstico 24

CONVENÇÃO COLETIVA

— Abrangência. Base territorial 25

DANOS MORAIS

— Indenização. Prescrição trabalhista 26

DESCANSO SEMANAL REMUNERADO

— Regime de trabalho 7x1. Devido 27

DEVOLUÇÃO

— De prêmios de seguros de vida e de acidentes pessoais descontados dos salários do empregado. Ausência de autorização escrita, bem como de insurgência na vigência do contrato de trabalho. Vício de consentimento não demonstrado. Inexistência de afronta ao art. 462 da CLT. Condenação imposta pela sentença. Não cabimento. Recurso ordinário do reclamado provido no particular para absolvê-lo da obrigação, inteligência do Enunciado TST n. 342 e aplicação da Súmula n. 6 desta Corte regional 28

DIFERENÇAS DA MULTA FUNDIÁRIA

— Decorrentes dos expurgos inflacionários. Prescrição bienal 29

DIVISOR

— Produção. Adicional de horas extras 30

EMPREGADO PÚBLICO

— Dispensa sem motivação antes de concluído o estágio probatório. Reintegração 31
— Estabilidade do art. 41 da CF. Sujeição à validade do concurso público 32
— Nomeação em comissão. Impossibilidade 33

ENGENHEIRO

— Lei n. 4.950/66. Piso salarial. Referência à remuneração e não ao salário-base 34

ENQUADRAMENTO SINDICAL

— Padaria 35

ESTABILIDADE PROVISÓRIA

— Acidente de trabalho. Requisitos 36

FGTS

— Diferença da multa de 40%. Expurgos inflacionários. Responsabilidade. Prescrição 37

— Parcelamento 38

— TRCT homologado. Posterior correção monetária administrativa do saldo face à LC n. 110/01. Diferenças dos 40% pagos em razão dessa atualização. Devidas pelo ex-empregador 39

GREVE

— Caracterização 40

— Requisitos formais e materiais desatendidos. Norma coletiva vigente. Abusividade 41

HORAS EXTRAS

— Compensação de jornada. Acordo tácito. Inválido 42

INDÚSTRIA DE CALÇADOS

— Banca de pesponto. Terceirização não configurada. Trabalho executado no domicílio. Contratação, subordinação e remuneração através de preposto 43

INSALUBRIDADE

— Adicional. Produto químico não incluído nos quadros elaborados pelo ministério do trabalho 44

INTERVALO PARA REFEIÇÃO

— E descanso. Redução. Autorização legal. Não incidência do § 4º do art. 71 da CLT 45

JORNADA CONTRATUAL

— Majoração. Alteração contratual unilateral. Impossibilidade 46

JUSTA CAUSA

— Vigia. Desídia no desempenho de suas funções. Empregado pego dormindo em serviço 47

JUSTIÇA GRATUITA

— Desnecessidade de expressa menção pelo requerente de que firma a declaração "sob as penas da lei" ou que assume a responsabilidade por seu conteúdo (§ 3º do art. 790 da CLT c/c/arts. 1º e 3º da Lei n. 7.115/83) 48

LICENÇA-PRÊMIO

— Servidor "celetista" 09

MUNICÍPIO

— Terceirização. Lei de Responsabilidade Fiscal. Responsabilidade subsidiária. Possibilidade 49

OPERADOR DE BOMBA DE COMBUSTÍVEL

— Que labora em posto anexo a supermercado de propriedade do mesmo empregador. Categoria profissional diferenciada caracterizada. Incidência do art. 511, § 3º, da CLT, em razão da condição de trabalho singular. Previsão no contrato social do empregador de venda de derivados de petróleo e combustíveis como parte do objeto social. Inaplicabilidade da Orientação Jurisprudencial n. 55 da 1ª SDI do C. TST. Recurso ordinário do reclamante provido parcialmente para declarar a aplicabilidade das convenções coletivas de trabalho celebradas entre sindicatos profissional e patronal do comércio de combustíveis 50

PAUSA INTRAJORNADA

— Realidade do contrato em turnos ininterruptos de revezamento 51

PERICULOSIDADE

— Incontroversa a habitualidade e intermitência do acesso à área de risco. Adicional devido 52

PERÍODO SEM REGISTRO

— Caracterização 53

PRESCRIÇÃO

— Pendência de ação judicial declarando o vínculo empregatício 54

— Total. Enunciado n. 294 do C. TST. Prazo qüinqüenal 26

PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA

— Seguro-desemprego indevido 55

RESPONSABILIDADE

— Do empregador. Diferenças da multa de 40% sobre o FGTS. Expurgo inflacionário. LC n. 110/01 56

— Solidária. Empreiteiro principal. Art. 455 da CLT 57

— Subsidiária. Assumida em acordo celebrado nos autos 58

— Subsidiária. Crédito total apurado. Limitação das parcelas condenatórias 59

— Subsidiária. Exclusão da responsabilidade subsidiária da condenação em pagamento de cláusula penal. Inaplicabilidade do Enunciado n. 331, do C. TST, já que tal título não tem natureza de obrigação trabalhista 60

SALÁRIO MÍNIMO

— Composição. Salário-base acrescido de gratificação. Impossibilidade ... 61

SECRETÁRIO MUNICIPAL

— Agente político. Inexiste vínculo de emprego 62

SERVIDOR PÚBLICO

— Contrato a prazo 63

— Reajuste salarial. Previsão legal em lei municipal. Não preenchimento dos requisitos do art. 169, da CF, e legislação que lhe complementa. Impossibilidade 64

TERCEIRIZAÇÃO

— Atípica. Fabricação por encomenda. Controle integral do processo produtivo. Responsabilidade subsidiária da contratante 65

TERMO DE CONCILIAÇÃO

— Firmado em comissões prévias. Possibilidade de nulidade 66

VIGIA

— Enquadramento sindical 67

VÍNCULO EMPREGATÍCIO

— Pedido de reconhecimento. E recebimento das verbas correlatas. Natureza jurídica. Prazo prescricional 68

DIREITO PROCESSUAL

01 — AÇÃO CAUTELAR. RECURSO. EFEITO SUSPENSIVO. CABIMENTO

A ação cautelar é meio processual apropriado para obtenção de efeito suspensivo ao recurso interposto contra sentença que deferiu antecipação da tutela, determinando a reintegração imediata do trabalhador. TRT/SP 15ª Região 83/03 — Ac. 1ª T 17.289/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 18.6.03, pág. 5.

02 — AÇÃO DE CUMPRIMENTO. OBJETO

Com o advento da Lei n. 8.984/95, sedimentou-se o entendimento de que a ação de cumprimento, prevista no art. 872, parágrafo único, da CLT, pode versar sobre direitos inseridos em cláusulas de acordos ou convenções coletivas de trabalho, normas originárias de autocomposição, circunstância que levou o C. TST a alterar a dicção de seu Enunciado n. 286. A interpretação teleológica do retro citado dispositivo celetista autoriza o remate de que a ação em comento, assim como a substituição processual que lhe é inerente, alcançam o cumprimento de todas as espécies de cláusulas coletivas e não somente aquelas que versam sobre correção salarial *stricto sensu*. Isto porque, a hipótese inversa implicaria injustificada restrição ao caráter social deste dispositivo legal, sintetizado no alargamento das vias de acesso dos trabalhadores ao controle jurisdicional e na concretização da eficácia das normas coletivas. Recurso Ordinário a que se dá provimento para afastar a carência de ação por ilegitimidade ativa do sindicato decretada na origem. TRT/SP 15ª Região 24.812/02 — Ac. 1ª T 14.080/03-PATR. Rel. Marcos da Silva Porto. DOE 30.5.03, pág. 10.

03 — AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, III, CPC. COLUSÃO

Extraindo-se do conjunto probatório emergente dos autos que as partes do processo principal dele se valeram com o único propósito de burlar a lei, impõe-se a desconstituição da decisão homologatória do acordo firmado na reclamação trabalhista, decretando-se ainda em novo julgamento a extinção desse processo com fundamento no art. 129 do CPC. TRT/SP 15ª Região 302/01-ARE — Ac. SDI2 207/03-PDI2. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 6.6.03, pág. 3.

04 — AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO

O documento novo do qual trata o inciso VII do art. 485 do CPC, autorizador da ação rescisória, deve ser entendido como aquele anterior à sentença rescindenda, mas que, por força maior, não pode ser utilizado como elemento de prova. Documentos públicos produzidos em outra reclamatória, não se caracterizam como documento novo, ante os limites de seus efeitos, preconizados pelo art. 472 do supracitado diploma processual. TRT/SP 15ª Região 250/02 — Ac. SDI2 144/03-PDI2. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 11.4.03, pág. 5.

05 — AÇÃO RESCISÓRIA. MULTA POR OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERPRETAÇÃO DO ART. 644 DO CPC

A fixação do *quantum* da multa por obrigação de fazer, nos termos previstos pelo art. 644 do CPC, insere-se no juízo de convencimento do julgador, não se justificando sua revisão em sede de rescisória, pois o fato enquadra-se no campo da interpretação e aplicação da lei, sem ofensa à literalidade da mesma. Ação que se julga improcedente, porquanto não configurada a hipótese de incidência do inciso V, do art. 485 do CPC. TRT/SP 15ª Região 1.968/01 — Ac. SDI2 155/03-PDI2. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 11.4.03, pág. 5.

06 — AÇÃO RESCISÓRIA. NULIDADE DE CITAÇÃO. ERRO DE FATO

Inexiste erro de fato a amparar a pretensão rescisória se a citação e demais intimações dos atos processuais foram remetidas ao endereço constante do contrato social juntado pela autora. TRT/SP 15ª Região 184/00 — Ac. SDI2 139/03-PDI2. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 11.4.03, pág. 4.

07 — AÇÃO RESCISÓRIA. OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 495 DO CPC

Ao recurso ordinário interposto da r. sentença proferida na reclamação trabalhista, não foi dado seguimento, pois intempestivo, intempestividade essa confirmada pelo v. acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento interposto para destrancá-lo. Com o reconhecimento da intempestividade do recurso, a r. decisão *a quo* tornou-se irrecorrível, com a conseqüente formação da coisa julgada, a qual ocorreu no dia seguinte do vencimento do prazo recursal. O art. 495 do CPC prevê, para o ajuizamento da ação rescisória, o prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão, fato esse que ocorreu não do trânsito em julgado do v. acórdão que não conheceu do recurso ordinário mas, sim, do trânsito em julgado da r. decisão de primeira instância. TRT/SP 15ª Região 1.950/01 — Ac. SDI2 141/03-PDI2. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 11.4.03, pág. 4.

08 — AÇÃO RESCISÓRIA. PRESCRIÇÃO. ARGÜIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE

A prescrição, por versar sobre direito patrimonial, a teor do art. 166 do CC c/c. arts. 128 e 219, § 5º, do CPC, deve ser invocada pela parte interessada, mesmo quando o Reclamado é órgão público. A matéria em relação a legitimidade, ou não, do Ministério Público do Trabalho para argüir a prescrição a favor da Administração Pública, nos feitos em que atua como parte, é de interpretação controvertida o que afasta a incidência do corte rescisório a teor da Súmula n. 343 do STF e do Enunciado n. 83 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 1.143/01 — Ac. SDI2 131/03-PDI2. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 11.4.03, pág. 4.

09 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. EM RECURSO ORDINÁRIO. ACESSO À JUSTIÇA. GRATUIDADE. DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE. DESNECESSIDADE DE PATROCÍNIO SINDICAL

A assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos é dever do Estado e direito individual do cidadão, previsto no inciso LXXIV do art. 5º da Magna Carta. Constitui erronia confundir esse direito com aqueloutro previsto no art. 14 da Lei n. 5.584/70, como se fosse monopólio da entidade sindical prestar assistência judiciária ao trabalhador desprovido de recursos. Se a própria filiação sindical é livre, o empregado não pode sujeitar-se ao exclusivo patrocínio gremial, conquanto este, por imposição legal, disso não possa se furtar, nas hipóteses legais. Assim, não pode ser afastada a gratuidade da Justiça àquele que, tendo firmado declaração de pobreza, na forma das Leis ns. 1.060/50, 7.115/83 e 7.510/86, deposita a imprescindível fidúcia do mandato judicial em advogado particular, licitamente abrindo mão da assistência imposta por lei Agravo de Instrumento provido, afastada a deserção decretada na origem e determinado o processamento do recurso trancado. TRT/SP 15ª Região 11.231/03 — Ac. 2ª T 15.492/03-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 6.6.03, pág. 84.

10 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO APÓCRIFO. ATO INEXISTENTE. NÃO-CONHECIMENTO

É de ser declarado inexistente o recurso quando tanto as razões recursais como a petição que as encaminha não se encontram subscritas pelo advogado constituído pela parte. Inaplicabilidade da Orientação Jurisprudencial n. 120, da SDI do C. TST, que somente considera válida as razões recursais sem assinatura do advogado se a petição que apresenta o apelo estiver assinada. TRT/SP 15ª Região 5.318/03 — Ac. 1ª T 10.605/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 25.4.03, pág. 6.

11 — AGRAVO DE PETIÇÃO. INCIDENTE NA FASE DE EXECUÇÃO. CABIMENTO

Decisões que impõem ao exeqüente o pagamento do complemento do valor do crédito e o valor do bem penhorado, assim como as que indeferem pedido de adjudicação, são atacáveis de imediato via agravo de petição, ante os reflexos que podem acarretar para o próprio curso da execução. Aplicação do art. 897 *a* da CLT. TRT/SP 15ª Região 8.116/03 — Ac. 1ª T 10.716/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 25.4.03, pág. 4.

12 — AGRAVO REGIMENTAL. EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIANTE DO RITO ESPECIAL DO PROCESSO PRINCIPAL. SUMARÍSSIMO. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA DE QUALQUER ESPÉCIE. EXIGIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO *AB OVO*. INAPLICABILIDADE DO ART. 284 DO CPC. NÃO PROVIMENTO

O mandado de segurança, além de reclamar os pressupostos processuais e as condições da ação em geral, requer, também, a presença de específicas condições, dentre as quais figura a comprovação *ab ovo* do direito líquido e certo violado, normalmente através de prova documental. A ausência de documento indispensável, bem assim da sua regular autenticação (art. 830, CLT), compromete a apreciação do *mandamus*, porquanto impossível, na hipótese, a dilação probatória de qualquer espécie. Inaplicável ao rito especial o art. 284 do CPC, nos termos da Orientação Jurisprudencial SDI-II n. 52, TST. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ATACADO CONSUBSTANCIADO NA PENHORA DE DINHEIRO EM CONTA CORRENTE. EXECUÇÃO DEFINITIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INVIABILIDADE. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. NÃO PROVIMENTO. Tratando-se de execução definitiva, não fere direito líquido e certo a penhora de dinheiro mediante o bloqueio de numerário depositado em conta corrente bancária, desde que respeitado o limite do crédito exeqüendo. A regra do art. 620 do CPC deve ser interpretada em consonância com a gradação de preferência da penhora a que alude o art. 655 do mesmo Diploma Processual. De outro turno, a alegação de que o bloqueio da conta corrente põe em risco o empreendimento empresarial não vinga, porquanto a existência de dano irreparável ou de difícil reparação, a bem da verdade, está mais em favor do credor trabalhista (senão por outras razões, pelo caráter alimentar da sua pretensão) do que do devedor. Tal é o pensamento da Superior Corte Trabalhista, consolidado na Orientação Jurisprudencial SDI-II n. 62, do qual se infere, a *contrario sensu*, que não ofende direito líquido e certo a determinação de penhora em dinheiro quando se trate de execução definitiva, senão apenas em sede de execução provisória, e desde que tenham sido nomeados outros bens para garantia do juízo. Não havendo que se cogitar no direito líquido e certo invocado, inviável a segurança pretendida. Processo extinto sem julgamento de mérito. TRT/SP 15ª

Região 47/03-AG — Ac. SDI1 363/03-PDI1. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 30.5.03, pág. 2.

13 — AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO CONTRA DECISÃO DO COLEGIADO

Correta a r. decisão agravada que negou, por incabível, processamento ao agravo regimental interposto pela reclamante contra acórdão proferido pela 4ª Turma, em agravo de instrumento. Tratando-se de erro grosseiro, revela-se inaplicável, no caso, o princípio da fungibilidade recursal. TRT/SP 15ª Região 771/01-AG — Ac. TP 258/03-PDI1. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 11.4.03, pág. 3.

14 — CERCEAMENTO DE DEFESA. ÔNUS DA PROVA. APRESENTAÇÃO DE DEMONSTRATIVO

Em se entendendo pela indispensabilidade do advogado à administração da Justiça e conseqüente necessidade de apresentação de demonstrativo como forma de se desvencilhar do ônus da prova quanto a existência de diferenças de horas extras, necessária a atenção para que seja concedida a respectiva possibilidade, após a apresentação dos documentos, ainda que seja em sede de razões finais (art. 850 a CLT) sob pena de não o fazendo, incorrer em cerceamento de defesa. TRT/SP 15ª Região 22.390/02 — Ac. 3ª T 10.384/03-PATR. Rel. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 25.4.03, pág. 12.

15 — COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. ACORDO FIRMADO SEM RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. HOMOLOGAÇÃO. RECONHECIMENTO

É cediço que a Justiça do Trabalho é a única competente para declarar a existência ou inexistência de vínculo empregatício, haja vista o teor do art. 114 da Carta Política em vigor. Vale dizer, afigurando-se controvertida, *ab initio*, a relação de trabalho subordinado, sujeita-se a lide exclusivamente ao pronunciamento jurisdicional pela Justiça Obreira, ainda que, ao final, se conclua pela ausência dos caracteres insculpidos no art. 3º da Consolidação. De modo paralelo, o acordo — nos autos de reclamação trabalhista em que se persegue a declaração do liame empregatício — ainda que firmado sem reconhecimento do aludido vínculo está sujeito à homologação pela Justiça Especializada, na medida em que se insere na faculdade de que dispõem as partes para terminar o litígio mediante concessões mútuas. Inteligência do art. 840 do novo CC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO JUDICIAL FIRMADO SEM RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. FATO QUE POR SI SÓ NÃO AFASTA A OBRIGAÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA QUALIDADE DE TOMADORA DE SERVIÇOS AUTÔNOMOS. INCIDÊNCIA SOBRE O TOTAL DO ACORDO. Reputa-se plenamente válido o acordo firmado pelas partes e homologado pelo juízo, desde que não se destine a fraudar a lei. Nesse diapasão, afigura-se plenamente eficaz, inclusive perante a Previdência Social, acordo firmado por mera liberalidade desde que não tenham as partes, sequer indiretamente, reconhecido a existência de contrato de trabalho. Entretanto, tal fato, por si só, não afasta a obrigação da empresa de recolher a devida contribuição social na qualidade de tomadora de serviços prestados por trabalhador autônomo ou por pessoas físicas sem vínculo empregatício. À falta de discriminação especificada no termo de acordo, deve o crédito previdenciário ser calculado sobre o montante total pago ao trabalhador. Inteligência do art. 195, I, *a*, CF, art. 22, Lei n. 8.212/91 e arts. 201, II e 276, § 9º, Decreto n. 3.048/99, com redação dada pelo Decreto n. 4.032/01. TRT/SP 15ª Região 22.369/02 — Ac. 2ª T 7.948/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 4.4.03, pág. 86.

16 — CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXECUÇÃO *'EX OFFICIO'* PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Nos termos do art. 114, § 3º, da Constituição da República (com a redação dada pela EC n. 20/98), a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada, permitindo-lhe promover, de ofício, a execução das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, restando dispensada a inscrição do crédito em dívida ativa, não mais se aplicando à hipótese a Lei das Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80). TRT/SP 15ª Região 9.320/03 — Ac. 1ª T 17.262/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 18.6.03, pág. 8.

17 — DECLARAÇÃO DE POBREZA. VALIDADE

Não impugnada a declaração de pobreza feita na forma do art. 1º da Lei n. 7.115/83, não haverá necessidade, durante o trâmite processual, de sua renovação. TRT/SP 15ª Região 11.472/03 — Ac. 2ª T 17.563/03-PATR. Rel. José Pitas. DOE 18.6.03, pág. 10.

18 — DEPOSITÁRIO INFIEL. TERMO DE DEPÓSITO NÃO ASSINADO. PRISÃO. ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO

Não basta a nomeação do depositário pelo juízo, é imprescindível a sua aceitação e o depósito, eis que somente com o aceite da nomeação o depositário assume a condição de auxiliar do juízo (art. 139 do CPC). TRT/SP 15ª Região 509/03-HC — Ac. SDI1 406/03-PDI1. Rel. Edison Giurno. DOE 13.6.03, pág. 5.

19 — EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. PRESSUPOSTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS

Estando preenchidos os pressupostos recursais, não pode o julgador decidir pelo não conhecimento do recurso. Se a parte, regularmente representada, interpõe, dentro do prazo legal, os embargos de declaração, sustentando que a decisão embargada contém omissão ou contradição, ainda que ela não se ressinta de tais defeitos, não há como deixar de conhecer a medida intentada. O julgador, ao dizer que os embargos visam a reexaminar a prova, faz juízo de mérito e não de pressuposto de admissibilidade. A multa é a penalidade prevista na lei para os embargos tidos como protelatórios. A interpretação que nega a interrupção do prazo recursal, impedindo o acesso ao segundo grau de jurisdição, ofende a literalidade do art. 538 do CPC. Agravo de instrumento a que se dá provimento para admitir o trânsito do recurso ordinário. TRT/SP 15ª Região 129/03 — Ac. 3ª T 14.538/03-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 30.5.03, pág. 16.

20 — EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTEMPESTIVOS. NÃO-INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA O RECURSO ORDINÁRIO

A regra usualmente aceita é a de que a interposição do recurso mantém pendente a lide, a qual é solucionada apenas com o julgamento do mérito do apelo (caso em que o novo julgado substitui a decisão recorrida, CPC art. 512) ou com a declaração de não conhecimento dele, mesmo que nessa última hipótese se trate de recurso intempestivo. Conseqüência disso, é que normalmente a declaração de não-conhecimento tem efeito *ex nunc*. Entretanto, há exceção que deve ser observada, e que diz respeito ao recurso manifestamente

intempestivo, isto é, sobre o qual não paira dúvida sobre o aviamento fora do prazo. Nessa hipótese, o apelo interposto a destempo não tem o condão de superar o trânsito em julgado ou a preclusão temporal, de maneira que a declaração de não-conhecimento tem efeito ex *tunc* e não *ex nunc*. TRT/SP 15ª Região 7.411/03 — Ac. 5ª T 15.167/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 6.6.03, pág. 102.

21 — EMBARGOS DE TERCEIRO. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO

O parágrafo único do art. 669, do CPC, que obriga a intimação do cônjuge, na hipótese de penhora de bens imóveis, não tem efeito de revogação do art. 1.048, do CPC, pois este é o substrato legal de fixação de prazo para oposição de embargos de terceiro, que pode ser de até cinco dias da praça, se não assinada ainda a carta de alienação. TRT/SP 15ª Região 28.692/02 — Ac. 2ª T 10.569/03-PATR. Rel. José Pitas. DOE 25.4.03, pág. 11.

22 — EMPRESAS EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. NÃO APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 86 DO C.TST

Tanto as empresas concordatárias, como aquelas em liquidação extrajudicial, sujeitas à liquidação imposta pelo Banco Central, estão obrigadas ao pagamento das custas e recolhimento do depósito recursal, visto que o Enunciado mencionado (correspondente a massa falida) a elas não se aplica, pelo fato de a falência importar em declaração judicial de natureza declaratória constitutiva e a liquidação extrajudicial ocorrer em processo administrativo. TRT/SP 15ª Região 4.203/03 — Ac. 4ª T 9.849/03-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 15.4.03, pág. 17.

23 — EXPEDIENTE RECURSAL. ENVIADO PELOS CORREIOS NO PRAZO, CHEGANDO NA SEDE DO JUÍZO APÓS O MESMO. INTEMPESTIVIDADE

O apelo deve ser apresentado no prazo, na sede do Juízo (arts. 176 c/c. 177 do CPC).Se a parte remeteu o expediente recursal pelos Correios assumiu o risco de sua chegada após o decurso temporal do prazo.TRT/SP 15ª Região 3.627/03 — Ac. 4ª T 9.037/03-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 11.4.03, pág. 25.

24 — EXPRESSÕES INJURIOSAS

Palavras e expressões injuriosas e difamatórias ao Julgador de primeiro grau devem ser riscadas dos autos, como manda o art. 15 do CPC. Antes, porém, há que se extrair certidões ou cópias autênticas e enviá-las ao injuriado para que possa, em querendo, obter reparações criminais e civis. TRT/SP 15ª Região 8.201/03 — Ac. 3ª T 16.042/03-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DOE 6.6.03, pág. 93.

25 — GUIA DARF. NÃO INDICAÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO. DESERÇÃO DO RECURSO

A ausência do número do processo na guia DARF impede o juízo de aferir se as custas recolhidas referem-se, efetivamente, à demanda que está apreciando e, por conseguinte, de haver como preenchido aquele pressuposto de admissibilidade recursal. A hipótese leva, pois, à deserção do apelo (Instrução Normativa SRF n. 44/96 e Provimento CGJT n. 04/99). TRT/SP 15ª Região 26.029/02 — Ac. 4ª T 15.694/03-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 6.6.03, pág. 98.

26 — *HABEAS CORPUS*. DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL. TRATADO INTERNACIONAL QUE PROÍBE PRISÃO POR DÍVIDA. NORMA INFRACONSTITUCIONAL. EXEGESE DO ART. 5º, INCISO LXVII, E SEU § 2º DA CF

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, não suplantou o inciso LXVII da CF, daí sendo possível a prisão do depositário infiel. Essa norma internacional passou a integrar o sistema jurídico brasileiro com *status* de norma ordinária; raciocínio diverso consagraria total subversão da rigidez constitucional, prevista no art. 60 e seus parágrafos da Carta Política. (Prof. Luiz Alberto David Araújo — PUC/SP). Ademais, na esteira de inúmeros precedentes do E. STF e desta C. Corte Regional, a matéria já não comporta maiores e alongadas discussões, sendo, pois, nítida a intenção da paciente de buscar derradeiro remédio para a inafastável constrição justificada de sua liberdade. Ordem de *habeas corpus* denegada. TRT/SP 15ª Região 623/03-HC — Ac. SDI1 360/03-PDI1. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 30.5.03, pág. 2.

27 — *HABEAS CORPUS*. ORDEM DE PRISÃO. DEPOSITÁRIO LOCATÁRIO NÃO É SÓCIO DA EXECUTADA. CONSTRIÇÃO DE ALUGUERES. BENFEITORIAS NECESSÁRIAS NO IMÓVEL. DIREITO DE RETENÇÃO

Não se considera depositário infiel o locatário que não seja sócio da executada e sim terceiro estranho a seus negócios sociais e que, tendo assinado o competente auto de depósito, não depositou os valores decorrentes da constrição dos alugueres, em razão do exercício do direito de retenção de que trata o art. 578, do Novo CCB. No caso presente, os reparos efetuados no elevador de carga instalado na propriedade objeto da locação em comento, não podem ser concebidos como benfeitorias realizadas em favor da executada, mas como gastos necessários à manutenção e viabilização da atividade empresarial da locatária. Qual seja, sem essas obras, inviável se tornaria a continuidade do negócio do locatário e por conseqüência os aluguéis deixariam de ser pagos, obstaculizando o cumprimento da execução, a qual, tão logo ultimados os reparos, teve seus depósitos regularmente reencetados, evidenciando a boa-fé do inquilino e de seu locador. Por outro lado, é bom que se coloque que existe um precedente muito perigoso e paradoxal na prisão do locatário/depositário inadimplente, pois, na hipótese de ele não poder cumprir com os aluguéis por absoluta insuficiência financeira própria (e não por má-fé ou conluio com o proprietário), na verdade acabará preso por dívida (hipótese de há muito já abolida de todos os ordenamentos jurídicos), já que, nesse caso, não terá se caracterizado o crime de depósito infiel, cabendo, por parte do locador, apenas a ação de despejo, por atraso de aluguéis. Contra o que o Judiciário Trabalhista não poderá se insurgir. TRT/SP 15ª Região 1.913/02 — Ac. SDI1 186/03-PDI1. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 4.4.03, pág. 3.

28 — *HABEAS CORPUS*. PREVENTIVO. AMEAÇA DE PRISÃO DO EXECUTADO, COMO DEPOSITÁRIO INFIEL, POR NÃO PAGAMENTO DE IPTU DOS IMÓVEIS PENHORADOS. HIPÓTESE EM QUE JÁ HOUVE A ENTREGA DOS BENS IMÓVEIS PENHORADOS, NÃO SE CARACTERIZANDO A SITUAÇÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL. VIOLAÇÃO AO ART. 905 DO CPC

A dívida que há com os impostos atrasados (IPTU) referentes a todos os imó-

veis adjudicados, não tem o condão de caracterizar o paciente/executado como infiel depositário, eis que se trata de dívida de natureza civil e não impossibilita a transmissão da posse e da propriedade ao credor/adjudicante, sendo que aquela última já se aperfeiçoou quando do recebimento da Carta de Adjudicação emitida pela Vara do Trabalho. Por receber o bem desonerado de quaisquer dívidas em hasta pública (em respeito à coisa julgada e a seu crédito, que é privilegiado, por ser trabalhista), o credor/adjudicante não pode responder por esses impostos. Esse débito (IPTU) continua em nome do executado e à Municipalidade caberá executá-lo — o que até agora não ocorreu, frise-se. A prisão do depositário configura a última medida a ser tomada em execução, porque atinge direito individual fundamental que, na escala de valores, precede aos próprios direitos patrimoniais. É de ser concedida ordem de *habeas corpus* preventivo, eis que o paciente está tendo sua liberdade de locomoção ameaçada, mesmo após ter colocado todos os bens imóveis sob sua guarda à disposição do adjudicante, o que configura abusividade e ilegalidade da ameaça, em violação ao art. 905 do CPC. TRT/SP 15ª Região 1.546/02 — Ac. SE 175/03-PDI1. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 4.4.03, pág. 3.

29 — IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. VARAS DO TRABALHO; INAPLICABILIDADE

Mesmo após a extinção das (antigas) JCJs, o princípio da identidade física do Juiz deve permanecer inaplicável, porque contraria frontalmente outro princípio maior: o da celeridade processual. Essa é a inteligência da Súmula n. 136, do TST. FGTS. MULTA DE 40%. OBRA CERTA. IMPOSSIBILIDADE. Contratos de trabalho firmados por "obra certa" não devem ser capazes de gerar direitos de caráter indenizatório, como é o caso da multa de 40% do FGTS (Lei n. 8.036/90, art. 18, § 1º), salvo se o rompimento ocorrer durante o curso da empreita, e sem motivo justo. Essa é a teleologia diferida do *caput* do art. 445 da CLT, juntamente com as normas contidas na Lei n. 2.959/56. TRT/SP 15ª Região 23.268/02 — Ac. 5ª T 11.108/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 30.4.03, pág. 21.

30 — INTIMAÇÃO PELA IMPRENSA. PLURALIDADE DE ADVOGADOS

Estando a parte representada nos autos por diversos advogados e inexistindo especificação quanto ao advogado responsável pelas intimações, a publicação em nome de qualquer um deles é suficiente para a devida identificação. TRT/SP 15ª Região 21.965/00 — Ac. PLENO 286/03-PDI1. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 16.5.03, pág. 6.

31 — ISENÇÃO DE CUSTAS. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE PARA A PARTE CONTRÁRIA. RECURSO NÃO CONHECIDO

Não se conhece de recurso ordinário interposto pela reclamada contra decisão que deferiu à reclamante a isenção de custas processuais, pois inexistente lesividade a justificar a irresignação. TRT/SP 15ª Região 9.625/03 — Ac. 4ª T 17.351/03-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 18.6.03, pág. 19.

32 — JUSTA CAUSA. PROVA EMPRESTADA. VALORAÇÃO

Os documentos extraídos de ação criminal contendo depoimentos vários, fortalecem o depoimento prestado pela única testemunha da reclamada, bem como as alegações de defesa. Configuração de ato de improbidade que justifica a demissão por justa causa. TRT/SP 15ª Região 9.665/03 — Ac. 6ª T 15.849/03-PATR. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 6.6.03, pág. 109.

33 — MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL

A parte que não atende à determinação judicial, para informar o endereço do litisconsórcio necessário que deve figurar no pólo passivo da relação processual da ação mandamental, tem contra si a extinção do feito, decorrente do indeferimento da petição inicial que não preenche os requisitos legais. TRT/SP 15ª Região 1.409/02-AG — Ac. SDI1 386/03-PDI1. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 13.6.03, pág. 4.

34 — NULIDADE DE CITAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA

Não ocorre nulidade de citação, quando, várias notificações são encaminhadas ao mesmo endereço, sob registro postal, e não são devolvidas pelos Correios e a parte comparece, em cumprimento à determinação constante na última delas, dentro do prazo legal, para recorrer e alega nulidade de citação inicial, encaminhada para o mesmo endereço. TRT/SP 15ª Região 25.716/02 — Ac. 2ª T 15.969/03-PATR. Rel. Maria da Conceição Silveira Ferreira da Rosa. DOE 6.6.03, pág. 86.

35 — NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA

Caracteriza-se cerceamento de defesa o indeferimento de prova testemunhal sob alegação de que o Juízo encontra-se suficientemente esclarecido, quando o resultado da decisão for contrária à parte que pretendia produzi-la, tendo inclusive protestado em audiência. Recurso a que se dá provimento a fim de se acolher a preliminar de argüida, declarando nula a r. decisão de primeiro grau. TRT/SP 15ª Região 31.006/02 — Ac. 3ª T 10.846/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 30.4.03, pág. 16.

36 — NULIDADE. SENTENÇA. EQUÍVOCO QUANTO À REMISSÃO DE ALGUMA PASSAGEM. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO CARACTERIZAÇÃO

Não há como declarar a nulidade da sentença que, em sua motivação refere-se à uma determinada passagem, de forma equivocada, sem que isso afete a questão de fundo debatida nos autos. Ademais, pela moderna processualística, somente no caso de prejuízo às partes é que deve ser declarada a nulidade. TRT/SP 15ª Região 23.959/02 — Ac. 2ª T 9.809/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 15.4.03, pág. 15.

37 — OFÍCIOS. EXPEDIÇÃO

Apesar desta Justiça não ser órgão fiscalizatório, tem a prerrogativa e a obrigação de cientificar os órgãos competentes acerca das irregularidades por ela detectadas, sendo que os ofícios, ainda que meramente informativos, estão inseridos no poder geral de cautela (arts. 631 e 765 da CLT) que é atribuído ao juiz da causa. TRT/SP 15ª Região 27.906/02 — Ac. 1ª T 15.381/03-PATR. Rel. Desig. Wilton Borba Canicoba. DOE 6.6.03, pág. 79.

38 — PENA PREVISTA. NO ART. 940 DO CC

Aplicabilidade subsidiária ao processo do trabalho do art. 940 do CC, ante o que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 769 da CLT. Quando o reclamante pleiteia títulos sabidamente pagos, sua conduta se enquadra no que dispõe o art. 940 do novo CC, ficando obrigado a pagar ao reclamado as indenizações previstas naquele dispositivo legal. TRT/SP 15ª Região 25.288/02 — Ac. 2ª T 15.525/03-PATR. Rel. Maria da Conceição Silveira Ferreira da Rosa. DOE 6.6.03, pág. 85.

39 — PEREMPÇÃO. SUBSIDIARIEDADE DO PROCESSO COMUM. IMPOSSIBILIDADE

Inaplicável o contido no art. 268, parágrafo único, do CPC no processo trabalhista, na medida em que este contém regra específica sobre a hipótese de perda do direito de ação com base em arquivamento causado pelo empregado. Opera-se a regra do art. 732 da CLT, qual seja, a perempção temporária, que deve ser examinada pelo Juiz, independentemente de alegação da parte ou interessado (art. 301, § 4º, do CPC). TRT/SP 15ª Região 2.604/03 — Ac. 5ª T 7.604/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 4.4.03, pág. 104.

40 — PETIÇÃO INICIAL. E DEMAIS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS POR PESSOA NÃO REGULARMENTE INSCRITA COMO ADVOGADO. NULIDADE QUE NÃO SE DECLARA POR AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. APLICAÇÃO DO ART. 794 DA CLT

Em face do caráter instrumental do processo, só se declara nulidade quando o ato resultar em prejuízo às partes. No caso dos autos, o reclamante foi assistido por pessoa não inscrita na OAB/SP, a qual teria se utilizado de número de inscrição relativa a advogado já falecido, fato que somente veio a ser revelado na execução. Entretanto, tal não resultou em prejuízo algum às partes, não havendo, portanto, nulidade a ser declarada, conforme regra do art. 794 da CLT. TRT/SP 15ª Região 1.823/03 — Ac. 4ª T 15.662/03-PATR. Rel. Desig. Fabio Grasselli. DOE 6.6.03, pág. 97.

41 — PRISÃO CIVIL. *HABEAS CORPUS*. DEPOSITÁRIO INFIEL. NÃO APRESENTAÇÃO DO BEM. FURTO ALEGADO. PROVA INSUFICIENTE. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. DECLARAÇÃO UNILATERAL. INDÍCIOS DE ADULTERAÇÃO DO BEM. PRISÃO MANTIDA

A figura do depositário judicial, estatuído nos arts. 148 e 150 do CPC é diversa daquela prevista nos arts. 902 e seguintes do CPC, posto que este regula a ação de depósito convencional ou contratual, enquanto aquele não é regulado pelas regras de Direito Privado, mas sim pelos preceitos de lei processual, que são de Direito Público. A sua obrigação é, especialmente, a de entregar a coisa *in natura*, salvo caso de perecimento do objeto, para a qual não tenha contribuído. No entanto, não basta a simples alegação da notícia *criminis* de um furto, na medida em que se constitui numa mera declaração unilateral. É preciso apresentar outros elementos probantes. De outra parte, a simples constatação de que o depositário se houve com incúria na guarda de bens que lhe foram confiados e não comprovada a alegação de furto da coisa dada em garantia é o suficiente para a decretação da sua prisão civil. TRT/SP 15ª Região 198/03 — Ac. SDI1 193/03-PDI1. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 4.4.03, pág. 4.

42 — PROCESSO TRABALHISTA. INDENIZAÇÃO. ART. 1.531 DO CCB. INAPLICABILIDADE

A aplicação do art. 1.531 do CCB (art. 940 do Novo CC), no âmbito trabalhista, merece reservas, em face do princípio da gratuidade, inerente ao processo do trabalho, além do que, nem sempre o empregador entrega ao trabalhador os recibos dos valores pagos. TRT/SP 15ª Região 5.150/03 — Ac. 1ª T 7.770/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 4.4.03, pág. 78.

43 — RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. *ERROR IN JUDICANDO*. NÃO CABIMENTO

Inviável, porque incompatível com seu objetivo, a interposição de correição par-

cial para atacar eventual *error in judicando*, pois neste caso a parte pode se valer do recurso correspondente, elencado no ordenamento processual, a fim de obter um pronunciamento judicial sobre a questão, que não será de natureza meramente administrativa. TRT/SP 15ª Região 318/02 — Ac. TP 248/03-PDI1. Rel. Antônio Miguel Pereira. DOE 11.4.03, pág. 3.

44 — RECURSO ADESIVO. CABIMENTO

A parte que ofereceu recurso intempestivo não pode, posteriormente, aderir ao recurso interposto pela parte contrária. O manejo do recurso adesivo pressupõe conformismo inicial com a sentença, não sendo, portanto, instrumento hábil a substituir recurso intempestivo ou deserto. TRT/SP 15ª Região 9.884/03 — Ac. 4ª T 17.353/03-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 18.6.03, pág. 19.

45 — RECURSO ADESIVO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DO JULGADO. PERDA DO OBJETO

Ao recurso ordinário do Autor, que teve julgada totalmente improcedente a pretensão, poderá a Ré aderir quando demonstrado o interesse jurídico na reapreciação de preliminares ou prejudiciais de mérito rejeitadas em primeiro grau; perdendo, porém, o seu objeto em caso de apreciação do recurso principal e manutenção da sentença. TRT/SP 15ª Região 9.794/03 — Ac. 1ª T 18.099/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 27.6.03, pág. 83.

46 — SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE ACORDO ENTRE EMPREGADOS E EMPRESA SOBRE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ILEGITIMIDADE

Não se reconhece substituição processual e portanto não se legitima o sindicato para propor ação em nome dos trabalhadores para obter a nulidade de acordo celebrado entre estes e a empresa visando a compensação de jornada aos sábados e feriados. TRT/SP 15ª Região 27.963/99 — Ac. 6ª T 15.952/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 6.6.03, pág. 107.

47 — SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AÇÃO QUE TEM POR OBJETO CUMPRIMENTO DE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVOS. MATÉRIA PASSÍVEL DE SER DISCUTIDA

Tratando-se de demanda que vise ao cumprimento de acordo ou convenção coletivos, a substituição assegurada ao sindicato pelo Enunciado n. 286 do C. TST não se limita às matérias salariais e ao adicional de insalubridade já que, se aquele órgão atuou na criação das referidas normas, seria ilógico restringir sua legitimidade ativa ao cumprimento de apenas algumas das cláusulas avençadas. A substituição é, portanto, plena, neste caso. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SUBSTITUÍDOS. ALCANCE. A substituição processual alcança todos os integrantes da categoria e não apenas os associados do sindicato. Ilação que se extrai dos arts. 8º, III da CF e 3º da Lei n. 8.073/90. Embora não seja pacífico o entendimento de que o primeiro dispositivo consagre a substituição processual pelo sindicato, demonstra ele a preocupação do constituinte de que a defesa a ser realizada pela entidade sindical estenda-se a todos os integrantes da categoria e não apenas aos associados. Tal regra, d'outra parte, vem expressa no artigo por último referido, justificando-se nas ações em que o sindicato de trabalhadores postula contra o empregador o cumprimento de convenção coletiva, já que este instrumento versa sobre interesses e direitos individuais homogêneos da categoria. TRT/SP 15ª Região 28.634/02 — Ac. 1ª T 15.326/03-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 6.6.03, pág. 78.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

DIREITO PROCESSUAL

Referência
Ementa

AÇÃO

— Cautelar. Recurso. Efeito suspensivo. Cabimento 01

— De cumprimento. Objeto 02

— Rescisória. Art. 485, III, CPC. Colusão 03

— Rescisória. Documento novo. Não caracterização 04

— Rescisória. Multa por obrigação de fazer. interpretação do art. 644 do CPC 05

— Rescisória. Nulidade de citação. Erro de fato 06

— Rescisória. Ocorrência da decadência. Inteligência do art. 495 do CPC 07

— Rescisória. Prescrição. Argüição. Ministério Público do Trabalho. Impossibilidade 08

AGRAVO

— De instrumento. Em recurso ordinário. Acesso à justiça. Gratuidade. Declaração de miserabilidade. Desnecessidade de patrocínio sindical 09

— De instrumento. Recurso apócrifo. Ato inexistente. Não-conhecimento .. 10

— De petição. Incidente na fase de execução. Cabimento 11

— Regimental em mandado de segurança. Ato atacado consubstanciado na penhora de dinheiro em conta corrente. Execução definitiva. Inexistência de direito líquido e certo. Inviabilidade. Extinção sem julgamento do mérito. Não provimento 12

— Regimental. Em mandado de segurança. Diante do rito especial do processo principal. Sumaríssimo. Impossibilidade de dilação probatória de qualquer espécie. Exigibilidade da comprovação do direito líquido e certo *ab ovo*. Inaplicabilidade do art. 284 do CPC. Não provimento 12

— Regimental. Não cabimento contra decisão do colegiado 13

CERCEAMENTO DE DEFESA

— Ônus da prova. Apresentação de demonstrativo 14

COMPETÊNCIA

— Justiça do Trabalho. Acordo firmado sem reconhecimento do vínculo empregatício. Homologação. Reconhecimento 15

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

— Acordo judicial firmado sem reconhecimento do vínculo empregatício. Fato que por si só não afasta a obrigação social da empresa na qualidade de tomadora de serviços autônomos. Incidência sobre o total do acordo 15

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

— Execução *ex officio* pela Justiça do Trabalho. Art. 114, § 3º, da Constituição da República 16

DECLARAÇÃO DE POBREZA

— Validade 17

DEPOSITÁRIO INFIEL

— Termo de depósito não assinado. Prisão. Ilegalidade. *Habeas Corpus* concedido 18

EMBARGOS

— De declaração. Conhecimento. Pressupostos objetivos e subjetivos 19
— De declaração. Intempestivos. Não-interrupção do prazo para o recurso ordinário 20
— De terceiro. Prazo para interposição 21

EMPRESAS EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

— Não aplicação do Enunciado n. 86 do C. TST 22

EXPEDIENTE RECURSAL

— Enviado pelos correios no prazo, chegando na sede do juízo após o mesmo. Intempestividade 23

EXPRESSÕES INJURIOSAS 24

FGTS

— Multa de 40%. Obra certa. Impossibilidade 29

GUIA DARF

— Não indicação do número do processo. Deserção do recurso 25

HABEAS CORPUS

— Depositário. Prisão civil. Tratado internacional que proíbe prisão por dívida. Norma infraconstitucional. Exegese do art. 5º, inciso LXVII, e seu § 2º da CF 26

— Ordem de prisão. Depositário locatário não é sócio da executada. Constrição de alugueres. Benfeitorias necessárias no imóvel. Direito de retenção 27

— Preventivo. Ameaça de prisão do executado, como depositário infiel, por não pagamento de IPTU dos imóveis penhorados. Hipótese em que já houve a entrega dos bens imóveis penhorados, não se caracterizando a situação de depositário infiel. Violação ao art. 905 do CPC 28

IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

— Varas do trabalho. Inaplicabilidade 29

INTIMAÇÃO PELA IMPRENSA

— Pluralidade de advogados 30

ISENÇÃO DE CUSTAS

— Ausência de lesividade para a parte contrária. Recurso não conhecido 31

JUSTA CAUSA

— Prova emprestada. Valoração 32

MANDADO DE SEGURANÇA

— Extinção. Indeferimento da inicial 33

NULIDADE

— De citação. Não ocorrência 34

— Processual. Cerceamento de defesa 35

— Sentença. Equívoco quanto à remissão de alguma passagem. Ausência de prejuízo. Não caracterização 36

OFÍCIOS

— Expedição 37

PENA PREVISTA

— No art. 940 do CC 38

PEREMPÇÃO

— Subsidiariedade do processo comum. Impossibilidade 39

PETIÇÃO INICIAL

— E demais atos processuais praticados por pessoa não regularmente inscrita como advogado. Nulidade que não se declara por ausência de prejuízo. Aplicação do art. 794 da CLT 40

PRISÃO CIVIL

— *Habeas Corpus*. Depositário infiel. Não apresentação do bem. Furto alegado. Prova insuficiente. Boletim de ocorrência. Declaração unilateral. Indícios de adulteração do bem. Prisão mantida 41

PROCESSO TRABALHISTA

— Indenização. Art. 1.531 do CCB. Inaplicabilidade 42

RECLAMAÇÃO CORREICIONAL

— *Error in judicando*. Não cabimento 43

RECURSO ADESIVO

— Cabimento 44
— Improcedência da pretensão. Cabimento. Manutenção do julgado. Perda do objeto 45

SINDICATO

— Substituição processual. Pretensão de anulação de acordo entre empregados e empresa sobre compensação de jornada. Ilegitimidade 46

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

— Ação que tem por objeto cumprimento de acordo ou convenção coletivos. Matéria passível de ser discutida 47
— Substituídos. Alcance 47

DIREITO RURAL

01 — CONTRATO DE SAFRA. CESSAÇÃO DO CONTRATO ANTES DO TÉRMINO DA SAFRA

Sendo o contrato de safra uma modalidade especial de contrato por prazo determinado, o seu término coincide com o esgotamento de seu objeto, qual seja, o fim da safra. Se é verdade que, por exemplo, a colheita de laranja não se encerra de uma única vez, razão pela qual os contratos de trabalho vão cessando antes do término integral da safra, isto não implica dizer que a duração dos contratos dos empregados, cujo trabalho vai sendo dispensado, possa ser reduzida por ato unilateral do empregador, em respeito, meramente, às suas necessidades, vez que quando contratado, o trabalhador tinha em mira, como previsão aproximada do término de seu contrato, o final efetivo da safra, do mesmo modo que o empregador vislumbrava possível a utilização dos trabalhados do empregado até o advento de tal fato. Se as atividades diminuem antes do término da safra e, em razão disso, alguns contratos de trabalho vão cessando, por iniciativa do empregador, há de se considerar que tais contratos se encerraram antes do prazo previsto, aplicando-lhes a regra contida no art. 479, da CLT. Afinal, é exatamente para garantir interesses de empregados e empregadores, nas situações em que se permita, razoavelmente, supor que o interesse pelo contrato pode se desfazer antes do prazo previsto foi que se previu no art. 481, da CLT, a possibilidade de inserção nos contratos a prazo a cláusula assecuratória do direito recíproco de cessação antecipada. TRT/SP 15ª Região 5.769/03 — Ac. 6ª T 14.974/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 30.5.03, pág. 32.

02 — EMPREGADO RURAL. AVISO PRÉVIO. INAPLICABILIDADE DO ART. 488 DA CLT

O empregado rural está sujeito a legislação própria específica e que prevê concessão de aviso prévio diferenciado dos trabalhadores celetistas. Assim, conforme Lei n. 5.889/73, art. 15, no caso de aviso prévio deverá haver ausência num dia por semana (e não a redução de duas horas diárias ou de sete dias corridos conforme previsão do parágrafo único do art. 488 da CLT — lei genérica). TRT/SP 15ª Região 10.453/03 — Ac. 1ª T 15.333/03-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 6.6.03, pág. 78.

03 — EMPREGADO RURAL. ENQUADRAMENTO

Somente aquele cujo trabalho é envolvido direta ou indiretamente na atividade produtiva agrária, é reputado dessa natureza, sendo os demais classificados pela ordem geral dos trabalhadores urbanos. Se o enquadramento em categoria profissional diferenciada é determinado pela atividade do trabalhador, é imprescindível que o empregado desenvolva atividade rural para ser assim considerado. Desse modo não são tidos, por exemplo, o professor de escola mantida por empregador rural, e nem os empregados dedicados exclusivamente às tarefas administrativas do negócio. TRT/SP 15ª Região 26.360/02 — Ac. 5ª T 17.211/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 18.6.03, pág. 27.

04 — INSS. PRODUTOR RURAL. TRANSAÇÃO. VÍNCULO NÃO RECONHECIDO. DEVIDA

A contribuição previdenciária é devida também pelo produto rural, sempre que o pagamento ao trabalhador é efetuado em transação ajustada sem o reconhecimento do vínculo empregatício. TRT/SP 15ª Região 21.630/02 — Ac. 2ª T 10.774/03-PATR. Rel. Desig. Paulo de Tarso Salomão. DOE 25.4.03, pág. 12.

05 — RURÍCOLA. PRESCRIÇÃO. AÇÃO AJUIZADA APÓS A PUBLICAÇÃO DA EC N. 28, PERSEGUINDO DIREITOS DEVIDOS, ANTERIORES À ALUDIDA PUBLICAÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO

Nas ações ajuizadas após o advento da EC n. 28, aqueles direitos devidos até a publicação da citada emenda não estão adstritos ao instituto da prescrição qüinqüenal, visto terem se incorporado ao patrimônio do trabalhador, aplicando-se o art. 10 da Lei n. 5.889/73. Em se tratando de prescrição não há como se utilizar os preceitos estampados no § 3º, do art. 515, do CPC, devendo os autos retornar ao MM. Juízo de origem, tendo em vista os princípios do duplo grau de jurisdição e do juiz natural, para que aprecie os pleitos desde a admissão do ora recorrente até 28.11.98. TRT/SP 15ª Região 28.058/02 — Ac. 6ª T 15.943/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 6.6.03, pág. 107.

06 — TRABALHO RURAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PEQUENA PROPRIEDADE

Não restando comprovada a exploração comercial de pequena propriedade destinada ao lazer do empregador e de sua família, o trabalho executado é de cunho doméstico, e não rural, tal como definido pela Lei n. 5.889/73. TRT/SP 15ª Região 2.165/03 — Ac. 1ª T 7.766/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 4.4.03, pág. 78.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

DIREITO RURAL

Referência
Ementa

CONTRATO DE SAFRA

— Cessação do contrato antes do término da safra 01

EMPREGADO RURAL

— Aviso prévio. Inaplicabilidade do art. 488 da CLT 02
— Enquadramento 03

INSS

— Produtor rural. Transação. Vínculo não reconhecido. Devida 04

RURÍCOLA

— Prescrição. Ação ajuizada após a publicação da EC n. 28, perseguindo direitos devidos, anteriores à aludida publicação. direito adquirido 05

TRABALHO RURAL

— Não caracterização. Pequena propriedade 06

EXECUÇÃO

01 — ADJUDICAÇÃO. LEI N. 9.099/95. APLICABILIDADE NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

A adjudicação imediata do bem penhorado prevista pela Lei n. 9.099/95, somente pode ser deferida na execução trabalhista quando proposta pelo juiz da execução, em audiência conciliatória, como meio rápido e eficaz de solução do litígio, devendo estar presente o devedor para que este possa exercitar o seu direito de substituição do bem por dinheiro — arts. 668 do CPC ou remissão da dívida 794, II do CPC, sem o que tem-se por violado o princípio da ampla defesa assegurado ao devedor — art. 5º, inciso LV, da CF. TRT/SP 15ª Região 9.062/03 — Ac. 1ª T 12.192/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 16.5.03, pág. 11.

02 — AGRAVO DE PETIÇÃO. DELIMITAÇÃO DE VALORES. CONHECIMENTO

O agravante deve identificar objetivamente a parte incontroversa da condenação, apontando na minuta de agravo os valores impugnados, mediante demonstrativo numérico e de forma líquida. Isto é delimitar os valores objeto da discussão. Não convence a argumentação do agravante no sentido de reportar-se a cálculos anteriores. Assim agindo, não houve atendimento ao requisito essencial de admissibilidade de que trata o art. 897, § 1º, da CLT. TRT/SP 15ª Região 4.388/03 — Ac. 5ª T 7.558/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 4.4.03, pág. 103.

03 — ARREMATAÇÃO. PELO CREDOR-EXEQÜENTE, SEM A CONCORRÊNCIA DE OUTROS LANÇADORES E POR VALOR INFERIOR AO DE AVALIAÇÃO. POSSIBILIDADE

O credor-exeqüente pode arrematar o bem levado a leilão, por preço inferior ao de avaliação, mesmo sem a concorrência de outros lançadores, uma vez que ele não se encontra incluído dentre as pessoas proibidas de lançar, mencionadas no § 1º, do art. 690, do CPC. Aplicação do art. 5º, II, da CF. TRT/SP 15ª Região 32.479/02 — Ac. 3ª T 14.594/03-PATR. Rel. Desig. Jorge Luiz Costa. DOE 30.5.03, pág. 18.

04 — ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. POSSIBILIDADE

Só é admissível o ingresso de terceiro na lide quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido, fato este que não acontece no caso proposto. AGRAVO DE PETIÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA DE BEM PERTENCENTE À CÔNJUGE DO EXECUTADO. O § 1º do art. 884 da CLT é taxativo ao elencar as hipóteses de defesa do executado, quando da apresentação de embargos à execução, de maneira que, esta ação era incabível por não ser o meio correto para a defesa de bem imóvel pertencente à cônjuge do executado. TRT/SP 15ª Região 1.015/03 — Ac. 6ª T 9.389/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 11.4.03, pág. 36.

05 — BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL LOCADO. IMPENHORABILIDADE

Deve ser considerado como bem de família (Lei n. 8.009/90) o único imóvel residencial pertencente ao devedor, ainda que por ele locado a terceiro. TRT/SP 15ª Região 6.836/03 — Ac. 2ª T 12.501/03-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 16.5.03, pág. 17.

06 — EXECUÇÃO. ARTS. 620 E 612 DO CPC. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO CREDOR

O princípio da execução menos gravosa para o devedor não é absoluto, de-

vendo ser aplicado em consonância com o princípio geral e preponderante de que a execução deve ser realizada "no interesse do credor", nos termos do art. 612 do CPC. Dessa forma, o disposição contida no art. 620 do CPC é aplicável desde que o modo "menos gravoso" para o devedor seja igualmente benéfico ao credor e o mais eficiente para o recebimento da dívida, não sendo admissível o benefício daquele preceito em prejuízo do exeqüente, o qual se encontra em posição de supremacia, ao passo que o estado do executado é de sujeição, em face do comando sancionatório que se irradia do título exeqüendo. EXCESSO DE PENHORA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não se verificando uma diferença desproporcional entre o crédito do exeqüente e o valor dos bens penhorados, não há que se falar em excesso de penhora, máxime considerando-se que os lances ofertados em hasta pública dificilmente alcançam o valor de mercado, aliás, raramente atingem o importe superior a 50% do valor da avaliação. Ademais, não se pode olvidar que o valor do bens constritados deve ser suficiente não só à quitação do débito, mas também de seus acréscimos, ou seja, juros de mora e correção monetária até o efetivo pagamento do crédito devido ao exeqüente, além das despesas efluentes dos atos expropriatórios. Impende ressaltar-se, ainda, que a executada dispõe da prerrogativa de, a qualquer momento, substituir os bens que alega penhorados em excesso por dinheiro (CPC, art. 668), assim como da faculdade de arrecadar eventual sobra da execução, em conformidade com o disposto no art. 710 do mesmo Diploma legal. TRT/SP 15ª Região 11.792/03 — Ac. 3ª T 16.025/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 6.6.03, pág. 93.

07 — EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE

Atualmente, os grupos de empresas constituem um dos procedimentos concentradores mais apropriados para se obter maior produtividade e maiores lucros com menores custos, pois, através deles, submetem-se à unidade de poder diretivo empresas juridicamente independentes. Porém, a existência de uma unidade de gestão em relação a uma pluralidade de empresas formalmente autônomas tem servido como elemento ideal para fraudadores e desonestos, que vêm se utilizando da personalidade jurídica das empresas, isoladamente, para negarem a existência do grupo e, assim, eximirem-se de responsabilidades. *Ad cautelam* deve o empregado propor a ação contra a empregadora e a outra empresa do grupo que repute idônea a responder pela execução. Porém, havendo quebra na fase executória, não significa que somente a empresa contratante (sujeito aparente) deva responder pelos encargos da execução. Outras empresas do grupo devem ser trazidas à lide para dar suporte à execução, pois o art. 2º, § 2º, da CLT prevê solidariedade econômica e não processual. TRT/SP 15ª Região 6.367/03 — Ac. 2ª T 9.803/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 15.4.03, pág. 15.

08 — EXECUÇÃO. EXCESSO DE PENHORA NÃO CONFIGURADO

Recaindo a penhora sobre único bem capaz de satisfazer a obrigação, nada obstante a existência de outros, que se mostram, porém, de nenhum interesse mercantil, a supremacia do seu valor, proporcionalmente à importância devida, não justifica a decretação de insubsistência do ato constritivo, que visa assegurar não só a solvabilidade dos créditos trabalhistas, devidamente atualizados, mas também o pagamento de todos os encargos processuais. Na hipótese de ser o bem arrematado por valor superior ao da dívida, a sobra será revertida ao executado, a quem é dado requerer a qualquer momento a substituição da penhora pelo depósito da quantia correspondente (art. 15, I, Lei n. 6.830/80). TRT/SP 15ª Região 6.667/03 — Ac. 6ª T 15.893/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 6.6.03, pág. 106.

09 — EXECUÇÃO. EXTINÇÃO. RENÚNCIA TÁCITA DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE

A incidência da regra inserta no inciso III, do art. 794, do CPC, exige manifestação expressa do exeqüente, porquanto a renúncia constitui ato unilateral de vontade, de sorte que não se pode presumi-la diante do silêncio. Agravo de petição a que se dá provimento para cassar a decisão que extinguiu a execução. TRT/SP 15ª Região 21.389/02 — Ac. 3ª T 15.656/03-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 13.6.03, pág. 19.

10 — EXECUÇÃO. MASSA FALIDA

Decretada a falência antes de realizada à penhora, deverá o credor habilitar seu crédito perante o juízo universal da falência, em virtude da incompetência da Justiça do Trabalho para prosseguir na execução do julgado. TRT/SP 15ª Região 27.717/02 — Ac. 5ª T 7.526/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 4.4.03, pág. 102.

11 — EXECUÇÃO. PENHORA EM DINHEIRO. VALIDADE

Se o art. 655 do CPC obriga o devedor ofertar em primeiro lugar o dinheiro, é conclusão lógica que a penhora deste não se configura como sendo a forma "mais gravosa" a impedi-la. TRT/SP 15ª Região 11.075/03 — Ac. 2ª T 18.340/03-PATR. Rel. Ismênia Diniz da Costa. DOE 27.6.03, pág. 84.

12 — EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE

A prescrição, tanto na fase de conhecimento, quanto na fase de execução, não pode ser declarada de ofício pelo julgador, carecendo de provocação expressa da parte interessada — arts. 884, § 1º, da CLT; 194 do novo CCB e 219, § 5º, do CPC. TRT/SP 15ª Região 7.611/03 — Ac. 1ª T 10.718/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 25.4.03, pág. 4.

13 — EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PROVOCAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE

A prescrição intercorrente tem aplicação na Justiça do Trabalho, mas exige a provocação do devedor para que possa ser declarada pelo Juiz. TRT/SP 15ª Região 7.614/03 — Ac. 2ª T 12.439/03-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 16.5.03, pág. 15.

14 — EXECUÇÃO. PROVISÓRIA. MANDADO DE SEGURANÇA PARA SUSPENSÃO DA HASTA PÚBLICA. CONCESSÃO DA LIMINAR. POSTERIOR PERDA DO OBJETO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. ART. 267, VI, DO CPC

Em execução provisória, objetivando o Mandado de Segurança a suspensão da realização de hasta pública até o trânsito em julgado da decisão prolatada no processo de conhecimento, e tendo este ocorrido durante o curso da ação mandamental, houve a perda do objeto da mesma, impondo-se a conseqüente extinção do feito, sem julgamento de mérito, por ausência de interesse processual, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC. TRT/SP 15ª Região 1.142/02-MS — Ac. SDI1 317/03-PDI1. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 23.5.03, pág. 2.

15 — EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS POSSIBILIDADES PARA EXECUÇÃO DA DEVEDORA PRINCIPAL

A execução da empresa condenada subsidiariamente somente pode ter ini-

cio após esgotadas todas as possibilidades de prosseguimento contra a devedora principal. TRT/SP 15ª Região 13.002/03 — Ac. 3ª T 18.196/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 27.6.03, pág. 91.

16 — FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE BENS NO CURSO DE DEMANDA. NÃO COMPROVAÇÃO DA REDUÇÃO DO DEVEDOR À SITUAÇÃO DE INSOLVÊNCIA. NÃO RECONHECIMENTO

A alienação de bens pelo devedor no curso de demanda, seja de execução ou de conhecimento, somente caracteriza fraude à execução se comprovado que o ato foi capaz de reduzi-lo à situação de insolvência. Inteligência do art. 593, II, CPC. TRT/SP 15ª Região 4.862/03 — Ac. 2ª T 7.966/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 4.4.03, pág. 87.

17 — FRAUDE À EXECUÇÃO. MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZAÇÃO

Por si só, a mera ausência de registro da escritura de venda e compra de um imóvel negociado efetivamente antes do ajuizamento de uma ação não basta para presumir má-fé dos contratantes em relação a terceiros e, conseqüentemente, do ato ter sido realizado em fraude à execução. TRT/SP 15ª Região 11.205/03 — Ac. 3ª T 18.192/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 27.6.03, pág. 91.

18 — PRESCRIÇÃO. DA EXECUÇÃO TRABALHISTA E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A prescrição intercorrente somente pode ocorrer no curso da execução trabalhista, em havendo paralisação da mesma, por mais de dois anos, por culpa exclusiva do autor. Ainda que o entendimento jurisprudencial sedimentado no Enunciado n. 114 do C. TST seja no sentido de ser aquela inaplicável na Justiça do Trabalho, entendemos que a mesma foi expressamente contemplada pelo legislador no § 1º do art. 884 da CLT, ao dispor que a matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida (grifo nosso), eis que o dispositivo somente pode referir-se à prescrição intercorrente, haja vista que a ordinária apenas pode ser argüida na fase de conhecimento — inadmissível que é a modificação ou inovação da sentença exeqüenda, na fase de liquidação do julgado —, *ex vi* do § 1º do art. 879 da CLT. Tratando-se, porém, de reclamatória em que sequer foi dado início aos atos de liquidação de julgado, em face da inércia do reclamante em apresentar os cálculos pertinentes, por quase nove (09) anos, a hipótese é de prescrição da execução trabalhista, cujo termo inicial é o trânsito em julgado da sentença exeqüenda e que se finda após o lapso temporal de dois anos, de acordo com o disposto no art. 7º, XXIX, da CF. Inteligência da Súmula n. 150 do C. STF. TRT/SP 15ª Região 4.777/03 — Ac. 3ª T 9.264/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 11.4.03, pág. 23.

19 — PRISÃO CIVIL. EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. SÓCIO DA EMPRESA DEVEDORA QUE NÃO ASSUMIU O ENCARGO DE DEPOSITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE

Nos termos do art. 5º, inciso LXVII, CF 88, somente poderá sofrer a prisão processual aquele que figurar como depositário do juízo — com as obrigações de guarda e conservação da coisa penhorada — e se recusar, inescusavelmente, a exibir ou a entregar o bem constrito. De qualquer modo, a prisão civil pressupõe, na hipótese, o depósito do bem penhorado (art. 664, CPC), que somente se formaliza com a nomeação do respectivo depositário (art. 148, CPC) e a assinatura do respectivo termo, não

sendo suficiente a sua simples nomeação. É indispensável que o depositário nomeado aceite tal incumbência, expressamente, à vista das conseqüências legais do seu encargo (art. 666 do CPC). Aplicação da Orientação Jurisprudencial SDI-II n. 89, TST. TRT/SP 15ª Região 717/03-HC — Ac. SDI1 359/03-PDI1. Rel. Ismênia Diniz da Costa. DOE 30.5.03, pág. 2.

20 — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DESPESAS COM EDITAIS

Editais publicados inserem-se no gênero "Atos Processuais", Título V do CPC, objeto dos arts. 154 e seguintes deste Diploma, como se verifica do que articulado no art. 231 e seguintes, que se referem, especificamente, aos editais. O *caput* do art. 20 do CPC determina que o vencido deve arcar com as despesas processuais, sendo que o seu § 2º comanda que as despesas processuais abrangem as custas dos atos processuais. AVALIAÇÃO REALIZADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA. FÉ PÚBLICA. Não se pode, levianamente, para efeito de credibilidade, situar no mesmo patamar, um laudo encomendado, da lavra de empresa sem nenhum compromisso com a verdade, e o que é pior, versando a perícia sobre imóvel que não é o penhorado, situado nas proximidades, com a avaliação perpetrada pelo oficial de justiça avaliador, que goza de fé pública. TRT/SP 15ª Região 9.216/03 — Ac. 6ª T 15.933/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 6.6.03, pág. 107.

21 — SEPARAÇÃO JUDICIAL. FRAUDE CONTRA CREDORES

Da análise dos fatos, tais como: o cônjuge varão ficou com a parte podre dos bens do casal, enquanto que o outro é agraciado com os direitos sobre todos os bens valiosos do casal, inclusive aqueles que foram adquiridos pelo cônjuge varão a título de doação pelos seus genitores; a agravante e o sócio executado continuam a viver juntos sob mesmo teto, tendo apenas endereços diferentes para dar ares de legalidade e licitude à separação; renúncia à pensão alimentícia, etc. ..., concluímos que a separação judicial informada foi simulada com o fim de fraudar credores. TRT/SP 15ª Região 31.435/02 — Ac. 6ª T 9.408/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 11.4.03, pág. 37.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

EXECUÇÃO

Referência
Ementa

ADJUDICAÇÃO

— Lei n. 9.099/95. Aplicabilidade na execução trabalhista 01

AGRAVO DE PETIÇÃO

— Delimitação de valores. Conhecimento 02

— Em embargos à execução. Penhora de bem pertencente à cônjuge do executado 04

ARREMATAÇÃO

— Pelo credor-exeqüente, sem a concorrência de outros lançadores e por valor inferior ao de avaliação. Possibilidade 03

ASSISTENTE LITISCONSORCIAL

— Possibilidade 04

AVALIAÇÃO REALIZADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA

— Fé pública 20

BEM DE FAMÍLIA

— Imóvel locado. Impenhorabilidade 05

EXCESSO DE PENHORA

— Não configuração 06

EXECUÇÃO

— Arts. 620 e 612 do CPC. Prevalência do interesse do credor 06
— Desconsideração da personalidade jurídica. Possibilidade 07
— Excesso de penhora não configurado 08
— Extinção. Renúncia tácita do crédito. Impossibilidade 09
— Massa falida 10
— Penhora em dinheiro. Validade 11
— Prescrição intercorrente. Declaração de ofício. Impossibilidade 12
— Prescrição intercorrente. Provocação do devedor. Necessidade 13
— Provisória. Mandado de segurança para suspensão da hasta pública. Concessão da liminar. Posterior perda do objeto. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Ausência de interesse processual. Art. 267, VI, do CPC 14
— Responsabilidade subsidiária. Necessidade de esgotamento das possibilidades para execução da devedora principal 15

FRAUDE À EXECUÇÃO

— Alienação de bens no curso de demanda. Não comprovação da redução do devedor à situação de insolvência. Não reconhecimento 16
— Má-fé. Não caracterização 17

PRESCRIÇÃO

— Da execução trabalhista e prescrição intercorrente 18

PRISÃO CIVIL

— Em execução trabalhista. Sócio da empresa devedora que não assumiu o encargo de depositário. Impossibilidade 19

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

— Despesas com editais 20

SEPARAÇÃO JUDICIAL

— Fraude contra credores 21

MATÉRIA NOVA

01 — PENHORA. *ON LINE*. LEGALIDADE

A penhora em dinheiro obedece à gradação estabelecida no CPC (art. 655, I), de aplicação subsidiária no Processo do Trabalho, podendo atingir depósitos bancários, e o sistema *on line* apenas substitui demorados ofícios às agências bancárias, sendo que o gravame imposto ao devedor, nessa hipótese, é o mínimo possível. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. EXECUÇÃO. Comete ato atentatório à dignidade da Justiça a executada que tumultua o processo, com objetivos claros de procrastinar a execução que, no presente caso, se estende por quase vinte anos sem solução definitiva, relevando-se que as verbas trabalhistas têm cunho salarial. Condena-se a executada ao pagamento da multa de 20% do valor do débito, a ser revertida em favor do credor, na forma do art. 601 do CPC. TRT/SP 15ª Região 10.325/03 — Ac. 1ª T 15.292/03-PATR. Rel. Antonio Miguel Pereira. DOE 6.6.03, pág. 81.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

MATÉRIA NOVA

Referência
Ementa

ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

— Execução 01

PENHORA

— *On line.* Legalidade 01