REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO

24

Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho
da 15ª Região

- Doutrina Nacional
- Doutrina Internacional
- Legislação
- Jurisprudência

LTR®

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)

2004 — N. 24

TRT da 15.ª Região
ESCOLA DE MAGISTRATURA
BIBLIOTECA

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região — Direção e Coordenação da Escola da Magistratura — n. 24 — 2004.
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 da 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

(Cód. 2796.3)

©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

Junho, 2004

ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 — 14º andar — CEP 13015-927 —
Fone: (0xx19) 3031-4183 — 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 13015-927
Fone: (19) 3031-4183

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
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 Demieno
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 Buretto (Presidente)
Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho
Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita

8ª CÂMARA

Juíza Irene Araium Luz (Presidente)
Juiz Flavio Allegretti da 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 Aída Joaquim Gomieri

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS
Juíza Eliana Felippe Toledo (Presidente)
Juiz Luiz Carlos de Araújo (Substituto)
Juiz Henrique Damiano
Juiz Flávio Allegretti de Campos Cooper
Juiz Nildemar da Silva Ramos
Juiz Lorival Ferreira dos Santos
Juiz José Antônio Pancotti
Juiz Fernando da Silva Borges
Juíza Vera Teresa Martins Crespo
Juiz Paulo de Tarso Salomão
Juiz Flávio Nunes Campos
Juíza Elency Pereira Neves

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS
Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho (Presidente)
Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza
Juíza Maria da Conceição Silveira Ferreira da Rosa
Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
Juiz Samuel Corrêa Leite
Juiz I. Renato Buratto
Juiz Luiz Antonio Lazarim
Juiz Luiz Roberto Nunes
Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita
Juiz Gerson Lacerda Pistori
Juíza Mariane Khayat Fonseca do Nascimento
Juíza Ana Maria de Vasconcellos

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS
Juiz Antonio Miguel Pereira (Presidente)
Juiz Eurico Cruz Neto
Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória
Juiz Antônio Mazzuca
Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier
Juíza Irene Araium Luz
Juíza Fany Fajerstein
Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite
Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros
Juíza Olga Aída Joaquim Gomieri
Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
Juiz José Pitas

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: 17.05.2004

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	Jacarei
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
Rita de Cássia Pankal Bernardino de Souza	Tanabi
Carlos Augusto Escanfella	José Bonifácio
Édison Giurno	5ª Campinas
Luiz José Dezena da Silva	Indaiatuba
Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani	Campo Limpo Paulista
Wagner José Trindada	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
Maurizio Marchetti	Bragança Paulista
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	1ª Jundiaí
Nora Magnólia Costa Rotondaro	Tietê
Ana Paula Pellegrina Lockmann	8ª Campinas
Mari Angela Pelegrini	Rancharia

Nome	Vara
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 Gego de Faria Monegatto	Piedade
Silnei Garrido Lage	Olímpia
Hélio Grasselli	1ª São José do Rio Preto
Marcelo Garcia Nunes	4ª Ribeirão Preto
Marcos da Silva Porto	5ª Ribeirão Preto
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	Itapetininga
Adriene Sidnei de Moura David	2ª Piracicaba
Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto
Jorge Luiz Costa	1ª Franca
Margarete Aparecida Gulmaneli	2ª Catanduva
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 Alex	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	Sumaré
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
Oséas Pereira Lopes Junior	2ª Assis
Walney Quadros Costa	2ª Ribeirão Preto
Ronaldo Oliveira Siandela	Capão Bonito
Wilson Pocidônio da Silva	1ª Taubaté
Flávio Gaspar Salles Vianna	Matão
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 Presidante Prudente
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis
Maurício Takao Fuzita	3ª Araçatuba
Luís Farnando Lupato	Registro
Amauri Vieira Barbosa	Cajuru
André da Cruz e Souza Wenzel	Pindamonhangaba
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho
Sérgio Milito Barêa	1ª Araraquara
Roberto Nicácio	Dracena

Nome	Vara
José Roberto Dantas Oliva	1ª Presidente Prudente
Sérgio Cardoso e Silva	1ª Araçatuba
Marcelo Carlos Ferreira	1ª Sorocaba
Renâ Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho
José Roberto Thomazi	1ª Jaú
Hamilton Luiz Scarabelim	Itanhaém
Wagner Ramos de Ouadros	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	Guaratinguetá
Luciana Moro Loureiro	Porto Ferreira
Roberta Jacopetti Bonemer	São Joaquim da Barra
Robson Adilson de Moraes	1ª Jaboticabal
Dora Rossi Góes	Jales
José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva	Barretos
Flavio Landi	Teodoro Sampaio
Marina de Siqueira Ferreira Zerbinatti	Itapeva
Renato de Carvalho Guedes	1ª Marília

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Atualização: 17.05.2004

Nome	Circunscrição
Benjamin Flávio de Almeide 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
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
Gisele Pasotti Fernandas 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
Cristiana 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
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

Nome	Circunscrição
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	Ribairão 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
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	Campinas
Rosana Alves Siscari	Campinas
Rodrigo Penha Machado	Ribeirão Preto
Marcelo Bueno Pallone	Sorocaba
Marcelo Siqueira de Oliveira	Bauru
Candy Florêncio Thome	São José dos Campos
Lucineide Almeida de Lima	Bauru
Sandra Maria Zirondi Pirani	São José do Rio Preto
Sandra dos Santos Brasil	Sorocaba

Nome	Circunscrição
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto
Elen Zoraide Módolo Jucá	Araçatuba
Ana Maria da Silva Sandei	Sorocaba
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente
Regina Rodrigues Urbano	Sorocaba
Manoel Luiz Costa Penido	Sorocaba
Paulo Bueno Cordeiro de Almeida Prado Bauer	Ribeirão Preto
Maria Socorro de Souza Pereira	Ribeirão Preto
Olga Vishnevsky Fortes	Sorocaba
Felipe Augusto Magalhães Calvet	Sorocaba
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
Priscila de Freitas Cassiano Nunes	Ribeirão Preto
Ana Flávia de Moraes Garcia Cuesta	Ribeirão Preto

SUMÁRIO

I — APRESENTAÇÃO 15

II — DOUTRINA INTERNACIONAL

IL LAVORO MINORILE TRA DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO INTERNO
CARBONELLI, Matteo 17

III — ESTUDO MULTIDISCIPLINAR

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO MODERNO DIREITO DO TRABALHO
NASCIMENTO, Amauri Mascaro 33

A REFORMA PREVIDENCIÁRIA E A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS
LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de 44

CONSTITUCIONALIDADE, LEGITIMIDADE, COLISÃO DE PRINCÍPIOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
FERRAZ, Daniela Macia, FONSECA, Fernanda Cristina de Moraes 53

TENDÊNCIAS ATUAIS DO DIREITO DO TRABALHO: FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO
SCREMIN, Eduardo Eugenio 68

A APROPRIAÇÃO LIBERAL DO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS E UMA NOVA HERMENÊUTICA DE SUPERAÇÃO
OLSSON, Giovanni 80

O MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA E A INSERÇÃO, NO SEU BOJO, DOS DIREITOS À SEGURIDADE SOCIAL — MANUTENÇÃO DO ESTADO PROVIDÊNCIA COMO GARANTIA DE SEGURANÇA JURÍDICO-SOCIAL
BORGES, Guilherme Álvares 108

A ESCRAVIDÃO POR DÍVIDAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO
SANTOS, Ronaldo Lima dos 131

IV — DOUTRINA NACIONAL

A EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL
BARROS, Cássio Mesquita 150

JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA: *ESTADOS UNIDOS COMO PARTE*
MATTIOLI, Maria Cristina 176

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E RELAÇÃO DE TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988
TURA, Marco Antônio Ribeiro 182

TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO: O POTENCIAL TRANSFORMADOR DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS DAS REFORMAS DO CPC BRASILEIRO
PIMENTA, José Roberto Freire 199

ANÚNCIOS DE EMPREGOS: DISCRIMINAÇÃO E RESPONSABILIDADES
MAIOR, Jorge Luiz Souto 256

A REFORMA TRABALHISTA DE FHC: ANÁLISE DE SUA EFETIVIDADE
KREIN, José Dari 270

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PODER NORMATIVO: DILEMAS DA AUTONOMIA REGULAMENTAR
GUERRA, Glauco Martins 300

TERCEIRIZAÇÃO E SINDICATO: UM ENFOQUE PARA ALÉM DO DIREITO
VIANA, Márcio Túlio 326

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADOS NO § 5º, DO ART. 884, DA CLT, AÇÕES AUTÔNOMAS E INCIDENTES NA EXECUÇÃO
MENEZES, Cláudio Armando Couce de 358

DIREITO E ECONOMIA: MARX, ALTHUSSER E OS DESAFIOS DA SOCIEDADE CAPITALISTA NA ERA PÓS-INDUSTRIAL
FELICIANO, Guilherme Guimarães 371

DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS E NÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO
OLIVA, José Roberto Dantas 403

V — LEGISLAÇÃO (EMENTÁRIO) 425

VI — JURISPRUDÊNCIA

Tribunais Superiores 432

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 456

Direito Material 456

Direito Processual 496

Direito Rural 518

Execução 524

APRESENTAÇÃO

Com grande prazer apresento o n. 24 da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que tem como ponto central a discussão sobre os direitos fundamentais, e sua crescente importância para a ciência jurídica contemporânea, numa sociedade cada vez mais marcada pela "síndrome do espetáculo". A realidade dos fatos pouco importa, pois o que prevalece é o show, a versão do que "parece", o que vem provocando acentuada crise nos marcos normativos do sistema jurídico, possibilitando o surgimento de novas formas de escravidão, dos que tem menos poder para interferir na formatação da imagem, premeditadamente utilizada como um catalizador.

A doutrina internacional traz artigo da lavra de *Matteo Carbonelli*, docente da Universidade Degli Studi di Roma — La Sapienza, abordando com profundidade a problemática do trabalho infantil, sob a ótica do direito europeu e das normas internacionais.

Após 15 anos de promulgação de nossa constituição federal, o debate das questões trabalhistas constitucionais vem se intensificando sob o enfoque jurídico-político, inserindo o Brasil num debate doutrinário mundial, que já ocorre há mais de duas décadas em outros países de matriz romana-ocidental. Sob tal perspectiva, a seção de Estudo Multidisciplinar vem enriquecida por diversas contribuições. O Professor *Amauri Mascaro Nascimento* analisa a aplicação do princípio da igualdade no moderno direito do trabalho; *Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima* examina a reforma previdenciária em face da efetividade dos princípios e regras constitucionais; *Daniela Macia Ferraz* e *Fernanda Cristina de Moraes Fonseca* dissertam sobre a constitucionalidade, legitimidade, colisão de princípios e a dignidade da pessoa humana, enquanto *Eduardo Eugenio Scremin* descreve as tendências atuais do direito do trabalho, notadamente no que se refere à flexibilização e desregulamentação. *Giovanni Olsson* faz percuciente reflexão sobre a apropriação liberal do discurso dos direitos humanos e o surgimento de uma nova hermenêutica de superação, *Guilherme Álvares Borges* estuda os direitos à seguridade social e sua inserção no movimento constitucionalista, e *Ronaldo Lima dos Santos* oferece interessante abordagem sobre a escravidão por dívidas, nas relações de trabalho no Brasil de hoje.

No bloco de doutrina nacional, o Professor *Cássio Mesquita Barros* enfoca as alterações trazidas pelo novo Código Civil sobre o conceito de empresa, *Maria Cristina Mattioli* discorre a respeito de jurisdição e competência nos casos em que os Estados Unidos atuam como parte, *Marco Antônio Ribeiro Tura* opina sobre a imunidade de jurisdição e relação de trabalho na Constituição Brasileira de 1988, José *Roberto Freire Pimenta* aborda a questão das tutelas de urgência no processo do trabalho, enquanto *Jorge Luiz Souto Maior* examina a discriminação e responsabilidade nos anúncios de empregos.

José Dari Krein, economista da Unicamp, estuda a reforma trabalhista sobre a perspectiva da efetividade, e *Glauco Martins Guerra* avalia os dilemas da autonomia regulamentar, notadamente em face do princípio da legalidade e do poder normativo.

Márcio Túlio Viana nos brinda com peculiar exame da atuação sindical numa realidade de crescente terceirização, *Cláudio Armando Couce de Menezes* trata da relativização da coisa julgada e embargos à execução fundados no §5º do artigo 884 da CLT.

Guilherme Guimarães Feliciano aprecia as relações entre direito e economia em face dos desafios da sociedade capitalista na era pós-industrial, José Roberto Dantas Oliva a questão referente à competência para decidir sobre danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho.

Além deste caleidoscópio de artigos, abrangendo temas que se revestem de relevância, na abordagem das questões mais controversas de direito público e privado na atualidade, a Revista também traz um ementário da legislação mais recente, Jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região devidamente sistematizada em direito material, direito processual, direito rural e execução.

Com tal amplitude de análise, e profundidade de reflexão, possibilita a atualização do profissional do direito, num mundo em constante mutação.

Boa leitura !

Juíza *Tereza Aparecida Asta Gemignani*,
pelo Conselho Editorial

IL LAVORO MINORILE TRA DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO INTERNO

MATTEO CARBONELLI(*)

1. Il lavoro dei minori e lo sfruttamento di esso costituiscono, nella società contemporanea, un problema di vasta entità che va assumendo dimensioni sempre più allarmanti.

La povertà, l'abbandono forzato delle proprie case e i conflitti che continuamente si ripresentano nel mondo hanno aumentato il numero dei fanciulli bisognosi di protezione. I dati sono inquietanti: secondo stime contenute nell'ultimo rapporto globale elaborato dall'Ufficio Internazionale del Lavoro e intitolato *A future without child labour*, lavorano almeno 211 milioni di bambini tra i 5 e i 14 anni, dei quali 186 milioni in attività che rientrano nelle c.d. forme peggiori di lavoro minorile, e svolgono attività lavorative ancora altri 141 milioni di adolescenti tra i 15 e i 17 anni, dei quali 59 milioni nelle forme peggiori di lavoro minorile. Praticamente un minore su sei tra i 5 e i 17 anni è impiegato in una attività lavorativa, e più di due terzi dei minori costretti al lavoro (un bambino su otto ovvero 180 milioni circa di bambini nel mondo) sono esposti o obbligati a svolgere attività lavorative dannose o illecite. La maggior parte dei minori lavora nei settori di attività primaria (agricoltura, pesca, caccia, lavoro forestale); una più piccola parte nella produzione manifatturiera, nel commercio, nei lavori domestici, nei trasporti e nelle comunicazioni, nelle costruzioni o nell'industria mineraria. Molti di essi vengono ogni anno catturati nella trappola dello sfruttamento sessuale o del traffico di esseri umani; molti altri vengono coinvolti nei conflitti armati attualmente in corso in più di trenta Paesi. E' invece sconosciuto il numero di quanti, quotidianamente, sono esposti all'abbandono, all'indigenza ed allo sfruttamento all'interno delle proprie abitazioni, scuole o comunità.

---

* Docente da disciplina "Organização Internacional do Trabalho", na Università degli Studi di Roma — La Sapienza, de Roma. Docente da disciplina "Direito da União Européia", na Scuola Ufficiali dell'Arma dei Carabinieri. Giudice Onorario Aggregato junto ao Tribunale di Roma. Secretário Geral da Unione Forense per la Tutela dei Diritti dell'Uomo. Diretor Responsável da Revista I Diritti dell'Uomo. Advogado.

La regione in cui il fenomeno è più grave è l'Asia, seguita dall'Africa e quindi dall'America Latina. Ma esso non riguarda solo i Paesi in via di sviluppo perché nessuna regione e nessun Paese al mondo ne sono al riparo. Secondo stime attendibili risulta ad esempio che nel Regno Unito sono tra il 15 e il 26% i bambini al di sotto di 11 anni che svolgono un'attività lavorativa anche saltuaria e tra il 36 e il 66% quelli al di sotto di 15 anni. E la situazione può ritenersi non dissimile in tutti gli altri Paesi industrializzati. Come rileva l'Ufficio Internazionale del Lavoro, il fenomeno si riscontra soprattutto nel settore informale, dove i lavoratori non sono tutelati dal quadro legale e regolamentare, e proprio la sua preponderanza in un tale settore, che sfugge al controllo di molte istituzioni ufficiali, indipendentemente dal livello economico del Paese, costituisce uno dei principali ostacoli all'abolizione effettiva del lavoro minorile, e addirittura, in molti casi, alla sua rilevazione.

Le cause sono molteplici e affondano tanto nell'universo sociale che nella realtà economica. Spesso si ricollegano ad una combinazione di fattori, che vanno dal bisogno di un reddito per il minore o la sua famiglia, al più basso costo del lavoro dei minori che sono sottopagati rispetto agli adulti, al fatto che i bambini sono ritenuti più adatti a svolgere determinati lavori o che alcuni lavori, come l'accattonaggio, rendono molto di più quando sono fatti dai bambini; più in generale le cause si ricollegano alla maggiore facilità con cui si può abusare della docilità dei minori, della loro scarsa coscienza dei propri diritti e della loro incapacità di difendersi.

Non solo dunque la gravità e l'estensione del fenomeno, ma sua diffusione globale giustificano una comune preoccupazione a livello internazionale e rendono necessario un coordinamento degli sforzi di tutti gli Stati attraverso strumenti che impongano una serie di obblighi giuridici.

2. Nell'ordinamento internazionale il problema della tutela dei minori, in particolare in relazione al loro sfruttamento nel campo del lavoro, si è posto già all'inizio del secolo scorso, quando tale tutela ha cominciato ad andare al di là dell'ambito esclusivo dell'ordinamento interno di ciascuno stato, che normalmente si limitava a considerare la condizione del minore all'interno della famiglia e la disciplinava attraverso norme che sostanzialmente riconoscevano al padre una *potestas* pressoché assoluta sul figlio minorenne.

Nel 1919 infatti, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro — la più antica delle organizzazioni internazionali collegata all'epoca con la Società delle Nazioni e attualmente con l'ONU come istituto specializzato con competenza nel campo del lavoro e della giustizia sociale, organizzazione per la quale la protezione dei fanciulli costituisce uno dei mandati principali ad essa assegnati dal suo stesso Statuto — ha adottato nella prima sessione della sua Conferenza Generale del Lavoro la *Convenzione n° 5*, che per la prima volta fissava l'età minima di ammissione al lavoro nelle industrie. Questa età veniva stabilita a 14 anni, salve le deroghe previste nella stessa convenzione, e fu successivamente elevata a 15 anni nel 1937.

Tra il 1919 ed il 1972 la Conferenza Generale del Lavoro ha adottato e rivisto più di dieci convenzioni e quattro raccomandazioni relative all'età minima di ammissione all'impiego in diversi settori di attività. Inoltre, la tutela dell'OIL si è estesa alle condizioni di lavoro di bambini e adolescenti che non erano in precedenza oggetto di norme di diritto internazionale, attraverso l'adozione di numerosi strumenti disciplinanti, ad esempio, il lavoro minorile notturno e gli esami medici da assicurare ai fanciulli impiegati in un'attività lavorativa. Deve inoltre ricordarsi l'approvazione, nel 1930, della *Convenzione sul Lavoro Forzato* che, pur non menzionando i minori, stabiliva l'abolizione di tutte le forme di lavoro forzato o coatto dandone al contempo una soddisfacente definizione.

La stessa OIL ha successivamente adottato nel 1973 una nuova convenzione, la *Convenzione n° 138 sull'Età Minima di Ammissione al Lavoro*, la quale, accompagnata dalla relativa Raccomandazione n° 146, è uno dei documenti fondamentali dell'OIL in materia di lavoro dei minori: essa abroga i precedenti strumenti adottati dalla stessa Organizzazione e trova applicazione in ogni ambito lavorativo. Questa Convenzione impegna gli Stati ratificanti a perseguire politiche volte alla totale abolizione del lavoro minorile e stabilisce che l'età minima per l'accesso al lavoro dei più giovani debba coincidere con quella del loro pieno sviluppo fisico e intellettuale; per questo non può essere inferiore all'età in cui si terminano gli studi dell'obbligo scolastico e comunque non può essere inferiore a 15 anni. Solo i Paesi in via di sviluppo possono inizialmente e in via transitoria fissarla sotto questo limite, e in ogni caso non prima dei 14 anni, mentre in generale tale limite di età s'innalza a diciotto anni per ogni attività che possa compromettere, in qualsiasi modo, la salute, la sicurezza o la moralità della persona.

Più recentemente è stata adottata nel 1999 la Convenzione n° 182, dedicata — come dice la sua intitolazione — alla proibizione dello sfruttamento delle forme peggiori di lavoro minorile e sulla quale ci intratterremo più avanti con maggior dettaglio.

In questo lungo arco di tempo, parallelalmente all'aumentare della sensibilità sociale per la tutela dei minori, si sono susseguiti tutta una serie di altri strumenti internazionali anche al di fuori dell'OIL, che hanno man mano disciplinato vari aspetti dei fenomeni di cui parliamo.

E' da rilevare peraltro che anche ai minori si applicano quegli strumenti di carattere generale che riguardano indistantamente tutti gli individui, quali la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* del 1948, i Patti internazionali del dicembre 1966 (e cioè il *Patto sui Diritti Economici, Sociali e Culturali* e il *Patto sui Diritti Civili e Politici*) nonchè, a livello regionale, la *Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* adottata a Roma il 4.11.1950, la corrispondente *Convenzione Americana* firmata a San José de Costarica il 22.11.1969 e la *Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli* del 1986.

In particolare, solo per ricordare gli strumenti a portata globale, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10.12.1948, pur non avendo, come tutte le

dichiarazioni di principi, natura vincolante, costituiva cionondimeno un primo importante passo nella tutela dei minori riconoscendo espressamente l'esigenza di assicurare loro una protezione e cure particolari. I Patti del 1966, che in quanto veri e propri accordi internazionali hanno piena efficacia vincolante, traducono questo principio in alcune norme concrete. Se nel primo patto possiamo notare il divieto di tenere qualcuno in condizioni di schiavitù o servitù e di esigere lavori forzati o coatti, nel secondo dobbiamo rilevare, all'art. 10, insieme all'impegno a adottare speciali misure di protezione e di assistenza in favore di tutti i fanciulli, l'obbligo in particolare di proteggerli contro lo sfruttamento economico e sociale; ciò anche con la repressione del loro impiego in lavori pregiudizievoli per la loro moralità o per la loro salute, pericolosi per la loro vita o tali da nuocere al loro normale sviluppo, e con la fissazione, penalmente sanzionata, di limiti di età minima per il lavoro minorile.

Per venire agli strumenti internazionali direttamente rivolti alla tutela dei minori, è durante il periodo intercorrente tra la fine della prima guerra mondiale e l'inizio della seconda che si rileva la volontà di pervenire ad una normativa di carattere universale espressamente concernente una loro complessiva tutela. Con l'approvazione della *Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo* da parte dell'Assemblea Generale della Società delle Nazioni nel 1924, si afferma infatti, per la prima volta, il diritto del fanciullo ad una normale crescita psicofisica e spirituale e ad una protezione speciale che gli consenta di ricevere un'educazione e gli garantisca un futuro. Nonostante tale atto avesse, come è proprio di tutte le dichiarazioni internazionali, valore meramente esortativo, la sua approvazione ha segnato un altro importante passo in avanti sulla strada del riconoscimento dei diritti dell'infanzia.

A questa Dichiarazione ha fatto seguito l'altra *Dichiarazione internazionale sui diritti del fanciullo,* adottata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959. In essa si affermavano dieci principi con i quali venivano tra l'altro ribaditi i diritti del minore, nell'interesse suo e di tutta la società, a ricevere una speciale protezione e assistenza, a non subire discriminazioni, a beneficiare di un sano sviluppo psico-fisico e ad essere protetto contro ogni forma di sfruttamento, con il divieto di inserimento nell'attività produttiva prima di aver raggiunto un'età minima adatta, e in nessun caso in una occupazione o impiego nocivi per la sua salute o il suo sviluppo fisico, mentale o morale.

Sempre nell'ambito ONU è solo con la *Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989*, però, che si raggiunge una più completa protezione dell'infanzia. Questa convenzione, incentrata sui bisogni essenziali dei minori, è basata sulla convinzione che ad essi appartengano diritti civili e politici, sociali, culturali ed economici, esattamente come agli adulti e costituisce in questo senso un quadro di riferimento organico dei vari sforzi compiuti a difesa dei diritti dei fanciulli. In quanto accordo internazionale, essa crea — occorre ricordarlo — veri e propri obblighi giuridici per gli Stati contraenti, che sono oggi la quasi totalità degli Stati esistenti, dal momento che questa convenzione è stata universalmente ratificata con l'eccezione

di soli due Stati: la Somalia, poiché priva di un governo internazionalmente riconosciuto, e gli Stati Uniti, che non concordavano su alcune sue disposizioni.

In questa Convenzione vengono affrontati come un unicum indivisibile tutti gli aspetti che compongono il mondo dell'infanzia, considerandoli tra di loro strettamente interconnessi per un equilibrato sviluppo della persona del minore; si può quindi affermare che tutte le disposizioni che, in essa, riconoscono diritti quali quello alla salute, allo studio, ad un ambiente sano, al riposo e allo svago, esplicano la loro influenza anche rispetto al settore del lavoro minorile. Specifiche norme sanciscono peraltro, nell'art.32 in particolare, il diritto del fanciullo ad essere protetto contro lo sfruttamento economico e qualsiasi tipo di lavoro rischioso o che comprometta la sua educazione, la sua salute, o il suo sviluppo; con l'obbligo a carico degli Stati di prendere tutte le necessarie misure di natura legislativa, amministrativa, sociale ed educativa per garantirne l'attuazione, fissando in particolare l'età minima per l'ammissione al lavoro, stabilendo un'appropriata disciplina in materia di orario e di condizioni di lavoro e stabilendo altresì pene o altre sanzioni adeguate per garantire l'effettiva applicazione delle stesse disposizioni. E' inoltre da notare, come forma di controllo internazionale, l'impegno degli Stati a presentare rapporti periodici sulle misure da essi adottate e sui progressi compiuti nella realizzazione di questi diritti al Comitato sui diritti del fanciullo, istituito con la stessa convenzione, il quale potrà richiedere ulteriori informazioni agli Stati interessati e riferire all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

3. In ambito europeo, in particolare a partire dagli anni '90, si registra l'adozione di strumenti sempre più impegnati nella lotta allo sfruttamento del lavoro minorile.

Con la Risoluzione A30172/92 dell'8.7.1992 il Parlamento europeo ha adottato la *Carta europea dei diritti del fanciullo*, che mira a tutelare, in maniera complessiva, i diritti fondamentali dei minori e statuisce quindi, tra l'altro, una protezione contro qualunque tipo di sfruttamento economico. In particolare al punto 8.39, si afferma in essa che nessun fanciullo può essere costretto ad eseguire un lavoro che ne metta in pericolo la salute fisica o mentale, lo sviluppo, o che leda il suo diritto all'istruzione di base, e che nessun fanciullo deve iniziare a lavorare in modo permanente prima dei 16 anni di età, e in nessun caso prima di aver terminato il periodo di formazione scolastica obbligatoria. Ma la Carta va ancora oltre, prevedendo un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sulla base della legislazione nazionale che maggiormente protegge i minori in relazione ad alcuni aspetti, tra i quali l'età minima di ammissione al lavoro e le relative deroghe, il divieto generale di utilizzare fanciulli in lavori basati sull'uso di sostanze pericolose, in lavori sotterranei o notturni, o che comportino ore straordinarie, nonché il divieto di lavori suscettibili di mettere in pericolo la loro salute, la loro istruzione o il loro sviluppo fisico o morale. Ed aggiunge inoltre il diritto di ogni fanciullo di età superiore ai 16 anni che svolga un lavoro a una remunerazione decorosa e sufficiente e, qualora svolga un lavoro uguale a quello di un adulto, il diritto a un pari trattamento quanto a remunerazione, formazione professionale, previdenza sociale ecc.

Particolare attenzione è anche accordata nella Carta europea alla protezione dei fanciulli da qualsiasi forma di schiavitù, violenza o sfruttamento sessuale, prevedendosi in essa l'adozione di misure opportune per impedire che sul territorio comunitario un fanciullo possa essere sequestrato, venduto o sfruttato a fini di prostituzione o di produzione di materiale pornografico o che nella Comunità si prepari o si sostenga lo sfruttamento sessuale dei fanciulli al di fuori del territorio comunitario; una tutela speciale è altresì assicurata ai minori contro la droga, stabilendosi l'obbligo degli Stati membri di promuovere campagne di informazione sui rischi insiti nel consumo di droga, sulla prevenzione e sulla riabilitazione.

L'importanza di reprimere lo sfruttamento infantile e di tutelare la salute e l'integrità psico-fisica dei giovani è stata successivamente ribadita dalla *Direttiva n° 94/33* relativa alla protezione dei giovani sul lavoro, approvata dal Consiglio dell'Unione Europea il 22.6.1994.

Questa Direttiva impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per vietare il lavoro dei bambini prima dell'età in cui cessano gli obblighi scolastici imposti dalla legislazione nazionale, e comunque prima dei quindici anni, pur essendo previste eccezioni per il lavoro svolto nell'ambito della formazione alternativa o del tirocinio, nonché per le attività di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e per altri lavori leggeri.

Sono poi indicate le categorie di attività pericolose e faticose per le quali è invece fatto in ogni caso divieto di impiegare minori di diciotto anni, e sono altresì precisati gli obblighi del datore di lavoro sia in via generale che con specifico riferimento all'orario di lavoro, al lavoro notturno, alle pause ed ai periodi di riposo giornaliero, settimanale ed annuale.

Tra gli altri atti particolarmente significativi a livello europeo, nell'ambito di quella diversa organizzazione che è costituita dal Consiglio d'Europa, occorre infine citare la *Raccomandazione n° 1336 (1997)* da questo adottata il 26.6.1997 sulla lotta contro lo sfruttamento del lavoro minorile come priorità.

In tale Raccomandazione, dopo aver sottolineato la volontà di sostenere con forza gli obiettivi posti dalla Convenzione n° 138 (1973) dell'OIL per giungere progressivamente a fissare l'età minima di ammissione al lavoro ad un livello compatibile con il pieno sviluppo fisico e mentale dei giovani in vista di una abolizione del lavoro minorile, si afferma la necessità di porre fine immediatamente alle forme più intollerabili di lavoro minorile, alla schiavitù e alle pratiche simili alla schiavitù, al lavoro forzato o obbligatorio, inclusi la servitù e la servitù per debiti, all'uso dei bambini nella prostituzione, nella pornografia e nel traffico di droga, e al loro impiego in ogni tipo di lavoro che metta in pericolo la loro salute, sicurezza e moralità. E laddove siano identificate le categorie intollerabili di lavoro minorile, la Raccomandazione pone la necessità di piani di azione per la loro eliminazione attraverso un'integrata strategia di prevenzione, regolamentazione e riabilitazione. Essa infine rivolge agli Stati membri una serie di raccomandazioni al fine di combattere fermamente lo sfruttamento economico dei minori: in particolare chiede loro di adottare una chiara politica nazionale ed un programma di azione al riguardo, di intraprendere ricerche

sistematiche finalizzate all'intervento in tutti gli ambiti relativi al lavoro minorile, di rivedere la legislazione nazionale per meglio rafforzare la tutela dei minori; di migliorare l'efficacia dei servizi ispettivi scolastici e del lavoro; di coinvolgere in tali sforzi, attraverso la consultazione, tutte le parti interessate quali i sindacati, i datori di lavoro, le organizzazioni non governative, i genitori e gli stessi minori.

4. Ma il risultato attualmente più importante sul piano internazionale, e sul quale vale la pena di soffermarci con qualche maggiore dettaglio, è certamente la già accennata *Convenzione n° 182 sull'eliminazione delle peggiori forme del lavoro minorile* adottata dall'OIL nel giugno 1999 e entrata in vigore nel novembre 2000, essendo stata ratificata ad oggi con una velocità senza precedenti da 135 Stati.

Questa Convenzione, che istituisce precisi obblighi giuridici a a carico degli Stati ed è accompagnata dalla relativa Raccomandazione n. 190, impone l'adozione di strumenti di intervento nazionali per eliminare le forme estreme, ma tuttora in diffusione, di sfruttamento dei minori.

Essa definisce per la prima volta quali sono le forme peggiori o intollerabili del lavoro minorile che devono essere eliminate per tutti i fanciulli di età inferiore ai 18 anni, attraverso un elenco puntuale e dettagliato che include:

a) tutte le forme di schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù, quali la vendita o la tratta di minori, la servitù per debiti e l'asservimento, il lavoro forzato o obbligatorio, compreso il reclutamento forzato o obbligatorio di minori ai fini di un loro impiego nei conflitti armati;

b) l'impiego, l'ingaggio o l'offerta del minore a fini di prostituzione, di produzione di materiale pornografico o di spettacoli pornografici;

c) l'impiego, l'ingaggio o l'offerta del minore ai fini di attività illecite, quali, in particolare, quelle per la produzione e per il traffico di stupefacenti, così come sono definiti dai trattati internazionali pertinenti;

d) qualsiasi altro tipo di lavoro che, per sua natura o per le circostanze in cui viene svolto, rischi di compromettere la salute, la sicurezza o la moralità del minore.

5. Per renderci conto della portata di questa Convenzione basterà brevemente ricordare in relazione alle singole forme di lavoro minorile in essa proibite i diversi strumenti internazionali già in precedenza adottati.

A) Il fenomeno della *tratta* dei minori, in particolare, è da molti anni, in ambito internazionale, oggetto di vivo interesse e grande preoccupazione.

La stessa OIL aveva cominciato ad occuparsi di simili problemi già da molto tempo, adottando le *Convenzioni n° 29 del 1930* e *n° 105 del 1957* sul lavoro forzato, il cui obiettivo è di sradicare "ogni forma o servizio preteso da un individuo sotto la minaccia di una qualsiasi pena o per il quale tale individuo non si sia offerto spontaneamente".

Anche nella già citata *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989* si ritrovano disposizioni rilevanti, anche se senza una precisa definizione del fenomeno né una sua specifica disciplina, ma

piuttosto con un approccio suscettibile di fungere da guida pratica contro la diffusione del fenomeno stesso. Di particolare significato, a tal proposito, oltre all'art. 11 che impone agli Stati contraenti di adottare le misure appropriate per lottare contro i trasferimenti illeciti all'estero di fanciulli ed il loro mancato rientro (nei paesi d'origine), l'art. 35 a termini del quale gli Stati parti devono prendere ogni misura appropriata su piano nazionale, bilaterale e multilaterale per prevenire il rapimento, la vendita o il traffico di fanciulli a qualsiasi fine o sotto qualunque forma.

Riprendendo le indicazioni contenute nell'Agenda adottata a conclusione del Congresso mondiale contro lo sfruttamento sessuale commerciale dei minori, tenutosi a Stoccolma nel 1996, l'Assemblea generale dell'ONU ha adottato nel maggio 2000 il *Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sui diritti del fanciullo*, riguardante la *vendita dei bambini, la prostituzione e la pornografia infantili*, entrato in vigore nell'ottobre 2001. La rilevanza di tale documento è data dal fatto che, dopo aver qualificato la tratta come ogni atto o transazione in cui un bambino è trasferito da qualunque persona o gruppo di persone ad un altro in cambio di una remunerazione o per qualunque altro motivo, esso stabilisce l'obbligo per gli Stati contraenti di prevedere come reati nelle loro legislazioni penali le attività relative alla vendita dei fanciulli, al loro sfruttamento sessuale, al trapianto di organi di minori a fini di lucro ed il loro impiego in un lavoro forzato, siano questi reati commessi all'interno del territorio statale ovvero trasnazionalmente e siano essi commessi su base individuale o organizzata.

Nel dicembre del 2000 è stato poi adottato ancora dall'Assemblea generale il *Protocollo per la prevenzione, la soppressione e la punizione del commercio di esseri umani, in particolare donne e bambini*, che integra la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale. Questo Protocollo, che fornisce per la prima volta una definizione del commercio di persone come "il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, la raccolta di persone, con la minaccia di ricorso o il ricorso alla forza o ad altre forme di costrizione, attraverso il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o di una situazione di vulnerabilità, o tramite l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che abbia autorità su un'altra a fini di sfruttamento", aggiunge anche che, per ciò che riguarda i minori il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, la raccolta di un fanciullo a fini di sfruttamento sono considerati come "commercio di persone" anche ove non facciano ricorso ad alcuno dei mezzi sopra citati; e conformemente alla Convenzione n° 182 dell'OIL, specifica che lo "sfruttamento" comprende il lavoro forzato o obbligatorio, nonché tutte le forme di schiavitù o le pratiche analoghe alla schiavitù e la servitù. Il Protocollo pone quindi l'accento sulla necessità di adottare misure legislative efficaci, che prevedano l'incriminazione dei trafficanti e non delle vittime, la protezione di queste ultime da ulteriori tentativi di sfruttamento, la repressione delle organizzazioni coinvolte nella tratta e l'istituzione di procedure di favore per i fanciulli al fine di incoraggiarli a deporre e testimoniare contro i trafficanti.

In concreto importanti iniziative sono state prese anche a livello regionale tramite accordi che, come ad esempio il Patto di Stabilità per l'Europa Sud-orientale, mirano, attraverso una task force contro la tratta di esseri umani, ad un'opera di sensibilizzazione, formazione e scambio di programmi per l'attuazione delle misure legislative adottate e per la cooperazione con altri Paesi al fine della prevenzione delle attività vietate e della protezione delle vittime, l'assistenza al rimpatrio e la reintegrazione. Altre concrete iniziative sono derivate da altri accordi che hanno portato, come nel caso della Consulta sub-regionale istituita nell'Africa Centro-occidentale per lo sviluppo di strategie contro la tratta di bambini a scopo di sfruttamento in ambito lavorativo, all'adozione di una Piattaforma comune di azione da parte di diversi Paesi di quest'area.

B) Anche l'altro gravissimo fenomeno del coinvolgimento di minori nella *prostituzione* e nella *pornografia*, proibito come forma intollerabile di lavoro minorile dalla Convenzione n° 182 dell'OIL, è stato oggetto di particolare attenzione in diversi strumenti internazionali.

Così nella più volte citata Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del Fanciullo del 1989 si è espressamente affermata l'esigenza di rivolgere tutti gli sforzi alla prevenzione e agli interventi psicosociali diretti al recupero dei giovani vittime di violenza sessuale, e in diverse dichiarazioni internazionali si è fatta esplicita menzione della necessità di tutelare il minore da abusi sessuali anche attraverso iniziative concertate.

Possono segnalarsi al riguardo la *Risoluzione n° 1992/74* adottata nell'ambito delle Nazioni Unite, che ha delineato un Programma di Azione per la prevenzione della vendita di bambini, della prostituzione infantile e della pornografia coinvolgente i minori, e più in generale per la prevenzione dello sfruttamento del lavoro minorile, nonché la *Dichiarazione sulla protezione dei bambini dallo sfruttamento sessuale nel turismo* adottata nel 1996 dall'Associazione Internazionale del Trasporto Aereo (IATA).

Sulla base delle indicazioni contenute poi nella *Dichiarazione e* nel *Piano di Azione*, adottati all'unanimità nel già menzionato Congresso mondiale contro lo sfruttamento sessuale dei minori tenutosi a *Stoccolma* nel 1996, non soltanto si è realizzata una intensificazione degli sforzi di numerosi Stati per giungere ad una convergenza delle legislazioni nazionali nella definizione dei reati e delle pene concernenti i diversi aspetti di questo fenomeno ma si è avuto un forte impulso alla lotta contro di esso anche mediante l'elaborazione di ulteriori strumenti normativi.

Occorre ricordare a questo proposito il *Protocollo* opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 *riguardante la vendita, la prostituzione e la pornografia infantile*, già precedentemente citato in relazione alla tratta. Tale Protocollo, adottato nel maggio 2001 ed entrato in vigore nell'ottobre dello stesso anno, fornisce innanzi tutto una definizione, oltre che della vendita, della prostituzione e della pornografia infantili, configurando la prima come "l'impiego di un bambino in attività sessuali in cambio di una remunerazione o per qualunque altro motivo", e la seconda come "ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un bambino coinvolto in

attività sessuali esplicite reali o simulate o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un bambino per scopi principalmente sessuali". Richiamando le conclusioni della Conferenza internazionale per combattere la pornografia infantile su internet svoltasi a Vienna nel 1999, conclusioni che esortavano alla criminalizzazione in tutto il mondo della produzione, distribuzione, esportazione, trasmissione, importazione, possesso intenzionale e promozione della pornografia infantile, e sottolineavano l'importanza di una più stretta cooperazione e collaborazione tra i governi e l'industria di Internet, il Protocollo prevede quindi numerose misure per combattere la diffusione di questi aspetti dello sfruttamento sessuale minorile.

Esso impone ad ogni Stato parte, tra l'altro, di includere nella sua legislazione penale la previsione di specifici reati in questo campo, siano essi commessi all'interno del suo territorio o trasnazionalmente, su base individuale o organizzata; e impone altresì di adottare misure sanzionatorie di confisca o sequestro delle merci, degli strumenti e dei proventi relativi a tali attività criminose, con la chiusura dei locali utilizzati, nonché di dare esecuzione alle relative richieste da parte di altri Stati. Il Protocollo impegna inoltre gli Stati ad adottare durante tutte le fasi del processo penale le misure necessarie per proteggere i diritti e gli interessi dei bambini vittime delle pratiche proibite e successivamente ad adottare tutte le misure concretamente possibili per assicurare ogni adeguata assistenza alle stesse vittime dei reati in vista del loro completo reinserimento sociale e ristabilimento fisico e psicologico. Esso impegna ancora gli Stati a adottare o rafforzare, attuare e diffondere leggi, provvedimenti amministrativi, politiche sociali e programmi al fine di prevenire i reati di cui è parola, nonché a prendere ogni misura necessaria per rafforzare la cooperazione internazionale mediante accordi multilaterali, regionali o bilaterali per la prevenzione degli stessi reati, per le indagini, i processi, e le condanne dei responsabili.

Soltanto alcuni mesi dopo è da rilevare che il secondo Congresso mondiale contro lo sfruttamento sessuale dei minori, tenutosi il 20 dicembre 2001 a Yokohama, in Giappone, ad iniziativa dell'UNICEF, ha adottato una Dichiarazione finale (*Yokohama Global Commitment*), la quale, riaffermando con ancora maggiore forza gli impegni stabiliti nella dichiarazione di Stoccolma, ha ampliato l'ottica in cui viene visto il fenomeno, trattando oltre allo sfruttamento sessuale a fini commerciale, tutte le forme di sfruttamento sessuale in cui sono coinvolti i minori, e ha tra l'altro qualificato le attività della criminalità organizzata che utilizza bambini a fini di prostituzione e sfruttamento sessuale come un crimine contro l'umanità con esplicito riferimento allo Statuto della Corte Penale Internazionale, istituita a Roma il 17.7.1998 e recentemente entrata in funzione.

Molti risultati sono in effetti stati raggiunti accogliendo in questo senso le istanze della società civile che oggi si fanno portatrici di una sempre più forte volontà di tutelare i minori da ogni forma di abuso.

L'attività svolta dall'ECPAT (End Child Prostitution and Trafficking), organizzazione internazionale non governativa nata nel 1991, è significativa in questo campo. Tra le varie misure promosse da questa organizzazione

per prevenire e reprimere il traffico di minori e il turismo sessuale, di particolare importanza è stata l'introduzione del principio della giurisdizione extraterritoriale nelle legislazioni nazionali dei Paesi di provenienza del flusso turistico. In altre parole è ormai diventato possibile perseguire penalmente, anche nel rispettivo Paese di appartenenza, il cittadino che commetta all'estero reati di pedofilia o sfruttamento sessuale dei minori, reati che fino ad allora erano perseguibili solo nello Stato in cui venivano commessi. La base giuridica di una tale innovativa misura si fonda sulla gravità del crimine di sfruttamento sessuale, facilmente assimilabile alla riduzione in schiavitù; nell'ambito della protezione dei diritti umani, del resto, il principio della giurisdizione extraterritoriale è stato applicato anche rispetto ad altre fattispecie.

In diversi Paesi sono conseguentemente avvenuti cambiamenti rilevanti: nelle Filippine e in Thailandia, ad esempio, nella seconda metà degli anni '90 sono state modificate le leggi che rendevano perseguibili penalmente le prostitute ma non i loro clienti, sono state inasprite le pene per i pedofili e i trafficanti di bambini e sono stati avviati programmi per il recupero e il reinserimento sociale dei minori sottoposti a sfruttamento sessuale. Modifiche legislative che hanno introdotto il principio della perseguibilità extraterritoriale sono state apportate anche in altri Paesi tra cui Australia, Belgio, Francia, Germania, Italia, Norvegia, Nuova Zelanda, Stati Uniti, Svezia. Tutto ciò ha portato in diverse situazioni a adottare misure concrete per contrastare i fenomeni del turismo sessuale a sfondo pedofilo e della prostituzione e pornografia infantile, nonché alla possibilità di punire un crescente numero di responsabili di tali reati.

C) Per quanto riguarda il coinvolgimento di minori in *attività illecite* e in particolare nella produzione e nel traffico di stupefacenti come altra forma intollerabile di lavoro minorile, può rilevarsi che la Convenzione n° 182 dell'OIL opera un rinvio ai "trattati internazionali pertinenti", che sono, nella fattispecie, la Convenzione unica sugli stupefacenti, adottata a New York nel 1961 ed emendata con il Protocollo di Ginevra del 1972, la Convenzione sulle sostanze psicotrope adottata a Vienna nel 1971, e la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope approvata a Vienna nel 1988, la quale ribadisce e riassume le precedenti.

In particolare, quest'ultima convenzione, cui hanno aderito 106 Stati, prevede che a tutta una serie di fatti sia attribuito il carattere di reato e che essi siano sanzionati penalmente; prevede inoltre molteplici forme di collaborazione giudiziaria tra gli Stati, soprattutto in vista dell'estradizione, e delinea una strategia complessiva di contrasto alla droga, individuando, accanto agli strumenti più specificamente penalistici e processualistici (quali la limitazione dei benefici penitenziari, la previsione di operazioni internazionali nelle quali l'arresto venga ritardato rispetto alla commissione dei fatti), anche misure di lotta sia sul versante economico-finanziario (confisca dei proventi e superamento del segreto bancario per il finanziamento illecito, il riciclaggio e l'impiego dei profitti) sia sul versante economico-sociale (sostituzione delle colture di droga con altre colture non vietate).

D) L'ultima categoria di forme di lavoro minorile proibite dalla Convenzione n° 182 dell'OIL può apparire definita in maniera residuale rispetto alle precedenti; e secondo numerosi pareri, la Convenzione avrebbe dovuto far risaltare in maniera più precisa e specifica l'indicazione delle attività "particolarmente pericolose", da abolire immediatamente perché suscettibili di compromettere la salute, la sicurezza e la moralità dei fanciulli. Tuttavia, altri hanno osservato come la formula utilizzata traduca bene la decisione di vietare tale tipo di attività in quanto per la loro specifica individuazione deve farsi riferimento al paragrafo 3 della Raccomandazione n° 190 che accompagna la Convenzione.

E' infatti la stessa Convenzione che nel suo art. 4, par.1, opera questo rinvio affermando che i tipi di lavoro indicati nell'articolo 3 *d)* saranno determinati dalla legislazione nazionale o dall'autorità competente, previa consultazione delle organizzazioni interessate dei datori di lavoro e dei lavoratori e tenuto conto delle relative norme internazionali, in particolare dei paragrafi 3 e 4 della Raccomandazione sulle forme peggiori di lavoro minorile del 1999. E invero, il paragrafo 3 di questa Raccomndazione fornisce una lista di attività che possono essere considerati quali lavori pericolosi. Tale lista comprende:

a) i lavori che espongono i minori ad abusi fisici, psicologici o sessuali ;

b) i lavori svolti mediante l'uso di macchinari, attrezzature e utensili pericolosi o che implichino il maneggio o il trasporto di carichi pesanti ;

c) i lavori svolti in ambiente insalubre tale da esporre i minori, ad esempio, a sostanze, agenti o processi pericolosi o a temperature, rumori o vibrazioni pregiudizievoli per la salute;

d) i lavori svolti in condizioni particolarmente difficili, ad esempio con orari prolungati, notturni o che costringano il minore a rimanere ingiustificatamente presso i locali del datore di lavoro.

6. Abbiamo sinora sinteticamente enunciato quali sono stati, fino ad oggi, gli strumenti adottati nell'ordinamento giuridico internazionale contro lo sfruttamento del lavoro minorile. Può risultare certarmente utile a questo punto richiamare sommariamente come gli Stati si sono adeguati ai loro obblighi internazionali in materia introducendo nei rispettivi ordinamenti giuridici interni le necessarie misure; ciò poiché spetta ad essi tradurre in concreto a livello nazionale i principi stabiliti sul piano internazionale.

Un gran numero di Paesi ha in effetti stabilito politiche, programmi o piani d'azione specifici per combattere la diffusione dello sfruttamento minorile e l'orientamento di tali politiche differisce da Paese a Paese.

Tanto per citare alcuni casi, il Governo degli Stati Uniti, ad esempio, ha lanciato un Programma nazionale d'azione contro il lavoro minorile, volto in particolare a prevenire lo sfruttamento dei fanciulli mediante attività illecite, a ridurre il numero di giovani lavoratori vittime di incidenti sul lavoro,

a prevenire l'abbandono degli studi e ad avviare una campagna di informazione al riguardo.Tale Programma d'azione prevede progetti stabiliti a livello federale e partenariati con gli stati, con il monitoraggio del Ministero federale del Lavoro e di altre istituzioni competenti a livello statale e federale.

Nel Messico nel quadro di un Programma di attività a tutela dei minori è stato istituito un Consiglio con il compito in special modo di favorire lo sviluppo dei bambini e degli adolescenti.

Tra gli altri Paesi, il Programma nazionale lanciato nel Ghana ha focalizzato l'attenzione sui fanciulli che si prostituiscono, i ragazzi di strada, i bambini impiegati in attività domestiche, quelli che lavorano nei piccoli giacimenti minerari, accordando la priorità alle ragazze, ai fanciulli che lavorano nelle situazioni più pericolose ed ai minori di dodici anni.

Il "Programma per la gioventù" adottato dal Kazakistan mira a realizzare organici meccanismi giuridici ed economici per l'attuazione di una politica volta a preservare i diritti dei giovani nei rapporti di lavoro, favorendone l'istruzione e difendendone la salute.

In generale però, parallelamente al perseguimento di una politica riguardante specificamente il lavoro minorile, è inoltre auspicabile che ogni Governo integri tale questione nel quadro complessivo di un'azione volta alla riduzione della povertà, a favorire l'educazione e la formazione professionale, a promuovere il lavoro e la protezione sociale. Ciò è quanto si è cercato anche di fare, per esempio, in Colombia, in Kenya, nel Messico, nella Tanzania, in Giamaica ed in Thailandia.

Per quel che riguarda i provvedimenti legislativi adottati in Italia, occorre citare, tra gli strumenti più recenti, il *Decreto Legislativo n° 345 del 1999*, approvato in attuazione della direttiva comunitaria n° 94/33 precedentemente citata. In forza di questa disciplina si distingue, nell'ambito dei minori di diciotto anni, tra "bambini" (minori che non hanno compiuto i quindici anni o che sono ancora soggetti all'obbligo scolastico) e "adolescenti" (minori compresi tra i quindici ed i diciotto anni non più soggetti ad obbligo scolastico). Ciò posto, la legge fissa l'età minima di ammissione al lavoro con riferimento al momento in cui il minore conclude il periodo di istruzione obbligatoria e comunque non prima dei quindici anni. Il principio generale, dunque, si configura nel divieto di adibire i bambini al lavoro, ma sono previste alcune eccezioni per particolari prestazioni lavorative. Infatti, con il consenso dei titolari della potestà genitoriale e previa autorizzazione della Direzione provinciale del lavoro, anche i bambini possono essere impiegati in attività di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario, nonché in spettacoli, purché ciò non pregiudichi la loro sicurezza, integrità psico-fisica e sviluppo e non impedisca l'assolvimento degli obblighi scolastici o formativi. Per contro, la legge indica lavori cui è vietato adibire anche gli adolescenti, salvo che siano svolti per finalità formative specificamente autorizzate, e sotto la stretta sorveglianza di formatori competenti anche sul piano della sicurezza. Fermi restando tali limiti di ammissione, la tutela dei minori è concentrata sull'imposizione di limiti in materia di orario di lavoro, di riposi intermedi e settimanali, di ferie annuali, con la predisposizione di un apparato di sanzioni penali ed amministrative.

Tra le altre norme con le quali l'Italia ha dato attuazione agli obblighi assunti contro le peggiori forme di sfruttamento economico dei minori, dobbiamo poi citare la *Legge n° 269 del 1998* contenente *"Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno dei minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù"*. L'art. 1 di questa legge afferma testualmente che "in adesione ai principi della Convenzione sui diritti del fanciullo, ... e a quanto sancito dalla dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma, ... la tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a protezione del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, costituisce obiettivo primario perseguito dall'Italia". La normativa così introdotta, che ha inserito nel codice penale gli artt. da 600 *bis* a 600 *septies* e modificato gli artt. 601 e 604, punta quindi all'inasprimento delle pene nei confronti di chiunque coinvolga i minori nella prostituzione o produca, detenga o possieda materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento di fanciulli. Secondo la filosofia della legge, infatti, una tolleranza nei confronti di chi, pur senza danneggiare direttamente il soggetto in formazione, utilizza o fa circolare materiale in cui venga rappresentato uno sfruttamento sessuale di minore, sarebbe del tutto ingiustificata non solo perché l'uso di questo materiale può suscitare o sviluppare insani desideri di compiere personalmente ciò che si vede raffigurato, ma principalmente perché chi acquista o detiene o distribuisce materiale di questo tipo contribuisce ad incrementarne la domanda e influisce in tal modo sull'offerta di tale materiale di cui, in qualche modo, viene sollecitata una nuova e più abbondante produzione. E' inoltre da rilevare che la stessa normativa, in base al predetto principio di perseguibilità extraterritoriale, punisce le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile e rende possibile perseguire i reati di sfruttamento sessuale minorile anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero da cittadino straniero in concorso con cittadino italiano.

Di grande rilievo è anche il fatto che con questa normativa per la prima volta nella legislazione italiana è stato affrontato il tema della pornografia per via telematica, un fenomeno nuovo assai inquietante per la diffusione ed accessibilità generalizzate, poiché permette facili comunicazioni e scambi anche sul piano intercontinentale, consente ad associazioni di pedofili una visibilità altrimenti impossibile e facilita il coinvolgimento degli stessi minori senza che i genitori ne siano a conoscenza.

7. Al di là delle misure legislative adottate dai singoli stati, che hanno la responsabilità principale e diretta dell'attuazione delle norme internazionali attraverso l'adattamento dei loro ordinamenti interni e la fissazione di adeguate politiche nazionali, occorre tuttavia aver presente l'importanza a questi stessi fini della cooperazione internazionale fra Stati, con le agenzie specializzate, con le parti sociali, anche attraverso la partecipazione dell'opinione pubblica.

In questo quadro va ancora ricordata l'azione svolta dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, nel cui mandato rientra proprio, accanto all'adozione di norme internazionali del lavoro, l'attuazione di un'ampia

cooperazione tecnica con l'elaborazione di politiche e programmi nel campo del lavoro, e una delle cui caratteristiche essenziali, come è noto, è la composizione tripartita che associa i Governi e le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori. L'utilizzo di strutture fondate su un costruttivo dialogo sociale può certamente agevolare la realizzazione di politiche e piani più coerenti e efficaci.

A tal proposito il *Protocollo relativo ad una coltura e ad una trasformazione delle bacche di cacao e dei loro prodotti derivati compatibile con la Convenzione n° 182 dell'OIL*, adottato nel 2001, è un esempio del modo in cui i principali attori del mondo industriale possono unire le loro forze a quelle dei lavoratori e delle organizzazioni in difesa dei diritti fondamentali per tentare di porre fine alle peggiori forme di lavoro minorile e di lavoro forzato in un intero settore.

E' poi di conforto notare, nel quadro della mobilitazione sociale che è tra gli elementi fondamentali della lotta contro lo sfruttamento dei minori, le diverse iniziative che sono state intraprese in occasione di innumerevoli avvenimenti internazionali e regionali molto pubblicizzati. Tra queste il lancio durante la Coppa d'Africa delle Nazioni, nel gennaio 2002, della campagna dell'OIL "Cartellino rosso al lavoro minorile": sponsorizzata dalla Confederazione Africana del Football e dal Comitato Organizzativo della Coppa, la campagna, che si serviva come simbolo del cartellino mostrato dagli arbitri in caso di violazioni delle regole del gioco, era finalizzata a utilizzare la grande popolarità del calcio e la pubblicità assicurata al torneo in tutti i continenti per sensibilizzare l'opinione pubblica riguardo al problema del lavoro minorile ed per incoraggiarla ad unirsi nel movimento mondiale promosso per la sua abolizione.

Ma lo strumento che maggiormente si segnala tra le iniziative realizzate dall'OIL appare certamente l'IPEC (*International Programme for the Elimination of the Child Labour).* Si tratta del più impegnativo programma di cooperazione tecnica per l'eliminazione del lavoro infantile che, avviato nel 1992, ha registrato nel tempo uno sviluppo notevole così che nel dicembre 2001 era operativo in 75 Paesi, avendo 26 donatori, e con progetti previsti o in corso di realizzazione per un budget superiore ai 200 milioni di dollari.

La sua azione è essenzialmente mirata ad arrestare lo sfruttamento dei bambini rafforzando le capacità nazionali di affrontare il problema e promuovendo una legislazione protettiva; essa dà la massima priorità alla lotta contro le forme estreme di sfruttamento minorile, come il lavoro in condizioni e occupazioni pericolose, l'asservimento dei figli per ripagare i debiti, la prostituzione e il traffico di minori, con una speciale attenzione per i bambini di età inferiore ai dodici anni e per le bambine. Sostiene inoltre l'attuazione di misure volte alla prevenzione, al ritiro ed al riadattamento dei fanciulli impiegati in attività pericolose, affiancando a questo impegno la promozione del c.d. "lavoro decente" in quanto, per garantirne gli effetti e la durata, il ritiro dei fanciulli dai lavori vietati deve accompagnarsi a soluzioni alternative che offrano agli stessi ed alle loro famiglie un'educazione, un reddito ed un lavoro che preveda adeguate tutele.

8. Risulta in conclusione da tutto ciò una grande complessità dei problemi relativi al lavoro minorile, che si intrecciano spesso — con connotazioni diverse nei diversi casi — con quelli dello sviluppo dell'intero Paese e richiedono dunque per una loro soluzione di essere collocati tra gli obiettivi primari del quadro macroeconomico e sociale pertinente. Basti solo pensare a situazioni quali quelle in cui il lavoro di un bambino sfruttato costituisca l'unica fonte di reddito familiare ovvero lo sottragga comunque a uno stato di abbandono o di delinquenza, come è il caso dei c.d. "bambini di strada".

E' chiaro che si impongono in certe condizioni cambiamenti anche nel modello sociale: la riduzione della povertà e l'aumento del tasso di scolarizzazione sono, per fare un esempio, indispensabili per l'abolizione del lavoro minorile, ma gli sforzi compiuti in questo senso dovranno essere accompagnati, per svolgere la loro efficacia, dall'attuazione di sistemi di protezione sociale innovativi che possano ridurre la vulnerabilità dei gruppi emarginati, ivi compresi i fanciulli. La partecipazione attiva di tutte le parti sociali si rivela a questo fine di importanza cruciale, così come la partecipazione attiva di tutte le categorie interessate; ed è particolarmente importante che la loro voce e il loro punto di vista, come la voce e il punto di vista dei minori, dei loro genitori e delle comunità nelle quali essi vivono e lavorano, siano ascoltati e tenuti nella giusta considerazione tutte le volte in cui dei programmi di lotta contro lo sfruttamento dei minori debbano essere esaminati, pianificati o realizzati; ciò se si vuole che essi rispondano veramente ai bisogni reali e assicurino una reale tutela offrendo ai minori stessi la concreta possibilità di fruire dei diritti garantiti.

Evidentemente la proclamazione dei diritti, sul piano internazionale o sul piano interno, è fondamentale, ed indispensabile è un incessante sforzo per un continuo loro avanzamento. Ma perché i diritti possano vivere nel concreto è parimenti imprescindibile il concorso della volontà politica e della sensibilità sociale. Per la tutela dei minori, e per la protezione del lavoro minorile in particolare, fortunatamente rispetto al passato, si registrano certo molti passi in avanti. Per il molto che resta sempre da fare per sradicare pratiche abusive è necessario il continuo e solidale impegno di tutti, e a tutti i livelli, affinché possa assicurarsi ai minori il godimento di quei diritti che devono essere loro riconosciuti.

ESTUDO MULTIDISCIPLINAR

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO MODERNO DIREITO DO TRABALHO(*)

AMAURI MASCARO NASCIMENTO(**)

O estudo da igualdade no direito do trabalho, tema a que se dedicaram Alan Supiot, em *Principe d'egalite et limites du droit du travail, in Droit Social*, n. 4, abril, 1992, p. 338, Manuel Ramon Alarcon Caracuel, em *El principio de igualdad en el derecho de la Union Europea, in La igualdad de trato em el derecho comunitario laboral*, Ed. Aranzadi,1997, e Guilherme Machado Dray, em *O princípio da igualdade no direito do trabalho (1999)*, carece de um método de desenvolvimento do tema.

A igualdade não é um conceito acabado, muito menos exato, como quase tudo que se movimenta no mundo das idéias, sua discussão começou com os pensadores da Grécia e as três espécies de igualdade, a isonomia ou a igualdade perante a lei, a isotimia ou igual direito dos cidadãos de ocupar cargos públicos, e a isegoria ou igual direito de exprimir com a palavra o próprio pensamento, há 2.300 anos AC, em *A Política*, com Aristóteles e as reflexões sobre igualdade numérica ou absoluta (tudo igual para todos) — distribuição dos ônus e benefícios em partes idênticas a todos —, e igualdade proporcional cuja idéia que seguiria no curso do pensamento, foi sintetizado numa frase bastante conhecida e repetida até hoje: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Igualdade formal, de fins políticos, tinha como destinatário o aplicador da lei, fundante dos direitos fundamentais.

O liberalismo criou uma simetria que tem muito que ver com as reações contra o absolutismo monárquico : a igualdade política de todos perante a lei.

É a igualdade formal do contratualismo de *J.J.Rousseau*, do pensamento iluminista da filosofia do séc. XVIII, que tanta influência exerceu sobre os postulados da Revolução Francesa de 1789, do contrato social que

(*) Palestra proferida no V Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho realizado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, na cidade de Campinas-SP, em 26.6.2003.

(**) Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Professor de Direito do Trabalho e Ex-Juiz do Trabalho.

nunca foi escrito ou assinado por alguém, mas que se projetou como realidade institucional como convenção entre os homens que abrem mão da sua liberdade em troca dos direitos assegurados pelo Estado, de forma equivalente, como igualdade de todos perante a lei, protegendo a pessoa, como membro da sociedade, contra os abusos do Poder Político, origem primeira dos direitos fundamentais do cidadão.

Foi uma pergunta intrigante, nunca respondida de modo unânime, a de *Rousseau*, no *Discurso sobre as Origens e os Fundamentos da Desigualdade entre os homens*: o homem nasce igual ou a sociedade o torna desigual? E responde: há duas espécies de desigualdade, a natural, como a diferença de idades, de saúde, de força de espírito, e a moral ou política resultante das convenções entre os homens.

Dá prevalência à liberdade, ao considerá-la indispensável como força criativa capaz de impulsionar o desenvolvimento econômico da sociedade pela livre força da iniciativa de cada pessoa, e que também parte de uma concepção desigualitária.

Discussão sobre os destinatários desse comando, se a igualdade de todos perante a lei é um comando para o juiz, para o legislador ou para os destinatários da lei, e a primeira opção, hoje já superada, foi a da igualdade formal como vetor dirigido ao juiz, e não ao legislador, para que pudesse, através das suas decisões, estabelecer limites ao Poder Público nas relações com o cidadão, para a proteção deste, diante dos abusos do poder político ilimitado.

Foi um avanço, na elaboração do conceito, a igualdade formal compreendida não mais como um comando para o juiz, mas, também, para o legislador, base fundante do Estado de Direito, do constitucionalismo francês e das constituições liberais, e da legislação que se ocupou das liberdades públicas, pondo um freio na autoridade na defesa do cidadãos, mas, ainda, com uma perspectiva, o indivíduo perante o Estado, em sua condição de participante da comunidade política concebida como democracia, preservadas as suas liberdades individuais como a liberdade de locomoção, de opinião e de crença política.

A igualdade formal, de todos perante a lei, embora uma conquista das civilizações, encontrou no socialismo a sua mais veemente crítica.

Priorizou a igualdade e a idéia da necessidade de promover o desigual centralizada a questão na propriedade privada. É o igualitarismo marxista, o princípio *a cada um segundo a sua necessidade*, portanto, uma igualdade proporcional linear mas que também foi qualitativa, na medida em que, emboras pondo em segundo plano a questão da capacidade, partia do mesmo princípio da igualdade proporcional, da idéia da desigualdade para os desiguais, para o favorecimento dos economicamente fracos.

A República de *Weimar* mostrou que não basta a igualdade como questão entre o Estado e o cidadão, sem que se efetive como princípio de atribuição de oportunidades e capaz de oferecer condições de vida, optando por uma igualdade igualitarista e econômica, uma questão também de

distribuição de bens e de rendas planejada pelo Estado, uma concepção de igualdade material e não apenas formal, uma igualdade que tem como destinatário não apenas o aplicador da lei, como na teoria da liberdade formal, mas, também, o legislador, e uma proteção não apenas do cidadão perante o Estado, mas desassistido perante os segmentos sociais mais favorecidos.

Surge a Constituição de *Weimar*, de 1919, considerada por muitos doutrinadores, o advento do constitucionalismo social, precedida pela Constituição do México de 1917 que, por sua vez, foi, guardadas as proporções, antecedida pela constituição castilhista do Rio Grande do Sul, que estendeu aos operários os mesmos direitos dos funcionários públicos.

O pensamento jurídico e social definiu que ao Estado compete não apenas respeitar o cidadão, mas, também, garantir a todos uma existência digna e condições econômicas para que possa viver com dignidade. Daí por diante ficou claro o bidimensionalismo da igualdade, em seus dois aspectos, o formal e o material.

A insuficiência do princípio da igualdade formal foi posta em contraste com as exigências sociais econômicas do ser humano, bifurcando-se, daí por diante, dois valores.

Ambas as concepção não escaparam as críticas, a concepção da igualdade linear pela sua incapacidade de produzir bens e não apresentar soluções para o crescimento econômico,e a concepção igualitária liberal, pela sua incapacidade de distribuir bens apesar da sua eficiência em promover a produção, dando origem ao debate que se desenvolve até os nossos dias sem encontrar soluções.

Entre os juristas contemporâneos, *Kelsen*, em *O problema da Justiça*, afirma que todos o homens devem ser tratados por igual,o que não exprime a absurda ilação de que todos sejam iguais. Sustenta que quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais, os indivíduos devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais devem ser tratados desigualmente. *Kelsen* nega a possibilidade de a norma ser igualitária ou não por entender que a igualdade assim compreendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

O constitucionalista português Jorge Miranda, em *Manual de Direito Constitucional*, sublinha a "tensão insuprimível entre liberdade e igualdade e entre esta e o direito de diferença. Considera a igualdade absoluta impraticável e a igualdade relativa concretizável sob o aspecto positivo, a igualdade dos iguais, e o negativo, desigualdade dos desiguais. Não vê oposição entre igualdade material, econômico-social, e igualdade formal, padrão de regularidade no julgamento imparcial de todos na conformidade com a lei. Entende que os novos paradigmas de justiça só serão coerentemente aplicáveis se respeitada a igualdade formal: uma é condição da realização da outra.

Outros pensadores, como *Frabkfurt* (1997), *Derek Parfit* (1998) e *Joseph Raz* (1986), entendem que nossa sensibilidade moral está mais afinada com a situação dos excluídos — dos menos favorecidos em nossas sociedades, para quem nós pedimos prioridade por conta das suas necessidades urgentes não satisfeitas, e para aliviar o seu sofrimento — do que com igualdade. Pendem, portanto, para um prioritarismo e não igualitarismo conectando a igualdade, que julgam não possuir valor intrínseco, com outros valores independentes e antecedentes.

Já *Friedrick Hayck* prioriza a liberdade e não a igualdade, por entender que a igualdade suprime a liberdade e sem esta as pessoas não se desenvolvem e a sociedade não cresce.

Amartya Sen, em *Desigualdade reexaminada*, ensina que a idéia de igualdade nos põe diante da heterogeneidade básica dos seres humanos, sem a qual não é possível verificar desigualdades, e a multiplicidade de variáveis ou fatores de comparação.

A escolha da variável, entre as diversas que podem ser escolhidas, pré-ordena a discussão e altera a conclusão. A igualdade, na perspectiva de uma variável, pode não coincidir com a igualdade sob outra escolha de avaliação, assim como as avaliações da mesma variável podem ser diferentes segundo os valores de cada pessoa.

A igualdade é um exercício de comparação. Mede-se algum aspecto específico de uma pessoa com o mesmo aspecto de outra pessoa. Duas pessoas podem ser desiguais em um aspecto, mas iguais, se é que isso é possível, em outro. Assim, também, as sociedades, as normas éticas e o direito positivo. Vê-se, logo, que o estudo da igualdade é a verificação das desigualdades.

E existem variáveis de comparação. Vão desde as circunstâncias internas de uma pessoa, como a retidão moral, a saúde, os méritos pessoais, o amor ao próximo, até as circunstâncias externas como as rendas, a riqueza, o patrimônio e assim por diante.

Por exemplo, a igualdade de felicidade pode estar associada a graus diferentes de avaliações de cada pessoa. Pessoas com riquezas iguais podem coexistir com graus de felicidade bem diferentes.

Mas toda teoria ética dos ordenamentos sociais que seja plausível tende a exigir a igualdade em algum espaço (*Sen*).

Muitos dos seus dilemas não foram resolvidos, como os colocados, com o acerto costumeiro, por *Jean-Claude Javillier*, professor da Universidade de Paris, ao apontar polarizações entre estatuto ou contrato, rigidez ou flexibilidade, individualização ou coletivização da relação de trabalho, articulação ou prioridade do contrato individual com a convenção coletiva.

Nascido no âmago da questão social, como reação contra as condições de vida e de trabalho do proletariado, expandiu-se, com vigor indescritível, na Europa e em todo o mundo, ao lado ou como componente do Estado do Bem Estar Social, garantidor de um nível de proteção social necessário para a realização do princípio da igualdade material.

Trata desigualmente situações desiguais e igualmente situações iguais, com tendência maior para a realização da igualdade material e não da igualdade formal seguindo as tendências do momento político-econômico que assistimos, mais que isso, talvez imprimindo, nesse momento, apesar de alguns dilemas que nele persistem, a sua fisionomia de autêntico direito social adequado às aspirações da época e voltado para os objetivos centrais da sociedade contemporânea.

O princípio protetor não é do direito do trabalho mas do direito individual. A sua finalidade é estabelecer diretrizes que justifiquem um tratamento mais favorável ao empregado, e ao empregador restrições à sua autonomia substituída a liberdade contratual pelo dirigismo legislativo, diante do desnível de posições entre os sujeitos contratantes.

Acrescente-se a socialidade do contrato de trabalho, como de todo negócio jurídico, perspectiva para a qual agora se voltou, também, o Código Civil com o princípio da função social do contrato, da probidade e da boa-fé nos contratos.

É esse contexto que dá razão de ser à legislação brasileira flexibilista em alguns aspectos, mas destinada à aplicação do princípio da igualdade, em outros, o que traduz o próprio conflito entre liberdade e igualdade.

Função específica de direito protecionista e tutelar, apesar das variantes flexibilizadoras da época contemporânea, com as quais terá que conviver mas que não o afastam da função, a proteção dos trabalhadores.

Não que os demais ramos do direito não cumpram, também, uma função social que é a finalidade de todo o ordenamento jurídico enquanto complexo de normas destinadas a reger as relações jurídicas que se desenvolvem na convivência entre as pessoas na sociadade.

Mas, como já se disse, é o mais social dos ramos do direito. Como direito do trabalho, empenha, de um lado, a própria pessoa do prestador, já que o trabalho é intrínseco à própria pessoa, é uma extensão do próprio prestador, indissociável que é o trabalho daquele que o exerce, com o que as suas normas não podem ser interpretadas à luz dos mesmos postulados que regem a hermenêutica de uma relação comum de direitos e obrigações.

Fase pioneira desenhada pelo expoentes da sua teoria clássica, como Ludovico Barassi, na Itália, com *Il contrato di lavoro*, (1915), também no direito peninsular com Carnelluti e *Studi sulle energie como oggetto di rapporti giuridici* (1913), na França, com Planiol, *Traité élémentaire de droit civil (1907)*, Paul Pic com *Traité Élémentaire de législation industrielle, (1904)*, Paul Durand e Jaussaud, com *Traité de Droit du Travail (1947)*, na Espanha com Garcia Oviedo com *Tratado elemental de derecho social* (1934) no Brasil, com a obra precursora de Evaristo de Moraes, *Apontamentos de Direito Operário* (1905), mais recentemente no México com Mário de La Cueva (1966), em *Derecho del Trabajo*, seguiu rumos diferentes, sem perda da sua finalidade principal.

Hoje, na sociedade pós-industrial, como a denominam e Alain Touraine, *Le societé post-industrial* (1969), e *Domenico de Masi* em *A sociedade Pós-Industrial* (1999) com o deslocamento do processo de produção, da indústria para outros setores produtivos, com o capital não se identificando com uma mesma e só mas com grandes fundos de investimentos, com espaço para os detentores do conhecimento e da informação, com as transformações no conceito de classe e de luta e de classes, com a globalização da economia e a insuficiência do Estado parta fazer frente aos gastos com a proteção social, os modelos de direito do trabalho diferenciaram-se. Não são iguais

Não podem ser configurados com base nos critérios clássicos com os quais o Direito classifica os seus modelos, uma vez que seria inadequado, para o direito do trabalho, falar em modelo *romano-germânico*, embora a sua forte influência do direito do trabalho da América Latina que é um direito escrito e legislado, no modelo *anglo-saxônico* dos países da *common law*, casuístico, não codificado, do direito como a decisão do Juiz, com influência na *Inglaterra, Irlanda e Estados Unidos, ou em direito-religião* como o *muçulmano* para o qual uma ordem social para ser justa deve ser fundada na religião.

Na sua história, no passado os seus modelos foram outros: o *corporativistas,o socialistas* e *o liberalistas. No presente, dependem do* tipo de norma preponderante:a) o modelo legislado que é o latino-americano; b) o modelo negociado que é o norte-americano; e o modelo regionalizado que é o europeu, este estudado, com amplitude, por *Luisa Galantino*, em *Lineamenti di diritto comunitario del lavoro* (1997).

O sistema norte-americano privilegia o contrato e a negociação, o sul-americano privilegia a lei e o europeu é comunitário acima do direito nacional interno de cada país membro da União Européia.

A Constituição de 1934 (art. 121, § 1º, *a*) proibiu a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, as demais trouxeram alguns avanços.

As Constituições seguintes pouco acrescentaram.

A Constituição de 1988 é a de maior amplitude, O art. 7º, XXX e XXXI, veda a "diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil", ou, ainda, por ser o trabalhador portador de deficiência, mas, e principalmente, com os postulados da igualdade formal, dispondo que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (art. 5º, *caput*) — princípio que, para Francisco Campos, tem como destinatário o legislador — e que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (art. 5º, I, *a*). Proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil"(art. 5º, XXX), e "qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência" (art. 5º, XXXI).

Considera invioláveis (art. 5º) a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, a liberdade de consciência, de manifestação do pensamento, de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, de expressão da atividade intelectual, artística, científica, de comunicação, assegura a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e pune a prática do racismo tipificando-a como crime inafiançável e imprescritível.

Das Constituições, algumas são proclamam a igualdade no trabalho ou para a escolha de profissão

A proibição da discriminação é princípio nas Constituições do Brasil (1988), Peru (1993), Paraguai (1992) e a igualdade de oportunidades para os trabalhadores nas Constituições da Argentina (1994) e Bolívia (1994).

O direito de não ser discriminado é um dos principais direitos fundamentais do trabalhador na perspectiva da aplicação do princípio das igualdade nas relações de trabalho. Discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, estado civil, opinião política, origem social ou nacional que tenha por finalidade anular a igualdade de oportunidades, de tratamento e de resultados no emprego.

A *Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho* define discriminação como "toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão".

É correta a afirmação do autor português *Guilherme Machado Dray*, em O princípio da igualdade no direito do trabalho (1999) quando mostra que "a liberdade de escolha do trabalhador pelo empregador é algo que não pode ser negado e que resulta, como já se afirmou, do princípio constitucional da liberdade de criação e de gestão empresarial. O próprio caráter *intuitu persona* que caracteriza o contrato individual de trabalho, segundo o qual na celebração deste contrato a entidade empregadora leva em linha de conta a personalidade do trabalhador (a sua posição, competência, experiência, licenciatura etc.), reforça a existência e a necessidade de ser preservada a aludida liberdade de escolha do trabalhador."

Há outros importantes documentos em que o princípio é declarado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Tratado de Versalhes (1919), 111 da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção sobre eliminação da discriminação da mulher, das Nações Unidas (1979), a *Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1966)* que se reporta à *Declaração Universal dos Direitos Humanos* que proclama que todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos , à *Declaração das Nações Unidas* sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial. A Organização Internacional do Trabalho-OIT, em 1958, aprovou a *Convenção sobre Discriminação no Emprego e Profissão (Convenção n. 111)* e em 1981 a *Convenção n. 156* sobre *Igualdade de Oportunidades e Tratamento para os Trabalhadores de Ambos os Sexos e a* União Européia, a Diretiva n. 75/117 sobre eliminação de qualquer discriminação salarial em razão entre homens e mulheres.

Práticas discriminatórias são vedadas na admissão, no curso da relação de emprego e na dispensa como medida de defesa da dignidade do trabalhador, e de realização do princípio da igualdade.

Na fase pré-contratual de recrutamento com anúncios publicados na imprensa, a seleção de candidatos, há escolhas entre pretendentes aos empregos e critérios de seleção aplicados pelas empresas, com questionários e diversas indagações, de caráter profissional, mas, também, pessoal, que não devem ultrapassar a fronteira que os separa da indevida incursão vida pessoal do trabalhador, além do limite exigido para o que se pretende dele.

A lei proíbe o empregador de exigir, na admissão da mulher, teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou outro qualquer meio destinado a esclarecer se está grávida ou esterilizada e a publicação de anúncio de emprego com referência ao sexo, salvo quando necessário tendo em vista a natureza da função.

Algumas funções profissionais exigem aptidões especiais de ordem técnica ou mesmo moral, como a guarda de segredos de fabricação, de informações confidenciais e outras. A imagem adequada a um artista de novela para o papel em razão do qual está sendo contratado, não pode ser confundida como exigência discriminatória, porque é justificável. O mesmo ocorre na escolha, para emprego de professor de inglês em escola particular, de alguém que domine melhor a língua em detrimento de outro que não tem a mesma facilidade. Trata-se de mera verificação de aptidões e não de discriminação.

A mulher é protegida por um quadro específico de garantias destinadas a combater a desigualdade: a) o direito ao trabalho; b) o direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação de iguais critérios de seleção para admissão em emprego; c) o direito de escolher livremente a profissão e o emprego; d) o direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento no trabalho de igual valor; e) o direito à seguridade social; f) o direito à proteção da saúde e segurança no trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução; g) a proibição da dispensa por motivo de gravidez ou licença-maternidade, e a discriminação nas dispensas motivadas pelo estado civil; h) o direito à licença-maternidade; i) a proteção especial durante a gravidez, nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a esse estado.

No Brasil, a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995 considera ato discriminatório do trabalho da mulher a exigência, pelo empregador, de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou outro qualquer meio destinado a esclarecer se está grávida ou esterilizada. O ato é punido com detenção de 1 a 2 anos, multa administrativa de 10 a 50 vezes o maior salário pago pelo empregador e a proibição de financiamentos em instituições oficiais. Havendo dispensa discriminatória originária dos mesmos motivos, a lei prevê reintegração no emprego com os salários do período de afastamento em dobro. Seguiu-se a Lei n. 9.799, de 1999, que estabeleceu regras para o acesso da mulher ao mercado de trabalho, tipificou como dis-

criminatórios diversos atos, como a publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, salvo quando necessário, tendo em vista a natureza da função, ampliando as medidas de proteção à maternidade e de combate à discriminação da mulher.

Os portadores de deficiência também.

A *Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência* (1975), da Organização das Nações Unidas-ONU, art. 3º, dispõe que essas pessoas " têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana " e o art. 8º dispõe que " as pessoas portadoras de deficiência têm o direito de ter as suas necessidades especiais levadas em consideração em todos os estágios de planejamento econômico e social".

O *Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência Física* (1982) também da ONU, art. 12, declara que "a igualdade de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade — o meio físico, cultura, a habitação, o transporte, os serviços sociais e de saúde, as oportunidades de educação e de trabalho, a vida cultura e social, inclusive as instalações esportivas e de lazer — torna-se acessível a todos."

A OIT — Organização Internacional do Trabalho aprovou a *Convenção n. 159, de 1983, sobre Emprego e Reabilitação dos Portadores de Deficiência,* ratificada pelo Brasil, e as Recomendações nºs. 99 e 168, sobre o mesmo tema, naquela definindo deficiência para o trabalho como aquela "cuja possibilidade de conseguir, permanecer e progredir no emprego é substancialmente limitada em decorrência de uma reconhecida desvantagem física ou mental".

A lei brasileira protege o trabalhador portador de deficiência contra discriminação: a) no tocante a salário e critérios de admissão (CF, art. 7º, XXXI); b) fixando cotas a serem preenchidas por reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 8.213, de 1991, art. 93), nas empresas com 100 ou mais empregados, de 2% a 5% dos seus cargos; c) reservando a ocupação da vaga de reabilitado ou deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, na dispensa imotivada de deficiente para que o cargo vago venha a ser destinado por substituto de condição semelhante (Portaria n. 4.677, de 1998, do Ministério do Trabalho e Emprego e Resolução n. 630 do INSS); d) apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social e órgãos do Poder Público incumbidos de desenvolver programas na área dessas ações, inclusive ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, promovidas pelo Ministério Público do Trabalho.

Nas relações de trabalho ganha dimensão a defesa da dignidade do trabalhador.

Proteção que não pode ser deixada unicamente à autonomia individual nos contratos de trabalho. É questão que reentra no âmbito da ordem pública social.

Código Civil (Lei n.10.406, de 2.002) arts. 11 a 21: indisponíveis e irrenunciáveis (art. 11), prevê a possibilidade de pleitear perdas e danos (art. 12) sem prejuízo de outras sanções e declara que a vida privada da pessoa natural é inviolável.

Autoriza o juiz, a requerimento do interessado, a adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art. 21).

Exercitam-se não só frente ao empregador mas entre os empregados. Há responsabilidade objetiva do empregador pelos atos funcionais dos seus prepostos. O que se discute é no caso concreto a ofensa à personalidade decorreu de ato funcional ou de ato desvinculado da função, naquele caso obrigando a empresa, neste não a obrigando a reparar.

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, *caput*, V, que prevê indenização por dano material, moral ou à imagem e X segundo o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Código Civil (Lei n. 10.406, de 2.002, art. 186) segundo o qual "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Coincidem a realidade legal e a realidade social?

O IBGE, em *Síntese de Indicadores Sociais 2002* — divulgados em 12.06.2003, revelou os seguintes, dentre outros dados : 1) as mulheres ganham menos que os homens em todos os Estados brasileiros e em todos os níveis de escolaridade. Mais de 70% da população feminina ocupada concentra-se em atividades do setor de serviços (prestação de serviços, prática do comércio, da administração pública e outros serviços). A distribuição dos homens é mais homogênea, destacando-se a atividade agrícola, que reúne quase ¼ da população masculina ocupada do país. Entre as mulheres de 60 anos ou mais, 1,6 milhão (40,9%) ainda trabalham; 2) a Região Sul oferece maior esperança de vida, homens vivem em média 67,5 anos e mulheres, 75,3 anos. Na Região Nordeste homens vivem em média até os 63 anos e mulheres até os 69,2 anos. No Sudeste os homens vivem 65,3 anos e as mulheres 74,6 anos. Mulher no Nordeste vive mais que homem no Sul; 3) negros e pardos recebem metade do rendimento de brancos em todos os estados (sobretudo nas regiões metropolitanas de Salvador, Rio de Janeiro, São Paulo e Curitiba) e nem o aumento do nível educacional tem sido suficiente para superar a desigualdade de rendimentos; 4) o 1% mais rico da população acumula o mesmo volume de rendimentos dos 50% mais pobres e os 10% mais ricos ganham 18 vezes mais que os 40% mais pobres. Metade dos trabalhadores brasileiros ganha até dois salários mínimos e mais da metade da população ocupada não contribui para a Previdência. 5) a região Nordeste apresentou a menor taxa de contribuição previdenciária. Lá, 27,7% dos ocupados contribuem para a previdência, contra 56,7% na região Sudeste. Em 37% dos domicílios nordesti-

nos, contra 12% no Sudeste e no Sul, a renda *per capita* é de até meio salário-mínimo. Mais da metade da população ocupada não tem seguridade social. A taxa de contribuição previdenciária da população ocupada é de 45,7%; 6) a redução do trabalho infantil caiu de 19,6% das pessoas de 5 a 17 anos de idade para 12,7% em 2001. 75% desses jovens trabalhadores são responsáveis por até 30% do orçamento de suas famílias; 7) na faixa de 7 a 14 anos, o acesso à escola está praticamente universalizado (96,5%), incluindo as áreas rurais, onde 94,7% das crianças freqüentam alguma instituição de ensino. Na década de 90, as crianças de 7 a 14 anos que estavam fora da escola pertenciam às famílias de menor rendimento. De 1992 para 2001, a taxa de escolarização das crianças que faziam parte dos 20% mais pobres aumentou de 74,5% para 93,7%. A taxa de escolarização dos jovens de 15 a 17 anos passou de 59,7% em 1992 para 81,1% em 2001. A população economicamente ativa tem, em média, 6,7 anos de estudo.

Existem listas negras de trabalhadores. O Ministério do Trabalho e Emprego a expediu a Portaria n.367, de 18.09.2002. Toda denúncia sobre lista trabalhadores deve ser encaminhada à Fiscalização e o TST em 30.08.2.002 recomendou aos TRTs que excluam de suas páginas de Internet consulta de andamento de processo por meio de nome de trabalhador com o objetivo de dificultar a organização de listas negras.

CONCLUSÕES

1) Mudar as desigualdades econômicas, culturais, de saúde, de oportunidades de trabalho da nossa população, e diminuir os espaços entre o legal e o real, é uma tarefa para a qual não basta o direito do trabalho. Supera os seus limites. Exige políticas públicas.

2) Uma política econômica que promova a correção dos desníveis.

3) Uma política educacional voltada para a ampliação das oportunidade de estudo

4) Uma política de saúde para quem dela necessita.

5) Uma política previdenciária não apenas arrecadatória para sanear as contas públicas mas que estabeleça um verdadeiro sistema de seguridade social sem s erros das Administrações passadas, os desvios do dinheiro da previdência pública para outros fins, de substituição do critério de custeio, da repartição pela capitalização.

6) Uma política de empregos capaz de realmente aumentar as possibilidades de ingresso no processo produtivo e manter o trabalho de quem o tem.

7) Igualdade não é a única responsabilidade social com a qual temos que nos preocupar. Existem também as exigências de eficiência igualmente importantes para o progresso social, que dependem das características de cada pessoa e fazem de nós o que nós somos.

8) O igualitarismo absoluto jamais foi alcançado mas a desigualdade material deve ser combatida para a promoção de melhor distribuição de riquezas segundo as necessidades e a capacidade de cada pessoa.

A REFORMA PREVIDENCIÁRIA E A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA(*)

1. INTRODUÇÃO

Em tempos em que se encontra tão em voga o estudo da efetividade dos direitos, quer no plano material, quer no processual, voltamo-nos para a Constituição da República e as regras de hermenêutica jurídica constitucional e indagamos: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 40/2003 — referente à reforma da Previdência Social — é constitucional? Uma vez aprovada, estar-se-á dando efetividade às normas constitucionais vigentes? A proposta respeita os limites impostos ao Poder Constituinte derivado, mormente, a cláusula pétrea consubstanciada no art. 60, § 4º, IV da Constituição da República? Estes são os temas a serem abordados neste breve artigo.

2. DOS REGIMES JURÍDICOS DE CONTRATAÇÃO DOS TRABALHADORES

O ordenamento jurídico brasileiro elege dentre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV da CF) e estabelece, a nível constitucional, direitos aos "trabalhadores urbanos e rurais" (art. 7º da CF), bem como aos agentes públicos, quer sejam ocupantes de cargo, emprego ou função pública (art. 37 e ss. da CF).

Assim, a própria Constituição Federal reconhece a existência de regimes jurídicos diversificados, tendo a Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.98 excluído a exigência de regime jurídico único, contida no *caput* do artigo 39, ficando cada esfera de governo com liberdade para escolher o regime jurídico sob o qual contratará seu servidor (contratual ou estatutá-

---

(*) Juíza do Trabalho Substituta da 15ª Região.

rio), excetuando-se as carreiras típicas de Estado, em que a própria Constituição Federal impõe o regime estatutário, ainda que implicitamente — eis que obrigatoriamente remunerados por "subsídios" —, como é o caso das carreiras da Magistratura (art. 39, § 4º), Ministério Público (art. 128, § 5º, I, *c*), Tribunal de Contas (art. 73, § 3º), Polícia (art. 144, § 9º), Advocacia Pública e Defensoria Pública (art. 135).[1]

A Constituição Federal diferencia os direitos atribuídos aos servidores privados daqueles atribuídos aos servidores públicos, impondo, ainda, restrições a estes:

1. Trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º):

a) proteção assegurada contra despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I , atualmente consubstanciada na multa de 40% sobre o FGTS);

b) fundo de garantia do tempo de serviço (inciso III);

c) irredutibilidade salarial (inciso VI);

d) participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa (inciso XI);

2. Servidores públicos:

a) direito ao acesso através de concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, inciso II);

b) fixação ou alteração de vencimentos por lei específica (art. 37, inciso X);

c) teto de vencimentos, os quais não podem exceder aos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 37, inciso XI);

d) irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV);

e) integralidade na aposentadoria (art. 40, § 3º);

f) paridade, ou seja, revisão dos proventos de aposentadoria e das pensões na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade (art. 40, § 8º);

g) estabilidade após 3 (três) anos de efetivo exercício para os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público (art. 41, *caput*);

h) proibição de acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos, ressalvadas certas hipóteses expressamente arroladas, desde que haja compatibilidade de horários e respeitado o teto de remuneração (art. 37, XVI e XVII);

i) irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, par. único, IV).

Numa simples análise dos direitos atribuídos aos servidores privados e aos públicos, constatamos que a paridade e a integralidade conferidas ao servidor estatutário estão contrabalanceadas com o FGTS destinado ao

---

(1) *Maria Sylvia Zanella di Pietro*, "Direito Administrativo", p. 441.

trabalhador celetista, cujo ônus é arcado pelo empregador, que equivale, praticamente, a um salário nominal por ano de serviço, atingindo uma quantia considerável ao final dos 30/35 anos de serviço exigidos para aposentadoria, a cuja verba o estatutário não tem direito. Poderíamos dizer, por outro lado, que a não previsão da mesma estabilidade ao trabalhador celetista é compensada com a indenização pela dispensa imotivada, equivalente, atualmente a 40% sobre o FGTS (art. 18, § 1º da Lei n. 6.039/90).

Ressalta-se, ainda, que no regime geral de previdência social, a contribuição do empregado está limitada ao teto imposto pelo Governo, não importa o número de empregos do trabalhador ou o total de seu salário, ao passo que o trabalhador estatutário recolhe a alíquota que lhe é fixada por lei (11% para o servidor federal — art. 1º da Lei n. 9.783, de 28.1.99) sobre o total de seus vencimentos.

Portanto, se realmente o "rombo" atribuído ao sistema da previdência tivesse como causa a integralidade e paridade atribuída ao servidor estatutário, bastaria que o Governo passasse a admitir seus servidores sob o regime jurídico da CLT, enquadrando-os nas regras do regime geral de previdência social (art. 201 da CF), com exceção das carreiras típicas de Estado. Entretanto, o Governo não o faz porque, neste regime, teria que arcar com os recolhimentos do fundo de garantia do tempo de serviço, além dos encargos previdenciários impostos ao empregador, ônus pelos quais o Governo não quer se responsabilizar.

Feita a distinção entre os regimes celetista e estatutário, passamos a analisar a proposta de Emenda Constitucional (PEC) 40/2003, em trâmite no Congresso Nacional à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade (art. 1º *caput*, art. 5º, XXV e LIV da CF) e da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV da CF).

1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1. Do princípio da igualdade

Utilizando-se do discurso simplista, com o pretexto de criar um regime único de previdência social para os servidores públicos e privados, invocando, equivocadamente, o princípio da igualdade e da moralidade, a Administração atual quer tirar dos servidores públicos um dos poucos atrativos da carreira, a saber, a aposentadoria com proventos integrais — reajustável da mesma forma que os vencimentos dos servidores da ativa.

A PEC 40/2003 tira benefícios sociais dos servidores públicos com a pretensão de igualá-los aos do setor privado, deixando, entretanto de estender aos servidores públicos as garantias do setor privado, mormente o FGTS, cujo levantamento o trabalhador celetista tem direito ao se aposentar (equivalente a um salário nominal por ano de serviço, o que somaria 35 salários nominais no caso da aposentadoria integral de um homem com tal tempo de contribuição).

O princípio de que "todos são iguais perante a lei" pressupõe que as grandezas a serem "igualadas" se encontrem na mesma dimensão. Assim, inconcebível dar o mesmo tratamento a "desiguais", por questões jurídicas e até mesmo éticas. Somente haverá legalidade e moralidade na equiparação de "desiguais" quando se der condições fáticas para tanto, e de maneira geral, não bastando o tratamento igualitário em apenas um ou outro aspecto.

A proposta de reforma em curso visa a adoção de um único regime de previdência social para todos os trabalhadores, quer sejam celetistas ou estatutários, inclusive os exercentes de cargos da carreira típica do Estado, excetuando, unicamente, os militares. Entretanto, além de não uniformizar o regime de previdência social entre servidores públicos e privados, pois impõe um ônus maior aos primeiros com a instituição de contribuições aos servidores públicos inativos, a PEC 40/2003 somente tira direitos sociais dos servidores públicos, não lhes conferindo nada em troca.

Ademais, a respeito dos inativos, conforme ressalta *Wagner Balera*[2], o aposentado e o pensionista não estão mais na condição de contribuintes, mas sim na de beneficiários da previdência, sendo incompatível com o regime constitucional da seguridade social a instituição de contribuição incidente sobre proventos pagos a aposentados ou pensionistas do serviço público, não se podendo igualá-los aos servidores da ativa.

Em suma, a PEC 40/2003 ofende o princípio da igualdade, eis que: a) pretende igualar os servidores públicos aos do setor privado apenas sob um aspecto (quebra da integralidade e da paridade), olvidando-se das desigualdades fáticas entre os mesmos, criando um terceiro regime, e b) cria contribuição apenas para os inativos e pensionistas do setor público.

3.2. Do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é decomposto pela doutrina alemã em três aspectos:

> "proporcionalidade em sentido estrito, adequação (Geeinigkeit) e exigibilidade (ErförderlichKeit). No seu emprego, sempre se tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, entre os quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o fim desejado. Em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando esse se mostra como o "mais suave" dentre os diversos disponíveis (...) Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito de outros (....)".[3]

---

(2) *Wagner Balera*, "Contribuição do inativo", Revista de Previdência Social n. 268, março 2003, pp. 221/223.

(3) *Celso Ribeiro Bastos*, "Hermenêutica e Interpretação Constitucional", p. 233.

No Direito Brasileiro, a técnica da verificação da proporcionalidade pode ser admitida como presente no texto Constitucional sob duas óticas diversas. Primeiramente, pode-se considerar o princípio da proporcionalidade como implícito no sistema, revelando-se assim como um princípio constitucional não escrito, decorrente do Estado democrático de direito (artigo 1º, *caput*, da CF). Por outro lado, poder-se-ia extraí-lo da cláusula do devido processo legal (art. 5º, XXV e LIV da CF), mais especificamente como decorrente da noção substantiva que se vem imprimindo à dita cláusula.

A norma jurídica que não está de acordo com o princípio da igualdade não é *due process of law*. Segundo *Luiz Guilherme Marinoni*[4], a cláusula do devido processo legal não se limita a simples garantia processual, consistindo, a par do princípio da igualdade, "no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, com destaque para a sua novel função de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, notadamente da 'razoabilidade' (*reasonableness*) e da 'racionalidade' (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos em geral do Poder Público".

Ainda, segundo *Marinoni:*

> "o controle da razoabilidade da lei, realizada em virtude da garantia do devido processo legal, tem por fim evitar leis que sejam arbitrárias, ou melhor, leis que discriminem em desatenção ao princípio da igualdade, ou que deixem de diferenciar quando necessário à observância desse princípio. Isto é, a cláusula inclui 'a proibição ao Poder Legislativo de editar leis discriminatórias, ou em que sejam negócios, coisas ou pessoas tratados com desigualdade em ponto sobre os quais não haja entre eles diferenças razoáveis, ou que exijam, por sua natureza, medidas singulares ou diferenciais'."[5]

O governo divulga como principal motivo da reforma da previdência seu rombo nos setores público e privado. Entretanto, estudos elaborados anualmente pelo Sindicato dos Auditores da Receita Federal (Unafisco) comprovam que o sistema previdenciário é superavitário, ou seja, "ao longo dos últimos anos, a receita da seguridade tem sido mais que suficiente para financiar os gastos do regime geral, os de assistência social, os pagamentos de inativos da União, o orçamento do Ministério da Saúde e ainda gerar a metade do superávit primário do governo federal"[6], sendo que em 2002, "somando INSS e aposentadoria dos servidores públicos, o superávit do sistema foi de R$ 15 bilhões"[7], fato reconhecido pelo Governo, con-

(4) *Luiz Guilherme Marinoni*, "O direito à efetividade da tutela jurisidicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais", Genesis — Revista de Direito Processual Civil n. 28, Curitiba, abril/junho de 2003, p. 312.

(5) *Id Ibidem.*

(6) Sulamis Dain, da UERJ, em palestra proferida durante o seminário " A Reforma da Previdência", promovido pelo PT e Fundação Perseu Abramo, nos dias 24 e 25 de maio de 2003, apud Cadernos Adunesp 3 — junho 2003, p. 9.

(7) *Rosa Marques*, da PUC/SP, em palestra proferida no mesmo seminário.

forme declarações do Ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu: "É verdade que, se o governo não pagasse os juros da dívida, haveria superávit da Previdência"[8].

Luís Roberto Barroso invoca o princípio da razoabilidade como instrumento de invalidação de atos legislativos e administrativos:

> "O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha."[9]

Assim, a proposta de reforma da previdência ofende o princípio da proporcionalidade, uma vez que os meios propostos (redução das despesas com pensões e proventos de servidores públicos — com a quebra da integralidade e proporcionalidade de seus proventos —, bem como a criação de nova fonte de renda — com a taxação dos servidores públicos inativos e de seus pensionistas) são inadequados (bastaria contratar os servidores fora das carreiras típicas de Estado pelo regime celetista, cabendo ao Estado Administração recolher o FGTS e os encargos previdenciários) e não observam a máxima de causar a menor restrição possível aos indivíduos, pois retira direitos sociais dos servidores públicos e de seus pensionistas sem causa aparente, visto que o sistema previdenciário é comprovadamente superavitário, sendo falsa a premissa em sentido contrário.

Ao invés de suprimir direitos sociais dos trabalhadores, quer dos servidores públicos — acabando com a paridade e integralidade de suas aposentadorias —, quer dos servidores privados — através da flexibilização de seus direitos —, cuja proposta será retomada na reforma trabalhista dentro em breve, deveria o Governo investir na contratação de fiscais no combate às sonegações fiscal e previdenciária e aparelhar as Procuradorias Públicas para a efetiva execução e satisfação de tais débitos, além de criar mais órgãos da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho para viabilizar a cobrança de tais débitos em Juízo, o que certamente incrementaria a receita pública em proporção bem maior do que a "economia" prevista pelo Governo com a supressão dos direitos sociais dos trabalhadores.

3.3. Do princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios

O trabalhador, ao adquirir o direito à aposentadoria, deixa de ser contribuinte do sistema para ser beneficiário. Trabalhou e contribuiu durante todo o tempo imposto por lei para alcançar direito a seu "prêmio". Ao alcançá-

(8) "A farsa do rombo", Cadernos Adunesp 3 — Junho 2003, p. 9.

(9) *Luís Roberto Barroso*, "Interpretação e aplicação da constituição", p. 234.

lo, tem o direito de exigir do Estado o cumprimento de seu dever, qual seja, de pagar os proventos da aposentadoria, que no caso dos servidores público são integrais (art. 40, § 3º, da CF).

Segundo a doutrina de *Robert Alexy*[10], podemos dizer que o servidor público aposentado tem direito frente ao Estado de que este não elimine sua posição jurídica de beneficiário do sistema de previdência com proventos integrais e paritários aos servidores da ativa do mesmo cargo (art. 40, §§ 3º e 8º da CF), tendo direito, portanto, a receber seus benefícios sem qualquer desconto extra (art. 194, parágrafo único, IV da CF), ou seja, sem a contribuição de inativos e pensionistas, uma vez que não há fundamento jurídico algum a legitimá-la (visto que a contribuição para o regime de previdência social visa ao pagamento futuro dos proventos da aposentadoria após o implemento das condições legais).

Uma vez adquirido o direito à aposentadoria, a contribuição não mais se justifica, tendo o aposentado o direito a seus proventos na forma integral, beirando a contribuição de inativos a subtração forçada de bens, ou seja, confisco, vedada constitucionalmente, tratando-se de uma não-competência do Estado (competência negativa), nos termos do artigo 150, IV, da CF: *"sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... IV — utilizar tributo com efeito de confisco;"*.

Não bastasse isso, o artigo 194, parágrafo único, IV da CF, segundo o qual a organização da seguridade social será realizada *"com base nos seguintes objetivos: ... IV — irredutibilidade do valor dos benefícios"*, deixa claro estarmos diante de uma não-competência do Estado em reduzir o valor dos benefícios definidos por lei aos servidores públicos inativos e a seus pensionistas. Essa não-competência é equiparada a não competência do Estado de cobrar tributos no mesmo exercício financeiro de sua instituição ou majoração (art. 150, III, *b* da CF), ou seja, sem observar o princípio da anterioridade.

A propósito, previsão de taxação dos inativos e pensionistas do serviço público constitui uma "odiosa discriminação", conforme dizeres de *Carmem Lúcia Antunes Rocha*[11], segundo a qual "os aposentados do setor privado (e que se submetem ao denominado 'regime geral de previdência') são resguardados de qualquer cobrança de contribuição (art. 195, II, na norma introduzida no sistema pela Emenda Constitucional n. 20/98), enquanto os aposentados do regime de previdência pública são apenados com uma contribuição que incide e se faz aumentar por meio de mera lei ordinária...", referindo-se à Lei 9.783/99 que incluiu os inativos e pensionistas do serviço público no rol dos contribuintes da previdência social, disposição ora inserta na PEC 40/2003.

Quanto ao regime de previdência de caráter complementar, nos termos do art. 202, *caput*, a Constituição Federal dispõe que o mesmo será facultativo. Trata-se, portanto, de uma liberdade protegida, ou seja, uma

---

(10) *Robert Alexy*, "Teoria de los derechos fundamentales", p.186 ss.

(11) *Carmem Lúcia Antunes Rocha*, "Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos", p. 439.

posição jurídica em que o sujeito de direitos é livre para um fazer ou não fazer, ou seja, é permitida a adesão a plano de previdência complementar e não é proibido deixar de aderir a esse tipo de plano.

Nos enunciados da Constituição referentes ao regime previdenciário dos servidores públicos encontramos, pois, as várias posições jurídicas classificadas por *Alexy*: a) direito a algo: o servidor público aposentado tem frente ao Estado o direito que este não elimine sua posição jurídica de receber proventos integrais e de forma paritária com os da ativa (art. 40, § 3º e 8º da CF); b) liberdade protegida: o servidor público aposentado tem a faculdade de aderir ou não a um plano de previdência complementar (*art. 202, caput da CF*), e c) não competência: é vedado ao Estado reduzir o valor dos benefícios dos pensionistas e servidores públicos aposentados, tendo estes direito de ação para dar efetividade às normas constitucionais que lhes dizem respeito (art. 194, par. único, IV da CF).

Ora, se os proventos dos servidores públicos são previamente definidos constitucionalmente de forma integral e paritária (art. 40, §§ 3º e 8º CF), constituindo-se um direito do servidor público a que o Estado não elimine esta posição jurídica, e se é vedada ao Estado a redução do valor dos benefícios (art. 194, IV da CF), tratando-se, pois de não competência, tem-se que a integralidade e paridade dos proventos do servidor público constituem direitos fundamentais, protegidos por cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º , IV, da CF.

2. CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluímos pela inconstitucionalidade da proposta de Emenda Constitucional 40/2003, diante de sua ofensa a direitos fundamentais e aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV da CF), da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV da CF), e da proporcionalidade (art. 1º *caput*, art. 5º, XXV e LIV da CF), sendo, portanto, ilegítima, uma vez que os meios propostos não justificam os fins almejados, com o gravame de que estes partem da falsa premissa de ser o sistema previdenciário deficitário, restando comprovado o contrário.

Esperamos, pois, que no regime do Devido Processo Legal e de Estado Democrático de Direito em que vivemos, o Senado Federal não aprove a PEC 40/2003 — que se encontra tramitando em sua casa —, tudo para que se dê efetividade às normas constitucionais, mormente aquelas referentes às limitações do Poder Constituinte Derivado (art. 60, § 4º, IV da CF), aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais supra mencionados.

BIBLIOGRAFIA

Alexy, Robert, "Teoria de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Barela, Wagner. "Contribuição do inativo", Revista de Previdência Social n. 268, março 2003, p. 221/223.

Barroso, Luís Roberto. "Interpretação e aplicação da constituição". São Paulo: Saraiva, 1999.

Bastos, Celso Ribeiro. "Hermenêutica e Interpretação Constitucional". São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

Cadernos Adunesp 3. Seção Sindical do Andes/SN — junho 2003.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo". São Paulo: Atlas, 2001.

Marinoni, Luiz Guilherme. "O direito à efetividade da tutela jurisidicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais", GENESIS — Revista de Direito Processual Civil n. 28, Curitiba, abril/junho de 2003, p. 312.

Rocha, Carmem Lúcia Antunes. "Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos". São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSTITUCIONALIDADE, LEGITIMIDADE, COLISÃO DE PRINCÍPIOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

DANIELA MACIA FERRAZ (*)
FERNANDA CRISTINA DE MORAES FONSECA (*)

***Sumário:** 1. Introdução; 2. Noções filosóficas e históricas: direitos sociais; 3. Supremacia Constitucional; 3.1. Controle de Constitucionalidade; 3.2. Interpretação das normas constitucionais, princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Solução de conflitos entre direitos fundamentais; 3.3. Princípio da legalidade material e a dignidade da pessoa humana; 3.4. Implicações no âmbito do Direito do Trabalho. Relações entre o princípio da proteção do trabalhador e a dignidade da pessoa humana; 4. Conclusão.*

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste pequeno ensaio, que não se encontra imune a críticas, em especial, porque serão defendidos pontos de vista muitas vezes colidentes com a dogmática tradicional, é iniciar uma reflexão quanto à importância do controle de Constitucionalidade, através de uma releitura do texto Constitucional, analisando seus princípios e regras, fazendo-o, porém, sem o extremismo da Teoria Crítica do Direito, ou seja, partir-se-á do princípio de que o pluralismo normativo não impede, mas, ao contrário, exige um exame do ordenamento a partir de um texto indivisível, unitário e supremo.

Para tanto, em um primeiro plano, em uma breve incursão filosófica e histórica, analisar-se-á a dimensão dos direitos sociais na Constituição Federal sob a perspectiva dos direitos humanos fundamentais, prosseguir-se-á com noções de técnicas interpretativas do texto constitucional e, finalmente, examinar-se-á o possível conflito de princípios, apresentando algumas técnicas para a solução prática destes, sempre visando sensibilizar o intérprete quanto ao seu papel social na garantia da efetividade dos direitos fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana.

(*) Juízas do Trabalho Substitutas do TRT da 15ª Região.

Por fim, será traçado um paralelo com o Direito do Trabalho, incentivando o leitor a uma maior reflexão sobre as relações existentes entre os seus princípios fundamentais informadores, especialmente no que se refere ao princípio da proteção do trabalhador, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, disposições fixas consagradas como fundamentos da República Federativa do Brasil, pois *"hoje mais do que nunca convém recordar vigorosamente que o Direito e seus instrumentos devem servir para personalizar o Homem e não para coisificá-lo, seja em um número, em um objeto, uma mercadoria ou em uma marginalização"* [1]

2. NOÇÕES FILOSÓFICAS E HISTÓRICAS: DIREITOS SOCIAIS

Nas lições de *Flávia Piovesan*, citando *Hannah Arendt*, *"os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução"*[2].

Se o Jusnaturalismo ou a crença quanto à existência de Direitos naturais mostrou-se importante para a luta contra o absolutismo monárquico, faz-se necessário tornar bem claro que o Direito é uma Ciência do dever-ser, através do qual a sociedade busca transformar a realidade, submetendo-se, portanto, a toda carga axiológica e ideológica de um dado momento histórico, situação que não se mostra diferente com relação aos direitos humanos fundamentais.

Conferir valoração e historicidade aos direitos humanos pressupõe uma relação institucionalizada de comando e obediência, afastando-se do caráter pré-político, preconizado pelo liberalismo, presente, por exemplo, em *Hobbes e Rousseau*[3].

Nesta condição, é preciso enfrentar-se a realidade de que um Estado Democrático, verdadeiramente soberano, não se faz através de atitudes meramente negativas, abstendo-se de ferir supostos direitos subjetivos inatos, porém, notadamente, através de ações positivas, que visem concretamente à instituição de direitos mínimos ao homem, representando-se, assim, o predicado da cidadania universal[4].

No entanto, desvincular os direitos humanos de origens divinas ou inatas, atribuindo-lhes dimensão política, implica em uma grave conseqüência: os direitos humanos demandam a instituição legítima, comportando

---

(1) *Haro, Ricardo.* "Control Jurisdicional de Constitucionalidad, in Estudos de Direito Constitucional", coordenadores *Grau, Eros Roberto* e outro, em homenagem a *José Afonso da Silva.* São Paulo : Editora Malheiros, 2003, p. 496.

(2) *Piovesan, Flávia.* "Direitos humanos e o princípio da dignidade humana". *Revista do advogado*, p. 34.

(3) *Kervégan, Jean-François.* "Democracia e Direitos Humanos". Coletânea da obra Direito e Legitimidade, organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira, Editora Landi, São Paulo, 2003, p. 117.

(4) *Idem, ibidem*, p. 123.

principalmente uma aceitação social. É óbvio que não se nega que há situações de cumprimento compelido por sanções, porém tais imperativos demandam da mesma forma a aceitação social mínima a uma ordem política.

Assim, como um ordenamento pode merecer reconhecimento e conseqüente legitimidade? Através de um Estado Democrático (não se nega que ideologicamente instituído), não fundamentado unicamente em direitos subjetivos, nos quais basta não se invadir a esfera de direitos de outrem, mas através de normas e condutas pautadas pela efetiva igualdade e eticidade, em uma relação de complementaridade com a moral [5], no qual o respeito à dignidade humana é regra e não exceção.

Assim, faz-se mister ponderar que, no caso específico do Brasil, a Constituição de 1988 representou um importante instrumento de fortalecimento desse Estado Democrático, mediante uma instituição legítima de normas que condensaram os anseios sociais de um dado momento histórico. Os princípios implícitos e explícitos ali inseridos, em especial o da dignidade humana, bem como seu núcleo dos direitos fundamentais, elevados inclusive ao status de cláusulas pétreas, contemplando não só os direitos individuais como os direitos sociais, decorreram da vontade coletiva, sobrevivendo a dezenas de emendas e até mesmo a uma revisão constitucional, e, como tal, devem guiar a conduta do intérprete jurídico.

E mais, a Constituição Federal de 1988 não se conteve em consagrar tais princípios, indo além, enunciando expressamente, em seu artigo 1º, incisos III e IV, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil. A importância de tais disposições, especialmente para o Direito do Trabalho, pode passar desapercebida aos mais desatentos. No entanto, imperativo se faz salientar que o princípio da proteção ao trabalhador, a base de todo o Direito do Trabalho, se fundamenta justamente nessas duas noções básicas, como se analisará de forma mais profunda no decorrer deste ensaio.

Feitas estas considerações, conclui-se que somente um reconhecimento formal da supremacia desses direitos e dos princípios constitucionais conferirá eficácia às regras que instituem o verdadeiro Estado Democrático, e nas lições de *Fábio Konder Comparato*, citado pela professora *Flávia Piovesan*,

> *... se os princípios gerais do direito, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, constituíam uma fonte secundária, subsidiária do direito aplicável apenas na omissão da lei, hoje os princípios fundamentais da Constituição Federal constituem a fonte primária para a tarefa interpretativa. À luz desta concepção, infere-se que o valor da cidadania e dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e*

---

(5) *Habermas, Jürgen.* "Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos", coletânea da obra Direito e Legitimidade, organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo : Ed Landi, 2003, p. 68.

garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências da Justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.[6]

3. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Estabelecidas as diretrizes que legitimam os direitos humanos e a importância da Constituição Federal como um referencial de Justiça, é possível afirmar-se que é na Constituição de um Estado Democrático de Direito, que as normas jurídicas encontram seus limites e sua validade, seja para fins de legalidade, legitimidade ou vigência. Neste contexto, diz-se que a Constituição (e neste aspecto examina-se tão somente o aspecto da verticalização estrutural do sistema), além de imperativa, como as demais normas, é suprema, ou seja, a ela todas as demais normas deverão se conformar.[7]

Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito, fez um dos mais importantes estudos da estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico, viabilizando a compreensão da supremacia constitucional. É certo que, modernamente, tal teoria é muito questionada, especialmente no que se refere à existência de norma fundamental; eis que, através de tal pressuposto de validade, buscou-se afastar da Ciência do Direito o estudo dos valores e dos fatos sociais, limitando-se apenas à análise do controle da eficácia jurídica intrínseca.

Nas palavras de *Kelsen:*

> *O Direito possui a particularidade de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo pelo qual outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado, ainda, em certa medida, o conteúdo da norma a produzir. Como dado o caráter dinâmico do direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma, esta norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem especial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior; a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é pro-*

---

(6) *Piovesan, Flávia*, "Direitos humanos e o princípio da dignidade humana", Revista do Advogado, p. 40.

(7) *Mota, Leda Pereira e Spitcovsky*, "Curso de Direito Constitucional". 4ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 11.

duto da conexão de dependência que resulta do fato de que a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até buscar, finalmente, na norma fundamental pressuposta. A norma fundamental — hipotética nestes termos — é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.[8]

Entretanto, o processo de hierarquização do ordenamento jurídico, traçado por *Hans Kelsen*, é de extrema valia, porquanto viabilizou a caracterização intrínseca da própria noção de supremacia constitucional.

Registre-se, por oportuno, que o processo de hierarquização do ordenamento jurídico é bem mais complexo do que sustentam alguns autores, e, nesse aspecto, no ápice da pirâmide hierárquica não repousa a Constituição em seu sentido apenas formal.

3.1 Controle de Constitucionalidade

Dois enfoques mostram-se essenciais para a exata compreensão da dimensão do papel exercido pelo intérprete, ao exercer o controle de Constitucionalidade: 1) que o controle corresponde a um poder político e, 2) que a Constituição contém princípios implícitos ou explícitos (que se diferenciam das regras) e que estes princípios, em caso de colisão, devem ditar a atuação do intérprete (este segundo aspecto será analisado mais detidamente no próximo tópico).

Quanto ao primeiro aspecto, o mecanismo de controle de Constitucionalidade, mais do que uma forma de conformação das leis infraconstitucionais com o texto maior, é o exercício de um poder político, e o intérprete deve sempre ter em mente a grandeza e as implicações de seus atos. Nas lições de *Ricardo Haro*,

... embora o controle de constitucionalidade seja basicamente uma questão de puro Direito, já que se verifica a congruência de atos estatais com a Constituição a fim de assegurar o princípio da supremacia, não se pode ignorar que ao ser a Constituição a Lei Fundamental que assume juridicamente o projeto político-institucional de uma sociedade, toda sentença sobre a matéria constituiu uma verdadeira decisão política sobre aludido projeto.

E, citando *Aléxis Tocqueville*, arremata:

reveste-se o juiz de um imenso poder político, através do qual os juízes devem não ser somente cidadãos, homens instruídos e pro-

(8) *Kelsen, Hans.* "Teoria Pura do Direito", trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Ed. 1962, pp. 309-10.

bos, qualidades necessárias a todos os magistrados. É necessário encontrar neles (juízes) homens de Estado; é necessário que saibam discernir o espírito de seu tempo.[9]

Não se olvidando jamais deste importante aspecto, materialmente, o controle de constitucionalidade preventivo realiza-se antes que o projeto se transforme em lei e entre em vigor (ex.: comissões de constituição e Justiça), porém não se trata propriamente de um controle de leis e atos normativos, porque não se tem ainda a existência de uma norma propriamente dita, mas mero projeto.

O controle a posteriori, no Brasil, é feito pelo Judiciário, por meio de uma intervenção difusa (feita por todos os órgãos que integram a estrutura do Judiciário), ou concentrada (Supremo Tribunal Federal), e pode abarcar tanto os atos comissivos (leis inconstitucionais) como omissivos (omissão do legislador em elaborar os atos normativos, através, por exemplo, do mandado de injunção).

As vias de controle são a ação direta de inconstitucionalidade ou representação (ADIN), ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) e a exceção ou defesa.

Não se tratará do trâmite de cada ação, por fugir dos objetivos deste trabalho, porém é importante fixar que, declarada a inconstitucionalidade, a lei torna-se inaplicável, fazendo a decisão do Supremo Tribunal Federal, coisa julgada *erga omnes* (obrigando a todos) e produzindo efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagindo desde a publicação da lei.

Importante destacar que

ainda dentro deste tema que a nossa Suprema Corte (STF), no controle em tese, tem declarado a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Tal se dá nas hipóteses em que, o Supremo Tribunal Federal, fixando a interpretação do ato normativo conforme a Constituição acaba, conseqüentemente, reconhecendo que qualquer outra é inconstitucional. Em síntese, a inconstitucionalidade se dá sem a redução do texto porque resulta da interpretação equivocada que foi dada à norma e não do seu texto.[10]

3.2. Interpretação das normas constitucionais e princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Solução de conflitos entre direitos fundamentais. Revista íntima.

A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intér-

---

(9) *Haro, Ricardo.* "Control Jurisdicional de Constitucionalidad". *In Estudos de Direito Constitucional*, coordenadores GRAU, Eros Roberto e outro, em homenagem a José Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2003, p. 496.

(10) *Mota, Leda Pereira* e *Spitcovsky Celso.* "Curso de Direito Constitucional". Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 4.ª edição, 1999, p. 48.

prete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que definam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzirá na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto. [11]

A interpretação constitucional é um caso especial de interpretação legal. Ainda que a teoria geral da interpretação abarque também a constitucional, possui esta última, particularidades, em razão: 1) do papel de superioridade hierárquica que ocupa no ordenamento jurídico; 2) em decorrência de seu caráter político conferindo conteúdo valorativo ideológico a seus termos; 3) do conteúdo das normas constitucionais, e 4) existência de princípios que servem de elementos sistematizadores de todo o ordenamento. [12]

Decorre desta peculiar situação, que regras (elevadas ao status de princípios) norteiam a interpretação das normas constitucionais, destacando-se: 1) unidade da Constituição; 2) efeito integrador; 3) conformidade constitucional; 4) eficiência da interpretação; 5) força normativa da Constituição; 6) interpretação conforme a Constituição, e 7) princípio da concordância prática ou harmonização. [13]

Por unidade entende-se que o interprete deverá examinar as normas constitucionais sempre dentro de um contexto, e jamais de forma isolada, evitando-se dessa forma contradições entre tais normas. O princípio da efetividade é aquele que atribuiu a uma norma jurídica, em razão da supremacia ante as demais no ordenamento jurídico, o sentido que maior eficácia lhe ofereça. [14]

O princípio do efeito integrador relaciona-se com a necessidade de conferir à resolução dos conflitos, critérios que otimizem a integração política e social; o princípio da conformidade fixa o âmbito de competência de cada órgão encarregado do processo de interpretação constitucional; a força normativa confere primazia aos argumentos que agreguem às normas

---

(11) *Barroso, Luís Roberto.* "Interpretação e Aplicação da Constituição", 2ª ed. Saraiva, 1998, p. 256.

(12) *Mota, Leda Pereira, Op. cit.* p. 25.

(13) *Cleve, Clemerson Merlin* e outro. "Algumas notas sobre a colisão de Direitos Fundamentais, in Estudos de Direito Constitucional", coordenadores *Grau, Eros Roberto* e outro, em homenagem a José Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2003, p. 236.

(14) *Mota, Leda Pereira Op. cit*, p. 25.

constitucionais a máxima eficácia possível; o princípio da interpretação conforme a Constituição busca conferir um sentido unívoco aos termos, sempre em observância ao conjunto do texto, e o princípio da concordância prática tem a finalidade de conferir soluções, evitando a preponderância de um bem sobre outro.(15)

Questão da mais alta relevância ocorre quando, mesmo levando-se em consideração os princípios supracitados, duas normas constitucionais colidem.

Otto Bachof ofereceu importante contribuição ao admitir a existência da hierarquia entre as normas constitucionais e ao admitir a inconstitucionalidade de normas constitucionais.(16)

Embora esta teoria seja de grande valia, é necessário fixar-se a idéia de que, no Brasil, em se levando em consideração que o poder constituinte originário (aquele que faz a primeira Constituição, não no sentido histórico, mas no sentido revolucionário, instaurando ou inaugurando uma nova ordem) não encontra nenhuma limitação jurídica, e, conseqüentemente, não há normas originárias inconstitucionais dentro da própria Constituição. O mesmo pode ser dito em relação à existência de hierarquia entre as normas da Constituição, ou seja, esta não existe, porque vigora o princípio da unidade do texto constitucional.

Portanto, se a doutrina majoritariamente defende a inexistência de hierarquia e inconstitucionalidade entre as normas inseridas dentro da própria Constituição, como resolver o conflito?

É importante ter-se em mente que o conflito somente ocorre no campo da eficácia, ou seja, em um caso concreto, e as normas constitucionais dividem-se em regras e princípios, conformando-se as primeiras com as últimas. Os conflitos somente envolvem os princípios que dão suporte de validade às regras, e como esses se submetem a uma carga valorativa; em última hipótese, devem prevalecer aqueles que ocupem em uma escala hierárquica maior importância social. Portanto, a interpretação deve ser balizada pela razoabilidade, através da ponderação, sopesando-se os princípios colidentes.

Dois princípios vêm sendo admitidos pela Jurisprudência e pela Doutrina como básicos para a solução dos conflitos entre as normas constitucionais, quais sejam, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade foi desenvolvido pelo direito anglo-americano (*reasonableness*), enquanto o princípio da proporcionalidade é mais utilizado na Europa Continental. Tanto o princípio da razoabilidade como o princípio da proporcionalidade orientam o intérprete no que se refere ao controle da relação entre os fins objetivados e os meios efetivamente utilizados, nas ações do Poder Público, limitadas a essa justa proporção.

---

(15) *Cleve, Clemerson Merlin* e outro. *Op. cit.*, p. 237.

(16) *Mota, Leda Pereira, Op. cit.*, p. 25.

Existem duas correntes doutrinárias no particular: a primeira delas, que se fundamenta no Direito Alemão, afirma que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade integram o conceito de Estado de Direito; a segunda posição, baseada na doutrina norte-americana, afirma que tais princípios estão contidos no conceito de devido processo legal, em seu aspecto substantivo (*substantive due process).*

É pacífico, entretanto, que ambos os princípios devem orientar o juízo de ponderação no sentido de que o sacrifício imposto a um dos direitos em conflito não seja, razoável e proporcionalmente, mais intenso do que o benefício obtido pelo outro, ou seja, esse sacrifício deve ser o meio mais adequado e necessário para atingir aquele resultado.

Liliane Roriz, em sua obra *Conflito entre Normas Constitucionais*, esclarece:

> *Com base em Bodo Pieroth e Bernard Schlink, Inocêncio Mártires Coelho lembra que esse pressuposto de adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.* [17]

A interpretação da Constituição com base no princípio da unidade revela que a busca da compatibilização de direitos constitucionais em conflito, valendo-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve sacrificar o núcleo essencial de cada direito.

A fim de melhor elucidar a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como forma de solução do conflito entre direitos constitucionais fundamentais, cita-se um exemplo atual e muito discutido: a revista íntima.

O contrato de emprego é sinalagmático na medida em que dele resultam aos contratantes obrigações contrárias e equivalentes. De um lado, o empregador tem a faculdade de dispor da força de trabalho do empregado, um dos fatores da produção de que dispõe, no interesse do empreendimento cujos riscos assumiu. De outro, o empregado tem a obrigação de se deixar dirigir pelo empregador, segundo os fins a que este último se propõe a alcançar. Portanto, o empregador tem o direito de dirigir e comandar a prestação pessoal dos serviços pelo empregado, enquanto este tem os deveres de obediência, diligência e fidelidade. Por força do princípio da boa-fé contratual, o empregado deve cumprir os deveres que lhe são impostos com lealdade, e o empregador, por sua vez, deve dirigir a prestação dos serviços com respeito à dignidade do trabalhador.

---

(17) *Roriz, Liliane.* "Conflitos entre normas inconstitucionais". Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002, pp. 45/46.

Neste contexto, a revista íntima se insere no poder de comando do empregador que tem o direito de fiscalização na execução do contrato de emprego. Por outro lado, o empregado não tem sua personalidade anulada na prestação dos serviços, razão pela qual lhe é reconhecido o *jus resistentiae* sempre que as determinações do empregador forem ofensivas à sua dignidade.

Nasce, portanto, um verdadeiro conflito entre normas constitucionais, envolvendo a livre iniciativa do empregador e a dignidade do trabalhador, disposições fixas consagradas nos incisos IV e III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Para solucionar tal conflito, o magistrado deve se valer dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no sentido de ponderar que o sacrifício imposto a um dos direitos em conflito não seja, razoável e proporcionalmente, mais intenso do que o benefício obtido pelo outro. Por outras palavras, esse sacrifício deve ser o meio mais adequado e necessário para atingir aquele resultado.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o poder de comando do empregador é limitado à dignidade do empregado, revelando-se que para a revista íntima ser legítima deve proporcionar a efetiva fiscalização sem sacrificar os direitos da personalidade do empregado. Acrescente-se, por oportuno, que a revista íntima deverá ser realizada com a prévia comunicação aos empregados, por pessoas do mesmo sexo e em locais reservados.

A revista íntima que humilhe ou diminua moralmente o empregado é ilícita e afronta o disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Nesta hipótese, o empregado poderá exercer o *jus resistentiae*, já que seria atentatória à dignidade da pessoa humana a obediência fora dos limites traçados pelo princípio da boa-fé contratual.

Os incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 devem ser interpretados harmonicamente de modo que a revista íntima se insira no poder de comando do empregador, mas deve ser feita nos limites traçados pela destinação econômica da prestação de trabalho, em atenção ao princípio da boa-fé contratual, que impõe ao empregador o dever de valorizar a dignidade do trabalhador como expressão dos valores sociais do trabalho.

3.3 Princípio da legalidade material e a dignidade da pessoa humana

O princípio da legalidade não se confunde com o da reserva da lei. O primeiro significa submissão e respeito à lei, ou atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador (genérico); o segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer necessariamente através de lei formal (específico).

A legalidade não é sinônimo de legitimidade, e há normas que podem ser legais, mas injustas. No entanto, em um Estado Democrático de Direito,

a legalidade exige que as regras que compõem o ordenamento se pautem por valores e princípios que iluminam a ordem jurídica, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, modernamente o controle de constitucionalidade ganha contornos novos sob o enfoque do princípio da legalidade material ou princípio da reserva da lei proporcional.

A simples observância ao princípio da reserva da lei não é suficiente para evitar-se a edição de leis excessivamente restritivas de direitos, que, se aceitas, fariam letra morta os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, tornando-os ineficazes .

A adoção desta forma de controle de constitucionalidade, parte da consideração de que o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade, ou analisar conforme a razão, ou da proibição do excesso) condiciona o exercício da função legislativa, de modo a impedir abuso ou fraude à Constituição por meio de lei.

Examina-se a Constitucionalidade da norma no plano intrínseco, ou seja, sua conexão com os meios e fins.

É feito um juízo de *adequação ou idoneidade* da medida adotada, verificando-se se o meio escolhido contribui para o resultado pretendido. A seguir examina-se a *necessidade ou exigibilidade* da adoção da medida. Estas verificações são tidas como subprincípios do princípio da proporcionalidade.

Como se nota, a conformação com os princípios Constitucionais é de ordem material e intrínseca, analisando-se a norma em si mesma.

Como todo instrumento de contenção do arbítrio, adverte *Suzana de Toledo Barros*,

> *não se deve pretender reduzir a esfera de liberdade do legislador democraticamente legitimado para regulamentar a Constituição, pela ampliação de poderes do juiz, mas evitar que aquele poder político chegue ao excesso de produzir lei desnecessária, casuística ou desarrazoada.* [18]

3.4. Implicações no âmbito do Direito do Trabalho. Relações entre o princípio da proteção do trabalhador e a dignidade da pessoa humana

Após tais explanações, mister se faz que se trace um paralelo entre o conceito de dignidade da pessoa humana e o Direito do Trabalho. Pode-se afirmar com toda certeza que o fundamento maior e a própria razão de ser do Direito do Trabalho são a valorização da dignidade da pessoa humana.

---

(18) *Barros, Suzana de Toledo*."O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais". Brasília Jurídica, 1996, p. 24.

A dignidade da pessoa humana é consagrada como uma disposição principiológica na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III. O legislador constituinte estabeleceu uma das diretrizes fundamentais para os instrumentos normativos alusivos às relações de emprego que devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho e o respeito à dignidade do trabalhador.

Neste contexto, verifica-se que o princípio maior do Direito do Trabalho, qual seja, o da proteção do trabalhador, decorre da dignidade da pessoa humana. O princípio de proteção do hipossuficiente é conceituado como a intervenção estatal nas relações de emprego, através de normais de ordem pública, estabelecendo os direitos trabalhistas mínimos e indisponíveis, opondo obstáculos à autonomia da vontade.

Segundo *Américo Plá Rodriguez:*

> *O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.* (19)

Através de tal intervenção, o Estado assegura os valores sociais do trabalho bem como a dignidade do trabalhador. Eis que, em razão do evidente estado de sujeição em que o empregado se coloca em relação ao poder de comando do empregador, na execução do contrato de emprego, mister se faz a limitação da autonomia da vontade através de normas de ordem públicas que assegurem aos trabalhadores direitos mínimos e inafastáveis pela vontade das partes.

O mestre *Arnaldo Süssekind* ensina:

> *Todavia, no art. 1º, ao sublinhar os fundamentos da República Federativa do Brasil, referiu: III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais do trabalho. Os instrumentos normativos alusivos às relações de trabalho devem objetivar a prevalência dos valores sociais do trabalho. E o respeito à dignidade do trabalhador constitui um dos critérios supraestatais inerentes ao ser humano, cuja observância independe da vigência de leis nacionais ou tratados internacionais.* (20)

---

(19) *Rodriguez, Américo Plá.* "Princípios de Direito do Trabalho". 3ª ed. São Paulo: LTr Editora, p. 28.

(20) *Sussekind, Arnaldo* e outros. "Instituições de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2000, vol. I, p. 148.

É verdade que modernamente a finalidade do Direito do Trabalho é sustentada por alguns doutrinadores como sendo o equilíbrio de interesses entre empregadores e empregados, não se limitando à proteção absoluta e exclusiva do trabalhador. Todavia, esse argumento não é exato, porquanto tal equilíbrio resulta da própria proteção ao trabalhador, ou seja, a paridade resulta da proteção.

O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades através da proteção do trabalhador como expressão máxima da dignidade da pessoa humana. Conforme já se salientou, a dignidade da pessoa humana está consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, e tal dispositivo constitucional tem natureza jurídica de cláusula pétrea.

Os direitos sociais consagrados no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 decorrem de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, guardando uma relação intrínseca com os direitos e garantias individuais do homem.

Daí, conclui-se que os direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 são cláusulas pétreas na medida em que guardam relação de continência com os demais direitos individuais previstos no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, são imutáveis. [21]

4. CONCLUSÃO

Diz-se que a supremacia da Constituição, ou sua eficácia peculiar, somente ocorrerá à medida que os encarregados do seu cumprimento reconheçam a respeitem tal qualidade, o que implica, por um lado, na ampla participação política da população, assim capaz de exercer o controle dos atos normativos de seu interesse e , por outro, numa certa adequação da Constituição formal à realidade material e que se refere. [22]

A plena eficácia da Constituição e a realização de todos os princípios ali contidos, em especial a dignidade da pessoa humana, através do con-

---

(21) O Supremo Tribunal Federal vem decidindo que o artigo 7º da Constituição, que disciplina os direitos sociais do indivíduo, não pode ser objeto do poder constituinte derivado reformador, porque é cláusula pétrea. Em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 939-07/DF), analisando o artigo 7º da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal referiu-se aos direitos sociais como cláusulas pétreas. A decisão é fundamentada na relação de continência existente entre os direitos sociais e os direitos individuais previstos no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, e, assim sendo, são imutáveis. No mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence (julgamento da ADIn n. 1665-1/DF) fundamentou que "os direitos sociais dos trabalhadores , enunciados no artigo 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito do artigo 5º § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil".

(22) *Ferraz Jr., Tércio Sampaio; Diniz, Maria Helena; Georgakilas, Ritinha A Stevenson.* "Constituição de 1988, Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia". São Paulo : Atlas, 1989, p. 123.

trole jurisdicional formal e material dos atos legislativos, são uma tarefa que comporta uma dimensão jurisdicional e política do intérprete, e é por isso que se torna tarefa das mais árduas.

Neste contexto, o magistrado trabalhista deve buscar nos fundamentos consagrados nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição Federal, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, a inspiração e o fundamento para a aplicação da lei aos casos concretos, em uma postura criativa, preservando os valores que foram consagrados pelo texto constitucional através de uma interpretação harmônica dos princípios constitucionais.

Nas sempre magistrais lições de *Ricardo Haro*,

> *Y si bien es cierto que, a esta altura de los tiempos, no es concebible un Estado "invasor" y "paternalista", también lo es que tampoco podemos aceptar un Estado "desertor", porque si el "invasor" y "paternalista" sofoca y ahoga a la sociedad, el "desertor" condena a la marginalización de los débiles, de los que no tienen voz, por los abusos de los poderes económicos que ocupan la escena social y asumen una mayor cuota de "poder" para acrecentar su insaciable ambición de riqueza... y, en esta difícil tarea, las Cortes y los Tribunales Constitucionales tienen que asumir, desde lo jurídico, la responsabilidad de esta nuevo garantismo que proteja un suficiente pero digno ejercicio de los derechos económicos sociales a los hombres.* [23]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barros, Suzana de Toledo. "O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais". Brasília Jurídica, 1996.

Barroso, Luís Roberto. "Interpretação e Aplicação da Constituição". 2ª ed. Saraiva, 1998.

Cleve, Clemerson Merlin e outro. "Algumas notas sobre a colisão de Direitos Fundamentais, in Estudos de Direito Constitucional", coordenadores GRAU, Eros Roberto e outro, em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo : Editora Malheiros, 2003.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio; Diniz, em conjunto. "Constituição de 1988, Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia". São Paulo : Atlas, 1989.

Friede, R. "Lições Objetivas de Direito Constitucional (e de Teoria Geral do Estado): para concursos públicos e universitários". São Paulo: Saraiva Ed., 1999.

Habermas, Jürgen. "Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos". Coletânea da obra Direito e Legitimidade. Organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo : Editora Landi, 2003.

Kelsen, Hans, "Teoria Pura do Direito". Trad. Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962.

Kaufmann, Matthias. "Discurso e Despotismo". Coletânea da obra Direito e Legitimidade. Organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo : Editora Landi, 2003.

Kervégan, Jean-François. "Democracia e Direitos" Coletânea da obra Direito e Legitimidade. Organizadores, Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo : Editora Landi, 2003.

Mota, Leda Pereira e Spitcovsky Celso. "Curso de Direito Constitucional". 4ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

Piovesan, Flávia. "Direitos humanos e o princípio da dignidade humana". *Revista do advogado.*

Rodriguez, Américo Plá. "Princípios de Direito do Trabalho". 3ª ed. São Paulo: Editora LTr, p. 28.

Roriz, Liliane. "Conflitos entre normas inconstitucionais". Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002.

Sussekind, Arnaldo e outros. "Instituições de Direito do Trabalho". 19ª ed. São Paulo : Editora LTr, vol. I, 2000.

TENDÊNCIAS ATUAIS DO DIREITO DO TRABALHO: FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO

EDUARDO EUGENIO SCREMIN (*)

1. FUNDAMENTOS E FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de analisar as tendências atuais do Direito do Trabalho, se faz necessário uma breve incursão histórica aos fundamentos e à formação deste ramo do direito.

Segundo os autores *Granizo* e *Rothvoss*, *apud Delgado* (2002, p. 89), a fase da formação estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial no Peel's Act, do início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da intensificação) situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos inicias o Manifesto Comunista de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, como a instauração da liberdade de associação e a criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase (da consolidação) estendeu-se de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a Conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica Católica *Rerum Novarum* (1891), que também fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada "questão social". A quarta e última fase da autonomia do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919). *Wolkmer* (1989, p. 51), além dos fatos mencionados acima acrescenta outros importantes "Pactos Políticos" — consolidadores do constitucionalismo do tipo social, como a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), decorrente do impacto ideológico da Revolução Russa (1917); a criação da Organização Internacional do Trabalho, ao final da Primeira Guerra Mundial (1919), consagrando os direitos fundamentais

---

(*) Pós-graduando em direito do trabalho – UNIVALI/AMATRA, Itajaí, Santa Catarina.
Endereço: Rua da Glória, 72, cj. 310, Centro Cívico, Curitiba, Paraná, CEP 80.030-060. Fone/fax: (41) 3018 – 3425. e-mail: eduardoscremin@bsi.com.br

dos trabalhadores e criando uma legislação internacional do trabalho; por fim, o Texto Político Espanhol (1931) que, como forma de equilíbrio, ora intenta o poder, ora prefigura a edificação de uma "República dos Trabalhadores de todas as classes."

Após décadas de lutas e conquistas das classes operárias como numa espécie de reação dos detentores do capital, passou-se a discursar sobre a globalização e o neoliberalismo.

2. GLOBALIZAÇÃO E O NEOLIBERALISMO

A globalização não é um conceito único ou possui uma definição exata. Este fenômeno é muito antigo se entendermos como tendência dos homens a ultrapassar seus domínios territoriais, estabelecendo novos canais de interlocução humana. Nesse sentido preciso, o *homem global* coincide exatamente com o nascimento do cosmopolita, pois segundo Pinaud citado por *Arruda* (1998, p. 15) "o termo cosmopolita é um termo cunhado na Grécia Antiga (séc. IV a.C.) para homenagear as transformações que Alexandre Magno impunha com suas conquistas [...]. Fato é que a palavra 'cosmopolita' (cidadão do mundo) significou a superação do 'Polites', homem da Cidade-Estado."

A busca pela mundialização da economia ganha aliados sem precedentes através da tecnologia e dos satélites que não conhecem fronteiras. O mercado comum torna-se cada vez mais competitivo, levando a fusão de grandes corporações que se dirigem aos locais onde haja a mínima interferência do Estado e o custo da produção seja o mais baixo possível, imperando o neoliberalismo.

Essa realidade do mercado leva a conseqüências inevitáveis para o campo social dos países periféricos que segundo *Campana* (2000, p. 134), "...provoca crise de regulação estatal em dois sentidos: primeiro, na incapacidade do Estado em garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial e, segundo, na submissão desse mesmo Estado ao poder de forças econômicas supranacionais."

O neoliberalismo para *Biavaschi* (1998, p. 231), é uma forma de expressão adotada pelo capitalismo visando à afirmação de seu domínio num mundo que se globaliza. Teve como marco sempre lembrado pelos doutrinadores a obra de *Friedrich Hayek, O caminho da servidão,* escrita em 1944, às vésperas da eleição geral de 1945 na Inglaterra, dando origem a seguir à Sociedade de Mont Pélerin na Suíça. Os membros dessa sociedade reuniam-se a cada dois anos, traçando estratégias para eliminar o Estado e o déficit público, preparando as bases para um novo tipo de capitalismo mais flexível.

A crise do petróleo e do mercado econômico do pós-guerra, a partir de 1970, levou o mundo capitalista à profunda recessão, associada à taxas inflacionárias altíssimas. Os neoliberais atribuíam esta crise ao poder excessivo dos sindicatos e, de forma geral, ao movimento operário que dete-

riorava as bases de acumulação capitalista em face das pressões por salários, com um Estado consumidor que, cada vez mais, aumentava seus custos sociais.

Nesse contexto os países subdesenvolvidos, obrigados a buscarem recursos internacionais, foram compelidos a aderirem aos receituários do Banco Mundial, FMI e o BID, dando origem posteriormente ao Consenso de Washington (1989). O Consenso trabalha com as seguintes metas: redução drástica do Estado; corrosão do conceito de Nação; máximo de abertura às importações; e entrada de capital de risco. Com esse intuito, e com base no argumento da eficiência, dissemina a idéia da necessidade de um Estado Mínimo e, conseqüentemente, da flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho.

3. FLEXIBILIZAÇÃO X DESREGULAMENTAÇÃO

Entre os principais dicionários da Língua Portuguesa temos *Houaiss* (2001, p. 1015; 1356), que define a "desregulamentação *S.f.* 1. ato ou efeito de desregulamentar 1.1. eliminação das regras, das normas (esp. governamentais) para qualquer instituição ou corpo coletivo 1.2. eliminação das disposições governamentais que normatizam a execução de uma lei, decreto etc. 1.3. ECON redução da participação direta ou indireta, do Estado na economia e nos mercados; desregulação [Essa tendência, que surgiu nos países industrializados a partir de 1970, preconiza que as empresas, preços e alocação de recursos são mais eficazmente controlados e administrados pelas forças de mercado do que por regulamentos governamentais.] ETIM *desregulamentar + ção.* e flexibilizar no sentido de tornar (se) menos rígido." (destaquei).

Ferreira (1999, p. 665; 914), conceitua "desregulamentação como [De *desregulamentar + ção*] *S.f.* Ato ou efeito de desregulamentar e o verbete desregulamentar como [De *des + regulamentar*] *V.t.d.* eliminar regras ou normas (esp. governamentais) de. foi proposto projeto de lei para desregulamentar o transporte aéreo. Já a flexibilização como [De *flexibilização + ção*] *S. f.* 1. Ato ou efeito de flexibilizar. 2. Afrouxamento ou eliminação de leis ou normas. esp. as que afetam relações econômicas: "O presidente da Argentina...prometeu 'avançar nas medidas de flexibilização trabalhista'. [Isso] significa reduzir ainda mais os encargos sociais e tirar dos sindicatos a intermediação dos serviços médicos previdenciários." Gazeta Mercantil (27.8.1996)." (destaquei).

A definição dos verbetes, contém pequenas variações e para esse último autor a flexibilização pode significar até mesmo a eliminação de leis ou normas.

Entre os juristas, vários são os sentidos adotados. *Campana* (2000, p. 141), cita os seguintes autores: *Amauri Mascaro do Nascimento* entende que o vocábulo flexibilizar refere-se ao direito individual do trabalho, enquanto desregulamentação diz respeito ao direito coletivo; para José Fran-

cisco Siqueira Neto, a desregulamentação, na verdade, é um tipo de flexibilização promovida pela legislação. Entretanto há também o entendimento no qual a flexibilização é espécie do gênero desregulamentação. *Süssekind* (2002, p. 54), entende que a desregulamentação não se confunde com a flexibilização das normas de proteção ao trabalhador, porque defende a inexistência da maioria dessas normas.

Na doutrina estrangeira também não há uma definição uniforme dos dois institutos. O autor peruano *Cosmópolis* (1996, p. 116), traz a seguinte definição:

> "desregular es, a su vez, un neologismo que viene a significar privar de normatividad, suprimir o eliminar los mandatos legales que regulaban un determinado instituto o situación. Al igual que la flexibilización, presupone la existencia de una regulación a la flexibilización atenúa en tanto que la desregulación elimina.
>
> flexibilizar implica, por tanto, mantener un derecho o beneficio laboral, pero reduciendo su alcance, profundidad o contenido, para adaptarlo a las necesidades empresariales; mientras que desregular implica suprimirlo, descartarlo totalmente."

Conclui o autor peruano: *"En tal sentido, podríamos llegar a afirmar que la desregulación es el grado máximo e insuperable de la flexibilización, la toda ausencia, la virtual claudicación del derecho laboral."*

Entendendo que a desregulamentação é a retirada total da norma, esta não seria possível no nosso ordenamento jurídico. A flexibilização, como abrandamento da norma, em determinadas situações peculiares é admissível e será objeto do presente estudo a análise da sua extensão e limitação na esfera dos direitos e garantias sociais dos trabalhadores no Brasil.

O principal discurso dos neoliberais para flexibilizar as normas trabalhistas é a manutenção e criação de novos postos de trabalho diante da crise econômica que assola a nação e a competitividade da economia globalizada.

Ocorre que o discurso neoliberal é apenas econômico e capitalista, não se preocupa com a democracia e com as infindáveis lutas ao longo da história para as conquistas dos direitos sociais. Comete os mesmos erros apontados por *Moraes Filho* e *Flores de Moraes* sobre os vícios da liberdade econômica e do liberalismo jurídico, segundo os quais "a implantação da livre concorrência, aumentava cada vez mais o número de miseráveis, de empobrecidos, de pessoas sem posses, enquanto crescia, por igual, a fortuna na mão de poucos proprietários. Após 1789, desmentida a otimista filosofia revolucionária de que homens, livres, logo seriam ricos e prósperos. *Le Chapelier*, por exemplo, ao escrever a fundamentação da célebre lei (1791) que lhe tomou o nome, afirmava: 'Compete às convenções livres de indivíduo a indivíduo fixar a jornada para cada operário. Compete, em seguida, ao operário manter a convenção que fez com quem o ocupa'. Isto

seria verdadeiro entre seres iguais. Contudo a igualdade contratual é meramente teórica." Continua o autor citando Ripert: "É uma igualdade civil, isto é, de condição jurídica, mas não uma igualdade de forças. O erro do liberalismo em sua própria doutrina é de dizer que todo o contrato se forma e se executa sob o regime da liberdade. Se os dois contratantes não estão em igualdade de forças, o mais poderoso encontra no contrato uma vitória muito fácil."

4. TENDÊNCIAS ATUAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Há tempo vem se debatendo a flexibilização das normas trabalhistas. Várias são as normas ligadas a este fenômeno: a Lei 4.923/65 que possibilita a redução do salário; a Lei 5.107/66 que instituiu o FGTS sob o argumento que a estabilidade dos empregados afugenta a contratação dos mesmos; a Lei 6.019/74 que regula o trabalho temporário; a Lei 6.494/77 que instituiu o contrato de estágio; a Lei 7.102/83 que permite a terceirização dos serviços de vigilância e segurança; a própria CF/88, art. 7º, inciso VI possibilitando a redução dos salários , inciso XIII relativo a compensação de jornada, inciso XIV dispondo sobre a majoração das seis horas para os turnos ininterruptos de revezamento, todos mediante convenção ou acordo coletivo e a obrigatoriedade do FGTS no inciso III; a Lei n. 8.860/94 que complementa o art. 458 da CLT, descaracterizando a natureza salarial de uma série de concessão ou pagamentos feitos pela empresa; a Lei n. 8.949/94 acrescentando o art. 442 da CLT, estabelecendo a inexistência de vínculo empregatício entre a sociedade cooperativa e seus associados, bem como entre estes e os tomadores de serviços; a Lei n. 9.601/98 implementa o banco de horas e o contrato de trabalho por tempo determinado através de acordo ou convenção coletiva de trabalho; a MP n. 1.709-1/98, atualmente MP n. 2.164-41/01, dispõe sobre contrato de trabalho na modalidade de regime a tempo parcial; a MP ns. 1.726/98 e 1.779-11/99, atualmente MP n. 2.164-41/01, que acrescentaram o art. 470-A e respectivos parágrafos da CLT dispondo sobre suspensão do contrato de trabalho sem pagamento de salário mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho; a Lei n. 10.097/00 instituiu o novo contrato de aprendizagem; EC 28/00 igualou a prescrição dos rurais aos urbanos (art.7 º, XXIX, da CF/88) ; a MP n. 2.164-41/01 altera o art. 58 da CLT ampliando o prazo para a compensação de jornada de 120 dias para um ano.

A tendência de flexibilização, segundo *Maior* (2002, p. 1292), tem-se observado na jurisprudência, nos seguintes casos: a) não há qualquer questionamento (ou pelo menos, muito poucos) acerca da inconstitucionalidade das citadas previsões legais; b) legitimou-se, pelo Judiciário, o sistema administrativo da terceirização (Enunciado 331, do Tribunal Superior do Trabalho — TST), deslocando-se o vínculo de emprego do local de prestação dos serviços, com efeitos nefastos no cotidiano dos trabalhadores; c) fixou-se o entendimento de que o pagamento por intervalo não cumprido não possui natureza salarial; d) manteve-se o salário mínimo como base de incidência do adicional de insalubridade, embora a Constituição forneça

argumentos fortes em sentido contrário; e) manteve-se o entendimento de que não é possível a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, se presentes os elementos caracterizadores dos dois direitos; f) firmou-se o entendimento de que não produzem efeitos trabalhistas nos contratos firmados com entes públicos sem prévia aprovação por concurso público; g) tem-se aplicado a nova prescrição do rural a todos os contratos de trabalho rurais em vigor, desde que não haja reclamação trabalhista em andamento a respeito da respectiva relação de trabalho; h) não se confere a estabilidade no emprego, prevista no art. 118, da Lei n. 8.213/90 (estabilidade do acidentado), na hipótese de que o ex-empregado não tenha recebido auxílio-doença acidentário, mesmo em se tratando de doença profissional; i) firmou-se o entendimento de que a gorjeta não possui natureza salarial (Enunciado 354, do TST); j) firmou-se o entendimento de que a aposentadoria por tempo de serviço é causa extintiva do contrato de trabalho, fazendo-se o cálculo da multa de 40% sobre o FGTS, no caso de dispensa, somente com relação ao período posterior à aposentadoria; l) tem-se reduzido a incidência à aplicação das horas *in itinere* (Enunciado 324, do TST). A flexibilização tem repercutido, igualmente, no processo do trabalho: m) a distribuição do ônus da prova continua sendo aplicada com base na regra do artigo 333, do Código de Processo Civil (CPC), sem avaliação do princípio da aptidão para a prova; n) raras são as concessões de tutela antecipada, adotando-se como limite o requisito negativo da irreversibilidade; o) várias são as homologações judiciais de acordos prevendo a quitação ampla do extinto contrato de trabalho, sem indicação precisa dos direitos efetivamente transacionados; p) freqüentes são as anulações de penhora em dinheiro ou de penhora em faturamento da empresa, com base no pressuposto de que não se deve "matar a galinha dos ovos de ouro"; q) têm sido adotados, ainda que com menor incidência, os entendimentos de que as comissões de conciliação se constituem condição da ação e do efeito liberatório dos acordos ali formulados.

Na esfera da negociação coletiva segundo *Nascimento* (2002, p. 2), pode-se destacar algumas hipóteses de flexibilização jurisprudenciais, tais como: as horas *in itinere* e a compensação de 12 x 36 ou 24 x 48; validade de cláusula em convenção ou acordo coletivo com adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao legal e proporcional ao tempo de exposição; a negociação da natureza indenizatória da ajuda alimentação; e a possibilidade de previsão em instrumento coletivo de não indenização da gestante nos casos de desconhecimento do estado gravídico pelo empregador.

A valorização da negociação e o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, estão estampados nos artigos 7º, XXVI e 8º VI da CF/88. A Constituição, contudo, enumerou os casos e situações excepcionais em que a negociação poderia ser um prejuízo do trabalhador no artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV, não cabendo ao intérprete fazer interpretação extensiva.

Com o pujante discurso do neoliberalismo cogitou-se em alterar o art. 7º da CF/88, flexibilizando os direitos trabalhistas ali contidos. Diante da dificuldade de obterem sucesso, optaram por via oblíqua, alterar o art. 618

da CLT (projeto de Lei n. 5.483/01, transformado em PLC 134/01, tramitando no Senado Federal), que de forma inversa às hierarquias das normas, a lei regularia as condições de trabalho nos casos de ausência de convenção ou acordo coletivo.

Giglio (2002, p. 403-405), alerta que sempre foi possível a negociação para melhorar a condição do trabalhador art. 7º *caput* da Constituição. "Se agora se insiste na possibilidade de alterar os direitos, obviamente não seria para melhor, e sim para piorar a situação do trabalhador."

Continua o autor "Ainda que estejamos totalmente equivocados e as negociações entre patrões e empregados resultem em maior produção e aumento da riqueza material, restaria indagar a quem aproveitaria esse progresso econômico. Para a filosofia humanista, o valor supremo é o homem, e o que transparece, nos poucos países do terceiro mundo que aparentam desenvolvimento, entre eles o Brasil, é o enriquecimento (relativo) do Estado e o empobrecimento notório da nação. Aumenta o tesouro nacional, em detrimento dos cidadãos, cuja renda diminui ano a ano, salvo para um restrito número de superprivilegiados."

Nascimento (2002, p. 905-907), lembra que os direitos fundamentais do trabalhador segundo a OIT são: "a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação."

Segue o autor. "Quando a Constituição dispõe que os créditos trabalhistas podem ser judicialmente cobrados no prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, quando fixa em 50% o valor do adicional de horas extraordinárias ou em 2/3 o acréscimo da remuneração nas férias, não está se referindo a um direito fundamental, mas a simples questão processual ou de quantitativos de complementos salariais que não têm natureza constitucional a não ser no sentido formal.

E quando a legislação infraconstitucional estabelece que não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de se encontrar em estado de gravidez (CLT, art. 391) está declarando que a mulher não deve ser discriminada por essa razão, portanto declarando um direito fundamental."

Deve haver uma avaliação do que realmente são direitos fundamentais e aqueles que são negociáveis, alertando este autor que proteção do emprego (direito fundamental) não depende de legislação trabalhista mas, sim, de políticas de desenvolvimento econômico, aliadas a políticas de treinamento e reciclagem e de políticas empresariais que permitam a abertura de novos postos de trabalho.

Nascimento (2001, p. 1420-1429), ao comentar o projeto de flexibilização da CLT, propõe alguns limites da negociação coletiva. Sinteticamente, não poderiam ser objeto de negociação: direitos previdenciários (normas de ordem pública); a organização sindical (embora devesse ser remo-

delado, como pressuposto do projeto); a lei de greve; direito público (fiscalização das DRTs, direito penal do trabalho); convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil (ex. Convenção 132 — férias); segurança e saúde do trabalho (podem ser complementares, mas não substitutivas); regras constitucionais gerais e especificas; trabalho da mulher e do menor; estabilidades especiais previstas na Constituição; a homologação das rescisões de contrato de trabalho (art.477, da CLT), porque é ato instrumental e não condição de trabalho.

Por outro lado, poderão ser objeto de negociação: conflitos coletivos, fixando novas normas e condições de trabalho *in pejus*, desde que respeitado os direitos acima mencionados; a jornada de trabalho (respeitando o limite máximo de 8h diárias, 44h semanais e o adicional de horas extras no mínimo de 50%); a compensação de horário e seus parâmetros, a redução da jornada; a exclusão ou inclusão do tempo *in itinere* na jornada; a jornada em tempo parcial e sua duração (art. 58 — A, da CLT); o número de horas extras e as compensáveis (art. 59, §§ 2º e 4º, da CLT); a condição dos gerentes e exercentes de cargos de confiança (art. 62, da CLT); a duração dos intervalos (art. 67, da CLT); os dias de concessão nos quais, na semana, recairá a concessão do repouso remunerado (art. 68, da CLT); o período que se caracteriza como noturno (art. 73, da CLT); o percentual do adicional noturno (art. 73, da CLT); a forma de marcação de ponto (art. 74, CLT); férias poderão ser negociadas para aqueles que entendem não ser direito de proteção à saúde do trabalhador e ainda assim deve ser respeitada a convenção 132, da OIT, podendo, por exemplo, haver fracionamento mais amplo das férias, prazo de concessão, reflexos das licenças por motivo de saúde ou acidente de trabalho, época de concessão, férias proporcionais, efeitos da cessação do contrato de trabalho e caso não haja negociação em contrário continuará sendo aplicado o capítulo da CLT referente às férias; salário (art. 7º, VI da CF), descontos salariais (art. 462, da CLT), o pagamento de comissões e percentagens (art. 466, da CLT), prazos de pagamento (art.459, da CLT), pagamento em moeda nacional (art. 463, da CLT), prova de pagamento (art. 464, da CLT), local e horário de pagamento (art. 465, da CLT) e acréscimo de 50% se houver o pagamento do salário incontroverso na audiência inicial na Justiça do Trabalho (art. 467, da CLT); décimo terceiro salário pago em duodécimos mensais, sob o argumento de que se é possível a redução dos salários mediante negociação coletiva, também será admitido o parcelamento do pagamento de uma verba de natureza salarial; normas especiais de tutela do trabalho (profissões regulamentadas — regulamentação especial); regras legais do contrato de trabalho por prazo determinado; alteração das condições de trabalho; suspensão e interrupção do contrato e aviso prévio observado as limitações acima expostas.

Süssekind (2003, p. 135-136), renomado jurista que fez parte da comissão que elaborou a Consolidação das Leis Trabalhista — CLT em 1943, após 60 anos de vigência do principal instrumento regulamentador do Direito do Trabalho, ciente das mudanças na sociedade e nas relações de

trabalho, apresentou algumas sugestões para atualização da legislação trabalhista no XVII Congresso Brasileiro de Direito Individual e Coletivo do Trabalho (SP, nov. 2002), as quais merecem serem transcritas:

"1) a reforma do art. 8º da Constituição para assegurar a liberdade sindical no seu tríplice aspecto:

a) coletiva, do grupo de trabalhadores ou de empresários exercentes de atividades idênticas, similares ou conexas;

b) individual, dos integrantes desses grupos;

c) institucional, compreendendo a autonomia da associação e o direito de constituir federações, confederações e centrais sindicais.

2) os tributos incidentes sobre os salários devem, em sua maioria, ter outra base de cálculo.

3) as hipóteses de trabalho extraordinário devem ser limitadas, tomando-se por base o disposto nas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

4) A CLT deve ser atualizada, afim de que:

I) os sistemas legais se constituam de diversas regras indisponíveis, que estabeleçam um mínimo de proteção a todos os trabalhadores, abaixo do qual não se concebe a dignidade do ser humano;

II) esses sistemas abram espaço para a complementação do piso protetor irrenunciável ou para flexibilizar a aplicação das normas gerais de nível superior, mediante negociação coletiva, isto é, com a participação dos correspondentes sindicatos, aos quais cumpre assegurar a liberdade sindical, tal como prevista na Convenção da OIT n. 87;

III) a flexibilização deve visar à adaptação das normas gerais para:

a) o atendimento as peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais;

b) a implementação de nova tecnologia ou de novos métodos de trabalho;

c) a preservação da saúde econômica da empresa e dos respectivos empregados.

5) o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica perante os tribunais do trabalho dar-se-á:

I) pelo consenso das partes que escolherão a via judicial ou a arbitragem privada;

II) pelo Ministério Público do Trabalho em caso de greve capaz de impedir o atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade;

III) por qualquer das partes, após o decurso do prazo de sessenta dias, durante a qual tenha malogrado a negociação direta, seguida da realizada com mediação."

Além das flexibilizações legislativas e jurisprudenciais relacionadas em páginas anteriores, houve uma novidade no mecanismo de solução dos conflitos trabalhistas através das Comissões de Conciliação Prévia.

Com razão assiste *Wolkmer* (2001, p. 301), "Diante da complexidade e da multiplicidade de espécies de conflitos produzidos pelas atuais sociedades capitalistas, talvez a resposta eficaz para a implementação de uma Justiça menos ritualizada e burocrática, mais flexível, rápida e informalizada, seja o alargamento da 'mediação' e da 'conciliação' em direção à instituição de pequenos e descentralizados tribunais de justiça." É preciso criar outros mecanismos mais rápidos e eficazes de soluções de conflitos que o atravancado e moroso judiciário brasileiro.

Ocorre que a lei das Comissões de Conciliação Prévia, como foi posta, apresenta alguns problemas. Em relação à inconstitucionalidade da lei com base no art. 5º, XXXV, da CF/88, não tem fundamento, porque o fato do constituinte assegurar o direito de acesso ao Poder Judiciário, não significa dizer que o legislador ordinário esteja impossibilitado de impor condições para que os cidadãos exerçam o direito de ação.

O problema de eficácia deste mecanismo é a falta de representatividade da maioria das categorias profissionais e conseqüentemente a credibilidade dos acordos firmados nas Comissões. O curto período de existência da lei, tem demonstrado que muitas empresas utilizam-se destas comissões para pagarem as verbas rescisórias, dando quitação geral dos demais direitos trabalhistas que não foram devidamente quitados no decorrer do contrato de trabalho. Essa é a principal crítica que se faz à lei ao dar eficácia liberatória geral aos termos de conciliação (parágrafo único do art. 625-E, da CLT). Esse dispositivo contraria a regra máxima da transação, "A transação interpreta-se restritivamente...", art. 843 do Código Civil. Não é concebível, o empregador ao pagar apenas as verbas rescisórias, que já deveria ter quitado na época da dispensa do empregado, quitar todas as demais verbas do contrato de trabalho que não forem ressalvadas. A ocorrência de tais hipóteses levou ao descrédito das Comissões de Conciliação Prévia na eficácia das garantias dos direitos dos trabalhadores.

5. CONCLUSÃO

Reformas no Direito do Trabalho são necessárias porque as relações de trabalho na época da elaboração da CLT não são as mesmas. A era tecnológica e a globalização, contudo, não devem afetar os direitos fundamentais, como a dignidade do trabalhador, o direito de privacidade, da honra, do salário mínimo, do descanso, do lazer etc., esses continuam vitais e indisponíveis. Por isso, é necessário debate e cautela nas reformas, sob pena de retrocedermos duzentos anos na história dos direitos sociais.

O mero discurso de que se deve mitigar a interferência do Estado nas relações de trabalho e deixar tudo por conta de negociação das partes é complexo. O paradigma dos Estados Unidos da América não serve para o nosso modelo econômico e social. A nossa realidade da unicidade sindical

é ultrapassada e poucos são os sindicatos que tem realmente poder de representatividade. Além disso as novas formas de relação de trabalho, principalmente o pulverizado setor da prestação de serviços, do tele trabalho e o trabalho a domicílio, dificultam a associação, a reunião e a representação de seus membros.

É necessário antes de prevalecer o negociado sobre o legislado que se faça ampla reforma no sistema sindical brasileiro, dando condições para que em todas as regiões do país e em todas as categorias haja representatividade, possibilitando que as peculiaridades sejam atendidas e os direitos mínimos assegurados.

Se o objetivo maior das reformas trabalhistas é possibilitar a competitividade das empresas e a criação de novos postos de trabalho, as reformas necessárias deveriam ocorrer principalmente nas tributações incidentes nos salários, nos serviços e nas mercadorias. A alta carga tributária é a que realmente onera os empresários brasileiros, afugenta a vinda de capital estrangeiro, cedendo lugar para a economia e o trabalho informal, conseqüentemente, como num ciclo vicioso, gera baixa arrecadação.

Com uma reforma tributária, uma fiscalização efetiva e uma punição severa aos infratores as empresas teriam condições competitividade, afastariam a economia informal, o Estado recolheria mais e seriam poupados os direitos daqueles que são mais fracos nesta cadeia produtiva, os trabalhadores.

Cumpre lembrar que o princípio de proteção do trabalhador, mesmo contra vontade de muitos, ainda está em vigor e é fundamental para o Direito do Trabalho, o qual tem como um dos conceitos tradicionais de Magano, apud *Maior* (2002, p. 1297), "...o conjunto de princípios, normas e instituições, que se aplicam à relação de trabalho, tendo em vista a *proteção do trabalhador* e *a melhoria de sua condição social.*" (destaquei).

O próprio Direito Civil evoluiu no sentido de dar prioridade para a função social do contrato, na liberdade de contratar (art. 421, do CC). Não é possível que o Direito do Trabalho deixe seus princípios e sua história de conquistas em nome da flexibilização e de um discurso neoliberal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arruda Junior, Edmundo Lima de. "Os Caminhos da Globalização: Alienação e Emancipação". *In: Arruda Junior, Edmundo Lima de*; e *Ramos, Alexandre Luiz* (Org.). "Globalização Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho". Curitiba: Edibej, 1998, p.15-41.

Biavaschi, Magda. "As Reformas do Estado em Tramitação: Breves Considerações". *In: Arruda Junior, Edmundo Lima de*; e *Ramos, Alexandre Luiz* (Org.). "Globalização Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho". Curitiba: Edibej, 1998, p. 231-242.

Campana, Priscila. "O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico". *Revista de informação legislativa.* Brasília, Senado Federal, n. 147, p. 129-144, jul/set 2000.

Cosmopolis, Mario Pasco. "La flexibilización en América Latina". *In: Mallet, Estêvão*; e *Robortella, Luiz Carlos Amorim* (Org.). "Direito e Processo do Trabalho: estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano". São Paulo: LTr, 1996. p. 116-134.

Delgado, Mauricio Godinho. "Curso de Direito do Trabalho". São Paulo: LTr, 2002. 1448p.

Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. "Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa". 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

Giglio, Wagner D.. "A Prevalência do Ajustado Sobre o Legislado". LTr. *Revista Legislação do Trabalho,* São Paulo, V. 66, n. 4, p. 402-405, abril/2002.

Houaiss, Antonio e Villar, Mauro de Salles. "Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa". Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 2925p.

Maior, Jorge Luiz Souto. "A fúria'. Ltr. *Revista Legislação do Trabalho,* São Paulo, V. 66, n. 9, p. 1287-1309, nov/2002.

Moraes Filho, Evaristo de; e Moraes, Antonio Carlo Flores de. "Introdução ao Direito do Trabalho". 8ª ed., São Paulo: LTr, 2000. 780p.

Nascimento, Amauri Mascaro. "Limites da Negociação Coletiva na Perspectiva do Projeto de Flexibilização da CLT". LTr. *Revista Legislação do Trabalho,* São Paulo, V. 65, n. 12, p. 1419-1431, dez/2001.

_____ . "O Novo Âmbito do Protecionismo do Direito do Trabalho". LTr. *Revista Legislação do Trabalho,* São Paulo, V. 66, n. 8, p. 905-921, agosto/2002.

Nascimento, Sonia A.C. Mascaro. "As Transformações do Direito do Trabalho e os Limites da Flexibilização". *Boletim Informativo — Núcleo Mascaro & Mannrich.* São Paulo, ano I, n. 2, dez/2002.

Süssekind, Arnaldo. "Curso de Direito do Trabalho". São Paulo: LTr, 2002, 432p.

_____ . "Atualização da Legislação Trabalhista". LTr. *Revista Legislação do Trabalho,* São Paulo, V. 67, n. 2, p. 135-136, fevereiro/2003.

Wolkmer, Antônio Carlos. "Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil'. São Paulo: Acadêmica, 1989. 152p.

_____ . "Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito". 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. 387p.

A APROPRIAÇÃO LIBERAL DO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS E UMA NOVA HERMENÊUTICA DE SUPERAÇÃO

GIOVANNI OLSSON[1]

Sumário: Introdução; 1. Paradoxo dos direitos humanos; 2. Discurso hegemônico dos direitos humanos em desconstrução; 2.1. Fundamento jurídico-político estatocêntrico; 2.2. Apropriação neoliberal do discurso dos direitos humanos; 2.2.1. Mecanismos institucionalizados; 2.2.2. Limites da apropriação; 2.3. A necessidade de uma nova hermenêutica dos direitos humanos; 3. Contra-discurso dos direitos humanos em construção; 3.1. As primeiras críticas ou os ceticismos ao discurso hegemônico; 3.1.1. Crítica da legitimidade; 3.1.2. Crítica da coerência; 3.1.3. Crítica cultural; 3.2. Uma abordagem pela dicotomia entre atores e estrutura; 3.3. A redescoberta do diálogo entre direitos e necessidades; 3.3.1. Caracterização das necessidades, relações e estrutura normativa; 3.3.2. Relação entre ne-cessidades e direitos; 3.3.3. Operatividade entre as necessidades e as perspectivas; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O debate contemporâneo em torno dos direitos humanos une o objetivismo dos cientistas jurídicos das mais diversas áreas com base em pressupostos teóricos variados e também o subjetivismo do cidadão globalizado das mais diversas culturas com base em fundamentos igualmente múltiplos. Diz-se até, em certa medida, que o debate científico é uma resposta da academia a um clamor universal em torno do tema.

Entretanto, deve-se analisar até que ponto esse discurso hegemônico converte-se em uma prática qualitativa e quantitativamente difundida e, assim, verificar se não existe um certo paradoxo nessa afirmação.

---

(1) Juiz do Trabalho na 12ª Região (SC). Professor Universitário (UnC). Mestre e Doutorando em Direito (UFSC).

Mais além, também se deve fazer uma tentativa de expor as fragilidades desse discurso hegemônico dos direitos humanos, agora em desconstrução, e revelar sua limitação estatocêntrica, sua apropriação pela ideologia liberal e as incapacidades da perspectiva tradicional para sua veiculação eficaz.

Por fim, e com base na proposta de *Galtung*[2], deve-se promover uma tentativa de construção de um discurso alternativo ou contra-discurso de direitos humanos, mediante o resgate da relação entre direitos e necessidades, como fundamento amplo da problemática, como uma nova hermenêutica, apontando para uma alternativa de emancipação em torno do seu núcleo duro.

1. PARADOXO DOS DIREITOS HUMANOS

O exame atento do discurso e da prática tradicionais dos direitos humanos permite revelar um paradoxo desafiador.

Cabe reconhecer que, de uma forma ou de outra, todos são "a favor" dos direitos humanos, e, até onde se sabe, ninguém é "contra". Em verdade, não se conhece algum dissenso sério em torno dessa idéia de direitos humanos, que já formou um lugar comum no discurso jurídico contemporâneo.

Há um considerável aumento qualitativo e quantitativo dos instrumentos de previsão e garantia dos direitos humanos. *Trindade* aponta que "o processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos"[3]. No seu elenco, há dezenas de instrumentos dos mais variados alcances e conteúdos, envolvendo proteção particularizada, proteção geral, direito de refugiados e direito humanitário[4]. *Proner*, na mesma linha, analisa os sistemas universal e regionais de proteção dos direitos humanos, com enfoque nos seus órgãos e procedimentos instituídos, e com ênfase no âmbito americano, embora ressalve suas limitações[5].

O problema, contudo, é como explicar que esses tais "direitos humanos" — dos quais todos falam, e que todos supostamente defendem — nunca se realizam integralmente em extensão e em profundidade.

Não se realizam em extensão, porque áreas significativas da superfície terrestre são povoadas por seres humanos cujas condições materiais objetivas de existência — alimentação, habitação, educação e saúde, por

---

(2) *In: Galtung Johan.* "Direitos humanos: uma nova perspectiva". Trad. Margarida Fernandes. Lisboa: Piaget, 1994. 252p.

(3) *In: Trindade, Antônio Augusto Cançado.* "A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil", p. 23.

(4) *Idem*, p. 63-81.

(5) *In: Proner, Carol.* "Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção", especialmente pp. 67-113 e 232.

exemplo — não permitem reconhecer parâmetros mínimos para algum referencial ético em termos de dignidade; a distinção entre seres humanos e animais, em alguns casos, pode ser puramente antropomórfica e genética.

Não se realizam em profundidade, da mesma forma, porque há níveis muito discrepantes de efetivação desses direitos, individual ou comparativamente considerados; a satisfação de necessidades de alimentação, por exemplo, ocorre em graus muito diferentes entre países desenvolvidos e países subdesenvolvidos; além disso, é possível reconhecer que a satisfação de necessidades de alimentação, por exemplo, quando suprida por entidades governamentais ou não-governamentais, possa ser regular, mas não se satisfaz a necessidade de habitação ou de saúde, do outro lado.

Ainda mais grave é o fato de que os indicadores da qualidade de vida do ser humano na face da Terra têm apontado para uma crescente exclusão e marginalização de porções cada vez maiores de pessoas, especialmente no denominado Terceiro Mundo. Não cabe, aqui, discutir as causas desse fenômeno propriamente, mas sim tentar entender porque, apesar do coro uníssono em torno dos direitos humanos, a Humanidade cada vez é menos humana nos seus pressupostos mais elementares.

Esse paradoxo aponta para algo mais sério, que é uma apropriação do discurso hegemônico dos direitos humanos e uma insuficiência teórica para responder a essas expectativas, o que deve ser revelado e desconstruído.

02. DISCURSO HEGEMÔNICO DOS DIREITOS HUMANOS EM DESCONSTRUÇÃO

A questão dos direitos humanos tem sido tratada, na época contemporânea, como um problema do Estado-nação e, assim, veicula-se como um discurso estatocêntrico. Essa idéia precisa ser resgatada para que se possa perceber como a essência do problema foi ofuscada pela forma de veiculação e, a seguir, substituída por outro conteúdo.

Uma das primeiras tentativas modernas de veicular as questões relacionadas aos direitos humanos foi realizada no bojo do chamado jusnaturalismo.

Essa corrente de pensamento pretendia, dentre outras coisas, assimilar o conceito de direito a um valor moral, ou, em outras palavras, reconhecer um mínimo moral no direito. Assim, e este é o ponto central do interesse, poder-se-ia reconhecer a existência de um conjunto mínimo de valores morais que deveriam ser incorporados e refletidos pelo direito. Evidentemente, muitas críticas foram dirigidas a essa concepção, especialmente no tocante ao seu fundamento. Atribuir os valores mínimos universais a uma entidade divina ou mesmo a uma natureza humana não se sustenta fora de uma concepção puramente idealista.

O valor da proposta jusnaturalista, contudo, não pode ser desmerecido. Em boa medida, foi uma importante tentativa de vincular a regulação de condutas sociais a algum tipo de parâmetro comum a todas as sociedades e a todos os homens e, portanto, seria um vetor para a idéia de um mínimo ético humano. Esse argumento vai ser retomado mais adiante.

A corrente de pensamento racional-positivista, por outro lado, atribuiu à razão humana a capacidade de não apenas descrever e entender o mundo, mas também de dominá-lo e transformá-lo em favor dos interesses do próprio homem.

O movimento racional-iluminista, nessa esteira, formulou o grande projeto do homem então na Terra: a modernidade. Um grande discurso ou metanarrativa que concebia a articulação dos homens em torno dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, na construção de novas instituições políticas, econômicas e sociais, sempre guiados pela razão sábia e esclarecida.

No plano político e jurídico, o Estado-nação é o grande paradigma que emerge. Ao mesmo tempo em que "salva" o homem do estado de natureza, o Leviatã afirma critérios políticos de democracia (representativa) para garantir que a liberdade que o homem perdeu no contrato social em nome da sobrevivência não seja utilizada contra ele mesmo; de outro lado, o Leviatã assume a regulação social de forma exclusiva e retira, junto com a liberdade, a possibilidade de justiça privada, fundindo o ente político com o ente jurídico. Da forma como articulada, a engenharia do Estado-nação seria a base para garantir a sobrevivência do homem (direito e paz), sua vida em coletividade integrada (sociedade e cultura) e a satisfação de suas necessidades (economia e subsistência). De uma forma bem esquemática, essas são as bases para os modernos afirmarem, naquele momento, sem qualquer indício de dúvida, que todos podem ser iguais, livres e fraternos.

Weber, com perspicácia, logo a seguir mostrará que os modernos foram ingênuos. Vai expor o lado perverso da razão, na sua maximização instrumental, e vai denunciar as "jaulas de ferro", mas ele pouco foi ouvido.

Entretanto, o desenvolvimento do Leviatã também como ente jurídico, que, como diz *Weber*, arvora-se no monopólio da violência legítima [6], vai deslocar para o Estado-nação todo o debate pertinente à regulação social. A regulação, aqui, é quase exclusivamente jurídica e, por certo, toda estatal. Paralelamente, cabe mencionar que o homem moderno liberal, temeroso do absolutismo, vai se cercar das maiores garantias institucionais possíveis para que o Leviatã não saia do controle da sociedade e também não ultrapasse os limites estreitos da liberdade renunciada pelos indivíduos no contrato ou pacto social originário.

O Estado, aqui, passa a ser não apenas um Estado de Direito, no sentido de que incorpora a instância jurídica e garante sua implementação, mas também Liberal, no sentido de que está limitado pelo indivíduo

(6) *In: Weber, Max.* "Economia y sociedad", p. 1.057.

mediante inúmeros mecanismos de controle de sua atuação. As idéias de separação de poderes, de controle externo de órgãos, de tipicidade e anterioridade penal, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito, de inércia jurisdicional, de mandatos temporários a legisladores e, em especial, de direitos fundamentais são expressões mais ou menos claras desses propósitos. É certo que essa análise pode merecer a crítica de não ser historicamente linear ou geograficamente contextualizada ou mesmo de que esses institutos não se destinam a apenas essa finalidade, mas isso é secundário, na medida em que, de uma forma ou de outra, em um momento histórico anterior ou posterior, vieram a formar o arsenal institucional contemporâneo que conhecemos e vivenciamos como Estado-nação.

É nuclear, na compreensão contemporânea do Estado-nação, a fixação desses parâmetros em documentos de elevada importância hierárquica, normalmente escritos, e de alteração muito limitada, que se conhecem por Constituição ou Lei Fundamental, como instituidores, fundantes, reguladores e legitimadores da ação do Leviatã. Os direitos fundamentais são elementos de destaque nesses documentos. Pode-se discutir a sua origem, sua importância, sua extensão e sua conformação, mas não se pode negar a sua presença cativa na engenharia constitucional moderna. De uma forma mais ou menos direta e mais ou menos extensa, as Leis Fundamentais positivas vão mencionar algo como o direito à vida, liberdade, igualdade, dignidade e o dever de respeito a eles e, usualmente, garantias para sua proteção no caso de violação. Não interessa, aqui, o debate dessas estruturas, mas sim a constatação de que os direitos fundamentais foram constitucionalizados, pelo menos contra ou perante o Estado. Os direitos humanos, então, que antes receberam a crítica de metafísicos, por oriundos de Deus ou de algum outro fundamento irracional, passaram a ser racionalizados dentro da estrutura jurídica, agora puramente nacional e constitucionalizada.

Essa transição dos direitos humanos, então naturais, para a positivação como direitos fundamentais, é importante para se entender como todo o seu discurso moderno é estatocêntrico.

Deve-se fazer a observação de que, nesse ponto, o debate em torno da definição dos direitos humanos, como maior ou menor extensão dos direitos fundamentais — que sempre recebe muita atenção dos juristas — , é secundário por dois motivos. De um lado, porque se trata aqui de uma idéia de direitos humanos, e não de um conceito jurídico-dogmático (o que, como se verá adiante, torna-se uma desvantagem). De outro lado, porque, independentemente da maior ou menor superposição entre as idéias de direitos humanos e direitos fundamentais (que varia conforme a extensão do conceito jurídico-dogmático adotado), é inegável haver, no mínimo, uma parcial identidade de conteúdo, e ela justifica a sinonímia relativa para esse efeito, considerando-se especialmente sua positivação constitucional habitual.

Com base na maior ou menor positivação dos direitos humanos em ordens nacionais, começaram a surgir-se não historicamente, pelo menos logicamente — os problemas de sua implementação. Algumas idéias demonstram isso.

É evidente que, se uma determinada ordem nacional reconhece um número maior ou uma extensão maior de direitos fundamentais e mesmo de suas garantias, comparativamente com outra ordem nacional, há um suposição razoável no senso comum de que seja melhor que a outra e, pois, que possa ser motivo de imigração. Também é lógico que, na política internacional, a existência a uma ordem nacional na qual os direitos humanos estejam em patamar mais elevado passa a ser um novo referencial para o debate político e, pois, estimula a tendência de alterar outros sistemas jurídicos, especialmente se aquela ordem exercer um papel de poder sobre as demais, como representar uma grande potência, por exemplo. Nessa esteira, também se admite a idéia de que uma ordem política que valorize os direitos humanos possa ser tida como superior e, nesse sentido, como depositária de valores humanos mais significativos e, ainda, como legitimada para a extensão desse padrão a outros povos, em nome dos mesmos valores humanos que institui. Isso não é apenas político ou jurídico, mas também especialmente cultural, sociológico e, hoje, econômico.

Não é por outra razão que uma releitura dos principais documentos históricos em torno dos direitos humanos evidencia serem uma projeção de valores nacionais que ganham precedência em algum embate histórico. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é exemplo claro.

Por outro lado, todo o debate moderno e contemporâneo em torno desse tema é levado a cabo por Estados e Organizações Internacionais Intergovernamentais. Há inúmeros documentos contemporâneos que afirmam e reafirmam a importância dos direitos humanos e buscam cada vez mais instituir mecanismos de prevenção e repressão a suas violações[7]. Também há Organizações Internacionais Não-Governamentais que atuam de forma importante nesse cenário[8]; embora raramente sejam reconhecidas como sujeitos de direito internacional público, seu maior papel é a investigação e denúncia dos fatos à opinião pública mundial, demandando mobilização política.

Apesar do aparente consenso em torno do tema, de todos os documentos jurídicos e políticos firmados e do elevado número de entidades envolvidas, continua presente a pergunta inicial sobre o motivo pelo qual os direitos humanos ainda não podem respeitados e garantidos. A ideologia, como se verá, exerce um papel importante na resposta.

02.01. Fundamento jurídico-político estatocêntrico

O discurso hegemônico dos direitos humanos está diretamente vinculado com o Estado-nação, como ator central das práticas internacionais da modernidade, e, assim, apresenta um fundamento jurídico-político nitidamente de base estatal na visão neoliberal de seu exercício. Essa con-

(7) Nesse sentido, por exemplo, a importância do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, de 1998.

(8) Como Cruz Vermelha ou Anistia Internacional, por exemplo.

cepção implica o reconhecimento de duas características importantes desse discurso que subsistem e são incorporadas às práticas contemporâneas de forma pouco crítica como dois momentos distintos de apropriação.

O primeiro é a referida construção político-jurídica moderna que estabeleceu as garantias do indivíduo frente ao Estado, convertendo valores humanos em estruturas jurídicas puramente formais, na equivocada pressuposição de que todos fossem materialmente iguais, livres e solidários, ou de que o mercado, com uma "mão invisível", regulasse tudo; com isso, os direitos fundamentais são direitos apenas formais e perante o Estado, como único devedor.

O segundo, é a retirada do Estado de seus meios de intervenção no mercado e na sociedade para orientar os benefícios da atividade econômica em favor da maioria da população; com isso, o debate em torno de necessidades humanas não é mais um debate econômico (porque a disfunção não é culpa do mercado, que deve ser livre e se "auto-regula"), ou social (porque a referência é puramente nacional, e não se podem comparar sistemas nacionais de valores diferentes) ou político (porque as instâncias internas de democracia representativa já esgotaram sua atividade, instituindo as normas jurídicas de regulação social), mas puramente jurídico-formal.

2.2. Apropriação neoliberal do discurso dos direitos humanos

A ideologia exerce um papel significativo na condução desse debate. É inequívoco que a satisfação das necessidades elementares humanas — como alimentação, saúde, abrigo, etc. — pressupõe um debate que envolva não apenas a dimensão jurídica, mas também a social, econômica e política. Entretanto, a conversão dessa questão de satisfação de necessidades humanas básicas em um problema puramente jurídico (sob o rótulo de "direitos humanos") parece ser fruto de uma apropriação neoliberal do discurso em vários aspectos.

Essa apropriação pela ideologia neoliberal poderia ser entendida como algo positivo, no sentido de que seria mais um elemento para a promoção do debate e defesa dos direitos humanos, independentemente do fundamento ser liberal ou não. A questão, contudo, é que a ideologia neoliberal provoca distorção no discurso dos direitos humanos e descompasso com a sua prática.

Identificam-se três dimensões dessa apropriação do discurso, por mecanismos institucionalizados, nas quais se opera uma grande deformidade entre sua essência e o debate neoliberal contemporâneo.

2.2.1. Mecanismos institucionalizados

(a) Pela forma (juridicizada)

Em primeiro lugar, pode-se falar de uma apropriação pela forma. Essa idéia, aqui, é tomada como o mecanismo de veiculação da problemática

dos direitos humanos. Pode parecer um truísmo dizer os direitos humanos são veiculados pelos meios jurídicos, mas não precisa ser necessariamente assim.

Em realidade, operou-se uma apropriação da forma política e social de veiculação dessas questões relativas às necessidades humanas por uma forma jurídica. Isto é: não há qualquer imperativo lógico de se discutir a vida, a liberdade, a saúde e outras necessidades humanas apenas mediante o direito. É certo que o direito é um meio de regulação das condutas sociais, mas não é o único e, mais além, não pode pretender incorporar todos os valores sociais e políticos do debate dessas necessidades simplesmente porque sua estrutura não tem capacidade de acomodá-los. Isso, porém, não parece algo casual.

A estrutura normativa dessa apropriação jurídica é explicitada por *Galtung* com base em uma tríade de posições permanentes, envolvendo um "transmissor", um "receptor" e um "objeto". O transmissor é a pessoa ou ente que constitui seu fundamento de legitimidade, podendo ser, conforme cada momento histórico, Deus, ou uma instituição (mundial, regional ou nacional) ou mesmo indivíduos; o receptor é o responsável pela implementação e garantia desses direitos, podendo ser entes também variados; e o objeto, porém, como destinatário e beneficiário dessa proteção, é sempre o indivíduo [9].

A conversão do debate em torno de satisfação de necessidades humanas elementares em um problema jurídico é uma idéia que se operou com a modernidade. Não se quer dizer, com isso, que o direito é a pior forma de veiculação, ou que as pessoas devam satisfazer suas necessidades básicas por mecanismos medievais. Pretende-se apenas alertar que a racionalização instrumental jurídica excessiva e exclusiva do debate das necessidades básicas humanas pelo direito provoca alienação e desfoca o problema.

Ao arvorar-se em único senhor da regulação social e ao fazê-lo através do direito, o Estado-nação separou a idéia de valor do homem da idéia de satisfação de suas necessidades e, assim, conferiu um poder-faculdade limitado em espaço (nacional apenas) e em conteúdo (jurídico apenas) para sua discussão. Por isso, as necessidades humanas, nesse discurso, não são aquelas que o homem naturalmente precisa para viver e sobreviver com dignidade, mas apenas e tão-somente aquelas que sua ordem jurídico-positiva nacional assim o define (se é que ela define algo), sem referência a outros valores ou mesmo a outros indivíduos de outros espaços. E, mais do que isso, têm usualmente o Estado como destinatário de um dever correlato, que, em regra, é uma limitação de seu agir.

Logo, e por exemplo, na comparação entre o leque de direitos humanos reconhecidos no ordenamento alemão contemporâneo e o leque de direitos humanos reconhecidos no ordenamento timorense, não pairam dúvidas de que há maior número de direitos e de garantias no primeiro

(9) *Op. cit.*, ver pp. 93-7, especialmente quadro da p. 95.

caso. Isso sem considerar o fato de que o novo Estado (a partir de sua independência) não teve ordem constitucional formal por um bom tempo e, assim, não teria direitos fundamentais. Daí, e embora o ser humano do Timor Leste seja tão humano — igual, livre e fraterno, dizem os modernos — quanto o ser humano da Alemanha, este vale mais que aquele. As necessidades elementares de ambos são as mesmas, mas os direitos nacionais tratam como se não fossem. Por isso, a justificada aporia de dizer que os "direitos humanos de uns são melhores que os direitos humanos de outros". Isso, evidentemente, viola os princípios éticos mais elementares da própria condição humana, supranacional e mesmo a-histórica.

No fundo, esse reducionismo neoliberal de limitar a extensão do debate sobre as necessidades elementares humanas apenas à dimensão do direito tem implicações catastróficas para sua tutela. Esse argumento revela-se com força na alienação que o debate desfocado acaba tomando, na medida em que não se discutem os fatores sociais, políticos e econômicos que causam essas disfunções de distribuição dos bens para a satisfação das necessidades humanas, mas apenas os jurídicos, e isso não basta.

(b) Pelo conteúdo (limitado)

Em segundo lugar, pode-se falar em uma apropriação pelo conteúdo. Com essa idéia, pretende-se argumentar que é valorizado no discurso neoliberal apenas algum aspecto da problemática como um todo, omitindo-se os demais aspectos, por vezes de importância muito superior. Isso pode ser demonstrado frente aos princípios da igualdade, da liberdade e da fraternidade, legados pelos modernos.

Ao se falar em direito de igualdade, por exemplo, tomando como ponto de partida a questão racial, invoca-se a dimensão puramente formal da igualdade, como se, por si só, a afirmação de que brancos e negros são iguais também significasse a igualdade material ou de meios de acesso para ambos ou que a discriminação simplesmente desapareceu. O mesmo ocorre com a suposta igualdade entre os povos: se todos, de fato, fossem efetivamente iguais, nada poderia moral ou eticamente impedir alguém do Terceiro Mundo a mudar-se para o Primeiro Mundo, sem precisar demonstrar no órgão de imigração que possua renda ou trabalho ou que satisfaça algum outro requisito de capacidade econômica na proporção de seus nacionais. A igualdade, aqui, não pode ser tomada apenas como sinônimo de isonomia política ou social ideal, mas sim de oportunidades materialmente consideradas.

A liberdade, nesse sentido, também é vista apenas na dimensão puramente liberal ou negativa, de ausência de impedimento ou obstáculo por parte do Estado[10]. Não custa dizer que apenas a liberdade negativa é insuficiente para realizar a liberdade como valor, porque todos são "livres" teoricamente para comprar o alimento (no sentido de que o Estado não o

(10) Sobre essa idéia, ver: *Alexy, Robert*, "Teoría de los derechos fundamentales", pp. 340-1, por exemplo.

impede), embora nem todos possuam meios materiais (dinheiro) para isso; é indispensável também, pois, a liberdade positiva, como conjunto de ações para assegurar a concretização da liberdade, como atuação do Estado, em especial. Mais do que isso: se todos são livres, não há fundamento ético ou moral para que um determinado Estado limite a imigração de determinadas pessoas por razões de insuficiência econômica ou de profissão religiosa, e é exatamente isso que mais se percebe, especialmente no Primeiro Mundo. Nesse contexto, a liberdade acaba se resumindo a uma espécie de liberdade negativa universal de não ser impedido de beber *Coca-Cola*, ainda que não se tenha a liberdade positiva para ter meios de adquiri-la ou mesmo de ter moradia e saúde [11]. Essa questão é particularmente importante, porque o direito de liberdade é um dos mais propalados, mas é exatamente um dos que menos se realiza materialmente.

A solidariedade, no discurso neoliberal, é ainda mais esvaziada. O mais próximo que se chega de uma idéia de fraternidade é a doação temporária de víveres ou medicamentos durante algum extraordinário evento de comoção pública. É uma forma duplamente hipócrita de discurso: de um lado, é apenas um paliativo transitório para seus efeitos, durando, normalmente, tanto tempo quanto a mídia internacional der atenção ao tema; de outro lado, não ataca as causas reais do problema (desemprego, desigualdade social, etc.), porque acabaria tendo de assumir a responsabilidade necessária pelo profundo descompasso entre o discurso de crescimento econômico mundial e a prática dos medievalismos sociais e econômicos. Se todos são irmãos e compartilham a mesma existência, não se compreende como o discurso de direitos humanos não aponte para tutela e inclusão, no Primeiro Mundo, dos imensos bolsões de pobreza e indignidade do resto do mundo. Além disso, e ao mesmo tempo em que esse discurso se veicula, de um lado, como uma "responsabilidade social" ou "solidariedade social" de empresas na doação de víveres para realizar esses direitos humanos de solidariedade, de outro lado essas mesmas empresas desrespeitam direitos humanos ecológicos e da dignidade do trabalho, em escala por vezes global.

(c) Pelo procedimento (seletivo)

Em terceiro lugar, pode-se falar em uma apropriação pelo procedimento. Neste tópico, tem-se em vista a sistemática seleção das oportunidades de aplicação do discurso. O método não é a universalização do discurso dos direitos humanos (mesmo limitado, como referido), mas sim sua aplicação a casos pontuais, por interesses bem visíveis.

Utilizar o discurso dos direitos humanos como ferramenta política no cenário internacional para mobilizar armas e recursos contra um determinado Estado-nação (sob um pretexto de intolerância religiosa, por exemplo) que monopoliza reservas petrolíferas que se avizinham como potencialmente fechadas (por deliberada não-exploração para forçar a alta do preço do petróleo, por exemplo, muito sensível ao dependente Primeiro Mundo) é

(11) Para crítica similar, ver: *Tugendhat, Ernst.* "Lições sobre ética", pp. 387-8.

muito mais usual do que utilizar o mesmo discurso para proporcionar alimentos, moradia e saúde dignas para Estados da África central que não possuem reservas petrolíferas ou qualquer outro bem econômico apreciável. Da mesma forma, é raro usar esse discurso contra países do Primeiro Mundo que, embora se vangloriem de garantir a liberdade e a igualdade, admitem e toleram situações de indignidade humana nas suas maiores cidades, ou mesmo contra países que são grandes e promissores mercados econômicos(12). Como regra, o discurso neoliberal de direitos humanos tem sua eficácia em relação diretamente proporcional com a força econômica (e militar) de quem o sustenta e, não raro, é um instrumento eficaz de política econômica internacional.

2.2.2. Limites da apropriação

Não pode haver dúvidas de que, com a combinação das três dimensões de apropriação do discurso de direitos humanos pela ideologia neoliberal, há uma substancial distorção do seu enfoque e, por si só, um reducionismo expressivo.

Isso traz ao debate três questões que emergem pela apropriação: a questão do reducionismo estrutural, a questão dogmático-formal e a questão filosófico-sociológica. Cabe sua análise de forma individualizada.

(a) Questão do reducionismo estrutural

Cada vez mais o problema da satisfação das necessidades humanas elementares e de seus valores mínimos perde identidade com o discurso hegemônico dos direitos humanos. Os direitos humanos, pela sua estrutura jurídica redutora de formulação e veiculação, apresentam a tendência de se distanciar do seu objetivo central e fundamento último: realizar as necessidades do ser humano.

Além dessa limitação, que é estrutural e resulta da apropriação do discurso, há pelo menos outras duas limitações, próprias de sua veiculação apenas na dimensão jurídica.

(b) Questão dogmático-formal

Uma primeira limitação pode ser denominada de dogmático-formal. Com isso, pretende-se levantar o problema da ausência de coerção no direito internacional público.

Independentemente de se definir o contorno mais ou menos preciso do problema, há que se reconhecer um mínimo de ordem no cenário internacional, ao ponto de se poder falar, hoje, não apenas de uma sociedade

(12) Esse exemplo lembra a relação entre os EUA e a República Popular da China, por conta da massiva e escandalosa violação dos direitos humanos no evento denominado de "Massacre da Praça da Paz Celestial" e mesmo do sistema penal que prevê trabalhos forçados, pena de morte e deficiente sistema de garantias ao acusado. Após a possibilidade de instalação de unidades de empresas americanas em parte do seu território e da abertura a seus produtos, o discurso de respeito aos direitos humanos cedeu espaço ao discurso de livre mercado.

internacional, mas sim de uma sociedade global. Essa ordem, por certo, é proporcionada por razões econômicas, sociológicas e políticas, mas também graças ao direito internacional.

Entretanto, e se são notáveis a expansão e a importância do direito internacional público na regulação das condutas da sociedade internacional, não é menos perceptível que seu problema mais conhecido permaneça sem solução e, ao que parece, tornando-se ainda mais complexo. Ao contrário do direito interno nacional, no qual o Estado detém o monopólio da violência legítima, o direito internacional público não conhece instância ou organismo supranacional que o detenha. Algumas experiências têm-se revelado exitosas, como o caso da União Européia, mas não deixam de ser localmente limitadas e muito peculiares em origem e conformação. Está-se muito longe, e parece cada vez mais longe, de algo como a "Federação da Paz" que *Kant* sugeria [13].

Pode-se contra-argumentar que o direito não depende necessariamente de sanção e que o cumprimento espontâneo de normas de regulação jurídica é a regra; contudo, pode-se responder que, de um lado, a ausência de um "Leviatã dos Leviatãs" é um estímulo para o descumprimento e que, de outro lado, na sua ocorrência, volta a prevalecer a lei do mais forte, como se não houvesse direito, o que por si só já desacredita qualquer sistema. Isso é demonstrado com o descumprimento de resoluções da Organização das Nações Unidas por países como os Estados Unidos e Israel, por exemplo.

Cabe argumentar ainda que esse problema tende a se agravar por causa da globalização neoliberal em curso. De fato, e na medida em que se globalizou apenas a dimensão econômica (e, dentro dela, especialmente a financeira), mas não se globalizaram na mesma proporção as dimensões sociais, políticas e jurídicas, as forças econômicas estão livres de qualquer controle efetivo. Pretende-se dizer com isso que, não havendo instâncias sociais, políticas e jurídicas suficientemente globais para fiscalizar, orientar e controlar as empresas transnacionais — os grandes atores internacionais contemporâneos, com faturamento superior ao PIB de dezenas de Estados [14] —, sua conduta perde qualquer referencialidade com valores locais, regionais ou nacionais. Logo, suas violações a direitos fundamentais (especialmente sociais e ambientais) em âmbito supranacional não podem ser identificadas e punidas em termos amplos, mas apenas eventual e pontualmente, segundo os limites de cada ordenamento nacional, e, ainda assim, sujeitando-se ao embate com seu poder econômico colossal.

Os mais recentes documentos jurídicos sobre a prevenção e repressão dessas violações ainda são limitados em conteúdo [15], de instrumenta-

---

(13) *In: KANT, Immanuel.* "À paz perpétua e outros opúsculos", p. 119 e ss.

(14) Sobre a dimensão desses dados, ver, por exemplo: *Chesnais, François.* "A mundialização do capital", p. 74.

(15) Corte Penal Internacional, por exemplo: pune pessoas, e não Estados; há diversas possibilidades de auto-imunidade ou de paralisação pelo Conselho de Segurança Permanente da ONU, e os tipos são limitados; ainda há o debate de que alguns países, como os EUA, não se disporiam a colaborar para não sujeitar seus nacionais.

ção deficiente e de aplicação com sanções simbólicas, puramente sociais ou políticas. Nesse sentido, a veiculação da problemática dos direitos humanos por mecanismos apenas jurídicos esbarra, dentre outros problemas, na falta de coação do direito internacional público para sua implementação.

(c) Questão filosófico-sociológica

Uma segunda limitação pode ser denominada de filosófico-sociológica. Com ela, pretendem-se expor algumas questões vinculadas à amplitude e às repercussões desse fenômeno pela atuação do direito. O problema do universalismo do discurso jurídico neoliberal de direitos humanos também é bastante complexo porque expõe o tema a outras dimensões do conhecimento e enfrenta debates delicados.

Pode-se argumentar que, pelo fato de os seres humanos serem iguais nos seus valores de humanidade, no sentido de que possuem necessidades iguais de subsistência, eles deveriam receber tratamento igual pelo direito. Assim, os direitos humanos de uns deveriam ter tanta juridicidade, em conteúdo e em instrumental, quanto os direitos humanos de outros. Isso pode até parecer óbvio em uma primeira leitura. Contudo, o direito isoladamente não tem capacidade para enfrentar debates que ocorrem em outras dimensões e que se manifestam nessas questões dos valores ou das necessidades humanas mínimas.

Vejamos dois exemplos, abstraindo sobre a existência ou não de qualquer norma jurídica prévia sobre o fato. Em um primeiro caso, temos a mutilação de membros de civis desarmados por grupos militares pelo simples fato de serem de uma etnia diferente a ser eliminada (alguns aspectos dos conflitos entre sérvios, bósnios e croatas ou entre tutsis e hutus podem ser imaginados nesse âmbito); em um segundo caso, temos a mutilação de membros de indivíduos de determinada religião pela inobservância de preceitos religiosos (alguns aspectos da prática do fundamentalismo islâmico podem ser imaginados aqui). No primeiro, não há dúvida de que, de uma forma geral, essa conduta viola o valor mais elementar da dignidade do ser humano e, assim, pouca divergência haveria sobre uma ofensa a um direito humano, independentemente de como estivesse prevista (se, no caso da Sérvia, havia uma norma internacional anterior, ou não, como no caso de Nüremberg). No segundo, porém, não faltarão vozes para sustentar que aquele indivíduo pertence a uma cultura na qual os valores transcendentes são mais importantes e, assim, a punição por flagelação se justifica, não havendo uma ofensa a qualquer direito humano.

Como se observa, a problemática dos valores no tema dos direitos humanos rapidamente emerge e toma a forma de um debate de multiculturalismo. Aqui, o discurso dos direitos humanos enfrenta um debate cultural de contornos pouco claros, no qual se invoca, de um lado, uma tentativa de ocidentalização do mundo ou de imperialismo cultural e, de outro lado, uma universalização de particularismos jurídicos. Pode-se sustentar o argumento que o mundo ocidental possui tecnologias mais de-

senvolvidas e economias mais complexas; entretanto, não há como sustentar com essa mesma convicção que seus valores são melhores e, portanto, devem prevalecer. Mais além, existe a crescente perspectiva de que a imposição de valores ocidentais a outras regiões seja motivada por questões econômicas, na idéia de "criar" novos mercados pela introdução de sistemas de valores que reordenem as necessidades humanas e, assim, criem novos consumidores potenciais.

A integridade filosófica e sociológica do ser humano é abolida pela fragmentação da racionalidade em múltiplas instâncias (às vezes até contraditórias), das quais a do consumidor é uma das mais valorizadas. Impera o politeísmo de valores irredutíveis.

Em situações nas quais os padrões civilizatórios ocidentais se impuseram, não raro surgiram outros problemas. Exemplo desse fato é bem demonstrado no caso da ablação feminina que, depois de pressão política e econômica da comunidade internacional, foi vedada em alguns sistemas nacionais, mas sua vedação impedia as mulheres de ingressar na idade adulta, de se integrarem socialmente e, assim, levou a altos índices de suicídio feminino. É difícil sustentar, do ponto de vista puramente racional, qual fundamento filosófico-sociológico é melhor ou hierarquicamente superior em um politeísmo de valores.

Observa-se que aqui não se pretende discutir o mérito ou não de um sistema cultural ocidental perante o oriental ou mesmo a validade ou não desses juízos. Alerta-se apenas que o direito não tem condições de, com seu instrumental, isoladamente discutir os valores dos sistemas sociais, políticos e econômicos distintos. Por isso, o risco de universalização de particularismos jurídicos, mesmo do discurso de direitos humanos, é acentuado.

Até este momento, pretendeu-se mostrar o panorama atual do discurso dos direitos humanos, com sua apropriação pela ideologia neoliberal e seus problemas e, no conjunto, seu papel alienante frente ao núcleo de valores das necessidades humanas fundamentais.

2.3. A necessidade de uma nova hermenêutica dos direitos humanos

O reconhecimento das inúmeras limitações do discurso contemporâneo dos direitos humanos conduz à busca de uma nova hermenêutica fundada em um mínimo ético. Para isso, deve-se voltar os olhos para a estrutura e a funcionalidade das sociedades contemporâneas.

A vivência em sociedade depende do desenvolvimento e da integração das capacidades conviviais do indivíduo, nelas compreendidas não apenas a capacidade geral para socialização, mas também as capacidades para desempenho de habilidades (corporais, instrumentais ou de produção, técnicas e papéis sociais). O asseguramento do desenvolvimento dessas capacidades pelo direito é o objetivo do mínimo ético.

Dizem *Arruda Jr.* e *Gonçalves* que "...só pode haver circulação intersubjetiva e, portanto, o desenvolvimento do compromisso recíproco *entre* os indivíduos *com* a cooperação, se, e somente se, as condições materiais e espirituais de integração à mutualidade de uma comunidade oferecerem *chances reais* e acenarem com *vantagens efetivas* para um sujeito *decidir* por auto-representar-se e socialmente apresentar-se como *alguém* que aceita ser exigido como membro daquela sociedade" (16). Além disso, a possibilidade de que os membros da comunidade identifiquem-se e sintam-se vinculados às estruturas sociais depende da garantia de padrões materiais mínimos de sua subjetivação. E prosseguem: "esse mínimo material é mesmo um *mínimo ético*, elaborado como um mínimo de sociedade na qual é possível haver coisas como o próprio direito" (17). Esse mínimo ético corresponde às estruturas fundamentais de relacionamento e interação da sociedade e, assim, está sob o politeísmo de valores contemporâneo.

Busca-se, com isso, introduzir um referencial de caráter de eficácia no discurso jurídico, o qual demonstra a insuficiência de um modelo de igualdades puramente formal e de espaços de representação artificiais, nos quais não há qualquer vantagem em ser integrado; o próprio sistema, em verdade, admite operar com exclusão da imensa maioria e pretende subsistir a despeito da subsistência dela. As limitações da defesa dos direitos humanos são perceptíveis, porque "....nem a universalidade de sua dimensão moral, nem a pura positividade de sua qualificação jurídica são suficientes para tornar os direitos humanos efetivamente garantidos e implementados" (18).

A sua concretização, na sociedade, pressupõe "...práticas efetivantes desenvolvidas nos âmbitos dos cidadãos-juristas e dos juristas-cidadãos, ambos responsáveis pela afirmação e ampliação de novos consensos com vistas à implementação de um novo projeto hegemônico" (19). Isso é o reconhecimento de que as desigualdades em categorias elementares das necessidades humanas não decorrem apenas da ação ou omissão do Estado ou da sociedade, mas de um conjunto de estruturas que não permitem a emancipação das potencialidades humanas mais importantes, especialmente nos países de modernidade periférica. Em síntese, cabe aos juristas-cidadãos e aos cidadãos-juristas implementarem a teoria do mínimo ético como base para uma nova hermenêutica dos direitos humanos.

3. CONTRA-DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS EM CONSTRUÇÃO

Agora, e em primeiro momento, deve-se reunir o conjunto de críticas ao discurso dos direitos humanos para identificar as fragilidades de sua

---

(16) *In: Arruda Jr., Edmundo Lima de; Gonçalves, Marcus Fabiano.* "Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito", p. 91, grifos do original.

(17) *Idem*, p. 96.

(18) *Idem*, p. 167.

(19) *Idem, ibidem.*

abordagem. Em segundo momento, podem-se elencar alternativas a esse sistema de definição e proteção dos direitos humanos e estabelecer um debate entre seus limites e possibilidades.

3.1. As primeiras críticas ou os ceticismos ao discurso hegemônico

Embora reconheça o crescimento da retórica dos direitos humanos, SEN aponta para três grupos de críticas em torno do tema: a crítica da legitimidade, a crítica da coerência e a crítica cultural [20]. Segundo esse autor, trata-se de um "certo ceticismo real", apontando para uma suspeita sobre algo ingênuo no tratamento dos direitos humanos.

3.1.1. Crítica da legitimidade

Esta crítica deita raízes em pensadores tão distintos como *Marx* e *Bentham*, e envolve "a insistência em que os direitos sejam vistos em termos pós-institucionais como instrumentos em vez de como uma pretensão ética prévia" [21], o que implica a rejeição de uma idéia universal de direitos humanos.

Certamente, há uma certa necessidade de que os direitos humanos sejam refletidos em construções positivadas que, assim, são institucionalizadas e historicamente contextualizadas, o que é evidentemente confere um caráter relativo a esses direitos. Entretanto, e como observa o autor, isso não pode invalidar o valor da concepção de direitos humanos como pretensões éticas, e, mais além, isso traz à tona o debate entre direito e ética ou, em outros termos, entre direito e política. Diz SEN que "temos de julgar a plausibilidade dos direitos humanos como um sistema de raciocínio ético e como a base de reivindicações políticas" [22].

3.1.2. Crítica da coerência

A segunda crítica dirige-se a um problema da estrutura normativa da formulação dos direitos humanos. Em verdade, e se existe um "direito", deve haver um dever correspectivo e um titular desse dever, como responsável pelo gozo desse direito e em desfavor do qual se pode exigir a realização do que está assegurado.

A resposta do autor é no sentido de que as construções dos direitos humanos podem ser imperfeitas do ponto de vista jurídico (e não como "obrigações perfeitas"), mas seriam vantagens que todos os seres humanos *deveriam* possuir, atribuindo um caráter normativo ou ideal, e, por isso, que "os direitos acabem às vezes por não se cumprir" [23]. Entretanto, diz ele

---

(20) *In: Sen, Amartya.* "Desenvolvimento como liberdade", p. 261 e ss.
(21) *Idem*, p. 263.
(22) *Idem*, p. 264.
(23) *Idem*, p. 265.

que "ainda que possamos nos arranjar suficientemente bem com a linguagem da liberdade em vez de usar a linguagem dos direitos..., às vezes pode haver boas razões para sugerir — ou exigir — que outros ajudem a pessoa a alcançar a liberdade em questão"[24].

3.1.3. Crítica cultural

A crítica aponta para o problema do relativismo cultural da idéia de direitos humanos, uma vez que há civilizações — especialmente as asiáticas — nas quais esses valores não são correspondentes e, assim, pode-se pretender universalizar valores que não encontram respaldo em outros contextos.

A resposta a esse ceticismo, segundo o autor, está no fato de que o valor de cada cultura não pode ser negado, mas que devemos "defender a necessidade de um certo refinamento na compreensão das influências entre as culturas e da nossa capacidade básica para desfrutar os produtos de outras culturas e outras terras"[25] e, mais além, que essas pessoas de culturas distintas têm capacidade de comungar de ideais comuns. O autor radica sua proposta, acima de tudo, na liberdade como um valor universal.

Esse primeiro conjunto de críticas não tem a capacidade de desconstituir o paradigma tradicional do discurso dos direitos humanos, embora ele revele uma série de ressalvas e limitações na sua operatividade. A maior delas parece ser, como se desenvolverá mais adiante, uma conjugação da sobrevalorização da liberdade como direito humano em detrimento de outras necessidades humanas com a perspectiva da problemática puramente na visão dos atores e não na estrutura internacional.

O próximo passo é desenvolver uma abordagem que amplie os horizontes de fundamentação dos direitos humanos e resgate seu potencial emancipatório integral.

3.2. Uma abordagem pela dicotomia entre atores e estrutura

A construção de uma abordagem mais ampla em torno dos direitos humanos pressupõe o reconhecimento do paradoxo em torno de sua afirmação e o interesse no resgate de seus fundamentos e seus valores em si.

Uma alternativa importante pode ser encontrada em *Galtung*, ao partir da distinção inicial entre a afirmação dos direitos humanos na perspectiva dos atores e na perspectiva das estruturas e, depois, asseverar sua intercomplementaridade como garantia de uma visão pluridimensional da problemática.

Segundo esse autor, há basicamente duas formas de visualizar e compreender os fenômenos humanos, sociais e internacionais como um todo: "as perspectivas orientadas para o actor ou para a estrutura" [26]. Ele

(24) *Idem, ibidem.*

(25) *Idem*, p. 279.

(26) *Op. cit.*, p. 47.

associa a perspectiva para o ator como "conservadora" e a perspectiva para a estrutura como "progressista", apontando que o paradigma tradicional (que ele denomina de "paradigma legal") produz "conclusões politicamente conservadoras"[27].

Podem-se resumir sinteticamente alguns elementos em torno dessa distinção. A perspectiva orientada para o ator apresenta características peculiares: a unidade analítica é o ator; a dimensão discursiva envolve a intenção (bem contra o mal) e a capacidade (forte contra o fraco); os problemas são atribuídos a atores de intenção má; as soluções envolvem transformar os atores maus em bons ou enfraquecer ou anular os atores maus; a abordagem fundamental é identificar os atores tidos por maus e criar instituições para essas respostas; e o parâmetro temporal é o transitório ou no ato. A perspectiva orientada para a estrutura tem características diferentes: a unidade analítica é a estrutura; a dimensão discursiva envolve as dicotomias entre repressão-liberdade, exploração-igualdade, penetração-autonomia, segmentação-integração, fragmentação-solidariedade e marginalização-participação; os problemas são atribuídos a "estruturas que são repressivas, exploradoras, penetradoras, segmentadoras, fragmentadoras e marginalizadoras"; as soluções envolvem modificar as estruturas para serem justas, integradas, participativas e solidárias; a abordagem fundamental é identificar as "estruturas erradas" e revolucioná-las; e o parâmetro temporal é o permanente ou estrutural[28].

O autor, desde o início, faz a advertência de que essas perspectivas não são excludentes, mas sim complementares, e necessárias para entender o fenômeno na sua integralidade. Com isso, *Galtung* aponta que se pode "criar o terreno para um novo paradigma que combine os paradigmas orientados para o actor e para a estrutura, promovendo um Direito internacional que seria um Direito humano, que não pare à porta do Estado, mas que faça uma melhor ponte de ligação entre os actores colectivos e individuais do que a que é feita hoje"[29].

Antes de se desenvolver essa visão de *Galtung*, deve-se demonstrar que a concepção dos direitos humanos apenas na perspectiva dos atores é uma constante no discurso internacionalista. Uma prova clara dessa afirmação revela-se na análise do conjunto de alternativas que são usualmente apresentadas para superar o paradoxo dos direitos humanos.

Nesse sentido, mostra-se didática e ampla a abordagem de *Proner* sobre a matéria, ao reunir quatro grupos de alternativas teóricas conforme seu objeto: cosmopolitismo normativo, cosmopolitismo de valores, cosmopolitismo institucional e anti-cosmopolitismo institucional[30].

O cosmopolitismo normativo sustenta a "importância dada à regulamentação dos direitos humanos no plano internacional mediante declarações e, principalmente, mediante pactos que estabeleçam e garantam di-

(27) *Idem, ibidem.*

(28) *Idem*, elaborado com base no quadro da p. 49.

(29) *Idem*, p. 65.

(30) *Op. cit.*, p. 191 e ss.

reitos humanos"[31]. Em síntese, prega a ampliação dos instrumentos jurídicos internacionais de afirmação e de garantia dos direitos humanos como resposta adequada para sua não-realização na prática internacional.

O cosmopolitismo de valores aponta que deve haver "a disseminação de valores que digam respeito aos seres humanos com o objetivo de conscientizar a humanidade a respeito da importância da preservação da vida no planeta"[32]. A sua tese central é o reconhecimento da existência de um conteúdo axiológico mínimo universal a fundamentar a necessidade de respeito dos direitos humanos, especialmente os pertinentes à relação do homem com a natureza.

O cosmopolitismo institucional afirma a necessidade de uma democratização da Organização das Nações Unidas (ONU), "de forma a considerá-la centro de uma justiça mundial e de uma força policial internacional"[33]. Essa idéia passa pela reforma administrativa e política desse organismo internacional, revendo diversos aspectos tradicionais, como o papel e o poder dos membros permanentes do Conselho de Segurança.

O anti-cosmopolitismo institucional corresponde a um ceticismo à tese anterior, afirmando que apenas instituições internacionais mais fortes ou mais democráticas ou "globalizadas" não seriam suficientes, especialmente diante da diversidade do poder dos Estados, da limitação do direito internacional e da viabilidade de tal intento.

Pode-se perceber que todas essas concepções pressupõem direta ou indiretamente uma modificação dos atores ou do papel dos atores na promoção dos direitos humanos. Isto é: defender mais normas internacionais é exigir atores que as promulguem e, especialmente, que as cumpram e as garantam; sustentar valores universalizados é considerar atores que os incorporem e os difundam ou os representem; afirmar instituições globalizadas é reconhecer organismos (atores) que apenas aumentam de escopo ou tamanho; negar essas instituições globalizadas é reconhecer que outros organismos (atores), especialmente os Estados, são capazes (ou ainda são capazes) de dar vazão a esses interesses humanitários.

3.3. A redescoberta do diálogo entre direitos e necessidades

A compreensão da diversidade da abordagem entre os atores e a estrutura, e mesmo a necessidade de que sejam complementadas na teoria e na prática dos direitos humanos, exige o resgate do diálogo entre necessidades e direitos. Com a apropriação do discurso de direitos humanos de forma limitada e essencialmente juridicizante na tradição moderna, perdeu-se o elo com a satisfação das necessidades humanas, fundamento último e base de qualquer idéia de direito que se possa adjetivar de humano, a despeito de qualquer revestimento positivo.

---

(31) *Idem*, p. 192.

(32) *Idem*, p. 195.

(33) *Idem*, p. 203.

3.3.1. Caracterização das necessidades, relações e estrutura normativa

A associação das necessidades humanas e sua integração com as perspectivas de abordagem dos direitos humanos deve ser efetivada para permitir, de um lado, demonstrar a insuficiência da abordagem tradicional pelos atores e sua apropriação, e, de outro lado, justificar sua complementaridade com a abordagem pela estrutura.

Um primeiro aspecto a ser analisado é a identificação propriamente das espécies de necessidades humanas que interessam para essa abordagem. Segundo *Galtung*, devem ser estudadas as necessidades materiais e imateriais.

As materiais são a sobrevivência e a prosperidade (bem-estar), e as imateriais são a liberdade e a identidade. Para ele, "a distinção 'material/ não material' pode ser interpretada de duas maneiras: como sendo relacionada com a velha distinção das necessidades entre corpo/mente ou somático *versus* mental (material *versus* espiritual); ou como uma questão de saber se a satisfação das necessidades requer componentes materiais ou não"[34].

Cada uma dessas necessidades, por outro lado, possui uma contradição ou dicotomia, que corresponde à sua insatisfação: violência (para a sobrevivência), repressão (para a liberdade), miséria (para o bem-estar ou prosperidade) e alienação (para a identidade).

Um segundo aspecto a ser analisado é a relação entre elas e as abordagens pela estrutura. Nessa perspectiva, algumas necessidades dependem do ator, e outras dependem da estrutura, e, segundo *Galtung*, "no primeiro caso, qualquer coisa tem de ser feita quanto aos actores cujos actos deliberados impedem a satisfação das necessidades de outros"[35], e, "no segundo caso, qualquer coisa tem de ser feita acerca das estruturas feitas de tal modo que as necessidades não são satisfeitas"[36]. Isto é: há necessidades que devem ser veiculadas tendo em vista atores, e outras tendo em vista a estrutura.

Com essa idéia, o autor arrola dois grandes grupos de necessidades e dicotomias: as dependentes do ator, que são sobrevivência/violência (materiais) e liberdade/repressão (imateriais); as necessidades dependentes da estrutura, que são prosperidade/ miséria (materiais) e identidade/ alienação (imateriais).

Essa sistemática permite ver com clareza o reducionismo analítico do discurso tradicional dos direitos humanos em pelo menos dois pontos. O primeiro é a sobreafirmação da sobrevivência e da liberdade como direitos humanos, especialmente em sentido negativo e liberal (como já analisado

(34) *Op. cit.*, p. 92.
(35) *Idem*, p. 93.
(36) *Idem*, *ibidem*.

acima), com subafirmação do bem-estar/prosperidade e da identidade; o segundo, expressão do primeiro, é a decorrente sobreafirmação da análise dos atores e a subafirmação da análise das estruturas.

3.3.2. Relação entre necessidades e direitos

Na sua abordagem, *Galtung* recupera o diálogo entre necessidades e direitos para apontar como se mostra limitada a análise apenas com base nos atores na proteção e implementação dos direitos humanos. Ele desenvolve uma hipótese de trabalho pela enumeração de necessidades e de direitos, procurando as correlações possíveis entre ambas as categorias.

De início, o autor esclarece que não se pode buscar uma relação direta e proporcional entre um direito para cada necessidade, porque determinada necessidade pode ser realizada com mais de um direito cumulativamente. Além disso, e nessa perspectiva, ele aponta que, "em geral, os direitos são os meios e a satisfação de necessidades são o fim"[37].

Os direitos são analisados com base em 41 instrumentos distintos, dos quais o mais importante é a "Carta Internacional dos Direitos Humanos", envolvendo a "Declaração Universal dos Direitos do Homem", o "Convênio Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais" e o "Convênio Internacional sobre Direitos Civis e Políticos"[38].

As necessidades são desenvolvidas pelo autor segundo as quatro categorias já expostas, agora discriminadas. O autor aponta um conjunto mínimo de necessidades para a sobrevivência, bem-estar, identidade e liberdade do ser humano. Como necessidades de sobrevivência, o autor aponta: necessidades contra a violência individual e contra a violência coletiva. Como necessidades de bem-estar, o autor aponta, dentre outras, necessidades de nutrição, água e ar, de proteção contra o clima, de proteção contra doenças, de auto-expressão, diálogo e educação. Como necessidades de identidade, o autor arrola, dentre outras: necessidades de auto-expressão, criatividade, práxis e trabalho, de bem-estar, felicidade e alegria, de afeto, de raízes, pertença, de transparência social, de associação com a natureza. Como necessidades de liberdade, ele lista, dentre várias: necessidades de escolha de recepção e expressão de informação e opinião, de escolha na formação da consciência, de escolha de mobilização, de escolha de emprego, de escolha de bens e serviços e de escolha de estilo de vida[39].

Cabe advertir, como o faz o próprio autor, que essas enumerações não pretendem ser exaustivas, e constituem apenas uma hipótese com certa universalidade. Portanto, não estão isentas de críticas, mas, mesmo assim, permitem ver em linhas gerais o contorno do sistema de necessidades e sua relação com o sistema dos direitos humanos.

---

(37) *Idem*, p. 109.

(38) *Idem*, pp. 110-1.

(39) *Idem*, pp. 111-2.

O autor identifica pelo menos quatro campos possíveis de análise: as necessidades com direitos correlatos, as necessidades sem direitos correlatos, os direitos sem necessidades correlatas e os casos nos quais não há nem necessidades nem direitos.

As duas categorias que mais prendem a atenção de *Galtung* são as necessidades sem direitos correlatos e os direitos sem necessidades correlatas, e a essas limita-se a presente análise.

As necessidades sem direitos correlatos são inúmeras e de várias ordens. Apenas como exemplificação, e com base na análise do autor, podem ser analisados os graus de satisfação das necessidades pelos instrumentos jurídicos. No caso de necessidades de sobrevivência, o autor aponta que "a convenção do genocídio oferece uma proteção insuficiente contra a violência colectiva"(40). No caso de necessidades de bem-estar, ele adverte a disparidade dos regimes de proteção: "enquanto a alimentação está coberta, o ar e a água (limpos) não estão adequadamente cobertos pelos direitos"(41). No caso de necessidades de liberdade, há iguais descompassos: "enquanto a liberdade de expressão está extremamente bem coberta... nos direitos humanos clássicos, à liberdade de impressão não é dispensada uma atenção igualmente explícita"(42), por exemplo. No caso de necessidades de identidade, o autor é ressalta que "é talvez a área de necessidades gerais em que existe uma maior discrepância entre a formulação de necessidades e a formulação de direitos; a identidade com o produto do trabalho, por exemplo, só é prevista para os "trabalhadores culturais"(43) (direito "à proteção dos interesses morais e materiais sobre qualquer produção científica, literária ou artística da que sejam autores", na Declaração Universal, artigo 27), e não para os demais trabalhadores, o que tem uma causa evidentemente econômica; também não há descrição de direitos à auto-apresentação ou mesmo de identificação em comunidades que não sejam nações, ou tampouco com identidade com a natureza. O autor conclui: "é bastante claro que existem fossos importantes entre as necessidades e os direitos, tanto em termos gerais como em termos dos maiores grupos da população"(44).

Os direitos sem necessidades correlatas correspondem a descrições em declarações universais que não atendem a necessidades humanas específicas. Ao analisar diversos dispositivos da Declaração Universal e outros diplomas, o autor conclui que em muitas passagens não se formulam necessidades, mas apenas se descrevem ou prescrevem comportamentos ou mesmo se declaram ideais e valores (45). O autor adverte que essa formulação de direitos sem atender a necessidades não é por si só negativa,

---

(40) *Idem*, p. 115.
(41) *Idem, ibidem.*
(42) *Idem*, p. 117.
(43) *Idem*, p. 119.
(44) *Idem*, p. 125.
(45) *Idem*, pp. 125-38.

uma vez que "o desenvolvimento está associado à satisfação progressiva das necessidades humanas, e os direitos humanos são vistos como um instrumento de desenvolvimento"[46], o que aponta para seu caráter programático ou prospectivo.

3.3.3. Operatividade entre as necessidades e as perspectivas

Neste ponto, deve-se analisar de que forma se instrumentaliza a relação entre as inúmeras necessidades do ser humano, segundo os critérios apontados pelo autor, e as perspectivas do discurso segundo os atores ou segundo as estruturas. Retoma-se, aqui, a relação triádica que o autor já explicitou sobre a estrutura normativa dos direitos humanos em geral, envolvendo "transmissores", "receptores" e "objetos".

Para distinguir os critérios de operatividade, e permitir intercomplementar as duas perspectivas dos direitos humanos, *Galtung* faz uma distinção entre as situações nas quais os receptores são claros e definidos e as situações nas quais os receptores não o são.

No primeiro caso, ele aponta para necessidades dependentes dos atores e, assim, para uma solução institucional ou "formal". Essa perspectiva tem por núcleo destacar o papel dos atores e, dentre eles, o do Estado-nação principalmente, como receptor por excelência das proteções dos direitos humanos. Nesse sentido, retrata o núcleo duro do discurso tradicional de satisfazer basicamente dois conjuntos de necessidades: a sobrevivência (como proteção contra violência; de tipo material) e a liberdade (como proteção contra a repressão, assumindo o sentido de liberdade negativa; de tipo imaterial), sempre atentando para princípios liberais ocidentais e os difundindo nas suas instituições. As elites que dominam o aparelho do Estado, por outro lado, sempre podem ser beneficiadas com o poder dele e desvirtuar esses mecanismos. Além disso, essa perspectiva é ainda muito limitada diante do universo das necessidades.

Adverte *Galtung* que "o Estado pode proteger, mesmo garantir, a satisfação de necessidades e pode impedir, obstruir e mesmo destruir quaisquer hipóteses de satisfação de necessidades" [47]. Diz ele que "o problema não se resolve fazendo do Estado o recipiente de um número cada vez maior de normas cuja implementação levaria a um nível crescente de satisfação de algumas necessidades de base, adicionando a isto a institucionalização através dos vários mecanismos discutidos acima" [48], porque existe uma "dialética cruel" operativa. A "máquina" estatal (como meio) pode subverter as necessidades (como fins) não apenas pela sua apropriação abusiva, mas também pelo seu próprio uso correto em si mesmo.

Esse fenômeno ocorre porque "é possível, como no Estado previdência moderno, ganhar em sobrevivência, bem-estar e liberdade, enquanto

---

(46) *Idem*, p. 125.

(47) *Idem*, p. 103.

(48) *Idem*, p. 106.

ao mesmo tempo se perde em identidade, adquirindo os três à custa da alienação"[49]. Por isso, é uma perspectiva insuficiente para a satisfação das necessidades humanas, especialmente no tocante à necessidade de identidade.

No segundo caso, ele indica para necessidades dependentes da estrutura e, pois, para uma solução estrutural ou "informal". Essa alternativa privilegia a proximidade dos objetos (destinatários) com os receptores dos direitos, em níveis que ele refere como "locais". Diz ele: "unidades mais pequenas podem ser muito melhores na provisão de identidade ou, pelo menos, formas mais relevantes de identidade e, se tiverem controlo adequado sobre os factores de produção, também de providenciar para a satisfação das necessidades materiais básicas"[50].

Nesse sentido, a abordagem com base nos atores é muito limitada e provoca distorções na percepção da problemática dos direitos humanos vistos como meios para realizar necessidades. Ele confirma essa conclusão, dizendo que "a abordagem dos direitos humanos, como concebida tradicionalmente, está, na melhor das hipóteses, em ligação com as necessidades humanas referidas como a sobrevivência e a liberdade", porque "estas são as necessidades (mais dependentes do actor) que são mais claramente ameaçadas por actos deliberados de 'maus' actores, enquanto outras necessidades (mais dependentes da estrutura) são mais frequentemente impedidas por estruturas 'erradas'"[51].

Rezek, embora sem adentrar na associação entre direitos e necessidades e sem indicar uma solução para o problema, aponta para a mesma dificuldade de identificação de um receptor ou garantidor de alguns direitos humanos que ele nomina de terceira geração: "...quase todos os direitos individuais de ordem civil, política, econômica, social e cultural são operacionalmente reclamáveis, por parte do indivíduo, à administração e aos demais poderes constituídos em seu Estado patrial, ou em seu Estado de residência ou trânsito. As coisas se tornam menos simples quando se cuida de saber de quem exigiremos que garanta nosso direito ao desenvolvimento, à paz ou ao meio ambiente"[52].

Nas situações, como *Galtung* descreve, nas quais "a estrutura produz fome, como a estrutura internacional do mercado agrícola pode ser acusada de fazer, o que pode ser menos claro é quem deveriam ser os recipientes" [53]. Quem seria o "réu" na relação triádica da normatização dos direitos humanos? Os Estados-nação em cujas terras há produção agrícola? As empresas transnacionais de biotecnologia (administradoras do mercado de insumos, por exemplo) ou de distribuição e comercialização dos produtos? Os organismos internacionais de fomento agrícola e planejamento? Os pro-

---

(49) *Idem, ibidem.*

(50) *Idem*, p. 107.

(51) *Idem*, p. 108.

(52) *In: Rezek, José Francisco.* "Direito internacional público: curso elementar", p. 223.

dutores individuais? É uma resposta difícil, se pensarmos em termos de atores, na abordagem tradicional, mas pode ser equacionada se atentarmos para a estrutura em si.

Todos esses atores (Estados, empresas transnacionais e indivíduos produtores) integram uma cadeia da relação de produção agrícola, cada qual desempenhando um papel específico. Entretanto, eles são peças de uma engrenagem bem mais complexa, que justifica a relação entre eles e estabelece uma lógica própria de produção de bens agrícolas. Existe, portanto, uma estrutura complexa de produção de alimentos como um todo, regida pela racionalidade econômica, que deve ser vista porque seu objeto primeiro não é satisfazer a fome da população mundial (porque, se assim o fosse, já poderia tê-lo feito há muito tempo, inclusive pelos gigantescos excedentes agrícolas), mas sim apenas daqueles que podem pagar por isso, isto é, atender a margem de lucro de um mercado promissor que se alimenta da fome alheia, o mercado agrícola ou *agribusiness*.

As estruturas, aqui, são basicamente estruturas sociais, e um dos vetores importantes é a idéia de desenvolvimento. O autor arrola alguns campos como exemplos dessa problemática (campos da alimentação, da saúde, da energia e da participação) e pergunta, dentre outras formulações [54]: (no primeiro campo) "o enfoque é em ser alimentado, ou em viver numa estrutura capaz de produzir alimentos suficientes através de mecanismos estruturais adequados?"; (no segundo campo) "o enfoque é no acesso a instituições para o serviço de saúde somática ou mental, ou em viver numa estrutura que produz um máximo de saúde mental e somática?".

Para explicitar o que entende por abordagem estrutural, *Galtung* diz que a essência é a idéia de *self-reliance*, como "auto-suficiência local", entendendo-se por "local" não apenas um grupo pequeno, mas que pode tomar dimensões maiores por razões econômicas[55]. O autor aponta que bens e serviços são obtidos com certo "automatismo", quando, por exemplo, "a poluição/controlo da degradação está inserida nas estruturas quando um agricultor, a produzir alimentos para subsistência, é ecologicamente consciente porque ele sabe que ele e seus descendentes serão as vítimas das conseqüências dos desequilíbrios ecológicos"[56]; isso não é algo que as empresas transnacionais façam simplesmente porque elas, com o escopo macro (e não micro), apenas se deslocam para outros locais ainda não degradados. Portanto, a perspectiva do nível micro é essencial, como forma de assegurar a participação direta dos interessados e formar solidariedade.

Ele alerta que a problemática dos direitos humanos tem sido muito mais realizada "ao nível macro e não ao nível micro, e ao nível institucional e não estrutural"[57], configurando duas distinções. Prossegue o autor: "a

(53) Op. *cit.*, p. 108.
(54) *Idem*, p. 177.
(55) *Idem*, p. 117.
(56) *Idem*, p. 178.
(57) *Idem*, p. 179.

primeira distinção reflecte os interesses pessoais de muitas pessoas que estão por detrás da abordagem dos direitos humanos, mais atraídas pela glória do nível macro, governamental e/ou intergovernamental, do que no anonimato do nível local. A segunda distinção reflecte a sua ideologia profunda, mais orientada para o actor do que para a estrutura e, assim, mais virada para a construção de instituições do que para a transformação estrutural"[58]. No discurso tradicional, porém, a primeira distinção (micro/macro) é ignorada ou tida por insignificante, e a segunda distinção (ator/estrutura) é desconsiderada.

É indispensável conjugar as duas abordegens e, reconhecer, acima de tudo, que não há apenas atores "bons" ou "maus", mas essencialmente "estruturas erradas", como diz *Galtung*, que devem ser mudadas. Nesse sentido, diz ele: "A estrutura, não sendo uma pessoa jurídica, não pode ser dada como culpada, só como errada. Mas aqueles que mantêm a estrutura através das suas acções ou que não as desmantelam através de sua inacção podem ser dados como culpados"[59]. Resumindo, "a dialéctica estrutura/instituição começa com uma estrutura (ou uma cultura) que escapa à instituição e com culpados escondendo-se atrás dela"[60]. É evidente que isso transcende ao direito e ingressa na política (estrutura envolve uma relação de poder) e na cultura (estrutura mantém-se e reproduz-se também por ideologia difundida) e também na economia (estrutura atende a interesses do Mercado, pela racionalidade econômica colonizadora das outras instâncias). Isso pressupõe a constatação de que a complexidade da vida contemporânea, especialmente com veiculada na temática dos direitos humanos, não comporta análise puramente jurídica e descolada de seus fundamentos.

De qualquer forma, a contribuição de *Galtung* é fundamental não apenas para denunciar o discurso tradicional de direitos humanos, apropriado pelo neoliberalismo, mas também para apontar uma alternativa à sua efetivação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida pretendeu trazer aportes teóricos para contribuir com o debate contemporâneo em torno dos direitos humanos, e pode ser sintetizada em torno de algumas idéias nucleares.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer o paradoxo dos direitos humanos, como um discurso supostamente hegemônico mas que não encontra na prática internacional contemporânea uma realização em larga escala de seus postulados, como um passo inicial para investigar o problema.

---

(58) *Idem*, p. 179.
(59) *Idem*, p. 219.
(60) *Idem, ibidem.*

Em um segundo momento, pode-se delinear uma apropriação neoliberal do discurso dos direitos humanos em processo de construção. Ela parece envolver mecanismos institucionalizados bem definidos, nos quais prepondera uma abordagem pelos atores, de cunho juridicizado, parcial e seletivo. Contudo, essa perspectiva apresenta limitações que podem ser apontadas como algumas das razões do déficе entre discurso e prática dos direitos humanos.

Em um terceiro momento, deve-se fazer o diagnóstico da crise desse modelo discursivo e apresentar alternativas como um contra-discurso ou um discurso alternativo. O diagnóstico envolve não apenas o reconhecimento de alguns ceticismos bem conhecidos em torno do tema, mas também o resgate da idéia da relação entre necessidades e direitos, como fundamento último dessa problemática. Além disso, pode-se apontar a conjugação de uma perspectiva ou abordagem com base na estrutura para permitir a melhor compreensão das irrealizações no campo dos direitos humanos e para apontar um caminho de sua efetivação.

Aqui, é fundamental a busca de uma nova hermenêutica dos direitos humanos, assentada em um mínimo ético, cujo fundamento último é o resgate do elo entre a realização dos direitos e a satisfação das necessidades humanas fundamentais. Não se trata, porém, de relegar ou excluir a abordagem na perspectiva dos atores — a qual, como o próprio *Galtung* adverte, é efetiva no tocante à satisfação de necessidades materiais e imateriais que tenham um receptor claro e identificável (como os direitos de primeira e segunda geração) e, para as quais, o Estado-nação ainda exerce um papel fundamental —, mas sim de conjugá-la com uma abordagem na perspectiva das estruturas, como garantia de que os demais direitos humanos (especialmente os de terceira geração), que não possuem um receptor claro, possam ser realizados e, com eles, satisfeitas as necessidades do homem.

Acima de tudo, deve-se reconhecer que não basta um elenco extenso de direitos e garantias para assegurar a dignidade do homem, mas é preciso conjugar esses mecanismos com a crítica e reconstrução de diversas estruturas sociais reprodutoras de exclusão e desigualdade em escala patológica.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. "Teoria de los derechos fundamentales". Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607p.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. "Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito". Florianópolis: CESUSC, 2002. 337p.

CHESNAIS, François. "A mundialização do capital". Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996. 335p.

GALTUNG, Johan. "Direitos humanos: uma nova perspectiva". Trad. Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. 252p.

KANT, Immanuel. "À paz perpétua e outros opúsculos". Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1995. 179p.

PRONER, Carol. "Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção". Porto Alegre: SAF, 2002. 247p.

REZEK, José Francisco. "Direito internacional público: curso elementar". 7ª ed, revista. São Paulo: Saraiva, 1998. 410p.

SEN, Amartya. "Desenvolvimento como liberdade". Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 409p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. "A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas". 2ª ed. Brasília: UnB, 2000. 214p.

TUGENDHAT, Ernst. "Lições sobre ética". Trad. Róbson Ramos dos Reis *et allii*. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000. 430p.

WEBER, Max. 'Economia y sociedad". Trad. José Medina Echavarría *et al.* 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. 1237p.

O MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA E A INSERÇÃO, NO SEU BOJO, DOS DIREITOS À SEGURIDADE SOCIAL

Manutenção do Estado Providência como garantia de segurança jurídico-social

GUILHERME ÁLVARES BORGES(*)

Sumário: 1. Introdução; 2. A Evolução Constitucional, a partir da análise do conceito de Constituição; 2.1. A Institucionalização e Organização do Poder; 2.2. Constitutio Libertatis *(Constituição e Garantia de Liberdade; 2.3. Constituição e Lei Fundamental; 3. O Movimento Constitucionalista; 4. O Surgimento de Mecanismos de Proteção Social; 4.1. O seu Desenvolvimento; 4.2. O Processo Brasileiro; 4.3. A Importância da Manutenção desses Mecanismos em seara constitucional; 5. Conclusão.*

1. INTRODUÇÃO

A partir da definição do tema procedemos à análise do significado da expressão "movimento constitucionalista", procurando tecer considerações acerca de sua origem e tendências mais explícitas como processo de busca pelas sociedades modernas de um sistema jurídico capaz de responder aos seus anseios de melhor coexistência.

A inquietante inclinação, *no plano jurídico, à desconstitucionalização e deslegalização dos direitos sociais*(1), sentida primordialmente nas searas trabalhista e de previdência social, exige reflexão, mormente quanto às suas conseqüências jurídicas.

Ainda que tenhamos ousado lançar no corpo do título deste estudo o termo "garantia de segurança social", não é a pretensão (até pelo des-

---

(*) Advogado — Professor Universitário — Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP — Mestrando em Direito Previdenciário pela PUC/SP.

(1) *José Eduardo Faria; Rolf Kuntz*, "Qual o Futuro dos Direitos?", São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 8.

conhecimento aprofundado do fenômeno social em si considerado) de ingresso no âmago da Sociologia do Direito, mas o debruçar sobre a ciência normativa que nos impele à análise incidente de suas regras para a conduta social.

Nesse trilhar partimos de diversos conceitos formulados para "Constituição", buscando, a partir daquele que se nos apresente mais condizente com a hodierna sociedade, engendrar o significado, para os povos, do momento histórico em que o direito à seguridade social passou a integrar o foro constitucional, extraindo daí sua razão e importância jurídicas.

Seguindo ainda a ótica constitucional, encaminharemos o estudo proposto para o enfrentamento da finalidade própria das normas de uma Constituição e a extensão das matérias dela integrantes, pelo menos até o presente momento, com o objetivo de perquirir a repercussão de uma tendência desconstitucionalizadora dos direitos sociais e, por via de conseqüência, da retirada ou redução do papel do Estado e sua função institucional, perante a sociedade.

Nesse contexto de redefinição das funções do Estado centraremos a discussão acerca da importância da Carta Constitucional e da fixação de suas normas, cujo caráter hierárquico-positivo sobreleva-se na estrutura jurídica, no intuito de resguardar a ordem social.

Almejamos, assim, o alcance dos propósitos firmados, como forma de contribuição, ainda que mínima, para aventar possível digladiação acadêmica e jurídica.

2. A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL, A PARTIR DA ANÁLISE DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Vasculhar o significado do movimento constitucionalista pressupõe, sem sombra de dúvidas, a delimitação conceitual do termo "Constituição". O emprego de letra maiúscula para sua grafia é o primeiro passo para a consecução da tarefa predisposta.

Importante lição a esse respeito nos é dada por *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*[2], na análise de um dos marcos da formalização do texto constitucional, a Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, que, não pela originalidade, mas pela importância, representa um rompimento com o modelo consuetudinário até então imperante:

> *"Por ser um plano racional que contraria a organização costumeira, a constituição liberal tem de tomar forma escrita. Contém-se num documento escrito, enunciado solenemente, a Constituição."*
>
> (...)

(2) "O Estado de Direito e Constituição", Saraiva, São Paulo: 1988, p. 73.

"Desta época em diante, o termo Constituição ganha maiúscula. A única constituição merecedora do nome é a Constituição escrita, solene, liberal."

É certo que o magistério supra lança-nos, de sobressalto, à frente no espaço e no tempo, exigindo a limitação do objeto pesquisado, pois o seu conceito generalizante nos encaminha para *"a constituição como organização de um ser, sentido geral do termo."*[3]

Aqui, assim como faz *Otto Bachof*[4], cumpre deixarmos de lado outros significados a ela atribuídos, diferentes do de um sistema de normas jurídicas, muito embora mencionaremos concepções estruturais trazidas por estudiosos do Direito Constitucional, no sentido sempre de aplicá-las sob a ótica do direito.

Daí o caminhar pela obra de *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* revelando-nos diversas concepções para o vocábulo em exame, em que aparta-se do caráter geral do termo e ingressa *pari passo* naquilo que reputamos necessário para a apresentação e organização do raciocínio.

Vejamos a definição de Constituição do Estado-Grupo[5]:

"Na primeira acepção, o Estado é um grupo de seres humanos (um povo), radicado num território, sujeito a um Poder, que frequentemente é dito soberano pelos juristas ou incontrastável (quer dizer, detentor de uma força armada irresistível que monopoliza), colocação preferida pelos sociólogos."

Com referência à Constituição do Estado-Poder, obtempera:

"É o conceito de Burdeau: "o Estado é Poder institucionalizado e é a instituição em que se encarna esse Poder". É ele um suporte abstrato que permite retirar da pessoa do poderoso a titularidade do Poder. Isto permite encarar o poderoso como um detentor passageiro do Poder. E, sobretudo, recusar que esteja "na maior força de que dispõem os governantes o fundamento do Poder".

"Relativamente ao Estado-Poder institucionalizado, a constituição é a organização de tal Poder, ou seja, o estabelecimento de seus órgãos, as atribuições ou competência destes, o procedimento de sua atuação e, principalmente, o modo de devolução desse Poder: a escolha ou designação de seus ocupantes transitórios."[6]

---

(3) "O Estado de Direito e Constituição", Saraiva, São Paulo: 1988, p. 66.

(4) "Normas Constitucionais Inconstitucionais?", Livraria Almedina:1994, p. 38.

(5) *Ibid.* p. 67.

(6) "O Estado de Direito e Constituição", Saraiva, São Paulo: 1988, p. 68.

Partindo para a Constituição do Estado-Direito, pronuncia:

"Claro está, portanto, que, nesse enfoque, a constituição do Estado é a ordem jurídica por inteiro. Contudo, costuma-se restringir o uso do termo com referência ao Estado para designar a parte essencial deste ordenamento. Assim se compreende a colocação de Kelsen, segundo a qual constituição significa "a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais". Neste sentido, o termo designa a constituição como pressuposto lógico-transcendental: a norma fundamental "devemo-nos conduzir como a Constituição prescreve"[7].

Conferindo continuidade à classificação e às acepções da palavra Constituição, adentra seu sentido jurídico, pontuando:

"No campo jurídico, o termo constituição vem do Direito Romano. O vocábulo constitutio veio a ser empregado durante o Império para designar 'as manifestações de vontade normativa do grau mais elevado emanadas diretamente da autoridade do princeps'. Sempre como manifestação normativa do grau mais alto, durante a Idade Média foi usado para determinar regras editadas pelo papa, pelos sínodos ou pelo imperador. A primeira vez que este termo parece haver sido empregado num dos sentidos modernos, ou seja, como estatuto ou limitação do poder, o foi por Bracton, no século XIII. Este se refere à Magna Carta de 1215 como constitutio libertatis. Entretanto, na própria Inglaterra medieval, a expressão preferida para enunciar a limitação do poder foi outra. Para exprimir a limitação do poder do monarca ou suzerano decorrente dos direitos outorgados, reconhecidos ou costumeiros do súdito, falava-se em "lei da terra" (lex terrae). E os legalistas quando vieram a se referir a normas superiores ao monarca, que regiam, por exemplo, a devolução do trono, a elas designaram como leis fundamentais (leges fundamentales regni)"[8].

Merece destaque, igualmente, a sua acepção liberal, assim explanada:

"Segundo a concepção liberal de constituição, esta é a parte essencial de uma determinada organização estatal — a que visa a garantir a liberdade, por meio de um estatuto do Poder. Por um estatuto, quer dizer, obviamente, por meio de organização jurídica que não só estruture mas também limite o Poder no Estado. Exatamente esta concepção é que difunde o constitucionalismo. É ela que se concretiza com as revoluções liberais, as quais todas levam ao es-

(7) "O Estado de Direito e Constituição", Saraiva, São Paulo: 1988, p. 69.
(8) "O Estado de Direito e Constituição", Saraiva, São Paulo: 1988, p. 70.
(9) "O Estado de Direito e Constituição", Saraiva, São Paulo: 1988, p. 72.

tabelecimento de constituições. A constituição não é assim qualquer organização dada ao Estado, melhor ao Poder no Estado. É apenas a organização que garante a liberdade. Está aí a constituição-garantia."[9].

Deixando, por ora, esse catedrático da Universidade de São Paulo, sem contudo, porém, abandonar os arautos das Arcadas, até mesmo pela autoridade e atualidade de *José Eduardo Faria*[10], registramos:

> *"Ela deixa de ser um estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito do Estado, passível de ser visto como "norma fundamental" e reconhecido como centro emanador do ordenamento jurídico. E assume a forma de uma carta de identidade política e cultural, atuando como um centro de convergência de valores em cujo âmbito teriam caráter absoluto apenas duas exigências fundamentais. Do ponto de vista substantivo, os direitos de cidadania e a manutenção do pluralismo axiológico, mediante a adoção de mecanismos neutralizadores de soluções uniformizantes e de medidas capazes de bloquear a liberdade e instaurar uma unidade social amorfa e indiferenciada. Do ponto de vista procedimental, as garantias para que o jogo político ocorra dentro da lei, isto é, de regras jurídicas estáveis e claras, porém despidas de prescrições extensivas e detalhadas".*

Luiz Alberto David Araújo e *Vidal Serrano Nunes Júnior* esclarecem noções básicas acerca de uma Constituição que muito nos auxiliarão no desenlace da indagação, *in verbis*:

> *"A primeira delas é a de que a Constituição é o documento básico de um Estado, vale dizer, é a sua constituição. Ajustada a esse enfoque, sua finalidade há de compreender, ao menos, a regulamentação dos elementos estruturantes do Estado, ou seja, território, governo, povo e finalidade.*
>
> *Ao lado desses fatores constitutivos do Estado, é ingênita à noção de Constituição a fixação de limites que estabeleçam qual o âmbito de atuação do Estado e qual a esfera de domínio individual. Assim, qualquer Constituição deve abrigar as normas definidoras dos direitos fundamentais do indivíduo, pena de desfiguração de sua própria razão de existir."*[11]

O eminente *Meirelles Teixeira*, ainda que reconhecendo a importância didática da classificação ofertada por *Biscaretti de Ruffia*, em que o

---

(10) "Qual o Futuro dos Direitos?", Max Limonad, São Paulo: 2002, pp. 103/104.

(11) "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, São Paulo:1999, p. 3.

vocábulo Constituição é especificado através de cinco acepções (empírica, material, formal, instrumental e histórico-política), oferece-nos um acurado tratamento ao termo:

> "*Constituição como o conjunto de normas fundamentais, constantes de documento escrito, solene e inalterável por lei ordinária, reguladoras da própria existência do Estado, da sua estrutura, órgãos e funções, do modo de exercício e limites da soberania, dos seus fins e interesses fundamentais, das liberdades públicas, direitos e deveres dos cidadãos.*"(12)

Seguindo a linha dos constitucionalistas pátrios, José Afonso da Silva destaca:

> "*A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.*"(13)

Por fim, talvez pela magnitude de sua definição e coragem na execução de uma verdadeira autópsia no significado de Constituição, *Ferdinad Lassalle* traz-nos sua essência:

> "*Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação.*
>
> *Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito — instituições jurídicas. Quem atentar contra eles, atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.*"(14)

Tenhamos, pois, como resultado do somatório de conceitos e designações da Constituição um conjunto de elementos a merecer atenção: "poder institucionalizado", "organização desse poder", "norma positiva", "*constitutio libertatis*", "lei fundamental", "verdadeiro direito" e (à exceção da estrutura organizacional inglesa, fixada sob as pilastras do tradicionalismo) "documento escrito e solene".

---

(12) "Curso de Direito Constitucional", Forense Universitária, Rio de Janeiro:1991, pp. 42/44.

(13) "Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ª ed., Malheiros, São Paulo:1994, pp. 39/40.

(14) "A Essência da Constituição", 4ª ed., Lumen Júris, Rio de Janeiro: 1998, p. 32.

Sem receio da imprecisão científica, desses elementos elegeremos alguns que, diante de valores contemporâneos e do objeto delimitado para este estudo, se nos apresentem essenciais ao esclarecimento das conclusões sobre o tema abordado.

2.1 A Institucionalização e Organização do Poder

A abordagem da formação constitucional dos Estados, como fato precedente à análise da importância e razão de questões envoltas na seara dos mecanismos de proteção social, até seu desenvolvimento máximo via sistema de Seguridade Social, reporta-nos à fixação dos limites para a acepção do "Estado-Moderno".

Nelson Saldanha, ao estudar as origens do Estado-Moderno, assinala:

> *"O Reino da Sicília, de certa maneira, prefigurou as características do tipo de Estado que, com caracteres definidos, veio a tornar-se genérico e dominante no Ocidente dos séculos XVII e XVIII. Ao tempo de Frederico, o Reino da Sicília esteve regido por uma ordem constitucional escrita e teve uma burocracia já de tipo moderno e racionalista. Grande número de autores atestam o caráter impressionantemente avançado das concepções políticas do próprio Frederico.*
>
> *Não é o caso, porém, de entender o Reino da Sicília como origem do Estado moderno. O problema tem de ser posto em termos mais abrangentes, sobretudo na medida em que deliberadamente nos referimos à origem de estruturas-tipo. Em tais termos, as origens correspondem — e o plural é conveniente — a uma série de mutações que equivalem à passagem do Estado dito feudal ao Estado "estamental"e destes às grandes monarquias absolutas. Aqui importa mencionar o nome de Werner Naef. Segundo ele o Estado estamental (isto é, baseado sobre os estamentos, formados de porções da nobreza e do clero, mais as representações das cidades) foi superado pelo Estado monárquico absoluto quando — com exceção talvez do caso da Inglaterra — o rei conseguiu concentrar todo o poder em âmbito nacional, e o caso da França foi, nisso, o mais típico. Foi na França que o Reino se constituiu mais cedo em termos de monarquia absoluta, e também em moldes mais exemplares.*
>
> *Portanto o Estado "moderno" se origina em um processo de alterações que incluem a exaustão do sistema sócio-econômico feudal e o advento do capitalismo; incluem também o surgimento de uma nova vida urbana, em contraste com a existência predominantemente rural do medievo e em consonância com a ascensão de um novo tipo social que viria a ser denominado burguesia."*[15] (g.m.)

---

(15) "O Estado Moderno e a Separação de Poderes", Saraiva, São Paulo: 1987, p. 8.

Extrai-se daí, pois, a existência pretérita de uma organização e institucionalização do Poder do Estado em relação à sua concepção moderna e, por via de consequência, ao próprio movimento constitucionalista impulsionado pelo modelo de Estado liberal.

Nesse sentido não nos abandona *Jorge Miranda*, ao declarar:

> *"São muito diferentes as preocupações e as linhas de força da doutrina do constitucionalismo oitocentista e as da doutrina constitucional do século XX. Assim como são diversos os corolários (ou peculiares as contribuições) para a construção dogmática das grandes escolas do pensamento jurídico que, entretanto, se sucedem — desde o jusnaturalismo iluminista e o positivismo à escola histórica, ao marxismo, ao decisionismo, ao institucionalismo, etc."* (16)

Apenas a se destacar a predominância, no fenômeno constitucional dos Estados estamentais, de uma atitude cognoscitiva, ou seja, a adoção de uma postura meramente passiva frente ao texto constitucional, de simples descrição ou reprodução de determinada estrutura jurídico-política.(17)

Parte-se, deste modo, para um documento constitucional que, paulatinamente, começa a ser enxertado por normas outras que não unicamente aquelas delimitadoras do Estado, de sua organização do poder, da fixação de seus órgãos e da limitação de suas respectivas competências.

Acreditamos que esse processo de ampliação do espectro da Constituição reflita a descoberta, se assim podemos dizer, da importância de seu papel para as sociedades contemporâneas. Tanto que o autor lusitano supra alerta para a subjacência da atitude cognoscitiva (incidente à Constituição britânica e à norte-americana) cujo rompimento advém com a atitude por ele nominada voluntarista, representando posição ativa de criação de normas constitucionais com capacidade de transformação das condições políticas e sociais.(18) Ainda que ele atribua às Constituições ditas liberais revolucionárias o marco para o nascer dessa atitude voluntarista que, ao romper com o conservadorismo historicista, confere à Constituição uma inclinação muito mais direcionada à sociedade, *Santi Romano* nos exorta sobre a influência, para o direito constitucional, do modelo inglês e de suas derivações, como a ocorrida nos Estado Unidos.(19)

Portanto, é correto afirmar uma possível coincidência no surgimento do "Estado-Moderno" e do "Estado-Constitucional". E ainda que seu processo tenha tido por conseqüências múltiplos fatores (como sugeriu Nelson Saldanha) a eclosão e a repercussão da Revolução Francesa fazem

---

(16) "Manual de Direito Constitucional", Tomo II, 3ª ed., Coimbra Editora: 1996, p. 10.

(17) *Ibid.* p. 8.

(18) *Ibid., idem.*

(19) "Princípios de Direito Constitucional Geral", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1977, pp.. 42/43.

dela, talvez, um divisor de águas histórico, cuja relevância não pode ser desprezada quando da limitação dos prólogos do movimento constitucionalista contemporâneo.

2.2. *Constitutio Libertatis* — (Constituição e Garantia de Liberdade)

Desvendar a importância da Constituição no seio da sociedade, sob o enfoque libertário que seu texto carrega, não é tarefa assaz árdua, pelo contrário, os estudiosos do direito constitucional exaltam à exaustão essa característica, conforme a referência de Bracton à Magna Carta de 1215, em citação de Ferreira Filho, já acima transposta.

Talvez a maior dificuldade esteja na constatação de sua eficácia social, posto que, após promulgada, não há que se falar em ineficácia normativa ante sua aptidão própria a produzir efeitos no mundo do direito. *Celso Antônio Bandeira de Mello*, com a propriedade que lhe é peculiar, adverte:

> *"...as regras, em termos de realidade efetiva, não se aplicam porque constam de um dado diploma; não é por isso que se aplicam; porque pode haver uma Constituição, pode se escrever tudo de novo, e não serão aplicadas; só se aplicam quando se cria uma consciência social da sua obrigatoriedade"*[20]

Urge, pois, que empreguemos no texto constitucional, como ação de intérprete, leitura condizente com os seus atributos ínsitos de liberdade, sob pena de negarmos a sua própria essência, ou ao menos aquela erigida pelo Estado liberal e que se mantém até os dias atuais, com algumas inserções, é verdade. Daí a explicação de *Nelson Saldanha:*

> *"O Estado constitucional, criação das lideranças políticas liberais, não era apenas um Estado não-interveniente, criado pelos interesses burgueses à dessemelhança do absolutismo intervencionista; o Estado constitucional era uma sistemática de explicitações, montada a partir da idéia de que o poder existe com base no consentimento dos homens, e de que ele existe para garantir a tais homens uma série de liberdades. Destarte, o Estado constitucional não era apenas um Estado com limitações, mas um Estado intrinsecamente limitado."*[21]

Compreender a forma de limitação acima referida é passo fundamental para a descoberta da relevância da Constituição nos Estados ditos modernos. É, como mencionado, instrumento de garantia das liberdades,

---

(20) "Revista de Direito Constitucional e Ciência Política", ano III, nº4, jan/jun-89, Forense, Rio de Janeiro: 1985, p. 126.

(21) "O Estado Moderno e a Separação de Poderes", Saraiva, São Paulo: 1987, p. 42.

cujo substrato encontra-se na limitação do poder originário do Estado, seja este corolário do consenso, livremente externado, segundo *Sieyès*[22], ou fruto da movimentação das forças dominantes desse poder.

Com *Ferreira Filho*, tentaremos ser mais explícitos:

> *"A organização do poder, nas linhas apontadas, importa em limitação do poder.*
>
> *Com efeito, dividir o Poder estatal entre os órgãos diferentes, independentes, obviamente impede que um só possa tudo. Restringe, portanto, o Poder, além de gerar o contraste, os freios e contrapesos. Igualmente limita o Poder o estabelecimento de procedimentos obrigatórios, mormente os que condicionam a deliberação dos órgãos coletivos.*
>
> *Por esta razão, toda Constituição é limitação do poder. Toda ela é garantia da liberdade."*[23]

Indiscutível e inegável o seu caráter libertário, mas, como afirmamos alhures, não é tanto preocupante esse seu papel, quanto imaginamos seja a problemática de sua eficácia social. Somente através de uma conscientização geral sobre a Constituição e seus preceitos, para além dos cientistas do direito, será possível constatar a *Constitutio Libertatis*; do contrário a Constituição será, parafraseando Lassalle, "folha de papel".

2.3. Constituição e Lei Fundamental

Todo esse cuidado com a análise da Constituição e do próprio movimento deflagrado nos Estados para sua elaboração, de modo a refletir com precisão a legitimidade do poder por ela emanado, ganha, sob o aspecto jurídico, enorme pertinência a estruturação do ordenamento normativo desses mesmos Estados.

A par da discussão acerca das teorias monista e dualista do direito — posto que a digladiação aqui não tem por escopo a mensuração de validade entre a ordem jurídica interna e a internacional — ergue-se a Constituição, até mesmo a imprimir respaldo à idéia de soberania dos Estados, que se reforça nesse período, como norma de hierarquia maior, não encontrando no direito interno dos países qualquer comando a ela contrastável. Leia-se:

> *"O movimento das Constituições teve uma importância histórica enorme. A reinterpretação do saber jurídico, provinda do humanismo e trabalhada pelo racionalismo tinha dado como resultado uma série de produções marcantes, entre as quais as obras de Grócio, Pufendorf, Nettelbladt e outros; o legado de Montesquieu ti-*

---

(22) "A Constituinte Burguesa" — Qu'est-ce que le Tiers État?, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro:1997, pp. 100/101.

(23) "O Estado de Direito e Constituição", Saraiva, São Paulo: 1988, p. 78.

nha imposto à França ilustrada o ideal dos três poderes, organizados segundo o modelo constitucional racional. No caso dos Estados Unidos teria atuado, segundo Edward Corwin, a imagem de uma higher-law (ou Paramount law) superior às leis ordinárias e entendida como Constituição. Mesmo na Inglaterra, sempre empirista e comportada, a Revolução de 1688 já encontrara a noção de uma fundamental law, superior às regras jurídicas comuns. Convém aliás anotar que o termo Constituição, de antiga e ilustre origem romana, significou durante muito tempo "ordem política" ou mesmo "regime", e assim foi utilizado ainda no século XVIII; somente depois das declarações deflagradas pela Revolução Francesa é que o termo passou a indicar o que ficaria indicando até hoje; lei especial, considerada superior às demais e que organiza jurídica e politicamente a estrutura de um Estado."[24]

E *Ferreira Pinto* completa a descrição de supremacia da norma constitucional sob o aspecto material e formal[25], respectivamente:

> "*Não é lícito a qualquer poder por ela constituído exigir alguma coisa que não se coadune com o Direito fixado na Constituição. O conteúdo, seja de uma lei estabelecida pelo Poder Legislativo, seja de um ato qualquer de qualquer dos Poderes, não pode contrariar o das normas constitucionais.*"
>
> (...)
>
> "Ela fixa a organização, quer dizer, a estrutura, a composição, as atribuições, o procedimento dos Poderes — os órgãos superiores do Poder. Estes nada podem senão pelo modo que prevê a Constituição."

Mesmo entre os gregos a distinção feita em relação às normas constitucionais mostrava-se relevante, à medida que separavam aquelas próprias da organização política (*politéia*) das outras ditas comuns (*nomói*), para as quais o fundamento era conferido pelas primeiras.[26]

É certo, outrossim, que essa prevalência, no campo jurídico, apresenta-se com maior nitidez nos modelos de Constituição rígida, a designar que os demais comandos normativos encontrarão validade se, e apenas se, estiverem em consonância com a Carta Maior. Contudo, a supremacia material do texto constitucional é plenamente reconhecível nos modelos flexíveis e tradicionalistas (costumeiras), ainda que sob o enfoque sociológico, conforme aponta *José Afonso da Silva*.[27]

Eis um aspecto decorrente do movimento constitucionalista responsável pela elevação do grau de importância que as Constituições atingiram

---

(24) *Nelson Saldanha, ob. cit.*, p. 40.

(25) *Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit.*, p. 80.

(26) *Meirelles Teixeira, ob., cit.*, pp. 79/80.

(27) *Ob., cit.*, p. 47.

dentro da estrutura do Estado Moderno, chegando, inclusive, a permitir que façamos sua inserção nos elementos próprios deste Estado, posto que amalgamado à sua concapção.

Daí extrairemos a premissa para o desenvolvimento do raciocínio envolvendo as disposições relativas à seguridade social e à sua disciplina constitucional, de modo a esclarecer ao leitor o avanço, em termos de civilidade, que tal fato representa, mormente para o Estado brasileiro.

3. O MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA

De tudo o que até agora se lançou, resta perqüirir sobre o movimento constitucionalista ensimesmado, abordando sua importância e conseqüências. Não se tem dúvidas acerca da continuidade desse processo de constitucionalização, pois o existir em sociedade carrega consigo o dinamismo próprio de sua evolução, a exigir um constante aprimoramento dos modelos de coexistência humana. Tome-se tal expressão em seu sentido lato, dado que cada vez mais ao humanismo são agregados outros valores de referência à sociedade, vide o crescimento da importância da preservação de determinadas espécies animais, como fator de equilíbrio do ecossistema, e a inserção de mecanismos jurídicos de tutela do meio-ambiente, à guisa de exemplos.

Valendo-nos mais um vez de *Nelson Saldanha*, registramos:

> *"O movimento constitucionalista constituiu, na forma de Nicola Matteucci, uma combinação entre liberdade e os poderes. Para este autor, duas fontes atuaram para moldar o constitucionalismo: por um lado o jusnaturalismo e por outro a revolução democrática (sobretudo na França) derrubou os princípios da tradição e do "direito divino", implantando em definitivo a "secularização da obrigação política". Acrescenta Matteucci que o liberalismo, herdando o ideal constitucional delineado em fases anteriores, herdou também dois "espaços de liberdade" muito importantes: o mercado e a opinião pública, que atuariam (cf. alusão a Habermas, supra, no item 6) como reduto das leis naturais de concorrência e de discussão aberta. Com isso se regressava, acrescentamos, ao racionalismo, reinterpretado com base racional-natural da estruturação dos interesses sociais."*(28)

Correto é, pois, afirmarmos que o movimento constitucionalista foi responsável pelo agigantamento de duas expressões, cuja relevância se confunde com as próprias pilastras da democracia, tão cara à sociedade moderna. Liberdade e segurança erigiram-se como sustentáculos deste modelo de Estado-Moderno e encontraram na Constituição o seu porto-seguro. Assim finaliza *Ferreira Filho:*

---

(28) *Ob., cit.*, pp. 40/41.

"In medio virtus. A liberdade com segurança, a segurança com liberdade, constituem para o comum dos mortais o ambiente adequado. Nele é possível a expansão da virtualidades individuais, a conquista da cultura, a criação da riqueza, a obtenção da felicidade. Tudo isso se constrói com a liberdade mas não se faz sem aquela tranqüilidade de espírito de que falava Montesquieu, a qual somente existe quando "um cidadão não precise temer qualquer outro cidadão.""[29]

Nota-se neste cenário uma expansão das matérias disciplinadas no bojo do texto constitucional. Acrescenta-se aos comandos políticos, de estruturação do Poder do Estado, uma normatização de índole econômica e social.

Cresce a participação deste Estado nas relações em sociedade, obrigando-o, como exigência de sua manutenção — e aqui não cabe discutirmos se assim ocorre intencionalmente para as elites dominantes — uma maior assunção de responsabilidades, abandonando o liberalismo radical.

Ainda que, a passos largos, saltemos muitos anos na linha da história, não seria impreciso apontarmos o Estado Providência como sucessor do modelo liberal. Por este, rápido se percebeu que em um ambiente de desigualdade econômica a liberdade aprisiona os desfavorecidos, fazendo da lei a chave-mestra dos grilhões.

Eis uma premissa segura a possibilitar o ingresso, via movimento constitucionalista, na órbita dos mecanismos de proteção social.

4. O SURGIMENTO DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO SOCIAL

A passagem de um modelo de produção essencialmente rural, praticado pelo sistema feudal, para um modelo industrial, esse impulsionado pelo capitalismo emergente e pela ascensão da classe burguesa, provoca alterações na estruturação da sociedade.

A mobilização das classes sociais, em contraponto ao sistema estamental até então vigente, e a transformação da população servil em proletariado registram, juntamente com os ideários do Estado liberal, o advento de uma relação jurídica de trabalho parametrada na autonomia da vontade das partes.

Todo esse reflexo da ação do homem sobre o seu meio desencadeia uma maior potencialidade de pessoas expostas aos riscos produzidos por este novo sistema de produção.

Chama atenção os esclarecimentos feitos por *Paul Durand*[30]:

"La gravedad que revisten las consecuencias de los riesgos sociales, tanto para las personas como para la colectividad entera, sobre los que recaen, explica el hecho de que se hayan ideado muy diversos procedimientos para afrontarlas.

(29) *Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob., cit.*, p. 129.

(30) "La política contemporánea de Seguridad Social", 1953, Librairie Dalloz, Paris, p. 71.

Todos ellos pueden agrupar, resumidamente, en tres órdenes: Originariamente se han aplicado a los Riesgos Sociales los procedimientos comunes de protección contra riesgos que pueden afectar al individuo. Esta tendencia a recurrir a procedimientos indiferenciados de garantía, fue dominante a lo largo del siglo XIX. Con posterioridad, se han diseñado formas específicas de garantía contra los Riesgos Sociales, carcterizándose concretamente por la institución de los Seguros Sociales. De ese modo se han instituido formas diferenciadas de garantía social, mejor adaptadas a la naturaleza peculiar de los riesgos a cubrir. Estas técnicas indemnizatorias, que aparecieron hacia el final del siglo XIX, se han desarrollado durante el primer tercio del XX. Finalmente, la nueva concepción de la Seguridad Social se ha derivado de las técnicas anteriores; presentida por la Ley americana de 14 de agosto de 1935, la Seguridad Social encontró, sobre todo, su genuina formulación en los trabajos de Lord Beveridge. Es ésta la que corresponde a la época actual."

Resta esclarecido, na colocação final do autor francês, que o sistema de proteção social alçado pelo Estado Moderno (ao menos diante da concepção para este adotada nestes estudos) encampa o modelo da Seguridade Social.

Insta, para fixarmos com precisão o termo proteção social, valermo-nos do insigne *Celso Barros Leite*, citado por *Wagner Balera*[31]):

"...'conjunto de medidas através das quais a Sociedade assegura a seus membros um nível mínimo de condições de vida'."

É o surgir de uma nova roupagem para a Constituição, que se inaugura com a Carta Mexicana de 1917, acompanhada, daí, pela expressão "Social". Ainda que a referência a determinadas classificações da Constituição possa conter um cunho subjetivista — denotando, algumas vezes, um intento pejorativo — acreditamos, ao contrário, que tal adjetivação, neste caso específico, represente uma inegável inclinação dos povos no sentido da máxima civilização. Apropriando-nos do megistério do mestre *Wagner Balera*, tal fator é um marco, um divisor de águas, a separar a barbárie da civilidade. Daí o porquê de entendermos relevante o ingresso de um instrumental de proteção social no bojo das Constituições.

Imaginamos que o mundo civilizado dependa de um verdadeiro e eficaz mecanismo de tutela à sociedade. Do contrário, regressaremos no tempo, negando frontalmente a teoria da evolução que, conjuminada com o porvir, expressa o caminhar do homem dentro de sua história — e para ser atual — interagindo com o seu meio de modo a progredir sua existência.

---

31) "Seguridade Social na Constituição de 1988", Revista dos Tribunais, São Paulo: 1989, p. 16.

No aspecto do direito positivo, não foi por outra razão que a Constituição Federal Brasileira de 1988 erigiu como fundamento do nosso Estado a dignidade da pessoa humana que, através do primado do trabalho, deve construir uma Democracia de Direito, como base da ordem social (art. 1º, IV c/c art. 193).

Poderiam alguns, como *Ferreira Filho*, exaltar de modo receoso a inserção de questões econômicas e sociais no texto constitucional, mormente pela avalanche de normas programáticas a redundar, na prática, na ineficácia social dos comandos da Lei Maior.[32] Porém, o emprego da interpretação destes dispositivos sob cunho meramente compromissório, a se materializar com o passar do tempo e amadurecimento da sociedade, pode significar a declaração da própria inexistência hoje deste Estado de Direito que se apregoa.

A Constituição, como vimos, é norma ápice, e toda as vezes que a ela nos referimos, seja por qualquer das designações possíveis, devemos nos lembrar da sua verdadeira acepção: *Carta Libertatum.*

Igualmente já fizemos destacar a importância da liberdade para o cidadão, cujo exercício está calcado na segurança. Segurança devido à existência de meios passíveis de conter qualquer forma de abuso do Poder do Estado, que ao mesmo tempo implica a segurança social, sob pena de, limitando a acepção da palavra, lançarmos cidadãos novamente à condição de súditos.

4.1. O seu Desenvolvimento

Para a compreensão das melhores técnicas de cobertura empregadas através dos procedimentos comuns de garantia social existentes, *Paul Durand* assevera:

> *"Diversos son los procedimientos que pueden emplearse para proteger al individuo contra los riesgos que comporta su existencia. Inicialmente puede utilizarse la técnica de la Previsión individual, representada por el ahorro y la Previsión colectiva que tiende a fórmula mutualista y las técnicas del seguro. Un segundo procedimiento consiste em imponer la carga de la indemnización a la persona que ha dado origen al riesgo; esta técnica, propria de las reglas sobre Responsabilidad, ha sido empleada para los accidentes de trabajo. La última de las fórmulas es la de la Asistencia, otorgada por grupos privados o por el Estado."*[33]

Conhecedores que somos do processo histórico (daí a facilidade na manifestação de concordância ao seu resultado no âmbito da proteção social) não encontramos dificuldades para o apontamento das melhores

---

(32) "O Estado de Direito e Constituição", Saraiva, São Paulo:1988, p. 85.

(33) "La política contemporánea de Seguridad Social", 1953, Librairie Dalloz, Paris, p. 72.

garantias para a sociedade de modo geral, alcançadas pelo modelo do Seguro Social obrigatório, cujas origens remontam ao sistema implantado por *Bismark*, na Alemanha do século XIX.

Urge destacar que de Seguridade Social não se tratava, posto que seu conceito e abrangência ultrapassam aqueles do modelo alemão. Talvez o advento da Seguridade Social, concebida como "*una organización coherente y completa*"[34] dos sistemas de reparação dos riscos sociais tenha avançado com a Lei americana de Seguridade Social de 14 de agosto de 1935 (*Social Security Act*), encontrando sua expressão máxima no Informe Beveridge, acerca do seguro nacional inglês.

Mr. *William Beveridge* foi o grande destaque do comitê interministerial criado na Inglaterra, em meados de 1941, com o objetivo de proceder a um exame geral sobre os sistemas de seguros sociais, uma vez que o modelo de carteiras específicas para cada benefício, com administração e fiscalização próprias, apresentava considerável insuficiência na consecução de seus fins.

Como resultado esse comitê propôs a extensão do sistema de seguros sociais, destacada, em linhas gerais, por três aspectos apontados para o encaminhar da ação protetora, a saber:

a) ampliação subjetiva dos mecanismos de proteção, de modo a atingir pessoas até então excluídas do sistema. Tenha-se que inicialmente a classe operária foi o objeto do sistema, como fruto do surgimento do modelo industrial de produção;

b) ampliação objetiva dos mecanismos de proteção, procurando ampliar o número de riscos possíveis a merecer cobertura;

c) melhora no sistema de concessão das prestações, no intuito de reduzir ao máximo o tempo de espera para a obtenção das prestações.

Transportando os resultados do Informe para o modelo atual brasileiro, nota-se a atualidade das preocupações lá constatadas, mormente quando propostas de reforma do nosso sistema de proteção não saem da pauta do dia e seus propósitos tendem à redução da proteção existente.

O modelo inglês inspirou as legislações européias da época, repercutindo também no além mar, vindo a aportar na *terra brasilis*. É o que passaremos a expor.

4.2. O Processo Brasileiro

Insertos, pelo presente estudo, na análise do movimento constitucional, passemos, brevemente, pela evolução dos mecanismos de proteção social através das Cartas brasileiras.

---

(34) *Paul Durand*, "La política contemporánea de Seguridad Social", 1953, Librairie Dalloz, Paris, p. 148.

Trazia a Constituição de 1824 a seguinte redação em seu art. 179, inciso 31º:

"A Constituição também garante os socorros públicos"

Pelo momento histórico é possível compreender o citado comando envolto pelo ideário liberal da época, conquanto, sob o aspecto jurídico, apresentava-se sem o mínimo de exigibilidade. Merece destaque nesse período o advento da primeira lei de caráter eminentemente previdenciário (Lei n. 3.397/1888), a cuidar da caixa de socorros para os trabalhadores das estradas de ferro pertencentes ao Estado.(35)

Já na Constituição de 1891, a primeiro do período republicano, dois artigos chamavam a atenção. O primeiro deles a assegurar que à União caberia a prestação dos socorros públicos quando solicitados pelos Estados, nos casos de calamidade pública, comando constante de seu artigo 5º. Depois, o artigo 75, a preceituar a concessão de aposentadoria apenas aos funcionários à serviço da Nação, em caso de invalidez.(36)

Nesse período duas legislações importantes emergiram para o mundo jurídico. Em 1919 a Lei n. 3.724, de 15 de fevereiro, a tratar dos acidentes do trabalho. E, em 1923, o grande marco da previdência social no Brasil, a Lei Eloy Chaves, alcunhada com o patronímico do deputado paulista, seu elaborador (Lei n. 4.682 de 24 de janeiro), a estabelecer uma caixa de aposentadoria e pensões aos trabalhadores ferroviários.

Como destaque da Constituição de 1934 citamos a instituição do financiamento tripartite da previdência social, igualmente repartido entre a União, empregadores e empregados . De relevância o seu art. 121, letra *h*, a dispor:

> "Assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante assegurado a esta o descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente do trabalho ou de morte."

A Constituição de 1937, por sua vez, expressando o modelo ditatorial que a outorgou, elencava os riscos sociais a merecer cobertura (velhice, invalidez e acidentes do trabalho), porém retrocedeu em matéria de custeio, nada mencionando a esse respeito, quando é cediça a importância do regramento de financiamento constante da Carta anterior. E quão tormentosa

---

(35) *Ruy Carlos Machado Alvim*, "Legislação Previdenciária Brasileira", Revista de Direito do Trabalho/18, p. 13.

(36) *Wagner Balera*, "Seguridade Social na Constituição de 1988", Revista dos Tribunais, São Paulo: 1989, pp. 19/20.

foi essa medida, até os dias de hoje sentida pela sociedade brasileira, diante do inexplicável *déficit* dos caixas da previdência social a consumir seus recursos.

Chegando à Constituição de 1946, deparamo-nos com a mantença das contingências acobertadas pela Carta de 1934, contando, agora, com o acréscimo do risco desemprego que, embora passe a ser garantido, não recebeu oportuna regulamentação.

A se destacar o advento, em 1960, da LOPS — Lei Orgânica da Previdência Social — unificando as prestações concedidas aos trabalhadores. Ruy Carlos Machado Alvim assinala:

> "A LOPS foi o maior passo dado em direção a universalidade da Previdência Social até hoje, no país..."[37]

Administrativamente, em 1966, cria-se o INPS — Instituto Nacional de Previdência Social, buscando-se a unificação decisória.

Há que se mencionar, outrossim, a inserção no sistema jurídico previdenciário da regra da contrapartida, mantida na Constituição de 1988 (art. 195, § 5º), a exigir a descrição da origem do financiamento, sempre que medidas tendentes a criar, estender ou majorar benefícios venham à lume.

No período militar, a Constituição de 1967 poucas inovações impõe ao sistema, uma vez que mantém as diretrizes estabelecidas pelas legislações de 34 e 46. A consignar a redução do tempo de serviço, para efeito de aposentadoria, para as mulheres e a instituição do salário-família e seguro-desemprego, como benefícios previdenciários.

A Constituição de 1988, hoje em vigor, concretizou o processo de unificação e organização de um verdadeiro sistema de proteção social. Lê-se em seu artigo 194:

> "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social."

Eis uma visão da evolução do processo legislativo constitucional brasileiro no campo da proteção social. Perceptível o seu avançar sobre as situações de risco, de forma a concretizar mecanismos de amparo para as situações de necessidade, condizentes com a idéia de liberdade e segurança há pouco desenvolvida.

4.3. A Importância da Manutenção desses Mecanismos em seara constitucional

A adoção pelos Estados de uma Constituição analítica, como a promulgada no Brasil em 1988, recebe muitas críticas pelo fato de provocar um avanço da órbita constitucional sobre matérias e disciplinas em cujo tratamento melhor estariam se insertas via legislação infraconstitucional.

---

(37) "Legislação Previdenciária Brasileira", Revista de Direito do Trabalho/18, p. 25.

Celso Ribeiro Bastos[38], emérito catedrático da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, aponta as conseqüências do que reconhece como "excessiva normatividade" da Carta nacional, enumerando:

> *a) o declínio da vida pública, especialmente do Poder Legislativo, face ao esgotamento de assuntos pela Lei Maior;*
>
> *b) a rigidez regulamentar de determinas áreas do direito, posto que a alteração da Constituição decorre de um processo legislativo de maior complexidade; e*
>
> *c) a turvação das relações entre os Poderes, uma vez que, pelo gigantismo do seu texto, ao menos em tese, quase todas a controvérsias podem esbarrar no comando constitucional.*

Não ousamos discordar do insigne Professor e, como ele, condenamos os exageros cometidos pelo legislador constituinte nacional. Mas combatemos incisivamente a proposta de enxugamento das atribuições do Estado e com ela qualquer medida tendente à retirada (mesmo seu disfarce via modelos de flexibilização) das matérias de cunho social, insertas no texto constitucional. E aqui nos referimos tanto à seara trabalhista quanto a de seguridade social, pois ambas encontram-se envoltas no âmbito maior da questão social, conforme adverte *Paul Durand*[39]:

> *"La misma observación puede hacerse com respecto al tema de la seguridad en el Empleo. La política de Seguridad Social no debe solamente conducir a indemnizar a los trabajadores víctimas del desempleo o a procurarles un trabajo; hace falta garantizarles la conservación de ese empleo. Se trata pues de asegurar la protección del asalariado contra el riego de la cesación del contrato de trabajo. La aplicación de la noción de abuso de derecho a la ruptura del contrato de trabajo, la teoría de la suspensión del contrato, la institución de indemnizaciones diversas que disuadan al empleador de romper el contrato, la protección especial otorgada a los miembros de los comités de empresa y delegados de personal contra despidos...reflejan las mismas preocupaciones que las instituciones de Seguridad Social."*

Explicamos o posicionamento, aparentemente radical, com a preocupação e a angústia decorrentes da incredulidade no ajustamento das força políticas nacionais, qual seja, naquilo que *Lassalle* apontou como os fatores reais de poder.[40]

A instabilidade do sistema político brasileiro (reflexo também de uma economia desajustada) permite quase sempre o surgimento de novas lideranças que, aproveitando-se desses fatores, auto-intitulam-se algozes da

---

(38) "A Constituição e suas 48.381 palavras", artigo publicado no Jornal Estado de São Paulo de 7.7.98.

(39) "La política contemporánea de Seguridad Social", 1953, Librairie Dalloz, Paris, pp. 61/62.

(40) "A Essência da Constituição", *ob. cit.* pp. 26/32.

desigualdade e, com falsas promessas, buscam alcançar o poder. Mais do que isso, outros tentam nele manter-se a qualquer pretexto, mesmo que para tanto venham a vilipendiar todo o sistema jurídico e com ele a própria Constituição.

Os fatos recentes demonstram a solidez da preocupação externada, bastando nos reportar, por exemplo, ao Projeto de Lei n. 134 que tramita junto ao Senado Federal. Por meio dele busca-se alterar o artigo 618, da CLT, de forma a conferir maior prevalência ao pactuado sobre o legislado, enfatizando a autonomia privada coletiva em relação ao conjunto de normas protetoras originárias do período getulista. Há que se considerar que a tentativa inicial era a inserção desta modificação diretamente no texto constitucional, obstaculizada frente às dificuldades políticas para a aprovação de uma emenda constitucional e diante da polêmica que gravitam em torno do tema.

Certamente a colocação das garantias mínimas da classe trabalhadora em seara constitucional foi fator decisivo para que o cidadão brasileiro não sofresse a usurpação de direitos a duras penas conquistados. Observe-se que não se trata de um conservadorismo exacerbado, mas da rejeição ao momento em que tais mudanças estão sendo propostas — dado que a economia atravessa grave período recessivo, os sindicatos encontram-se desfalecentes ante ao elevado nível de desemprego, tornando a sua maior reivindicação e bandeira de luta a mantença do próprio emprego — e, mais que isso, sem qualquer consulta a sociedade brasileira.

Erguem-se, assim, a Constituição e as garantias sociais nela inseridas como instrumento responsável a proporcionar a liberdade e a segurança do cidadão, ao menos protegido pela amplitude de suas disposições e pela complexidade de seu mecanismo de alteração.

Ainda que provoque, é verdade, o engessamento do direito frente ao dinamismo dos fatos sociais, resguarda, d'outro lado, um mínimo de esperança na continuidade do Estado providência, responsável e obrigado a funções que lhe são próprias na promoção do bem-estar social.

5. CONCLUSÃO

Assegura-nos inevitável a constatação da necessidade da permanência no texto constitucional de normas relativas à proteção social, mormente nos países em desenvolvimento, como é o caso brasileiro.

As tendências atuais no campo do direito indicam (a partir do final do século XX) uma saída do Estado de setores cruciais para o equilíbrio da sociedade, gerando insegurança e temor frente ao porvir. *Rolf Kuntz*[41], analisando esse triste cenário social, escreve:

---

(41) *José Eduardo Faria; Rolf Kuntz*, "Qual o Futuro dos Direitos?", São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 10.

"Redução da desigualdade, proteção social, salário adequado às necessidades da família — nada pareceu mais distante do manual do bom-tom econômico, durante as duas décadas finais do século XX. Onde se tratava de normas legais para o contratos e de segurança para o trabalhador, passou-se a ler flexibilização de relações trabalhistas. Onde se lia rede social de proteção, passou-se a ver privatização da previdência e demais instituições do bem-estar coletivo. Onde se via um setor público empenhado em ativar a economia, sustentar o emprego e difundir a prosperidade, passou-se encontrar o governo comprometido com o equilíbrio orçamentário a qualquer custo. Onde se encontrava a idéia da justiça pela ação fiscal, passou-se a notar rejeição do imposto progressivo e o corte dos gastos 'sociais'."

A nossa Carta Política, ainda como se encontra, representa o caminhar progressivo do movimento constitucionalista em direção à liberdade e à segurança do cidadão.

A defesa aqui apresentada para a manutenção desse Estado Providência, refletido através da Lei Maior, não indica a repulsa às alterações vindouras e necessárias à adaptação da vida ao novo modelo de sociedade, ao contrário, aceitamos e estamos desejosos pelo seu implemento. Apenas levantamos que o seu custo não pode ser lançado sobre o cidadão tal qual um simples elemento desse processo, ignorando sua condição de legítimo detentor do poder de decisão e, na maioria das vezes, sequer consultado.

Acompanhamos *Rolf Kuntz* em sua afirmativa:

"Poderiam ter ocorrido alterações na composição dos gastos e na distribuição dos benefícios, mas o modelo do Estado do Bem-Estar poderia ter sido preservado, como foi, em parte, em alguns países da Europa."(42)

Enxergamos na Constituição o mecanismo libertário (próprio de sua acepção) a propiciar a mantença da dignidade humana através dos instrumentos de proteção social, cuja inserção no bojo de seu texto deve-se muito ao movimento constitucionalista, que trilhando progressivamente passa a moldar os anseios da sociedade via seu maior diploma de regência.

Promover a retirada dos comandos protetivos dos cidadãos da Constituição é seguir na contramão desse movimento, é freá-lo, é instituir a desordem social. Com *Wagner Balera* encerramos:

"A Ordem Social só poderá ser constituída se assentar em bem estruturado sistema.

---

(42) *José Eduardo Faria; Rolf Kuntz*, "Qual o Futuro dos Direitos?", São Paulo, Max Limonad, 2002, p.14.

Sistema este que tem perante si a tarefa de concretizar o bem-estar e a justiça sociais mediante o instrumento específico da seguridade social.

(...)

Seguridade Social que é, no quadro normativo da Constituição de 1988, sinônimo de justiça social."[43]

BIBLIOGRAFIA

Alvim, Ruy Carlos Machado. "Legislação Previdenciária Brasileira — Uma História Crítica da Legislação Previdenciária Brasileira". Revista de Direito do Trabalho/18.

Araújo, Luiz Alberto David; Nunes, Vidal Serrano Júnior. "Curso de Direito Constitucional". Saraiva, São Paulo: 1999.

Bachof, Otto. "Normas Constitucionais Inconstitucionais?". Livraria Almedina:1994.

Balera, Wagner. "A Seguridade Social na Constituição de 1988". Revista dos Tribunais, São Paulo: 1989.

_____ . "Sistema de Seguridade Social", LTr, São Paulo:2000.

Bastos, Celso Ribeiro. "A Constituição e suas 48.381 palavras". Artigo publicado no Jornal Estado de São Paulo de 7.7.98.

Durand, Paul. "La política contemporánea de Seguridad Social". Librairie Dalloz, Paris. 1953. Edição espanhola publicada em 1991 pelo Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Espanha.

Faria, José Eduardo; Kuntz, Rolf. "Qual o Futuro dos Direitos?", São Paulo, Max Limonad, 2002.

Ferreira, Manoel Gonçalves Filho. "O Estado de Direito e Constituição", Saraiva, São Paulo: 1988.

Lassalle, Ferdinand. "A Essência da Constituição", 4ª ed., Lumen Júris, Rio de Janeiro: 1998.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. "Revista de Direito Constitucional e Ciência Política". Ano III, n. 4, jan/juh-89, Forense, Rio de Janeiro: 1985.

Miranda, Jorge. "Manual de Direito Constitucional", Tomo II, 3ª ed., Coimbra Editora: 1996.

Romano, Santi. "Princípios de Direito Constitucional Geral", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1977.

Saldanha, Nelson. "O Estado Moderno e a Separação de Poderes", Saraiva, São Paulo: 1987.

(43) "Sistema de Seguridade Social", LTr, São Paulo:2000, p. 95.

Sieyés, Emmanuel Joseph. "A Constituinte Burguesa — Qu'est-ce que le Tiers État?". 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro: 1997.

Silva, José Afonso da. "Curso de Direito Constitucional Positivo", 9ª ed., Malheiros, São Paulo: 1994.

Teixeira, J. H. Meirelles. "Curso de Direito Constitucional", Forense Universitária, Rio de Janeiro: 1991.

A ESCRAVIDÃO POR DÍVIDAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

RONALDO LIMA DOS SANTOS(*)

Sumário: 1. Alvores da escravidão — a Idade Antiga. 2. A servidão na Idade Média. 3. A escravidão na Idade Moderna. 4. A escravidão na Idade Contemporânea — Proscrição internacional. 5. Formas de escravidão no Brasil contemporâneo. 6. A específica escravidão por dívidas no Brasil. 7. Transindividualidade dos danos decorrentes de práticas escravizatórias. 8. Fomas de combate ao trabalho escravo e propostas solucionantes

1. ALVORES DA ESCRAVIDÃO — A IDADE ANTIGA

A escravidão(1) é uma instituição antiga na história da humanidade. Dados históricos fornecem notícias que as primeiras civilizações que surgiram na região de Crescente Fértil (nordeste da África, as terras do corredor mediterrâneo e a Mesopotâmia) já faziam grande uso da mão-de-obra de indivíduos escravos.

Nos primórdios, a escravidão correspondia a um meio de subjugação de um povo por outro, como conseqüência direta das guerras que ocorriam entre as diversas tribos e povos. Na região da Mesopotâmia (berço das primeiras civilizações — sumérios, acádios, amoritas, assírios e caldeus), por exemplo, os diversos povos combatiam uns aos outros, sucedendo-se no domínio da região, com a escravização dos sucedidos.

(*) Procurador do Trabalho da PRT/2ª Região. Mestre e Doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Universitário.

(1)Sinteticamente, a escravidão pode ser definida como o *"regime social de sujeição do homem e utilização de sua força, explorada para fins econômicos, como propriedade privada"*. Escravo, por sua vez, é aquele que *"está sujeito a um senhor, como propriedade dele."* Escravocrata é o partidário da escravatura, senhor, dono de escravos." (Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI* : o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 800). A Convenção sobre Escravidão, da Sociedade das Nações, de 1926, define a escravidão como *"o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, alguns ou todos os atributos do direito de propriedade"* (art.1º).

Na Babilônia os escravos compunham a última camada da população. O Código de Hamurabi já continha normas a respeito do trabalho escravo, como a limitação do tempo de trabalho dos escravizados por dívidas, asseguramento do direito do escravo esposar a filha de um homem livre (o que lhe dava direito à herança nos matrimônios e a liberdade à sua prole).[2] O episódio mais notável de subjugação de um povo pelos neobabilônicos ficou conhecido como o "Cativeiro da Babilônia", período no qual, após a tomada de Jerusalém pelos neobabilônicos (caldeus), em 586 a.C., sob o comando do rei Nabucodonosor, os hebreus foram escravizados.

Egito, Grécia e Roma fizeram grande uso dessa instituição (escravidão). Costumavam, por meio de práticas guerreiras, aprisionar os derrotados e utilizá-los como escravos na atividade agropecuária, na construção e nas funções domésticas.[3] Eram também escravos os nascidos de pais ou mães escravas.

No antigo Egito, a sociedade era dividida em dois grandes grupos: dos dominantes e dos dominados. Ao primeiro grupo pertenciam os nobres, os sacerdotes e os escribas; ao segundo, os artesãos, os felás (camponeses e os que trabalhavam em obras públicas) e os escravos. Os escravos eram compostos pelos prisioneiros capturados em guerra. Viviam em condições precárias, mas possuíam alguns direitos como o casamento com pessoas livres, a possibilidade de propriedade de bens, capacidade de testemunhar em tribunais.

Na Grécia antiga, a escravidão foi largamente utilizada, iniciando-se já no período Homérico (séc. XV a séc. VIII a.C.) até o período Helenístico (séc. IV a séc. I. a.C.), com a escravidão de prisioneiros de guerra. Na Grécia desenvolveram-se as primeiras formas de escravidão por dívida entre os próprios membros da comunidade. Em Atenas, a maioria da população era formada por escravos que trabalhavam no campo, nas minas e nas oficinas. Embora considerados propriedades do seu senhor, já havia leis que os protegiam contra excessivos maus-tratos.

Em Roma, cuja economia era baseada no ruralismo, as propriedades eram cultivadas por escravos, estabelecendo-se uma relação de direito real entre o titular do direito — *dominus* — e o escravo — *res*. Nessa sociedade, o escravo não era considerado sujeito de direitos, mas objeto de direito, recaindo sobre ele (coisa) o domínio do proprietário, que possuía o direito de castigá-lo, vendê-lo, alugar seus serviços, tomar decisões sobre a sua vida e morte. Na sociedade romana desenvolveu-se a utilização dos escravos como capatazes, professores e artesãos.

Com o advento do cristianismo, a escravidão fora amenizada por influência dos pensamentos religiosos de igualdade, fraternidade e solidariedade. Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, embora não condenas-

---

(2) *Oliveira, José César de.* "Formação histórica do direito do trabalho". *In: Barros, Alice Monteiro de* (Org.). "Estudos em memória de Célio Goyatá". 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1997. v. 1, p. 45.

(3) *Sento-Sé, Jairo Lins de Albuquerque.* "Trabalho escravo no Brasil". São Paulo: LTr, 2001, p. 29.

sem diretamente a escravidão, reclamavam tratamento digno e caridoso para os escravos.[4] Em 366 a.C., decretou-se, por lei, a proibição da escravidão por dívidas e, em 326 a.C., a escravidão foi abolida.

2. A SERVIDÃO NA IDADE MÉDIA

Embora na Idade Antiga a servidão já fosse encontrada em determinadas regiões, como na Grécia, com a figura dos ilotas[5], foi na Idade Média que esse regime de trabalho prevaleceu. A descentralização política e a fragilidade do poder do Monarca possibilitaram a fixação do poder nas mãos dos senhores feudais, detentores da terra, que mantinham servos nas suas propriedades. A passagem do regime de escravidão para o de servidão foi lenta e gradual; a relação de domínio transferiu-se da pessoa para a propriedade; o servo não é considerado coisa como o escravo (*res*), mas pessoa, embora vinculado às glebas (manso servil ou tenência). Constituíam a maioria da população camponesa e eram também denominados de *laboratores* (vocábulo latino que significa "trabalhadores").

Apesar de não serem considerados coisa (*res*), como ocorria outrora com os escravos, a situação dos servos não se distanciava muito da daqueles, pois eram considerados acessórios das terras pertencentes ao senhor feudal, as quais se vinculavam e ficavam sujeitos a diversas restrições pessoais (não podiam contrair casamento sem permissão ou deslocarem-se para outras terras). Passavam fome, habitavam em condições precárias, não sabiam ler ou escrever e ficavam sujeitos ao cumprimento de diversas obrigações.[6]

Havia também, nesse período, a existência de um regime de escravidão paralelo ao servilismo; os senhores feudais aprisionavam os derrotados nas batalhas — principalmente os bárbaros e os infiéis — e os comercializavam nos mercados de compra e venda de escravos.

Desse modo, o que se nota é que *"o trabalho servil era uma derivação do trabalho escravo, mudando apenas o eixo do domínio, eis que enquanto no trabalho escravo era o senhor o seu dono, no trabalho servil, o trabalhador era o servo da gleba."*[7]

---

(4)*Oliveira, José César de.* "Formação histórica do direito do trabalho". *op. cit.*, p. 54.

(5)Os *ilotas* eram servos que trabalhavam no cultivo das terras dos cidadãos espartanos geração após geração. Pagavam um valor anual pelo uso da terra. Não eram protegidos pelas leis da cidade: podiam ser maltratados e mortos, impunemente.

(6)Entre as diversas obrigações destacavam-se: a) a Corvéia, obrigação servil de trabalhar gratuitamente, em alguns dias da semana, nas terras do senhor feudal; b) a capitação, imposto pessoal; c) a talha, entrega de parte da produção agrícola ao senhor feudal; d) a banalidade, pagamento pela utilização de equipamentos e instalações do feudo (celeiro, fornos etc.).

(7)*Ferrari, Irany; Nascimento, Amauri Mascaro; Martins Filho, Ives Gandra.* "História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho". São Paulo: LTr, 1998. p. 41.

3. A ESCRAVIDÃO NA IDADE MODERNA

Na Idade Moderna, com o aparecimento das grandes navegações e o descobrimento de novos territórios, seguidos da expansão territorial das potências da época, verificou-se a escravização de negros trazidos da África para as novas terras da América e o aprisionamento de indígenas por portugueses e espanhóis nas terras recém-descobertas. Tem-se o início do mercantilismo e do sistema colonial. Usufruíram desse sistema países como Portugal, Espanha, França, Holanda e Inglaterra.

O nascimento e o desenvolvimento do capitalismo mercantilista concederam um caráter motivacional para a escravidão na Idade Moderna totalmente diverso do que ser verificou na Idade Antiga. Na Idade Moderna a instituição da escravidão foi um instrumento de exploração para fins de lucro, por meio da obtenção de mão-de-obra barata, ao passo que na Antigüidade objetivava-se excluir o labor das condições de vida dos cidadãos.[8] O uso da mão-de-obra escrava, na Idade Moderna, cumpria uma finalidade mercantilista: produzir para o mercado externo, em favor da metrópole.

Devido à grande dominação em diversas regiões da África, Portugal foi o primeiro país da Idade Moderna a utilizar o comércio de escravos negros. Posteriormente, o tráfico negreiro foi mundialmente difundido pelos países mercantilistas. Cerca de 20 milhões de negros, segundo dados históricos, foram abrupta e violentamente retirados do continente Africano, marcados com ferro e brasa, e transportados para as regiões coloniais, entre elas o Brasil, que recebeu cerca de 4 milhões de negros africanos. De 20 a 40% dos negros morriam nos porões escuros e inóspitos dos navios negreiros (por isso chamado de tumbeiros) durante as viagens.

Nos pontos de chegada eram vendidos e utilizados nas mais diversas atividades (agricultura, mineração, serviços domésticos, artesanato etc.). Estavam sujeitos às mais diversas formas de castigo e torturas; excesso de trabalho, péssimas condições de higiene e saúde; baixíssimas expectativas de vida (muitos morriam depois de 5 a dez anos de trabalho e cerca de 10% morriam logo no primeiro ano).

Apenas na Idade Contemporânea, com a decadência do sistema colonial e o desenvolvimento do capitalismo industrial — que necessitava da expansão dos mercados consumidores, o que somente seria possível com a existência de trabalho assalariado nas nações ainda não desenvolvidas —,

---

(8)E nesse ponto, vale considerar as observações de Hannah Arendt: *"A opinião de que o labor e o trabalho eram ambos vistos com desdém na antiguidade pelo fato de que somente os escravos os exerciam é um preconceito dos historiadores modernos. Os antigos raciocinavam de outra forma: achavam necessário ter escravos em virtude da natureza servil de todas as ocupações que servissem às necessidades de manutenção da vida. Precisamente por este motivo é que a instituição da escravidão era defendida e justificada. Laborar significava ser escravizado pela necessidade, escravidão esta inerente às condições da vida humana. Pelo fato de serem sujeitos às necessidades da vida, os homens só podiam conquistar a liberdade subjugando outros que eles, à força, submetiam à necessidade."* (Arendt, Hannah. *A condição humana.* 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 94).

além das lutas dos negros pela sua liberdade, que teve início a decadência do regime de escravidão das nações africanas. No Brasil, sua abolição formal ocorreu em 1888, com a promulgação da Lei Áurea.

No entanto, ao contrário de outras formas de escravidão, a escravidão dos povos africanos marcou profundamente suas estruturas sociais e econômicas, que se fazem sentir até os dias atuais quando se compara o seu grau de desenvolvimento econômico e social com o dos demais continentes. Os reflexos e o estigma da escravidão pairam sobre a população negra em qualquer continente em que se encontrem. Como aponta *Fábio Konder Comparato*, *"O estigma da escravidão ancestral continua, até hoje, a marcar a alma das populações negras."*[9]

4. A ESCRAVIDÃO NA IDADE CONTEMPORÂNEA — PROSCRIÇÃO INTERNACIONAL

A Idade Contemporânea tem início sob os influxos da universalização dos ideários burgueses da Revolução Francesa de 1789 e das idéias iluministas presentes na Constituição da independência dos Estados Unidos da América, embora a proscrição da escravidão dos negros, nesse país, adveio somente após a Guerra da Sucessão (1861-1865).

Em 26 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional Francesa proclamou a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com premissas referentes à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade dos cidadãos perante a lei, o direito à resistência e à opressão política, a liberdade de pensamento e de opinião.

Os princípios da igualdade, fraternidade e da liberdade, a doutrina dos direitos humanos e as diversas formas de manifestação ressoaram por todo o mundo e contribuíram para a proscrição internacional da escravidão no período contemporâneo. No Congresso de Viena de 1815, essa prática foi contundentemente condenada. Em 1926, a Sociedade das Nações proclamou a Convenção sobre a Escravidão.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabelece que *"ninguém será obrigado à escravidão nem em servidão; a escravidão e o tráfico de escravos são proibidos em todas as suas formas"* (artigo 4º).

Em seu artigo 5º, declara que *"Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante"* e, assinala, no artigo 13, que *"todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado."*

No mais, a própria Declaração consagra o livre direito à escolha do trabalho ao dispor que *"toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de seu trabalho e à proteção contra o desemprego"* (art. 23, item 1).

---

(9) *Comparato, Fábio Konder.* "A afirmação histórica dos direitos humanos". São Paulo: Saraiva, 2003, p. 198.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22.11.1969 — Pacto de San José da Costa Rica -, proíbe as práticas da escravidão e da servidão, bem como as de trabalho forçado ou obrigatório.[10]

A Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre a Abolição da Escravidão, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Semelhantes à Escravidão, de 1965, considera como escravidão a *"situação ou condição decorrente do empenho, por parte do devedor, dos seus serviços pessoais ou dos de pessoas sob seu controle como garantia para uma dívida, se o valor desses serviços, razoavelmente avaliado, não for aplicado à liquidação da dívida, ou se a duração e a natureza desses serviços não forem, respectivamente, limitados e definidos"* (artigo 1º).

A Convenção n. 29, da OIT, de 1930, sobre Abolição do Trabalho Forçado utiliza as expressões "trabalho forçado ou "trabalho obrigatório" para designar todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade" (art. 2º, item 1)[11]. O Brasil, como os demais membros ratificadores dessa Convenção, obrigou-se a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas, no mais curto prazo possível (art. 1º, item 1).

---

(10) *"O artigo 6º da Convenção está assim redigido: Art. 6º. Proibição da escravidão e da servidão. § 1º. Ninguém será submetido à escravidão ou servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todos as suas formas. § 2º. Ninguém será constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso. § 3º. Não se consideram trabalhos forçados ou obrigatórios para efeitos deste artigo: a) trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado; b) o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele; c) o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais."*

(11) Pelo artigo 2º, item 2, da Convenção não se compreende na expressão trabalho forçado ou obrigatório: a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis sobre o serviço militar obrigatório e que só compreenda trabalhos de caráter puramente militar; b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais dos cidadãos de uma país plenamente autônomo; c) qualquer trabalho ou serviço exigido de um indivíduo como conseqüência de condenação pronunciada por decisão judiciária, contanto que esse trabalho ou serviço seja executado sob a fiscalização e o controle das autoridades públicas e que dito indivíduo não seja posto à disposição de particulares, companhias ou pessoas privadas; d) qualquer trabalho ou serviço exigido nos casos de força maior, isto é, em caso de guerra, de sinistro ou ameaças de sinistro, tais como incêndios, inundações, fome, tremores de terra, epidemias e epizootias, invasões de animais, de insetos ou de parasitas vegetais daninhos e em geral todas as circunstâncias que ponham em perigo a vida ou as condições normais de existência de toda ou de parte da população; e) pequenos trabalhos de uma comunidade, isto é, trabalhos executados no interesse direto da coletividade pelos membros desta, trabalhos que, como tais, podem ser considerados obrigações cívicas normais dos membros da coletividade, contanto, que a própria população ou seus representantes diretos tenham o direito de se pronunciar sobre a necessidade desse trabalho.

A Convenção n. 105, da OIT, sobre Abolição do Trabalho forçado dispõe que *"Qualquer membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma: a) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que exprimam certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como punição por participação em greves; d) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa"* (art. 1º).[12]

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prescreve que os Estados-Partes reconheçam o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito (art. 6º, item 1).

Todas as normas internacionais acima elencadas, além de outras que não foram citadas, têm duas preocupações básicas: evitar a utilização de mão-de-obra servil ou escrava diretamente pelos Estados-Membros, e impedir que estes permitam a adoção desse regime de trabalho em seu território, seja por autoridades públicas e governantes, seja por particulares e demais cidadãos.

No entanto, a proscrição internacional das diversas formas de escravidão, seguida de normas internas dos Estados, embora eficaz na erradicação da forma tradicional de escravidão, acabou por levar ao surgimento de formas dissimuladas de escravidão, destacando-se as situações de escravidão por dívidas, comumente verificadas na América Central, América Latina, África e Sul da Ásia, cujas características são semelhantes às constatadas no Brasil, como veremos a seguir.

Em virtude do aspecto limitado do presente estudo, deixaremos de analisar outras formas dissimuladas de trabalhos forçados, obrigatórios ou de escravidão contemporânea verificadas, atualmente, em diversos países — escravidão tradicional, servidão, casamento servil, tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para exploração sexual etc. — cujas necessidades de combate são igualmente relevantes as que se verificam na escravidão por dívidas.

Mas, vale ressaltar que, sem embasamento legal, essas modernas práticas escravizatórias substituem a idéia da propriedade juridicamente garantida sobre a pessoa de outrem — como na escravidão romana — pelo procedimento da posse fática e forçada, embasada na dissuasão pelo medo,

---

(12)Ao que nos parece, num primeiro momento, a Convenção n. 105 da OIT tem uma preocupação imediata com a abolição do trabalho escravo, forçado ou obrigatório praticado por Estados Membros. Ao prescrever medidas diretas e imediatas para a abolição dessa espécie de trabalho por particulares no âmbito desses Estados, exige a tomada de providências por cada Estado ratificante da Convenção no combate às formas de escravidão praticadas em seu território também por particulares. Caso contrário, estaria abrindo-se uma fenda para o não-cumprimento da aludida norma internacional.

sobre o corpo e a própria pessoa de indivíduos que se encontram em manifesta posição de inferioridade. Equivale à transformação da antiga figura do homem-coisa (escravo) — considerado a própria *res* — na do homem coisificado.

5. FORMAS DE ESCRAVIDÃO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Como vimos, o Brasil iniciou suas atividades econômicas por meio da utilização da mão-de-obra escrava dos indígenas nativos e dos negros africanos trazidos ao nosso território pelos portugueses, vigorando o regime escravocrata até o final do século passado, quando em 1888, foi formalmente abolida a escravidão. (13)

Após três séculos em meio de escravidão formalmente admitida pelo nosso ordenamento jurídico, ainda são encontradas diversas formas de escravidão no Brasil dos dias atuais. Não deixamos de ser um país escravocrata. Uma escravocracia camuflada. Hodiernamente, não somente os negros estão relegados à herança negativa da escravidão oficial, como também brancos, pobres, mulheres e crianças são submetidos a verdadeiros regimes escravocratas de trabalho nas mais diversas regiões do País; desde as mais industrializadas, como o Sul e o Sudeste, às menos desenvolvidas, como Norte e Nordeste.

"Em quatro séculos e meio de história do Brasil, três séculos e meio foram marcados pela existência da escravidão", cuja influência se faz sentir até hoje na cultura nacional, por gerar a concepção de trabalho como algo que se possa obrigar o outro a fazer e que possibilita tratar as pessoas como mercadorias. Essa situação nos legou *"uma insensibilidade, uma espécie de descompromisso com a sorte das pessoas que se situam fora*

---

(13)*"Lei n. 3.353 de 13 de Maio de 1888. Declara Extinta A Escravidão no Brasil. A Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade o Imperador, o senhor D. Pedro II faz saber a todos os súditos do Império que a Assembléia Geral decretou e Ela sancionou a Lei seguinte: Art.1º — É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil. Art.2º — Revogam-se as disposições em contrário. Manda portanto a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nela se contém. Dada no palácio do Rio de Janeiro, em 13 de Maio de 1888, 67 da Independência e do Império. Princesa Regente Imperial."*

Formalmente, porque se tem notícias que em muitas regiões do Brasil a escravidão não foi imediatamente eliminada, seja pela resistência dos senhores de engenho, seja pela ausência de perspectiva dos negros, que, sem recursos, eram obrigados a trabalhar para seus antigos senhores. A elaboração da Lei Áurea não correspondeu uma mudança imediata de cultura e comportamento. Como assinala Irany Ferrari, "com a abolição, exigiu-se a elaboração 'de uma nova autoconcepção de status e papéis sociais por parte dos negros e mestiços, a formação de novos ideais e padrões de comportamento. Ela implicava também na mudança de comportamento do homem livre e branco diante do liberto, do negro não mais escravo. Impunha-se um novo ajustamento interracial. A súbita equiparação legal entre negros e brancos, em 1888, não destruiu de imediato o conjunto de valores que se elaborara durante o período colonial. Econômica, social e psicologicamente, os ajustamentos foram lentos." (Ferrari, Irany; Nascimento, Amauri Mascaro; Martins Filho, Ives Gandra. *op. cit.*, p. 34).

das classes mais favorecidas", está, ainda, atualmente esse espírito escravista arraigado na cultura brasileira, seja na discriminação da mulher, seja na discriminação do negro e seus tratamentos desfavorecidos.[14]

Não são raras as veiculações de matérias na imprensa a respeito de lesões a direitos de trabalhadores rurais e a submissão dos mesmos às mais aviltantes condições de trabalho nos diversos pontos do país, como também a denúncia de subserviência do rurícola ao empregador em função de dívidas que contraiu no curso da relação de emprego.[15]

Atualmente, vários modos de proceder dão ensejo à existência do trabalho escravo, forçado ou obrigatório no Brasil:

a) a constrição da vontade inicial do trabalhador em se oferecer à prestação de serviços, sendo, por isso, constrangido à prestação de trabalhos forçados sem sequer emitir sentimento volitivo neste sentido (geralmente esta situação ocorre com os filhos de trabalhadores sujeitos a trabalho escravo e seus familiares);

b) o aliciamento de trabalhadores em uma dada região com promessas de bom trabalho e salário em outras regiões, com a superveniente contração de dívidas de transportes, de equipamentos de trabalho, de moradia e alimentação, cujo pagamento se torna obrigatório e permanente, determinando a chamada escravidão por dívidas;

c) o trabalho efetuado sob ameaça de uma penalidade — como ameaças de morte com armas —, geralmente violadora da integridade física ou psicológica do empregador; modalidade que quase sempre segue a escravidão por dívidas.

d) a coação, pelos proprietários de oficinas de costuras em grandes centros urbanos — como São Paulo — de trabalhadores latinos pobres e sem perspectivas em seus países de origem — geralmente bolivianos e paraguaios —, que ingressam irregularmente no Brasil. Os empregadores apropriam-se coativamente de sua documentação e os ameaçam de expulsão do país, por meio de denuncias às autoridades competentes. Obstados de locomoverem-se para outras localidades, diante da sua situação irregular, os trabalhadores submetem-se às mais vis condições de trabalho e de moradia (coletiva).

Independentemente da denominação adotada — "trabalho escravo contemporâneo", "escravidão por dívidas", "trabalho forçado", "trabalho obrigatório", "redução à condição análoga à de escravo", cujo estudo diferenciador e detalhado não é objeto deste trabalho — em todas as hipóteses levantadas, constatamos flagrantemente a sempre presença de vícios de vontade, seja no início da arregimentação do trabalhador, no começo da prestação de serviços, no curso da relação de trabalho e até mesmo

---

(14) *Maior, Jorge Luiz Souto.* "O direito do trabalho como instrumento de justiça social". São Paulo: LTr, 2000. pp. 61-63.

(15) *Sento-Sé, Jairo Lins de Albuquerque. op. cit.* pp. 16-17.

por ocasião do seu término. Os mais diversos métodos de coação, simulação, fraude, dolo, indução a erro, são empregados para cercear a vontade do empregado e obrigá-lo à prestação de serviços contra a sua vontade.

Além da posse fática exercida sobre a própria pessoa subjugada e dos vícios de vontade, uma outra característica marca todos esses movimentos: a atividade desempenhada pelo trabalhador não transfere a quem dela se beneficia somente sua força de trabalho (*labor*), como sói acontecer nas tradicionais formas contratuais de trabalho, mas consome a própria pessoa do trabalhador, sua energia e seu corpo; desgasta-o; desfalece-o; retira sua vida.

Não se trata, evidentemente, de relações juridicamente caracterizadas como de trabalho, e muito menos de emprego, nelas não se encontra o *homo faber*, no sentido expresso por *Hannah Arendt*, como aquele que cria, ao trabalhar sobre os materiais, mas algo próximo do seu *animal laborans*, na medida em que o *homo* mistura-se com os materiais por ele mesmo utilizados, consoante o restrito e contextualizado significado com o qual o estamos empregando e, com a diferença fundamental de que para Arendt, o *animal laborans* é servo da natureza e da terra e, no nosso contexto, ela apresenta-se como subjugado às vontades de outrem.

6. A ESPECÍFICA ESCRAVIDÃO POR DÍVIDAS NO BRASIL

O modo peculiar e mais conhecido de forma escravizatória no Brasil contemporâneo é a denominada escravidão por dívidas, instituto há muito conhecido na história da humanidade e largamente utilizado nas diversas épocas da história do nosso país.

A escravidão por dívidas é conhecida desde a Babilônia. Na Grécia Antiga, ela desenvolveu-se, no período Homérico, ao lado da escravidão dos prisioneiros de guerra, para atingir diretamente os próprios membros da comunidade. Em Atenas foi largamente utilizada. A concentração fundiária nas mãos dos nobres atenienses empobrecia os pequenos proprietários e aumentava as suas dívidas. Diante da insuficiência de recursos dos devedores, os nobres passaram a apoderar-se das próprias pessoas dos devedores, tornando-se seus proprietários e transformando-os em escravos. Para sanar dívidas, também era comum os pais venderem seus filhos ou filhas considerados rebeldes, ato comum em sociedades patriarcais. Somente com a legislação de Sólon, os cidadãos transformados em escravos foram oficialmente libertados.

Na Roma Antiga, tornou-se comum a escravização dos plebeus (homens livres, sem *status* de cidadãos, que se dedicavam ao comércio, ao artesanato e ao trabalho agrícola) por dívidas contraídas junto aos Patrícios (cidadãos romanos, grandes proprietários de terras, rebanhos e escravos). Sua proibição oficial ocorreu por volta de 366 a.C., quando foi editada uma lei que proibia a escravidão de romanos por dívidas.

No Brasil, a escravidão por dívidas tem existência no período do colonato; os colonos que chegaram ao Brasil em 1853 eram sujeitos à

escravidão por dívidas. Conforme a descrição que *Irany Ferrari* extrai da obra Memórias de um Colono no Brasil, do suíço *Thomaz Davatz*, o procedimento ocorria de modo semelhante ao abaixo-transcrito:

"os colonos recebiam dinheiro adiantado para a viagem de Hamburgo a Santos e deste porto à Fazenda Ibicaba, no Município de Limeira, de propriedade de Vergueiro & Cia. Esse adiantamento já era o começo de uma dívida que deveria ser reembolsada, acrescida dos juros legais.

A essa primeira dívida acrescentava-se uma segunda, relativa à comissão que tinham os colonos, suas mulheres e seus filhos que pagar pelo contrato e pelo que nem sequer constava no contrato. Consta que tal comissão se destinava a pagar os agentes da empresa, na Europa.

Ao desembarcarem, eram trancados em um pátio enorme. Depois de paga ou garantida a dívida dos colonos (dinheiro da passagem mais comissão), o colono era destinado a outro proprietário, caso não ficasse para trabalhar na firma Vergueiro & Cia. Aí, então, compreendia que tinha sido comprado, como se fosse uma mercadoria. E quando o colono era destinado a outro proprietário? Exatamente quando não tinha podido saldar sua dívida com Vergueiro& Cia."[16]

Nos dias atuais, a escravidão por dívidas tem sido a vitrina mais visível dos diversos modos de escravidão presente em nossa sociedade. Jairo Lins da Albuquerque Sento-Sé descreve minuciosamante[17] como se verifica a escravidão por dívidas em nosso país. Segundo sua narrativa, a qual sintetizamos e simplificamos, o procedimento, em geral, ocorre do seguinte modo:

a) o empregado recebe uma proposta de emprego bastante tentadora para trabalhar em um determinado local, normalmente muito distante de sua cidade natal;

b) são-lhe oferecidos salários atraentes e feitas promessas de melhores condições de vida;

c) a tarefa de arregimentação e recrutamento da mão-de-obra é realizada por empreiteiros, "gatos", "zangões" ou "turmeiros", via de regra, meros prepostos dos empregadores rurais;

d) os "gatos" não exigem qualquer documento de identificação ou Carteira de Trabalho dos Trabalhadores, mas quando apresentado algum documento, eles retêm, para criar um vínculo de dependência entre o trabalhador e o suposto empreiteiro;

e) o arregimentador geralmente adianta uma pequena quantia em dinheiro para o trabalhador satisfazer as suas necessidades básicas e as de sua família. Este não sabe que é a sua primeira dívida perante o empregador; início do débito que o reduzirá à escravidão;

---

(16) *Ferrari, Irany; Nascimento, Amauri Mascaro; Martins Filho, Ives Gandra. op. cit.*, p. 39.
(17) *Sento-Sé, Jairo Lins de Albuquerque. op. cit., passim.*

f) quando inicia o trabalho, o trabalhador percebe o engodo em que foi envolvido, o empregador lhe submete a uma jornada de trabalho insuportável; o pagamento é quase todo feito *in natura* — alimentos e vestuário adquiridos nos barracões do empregador — e o débito para com o patrão vai aumentando de tal maneira que o valor que ele tem a receber não é suficiente para saldar a sua dívida;

g) muitas vezes, como forma de aliciar os trabalhadores, o futuro empregador quita a dívida desses com as pensões onde permanecem nos períodos de entressafra;

h) a dívida aumenta vertiginosamente no local de serviços. Ao chegar ao seu destino, os trabalhadores recebem os equipamentos essenciais para realizar o seu trabalho (como facão, facas, botas, chapéu etc.), juntamente com aqueles fundamentais para a sua sobrevivência (rede de dormir, panelas, mantimentos, lonas para barraca e outros), todos cobrados pelo empregador, a preços superiores aos do mercado;

i) os gêneros alimentícios de primeira necessidade são vendidos pelo próprio proprietário rural em sua fazenda a preços acima dos de mercado e descontados do salário do obreiro ao final do mês. É o chamado sistema de barracão ou *truck-system*. Por ser uma pessoa de pouco discernimento, muitas vezes analfabeta, o trabalhador perde totalmente o controle do valor da dívida e é facilmente ludibriado pelo credor;

j) sob a justificativa de não ter sido quitado todo o débito, o empregado é coagido pelo fazendeiro e obrigado a prestar serviços mesmo contra a sua vontade;

k) quando decide abandonar o emprego, o trabalhador é coagido a manter a relação de trabalho;

l) advém coação física e detenção ilegal de documentos.

Como se percebe, apesar de o Brasil ter uma das legislações mais avançadas no concernente à proteção do salário e da remuneração do trabalho, dedicando todo o capítulo II do título IV da Consolidação das Leis do Trabalho para a disciplina da matéria, além de outras normas esparsas[18], a constrição do salário dos trabalhadores e o seu controle por meio das dívidas por estes contraídas constituem as formas preferidas pelos escravagistas para coagi-los à prestação forçada de serviços.

---

(18) São algumas delas: Portaria n. 3.281, de 7.12.1984, que dispõe sobre o pagamento de salários e férias por meio de cheque; Lei n. 3.030, de 19.12.1956, determina os percentuais de desconto a título de alimentação; Lei n. 5.725, de 27.10.1971, regulamenta descontos a título de prestação para aquisição de imóveis pelo Sistema Financeiro da Habitação; Lei n. 7.064, de 6.12.1982, possui normas específicas sobre o pagamento de salário e remuneração de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior; Lei n. 6.019, de 3.1.1974, assegura a isonomia salarial entre o trabalhador temporário e os empregados da empresa tomadora.

Várias são as normas, de proteção ao trabalho, violadas pelas práticas acima enunciadas. O pagamento ao empregado, quando feito, o é com drástica redução, em virtude dos descontos pelo fornecimento de instrumentos de trabalho, moradia e gêneros alimentícios; isto, quando ele não é direcionado diretamente para os donos de pensões para pagamento da estada dos trabalhadores no período entressafras, de modo que nada, ou quase nada, sobra, verdadeiramente, ao empregado.

Tais procedimentos ferem os princípios da pessoalidade do salário (art. 464 da CLT), da intangibilidade do salário (art 462, *caput*, da CLT), da irredutibilidade do salário (art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal) e, principalmente, a vedação à prática do *truck system* (§ 2º e 3º do artigo 462 da CLT) e a determinação do pagamento da prestação em espécie do salário em moeda corrente do país (art. 463 da CLT).

No caso específico da escravização no meio rural, há ainda violação aos dispositivos da Lei n. 5.889, de 08.6.1973, que estatui normas reguladoras do trabalho rural, que, *mutatis mutandis*, consagra os mesmos princípios da legislação consolidada. Tem sido comum, proprietários rurais, camuflarem o regime de trabalho forçado ou de redução à condição análoga a de escravo com a figura do arrendamento. Esta dissimulação possui uma justificativa histórica, pois o arrendamento, juridicamente previsto em nosso ordenamento, é a forma contratual que mais se aproxima do regime de servidão, sendo exatamente o regime de trabalho que passou a ser imposto aos servos da gleba no início da decadência desse regime.

Além das normas trabalhistas infligidas, as condutas descritas tipificam os crimes definidos no Código Penal, em seus artigos 149 (redução de alguém à condição análoga à de escravo); art. 203 (frustração de direitos trabalhistas mediante fraude ou violência); art. 132, parágrafo único, (exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto e iminente decorrente do transporte em condições ilegais); e 207 (aliciamento de trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional).

Essa famigerada prática também afronta os preceitos da Convenção n. 95, da OIT, sobre Proteção ao salário, de 1949, aprovada no Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 24, de 29.5.1996.[19]

---

(19) *Entre outras disposições, a Convenção n. 95, da OIT dispõe: "Art. 1 – Para os fins da presente Convenção, o termo 'salário' significa, qualquer que seja a denominação ou o modo de cálculo, a remuneração ou os ganhos suscetíveis de serem avaliados em espécie ou fixados por acordo ou pela legislação nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devam ser prestados. Art. 3 – 1. Os salários pagáveis em espécie serão pagos exclusivamente em moeda de curso legal; o pagamento sob a forma de ordem de pagamento, bônus, cupons, ou sob qualquer outra forma que se suponha representar a moeda de curso legal, será proibido.2. A autoridade competente poderá permitir ou prescrever o pagamento do salário em cheque ou vale postal, quando esse modo de pagamento for de prática corrente ou necessária, em razão de circunstâncias especiais, quando uma convenção coletiva ou uma sentença arbitral o determinar, ou quando, apesar de tais disposições, o trabalhador interessado consentir. "Art. 4 – "Nos casos em que o pagamento parcial do salário em espécie é autorizado, serão tomadas medidas apropriadas para que: as prestações em espécie sirvam para o uso pessoal do trabalhador e de sua família e lhes tragam benefício; b)*

O trabalhador envolvido nessa situação é privado da sua condição de ser humano, deixa de ser um destinatário dos bens e produtos por ele produzidos para assumir a condição de instrumento de trabalho. Perde sua dignidade, sua imagem e, não raramente, sua própria identidade, uma vez que se vê desprovido até de laços de família e dos valores de cidadania. Seu trabalho perde o valor social e humano estampado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Essa prática viola várias cláusulas pétreas asseguradoras de direitos fundamentais contidas na nossa Carta Política, especificamente a não-permissão da imposição de pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e tratamento cruéis (artigo 5º, inciso XVII), e um Estado que permite essa prática por particulares, está, de toda forma, descumprindo o preceito constitucional, a cuja observância ele está, indubitavelmente, obrigado.

Em decorrência da mudança radical de localidade, desenvolve-se um processo de desestruturação das famílias dos trabalhadores submetidos a estas condições, pois, guardadas as devidas proporções, da mesma maneira que houve o deslocamento de escravos negros africanos para as terras americanas, há um deslocamento de trabalhadores rurais de um estado para o outro dentro do território brasileiro, ou dentro de Estados territorialmente grandes como Pará, Amapá, Mato Grosso do Sul, etc. Aliciados com propostas de empregos e moradia, eles deixam seus locais de residência e suas famílias para estabelecerem-se nas propriedades dos contratantes, terminando como escravos destes.(20)

---

o valor atribuído a essas prestações seja justo e razoável. Art. 5 – O salário será pago diretamente ao trabalhador interessado, a menos que a legislação nacional, uma convenção coletiva ou uma sentença arbitral disponha diferentemente, ou que o trabalhador interessado aceite outro processo. Art. 6 – Fica o empregador proibido de restringir a liberdade do trabalhador de dispor de seu salário da maneira que lhe convier. Art. 7º — 1. Quando em uma empresa forem instaladas lojas para vender mercadorias aos trabalhadores ou serviços a ela ligados e destinados a fazer-lhes fornecimentos, nenhuma pressão será exercida sobre os trabalhadores interessados para que eles façam uso dessas lojas ou serviços. "2. Quando o acesso a outras lojas ou serviços não for possível, a autoridade competente tomará medidas apropriadas no sentido de obter que as mercadorias sejam fornecidas a preços justos e razoáveis, ou que as obras ou serviços estabelecidos pelo empregador não sejam explorados com fins lucrativos, mas sim no interesse dos trabalhadores. Art. 8 1. Descontos em salários não serão autorizados, senão sob condições e limites prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral.2. Os trabalhadores deverão ser informados, de maneira que a autoridade competente considerar mais apropriada, sobre condições e limites nos quais tais descontos puderem ser efetuados. Art. 9. – Fica proibido qualquer desconto dos salários cuja finalidade seja assegurar pagamento direto ou indireto do trabalhador ao empregador, a representante deste ou a qualquer intermediário (tal como um agente encarregado de recrutar mão-de-obra, com o fim de obter ou conservar um emprego."

(20)O jornal *Folha de São Paulo*, 16 nov. 2001, noticiou o *"Ministério do Trabalho já localizou e libertou, de janeiro a setembro deste ano, 1.812 empregados rurais escravizados em fazendas do interior do país. Segundo o colaborador do jornal, "a modalidade mais comum nas fazendas brasileiras é a escravidão por dívida – quando o empregador obriga os trabalhadores a pagar por transporte, comida e ferramentas. Há também casos de peões mantidos no trabalho por meio da retenção de documentos ou de ameaças físicas."*

Os trabalhadores submetidos a essa forma de trabalho forçado, além do desprezo da sua vontade, ficam submetidos aos mais diversos tipos de castigos físicos e psicológicos: a) eles e seus familiares, principalmente seus filhos, são privados do acesso às escolas; b) desfazimento dos vínculos conjugais e familiares; c) sujeição à contração de moléstias contagiosas e doenças endêmicas, além daquelas decorrentes da prestação de serviços em condições subumanas; d) jornadas de trabalho sobre-humanas, sem alimentação condigna; e) inexistência de repousos semanais remunerados; f) apreensão de seus documentos e dos seus familiares; g) desamparo ao sofrer algum acidente do trabalho ou doença profissional que os deixem incapacitados, transitória ou permanentemente, para o trabalho; h) não adaptação ao clima ou condições de alimentação dos lugares para os quais foram levados para trabalhar; i) condições subumanas de higiene e de *habitat*; sem alojamentos dignos, inexistência de água potável, ausência de serviços médicos; j) desamparo da família em caso de morte ou doença do trabalhador; l) perda da identidade como pessoa humana; i) baixa expectativa de vida; m) escravização de filhos e familiares; n) punições e maus-tratos físicos e psicológicos; o) altos índices de acidentes de trabalho, muitas vezes, com ocorrência de mutilações e/ou mortes.

A descrição do trabalho escravo contemporâneo se assemelha em muito ao trabalho escravo da época colonial. Ao trocar-se a figura do senhor de engenho pela do fazendeiro e a do feitor pela do gato ou capataz, as similaridades são gritantes, como se extrai da descrição de *Gilberto Cotrim:*

"sob a fiscalização do feitor, o negro era obrigado a trabalhar, em média, 15 horas por dia. Além disso, caso desobedecesse a ordens, sofria vários tipos de castigo e torturas: chicotadas, queimaduras, prisão em calabouço etc." O "excesso de trabalho, a má alimentação, as péssimas condições de higiene, os castigos acabavam deteriorando rapidamente a saúde do escravo. A maioria morria depois de cinco a dez anos de trabalho."[21]

7. TRANSINDIVIDUALIDADE DOS DANOS DECORRENTES DE PRÁTICAS ESCRAVIZATÓRIAS

Escravizar um indivíduo equivale à escravização de toda a nação. Dessa simples e profunda assertiva extrai-se a natureza difusa das práticas escravizatórias. A proibição da escravidão é um direito de toda a sociedade e, quiçá, da humanidade, como expressam as declarações internacionais. Os titulares desse direito são indeterminados e, espraiam-se por toda a sociedade — a mera circunstância fática de se localizar no território brasileiro deixa o indivíduo protegido contra a escravidão — proteção *erga omnes*. Sua natureza é indivisível, o usufruto por um indivíduo não obsta o gozo por outros, e a violação em relação a uma pessoa, equivale a viola-

(21) *Cotrim, Gilberto.* "História global": Brasil e geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 212.

ção total do direito. É insuscetível, por isso, de disposição coletiva ou individual, de sorte que a ninguém, ainda que voltivamente, é dado submeter-se a práticas escravizatórias, pois sua esfera de repercussão atinge a toda a sociedade, isto é, transcende a mera esfera individual.[22]

Escravizar é violar direitos fundamentais e difusos da sociedade, consagrados na Constituição Federal de 1988, entre a quais se destacam: a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, IV); a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança (art. 5º, *caput*); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); o princípio da legalidade (art. 5º, II); não submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X); a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII); a liberdade de locomoção (art. 5º, XV); a função social da propriedade (art. 5º, XXIII); a proibição de imposição de pena de trabalhos forçados e cruéis (art. 5º, XLVI); a proibição de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII).

Torna-se evidente que, se a própria pessoa subjugada a essas práticas não tem reconhecidas sua liberdade e dignidade, todas essas formas de trabalho forçado vêm acompanhadas da submissão dos trabalhadores às mais vis e desumanas condições de trabalho. Por elas também são violados direitos coletivos[23] dos trabalhadores como a salubridade do meio ambiente e a proteção à saúde, dentre outros, além de diversos interesses individuais homogêneos[24], posto que, acompanham esses métodos a não satisfação de uma série de direitos trabalhistas dos trabalhadores, que, por decorrerem de uma origem comum, revestem-se de homogeneidade, de modo a propiciar a sua tutela processual conjunta. Entre os diversos direitos individuais lesados destacam-se: o não pagamento dos salários integrais; não pagamento do 13º salário, das férias e dos repousos semanais remunerados, e a suas respectivas concessões, e todos os demais títulos decorrentes de uma relação de trabalho.

Além desses efeitos, essas práticas dão ensejo à reparação por danos morais em três esferas distintas: dano moral difuso (à imagem da sociedade); dano moral coletivo (do grupo globalmente considerado) e dano

---

(22)A inalienabilidade da pessoa humana já era normativamente expressa na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição Francasa de 1793. *"Art. 18. Todo homem pode empenhar seus serviços e tempo; mas não pode vender a si próprio nem ser vendido; sua pessoa não é propriedade alienável. A lei não reconhece a domesticidade; somente pode existir uma obrigação de cuidados e de reconhecimento, entre o homem que trabalha e o que emprega."*.

(23)Legalmente, os interesses coletivos são definidos como os *"transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base"* (artigo 81, II, da Lei n. 8.078/90).

(24)Os interesses individuais homogêneos são interesses individuais de pessoas determinadas, comumente disponíveis e de fruição singular, mas decorrentes de uma origem comum, que lhes concede homogeneidade e possibilita o seu tratamento processual conjunto e uniforme, sem que, por tal fato, percam a nota da sua individualidade. SANTOS, Ronaldo Lima. *A tutela processual sindical dos direitos metaindividuais — difusos, coletivos e individuais homogêneos — perante a Justiça do Trabalho*. 2002. pp. 84-5. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

moral individual homogêneo (correspondente aos danos sofridos de forma pessoal por cada trabalhador encontrado na situação em comento); cujas reparações possuem finalidades distintas e independentes, sendo, por isso específicas e, assim, passíveis de serem exigidas concomitantemente.

8. FORMAS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO E PROPOSTAS SOLUCIONANTES

A realidade do trabalho escravo, forçado ou em condições análogas a de escravo é integralmente complexa, de modo a exigir uma série diversificada de procedimentos para a sua devida solução. A necessidade premente de alijamento dessa forma de exploração humana invoca uma plena movimentação da sociedade no combate ao seu desenvolvimento em nosso território.

Não têm sido poucas as atuações do Ministério Público do Trabalho, da Polícia Federal e dos Auditores do Ministério do Trabalho[25] na batalha contra a proliferação do trabalho escravo no Brasil, com a propositura de ações civis públicas, fiscalizações e fechamento de fazendas, detenção de escravagistas e outras medidas que ainda não se tornaram suficientes, em virtude da extensão territorial do nosso país e da dificuldade desses órgãos de adentrar aos cantões em que se verificam essas práticas odiosas.

No campo específico da tutela processual, é plenamente possível, paralelamente às atividades do Ministério Público do Trabalho, que já vêm se desenvolvendo, a participação das entidades sindicais no combate a esta forma de exploração do trabalho humano, e aqui, entendemos cabível a utilização dos diversos instrumentos jurídicos de tutela dos direitos meta-individuais dos trabalhadores (Leis n. 7.345/85 e 8.078/90), podendo as entidades sindicais fazer uso da ação civil pública em face de certo "escravizador" (empregador) para a cessação das práticas escravizantes em determinada localidade, bem como dos atos de aliciamento, além da responsabilidade pelos danos morais ocasionados à coletividade, como, outrossim, ingressar, cumulativamente, na mesma lide ou de forma autônoma, com ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, como o pagamento dos seus haveres trabalhistas e dos danos morais individualmente sofridos, sem prejuízo da reparação pelos danos morais coletivos.

Na esfera processual trabalhista, deveria ser elaborada uma legislação que disciplinasse o trâmite das ações coletivas e individuais decorrente de situações como as descritas neste trabalho, dando-se preferência de trâ-

---

(25)Com a criação do Grupo Móvel do Trabalho em 1995, os Auditores Fiscais do Trabalhos conseguiram, até abril de 2003, a libertação de, aproximadamente, 5.993 trabalhadores e o pagamento de mais de 6,3 milhões de reais de verbas trabalhistas. (Jornal Folha de São Paulo, 6 de abril de 2003, Caderno Brasil, p. A 15.)

mite processual, com maior celeridade e simplificação, posto que a libertação dos trabalhadores geralmente é seguida de um desamparo social e financeiro que lhes obsta até de retornarem aos seus locais de origem.[26]

No campo da tutela penal, há necessidade de uma punição mais presente e mais eficaz, pois, atualmente, observa-se um desinteresse do Judiciário em relação aos delitos praticados nas diversas condutas escravagistas. Na Justiça Federal, até abril de 2003, registrava-se somente um único caso de condenação em sentença definitiva de um fazendeiro, cujo resultado foi meramente simbólico: Em Fevereiro de 1998, um fazendeiro, condenado por trabalho escravo, foi punido com a obrigatoriedade de doar, mensalmente, durante um semestre, cinco cestas básicas à Comissão Pastoral da Terra.[27] A atribuição de competência penal ao Ministério Público do Trabalho, cuja sensibilidade decorrente do contato com essa realidade é mais notável, traria maior eficácia à tutela penal, principalmente com a conjugação das provas obtidas no âmbito do inquérito civil público trabalhista com a investigação criminal, tornando o conjunto probatório mais consistente.

Além da punição penal, devem ser sujeitas à expropriação as propriedades onde se constate a utilização de mão-de-obra nos termos aqui estudados.

Ao lado das condutas fiscalizatórias e da tutela processual dos órgãos e entidades legitimadas para agir em juízo para a imediata libertação dos trabalhadores, imprescindível a adoção de medidas pós-liberta-

---

(26 Experiência legislativa extrajudicial nesse caminho adveio com a edição da Lei n. 10.608, de 20 de Dezembro de 2002, que alterou a redação da Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, para assegurar o pagamento de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo: "Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória n. 74, de 2002, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Ramez Tebet, Presidente da Mesa do Congresso Nacional, para os efeitos do disposto no art. 62 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001, promulgo a seguinte Lei: Art. 1º O art. 2º da Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 2º ..... I — prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo; ....." (NR) Art. 2º A Lei n. 7.998, de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-C:" Art. 2º-C O trabalhador que vier a ser identificado como submetido a regime de trabalho forçado ou reduzido a condição análoga à de escravo, em decorrência de ação de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, será dessa situação resgatado e terá direito à percepção de três parcelas de seguro-desemprego no valor de um salário mínimo cada, conforme o disposto no § 2º deste artigo. § 1º O trabalhador resgatado nos termos do *caput* deste artigo será encaminhado, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para qualificação profissional e recolocação no mercado de trabalho, por meio do Sistema Nacional de Emprego — SINE, na forma estabelecida pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador — CODEFAT. § 2º Caberá ao CODEFAT, por proposta do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, estabelecer os procedimentos necessários ao recebimento do benefício previsto no caput deste artigo, observados os respectivos limites de comprometimento dos recursos do FAT, ficando vedado ao mesmo trabalhador o recebimento do benefício, em circunstâncias similares, nos doze meses seguintes à percepção da última parcela." (NR) Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Congresso Nacional, em 20 de dezembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República Senador Ramez Tebet Presidente da Mesa do Congresso Nacional."

(27)Jornal Folha de São Paulo, 6 de abril de 2003, Caderno Brasil, p. A 15.

ção voltadas para a garantia de moradia provisória, alimentação, cuidados médicos e que propiciem o retorno dos trabalhadores libertados aos seus locais de origem, além da sua imediata proteção, conjugadas com programas de desenvolvimento profissional e educacional, como bolsa escola, fome zero, erradicação do trabalho infantil (PETI) e políticas fomentatórias de emprego.

No entanto, o primeiro plano deveria ser a adoção de medidas sociais que, conseqüentemente, previnam o desenvolvimento dessa forma de exploração humana em nosso território, como a elaboração de uma ampla e profunda reforma agrária para a democratização das formas de acesso às propriedades rurais de produção, políticas de fomento e apoio às pequenas propriedades rurais, concessão de créditos com taxas diferenciadas, fomento à criação das cooperativas agrícolas entre os pequenos agricultores. Tudo de modo a alijar definitivamente as condições fáticas que fornecem oportunidade a perpetuação do Brasil como uma sociedade escravocrata internacionalmente conhecida e denunciada perante os organismos internacionais de defesa dos direitos humanos.

OBRAS CITADAS

Arendt, Hannah. "A condição humana". 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

Comparato, Fábio Konder. "A afirmação histórica dos direitos humanos". São Paulo: Saraiva, 2003, p. 198.

Cotrim, Gilberto. "História global: Brasil e geral". 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Ferrari, Irany; Nascimento, Amauri Mascaro; Martins Filho, Ives Gandra. "História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho". São Paulo: LTr, 1998.

Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. "Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa". Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

Maior, Jorge Luiz Souto. "O direito do trabalho como instrumento de justiça social". São Paulo: LTr, 2000.

Oliveira, José César de. "Formação histórica do direito do trabalho". *In: Barros, Alice Monteiro da* (Org.). "Estudos em memória de Célio Goyatá". 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 1997. v. 1.

Santos, Ronaldo Lima. "A tutela processual sindical dos direitos metaindividuais — difusos, coletivos e individuais homogêneos — perante a Justiça do Trabalho". 2002. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Sento-Sé, Jairo Lins de Albuquerque. "Trabalho escravo no Brasil". São Paulo: LTr, 2001, p. 29.

Folha de São Paulo, 6 abr. 2003. Caderno Brasil.

Folha de São Paulo, 16 nov. 2001.

DOUTRINA NACIONAL

A EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL(*)

CÁSSIO MESQUITA BARROS(**)

I. INTRODUÇÃO

Embora o Direito do Trabalho, inspirado por princípios diferentes, notadamente sobre a relação de trabalho, passasse a constituir um ramo autônomo do Direito, o Direito Civil, *celula mater*, é de aplicação supletiva ao Direito do Trabalho, conforme o art. 8º da CLT:

> "o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste".

Orlando Gomes assinala que:

> *"Com o Direito Civil, está a nova disciplina vinculada, desde o berço, pela razão óbvia de que foi, através de uma longa evolução, a 'locatio operarum' romana que deu origem histórica ao moderno contrato de trabalho (...)Foi no Direito Civil, malgrado as modificações introduzidas no conceito de locação de serviço, que o novo direito se abeberou para haurir as noções fundamentais da teoria geral das obrigações, as regras sobre a capacidade das pessoas, as nulidades, os vícios do consentimento; a vigência da lei no tempo e no espaço, a interpretação e aplicação da lei, e tantas outras."* (Orlando Gomes & Gottschalk, *Curso de direito do trabalho*, v.1, p. 31).
>
> *"O contrato de trabalho (...) permanece, em suas linhas gerais, sujeito à teoria geral dos contratos, construída pelo civilismo, embora*

(*) Palestra proferida, em 19 de agosto de 2003, no curso "Repercussões do Novo Código Civil no Direito do Trabalho", promovido pela Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo, Escola da Magistratura da 15ª Região, OAB-SP e Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região.

(**) Advogado. Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão de Peritos na Interpretação e Aplicação das Normas Internacionais do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho.

a consideração do fator humano do trabalho, imposta política e socialmente, determine a adoção de preceitos jurídicos inspirados em uma concepção humanizadora, que, todavia, não desarticula o esqueleto da relação, nem subverte sua natureza privada. O Direito do Trabalho é uma especialização do Direito Civil. Os conceitos, categorias e construções de que se serve na elaboração dos seus preceitos, conquanto manipulados com técnica própria e idônea à consecução de suas finalidades sociais, não perdem a substância civilística. Não é, contudo, simples capítulo do Direito Civil. Sua autonomia está consagrada no sentido de que, se não pode ser isolado do direito comum, a que se vincula por todos os laços, entretanto, adquiriu coloração que atesta seu particularismo, sobretudo acentuado pelo espírito que anima suas regras." (*Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil*, p. 23).

O tema central dessa palestra se cinge às principais modificações do novo Código Civil que afetam o Direito do Trabalho no tocante ao capítulo da "empresa".

II. O NOVO CÓDIGO CIVIL

Em 10 de janeiro de 2002, o Presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei n. 10.406, promulgando o novo Código Civil, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, substituindo, depois de oitenta e sete anos, o Código Civil de 1916.

O novo Código Civil, que passou a vigorar a partir de 11 de janeiro de 2003 inovou ao estabelecer a *igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal*, já preceituada pelo art. 226, § 3º, da Constituição de 1988. Reduziu a *menoridade de 21 para 18 anos*. Ampliou as disposições do trabalho autônomo, regulando a prestação de serviços (art. 593 ao 609), a empreitada (art. 610 ao 626), o mandato (arts. 653 ao 692), a comissão (art. 693 ao 709), a agência e distribuição (art. 710 ao 721) e a corretagem (art. 722 ao 729).

O novo Código teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, pois foi em 1975 que o Presidente Ernesto Geisel submeteu à Câmara dos Deputados o projeto de Lei n. 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de 7 (sete) membros, a saber: Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Silvio Marcondes, Erbert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Tasso. O novo Código tramitou pelo Congresso Nacional durante 26 anos, período no qual as transformações mundiais em todas as áreas do conhecimento humano foram imensas. Assim é que não cuida, por exemplo, das questões bastante controvertidas da atualidade, tais como, comércio eletrônico, experiências genéticas, etc.

Em diferente sistematização, o novo Código Civil brasileiro, inspirado no perfil do Código Civil italiano de 1942, contém dispositivos de natureza civil e comercial.

Revogando toda a 1ª parte (arts. 1º-456) do Código Comercial de 1850, o novo Código Civil incluiu mais um Livro na sua parte especial denominado *Direito de Empresa*, que trata da figura do empresário, das diversas formas de sociedades personificadas e não personificadas, da liquidação, transformação, incorporação, fusão e cisão das sociedades, da sociedade estrangeira, do estabelecimento e outros institutos complementares.

As leis comerciais extravagantes que não colidirem com o novo Código Civil (art. 2.037) continuam em vigor, cabendo ao intérprete a verificação. Assim, revogada por completo a Lei n. 3.708/19, sobre sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Por outro lado,

> *"chega-se à conclusão de que o empresário individual e as sociedades empresárias estarão sujeitos à falência e à concordata, na medida em que o art. 1º da Lei Falimentar (Dec.-lei n. 7.661/45) reserva os institutos para o comerciante, sob a nova ordem, empresário. Portanto, como a legislação referente ao comerciante aplica-se, agora, àquele que se caracteriza como empresário, não temos receio em afirmar que a falência e a concordata são institutos reservados aos que exercem atividade própria de empresário e como tal se qualificam"* (Campinho, *O direito de empresa*, p. 2-3).

III. A EMPRESA E O EMPRESÁRIO: CONCEITOS, REQUISITOS, IMPEDIMENTOS

Assim, o novo Código Civil vem reforçar a atual tendência da doutrina no sentido de ampliar o Direito Comercial clássico, até há pouco visto como um direito afeto aos comerciantes e aos atos de comércio, para deslocar seu eixo para a empresa.

A empresa, conforme propõe Rubens Requião, é um elemento abstrato que, sob o comando do empresário, se manifesta como uma organização técnico-econômica, que concilia o capital e o trabalho para explorar, com fins lucrativos, determinada atividade produtiva.

A exemplo do Código italiano, o novo Código Civil não fixa o conceito de "empresa", mas somente o de "empresário", a saber:

> *"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*
>
> *Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa."*

Assim, a figura do *comerciante* e da conhecida *firma individual* do Código Comercial de 1850 é agora denominada de *empresário*. Esta é a

primeira grande inovação a ser lembrada, pois repercute no Direito do Trabalho, na medida em que o *empresário*, podendo ser empregador, responderá por todos os débitos trabalhistas.

A obrigatoriedade da inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede (Junta Comercial) antes de iniciar sua atividade, os documentos necessários e a forma de inscrição vêm determinados pelos arts. 967 e ss.

O parágrafo único do art. 966 veda a atribuição de "empresário" àqueles que exercem determinadas atividades profissionais, conquanto estas possam ter cunho econômico. Não sendo considerados juridicamente "empresários", estarão submetidos ao regime do Direito Civil. Se, no entanto, o exercício dessas profissões se constituírem em elemento da empresa, serão considerados empresários.

O primeiro requisito para adquirir a condição jurídica de empresário (empresário individual e sociedade empresária) é o efetivo exercício profissional da atividade econômica produtiva ou de circulação de bens ou de serviços.

O segundo requisito, no caso somente para o empresário individual, diz respeito à capacidade. Dessa forma, toda pessoa maior de 18 anos pode ser empresário, uma vez que o novo Código Civil estabeleceu que a *capacidade civil plena*, que antes se obtinha aos 21 anos, passa agora a ser adquirida aos 18 anos:

> *"Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil."*
>
> A aquisição antecipada da capacidade está tratada no art. 5º do novo Código, a saber :
>
> *"Art. 5º* .....
>
> Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:
>
> .....
>
> *e) pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor, com dezesseis anos completos tenha economia própria."*

Passando, pois, a exercer a atividade de empresário e dispondo de economia própria, o menor com 16 anos completos adquire capacidade plena, devendo a prova de sua emancipação ser registrada na Junta Comercial. Ao adquirir plena capacidade civil, ficará sujeito à falência (Decreto-lei n. 7.661/45, art. 1º).

Por "economia própria" há de se entender *"o estado econômico de independência do menor, que decorre da propriedade de bens que o mesmo adquire proveniente de seu trabalho, de herança não administrável pelo pai ou alguma doação ou legado nessas condições."* (Curso de direito comercial, 24ª ed., São Paulo : Saraiva, 2000, v.1, p. 87).

Não podem iniciar sua atividade empresarial, uma vez que são considerados relativamente incapazes ou absolutamente incapazes pelo Código Civil:

"Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer;

I — os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

II — os ébrios habituais, os viciados em tóxico, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.

III — os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

IV — os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial."

"Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I — os menores de dezesseis anos;

II — os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III — os que, mesmo por causa transitória, não puderam exprimir sua vontade."

Todas essas pessoas, se maiores de 18 anos, serão consideradas incapazes, ainda que de forma relativa, mas *somente depois do devido processo de interdição*, plena ou parcial. Caberá à jurisprudência o papel de pronunciar-se sobre o exato significado da expressão *deficiência mental.*

Conforme visto, o interdito não pode iniciar atividade empresarial. No entanto, resta indagar: como fica a situação daquele que é interditado no curso de sua atividade empresarial?

Considerando a importância da preservação da empresa, organismo dinâmico que gera empregos, produz, recolhe tributos, a empresa continuará, mediante autorização judicial, após declarada a interdição do titular por meio de seu representante (art. 974). Tanto a autorização judicial como a eventual revogação deverão ser registradas na Junta Comercial.

Além dos incapazes, há aqueles que estão legalmente impedidos de exercer individualmente a atividade empresarial em virtude da função exercida (magistrados, governador de Estado, funcionários públicos, corretores, leiloeiros, o falido, etc), sob pena de serem considerados empresários irregulares e por isso serem responsabilizados.

No entanto, poderão exercer a atividade empresarial na condição de sócios ou acionistas de uma sociedade empresária, por expressa exceção prevista em lei (Lei n. 8.112/90, art. 117 — Estatuto do Funcionário Público, Lei Complementar n. 35/70, art. 36, I e II — Lei Orgânica da Magistratura, por exemplo).

IV. DA CAPACIDADE, DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, DA AUSÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO

Ainda no tocante à capacidade e com profundos reflexos no Direito do Trabalho, vale assinalar que o novo texto incluiu, dentre os relativamente incapazes, aqueles que, por *fraqueza mental*, têm o discernimento reduzido, os *ébrios habituais* e os *viciados em tóxicos*, que passam, portanto, a ter capacidade relativa para atuarem em juízo e firmarem compromissos.

A inclusão dos *ébrios habituais* dentre os relativamente incapazes repercute no art. 482, letra *f*, 1ª parte da CLT, que vê a *embriaguez habitual como justa causa para rescisão do contrato de trabalho*.

Há algum tempo, a embriaguez habitual é classificada como doença pela Organização Mundial de Saúde, orientação essa acolhida pelo novo Código Civil. Essa circunstância deve levar à revisão da norma da CLT sobre justa causa, pois o portador da enfermidade de embriaguez torna-se *civilmente incapaz*. Não pode, portanto, ser civilmente incapaz e, pela mesma incapacidade, ser acusado de haver incidido em falta grave pelo descumprimento das obrigações de trabalho.

A norma civil constitui fundamento suficiente para afastar a *falta grave* imputada pela CLT, que se encontra desatualizada ao ainda tratar a embriaguez como vício e não como moléstia.

Vale lembrar que o novo Código Civil estabelece, sem qualquer exceção, que a incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela parte que dela se beneficiou.

Nesse passo, o novo texto civil atinge plenamente os objetivos do Direito do Trabalho que, ao socorrer-se do *princípio da primazia da realidade*, considera válido o contrato de trabalho celebrado com pessoas relativamente incapazes, que prestam serviços mediante subordinação.

O novo Código dispensou maior atenção aos direitos da personalidade. Intransmissíveis e irrenunciáveis, os direitos da personalidade não podem ter seu exercício voluntariamente limitado:

> *"Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."*

É o caso, por exemplo, do empregado ou do empregador que se sente lesado pela outra parte contratante, pela utilização, em decorrência do contrato ou relação de trabalho e sem seu consentimento, do próprio nome, pseudônimo ou imagem para fins comerciais. Essa situação ocorre, freqüentemente, com pessoas conhecidas do grande público. Vale anotar que, ainda que a intenção não seja difamatória, o nome do empregado ou do empregador não pode ser utilizado em situações que possam expô-lo ao ridículo, atingindo sua honra:

"Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, quando não haja intenção difamatória."

"Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial."

"Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome."

"Art. 20. Salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes."

Deve-se, no caso, fazer uma interpretação ampla do texto civil, para abranger não só o nome, mas outros direitos da personalidade, tais como, voz, imagem e outras características vinculadas à pessoa, que constituem desdobramentos dos direitos da personalidade, sujeitos, portanto, à autorização. A autorização, ainda, deve ser dada não só para propaganda comercial, como para qualquer outro uso. Aqui também vale interpretar a norma extensivamente.

Esses preceitos aplicam-se ao Direito do Trabalho.

Ocorrendo essas situações, o lesado, empregado ou empregador, pode requerer à Justiça do Trabalho a proteção do direito personalíssimo, além de perdas e danos:

"Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requere-la o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente da linha reta ou colateral até o quarto grau."

No tocante à vida privada do empregado, o novo Código Civil dispõe no art. 21:

"Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

Exemplo polêmico que pode ser lembrado é o das revistas feitas pelo empregador na entrada ou saída dos empregados.

Alguns entendem que a revista somente será lícita, se houver fundada suspeita de que a pessoa a ser revistada tenha incidido em conduta criminosa.

Há aqueles que consideram a revista geral ainda mais abusiva, porque pressupõe que todos os empregados sejam suspeitos de praticarem ato ilícito, atingindo a honra dos empregados probos.

Parte da doutrina considera lícito esse procedimento, fundamentado no poder de fiscalização do empregador.

Alice Monteiro de Barros sustenta a legitimidade da revista, desde que tenha

> *"caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, através de critérios objetivos, mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade" e se justifica "quando constitua o último recurso para satisfazer ao interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas (...) devendo existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista; é mister que haja na empresa bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material ou que tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial."* (*Proteção à intimidade do empregado*, p. 74)

A licitude da revista ainda é justificada por aqueles que entendem que a revista pode ser prevista em acordo ou convenção coletiva. Opositores dessa orientação argumentam que cláusula nesse sentido violaria os princípios da equidade, da função social do contrato e da dignidade humana, na medida que a revista não constitui objetivo, nem função social do contrato. De acordo com essa corrente, ao submeter o empregado a atos de constrangimento, este sofre violação de um direito fundamental do ser humano, que é o direito à intimidade.

O art. 21 do Código Civil pode amparar o requerimento do empregado ao juiz, pedindo a cessação de ato contrário à proteção de sua vida privada, inclusive com a imposição de multa pelo descumprimento da obrigação de não-fazer (art. 461, § 4º, do CPC).

A corrente que sustenta a violação da intimidade não admite a revista nas empregadas da empresa, mesmo sob a alegação de que a contratada concordou com esse procedimento, assinando o contrato de trabalho com essa autorização.

A revista íntima em mulheres já é proibida pelo art. 373-A, VI, da CLT. Se a revista íntima é contrária à lei, fica evidentemente vedada previsão contratual em sentido oposto à lei.

Edilton Meirelles entende que a revista pessoal, domiciliar ou sobre objetos e bens do empregado, encontrados em veículos ou bolsas do mesmo, somente pode ser realizada na forma estabelecida na lei processual penal, pois,

> *"a revista pessoal nada mais é do que a medida cautelar de busca e apreensão pessoal. Neste caso, então, à revista pessoal devem ser aplicadas as regras da busca e apreensão pessoal estabelecidas no Código de Processo Penal, pois único diploma legal regulador da matéria. Disso decorre que se exige uma fundada suspeita sobre a conduta ilícita do sujeito, para que a revista pessoal possa se efetivar (art. 240, § 2º, do CPP) (...) Nosso ordenamento jurídico, no entanto, apenas prevê a realização de busca e apreensão (revista) pessoal e domiciliar mediante ordem judicial (art. 243 do CPP), havendo fundada suspeita ou, independentemente de mandado judicial, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar, mas sempre realizada por uma autoridade policial ou pelo oficial de justiça (arts. 240, § 2º; 243 a 245 do CPP). Nossa legislação, portanto, não prevê a hipótese da realização da busca e apreensão ou revista pessoal realizada por particular, ainda que este seja o empregador."* (ob. cit., p. 17-8).

A nosso ver, a revista é legítima, porque decorrente do poder diretivo do empregador. Deve, contudo, ser discreta, não abusiva, dentro dos regulares limites do poder diretivo do empregador. Não pode ser direcionada a apenas determinados segmentos de empregados, em virtude de idade, sexo, cor, raça, etc.

Outros dois pontos, que devem ser lembrados face ao uso contínuo da informática nos dias atuais, dizem respeito à utilização da Internet no local de trabalho. Pode o empregador instalar programas que detectam a qualidade da informação acessada no horário de trabalho ou o tipo e teor de mensagens enviadas e recebidas pelo empregado? Como conciliar o art. 21 do Código Civil e o poder diretivo do empregador?

Em qualquer dos casos mencionados, a nosso ver, a fiscalização não deve ser oculta. Ainda que não prevista na legislação brasileira, entendemos, acompanhando a legislação estrangeira, que deve ser dada ciência prévia ao empregado ou à comissão de empregados da fiscalização ou revista a ser levada a efeito.

Há de haver, portanto, um justo equilíbrio entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade do empregado no local de trabalho.

Os arts. 26 e 27 do novo Código Civil tratam da ausência na sucessão provisória:

"Art. 26. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representantes ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão."

"Art. 27. Para o efeito previsto no artigo anterior, somente se consideram interessados:

.....

IV — os credores de obrigações vencidas e não pagas."

Face ao disposto no art. 27, IV, do novo Código, o credor trabalhista tem o direito de exigir perante o juízo cível competente, mediante prova de que é credor do ausente, a declaração de ausência e a abertura provisória da sucessão do ausente.

V. SOCIEDADE: CONCEITO, TIPOS

Após tratar da figura do *empresário*, o art. 981 do novo Código Civil assim define o contrato de sociedade:

"Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados."

As sociedades, segundo seu objeto ou forma societária, podem ser de duas espécies: simples ou empresária.

Tanto a sociedade simples quanto a empresária tem por objeto explorar habitualmente, com fins lucrativos, atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou serviços. A diferenciação entre elas está no fato de que a sociedade simples explora atividades econômicas específicas, estabelecidas em lei. Assim, por exemplo, as cooperativas, as sociedades de advogados, algumas sociedades dedicadas à atividade agrícola ou pastoril.

São tipos de sociedades empresárias: 1. sociedade em nome coletivo; 2. sociedade limitada; 3. sociedade em comandita simples; 4. sociedade anônima; 5. sociedade em comandita por ações.

VI. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E DOS ADMINISTRADORES PELAS OBRIGAÇÕES SOCIAIS

Disciplinando as várias espécies de sociedades, o novo Código Civil dispõe sobre a responsabilidade dos sócios e administradores.

A responsabilidade dos sócios de uma sociedade de fato (sociedade não personificada) é solidária e ilimitada, excluindo-se o direito ao benefício de ordem (art. 990). Vale lembrar que as sociedades por ações que estejam em organização não podem ser sociedades de fato. Aplica-se às sociedades de fato, subsidiariamente e naquilo em que não for incompatível com suas normas específicas, as mesmas regras da sociedade simples (art. 986).

Já na sociedade em conta de participação, também pertencente à modalidade das sociedades não personificadas, somente o sócio ostensivo responde pela sociedade obrigando-se perante terceiros, já que esse sócio exerce a atividade em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade. Os demais sócios, denominados *ocultos*, por participarem apenas dos resultados, respondem exclusivamente perante o sócio ostensivo, nos termos do contrato social (art. 991).

Segundo *Edilton Meirelles*,

> *"tal disposição, porém, é de questionável aplicação no direito do trabalho, pois sendo o trabalhador empregado da empresa (do empreendimento), obviamente que respondem com seus bens, pelos débitos trabalhistas, os empreendedores. E, entre estes, tanto pode responder o sócio ostensivo, como o sócio participante (oculto). O Código Civil, porém, cuida da responsabilidade solidária do sócio oculto apenas na hipótese em que este tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiro (parágrafo único do art. 993)"* (*O novo Código Civil e o direito do trabalho*, p. 118).

O sócio que aliena suas quotas e se retira de uma sociedade simples responde solidariamente com o cessionário, perante a própria sociedade e perante terceiros, até dois anos depois de averbada a modificação do contrato social (art. 1.003).

No art. 1.006, o novo Código Civil inseriu regra importante que afeta o Direito do Trabalho, ao dispor:

> *"art. 1.006. O sócio, cuja contribuição consista em serviços, não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros, e dela excluído."*

Por esse dispositivo, o novo Código Civil criou uma modalidade de proibição de contrato de emprego que, não observada, vai penalizar o sócio transgressor na sua relação com a sociedade, restando-lhe resguardados, contudo, todos os direitos trabalhistas resultantes da atividade vedada.

No tocante às relações da sociedade com terceiros, estabelece o art. 1.022:

"Art. 1.022. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador."

No entanto, não sendo suficientes os bens da sociedade, preceitua o art. 1023:

"art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária."

Repetindo regra do Código Comercial, prevê o art. 1.024 do novo Código Civil:

"art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais."

Já o art. 1.025 dispõe sobre a responsabilidade do sócio admitido em sociedade já constituída pelas dívidas anteriores à sua admissão, mesmo que convencionada, por contrato, sua irresponsabilidade com o sócio que se retira ou com os demais. Existindo essa cláusula, o novo sócio responderá perante terceiros pelas dívidas anteriores à sua admissão, mas terá direito de regresso contra os demais sócios, retirantes ou não:

"Art. 1.025. O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão."

O credor particular de sócio, no caso de inexistirem bens suficientes deste, poderá fazer recair a execução sobre o que lhe couber de lucros na sociedade ou na parte que lhe for destinada em liquidação. A lei não impede que a penhora se faça sobre as próprias cotas sociais do sócio devedor. Se a sociedade não estiver dissolvida, salvo na sociedade em nome coletivo (art. 1.043, parágrafo único), o credor do sócio, poderá requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor será apurado na forma do art. 1.031. É o que estabelece o art. 1.026 do novo Código Civil.

Segundo *Edilton Meirelles*, o art. 1.026

"ganha extrema relevância na execução trabalhista contra empresa ou pessoa física que integra outras sociedades, pois novo instrumento para sua satisfação" (*O novo Código* ... ob. cit., p. 124).

O art. 1.032 do novo Código Civil trata da resolução da sociedade em relação a apenas um sócio, não o isentando das obrigações sociais licitamente contraídas:

"Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação."

A responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais na sociedade em nome coletivo é solidária e ilimitada, o que não impede, sem prejuízo dessa responsabilidade perante terceiros, que os sócios, no ato constitutivo ou por unânime convenção posterior, limitem, entre si, a responsabilidade de cada um (art. 1.039).

Na *sociedade em comandita simples*, o sócio comanditado, sempre pessoa física, responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, enquanto o sócio comanditário, que pode ser tanto pessoa física como jurídica, responde apenas pelo valor da cota (art. 1.045). Entretanto, se o sócio comanditário praticar ato de gestão ou utilizar o nome da firma social, ficará sujeito às mesmas responsabilidades do sócio comanditado (art. 1.047).

Na *sociedade limitada*, os sócios são solidariamente responsáveis pela integralização do capital social. Efetivada a integralização, a responsabilidade de cada um será limitada à sua própria quota (art. 1.052). À sociedade limitada é aplicada, subsidiariamente, as regras da sociedade simples. O contrato social poderá prever, no entanto, que a sociedade limitada seja regida supletivamente pelas normas da sociedade anônima (art. 1.053).

No tocante aos administradores da *sociedade limitada*, estabelece o § 3º do art. 1.158 que

"a omissão da palavra "limitada" determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade."

Já a *sociedade anônima* reger-se-á por lei especial, no caso, a Lei n. 6.404/76, aplicando-se-lhe nos casos omissos, as disposições do novo Código Civil (art. 1.089).

A *sociedade em comandita* por ações, por sua vez, *"tem seu capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo, e opera sob firma ou denominação"* (art. 1.090). O sócio diretor da sociedade em comandita por ações tem responsabilidade subsidiária e ilimitada pelas obrigações lícitamente contraídas pela sociedade até dois anos após o término de sua administração (art. 1.091).

A responsabilidade dos sócios ou acionistas de uma sociedade por ações é limitada ao preço da emissão das ações subscritas ou adquiridas. É o que prescreve o art. 1º, *in fine*, da Lei n. 6.404/76.

Na *sociedade cooperativa*, que se regerá pelo Código Civil, ressalvada a legislação especial (art. 1.093), os sócios poderão responder limitada ou ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 1.095).

Vale lembrar que as sociedades criadas em decorrência da *transformação, incorporação, fusão ou cisão* sucederão as extintas em todas as suas obrigações e direitos (arts. 1.113 e ss.).

A *sociedade estrangeira* autorizada a funcionar no nosso País estará sujeita à legislação brasileira (art. 1.137) no tocante aos atos que aqui praticar, ficando obrigada a ter, permanentemente, representante no território nacional, com poderes tanto para decidir questões de qualquer natureza, como para receber citação judicial pela sociedade (1.138).

O novo Código Civil também conceituou o estabelecimento, regulamentando sua alienação (arts. 1.142 e ss). Esses dispositivos legais têm ampla aplicação no direito do trabalho, pois a alienação de um estabelecimento implica, em princípio, na sucessão de contratos de emprego.

Nesse sentido, vale transcrever os seguintes artigos:

> *"Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para resolver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação."*
>
> *"Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento."*

Portanto, nos moldes do art. 1.145, o credor trabalhista poderá se opor à alienação, sendo competente para resolver o conflito a Justiça do Trabalho, uma vez que o crédito existe em decorrência de um contrato de emprego, celebrado entre o empregador-alienante e o trabalhador. A oposição do empregado poderá verificar-se em ação própria ou, incidentalmente, em ação de execução.

No tocante ao art. 1.146, ocorre uma verdadeira assunção da dívida por parte do adquirente do estabelecimento, que por ela fica responsável até um ano após a alienação ou da data de vencimento da obrigação. Essa restrição temporal, porém, não atinge os débitos trabalhistas. É que o art. 10 da CLT estabelece que *"qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados"*. Dessa forma, os empregados, em princípio, poderão cobrar do empregador sucedido os seus créditos no prazo previsto na Constituição Federal.

Quanto ao registro, preceitua o art. 1.150 do novo Código Civil:

"Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às regras fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária."

VII. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO NOVO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DO TRABALHO

O novo Código Civil manteve a regra geral do Código Civil anterior no tocante aos atos ilícitos, inovando ao fazer referência expressa ao dano moral (art. 186) e ao considerar o abuso de direito como um ato ilícito (art. 187):

"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."

"Art. 187. 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."

"art. 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 normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

Para fins de responsabilidade civil, ocorrerá o dano quando houver

"lesão nos interesses de outrem, tutelados pela ordem jurídica, quer sejam de ordem patrimonial, quer sejam de caráter não patrimonial." (Ari Possidonio Beltran, "O novo Código e a responsabilidade civil do empregador", *Revista LTr*, v.67, n. 1, p. 56).

Ocorre dano material quando a pessoa sofre uma lesão nos seus direitos patrimoniais. Já o dano moral ocorre quando violados direitos da personalidade (honra, intimidade, etc), que são direitos extrapatrimonais. Tanto a pessoa física como a pessoa jurídica podem sofrer dano moral. Nesse sentido, a Súmula n. 227, do Superior Tribunal de Justiça: *"A pessoa jurídica pode sofrer dano moral."*

O dano moral pode ser direto ou indireto.

O *dano moral* é direto quando a pessoa, física ou jurídica, sofre uma violação de um bem imaterial típico, que lhe causa um sofrimento psíquico. Vale lembrar que um dano moral direto pode refletir-se e atingir um direito material ou patrimonial.

O *dano moral* é indireto quando a violação, embora recaia num bem material, também se reflete num bem imaterial ou expatrimonial.

Ora, quem comete um ato ilícito causando dano, moral ou material, a outrem é responsável por sua reparação. Necessário, pois, para a configuração da responsabilidade extracontratual ou *aquiliana* quatro requisitos: 1. ação ou omissão da qual resultou um ato lesivo; 2. dano; 3. nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano; 4. ocorrência de dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Imprescindível ressaltar que tanto o dano moral como o material, embora possam vir a ocorrer durante a relação de emprego, não são conseqüência dessa relação, porque não violados direitos trabalhistas de caráter legal ou contratual (férias, FGTS, participação nos lucros, etc). Na verdade, o dano moral ou material vai ocorrer na relação de emprego porque desrespeitado o princípio geral do direito *de a ninguém lesar.*

As ações de reparação de danos morais e materiais (responsabilidade subjetiva) decorrentes da relação de emprego mais comuns têm sido aquelas relacionadas ao acidente do trabalho, à doença profissional e à doença do trabalho, independentemente da responsabilidade da instituição previdenciária para esses casos, que é objetiva.

Os riscos do negócio são do empregador, que nunca poderá repassá-los ao empregado. Também se enquadra nas hipóteses de responsabilidade objetiva, aqui do empregador, o art. 2º da CLT ao dispor:

> *"Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços."*

VIII. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES

A personalidade jurídica dos sócios é distinta da personalidade jurídica da sociedade:

> *"A personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade jurídica dos sócios. Constituem pessoas distintas. Distintos também os direitos e obrigações (...)'".* (MS n. 469, STJ DF Reg. N. 900006576-3, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, 1ª Seção, DJ 12.11.90, Ementário da Jurisprudência do STJ n. 03, Ementa n. 428, p. 172).

Por isso, segundo o art. 596 do CPC, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas sociais, senão nos casos previstos na legislação civil ou comercial. Por ser secundária, em princípio, a responsabilida-

de dos sócios em relação às dívidas da sociedade, cabe-lhes exigir que sejam primeiramente excutidos os bens livres e desembaraçados da sociedade para a satisfação do débito. No mesmo sentido, os já citados arts. 1.023 e 1.024 do novo Código Civil.

No entanto, as obrigações dos sócios e administradores decorrentes de atos ilícitos são regidas por regra geral da responsabilidade civil por ato culposo ou doloso, isto é, serão responsabilizados solidariamente pelos danos: 1. com seus bens perante a sociedade; 2. solidariamente com a sociedade perante terceiros.

Nesse sentido, estabelece o novo Código Civil:

> *"Art. 1.009. A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade."*
>
> *"Art. 1.010. Quando por lei ou pelo contrato social competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria dos votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.*
>
> .....
>
> *§ 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto."*
>
> *"Art. 1.013. A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.*
>
> .....
>
> *§ 2º Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria."*
>
> *"Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados por culpa no desempenho de suas funções."*
>
> *"Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais, em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por eles também responderá.*
>
> *Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação."*

Os administradores são solidariamente responsáveis pelos débitos da sociedade caso procedam à distribuição de lucros ilícitos ou fictícios. É a responsabilização civil por ato doloso. Fixa ainda o citado dispositivo a

mesma responsabilidade para o sócio que receber tais lucros ilícitos ou fictícios, ainda que não tenha conhecimento do ato doloso. Essa determinação legal parte do pressuposto de que o sócio conhece ou deveria conhecer a ilegitimidade da distribuição em virtude do seu dever de vigilância (art. 1.009).

Será responsabilizado o sócio que, tendo interesse contrário à sociedade e graças a seu voto, participar ou omitir-se de deliberação que aprove semelhante operação (§ 3º do art. 1.010).

Os administradores respondem perante a sociedade e perante terceiros prejudicados por culpa ou dolo no desempenho de suas funções (art. 1.016), quando:

1) realizarem operações, sabendo ou devendo saber que estavam agindo em desacordo com a maioria dos sócios (§ 2º do art. 1.013);
2) em proveito próprio ou de terceiros, aplicarem créditos ou bens sociais sem o consentimento escrito dos sócios (art. 1.017, *caput*);
3) tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, participarem da respectiva deliberação (parágrafo único do art. 1.017).

No tocante ainda à responsabilidade dos administradores, vale transcrever o disposto no parágrafo único do art. 1.015:

> *"Art. 1.015.....*
>
> *Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros, se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipótese:*
>
> *a) se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;*
>
> *b) provando-se que era conhecida do terceiro;*
>
> *c) tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade."*

Assim, por exemplo, na hipótese da *alínea b)* acima, provada sua ação viciada, o empregado poderá ter seu contrato anulado pela sociedade, caso, mesmo sabendo que determinado administrador não tem poderes para tal, celebrar com este um contrato de emprego.

Serão responsabilizados segundo a mesma regra imposta aos administradores na forma do art. 1.016, os membros do Conselho Fiscal da sociedade limitada que agirem com dolo ou culpa no desempenho de suas atribuições. É o que dispõe o *caput* do art. 1.070:

> *"Art. 1.070. As atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da sociedade e a responsabilidade de seus membros obedece à regra que define a dos administradores (art. 1.016).*

Do art. 158 da Lei n. 6.404/76, sobre sociedades anônimas, pode-se inferir as seguintes regras no tocante à responsabilidade dos sócios e administradores:

1) é sempre presumida a responsabilidade dos diretores quando houver violação da lei ou dos estatutos;
2) responderá civilmente o administrador pelos prejuízos que causar quando agir, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto;
3) somente estará isento de responsabilidade o administrador que, discordando da prática de determinado ato, fizer consignar tal divergência na ata de reunião do órgão de administração; na impossibilidade desse procedimento, deverá imediatamente cientificar, por escrito, ao órgão da administração, ao conselho fiscal ou à assembléia geral;
4) o administrador não será responsabilizado por atos ilícitos praticados por outros administradores, salvo se for conivente, se deles tiver conhecimento e deixar de agir para impedir sua prática ou se for negligente em descobri-los;
5) responderá solidária e subsidiariamente o administrador que, sabendo das irregularidades praticadas pelo seu antecessor, não cientificar a assembléia geral.

No tocante ainda aos administradores responsáveis, vale lembrar que

> *"a lei não distingue entre associados, prestadores de serviços, voluntários, empregados, 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 da personalidade jurídica (por atos de sua gestão) (...) o novo Código Civil estabelece expressamente a responsabilidade civil do administrador da sociedade mercantil perante a empresa ou 'terceiros prejudicados por culpa no desempenho de suas funções' (art. 1.016). Aqui, mais uma vez, a lei não distingue entre administrador-sócio, administrador-empregado, etc. Logo, seja qual for a natureza da relação, o administrador responderá perante a sociedade e perante terceiros (inclusive os empregados da empresa)"* (Edilton Meirelles, "Responsabilidade civil-trabalhista do empregado (no novo Código Civil)", *Revista Gênesis*, n. 119, p. 666-7).

Em caso de fraude, o credor lesado terá o direito de promover ação judicial para *anulação dos atos de incorporação, cisão ou fusão* até 90 dias da publicação dos mesmos.

Em caso de falência, à Justiça do Trabalho compete tão-somente tornar líquido o crédito trabalhista:

"Falência do empregador. Inaplicável a teoria da despersonalização jurídica. Habilitação do crédito exeqüendo junto ao Juízo Universal. Superprivilégio do crédito trabalhista.

Encerradas as atividades do empregador mediante processo de falência, todos os seus bens são apurados e compõem o denominado Juízo Universal, onde todos os credores, sem exceção, devem habilitar seus créditos. Tal situação ocorre também com o crédito trabalhista que, por disposições legais, inclusive do próprio artigo 102, da Lei de Falências, possui superprivilégio, devendo ser satisfeito antes de qualquer outro. Encontrando-se o empregador nestas condições, incabível a execução direta do crédito trabalhista na pessoa dos sócios, pois regular o processo pelo qual a empresa foi extinta, não havendo espaço para a teoria da despersonalização da pessoa jurídica. (TRT-SP-AP 1340320029022004 — Ac.3ª T. 20020496197 — Rel.: Juíza Mércia Tomazinho)", Revista Gênesis, n. 121, p. 143, janeiro de 2003.

Mesmo na hipótese de responsabilidade limitada da sociedade cooperativa, sempre que os sócios agirem com culpa ou dolo ficarão submetidos à regra geral da responsabilidade civil.

IX. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Quando um ou mais sócios de uma empresa se utilizam indevidamente da pessoa jurídica para fins contrários àqueles para os quais foi criada,

"A autonomia patrimonial, ou seja, a dualidade de personalidade jurídica da sociedade mercantil e de seu sócio tem sido por demais explorada para ensejar fraudes ou abuso de direito. Muitos espertalhões encontram na autonomia patrimonial um esquema para enriquecer, isentando-se das sanções que normalmente adota a lei para atos fraudulentos. Constituem então uma sociedade e esta pratica uma série de falcatruas, responsabilizando-se por seus atos. Enquanto isso, os sócios que dirigem essa sociedade saem ilesos das responsabilidades, auferindo as vantagens dos atos sociais." (cf. Sebastião José Roque, no artigo de Amador Paes de Almeida, "A despersonalização da empresa e seus reflexos nas garantias dos direitos do trabalhador, *in A transição do direito do trabalho no Brasil: estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad*, p. 224).

Nesse caso, adotando orientação preconizada por *Rolf Serick*, um dos grandes precursores da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), o Direito brasileiro afasta o princípio da distinção entre sociedade e sócio(s) para responsabilizar os últimos por eventuais danos causados a terceiros:

"Se se abusa da forma da pessoa jurídica, o juiz pode, a fim de impedir que se alcance o objetivo ilícito perseguido, não respeitar a forma, afastando-se, por conseguinte, do princípio que estabelece a distinção entre o sócio e a pessoa jurídica." (Amador Paes de Almeida, ob. cit., p. 224).

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, analisando as hipóteses de aplicação da *Disregard Doctrine*, assevera:

"A Disregard Doctrine decorre, na realidade de um desvio de função da pessoa jurídica. A pessoa jurídica distinta dos seus membros foi idéia ditada pelo legislador para produzir determinados efeitos jurídicos, a respeito dos casos por ele previstos. Assim, não se deve aplicar tal norma sempre que, em um caso singular, sejam produzidos efeitos divergentes das valorações que a inspiraram, ou das que inspiram o ordenamento jurídico como um todo. Desconsidera-se, então, a personalidade jurídica." (*A desconsideração e os grupos de empresas em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros*, p. 198).

Para melhor compreensão dessa teoria, vale assinalar o ensinamento de Rubens Requião, no sentido de que

"... a disregard doctrine não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É o caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo todavia, a mesma, incólume para seus outros fins legítimos." (*Aspectos modernos do direito comercial*, p. 71)

O novo Código Civil adotou expressamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no seu art. 50, ao dispor:

"Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas."

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.90) prescreve em seu art. 28:

"O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos

estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

Ainda que venha sendo considerado como a primeira referência de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor não foi, na verdade, o primeiro texto legislativo a acolher essa teoria.

Algumas décadas antes, a Consolidação das Leis do Trabalho, ao conceituar o grupo econômico, já se ocupara dessa teoria quando, para proteger os direitos do empregado, absorve a personalidade jurídica de uma ou mais empresas para considerar o grupo como empregador único, até porque os riscos da atividade econômica são exclusivamente do empregador. Dispõe 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."

Discorrendo sobre o critério orientador para aplicação da *disregard doctrine* ao grupo econômico, observa *Suzy Elizabeth Cavalcante Koury:*

"A noção de controle, aliada à existência de um interesse comum entre as empresas agrupadas, é o critério orientador básico para a aplicação da Disregard Doctrine aos grupos de empresas (...) a consistência da anterior conclusão fundamenta-se nos critérios mais comumente utilizados na determinação do interesse comum entre as empresas agrupadas, que são: a existência de uma política de grupo, a subcapitalização, a confusão aparente de personalidades ou de esferas de atividades e a confusão de patrimônios" (ob. cit., p. 199-200).

Ao assinalar a importância da aplicação da teoria da desconsideração ao grupo econômico, a mesma autora observa:

"quebrando o tabu da intocabilidade da personalidade jurídica sem, em nenhum momento, negar a sua existência e a sua relevância, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica alcança grande destaque no âmbito do grupo de empresas (...) a noção de controle, aliada à existência de um interesse comum entre as empresas agrupadas, é o critério orientador básico para a aplicação da Disregard Doctrine aos grupos de empresas"(ob. cit., p. 197).

A Justiça Especializada do Trabalho tem aplicado com freqüência a teoria da desconsideração, da qual são exemplos as seguintes ementas:

"Desconsideração da personalidade jurídica. Penhora sobre bens particulares do sócio majoritário. Em face da inexistência de bens da pessoa jurídica e diante do inadimplemento de suas obrigações trabalhistas, impõe-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para se atingir os bens particulares dos sócios." Ac. 3ª T. 6787/95. Proc. TRT/SC/AG-PET 3725/95. Unânime. Rel.: Juiz Nilton Rogério Neves. Publ. 14.0995. (Pela Internet: http://www.trt12.gov.br/revistas/penhora.htm).

"Execução trabalhista. Responsabilidade objetiva dos sócios. Despersonalização do empregador. 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 obstar o locupletamento indevido do trabalho alheio. É facultado ao Juiz, nesse caso, adotar a teoria da despersonalização do empregador, insculpida no caput do art. 2º da CLT, de modo que o crédito trabalhista persegue o patrimônio para onde quer que vá, como um direito de seqüela. Se o patrimônio da empresa desaparecer, pouco importando a causa, os sócios, diretores e dirigentes respondem com seus patrimônios particulares." (TRT/SP, Processo n. 029603117006, Ac. n. 02970004580, 8ª T., DOJ 16.1.97).

Nesse sentido, a legislação e a jurisprudência trabalhista foram pioneiras, até porque a Justiça Comum, somente muito tempo depois, adotou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, valendo citar alguns julgados, o primeiro deles do Tribunal de Justiça de São Paulo, considerado marco na aplicação dessa teoria:

"A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu a entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do Juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito." (RT n. 238, p. 394).

"Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. (...) a Doutrina do superamento da personalidade jurídica tem por escopo impedir a consumação de abusos e fraudes. (2º TACIVIL — 8ª Câm.; Ag. de Instr. N. 505.963-0/0 — Mogi-Guaçu; Rel. Renzo Leonardi; j. 18.09.1997)", AASP, Ementário, 2037/93e.

"Teoria de desconsideração da personalidade jurídica — Extinção irregular da sociedade — Responsabilidade dos sócios. Execução — Penhora — Sociedade — Bens pessoais do sócio — Teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Ante a extinção irregular da sociedade, que restou sem patrimônio para fazer face aos débitos pen-

dentes, respondem os bens particulares dos sócios, desconsiderando-se, para esse efeito, a personalidade jurídica da devedora." (2º TACIVIL — Ap. s/Ver. 502.922 — 6ª Câm. — Rel. Juiz Paulo Hungria — j. 03.12.1997). AASP, Ementário, 2052/3.

"Teoria de desconsideração da personalidade jurídica — Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica quando os sócios tenham se valido da sociedade para se isentarem da responsabilidade pelo pagamento das obrigações decorrentes dos negócios que os beneficiaram direta e pessoalmente" (2º TACIVIL — 2ª T; Ap.c/Rev. N. 436.097-0/00 — São Paulo; Rel. Juiz Laerte Sampaio; j. 27.06.95). AASP, Ementário, 2031/83-e).

X. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas essas breves considerações sobre o tema de que fui incumbido, vale lembrar a feliz expressão do Prof. Miguel Reale, no sentido de que o novo Código Civil, como *"a constituição do homem comum"*, espraia os conceitos fundamentais da teoria geral das obrigações, capacidade das pessoas, nulidades, vícios do consentimento, interpretação e aplicação da lei ao Direito do Trabalho.

Na medida do tempo, o fenômeno conhecido como *recivilização* do Direito do Trabalho deve propiciar entrelaçamento ainda mais profundo entre esses dois ramos da Ciência Jurídica.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Amador Paes de, "A despersonalização da empresa e seus reflexos nas garantias dos direitos do trabalhador, *in* Nascimento, *Amauri Mascaro* (coord.), "A transição do direito do trabalho no Brasil: estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad"), São Paulo, LTr, p. 211-26).

Beltran, Ari Possidonio, "O novo Código e a responsabilidade civil do empregador", *Revista LTr*, v.67, n. 1, p. 56-61, janeiro de 2003.

Bulgarelli, Waldírio. "As Sociedades Cooperativas perante o Direito" (trabalho apresentado em curso de Especialização na Faculdade de Direito da USP).

Campinho, Sérgio. "O direito de empresa à luz do novo Código Civil". Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

Castro, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de, "O novo Código Civil e o contrato de trabalho sob lições de Orlando Gomes", Revista LTr, v.66, n. 6, p. 693-6, junho de 2002.

Garcia Gustavo Filipe Barbosa, "Responsabilidade civil do empregador e o novo Código Civil", *Genesis*, n. 121, p. 66-73, janeiro de 2003.

Gomes, Orlando & Gottschalk, Élson. "Curso de direito do trabalho. 1ª ed., 1ª tiragem. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

Gomes, Orlando. "Contratos", 18ª, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 42).

_____ . "Direito do trabalho: estudos". São Paulo, LTr, 1979.

_____ . "Introdução ao Direito Civil", 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

Gonçalves, Oksandro, "A desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, no Direito Tributário e no Direito Comercial", *in Revista Gênesis,* n. 122, p. 242-62, fevereiro de 2003.

Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração e os grupos de empresas em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

Lima, Francisco Meton Marques de, "Os valores que informam o novo Código Civil", *Revista LTr,* v. 66, n. 11, p. 1310-9, novembro de 2002.

Mallet, Estêvão, "O novo Código Civil e o direito do trabalho", *Revista da Amatra II,* p. 22-8, janeiro de 2003.

Martins, Sérgio Pinto, "Responsabilidade dos sócios na Justiça do Trabalho", *Repertório de Jurisprudência IOB,* 2ª quinzena de janeiro de 2003, n. 2/2003, v. II, p. 46-50.

Meirelles, Edilton. "O novo Código Civil e o direito do trabalho". São Paulo : LTr, 2002.

_____ , "Responsabilidade civil-trabalhista do empregado (no novo Código Civil)", *Revista Gênesis,* n. 119, p. 665-70, novembro de 2002.

Monteiro, Washington de Barros. "Curso de direito civil: parte geral". São Paulo : Saraiva, 1958.

Pereira, Caio Mário da Silva. "Instituições de direito civil". 19ª ed. revista e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2000. v. 1.

Reale, Miguel. "O projeto do novo Código Civil". 2ª ed. São Paulo : Saraiva, p. 10.

Requião, Rubens. "Aspectos modernos do direito comercial". São Paulo : Saraiva, 1977.

Silva Neto, Manoel Jorge e, "A responsabilidade civil por dano moral difuso e coletivo na Justiça do Trabalho", *Revista de Direito do Trabalho,* n. 103, p. 109-125, julho-setembro de 2001.

Soares, José Carlos Tinoco, "Novo Código Civil — Pessoas jurídicas, empresário, sociedade, estabelecimento, nome comercial e/ou nome empresarial, perdas e danos e prescrição", *Revista dos Tribunais,* v. 798, p. 11-22, abril de 2002.

Sousa, Gerusa Nunes de, "A limitação da responsabilidade dos sócios frente ao princípio da alteridade no direito do trabalho", *Genesis*, n. 116, p. 210-7, agosto de 2002.

Wald, "Um novo direito para a economia: evolução dos contratos e o Código Civil", *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, p. 51, jul.-ago. 2001.

JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA: *ESTADOS UNIDOS COMO PARTE*

MARIA CRISTINA MATTIOLI[1]

1. ESTADOS UNIDOS COMO AUTOR

A competência das Cortes Federais Americanas para conhecer das ações em que os Estados Unidos funciona como parte autora, está fixada pelo Art. III, Seção 2 da Constituição Federal e também pela Seção 1345 do Título 28 das Regras Federais de Processo Civil ("Federal Rules of Civil Procedure"), sendo que este último dispositivo assim estabelece: "*district courts shall have jurisdiction, except as otherwise provides, in all civil actions, suits or proceedings commenced by the United States, or by any agency or officer thereof expressly authorized to sue by Act of Congress*". Este estatuto também tem sido interpretado como aplicável a reclamações de terceiros pelos Estados Unidos de acordo com a Regra de n. 14. A Seção 1346(c) do mesmo Título 28, trata da competência das varas federais sobre compensações, reconvenções ou outras reclamações interpostas pelos Estados Unidos em face do autor, quando o governo é réu. Não há qualquer restrição de competência relativamente ao valor em controvérsia quando os Estados Unidos é o autor.

Embora outras disposições especiais sobre competência possam conferir jurisdição para as Varas Federais sobre ações trazidas pelos Estados Unidos, o governo não precisa de autorização estatutória específica para uma ação em particular, na medida em que a competência genérica já está estabelecida pela Seção 1345. Ainda, desde que a competência originária da Suprema Corte para julgar controvérsias entre os Estados Unidos e um Estado da Federação não é exclusiva, uma Vara Federal também pode ter jurisdição sobre a matéria, de acordo com a Seção 1345[2].

---

(1) Juíza Titular da 4ª Vara do Trabalho de Bauru. Professora-Pesquisadora do Centro de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade do Sagrado Coração. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Doutora em Direito pela PUC-SP. Pós-Doutora pela Universidade de Harvard e Pós-Doutoranda pela London School of Economics and Political Sciences.

(2) "*Suits by the United States against States, until recently rare, are now not uncommon, and must inevitably increase with the broader activities of both the national government and the governments of the States. Common sense dictates that those suits which involve routine, largely*

A competência material das Varas Federais sobre ações trazidas pelos Estados Unidos, geralmente, é concorrente com a competência das Varas Estaduais. Claro que uma ação iniciada numa corte estadual pode ser removida pelo réu não-residente para uma corte federal. Alguns poucos dispositivos legais excepcionam a regra da competência concorrente das cortes estaduais, mas apenas no contexto no qual o Congresso assegurou competência exclusiva para as cortes federais[3].

Interessante observar que o litigante mais assíduo nas cortes federais nos Estados Unidos é o próprio Estados Unidos. Isto não é surpresa, na medida em que não há obstáculos em questão de competência material nas ações trazidas pelo governo dos Estados Unidos. Durante o ano fiscal de 1993, 228.162 ações foram protocadas nas Varas Federais. Os Estados Unidos foram autor em 27.666 e réu em 29.666. Em 1983, o número total de ações foi 255.546, sendo os Estados Unidos autor em 62.843 e réu em 44.536.

2. OS ESTADOS UNIDOS COMO RÉU

O principal problema em determinar se existe competência material para uma Vara Federal apreciar uma ação trazida contra os Estados Unidos, é decidir se a ação está obstada pela tradicional doutrina da *imunidade de soberania* (*sovereign immunity*)[4]. Está bem sedimentado, atualmente, através de inúmeros precedentes — embora por mais de um século a regra tenha sido estabelecida apenas *in dicta* — que os Estados Unidos não podem ser acionados sem o seu consentimento. O governo será entendido como tendo consentido em ser acionado somente se o texto legal contiver, inequivocadamente, clara disposição de dispensa desta imunidade (*waiver of sovereign immunity*). A regra que exige expresso consentimento dos Estados Unidos aplica-se não só para matéria genérica objeto da ação,

---

factual disputes be litigated in the district courts, and that the jurisdiction of the Supreme Court be invoked initially only in those rare cases which present large issues". Decidido em U.S. v. Califórnia, C.A. 9th, 1964, 328 F.2d 729, 739 (Browning, J.), certiorari denied 85 C.Ct. 34, 379 U.S. 817, 13 L.Ed. 2d 29.

(3) A Seção 1345 confere competência material para as Varas Federais, "*except as otherwise provided by Act of Congress*". Consequentemente, esta provisão estabelece uma regra geral para a qual existem exceções estatutórias. Porém, estas exceções devem ser esclarecidas antes que a Vara Federal negue competência de acordo com a Seção 1345. Por exemplo, embora o procedimento a ser seguido pelos Estados Unidos em caso de greve dos servidores públicos federais esteja estabelecido pelo Título VII do Ato de Serviços Civis de 1978, reformado (Civil Service Reform Act), o qual confere competência para a Autoridade Administrativa (*Federal Labor Relations Authority*), estas disposições não têm sido interpretadas como obstáculo à competência concorrente das cortes federais. Mas, quando a matéria foi decidida pela autoridade administrativa, os procedimentos para executar ou rever a decisão, tem que ser trazido para as Cortes de Apelação e não para as Varas Federais (U.S.C.A. § 7123(a) estabelece o procedimento para recurso nas Cortes de Apelação das decisões proferidas pelo Federal Labor Rations Authority).

(4) *Sovereign immunity is a jurisdictional bar that operates when a suit threatens to impose upon the United States liability for money or property damages or some form of coercive injunctive relief. Not every proceeding that possibly might affect a government interest implicates sovereign immunity.*

mas também em relação a itens específicos relacionados com ressarcimentos monetários, particularmente, recebimento de honorários advocatícios e juros contra o governo[5].

Se o Congresso promulgou legislação consentindo com a propositura de uma ação em particular, contra o governo, ele deve definir os termos e condições sob os quais ele permite que os Estados Unidos seja acionado. A regra geral, há muito tempo firmada, é no sentido de que o consentimento do governo em ser acionado deve ser estritamente interpretado de acordo com os precisos termos do estatuto que dispensa a imunidade. Esta forma de interpretação estrita tem sido aplicada em inúmeros contextos[6]. Assim, por exemplo, uma ação contra o governo, só pode ser trazida perante a corte designada no estatuto que permite o consentimento e dentro do prazo prescricional estabelecido pelo estatuto aplicável, o que significa que o estatuto de defesa limitada não pode ser dispensado pelos Estados Unidos e sua aplicação será apreciada segundo regras federais e não estaduais.

A doutrina da *sovereign immunity* pode ser traçada no conceito inglês de que o rei ou a rainha, como último recurso de autoridade, não poderia errar e não poderia ser perturbado no uso de seus poderes soberanos[7]. Esta explicação histórica, por si só, não fornece adequada explicação para a contínua vitalidade da doutrina, na medida em que a noção de uma prerrogativa real ou exceção parece ser inconsistente com o princípio democrático da soberania popular vigente nos Estados Unidos. Assim, ao contrário da noção inglesa de prerrogativa real e poder, a doutrina da imunidade tem sido aplicada nos Estados Unidos tendo como base o princípio de que os litígios não podem ser responsáveis por parar ou diminuir as ativida-

---

(5) Recebimento de juros após a sentença, contra o governo, está regulamentado pelo 31 U.S.C.A. § 1304, que estabelece seu cabimento *"only from the date of filling of the transcript of the judgment with the Secretary of the Treasury through the day before the date of the mandate of affirmance"* 31 U.S.C.A. 1304(b) (1) (A).

(6) 1. *The plaintiff who seeks to sue the government must comply with the terms of the government's consent, including time limitations.* First Alabama Bank, N.A. v. U.S., D.C.Ala.1991, 768 F.Supp. 1522, 1524, affirmed C.A.11th, 1993, 981 F.2d 1226. 2. *Strict compliance with the precise terms of a congressional waiver of sovereign immunity is a jurisdictional requirement for the court to entertain a suit against a federal agency.* Calderon v. U.S. Department of Agriculture, D.C.N.J.1990, 756 F.Supp. 181, 183. 3. *In order to bring suit for the return of taxes, the plaintiff first must pay full assessment.* U.S. v. Barretto, D.C.N.Y. 1989, 708 F.Supp.577. 4. *A waiver of the government's sovereign immunity cannot be implied, but must be unequivocally expressed.* Cato v. U.S., C.A.9th, 1995, 70 F.3d 1103.

(7) *"Notwithstanding the progress which has been made since the days of the Stuarts in stripping the crown of its powers and prerogatives, it remains true today that the monarch is looked upon with too much reverence to be subjected to the demands of the law as ordinary persons are, and the king-loving nation would be shocked at the spectacle of their queen being turned out of her pleasure garden by a writ of ejectment against the gardener. The crown remains the fountain of honor, and the surroundings which give dignity and majesty to its possessor are cherished and enforced all the more strictly because of the loss of real power in the government. It is not to be expected, therefore, that the courts will permit their process to disturb the possession of the crown by acting on its officers or agents". U.S. v. Lee, 1882, 1 S.Ct. 240, 250-251, 106 U.S. 196, 208, 27 L.Ed. 171 (Miller, J.).*

des oficiais que são essenciais para governar a nação. Por vários anos, a defesa da doutrina da imunidade parece ter sido apreciada pelos juízes como um "desfavor". Durante este período, um grande número de Varas Federais pareceu ver as dispensas legais da imunidade pelo Congresso deliberamente. Porém, esta tendência tem sido revista.

Uma ilustração do movimento que apregoa um tratamento liberal das dispensas de imunidade envolve a questão se a vara federal também possui competência sobre reconvenções ou compensações contra o governo, assentadas numa ação que foi instituída pelos Estados Unidos. A matéria é regulada pela Subdivisão (d) da Regra Civil 13, que regula a reconvenção. A regra vigente é que, ao iniciar uma ação, os Estados Unidos consente com a competência fixada pela Vara para analisar qualquer peça de defesa, incluindo o direito de compensação, na medida da reclamação do governo ou de uma reclamação que possa surgir da mesma transação, porém, ele não consente com um julgamento afirmativo em reconvenção que não tenha sido feito de acordo com a regra contida no estatuto, de dispensa da imunidade. Em relação a este último ponto, tem-se decidido que, se o governo consentiu em acionar com relação a uma reclamação específica, por exemplo, em relação a contratos de acordo com o *Tucker Act*, porém, não existe autorização específica no estatuto para assegurar a ação como uma reconvenção, a imunidade do governo não foi dispensada neste contexto.

Casos mais recentes, contudo, têm construído uma outra interpretação, de tal forma que a dispensa de imunidade possa ser aplicada em casos de reconvenções, assim como na intervenção de terceiros, mas somente na medida em que elas seriam permitidas se fossem trazidas como ações originárias. A regra parece bastante razoável e pode autorizar a conclusão no sentido de que, em tempos recentes, o pêndulo tem pesado mais em favor da execução da imunidade de soberania. De fato, a Suprema Corte tem validado esta tendência construindo um claro entendimento ao determinar se os Estados Unidos tem consentido em ser acionado. De acordo com a mais alta Corte, exceto se um estatuto expressa e inequivocamente dispensar a imunidade de soberania no seu bojo, os Estados Unidos não deu o seu consentimento para uma ação trazida contra o governo federal. O ônus de direcionar a corte para este entendimento para tal explícita dispensa, está baseado na ação trazida pela parte. Nem o objetivo da lei e nem a história legislativa é relevante para a investigação da imunidade de soberania. A Ministra O'Connor fixou a regra em decisão de 1996, como se observa da passagem de seu voto:

> *"A waiver of the Federal Government's sovereign immunity must be unequivocally expressed in statutory text. Moreover, a waiver of the Government's sovereign immunity will be strictly construed, in terms of its scope, in favor of the sovereign. To sustain a claim that the*

Government is liable for awards of monetary damages, the waiver of sovereign immunity must extend unambiguously to such monetary claims. A statute's legislative history cannot supply a waiver that does not appear clearly in any statutory text; the unequivocal expression of elimination of sovereign immunity that we insist upon is an expression in the statutory text"[8].

A tendência atual em favor de aplicar o princípio da imunidade de soberania comporta exceções que permitem uma leitura em favor do consentimento[9]. Teoricamente, não deveria existir dificuldade jurisdicional em acionar o governo nas cortes federais se os Estados Unidos têm consentido em ser acionado, na medida em que ações contra o governo federal parecem estar dentro da definição de "*Controversies to which the United States shall be a Party*", contida no Artigo III da Constituição. Esta interpretação literal foi rejeitada em 1933, em Williams v. U.S., entendendo que esta competência só se aplica quando os Estados Unidos forem parte autora. Em Glidden Company v. Zdanok, em 1962, a Suprema Corte afastou este entendimento, enquadrando as ações trazidas contra os Estados Unidos também no dispositivo constitucional retro. De qualquer forma, a questão não foi totalmente revertida e, neste sentido, parece claro que, se houver um estatuto específico, garantindo poder judicial federal para apreciar ação contra os Estados Unidos, as cortes federais devem aceitar a competência material com fundamento de que a ação tem suporte em lei federal.

As exceções legais a esta imunidade mais conhecidas são: o *Tucker Act*[10] (28 U.S.C.A. § 1346(a)(2)), promulgado em 1887 e o Federal *Tort Claims Act*[11], de 1946 (28.U.S.C.A. § 1346(b)).

---

(8) Lane v. Pena, 1996, 116 S.Ct. 2092, 518 U.S. 187, 135 L.Ed.2d 486.

(9) Como nos seguintes casos: Refund Actions – *A taxpayer under 28 U.S.C.A. § 1346 includes a person who, though not assessed the tax, paid it under protest to remove a federal tax lien from her property.* U.S. v. Williams, 1995, 115 S.Ct. 1611, 514 U.S. 527, 131 L.Ed.2d 608; Suits in Admiralty Act – *The more liberal provisions of Federal Rule 4 supercede the Suits in Admiralty Act's requirement of "forthwith" service of process. The Suits in Admiralty Act waives the government's sovereign immunity for monetary claims arising from injuries aboard vessels owned by the United States.* 46 U.S.C.A. § 741 et seq. Henderson v. U.S., 1996, 116 S.Ct. 1638, 517 U.S. 654, 134 L.Ed.2d 880.

(10) Esta lei, modificada em 1984, confere competência às varas federais, concorrente com a *Court of Federal Claims*, sobre ações para recuperar taxas, salários ou compensações para serviços oficiais de oficiais ou empregados dos Estados Unidos. Esta lei garante ação exclusiva com base em contratos contra os Estados Unidos.

(11) O estatuto em questão autoriza a aceitação de responsabilidade do Governo Federal pela negligência de seus empregados, agindo dentro de seus deveres legais, ou a responsabilidade decorrentes da atividade de suas entidades federais ou outras agências, atuando na delegação de suas funções. No entanto, a responsabilidade só será imposta ao governo quando um particular poderia ser responsável perante o autor diante da mesma circunstância e extensão.

Muito embora ainda prevaleça a regra da imunidade, pode-se sustentar que esta doutrina viola o direito de peticionar perante a Justiça contra comportamento do governo. Neste sentido, a invocação do *First Amendment* da Constituição Americana funcionaria como um antídoto a esta doutrina[12]. E, desta forma, esta teria sido a intenção de *James Madison:* garantir o direito do cidadão de peticionar contra os Estados Unidos, perante o Poder Judiciário[13].

(1) Este argumento é claramente expressado por James E. Pfander, que assim argui: "*I contend that the clause's affirmation of government suability operates as a constitutional antidote to the familiar doctrine of sovereign immunity, which nowadays purports to prohibit the federal courts from entertaining claims against the United States government in the absence of a legislative waiver ofimmunity that meets a fairly demanding clear-statement requirement.*" Sovereign Immunity and the Right to Petition: Toward a First Amendment Right to Pursue Judicial Claims Against the Government. Northwestern University Law Review. Spring, 1997.(13) Para ampla referência e material sobre o assunto, consultar Wright, Miller, Cooper. Federal Practice and Procedure. Jurisdiction and Related Matters. Vol. 14 e 14(A). St. Paul: West Group, 1998.

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E RELAÇÃO DE TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988(*)

MARCO ANTÔNIO RIBEIRO TURA(**)

1. O problema da imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo, quando envolvidas em conflitos derivados de relações de trabalho, tem sido enfrentado há tempos pelo Poder Judiciário brasileiro. As posições variaram, com o passar dos anos. Sinteticamente, pode-se traçar três momentos bem marcados nesse desenvolvimento da jurisprudência, tendo em vista as dimensões mais destacadas da tutela jurisdicional: a cognição e a execução. Em um primeiro momento, anterior à Constituição de 1988, a jurisprudência afirma a imunidade absoluta das pessoas jurídicas de direito público externo, seja para os processos de cognição, seja para os processos de execução. Em um segundo momento, logo após a promulgação da Constituição de 1988 e até muito recentemente, a jurisprudência começa a negar a imunidade absoluta das pessoas jurídicas de direito público externo quanto aos processos de cognição, mas afirma, ainda, a imunidade absoluta quanto aos processos de execução. Em um terceiro momento, em que estamos a viver, a jurisprudência se lança na negação da imunidade absoluta, seja para os processos de cognição, seja para os processos de execução.

2. Antes da promulgação da Constituição vigente, em 5 de Outubro de 1988, os juízes e tribunais trabalhistas e federais durante bom tempo debateram de quem seria a competência para conhecer causas de nature-

---

(*) Trabalho apresentado à Cadeira da Direito das Organizações Internacionais do Programa de Doutorado em Direito Internacional e da Integração Econômica da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a regência do Professor Doutor Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello, Professor Titular de Direito Internacional Público.

(**) Professor Efetivo dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutorando em Direito Internacional e da Integração Econômica na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Presidente da Associação Americana de Juristas no Estado de São Paulo. Membro Titular da Comissão Permanente de Direito Comunitário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Titular da Comissão Especial para a Reforma do Poder Judiciário da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de São Paulo.

za trabalhista envolvendo pessoas jurídicas de direito público externo. Fixada a competência dos juízes federais, por força de súmula do antigo Tribunal Federal de Recursos (Súmula n. 83, do Tribunal Federal de Recursos, de 10 de Junho de 1981, publicada no Diário da Justiça de 17 de Junho de 1981), a segunda questão debatida foi a do alcance da jurisdição brasileira. Dominava o entendimento de que a imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo, notadamente dos Estados estrangeiros, era absoluta e alcançava tanto os processos de cognição quanto os processos de execução.

3. Uma rápida e superficial pesquisa nos bancos de dados eletrônicos dos tribunais brasileiros apontou situações interessantes. Até 1994, no Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região ainda era possível encontrar decisões favoráveis à imunidade absoluta (cognição e execução).[1] Já no Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região as decisões são francamente contrárias à imunidade de jurisdição, chegando, até, a negar a imunidade de jurisdição executiva.[2] A tendência, no Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, é a negativa da imunidade de jurisdição cognitiva em sendo fundado a relação de que se origina o conflito em atos de gestão.[3] No mesmo sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, cujo acórdão paradigmático é de 1998.[4] Domina, no Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, a posição contrária à imunidade de jurisdição (cognitiva e executiva). Entretanto, essa posição se modifica, completamente, em havendo acordo expresso da pessoa jurídica de direito público externo

---

(1) Paradigmáticos são os seguintes acórdãos: Recurso Ordinário 4020/79, de 9 de Julho de 1980 (Primeira Turma; Juiz-Relator: Walther Torres); Mandado de Segurança 25/84, de 13 de Setembro de 1984 (Segundo Grupo de Turmas; Juiz-Relator: Rubens Gonçalves Moreira Leite); Recurso Ordinário 5492/84, de 21 de Novembro de 1984 (Quarta Turma; Juiz-Relator: Rubens Gonçalves Moreira Leite); Agravo Regimental 73/85, de 13 de Março de 1986 (Primeiro Grupo de Turmas; Juiz-Relator: Celso Lanna); Recurso Ordinário 1757/91, de 12 de Janeiro de 1994 (Oitava Turma; Juíza-Relatora: Amélia Valadão Lopes). Os quatros primeiros acórdãos são francamente favoráveis à imunidade de jurisdição (cognição e execução) para as pessoas jurídicas de direito público externo. O último, entretanto, é mais sutil. Na verdade, o acórdão afastou, no caso, a imunidade sob a alegação de que a contratação do empregado foi feita por conta do representante do Estado estrangeiro e não por conta deste. Isso leva a crer, portanto, que feita a contratação pelo Estado estrangeiro, diretamente, por sua conta, a imunidade seria mantida.

(2) A respeito, ver: Mandado de Segurança 3/2001 (2002.005867), de 2 de Abril de 2002 (Seção de Dissídios Individuais; Juiz-Relator: Plínio Bolívar de Almeida); Recurso Ordinário 1/2001 (2002.0268135), de 23 de Abril de 2002 (Sexta Turma; Juíza-Relatora: Maria Aparecida Duenhas); Recurso Ordinário 1/2001 (2002.0469165), de 16 de Julho de 2002 (Sexta Turma; Juiz-Relator: Roberto Barros da Silva). Este último acórdão afasta a imunidade até mesmo para os processos de execução, desde que a relação de onde se origina o conflito tenha por fundamento atos de gestão, em vez de atos de império.

(3) A respeito, ver: Mandado de Segurança 03604.000/99-8, de 1 de Outubro de 1999 (Primeira Seção de Dissídios Individuais; Juiz-Relator: João Antônio Longoni Klee); Recurso Ordinário 01801.801/95-9, de 27 de Abril de 2000 (Sexta Turma; Juiz-Relator: João Alfredo Borges Antunes de Miranda); Recurso Ordinário 01802.801/95-2, de 3 de Agosto de 2000 (Primeira Turma; Juíza-Relatora: Rejane Souza Pedra).

(4) Trata-se da decisão proferida nos autos do Agravo de Petição 1830/98, de 17 de Novembro de 1999 (Terceira Turma; Juíza-Relatora: Zeneide Gomes da Costa), favorável tão-somente à imunidade de jurisdição executiva.

com o Estado brasileiro.[5] As decisões, no Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, são contrárias à imunidade de jurisdição em processos de cognição.[6]

4. Nos tribunais superiores as situações encontradas são muito expressivas dessa transformação. No Tribunal Superior do Trabalho, as decisões levantadas, ao menos até 1984, reconheciam, implícita ou explicitamente, a imunidade de jurisdição.[7] De 1992 em diante, as decisões são no sentido de negar a imunidade de jurisdição cognitiva.[8] Soterrando a jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos, que veio a suceder, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de fixar a competência dos juízes e tribunais trabalhistas e em favor da jurisdição brasileira sobre as pessoas jurídicas de direito público externo que estejam envolvidas em conflitos derivados de relações fundadas em matéria trabalhis-

---

(5) A respeito, ver: Recurso Ordinário 463/2002, de 20 de Setembro de 2002 (Tribunal Pleno; Juiz-Relator: João Luís Rocha Sampaio); Recurso Ordinário 1285/2002, de 18 de Outubro de 2002 (Segunda Turma; Juiz-Relator: José Ribamar O. Lima Júnior).

(6) Ver, sobre: Recurso Ordinário 17024/99 (9339/2001), de 19 de Março de 2001 (Quinta Turma; Juíza-Relatora: Eliana Felippe Toledo); Recurso Ordinário 27528/95 (23943/1997), de 1 de Dezembro de 1999 (Terceira Turma; Juiz-Relator: Luiz Carlos de Araújo).

(7) A respeito, ver: Recurso de Revista 5072/81 (4055), de 3 de Novembro de 1982 (Primeira Turma; Ministro-Relator: Coqueijo Costa), publicado no Diário da Justiça de 4 de Março de 1983; Recurso de Revista 3263/82 (1706), de 20 de Junho de 1983 (Primeira Turma; Ministro-Relator: Coqueijo Costa), publicado no Diário da Justiça de 5 de Agosto de 1983; Recurso de Revista 2061/84 (4858), 18 de Dezembro de 1984 (Segunda Turma; Ministro-Relator: Nélson Tapajós), publicado no Diário da Justiça de 1 de Março de 1985.

(8) Ver, a respeito: Recurso de Revista 1698/85 (3803), de 30 de Novembro de 1992 (Primeira Turma; Ministro-Relator: Fernando Vilar), publicado no Diário da Justiça de 5 de Fevereiro de 1993; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 98595/93 (4406), de 24 de Outubro de 1994 (Seção de Dissídios Individuais; Ministro-Relator: Ney Doyle), publicado no Diário da Justiça de 3 de Fevereiro de 1995; Recurso de Revista 106450/94 (887), de 23 de Fevereiro de 1995 (Quarta Turma; Ministro-Relator: Almir Pazzianotto Pinto), publicado no Diário da Justiça de 31 de Março de 1995; Recurso de Revista 107679/94 (3089), de 26 de Junho de 1995 (Primeira Turma; Ministro-Relator: Indalécio Gomes Neto), publicado no Diário da Justiça de 18 de Agosto de 1995; Embargos em Recurso de Revista 1698/85 (1257), de 26 de Março de 1996 (Seção de Dissídios Individuais; Ministro-Relator: Vantuil Abdala), publicado no Diário da Justiça de 3 de Maio de 1996; Recurso de Revista 167741/95 (12577), de 3 de Dezembro de 1997 (Primeira Turma; Ministro-Relator: Lourenço Prado), publicado no Diário da Justiça de 3 de Abril de 1998; Recurso de Revista 182987/95 (182987), de 25 de Março de 1998 (Segunda Turma; Ministro-Relator: Valdir Righetto), publicado no Diário da Justiça de 15 de Maio de 1998; Recurso de Revista 189280/95 (189280), de 26 de Agosto de 1998 (Segunda Turma; Ministro-Relator: Moacyr Roberto Tesch Auersvald), publicado no Diário da Justiça de 9 de Outubro de 1998; Agravo Regimento em Embargos em Recurso de Revista 167741/95 (167741), de 8 de Fevereiro de 1999 (Subseção de Dissídios Individuais I; Ministro-Relator: Almir Pazzianotto Pinto), publicado no Diário da Justiça de 19 de Fevereiro de 1999; Embargos em Recurso de Revista 189280/95, de 2 de Maio de 2000 (Subseção de Dissídios Individuais I; Ministro-Relator: José Luiz Vasconcellos), publicado no Diário da Justiça de 4 de Agosto de 2000; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 553480/99, de 2 de Março de 2001 (Subseção de Dissídios Individuais II; Ministro-Relator: José Luciano de Castilho Pereira), publicado no Diário da Justiça de 4 de Maio de 2001; Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 649528/2000, de 28 de Março de 2001 (Quinta Turma; Juiz-Convocado-Relator: Walmir Oliveira da Costa), publicado no Diário da Justiça de 20 de Abril de 2001; Recurso Ordinário em Ação Rescisória 771910/2001, de 5 de Fevereiro de 2002 (Subseção de Dissídios Individuais II; Ministro-Relator: Ives Gandra Martins Filho), publicado no Diário da Justiça de 15 de Março de 2002.

ta.[9] No Supremo Tribunal Federal, a questão foi pacificada quando, em 30 de Abril de 2002, os Ministros da Segunda Turma proferiram decisão, nos autos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 222.368-4/PE, acompanhando, por unanimidade, relatório do Ministro *Celso de Mello*.[10] Nos termos desta decisão do Supremo, as pessoas jurídicas de direito público externo estão sujeitas à jurisdição brasileira em causas trabalhistas e, assim, aos juízes e tribunais trabalhistas brasileiros, desde, pelo menos, a promulgação da atual Constituição, em 5 de Outubro de 1988. Trata-se de submissão à jurisdição cognitiva. Quanto à jurisdição executiva, persiste a imunidade, salvo havendo renúncia ou, mesmo sem ela, havendo, no Brasil, bens da pessoa jurídica de direito público externo que não estejam afetados às suas atividades essenciais, assim entendidas as atividades exercidas com fundamento em atos de império.

5. Apelei à jurisprudência, pois os problemas jurídicos, quaisquer que sejam, não devem ser tratados em termos abstratos. A questão da imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo é algo que trouxe sérios problemas, reais problemas, para muitos que, na Justiça do Trabalho, foram buscar socorro. Trata-se, a relativização da imunidade, de medida reclamada pelos valores de justiça em concretas situações. Entretanto, a busca pela justiça não nos pode conduzir a abandonar os limites impostos pelo direito positivo, sob pena de ocorrerem injustiças tão graves quanto as que se pretendia combater com a relativização. Por isso, a compreensão adequada da imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo exige considerações sobre a concretização do direito, em geral, e do direito constitucional, em especial. Faço, isso, portanto, começando por tratar do processo de concretização em termos teóricos, para, em seguida, alcançar a sua dimensão prática.

6. A interpretação e a aplicação do direito — na medida em que aplicar pressupõe interpretar, mas interpretar, igualmente, pressupõe aplicar —, constituem momentos de um mesmo e único processo, o processo de concretização do direito.[11] Interpretação e aplicação formam um único processo dialético de concretização do direito.[12] Concretizar o direito significa

---

(9) A respeito, ver: Apelação Cível 2/DF (89.8751-7), de 7 de Agosto de 1990 (Quarta Turma; Ministro-Relator: Barros Monteiro), publicado no Diário da Justiça de 3 de Setembro de 1990; Apelação Cível 7/BA (90.1226-0), de 3 de Abril de 1990 (Terceira Turma; Ministro-Relator: Eduardo Ribeiro), publicado no Diário da Justiça de 30 de Abril de 1990; Apelação Cível 9/DF (91.480-4), de 30 de Setembro de 1991 (Terceira Turma; Ministro-Relator: Dias Trindade), publicado no Diário da Justiça de 28 de Outubro de 1991; Recurso Ordinário 1/SP (95.27826-0), de 8 de Agosto de 1995 (Terceira Turma; Ministro-Relator: Cláudio Santos), publicado no Diário da Justiça de 11 de Setembro de 1995; Apelação Cível 10/SP (91.4194-7), de 16 de Abril de 1991 (Terceira Turma; Ministro-Relator: Cláudio Santos), publicado no Diário da Justiça de 20 de Maio de 1991. Esta última decisão é um paradigma pouco lembrado a que retornarei ao final deste artigo.

(10) Acórdão publicado no Diário da Justiça da 14 de Fevereiro de 2003.

(11) *Gadamer, Hans-Georg*. "Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". Petrópolis: Vozes, 2ª edição, 1998, p. 460 e seguintes 482 e seguintes.

(12) *Larenz, Karl*. "Metodologia da ciência do direito". Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997, p. 293 e seguintes.

aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, o mundo dos fatos, do mundo do ser. Por isso que o direito não encontra sentido nas normas, mas nas normas referidas aos fatos.

7. Descrever a concretização do direito como um processo pelo qual se busca aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, do mundo dos fatos, o mundo do ser, não implica em admitir que se constituem, por si mesmos, cada qual desses mundos. O mundo das normas não se constitui por si, pois o mundo das normas é uma construção a partir dos textos jurídicos e o mundo dos fatos não se constitui por si, pois o mundo dos fatos é uma construção a partir dos casos jurídicos. Textos não se confundem com normas, assim como casos não se confundem com fatos. Do mesmo modo que uma norma pode não se encontrar total e completamente em um texto, um texto pode não conter apenas e tão-somente uma norma. O texto contém enunciados lingüísticos que podem dar origem a uma ou mais normas, conforme sua interpretação.[13] Assim como o caso contém elementos extralingüísticos que podem dar origem a um ou mais fatos, conforme sua interpretação. Normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos e fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos.[14] E como interpretação e aplicação são momentos de um único e mesmo processo dialético de concretização do direito, concluo que normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos a partir e tendo em vista casos jurídicos e que fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos a partir e tendo em vista textos jurídicos. Norma jurídica e fato jurídico, desse modo, estão indissoluvelmente ligados, como pares dialéticos; a leitura de textos jurídicos só se faz pela ótica dos casos jurídicos para os quais são lidos, assim como a narração dos casos jurídicos só se faz pela ótica dos textos jurídicos segundo os quais são vistos. Todas essas considerações conduzem, forçosamente, ao fenômeno da incidência.

8. Incide uma norma quando um fato concretamente se enquadra em sua descrição abstrata. A incidência é, nesse sentido, um fenômeno de integração de parcelas do mundo das normas no mundo dos fatos e de parcelas do mundo dos fatos no mundo das normas, pela aproximação entre o suporte fático abstrato do suporte fático concreto.[15] Conseqüências

---

(13) A distinção entre texto de norma e norma tornou-se lugar-comum na literatura jurídica contemporânea. Embora não concordem, necessariamente, com todas as implicações da distinção, os autores mais atualizados não divergem quanto a diferença entre texto e norma. Ver, a respeito: Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1998, p. 71 e seguintes. Sobre a concepção da metódica estruturante acerca da distinção, ver: Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1ª edição, 1996, p. 168 e seguintes. Sobre a concepção formulada a partir da semântica normativa acerca da distinção, ver: Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993, p. 50 e seguintes.

(14) Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1998, p. 79 e seguintes. Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1ª edição, 1996.

(15) *Mello, Marcos Bernardes de.* "Teoria do fato jurídico (plano da existência)". São Paulo: Saraiva, 10ª edição, 2000, p. 61: "Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo, daí, a sua juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte de seu suporte fático que o Direito considerou relevante para ingres-

jurídicas só são imputáveis na medida em que se verifiquem os antecedentes exigidos.[16] A incidência, assim, depende da concreção de elementos do suporte fático abstrato, de cuja compreensão depende a verificação. A incidência pressupõe a presença de elementos concretos previstos abstratamente pelas normas jurídicas.[17]

9. Como se vê, a incidência reclama a verificação da presença de elementos concretos que se enquadrem na previsão abstrata das normas jurídicas. A verificação, portanto, reclama a compreensão da descrição abstrata dos referidos elementos. A compreensão dos elementos a partir da descrição abstrata feita pelas normas passa pela formulação de conceitos. Conceituar os elementos abstratamente previstos pelas normas jurídicas é, desse modo, fundamental para que se permita a incidência dessas normas jurídicas; conceituar tais elementos é fundamental para que se verifique a aproximação entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato. Os conceitos jurídicos, por isso, não se prestam a buscar as essências dos fenômenos, mas apenas ensejam a aplicação, a incidência de normas jurídicas.[18] E, pois, formam-se com a concorrência de juízos de fato, mas também com a concorrência de juízos de valor. Os conceitos jurídicos não dizem o que são os fenômenos, mas o que são os fenômenos para o direito. A descoberta dos conceitos jurídicos, por isso, comporta, exige mesmo, a valoração dos fatos.[19] Os conceitos jurídicos são formados com a concorrência de juízos de fato e de juízos de valor e, pois, neles se encontram os traços indisfarçáveis das dimensões sociológica e teleológica da atividade jurídica. Entretanto, é bom lembrar, as presenças do *socios* e do *telos* não são suficientemente fortes para eliminar o *logos* característico de todo e qualquer conceito.

---

sar no mundo jurídico". Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1ª edição, 2ª tiragem, 1989, p. 183; e 3ª edição, 2001, p. 245: "Com a expressão incidência propomos conceituar um fenômeno normativo simultaneamente estático e dinâmico. Normas incidem sobre a realidade: doam-lhe sentido e atuam sobre ela no tempo e no espaço. Incidência significa, pois, configuração atual de situações subjetivas e produção de efeitos em sucessão". A visão tradicional da incidência como subsunção é aqui afastada. Não se trata, de maneira alguma, de uma aplicação mecânica, automática, de normas a fatos. A incidência da norma decorre de um processo que contempla elementos da norma e do fato. Sobre a complexa relação entre normas e fatos, ver: Neves, Antônio Castanheira. Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I — A crise, p. 251 e seguintes.

(16) *Vilanova, Lourival.* "As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo'. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 115 e seguintes.

(17) *Grau, Eros Roberto.* "Direito, conceitos e normas jurídicas". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 69: "A expressão suporte fáctico pode ser usada sob duas conotações: a primeira designando o enunciado lógico da norma, contida no instituto jurídico, em que representa a hipótese fáctica condicionante da incidência desse mesmo instituto jurídico (suporte fáctico hipotético); a segunda nomeando o próprio fato quando materializado no mundo real (suporte fáctico concreto)".

(18) *Idem.* p. 66: "Os conceitos jurídicos são signos de predicados axiológicos".

(19) *Idem. Ibidem.* Os conceitos jurídicos, como observou Montoro, são condicionados socialmente e atuam sobre a totalidade social. Montoro, André Franco. Dados preliminares de lógica jurídica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo, p. 8.

10. Creio estarem devidamente esclarecidos os termos com os quais a concretização do direito opera. Tais esclarecimentos são fundamentais para a compreensão do que sustentarei ao final sobre a imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo no direito constitucional brasileiro vigente. Como demonstrarei, o afastamento da imunidade se impõe, por vezes; em outras vezes, todavia, o que se impõe é a sua aproximação. Isso, porém, ao final. Pois, como estou a sustentar uma certa interpretação acerca do texto constitucional brasileiro vigente, ainda são necessários alguns esclarecimentos acerca da metodologia deste campo jurídico, acerca da metodologia da interpretação especificamente constitucional.[20] Uma metodologia que, em verdade, tem suas especificidades ao passo que se processa segundo axiologia ligeiramente diversa do restante do direito e que se traduz em um conjunto unitário de cinco métodos que só aparentemente se contradizem e através de um complexo jogo de sete princípios que de nenhum modo se sucedem.[21]

11. O primeiro método é o jurídico-clássico. A Constituição não tem nenhuma diferença essencial em comparação com as leis em geral. A diferença entre as leis e a Constituição está em elementos acidentais, de caráter estrutural e funcional. Por isso, a utilização das regras e dos procedimentos do método válido para a interpretação das leis em geral é possível, validamente, para a interpretação da Constituição. Assim, a Constituição há de ser entendida segundo as regras e procedimentos sintáticos (métodos gramatical, lógico e sistemático), as regras e procedimentos semânticos (métodos histórico e sociológico) e as regras e procedimentos pragmáticos (métodos teleológico e axiológico).[22]

---

(20) Contrário a uma interpretação especificamente constitucional: Bulos, Uadi Lamêgo. Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997. Favorável a uma interpretação especificamente constitucional: Bastos, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2ª edição, 1999. A interpretação especificamente constitucional é reconhecida quase que pela unidade dos autores. Há diferenças estruturais e funcionais entre as leis e a Constituição de modo a impedir que sejam aplicados os mesmos métodos e técnicas a ambas, sem maiores correções. O que não significa que sejam completamente distintas a interpretação da Constituição e a interpretação das leis. A especificidade de interpretações não deve ser entendida como disparidade de interpretações.

(21) Coelho, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 89 e seguintes. Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1997, p. 169 e seguintes. Importante, nesse passo, é considerar que a interpretação constitucional se processa com o apelo aos múltiplos métodos segundo uma linha de atuação de caráter ideológico; seja estática, conservadora, seja dinâmica, transformadora, o fato é que a ideologia jurídica acaba por conformar e informar o trato e o manejo dos métodos. Para uma abordagem crítica da metódica constitucional, ver: Müller, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000.

(22) *Canotilho, José Joaquim Gomes*. "Direito constitucional e teoria da constituição". Coimbra: Almedina, 3ª edição, reimpressão, 1999, p. 1137: "A articulação destes vários fatores hermenêuticos conduzir-nos-á a uma interpretação jurídica (= método jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito".

12. O segundo método é o tópico-problemático. A abertura, a fragmentação e a indeterminação da estrutura material da Constituição e o caráter prático que assume a sua interpretação impõem que se privilegie, no processo de interpretação constitucional, o problema em detrimento do sistema. Por isso, a interpretação constitucional assume um caráter de argumentação aberta. O sistema constitucional é constantemente construído e reconstruído a partir e tendo em vista os problemas constitucionais. Uma orientação deste tipo implica em se reconhecer que o sistema não é anterior e nem superior aos problemas. O sistema, aberto, incompleto e dinâmico, só adquire sentido em função dos problemas que se lhe apresentam. Inexistem, pois, falsos problemas constitucionais. Se no sistema constitucional não se encontram respostas satisfatórias para os problemas constitucionais, significa uma limitação do sistema e não dos problemas. Reclama-se, assim, uma adaptação do sistema construído e reconstruído para que as respostas sejam oferecidas.[23]

13. O terceiro método é o hermenêutico-concretizador. A interpretação da Constituição é um processo de compreensão do texto em um certo contexto. O intérprete da Constituição, assim, é o responsável pela concretização da Constituição em uma situação histórica concreta e determinada. E no desempenho dessa tarefa o intérprete deve iniciar pela pré-compreensão do texto constitucional, admitindo que inexiste separação entre a objeto de interpretação e o sujeito da interpretação, pois não se interpreta a Constituição, mas uma visão contextualizada socialmente acerca do texto constitucional. A Constituição, portanto, inconfundível e irredutível ao seu texto, é o produto de um processo complexo, desenvolvido no âmbito de um círculo hermenêutico, que compreende idas e vindas e múltiplas concepções e múltiplos preconceitos.[24]

14. O quarto método é o científico-espiritual. A Constituição deve ser compreendida como um sistema de normas. Entretanto, sistemas normativos pressupõem sistemas valorativos. A dimensão deontológica da Constituição só pode ser devidamente compreendida em correlação com a sua dimensão axiológica. Ainda mais porque a Constituição se propõe a ser uma orientação espiritual para a comunidade política, econômica e cultural que sobre ela se constrói e se reconstrói. A Constituição é, não por acaso, um catálogo de princípios jurídicos, um catálogo de normas jurídicas referi-

---

(23 Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1138: "A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema". Sobre o método tópico-problemático, ver Viehweg, Thaodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1979. Sobre a compatibilidade do método tópico-problemático com a idéia de sistema, ver: Canaris, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.(24) *Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit.* p. 1138: "O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema". Sobre o método hermenêutico-concretizante, ver: Hesse, Konrad. Escritos de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

das, direta e imediatamente, a valores, um catálogo de normas cujas referências a fatos dão-se apenas e tão-somente de modo indireto e mediato. A Constituição, assim, deve ser concebida no sentido de sua principal e primordial função de integração da comunidade em que se insere e da qual resulta.[25]

15. O quinto método é o normativo-estruturante. A Constituição tem de ser compreendida em sentido muito mais amplo do que o que tradicionalmente se admite. A Constituição não se resume aos elementos lingüísticos do programa normativo, do texto constitucional, mas envolve, igualmente, os elementos extralingüísticos do âmbito normativo, do caso constitucional. A Constituição, pois, só pode ser adequadamente compreendida e, assim, dar respostas satisfatórias aos problemas constitucionais surgidos em determinados e delimitados contextos históricos e sociais, cumprindo seu papel de força integrativa da comunidade política, econômica e cultural, se, e somente se, admitir-se que sua força normativa depende da inserção de parcela da realidade no sistema do direito, depende da compreensão de que, se há tensão entre o mundo das normas e o mundo dos fatos, é uma tensão dinâmica — dinamizada e dinamizante.[26]

16. Os métodos de interpretação constitucional devem ser compreendidos segundo o postulado da unidade. E em consonância com os princípios de interpretação devidamente relacionados entre si.[27] Os princípios de interpretação constitucional são, em síntese, os seguintes: a) princípio da unidade da Constituição: a Constituição deve ser interpretada como um todo unificado segundo princípios e regras; b) princípio do efeito integrador: a interpretação constitucional deve dar primazia aos critérios que assegurem e promovam integração e unidade político-sociais; c) princípio da máxima efetividade: a interpretação constitucional deve preferir os sentidos que confiram maior eficácia e efetividade às normas constitucionais; d) princípio da conformidade funcional: a interpretação constitucional deve ser conduzida de modo a não perturbar o esquema estrutural e funcional do poder estatal constitucionalmente estabelecido; e) princípio da concordância prática: a interpretação constitucional deve buscar fazer com que, em caso de colisão, na prática constitucional, um bem constitucionalmente protegido não seja afirmado com a negação do outro; f) princípio da força

---

(25) *Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit.* p. 1139: "A idéia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado)". A respeito do método científico-espiritual, ver: Smend, Rudolf. Costituzione e diritto costituzionale. Milão: Giuffré Editore, 1988.

(26) *Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit.* p. 1139: "(...) a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)". Ver, a respeito do método normativo-estruturante: Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1ª edição, 1996.

(27) Para a verificação da reduzida autonomia dos princípios de interpretação constitucional no que se refere aos tradicionais elementos de interpretação do direito, ver: Muller, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000.

normativa da Constituição: a interpretação constitucional deve dar preferência às soluções que dotem as normas da densidade necessária para que possam apresentar e manter eficácia; g) princípio da interpretação conforme a Constituição: a interpretação de textos normativos inferiores à Constituição deve ser feita tendo em vista a necessidade de torná-los compatíveis com ela, sem que, para tanto, seja contrariado o sentido literal dos referidos textos e seja contrariado o objetivo inequívoco dos seus emissores.

17. Após a exposição sumária de elementos da metodologia específica da interpretação constitucional, posso, agora, pesquisar o texto constitucional vigente e apontar onde se apóia minha afirmação sobre ser impositivo, em algumas vezes, o afastamento, e, noutras vezes, sobre ser impositiva a aproximação, da imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo no direito constitucional brasileiro vigente.

18. O *caput* do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988, dispõe que compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. A leitura apressada deste dispositivo pode conduzir a graves erros. Resulta de uma tal leitura que toda e qualquer relação constituída para a prestação de todo e qualquer trabalho ficaria submetida à Justiça do Trabalho. Isso, todavia, não procede. O suporte fático abstrato do *caput* do artigo 114 da Constituição da República não se configura em torno de conflitos estabelecidos em razão da prestação de todo e qualquer tipo de trabalho, mas apenas e tão-somente de uma determinada espécie de trabalho, uma espécie bem definida. Defino e classifico, portanto, o gênero a que se convencionou denominar como trabalho para, logo após, dizer, afinal, qual deles dá origem a conflitos submetidos à jurisdição trabalhista.

19. Alerto, desde já, que definições e classificações, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. As classificações são, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas.[28] Portanto, as classes, as categorias, as espécies, que apresentarei a seguir são as classes, as categorias, as espécies, que julgo suficientes não por corresponderem a essências, fora do tempo e do espaço, mas, bem ao contrário, que julgo adequadas à compreensão de algo precisamente situado em um determinado local e época: a imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo no direito constitucional brasileiro vigente.

---

(28) *Grau, Eros Roberto.* "A ordem econômica na constituição de 1988" (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1997, pp. 57 e 122. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1ª edição, 2ª tiragem, 1989, pp. 118 e 127; e 3ª edição, 2001, pp. 121 e 130. Carrió, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edição, 1979, p. 99.

20. Tomo a expressão trabalho no sentido de atividade humana desenvolvida tendo em vista a produção e a circulação de bens (produtos ou serviços).[29] Essa atividade é a que faz do homem o que é.[30] A atividade-trabalho pode ser dividida em duas amplas categorias: o trabalho-por-conta-própria e o trabalho-por-conta-alheia. O trabalho-por-conta-própria dá origem a uma relação jurídica posterior ao seu desempenho. O trabalho-por-conta-alheia dá origem a uma relação jurídica anterior ao seu desempenho.[31] Tendo em vista o poder sobre o sujeito-trabalhador, o trabalho-por-conta-alheia pode ser considerado como trabalho exercido por coordenação ou trabalho exercido por subordinação. O primeiro, denomina-se trabalho coordenado, também dito autônomo. O segundo, denomina-se trabalho subordinado.[32]

21. Ocorre, contudo, que a atividade-trabalho, no sentido que a tomei, no sentido de atividade humana desenvolvida tendo em vista a produção e a circulação de bens, tendo em vista a produção e a circulação de produtos ou serviços, vincula-se, intimamente, à atividade econômica; atividade econômica que, em sentido amplo, é o gênero que envolve duas espécies: atividade econômica, em sentido estrito, e serviço público — ambas atividades econômicas, em sentido amplo, porque ambas predispostas à satisfação de necessidades, envolvendo a utilização de bens, produzidos e postos em circulação pela atividade-trabalho. As atividades econômicas, em sentido estrito, estão entregues, preferencialmente, ao setor privado. Os serviços públicos estão entregues, também preferencialmente, ao setor público.[33] Estando, como está, a atividade-trabalho, na base de toda atividade econômica, em sentido amplo, atividade econômica que se desenvolve tanto no setor privado (especificada como atividade econômica, em sentido estrito) quanto no setor público (especificada como serviço público), a atividade-trabalho não é exclusiva do setor privado, também se desenvolvendo no setor público. Por atender às exigências de minha argumentação, impõe-se a análise do trabalho desenvolvido no setor público, especialmente do trabalho desenvolvido no setor público para pessoas jurídicas de direito público.

22. O trabalho desenvolvido para as pessoas jurídicas de direito público é, fundamentalmente, de mesma espécie, pouco importando se pessoa jurídica de direito público interno ou se pessoa jurídica de direito públi-

---

(29) Extraio o conceito da análise que Vilhena faz do contrato de trabalho. Ver: Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. Contrato de trabalho com o estado. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2002. Sigo adiante com suas lições.

(30) Lembro do manuscrito de *Engels, Friedrich*. Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem. In: *Marx, Karl & Engels, Friedrich*. Obras escolhidas. Volume 2, São Paulo, Alfa-Omega, sem data, sem edição. Sobre a importância do trabalho na filosofia alemã de Hegel a Marx e sua vinculação com a noção de práxis, ver: Vasquez, Adolfo Sánchez. Filosofia da práxis. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2ª edição, 1977.

(31) *Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. Op. cit.* p. 26 e seguintes.

(32) *Idem*, p. 34 e seguintes.

(33) *Grau, Eros Roberto*. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1997, Capítulo 4, *passim*.

co externo, se pessoa jurídica de direito público interno com capacidade política ou se pessoa jurídica de direito público interno com capacidade meramente administrativa, se pessoa jurídica de direito público externo originária ou se pessoa jurídica de direito público externo derivada. O que importa, na verdade, é o regime sob o qual tal trabalho é desenvolvido no setor público. Isto remete ao tema do desempenho de funções públicas.

23. Todo aquele que desempenhe funções públicas é considerado agente público.[34] Agentes públicos são, pois, pessoas físicas investidas, temporária ou definitivamente, no exercício de funções públicas, isto é, no exercício de atribuições cometidas, direta ou indiretamente, ao setor público. Há, bem por isso, agentes públicos integrados ou não aos aparelhos do setor público. E, dentre os integrados, aqueles investidos em funções públicas por razões políticas ou por razões técnicas. A doutrina, ao denominar cada qual dessas espécies de agentes públicos, varia.[35]

24. Repito um alerta: definições e classificações, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. As classificações são, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas.[36] Portanto, as classes, as categorias, as espécies, que apresentarei a seguir são as classes, as categorias, as espécies, que julgo suficientes não por corresponderem a essências, fora do tempo e do espaço, mas, bem ao contrário, que julgo adequadas à compreensão de algo precisamente situado em um determinado local e época: a imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo no direito constitucional brasileiro vigente. Relembrado o alerta e tendo definido agentes públicos, classifico-os, apenas para as necessidades práticas desta análise, em três espécies: agen-

---

(34) *Di Pietro, Maria Sylvia Zanella.* "Direito administrativo". São Paulo: Atlas, 10ª edição, 1998, p. 354: "Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta". Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 10ª edição, 1998, p. 149: "Esta expressão — agentes públicos — é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam ocasional ou episodicamente". Bandeira de Mello, Celso Antônio. Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. São Paulo: RT, 2ª edição, 1991, p. 9: "Todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser denominados agentes públicos. Com efeito, esta locução é a mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente as diversas categorias dos que, sob títulos diferentes, atuam em nome do Estado". Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: RT, 16ª edição, 2ª tiragem, 1991, p. 66: "Agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal". Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa & Jorge Neto, Francisco Ferreira. O empregado público. São Paulo: LTr, 2002, p. 37: "Qualquer pessoa que preste serviço à Administração Pública é tido por agente público".

(35) *Bandeira de Mello, Celso Antônio.* "Curso de direito administrativo". São Paulo: Malheiros, 10ª edição, 1998, p. 151 e seguintes. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. São Paulo: RT, 2ª edição, 1991, p. 9 e seguintes. Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: RT, 16ª edição, 2ª tiragem, 1991, p. 67 e seguintes.

(36) *Grau, Eros Roberto.* "A ordem econômica na constituição de 1988" (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1997, pp. 57 e 122. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1ª edição, 2ª tiragem, 1989, pp. 118 e 127; e 3ª edição, 2001, pp. 121 e 130. Carrió, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edição, 1979, p. 99.

tes políticos, agentes administrativos e agentes delegados.[37] Os agentes políticos e os agentes administrativos integram os aparelhos do setor público; os agentes delegados, não. Os agentes políticos são investidos em funções públicas por razões políticas. Os agentes administrativos, por razões técnicas. Agentes políticos e agentes administrativos desempenham trabalho-por-conta-alheia; agentes delegados, trabalho-por-conta-própria. Agentes políticos desempenham, porém, trabalho-por-conta-alheia por coordenação, enquanto agentes administrativos desempenham trabalho-por-conta-alheia por subordinação. Como no direito trabalho, as notas da subordinação e da alteridade são as fundamentais para dizer a quem se dirige a tutela trabalhista, interessa, aqui, uma análise mais detida dos agentes administrativos.

25. Agentes administrativos desempenham trabalho-por-conta-alheia, subordinadamente; são pessoas físicas investidas em funções públicas por razões técnicas de caráter profissional para que sejam desempenhadas sob as ordens e sob as instruções de agentes superiores. Os agentes administrativos envolvem, assim, tanto os servidores públicos quanto os empregados públicos.[38] Servidores públicos são agentes administrativos titulares de cargos públicos. Empregados públicos são agentes administrativos ocupantes de empregos públicos. Ambos os agentes administrativos, servidores públicos e empregados públicos, guardam relação com os aparelhos do setor público por razões técnicas de caráter profissional. Entretanto, o vínculo se estabelece de maneira diversa, seja, o agente administrativo, um servidor público, seja, ele, um empregado público. Servidores públicos são titulares de cargos públicos. Empregados públicos são ocupantes de empregos públicos. Os primeiros, os servidores públicos, guardam vínculo de natureza institucional; os segundos, os empregados públicos, de natureza contratual.[39] As relações de trabalho dos servidores públicos estão integralmente contidas na lei. Já as relações de trabalho dos empregados públicos estão parcialmente contidas na lei, porque admitem regramento de seu conteúdo, embora com menor liberdade que as relações de trabalho dos empregados privados, por via de disposição contratual. Por isso, a modificação da lei incide imediatamente nas relações de trabalho dos servidores públicos; incide a modificação da lei, porém, apenas mediatamente nas relações de trabalho dos empregados públicos, porquanto protegidos pelo ato jurídico de caráter contratual, ainda que este se limite a repetir disposições legais.

26. Como disse, as relações de trabalho dos servidores públicos estão integralmente contidas na lei, enquanto as relações de trabalho dos empregados públicos estão parcialmente contidas na lei. Os direitos e de-

---

(37) Tento, aqui, compatibilizar as classificações de Meirelles e de Bandeira de Mello. Desnecessária a referência a outros autores, pois, no caso, pouco ou nada mudam as classificações dos citados.

(38) Alguns preferem as denominações "servidor público concursado" e "servidor público contratado". Outros, as expressões "funcionário" e "contratado". Outros, ainda, "servidores titulares de cargos" e "servidores ocupantes de empregos".

(39) Ver, a respeito, *Bandeira de Mello, Celso Antônio.* "Curso de direito administrativo". São Paulo: Malheiros, 10ª edição, 1998, p. 156.

veres dos servidores públicos estão integralmente previstos na lei, enquanto os direitos e deveres dos empregados públicos estão parcialmente previstos na lei. A criação de cargos públicos e de empregos públicos dá-se por lei. Dá-se também por lei o regramento das relações entre os servidores públicos e os aparelhos do setor público e das relações entre empregados públicos e os aparelhos do setor público. Entretanto, o regramento das relações entre servidores públicos e os aparelhos do setor público é esgotado pela lei, enquanto o regramento das relações entre empregados públicos e os aparelhos do setor público não. Decorre daqui a possibilidade de definir cargos públicos como as menores unidades de atribuições integralmente fixadas em lei e empregos públicos como as menores unidades de atribuições fixadas, em parte, pela lei, e, em parte, pelo contrato.(40)

27. Afirmei que a leitura apressada do *caput* do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988, pode conduzir a graves erros. Resultaria de uma tal leitura, apressada, atabalhoada, que toda e qualquer relação constituída para a prestação de todo e qualquer trabalho prestado ficaria submetida à Justiça do Trabalho. Isso, todavia, afirmei, não procede; pois o suporte fático abstrato do *caput* do artigo 114 da Constituição da República não se configura em torno de conflitos estabelecidos em razão da prestação de todo e qualquer tipo de trabalho, mas apenas e tão-somente de uma determinada espécie de trabalho, uma espécie bem definida. Agora, já definida e classificada a atividade-trabalho, posso afirmar, com segurança, que a Justiça do Trabalho não alcança: no setor público e no setor privado, o trabalho-por-conta-própria; no setor público e no setor privado, o trabalho-por-conta-alheia sob coordenação (autônomo); no setor público e no setor privado, o trabalho-por-conta-alheia sob subordinação com vínculo de caráter institucional.

28. Assim, compreendido adequadamente o suporte fático abstrato do *caput* do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988, afirmo que a competência da Justiça do Trabalho depende, para sua delimitação, de definição, primeiro, da espécie de trabalho prestado, e, segundo, da espécie de prestador do trabalho. Afirmo, após todas essas considerações, que a jurisdição trabalhista não alcançará quaisquer relações de trabalho estabelecidas com pessoas jurídicas de direito público externo, sejam pessoas jurídicas de direito público externo originárias, pessoas estatais, sejam pessoas jurídicas de direito público externo derivadas, pessoas interestatais. E, por conseqüência, a jurisdição brasileira se exclui, por excluída a jurisdição trabalhista, única admitida como apta a ferir a imunidade de jurisdição das pessoas jurídicas de direito público externo. Estão, em resumo, imunes à jurisdição trabalhista e, por conseqüência, imunes à jurisdição brasileira, seja para processos de cognição, seja para processos de execução, as pessoas jurídicas de direito público externo, sejam pessoas jurídicas de direito público externo originárias, estatais, sejam pessoas jurídicas de direito público externo derivadas, interestatais, que travem relações com prestadores de trabalho-por-conta-

(40) Sobre o assunto, ver: *Rigolin, Ivan Barbosa*. "O servidor público na constituição de 1988". São Paulo: Saraiva, 1989, p. 95 e seguintes.

própria, com prestadores de trabalho-por-conta-alheia sob coordenação (autônomo) e com prestadores de trabalho-por-conta-alheia sob subordinação com vínculo de natureza institucional.

29. Cabe, por fim, uma última consideração que surge da análise de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do Acórdão prolatado quando do julgamento, por sua Terceira Turma, da Apelação Cível 10/SP/91.4194-7, de 16 de Abril de 1991, relatado pelo Ministro Cláudio Santos e publicado no Diário da Justiça de 20 de Maio de 1991. Disse, na nota 9, deste artigo, que voltaria a esta decisão e o faço, pois, como também disse naquela nota, trata-se, referida decisão, de um paradigma pouco lembrado. Assim ficou a ementa desta decisão: "Imunidade de jurisdição. Empresa estatal estrangeira. Representante no Brasil. Designação e desligamento efetuados mediante ato administrativo de governo estrangeiro. Inaplicabilidade da C.L.T. As relações jurídicas entre empresa estatal argentina e cidadão daquela nacionalidade, designado para representá-la no Brasil e seu posterior desligamento, ambos mediante atos administrativos do governo daquele país, não estão sujeitas a legislação trabalhista brasileira. Hipótese em que não compete à justiça brasileira solucionar a controvérsia, mesmo porque incide a regra *par in paren non habet imperium*, reconhecendo-se a imunidade de jurisdição da parte promovida. Apelação conhecida, mas improvida". Uma análise mais detida do Acórdão revela importantes desdobramentos que podem implicar em modificações sérias na jurisprudência pátria quando despertarem os operadores do direito para tal decisão. Permite concluir até que prestadores de trabalho-por-conta-alheia sob subordinação com vínculo de natureza contratual cujas disposições sejam fundadas e regidas por norma elaborada pela pessoa jurídica de direito público externo, originária ou derivada, desde que não sejam brasileiros, mesmo que irregularmente designados, não podem se socorrer da Justiça do Brasil porque, no caso, não haveria a menor possibilidade de aplicação da lei brasileira à relação jurídica de direito público, e, portanto, afastada estaria, totalmente, a jurisdição brasileira. Isso, contudo, merece um estudo mais profundo, que não se contém em tão poucas páginas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert. "Teoria de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. "Curso de direito administrativo". São Paulo: Malheiros, 10ª edição, 1998.

_____. 'Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta". São Paulo: RT, 2ª edição, 1991.

Bastos, Celso Ribeiro. "Hermenêutica e interpretação constitucional". São Paulo: Celso Bastos Editor, 2ª edição, 1999.

Bulos, Uadi Lamêgo. "Manual de interpretação constitucional". São Paulo: Saraiva, 1997.

Canaris, Claus Wilhelm. "Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito". Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Canotilho, José Joaquim Gomes. "Direito constitucional e teoria da constituição". Coimbra: Almedina, 3ª edição, reimpressão, 1999.

Carrió, Genaro. "Notas sobre derecho y lenguaje". Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edição, 1979.

Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa & Jorge Neto, Francisco Ferreira. "O empregado público". São Paulo: LTr, 2002.

Coelho, Inocêncio Mártires. "Interpretação constitucional". Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. "Direito administrativo". São Paulo: Atlas, 10ª edição, 1998.

Engels, Friedrich. "Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem". *In:* Marx, Karl & Engels, Friedrich. Obras escolhidas. Volume 2, São Paulo, Alfa-Omega, sem data, sem edição.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. "Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação". São Paulo: Atlas, 1ª edição, 2ª tiragem, 1989.

_____. "Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação". São Paulo: Atlas, 3ª edição, 2001.

Gadamer, Hans-Georg. "Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". Petrópolis: Vozes, 2ª edição, 1998.

Grau, Eros Roberto. "A ordem econômica na constituição de 1988" (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1997.

_____. "Direito, conceitos e normas jurídicas". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. "Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito". São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 1998.

Hesse, Konrad. "Escritos de derecho constitucional". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Larenz, Karl. "Metodologia da ciência do direito". Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997.

Meirelles, Hely Lopes. "Direito administrativo brasileiro". São Paulo: RT, 16ª edição, 2ª tiragem, 1991.

Mello, Marcos Bernardes de. "Teoria do fato jurídico" (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 10ª edição, 2000.

Montoro, André Franco. "Dados preliminares de lógica jurídica". Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo.

Müller, Friedrich. "Discours de la méthode juridique". Paris: Presses Universitaires de France, 1ª edição, 1996.

_____. "Métodos de trabalho do direito constitucional". São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000.

Neves, Antônio Castanheira. "Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade" (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I — A crise.

Rigolin, Ivan Barbosa. "O servidor público na constituição de 1988". São Paulo: Saraiva, 1989.

Smend, Rudolf. "Costituzione e diritto costituzionale". Milão: Giuffré Editore, 1988.

Vasquez, Adolfo Sánchez. "Filosofia da práxis". Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2ª edição, 1977.

Viehweg, Theodor. "Tópica e jurisprudência. Brasília: Ministério das Relações Exteriores", 1979.

Vilanova, Lourival. "As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo". São Paulo: Max Limonad, 1997.

Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. "Contrato de trabalho com o estado". São Paulo: LTr, 2ª edição, 2002.

TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO: O POTENCIAL TRANSFORMADOR DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS DAS REFORMAS DO CPC BRASILEIRO

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA(*)

1. O NÚMERO EXCESSIVO DE RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS NO BRASIL E A "SÍNDROME DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES"

Todo operador do Direito que resolva examinar mais de perto o estado atual da prestação jurisdicional trabalhista em nosso país e o quadro institucional através do qual é ela prestada defronta-se com um paradoxo aparentemente inexplicável: como é possível que a Justiça do Trabalho, que absorve parte significativa do orçamento federal destinado ao Poder Judiciário e que conta, em seus quadros, com magistrados e servidores de alto nível intelectual e de grande zelo profissional, não consiga atender ao número a cada ano sempre crescente de demandas trabalhistas e, o que talvez seja mais importante, não se mostre capaz, na fase decisiva da execução, de tornar realidade, em tempo hábil, boa parte das decisões por ela proferidas?(1)

(*) Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Doutor em Direito Constitucional pela UFMG e Professor Adjunto III da Faculdade de Direito da PUC/MG, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. O presente trabalho resulta em parte da conferência que, em 22.5.2003, proferiu em conjunto com o Professor Estevão Mallet sobre o tema "Tutelas de urgência: avanços do CPC por um processo social" no 3º Congresso dos Magistrados do Trabalho da Região Sudeste – 3ª COMTRES, realizado no Rio de Janeiro.

(1) É notório o efeito da inefetividade da tutela jurisdicional, no dia-a-dia das relações sociais em nosso país: normalmente é o devedor, aquele que deveria ter cumprido espontaneamente a norma, quem fala de modo irônico para aquele que dela seria beneficiário e foi lesado por sua conduta contrária ao Direito: *"Vá procurar seus direitos!"*, conduta infelizmente costumeira nas sociedades em que a prestação jurisdicional é inefetiva. Já nas sociedades do mundo anglo-saxão mas também da Europa Continental, onde a jurisdição é mais eficaz, em situações semelhantes a ameaça é outra, e em sentido diametralmente contrário. Nos Estados Unidos, por exemplo, a advertência, nos casos de litígio, em geral parte daquele que se considera o beneficiário da norma tida por descumprida, dizendo para o seu destinatário que resiste a cumprir espontaneamente a norma de direito material em questão: *"I will sue you"* (eu vou processá-lo), mecanismo através do qual o titular do direito freqüentemente dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas, como observa com acuidade Cândido R. Dinamarco (*in* "A instrumentalidade do processo", São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 7ª ed., p. 162). Verifica-se que, nestes últimos casos, a ameaça é daquele que em princípio seria o titular do direito material lesado ou ameaçado, porque sabe que pode contar com uma jurisdição efetiva, isto é, capaz de, com boa probabilidade, sancionar aquele que não cumpriu espontaneamente os preceitos de conduta estabelecidos pelo ordenamento jurídico em vigor e, desse modo, torner desvantajoso ou menos vantajoso tal descumprimento.

Paralelamente, é comum um sentimento de frustração a todos os magistrados trabalhistas brasileiros que, com sacrifício de sua vida particular e familiar, desdobram-se sete dias por semana, em número de horas de trabalho diário acima do normal, para solucionar o excessivo número de processos trabalhistas submetidos à sua apreciação (boa parte deles versando, de forma repetitiva, sobre lesões reiteradas dos mais elementares e fundamentais direitos trabalhistas dos reclamantes[2] por parte de demandados "habituais",[3] em casos em que a existência da obrigação nem sempre é seriamente contestável, embora seja sempre contestada em defesas e recursos de duvidosa procedência).[4]

A principal e decisiva razão para tão lamentável estado de coisas é, a nosso ver, de uma simplicidade dolorosa: o excessivo número de reclamações trabalhistas anualmente ajuizadas no Brasil, o qual por sua vez acarreta o estrangulamento da Justiça do Trabalho em todos os seus graus de jurisdição (inclusive na fase de execução, destinada exclusivamente à satisfação dos créditos trabalhistas já reconhecidos, em definitivo, como devidos).[5] Em tal estado de coisas, a conseqüência é natural e inevitável: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é, necessariamente, uma Justiça lenta a de baixa qualidade.

---

(2) Quase sempre versando sobre o reconhecimento judicial da relação de emprego ou sobre o não pagamento, integral ou a menor, das parcelas rescisórias devidas em decorrência do término do contrato de trabalho, de horas extras habitualmente prestadas, com suas devidas repercussões ou, em menor escala, de adicionais de periculosidade e/ou de insalubridade.

(3) Para o aprofundamento da distinção entre os litigantes "eventuais" e os litigantes "habituais" (baseada na freqüência dos contatos desses litigantes com o sistema judicial e por si só fonte de significativas vantagens estratégicas para os litigantes "habituais", geradoras de obstáculos para o acesso à justiça dos indivíduos que apenas eventualmente recorrem ao Poder Judiciário), consultem-se o trabalho anterior de minha autoria "A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho" (in LTr, v. 65, n. 02, fevereiro 2001, São Paulo: LTr, p. 157-158) e a obra de *Mauro Cappelletti & Bryant Garth*, Acesso à justiça, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, tradução e revisão de *Ellen Gracie Northfleet*, p. 21, texto e nota 23, e p. 25/26, texto e nota 33.

(4) Em sucessivas aulas e palestras, tenho recorrido a uma imagem popular, talvez não elegante mas expressiva, para descrever a sensação comum a todos os magistrados trabalhistas, em sua faina diária de julgar quase sempre as mesmas e repetitivas lesões aos direitos trabalhistas fundamentais dos trabalhadores brasileiros: a sensação do juiz do trabalho é de que ele, todos os dias, limita-se a "enxugar gelo", com a inevitável frustração daí decorrente (sendo também representativo de tal situação o mito grego do titã Sísifo, que, como se sabe, foi condenado pelos deuses a todos os dias empurrar uma enorme pedra montanha acima apenas para, ao final de cada dia, vê-la despencar de volta ao início de seu percurso, tendo que, no dia seguinte, inutilmente levá-la para o alto da montanha, em suplício a ser repetido por toda a eternidade). Para uma fiel e expressiva descrição mais detalhada desse quadro sob a ótica dos magistrados trabalhistas brasileiros, consulte-se o interessante trabalho do Professor Livre Docente da USP e Magistrado da 15ª Região *Jorge Luiz Souto Maior* "A função do processo", *in Revista do Direito Trabalhista* 09-4 (abril/2003), p. 14-17.

(5) Conforme estatísticas amplamente divulgadas relativas ao período posterior à promulgação da Constituição de 1988, a cada ano o número de reclamações trabalhistas ajuizadas não cessou de crescer, tendo alcançado o número astronômico de quase um milhão e oitocentas mil novas ações trabalhistas em 2.002 (dados obtidos no *site* do STF na *Internet*). Paralelamente, em meados de 2.003 havia em curso mais de um milhão e seiscentas mil execuções trabalhistas em todo o país, sendo de conhecimento geral, para todos os que militam na Justiça do Trabalho, que parte expressiva dessas fatalmente será provisoriamente arquivada, por não ser localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (nos termos do artigo 40 da Lei n. 6.830/80, subsidiariamente aplicável às execuções trabalhistas por força do artigo 889 da CLT).

E qual é a razão fundamental de um número tão elevado de dissídios trabalhistas em nosso país, muito maior do que o verificado nos países mais desenvolvidos e mesmo em países de estágio de desenvolvimento econômico, humano e social equivalentes ao nosso? Alguns ilustres autores e especialistas apontam como causas do problema a tendência cultural, que atribuem aos brasileiros, de recorrer sempre ao Estado-juiz para a solução de seus conflitos intersubjetivos de interesses (em contraposição à tendência hoje predominante no mundo civilizado, especialmente nos países anglo-saxões, de resolver tais conflitos pelas vias da negociação coletiva, da conciliação extrajudicial e da arbitragem), bem como o que consideram uma exagerada intervenção do Estado nas relações laborais, consubstanciada em normas trabalhistas de origem estatal que, a seu ver, pecariam por ser excessivamente complexas, abrangentes e detalhadas (o que, por sua vez, aumentaria artificialmente o número de controvérsias e inibiria a solução desses conflitos pelas vias da transação individual e coletiva).(6) No entanto, não nos parecem ser estas as causas fundamentais do número excessivo de demandas trabalhistas hoje em curso em nosso país.

Embora deva ser reconhecida a conveniência da implantação de mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas de intensidade e de complexidade menores (para cuja solução afigura-se mesmo desnecessária a intervenção do Estado-juiz), bem como a utilidade de racionalizar e modernizar as normas legais trabalhistas para tornar clara e induvidosa, para todos os interessados, a vontade concreta da lei no campo das relações laborais (eliminando controvérsias desnecessárias na interpretação das normas legais e coletivas que disciplinam tais relações), não nos parece que a solução desses problemas seria suficiente para diminuir, na proporção necessária, o enorme número de ações trabalhistas em nosso país. O verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o direito material trabalhista, no Brasil, tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável.(7)

---

(6) Esses críticos também apontam como uma conseqüência indesejável desse estado de coisas o que consideram o custo excessivo da utilização da Justiça do Trabalho para a solução dos litígios trabalhistas. No entanto, desconsideram eles, *data venia*, que a prestação de tutela jurisdicional trabalhista é *serviço público essencial*, e como tal expressão de direito e garantia fundamentais, constitucionalmente assegurados a todos os jurisdicionados que dele necessitem e que, por isso mesmo, não deve necessariamente dar lucro e nem mesmo ser auto-sustentável financeiramente. Ademais, tal crítica indevidamente ignora a relevante circunstância de que, hoje, sequer se pode mais afirmar que a Justiça do Trabalho é em si mesma deficitária, em virtude da expressiva arrecadação decorrente de sua competência para a execução *de ofício* das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças por ela proferidas (e das conciliações a elas equiparadas), atribuída pelo § 3º do artigo 114 da Constituição da República.

(7) Todo e qualquer sistema jurídico só será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integrarem forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários. O i. constitucionalista do Rio de Janeiro *Luís Roberto Barroso* (*in* "Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 239-240) nos adverte exatamente para isto:

"De regra, como já referido, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia 'racional ou intelectual', por tutelarem, usualmente, valores que

Nessa perspectiva, é fácil concluir que chega a ser elementar a causa fundamental de tão elevado número de litígios trabalhistas (sendo relevante observar que sua grande maioria termina, na fase de cognição, com uma sentença de procedência integral ou parcial dos pedidos iniciais do reclamante): é que, no Brasil, as normas materiais trabalhistas deixam de ser cumpridas espontaneamente por seus destinatários em freqüência muito maior do que seria razoável em qualquer sociedade capitalista do século XXI. Isso obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se, pura e simplesmente, com tal lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de *litigiosidade contida*) ou recorrer ao Judiciário trabalhista, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. Deve-se concluir, portanto, que o número excessivo de reclamações trabalhistas é simples efeito e não a verdadeira causa do problema.

As empresas razoavelmente organizadas sempre fazem uma análise global da relação custo-benefício, sabendo muito bem quando lhes convém, ou não, cumprir a lei trabalhista.[8] Isso não ocorre apenas em nosso país: nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais certamente operam e atuam movidos por objetivos similares e a partir de considerações da mesma natureza. A diferença fundamental é que lá, em última análise, é mais vantajoso (ou melhor, menos desvantajoso) para os empregadores, como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. Essa é, a meu ver, a questão essencial.

Pode-se dizer, em síntese, que, hoje, o verdadeiro problema do Direito do Trabalho em nosso país é *a falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista* (que torna extremamente vantajoso para grande número de empregadores, do ponto de vista econômico, descumprir as mais elementares obrigações trabalhistas), criando uma verdadeira "cultura do inadimplemento", em verdadeira concorrência desleal com a parcela ainda significativa dos empregadores que cumprem rigorosamente suas obrigações trabalhistas, legais e convencionais.[9]

---

têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas essa é a exceção. Como bem intuiu *André Hauriou*, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível."

(8) O que, embora insustentável do ponto de vista jurídico, é até compreensível na estrita ótica empresarial, movida essencialmente por considerações de natureza econômica e administrativa, com vistas à maximização da citada *relação custo-benefício* – o erro maior, evidentemente, é daqueles operadores do Direito que, tendo ou devendo ter noção disso, nada fazem para inverter essa equação de modo a tornar desvantajosa, na prática, essa relação, mediante a plena e efetiva aplicação das normas jurídicas materiais em vigor, com a rigorosa aplicação de todas as sanções materiais e processuais legalmente previstas para a hipótese de seu descumprimento.

(9) Esse grave estado de coisas foi analisado pioneiramente na doutrina brasileira por *Antônio Álvares da Silva*, em seu trabalho "A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil" (*in As garantias do cidadão na Justiça, Teixeira, Sálvio de Figueiredo*

Quanto mais efetiva a máquina jurisdicional, menos ela vai ter que atuar concretamente, no futuro ou a médio prazo. Simetricamente, quanto mais os destinatários das normas jurídicas souberem que só lhes resta cumprir a lei, por absoluta falta de melhor alternativa, menos será necessário o acionamento da máquina jurisdicional e maiores eficácia e efetividade terão as normas jurídicas materiais. Essa é, portanto, a perspectiva final com a qual os operadores do Direito em geral, mas especialmente os que exercem a função jurisdicional do Estado, têm que trabalhar.

Repita-se, à guisa de conclusão parcial: quanto mais eficaz for a jurisdição, menos ela terá que ser acionada. Enquanto o direito processual do trabalho e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de tornar antieconômico o descumprimento rotineiro, massificado e reiterado das normas materiais trabalhistas, os Juízes do Trabalho de todos os graus de jurisdição continuarão sufocados e angustiados pela avalanche de processos individuais, repetitivos e inefetivos.

2. A FALTA DE EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DOS "CONSUMIDORES" DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SEUS EFEITOS SOBRE A REAL EXISTÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO (OS DIREITOS SOCIAIS)

Se o excessivo número de reclamações trabalhistas é negativo na ótica do próprio Poder Judiciário trabalhista, como se demonstrou no tópico anterior desse trabalho, é ele ainda mais pernicioso na perspectiva dos jurisdicionados em geral e, especialmente, dos trabalhadores assalariados para os quais este ramo especial da Justiça foi instituído.

Na perspectiva desses *consumidores da tutela jurisdicional trabalhista*,[10] é ainda mais chocante o contraste entre o conteúdo dos artigos 6º a

---

(coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 256-258), no qual disse, com lucidez e precisão, a respeito das normas materiais trabalhistas: "se estas normas não são cumpridas e se o Estado, que prometera a prestação jurisdicional, não as faz cumprir, há um colapso, embora parcial, da incidência do ordenamento jurídico". E completava: "Se a incidência não se opera, mutilam-se a vigência e a eficácia. A lei se transforma num ente inoperante que, embora existente e reconhecido para reger o fato controvertido, nele não incide em virtude da omissão estatal." O resultado da inefetividade da tutela jurisdicional é por ele bem apontado:

"Cria-se na sociedade *a síndrome da obrigação não cumprida*, revertendo-se a valoração das normas de conduta: quem se beneficia das leis é o que as descumpre e não o titular do direito. Quem procura justiça, sofre a injustiça, pois o *lapsus temporis* que se forma entre o direito e o seu exercício, entre o fato jurídico e a fruição de suas vantagens pelo titular, beneficia o sonegador da obrigação que, escudado na demora, não cumpre a obrigação jurídica.

A lesão é múltipla e afeta o próprio conceito de ordem jurídica eficaz, ou seja, a crença, por parte dos cidadãos, de que a vida social se rege efetivamente pelas regras vigentes, podendo tanto o Estado quanto os indivíduos programarem por elas suas condutas no relacionamento social."

(10) A adoção preferencial da perspectiva dos *consumidores do serviço jurisdicional* é preconizada pelos mais autorizados processualistas do nosso tempo, a partir da idéia fundamental, expressivamente proclamada por *Mauro Cappelletti*, de que "o direito e o Estado devem ser vistos por aquilo que são – ou seja, vistos como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas

11 da Constituição de 1988, que compõem o Capítulo II ("Dos direitos sociais") de seu Título II ("Dos direitos e garantias fundamentais"), e a dura realidade nacional noticiada pelos meios de comunicação de massa (altos índices de desemprego; mais da metade dos trabalhadores urbanos e rurais prestando serviços sem vínculo empregatício reconhecido; expressiva parcela desses trabalhadores percebendo tão-somente o valor do salário-mínimo, notoriamente insuficiente para atender ao disposto no inciso IV do artigo 7º da Norma Fundamental; a inexistência, em favor dos empregados, da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa prometida pelo inciso I do mesmo artigo 7º da Constituição; sindicatos profissionais com baixo índice de sindicalização e com graves limitações para atuar em Juízo na defesa dos trabalhadores por eles representados, em virtude do entendimento jurisprudencial predominante,[11] e que, em suas negociações coletivas dos últimos anos, têm se limitado a lutar pela manutenção das conquistas normativas anteriores).

Além disso, a realidade diária da Justiça do Trabalho revela que boa parte dos mais elementares direitos trabalhistas, de natureza constitucional ou infraconstitucional, não são espontaneamente assegurados a seus beneficiários pelos empregadores (sendo ademais seu valor frequentemente reduzido, na prática, pelas conciliações extrajudiciais e judiciais).

É nessa ótica que a atuação concreta da jurisdição trabalhista ganha um significado maior: o conteúdo e o resultado das conciliações e das sentenças da Justiça do Trabalho, bem como de suas respectivas execuções, exercem um profundo impacto na aplicação prática do direito material em vigor. Pode-se mesmo dizer que, se significativa parcela dos destinatários da legislação trabalhista não a cumpre espontaneamente, o verdadeiro patamar mínimo dos direitos sociais praticados na sociedade brasileira não será aquele idealmente estabelecido na Constituição e nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), mas sim aquele que decorrer do resultado da atuação (ou da não atuação efetiva) do Poder Judiciário trabalhista.[12] Pode-se assim concluir, desde logo, que a própria existência

---

necessidades, e não o contrário" (conforme o seu artigo "Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero", *in Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1982, p. 243-245). Para maior desenvolvimento do tema, vejam-se ainda os sucessivos trabalhos do mesmo ilustre Professor italiano da Universidade de Florença "O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época", *in Revista de Processo*, v. 61, janeiro-março de 1991, p. 156, "O acesso dos consumidores à Justiça", *in As garantias do cidadão na Justiça*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p.324-325 e "Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas", *in O processo civil contemporâneo, Luiz Guilherme Marinoni* (coord.), Curitiba: Juruá, 1994, p.15-16.

(11) Consulte-se o Enunciado n. 310 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho (a despeito do disposto no artigo 8º, inciso III, da Constituição de 1988).

(12) Isto é, nada mais nada menos, a demonstração prática da constatação, recentemente pacificada entre os mais atualizados processualistas contemporâneos, de que a própria existência do direito subjetivo material depende da existência de normas processuais e de um aparato jurisdicional capazes de assegurar sua plena, oportuna e específica fruição por seus titulares, mesmo e especialmente nos casos de não cumprimento espontâneo da norma que o instituiu pelo sujeito que essa mesma norma incumbiu de reconhecê-lo ou de prestá-lo. Isso, aliás, já é absolutamente pacífico nos sistemas processuais dos países filiados à família jurídica do *common law*. Neles, há

do direito material, entendida esta não como mera previsão abstrata de situações da vida, mas como proteção real e concreta dos interesses tutelados, depende da efetividade do direito processual e da atividade jurisdicional para proporcionar a satisfação específica do mesmo.[13]

Reitere-se: na medida em que a própria aplicação do direito material pelos tribunais de determinada sociedade (através das sentenças ou das conciliações celebradas em Juízo) coincidir (ou, ao menos, aproximar-se) do conteúdo pleno das normas constitucionais e legais correspondentes, tornar-se-á ela, além de mecanismo de justa pacificação daquele conflito específico que foi submetido à apreciação e ao julgamento do Estado-juiz, também um poderoso instrumento de indução do futuro cumprimento espontâneo das normas por seus destinatários, na perspectiva mais geral da sociedade na qual eles estão inseridos. Infelizmente, não é isso que se verifica hoje em nosso país, no dia-a-dia das relações trabalhistas.

As conseqüências negativas desse estado de coisas transcendem a esfera puramente trabalhista, para chegarem ao campo do direito constitucional. Em uma perspectiva mais ampla, paralela e não excludente, enquanto o direito processual e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de assegurar o cumprimento dos desígnios da Constituição democrática de 1988 (seja em seus princípios, seja em seus capítulos dos direitos sociais fundamentais e da ordem econômica e social) e do direito material do trabalho, os direitos fundamentais de natureza social (os *direitos huma-*

---

muito se proclama, sem divergências, que não se pode verdadeiramente falar da existência de direitos materiais sem os remédios processuais capazes de assegurá-los contra lesões ou ameaças de lesão – idéia expressa no brocardo *no remedies, no rights*, corrente naqueles sistemas. A esse respeito, *Cappelletti e Garth* citam *I. H. Jacob*, que afirma que "são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos" ("Access to justice in England", seção VI A-D do volume original do Projeto de Florença, *apud Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant. Acesso à justiça, op. cit.*, p. 35 e 69, notas 69 e 140).

(13) Já é pacífico, na doutrina mais autorizada, que a simples consagração dos direitos materiais no plano legislativo é insuficiente para assegurar resultados positivos reais a seus beneficiários. *Cappelletti & Garth* observam que "para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os direitos efetivos", citando a seguir esta incisiva observação do professor norte-americano *Marc Galanter* (*in* "Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal changes" (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias), *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 149, *apud Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant.* "Acesso à justiça", *op. cit.*, p. 68, texto e nota 138):

"O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens."

Citam eles ainda a manifestação igualmente crítica de um dos principais centros da Inglaterra de representação judicial dos titulares dos direitos sociais e dos interesses difusos (o Brent Community Law Center de Londres), no sentido de que "o problema de ...execução das leis que se destinam a proteger e beneficiar as camadas menos afortunadas da sociedade é geral", concluindo de forme crítica que:

"Tão grande é o problema e tão fraca a resposta do Governo que é de se questionar se vale a pena continuar fazendo essas leis, uma vez que, como no presente, elas continuarão a ser desrespeitadas. Nessas circunstâncias somos levados a duvidar de que tais leis pretendam ser mais que elaborados exercícios de relações públicas" ("Brent Community Law Center", First Annual Report, London, 1975, p. 30, *apud Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant.* "Acesso à justiça", *op. cit.*, p. 69, texto e nota 139).

nos de segunda geração, assim chamados desde os já distantes idos do início do século XX) continuarão não passando, na prática, de meras promessas feitas por legisladores (alguns bem-intencionados e outros nem tanto) às grandes massas de despossuídos.

Tal situação, por sua vez, configurará a existência de duas *ofensas constitucionais*, paralelas e que se interpenetram: em primeiro lugar, no campo do direito material, uma grave e direta violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo flagrante desrespeito *a seus direitos sociais constitucionalmente assegurados*; ao mesmo tempo, na esfera do direito processual, uma não menos grave afronta ao *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, assegurado a todos os jurisdicionados em contrapartida à genérica proibição estatal da autotutela.

A respeito do direito fundamental dos litigantes à efetividade da jurisdição é lapidar o ensinamento de *Teori Albino Zavascki*, nos seguintes termos:

> "Sob a denominação de *direito à efetividade da jurisdição*, queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão para propiciar ao litigante vitorioso a concretização *fática* da sua vitória. O Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir — tanto quanto seja possível — a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: *o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo*. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela para garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.
>
> E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se que seja também expedita, pois que é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, 'sem dilações indevidas'.
>
> O direito fundamental à efetividade do processo — que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* — compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos."(14)

(14) *Zavascki, Teori Albino*. "Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais", *in Reforma do código de processo civil, Teixeira*, Sálvio de Figueiredo (coord.), *op. cit.*, p. 146-147 e *in Antecipação da tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

Diga-se com todas as letras: a incapacidade da Justiça do Trabalho de, por sua atuação concreta e, principalmente, pela simples possibilidade de sua atuação, induzir o cumprimento espontâneo das normas trabalhistas pelos empregadores em prol de seus empregados, além de contribuir para seu crescente congestionamento, tem um efeito mais amplo, mais profundo e, conseqüentemente, mais grave, configurando clássico *círculo vicioso*: os direitos humanos de segunda geração (ou os direitos sociais constitucionalmente assegurados), assim como os demais direitos abstratamente consagrados nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), são reduzidos à triste condição de meras promessas demagógicas feitas pelos legisladores às grandes massas, caracterizando aquilo que os constitucionalistas da atualidade, como por exemplo *Luís Roberto Barroso*,(15) têm incisivamente denominado de *hipocrisia constitucional e legal*.(16)

Para enfrentá-lo, a hermenêutica constitucional dos nossos dias já oferece um instrumental adequado para ao menos em parte neutralizá-lo, pela aplicação de adequadas técnicas hermenêuticas, as quais consistem, essencialmente, em considerar os *princípios* (constitucionais e legais) como verdadeiras normas jurídicas (aptos, portanto, a serem aplicados de forma direta e imediata, sem necessidade da intermediação de outras normas jurídicas que sejam *regras*) e em colocá-los no centro do sistema (atribuindo-lhes primazia na pirâmide normativa, retirando-os dos clássicos papeis meramente subsidiários que o positivismo jurídico lhes atri-

---

Ainda sobre o princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, a efetividade do processo e o acesso à justiça, consultem-se também Guerra, Marcelo Lima. *Execução indireta*, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 48-54; *Proto Pisani, Andrea*. "Appunti sulla tutela di mero accertamento", *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1979, v. 2, p. 633-640 e *Lezioni di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 4-6, 587 e 629-636; *Bedaque, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 70-77; *Marinoni, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 202-206; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 7ª edição, p. 297-301, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2002, ns. 39 a 43, p. 104-116 e seu artigo "Universalizar a tutela jurisdicional", *in Fundamentos do processo civil moderno*, tomo II, São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 2001, ns. 439 a 441 e 456, p. 840-846 e 873-875; *Comoglio, Luigi Paolo*. "Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali", *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1994, n. 4, p. 1064-1065 e "I modelli di garanzia costituzionale del processo", *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1991, v. 3, p. 675-679; e, por fim, *Barbosa Moreira, José Carlos*, "Tutela sancionatória e tutela preventiva"; *in Temas de direito processual – segunda série*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21-22 e "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", *in Temas de direito processual – terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42.

(15) *Barroso, Luís Roberto*. "Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 280.

(16) Este fenômeno, que consiste na criação e na ampliação de direitos materiais apenas no campo legislativo, mas desacompanhada da paralela e indispensável instituição de garantias e de mecanismos instrumentais capazes de assegurar aos seus titulares a fruição dos correspondentes bens da vida nos casos de seu não cumprimento espontâneo, pelos destinatários dos comandos normativos, é também conhecido na doutrina como a busca da *legitimação pela mera promessa*. *Cappelletti & Garth* citam manifestação do professor norte-americano *Handler* no sentido de que "Símbolos (tais como ... novas leis ...) são utilizados pelos adversários para pacificar grupos dissidentes, dando-lhes a sensação de que cumpriram seus objetivos, quando, de fato, resultados mais tangíveis são retardados" (*Acesso à justiça, op. cit.*, p. 68, nota 138).

buía, de integradores do ordenamento jurídico e de orientadores da interpretação das regras jurídicas), tornando desse modo todo o conteúdo da Constituição verdadeiras *normas jurídicas*.[17] Nessa perspectiva, há muito vem advertindo o i. constitucionalista do Rio de Janeiro *Luís Roberto Barroso* que não há, em âmbito jurídico, avanço maior do que assegurar efetividade ao texto constitucional, com a realização concreta dos seus comandos no mundo dos fatos.[18]

Paralelamente, o processo civil dos nossos tempos, através da superação do conceitualismo positivista pelo instrumentalismo substancial a partir da segunda metade do século XX e da colocação da luta pela *universalização da tutela jurisdicional* e pela ampliação do *acesso à justiça* no centro das preocupações dogmáticas e metodológicas dessa disciplina (especialmente a partir da década de setenta do século passado), tem-se mostrado capaz de conceber novas e mais adequadas soluções para a denominada *crise da Justiça*, preordenando novos institutos e procedimentos capazes de atender às novas necessidades das modernas e democráticas sociedades de massa pós-industriais (caracterizando-se a atual fase do processo civil contemporâneo filiado à *escola instrumentalista*, inclusive o brasileiro, nas sempre expressivas colocações de *Cândido Dinamarco*, pela preocupação pelo atendimento aos portadores de pretensões *de baixo valor econômico*, pela *tutela coletiva* ao meio-ambiente, aos consumidores ou a comunidades integradas a grupos associativos, pela busca prioritária da *efetividade da tutela jurisdicional*, pela ênfase nos *escopos sociais do processo*, pela consagração do *acesso à justiça* como um valor a ser a todo custo postulado pela ordem processual e, enfim, pela implantação de um sistema de *processo justo e équo*).[19]

É nesse quadro mais amplo de transformação profunda das premissas, dos princípios e dos meios de atuação do direito processual moderno que se inserem as recentes reformas do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, iniciadas na década de noventa passada e ainda hoje em curso e nas quais ocupam papel proeminente seus novos artigos 273 e 461, que instituíram, em conjunto, um verdadeiro subsistema da tutela de urgência em nosso país, com o claro propósito de aumentarem a efetividade da prestação jurisdicional e de eliminarem graves *vazios de tutela* antes existentes. É o que agora cumpre examinar, de modo mais detalhado.

---

(17) Sobre a natureza de verdadeiras normas jurídicas e a primazia conferidas aos *princípios* pela moderna hermenêutica constitucional, vejam-se, entre outros, *Bonavides, Paulo*. "Curso de direito constitucional", São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 8ª edição, p. 236-240, 254, 263-265, 556-558; *Guerra Filho, Willis Santiago*. "Introdução ao direito processual constitucional", Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 31-37 e 52; *Rocha, Carmem Lúcia Antunes*. "Princípios constitucionais da administração pública", Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 21-43; *Dworkin, Ronald, Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-72 e 113-125; *Canotilho, J. J. Gomes*. "Direito constitucional", 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina,1993, p. 165-180 e 183.

(18) *Barroso, Luís Roberto*. "A efetividade das normas constitucionais revisitada", *in Revista de Direito Administrativo*, v. 197, jul./set. 1994, Rio de Janeiro: FGV, p. 31.

(19) *Dinamarco, Cândido* R. "Instituições de direito processual civil", vol. I, *op. cit.*, p. 281.

3. A UNIVERSALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A DISCIPLINA GERAL DA TUTELA DE URGÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O tempo é uma dimensão inerente ao processo e ao procedimento jurisdicional. A prestação da tutela jurisdicional definitiva (como regra geral produto de um procedimento de cognição plena e exauriente) não é e nem pode ser instantânea, pois um razoável intervalo de tempo entre o ajuizamento da ação e a prolação da decisão definitiva de mérito é sempre imprescindível para que sejam exercidos, por ambos os litigantes, seus direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa (e para que o juiz da causa, após o transcurso de uma fase processual de cognição *plena e exauriente*,[20] fique habilitado a proferir um *juízo de certeza* acerca dos fatos nela controvertidos).

No entanto, resgatando um dos clássicos ensinamentos de *Giuseppe Chiovenda* ("a duração do processo não deve causar dano ao autor que tem razão"), a doutrina processual contemporânea passou a reconhecer que, ainda que o autor possa obter, através da execução, o bem da vida perseguido, a demora na sua obtenção pode ser, por si só, fonte de dano, decorrente estritamente da dilação temporal do processo (como acentuado na Itália por *Italo Andolina*).[21]

Discorrendo exatamente sobre a questão do tempo no processo, o i. processualista paranaense *Luiz Guilherme Marinoni*, depois de lembrar que o processo será tanto mais efetivo quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão, afirma expressamente que é chegado o momento desse aspecto tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual.[22] E completa:

> "O processualista também tem grande responsabilidade perante a grave questão da demora do processo. Apesar desta afirmação poder soar óbvia, é importante lembrar que parte da doutrina sempre encarou a questão da duração do processo como algo — se não exatamente irrelevante e incidente — de importância marcadamente secundária, por não ser propriamente 'científica'. O doutrinador que imagina que a questão da duração do processo é irrelevante e não tem

(20) Para os respectivos conceitos e a distinção entre a clássica *cognição plena e exauriente* e as cognições diferenciadas *parcial e sumária*, veja-se, por todos, *Watanabe, Kazuo. Da cognição no processo civil*, 2ª edição atualizada, 2ª tiragem, São Paulo: Bookseller, 2000, p. 111-113.

(21) *Andolina, Italo*. "Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale", Giuffrè, Milano, 1.983, p. 20.

(22) A rigor, a importância da dimensão temporal do processo já havia sido destacada de forma precursora pelas palavras sempre inspiradas e tantas vezes citadas de *Francesco Carnelutti*, já em meados da década de cinqüenta, que advertia que o valor que o tempo tem no processo "é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não parece arriscado comparar o tempo a um inimigo, contra o qual o juiz luta sem descanso" (*in Diritto e processo*, Nápoles: Morano, 1958, p. 354).

importância 'científica', não só é alheio ao mundo em que vive, como também não tem a capacidade de perceber que *o tempo do processo é o fundamento dogmático de um dos mais importantes temas do processo civil moderno: o da tutela antecipatória.*

Como os princípios constitucionais do processo incidem sobre a estrutura técnica do processo *de iure condendo* e *de iure condito*, cabe ao processualista não apenas ler as normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais, mas também extrair do sistema processual as tutelas adequadas à realização concreta do direito à adequada tutela jurisdicional."[23]

O i. advogado e professor de processo civil da USP *José Rogério Cruz e Tucci*, pondo em destaque a *dimensão temporal* do devido processo legal nos dias de hoje e indicando como seu corolário e desdobramento essenciais *o direito ao processo sem dilações indevidas*, sustenta que a tempestividade (ou a oportunidade) da prestação jurisdicional é componente indispensável da efetividade do processo e acentua que, "quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória". [24].

Transcreve a seguir o incisivo magistério de *Bielsa e Graña*[25], *in verbis*:

"Um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, *transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta*, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. (...)

Em suma, o resultado de um processo "não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um *lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso*, visto que — caso contrário — se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, *para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar*".

Como se vê, embora a regra geral seja a prestação da tutela jurisdicional através do procedimento de cognição plena e exauriente (capaz de produzir a *certeza jurídica e os efeitos da coisa julgada material*, que são o

---

(23) *Marinoni, Luiz Guilherme.* "Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 17-21.

(24) *Cruz e Tucci, José Rogério.* "Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", *in Revista de Processo*, v. 66, abril-junho de 1992, p. 72-78 e *in Tempo e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 63-88.

(25) *Bielsa e Graña*, "El tiempo y el proceso", *in Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 55(1994):189-190, *apud José Rogério Cruz e Tucci*, "Tempo e processo", *op. cit.*, 1997, p. 65.

resultado da tutela jurisdicional padrão a todos prometida pelo Estado), essa espera nem sempre é compatível com a natureza do direito afirmado, especialmente quando ele deve ser usufruído imediatamente, sob pena de perecimento ou de dano grave a seu titular. Em tais casos, a demora do processo é causa do denominado "dano marginal do processo", causado pelo tempo estritamente necessário para o seu desenvolvimento normal. Para os ordenamentos processuais contemporâneos, o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir e realizar o acesso à justiça.

O direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, por sua vez corolário do *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, serve, portanto, não só para tornar inaceitável a excessiva duração *patológica* dos processos em geral (que é enfrentada por uma série de medidas, tais como a repressão à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça e pela racionalização, simplificação e dinamização do processo ordinário, inclusive pela compressão, no tempo, de suas fases processuais — configurando os denominados *processos sumários formais ou plenários rápidos*[26]) como também para justificar e tornar constitucionalmente obrigatória a predisposição, pelo legislador processual ordinário, de mecanismos e procedimentos diferenciados capazes de impedir que a falta da tutela jurisdicional em tempo razoável (pela incapacidade da tutela ordinária de prestá-la, em determinados casos) implique na lesão desta garantia fundamental.

Nesses casos excepcionais, é a própria exigência constitucional da efetividade da tutela jurisdicional que torna obrigatório que o sistema processual preordene meios adequados à eliminação ou neutralização do específico perigo da demora do processo ordinário, através de procedimentos de tutela diferenciada através da qual o juiz da causa possa tomar, liminarmente ou no curso do procedimento (ou seja, antes do trânsito em julgado de sua decisão definitiva de mérito), com base em cognição sumária no sentido vertical, ou seja, em juízos de mera verossimilhança (*fumus boni iuris*), medidas *de urgência* capazes de neutralizar aquele *periculum in mora*.

Há dois tipos de situações em que a simples *demora fisiológica* do processo é, em si mesma, causa de dano injustificável ao autor que tem razão: a) em primeiro lugar, os casos em que a própria natureza ou função do direito material controvertido exige sua satisfação imediata (ainda que provisória), sob pena de ser inútil a prestação de tutela jurisdicional ao autor somente ao final do processo — trata-se da *urgência determinada pela natureza e/ou função do direito material controvertido*; b) em segundo lugar, os casos em que é evidente a existência, em favor do autor, do direito material por ele postulado em Juízo, de modo a que toda e qualquer defesa eventualmente apresentada pelo réu será objetivamente abusiva e, portanto, ilegítima à luz do princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional — trata-se da *urgência determinada pelo caráter incontroverso do direito material postulado*.

---

(26) Dos quais é típico e significativo exemplo o procedimento sumaríssimo trabalhista, instituído pela Lei n. 9.957/00, que acrescentou à CLT os artigos 852-A a 852-I.

Na primeira hipótese, a simples demora natural e inevitável do processo, que não decorre de nenhum ato abusivo ou procrastinatório do réu (sua *demora fisiológica*), já é, para o autor, fonte de dano irreparável ou de difícil reparação — aqui, o autor necessita de uma *tutela jurisdicional de urgência* na acepção da palavra, para que seu possível direito material insatisfeito não pereça pelo simples decurso do tempo[27] (razão pela qual essa espécie de antecipação de tutela é também chamada de *tutela de segurança*). No segundo caso, embora em princípio fosse lícita a apresentação de defesa ou a prática, pelo réu, dos demais atos processuais normalmente a ele facultados, a ausência de uma controvérsia séria sobre o direito material postulado pelo autor torna ilegítima a *demora de início meramente fisiológica* daquele feito[28] — sendo que, nesse caso, o autor faz jus a uma *tutela de evidência* (em que sequer é necessária a existência de *periculum in mora*).[29]

Luiz Guilherme Marinoni é igualmente lapidar sobre os fundamentos éticos e jurídicos da tutela antecipada, especialmente nos casos em que não haja controvérsia séria sobre a procedência da pretensão do autor:

> "Se o autor é prejudicado esperando a coisa julgada material, o réu, que manteve o bem na sua esfera jurídico-patrimonial durante o longo curso do processo, evidentemente é beneficiado. *O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem!*
>
> É preciso que se perceba que o réu pode não ter efetivo interesse em demonstrar que o autor não tem razão, mas apenas desejar manter o bem no seu patrimônio, ainda que sem razão, pelo maior tempo possível, com o que o processo pode lamentavelmente colaborar.
>
> Se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela, que nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo".[30]

---

(27) São aqueles direitos que, nas sempre expressivas palavras de *Chiovenda*, "tanto faz o não prover quanto o prover sem efeito imediato", quando se está diante "de uma *possível* vontade da lei cuja atuação não permita retardamento" (*Chiovenda, Giuseppe*. "Instituições de direito processual civil", vol. 1, Campinas: Bookseller, 1998, p. 341).

(28) Veja-se ainda *Guerra, Marcelo Lima*. "Execução forçada – controle de admissibilidade", 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 33-40, para uma exposição aprofundada, à luz do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e da garantia do direito de ação constitucionalmente consagrados, da contribuição doutrinária do processualista italiano *Italo Andolina* sobre o conceito de *dano marginal por indução processual*, diretamente causado pela própria duração normal e inevitável do processo e que constitui o tipo especial de *periculum in mora* que a tutela cautelar – aí também incluídas as medidas antecipatórias – foi concebida para enfrentar.

(29) Exatamente por isso o novo artigo 273 do CPC brasileiro, introduzido pela Lei n. 8.952/94, estabeleceu, em seus dois incisos, duas distintas e paralelas hipóteses em que poderá ser concedida a antecipação dos efeitos de mérito da tutela pretendida ao autor que demonstrar, em cognição sumária, a plausibilidade de sua pretensão inicial, ou seja, desde que "I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; *ou* II — fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu".

(30) "Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença", *op. cit.*, p. 22-24.

Levando isso em conta, o direito processual dos países da família romano-germânica, nas últimas décadas, passou por significativo processo de modernização, tendo como declarado paradigma o sistema anglo-americano de execução das decisões judiciais[31] e visando a criação de mecanismos processuais mais ágeis e eficazes para a tutela específica e adequada de direitos materiais que, por sua natureza, eram na prática anulados pela demora inevitável que o procedimento ordinário e a sentença condenatória dele decorrente acarretavam para sua satisfação.

Diante da crescente inadequação do processo comum tradicional e do aparelho judiciário para enfrentar e coibir as macrolesões aos direitos individuais e interesses difusos características das modernas sociedades de massas, o direito processual civil dos países da Europa Continental passou a falar cada vez mais de uma "crise do processo executivo", passando a buscar mecanismos alternativos para a prevenção dos conflitos, de um lado, e a proteção imediata e eficaz dos denominados "direitos perecíveis" e "direitos evidentes", de outro.

Como bem observa *Humberto Theodoro Júnior*,[32] lutava-se de início apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los afinal à sentença, de forma útil para os litigantes — o que se fez através da *teoria das medidas cautelares*. Estas, contudo, por terem finalidade meramente *conservativa* do bem em litígio (não ensejando em princípio a *satisfação preventiva* dos interesses em conflito), não solucionaram o grave problema da demora na prestação jurisdicional *satisfativa*, que por vezes configurava verdadeira denegação da justiça e da própria tutela jurisdicional nos casos em que a tardia solução definitiva do processo se dava quando o direito reconhecido em Juízo já havia perecido, no campo da realidade.

Em conseqüência, o direito positivo dos países europeus passou cada vez mais a adotar mecanismos de tutela antecipada para assegurar a todo e qualquer litigante, nos casos de risco de perecimento do próprio direito material vindicado pela demora natural do processo, *medidas de urgência* capazes de *antecipar* os efeitos do possível julgamento de mérito, embora sempre sob o signo da *provisoriedade*.[33]

---

(31) Descrevendo tal sistema do *Common Law*, o i. ministro do STJ e professor de processo civil Luiz FUX (*in Tutela de segurança e tutela da evidência — fundamentos da tutela antecipada*, Ed. Saraiva, São Paulo:1996, p. 169) observa com propriedade que nele, "em face do prestígio de que desfruta o Judiciário, amplíssimo é o poder de *injunction* do magistrado, podendo determinar proibições ou mandamentos passíveis de serem chancelados na decisão final confirmatória do provimento *initio litis*. Por isso menciona a doutrina do tema as *prohibitory* e *mandatory injunctions*". E acrescenta: "A característica marcante é a execução das decisões sob pena de desobediência, sancionada pelas contempt of court, cuja eficácia somente cessa com o cumprimento das ordens emanadas das *injunctions*".

(32) *Theodoro Júnior, Humberto*. "Tutela antecipada", *in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, SP, 1997, *Wambier, Teresa Arruda Alvim* (coord.), p. 181-182.

(33) Sendo relevante observar que, na Itália, a tutela antecipada foi, não por acaso, de início introduzida no âmbito das relações trabalhistas (através da sentença de reintegração de empregado e da decisão judicial proferida no curso do processo que ordena a imediata cessação de comportamentos "anti-sindicais"), só depois se estendendo ao processo civil em geral, para outros casos de urgência.

Tendo o Direito Comparado como pano de fundo e atendendo à exposição pioneira de *José Carlos Barbosa Moreira*, desde o final da década de setenta do século passado, sobre a existência de graves *vazios de tutela* no sistema de tutela jurisdicional então vigente e sobre a necessidade de se priorizar a tutela preventiva e específica das obrigações de fazer e não fazer sobre a tutela meramente ressarcitória[34], o direito positivo brasileiro passou a admitir a tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não-fazer, inicialmente de forma localizada (no artigo 11 da Lei n. 7.347/85 que veio disciplinar a ação civil pública, no artigo 213 da Lei n. 8.069/90 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e no artigo 84 da Lei n. 8.078/90 que aprovou o Código de Defesa do Consumidor), mas depois de forma geral, no bojo das significativas reformas do Código de Processo Civil brasileiro, através da Lei n. 8.952, de 13.12.94.

Estas alterações legislativas, em síntese, acolheram tudo aquilo que a moderna doutrina nacional e estrangeira preconizava a respeito de assegurar, na prática, o princípio da efetividade e adequação da tutela jurisdicional. Assim, o novo artigo 273 do Código de Processo Civil (em princípio destinado a disciplinar a tutela antecipada das obrigações que não sejam de fazer ou não fazer,[35] regulada pelo § 3º do novo artigo 461 do mesmo Código) veio autorizar a concessão pelo juiz, a requerimento da parte, da antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que haja prova dos fatos, seja verossímil a alegação e haja "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" ou "fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu". Ao mesmo tempo, o novo artigo 461 do mesmo Código deu tratamento amplo e adequado ao tema da tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer.[36]

Não é objetivo do presente trabalho discorrer em detalhe sobre a disciplina legal da antecipação de tutela das obrigações em geral e da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, a cujo respeito já existe uma vasta produção doutrinária, de inegável qualidade.[37] Cumpre porém, a seguir, apontar os efeitos gerais e mais relevantes dos novos artigos 273 e 461 do CPC, na perspectiva da efetividade da tutela jurisdicional.

---

(34) *Barbosa Moreira, José Carlos.* "Tutela sancionatória e tutela preventiva" e "A tutela específica do credor nas obrigações negativas", *in* "Temas de direito processual — segunda série", São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1988, p. 25-29 e 30-48.

(35) *Dinamarco, Cândido Rangel.* "A reforma do código de processo civil", São Paulo: Malheiros, 1995, p. 141-142.

(36) O estatuto da tutela antecipada e específica instituído pelos novos artigos 273 e 461 do CPC foi recentemente ampliado e aperfeiçoado pelas Leis n. 10.358, de 27.12.01 e n. 10.444, de 7.5.02, como adiante será exposto de forma mais detalhada.

(37) No campo do processo civil, consultem-se, dentre outros, *Marinoni, Luiz Guilherme.* "A antecipação da tutela". 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999 e "Tutela específica" *(arts. 461, CPC e 84, CDC)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; *Zavascki, Teori Albino. Antecipação da tutela*; São Paulo: Saraiva, 1997; *Bedaque, José Roberto* dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo: Malheiros, 1998; *Castelo, Jorge Pinheiro.* "Tutela antecipada — na teoria geral do processo". Volume I, São Paulo: LTr, 1999; *Mesquita, Eduardo Melo de. As tutelas cautelar e antecipada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 e *Talamini, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não*

4. O SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DA GENERALIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA PROMOVIDA PELOS NOVOS ARTIGOS 273 E 461 DO CPC/73

A universalização do instituto da antecipação de tutela significou muito mais do que uma alteração do procedimento comum ou do que um aperfeiçoamento tópico dos mecanismos de que se utiliza o sistema processual para propiciar tutela jurisdicional. Como disse muito bem *Teori Albino Zavascki*, a reforma por ela representada alterou profundamente a própria estrutura do sistema, representando uma mudança nos rumos ideológicos do processo,[38] na medida em que abandonou definitivamente os princípios fundamentais do sistema processual construído no século XIX sob a égide da ideologia liberal e para atender a valores e necessidades muito diversos daqueles que predominam nas sociedades democráticas, de massas e pós-industriais do início do século XXI. Paralelamente, a clara opção preferencial desse mesmo sistema pela tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (e a conseqüente colocação da tutela ressarcitória através de sua conversão em seu equivalente monetário no último lugar da escala de prioridades) é mais um importantíssimo componente no processo histórico de reforço da efetividade e da própria existência *real* dos direitos substanciais consagrados no ordenamento jurídico e de recuperação do sistema processual como instrumento de atuação do direito objetivo.

Esse i. Ministro do STJ, em outro de seus trabalhos sobre o tema, bem salienta que o poder do juiz brasileiro de conceder medidas provisórias (de conteúdo meramente conservativo ou antecipatório dos efeitos da tutela definitiva postulada) tem sua origem, sua fonte de legitimidade e seu âmbito de eficácia demarcados diretamente pela Constituição, sendo, em suma, *um fenômeno de estatura constitucional e não simplesmente legal*. Embora a seu ver essa *função jurisdicional assecuratória* pudesse ser exercida pelos magistrados brasileiros mesmo sem os novos artigos 273 e 461 do CPC (e a disciplina da tutela cautelar, pelos artigos 796 a 889 do mesmo Código, antes já existentes), em decorrência direta do sistema processual e dos princípios fundamentais de natureza processual que estão consagrados na Constituição brasileira, salienta que a construção legal de um mecanismo processual concreto para a especificação e o detalhamento infraconstitucional dessa *função jurisdicional assecuratória* (que engloba as várias espécies de tutela provisória ou de urgência) desempenha a importante função constitucional de propiciar, na prática e diante de cada caso concreto, a concretização e a harmonização de direitos fundamentais (de natureza processual) em conflito.[39]

---

fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84), 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.No campo específico do processo do trabalho, consultem-se, também dentre outros, *Mallet, Estêvão*. "Antecipação da tutela no processo do trabalho", São Paulo: LTr, 1998. *Castelo, Jorge Pinheiro*. "Tutela antecipada — no processo do trabalho", Volume II, São Paulo: LTr, 1999 e *Oliva, José Roberto Dantas*. "Tutela de urgência no processo do trabalho". São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

(38) *Zavascki, Teori Albino*. "Antecipação da tutela", *op. cit.*, p. 3.

(39) *Zavascki, Teori Albino*. "Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais", *in Reforma do código de processo civil, op. cit.*, p.144-145 e 149-150.

Na medida em que a Constituição brasileira de 1988, acompanhando a tendência observada nas Constituições contemporâneas promulgadas na segunda metade do século XX, a partir do segundo pós-guerra, elencou no rol dos direitos fundamentais número expressivo de direitos de natureza processual, que constituem cláusulas daquilo que, em seu conjunto, constitui o *devido processo legal* e são freqüentes e multifacéticos os casos de conflito concreto entre eles, a sua solução, na maior parte dos casos, só poderá mesmo se dar pela *via judicial*, pela impossibilidade de a legislação ordinária prever regras jurídicas capazes de, por si sós, compatibilizar os bens e valores em contraste.

Salienta *Zavascki* que estes direitos fundamentais de natureza processual podem ser agrupados em dois grandes grupos: no primeiro, está o conjunto de direitos que constituem, globalmente, o *direito à efetividade da jurisdição*; no outro, situam-se aqueles direitos que compõem, em seu conjunto, o que ele denomina de *direito à segurança jurídica*.

O primeiro direito, também denominado, genericamente, de *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa*, significa, essencialmente, o direito de toda e qualquer pessoa provocar a atuação da função jurisdicional do Estado, da qual este detém o monopólio, para obter, em prazo razoável e adequado, não apenas uma decisão justa, mas também uma decisão *efetiva* (isto é, uma decisão *com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos*).

Do outro lado, como decorrência do *devido processo legal* expressamente previsto no inciso LIV do artigo 5º do Texto Fundamental brasileiro, está consagrado o *direito à segurança jurídica*, em decorrência do qual em princípio não só a liberdade mas também todos os direitos e bens em sentido amplo hão de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que o contrário seja definitivamente declarado, mediante o esgotamento do "devido processo legal" através de procedimento baseado em *cognição exauriente*, no qual os demandantes tenham tido assegurado o contraditório pleno e possam ter exercido em sua plenitude o direito bifronte de ação e de defesa, com os meios e recursos a ele inerentes (inciso LV do mesmo preceito constitucional).

Salienta o i. processualista gaúcho que, no plano normativo e em princípio, não há e nem pode haver hierarquia alguma entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, ambos direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, merecendo do legislador ordinário e do juiz a mais estrita e fiel observância.

Com acuidade, observa ele que, no plano da realidade, é freqüente a ocorrência de fenômenos de tensão, desencadeados por um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-los: o fator *tempo*. Como é curial, *o decurso do tempo* é essencial e inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica (que depende do esgotamento do procedimento de cognição plena e exauriente, no qual os litigantes tenham exaurido suas possibilidades de defesa). No entanto, muitas vezes a mera demora *fisiológica* do processo (para não falar em sua demora *patológica*) é incompatível

com a efetividade da jurisdição, especialmente quando o risco de perecimento do direito exige sua tutela urgente (ainda que provisória). Em tais casos-limite, nos quais o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição, estará caracterizada hipótese de colisão dos direitos igualmente fundamentais de ambos os litigantes, que exigirá uma solução harmonizadora que não consista, pura e simplesmente, em eliminar um dos direitos em confronto.

Pois bem: o instrumento de harmonização desses dois direitos fundamentais em conflito hoje disponível em nosso direito processual positivo, a partir da Lei n. 8.952/94, consiste exatamente na tutela *provisória*, admitida em princípio para todo e qualquer conflito intersubjetivo de interesses, através da qual o julgador outorgará medidas de caráter provisório aptas a superar as situações de risco de perecimento de todo e qualquer direito. Isto, como se sabe, se fará através de medidas *típicas* (isto é, preestabelecidas pelo legislador; por exemplo, pelas medidas cautelares de arresto ou de seqüestro ou pelas medidas antecipatórias concedidas no âmbito das ações possessórias ou que concedem alimentos provisionais) ou, nos casos em que é impossível prever as combinações de circunstâncias e acontecimentos capazes de configurar a necessidade de medidas que proporcionem tutela imediata e diferenciada, pelas medidas *atípicas* (a serem concedidas pelo julgador a cada caso concreto com base em *conceitos jurídicos indeterminados* e com o conteúdo mais adequado para a eliminação do perigo de retardo presente em cada caso, determinado pelo julgador do caso concreto) genericamente autorizadas pelo poder geral de cautela previsto no artigo 798 do CPC desde sua edição em 1973 ou pela possibilidade de concessão da tutela antecipatória instituída em separado pela reforma de 1994 através de seus novos artigos 273 e 461, § 3º.

Nas palavras de *Zavascki*, para formular a solução conformadora em cada caso concreto de conflito entre os direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade da jurisdição, o juiz brasileiro hoje tem à sua disposição duas técnicas distintas para assegurar a efetividade da jurisdição ameaçada pelo *periculum in mora*, que deverá utilizar segundo as necessidades determinadas pela natureza da situação submetida à sua apreciação: a técnica da *tutela cautelar* (através de medidas de pura garantia) e a técnica da *tutela antecipatória* (que implicará na antecipação, total ou parcial, dos efeitos fáticos da própria tutela definitiva pretendida na peça inicial). Este i. professor e magistrado assim sintetiza a matéria, em palavras que aqui merecem ser reproduzidas:

> "O que sustentamos, em suma, é que o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias, representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal. Trata-se de poder que nasce, não propriamente do art. 5º, inc. XXXV da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado, con-

figurados, como inevitavelmente se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida necessariamente pelo juiz. Com efeito, por ser inerente à função de decidir conflitos, é poder que decorre, não da lei, mas diretamente da Constituição. (...)

(...) as medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm um objetivo e uma função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de conveniência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente."(40)

De tudo isso podemos concluir que, nesses casos concretos de aparente conflito entre dois direitos constitucionais (e entre os princípios e valores a eles subjacentes) — o direito do demandado à *segurança jurídica* (o qual o resguardaria, em princípio, dos efeitos de qualquer medida judicial que representasse uma invasão de seu patrimônio jurídico antes da obtenção da *certeza* da procedência da demanda da parte contrária, após cognição plena e exauriente e a plena observância das garantias também constitucionais do contraditório e do amplo direito de defesa, com os meios e recursos a ele inerentes — *nulla executio sine titulo*) e o direito do autor de obter tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva de seus direitos subjetivos (por enquanto apenas afirmados, mas cujas verossimilhança, relevância e plausibilidade já podem ser aferidas pelo julgador em cognição sumária) em caso no qual está evidenciado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação caso não sejam tomadas as medidas judiciais *inovativas* idôneas a neutralizá-lo — o princípio da proporcionalidade autoriza que o primeiro deles seja comprimido e postecipado, como única maneira de o direito à efetividade da tutela jurisdicional, de sede e estatura igualmente constitucionais, não se tornar letra morta (considerações que evidentemente também se aplicam, *a fortiori*, às medidas cautelares conservativas, que representam uma invasão menor da esfera jurídica do requerido).

Nessa perspectiva, *a tutela jurisdicional de urgência* (tanto a provisória, típica ou atípica e de natureza conservativa ou antecipatória, quanto a definitiva, também denominada *sumária não-cautelar*, em casos tipificados pelo legislador ordinário) constitui um componente essencial e ineliminável da tutela jurisdicional, nos limites em que seja necessária para neutralizar "*pericula in mora*" (isto é, danos derivados da duração do processo de cognição plena) que sejam capazes de causar prejuízos irreparáveis ou de

(40) *Zavascki, Teori Albino.* "Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante", *in Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, abril-junho 1996, p. 58-62, *Inovações do Código de Processo Civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 31-36 e *Antecipação da tutela*, *op. cit.*, p. 61-68.

difícil reparação ao direito subjetivo em discussão. Nesses casos, é ela uma garantia constitucional de todos os jurisdicionados, que decorre necessariamente do direito constitucional de acesso à ordem jurídica justa e como contrapartida da proibição da autotutela, implicando concretamente em que a garantia da ação deve abranger todos os mecanismos possíveis e necessários a proporcionar ao titular do direito a proteção de que precisa e a que faz jus.

As *situações fáticas de urgência e de ausência de oposição ou de séria controvérsia sobre o direito material postulado* são os dois motivos concretos determinantes dessa forma diferenciada de tutela jurisdicional, distinta daquelas formas convencionais de tutela que são insuficientes e inadequadas para enfrentá-las. A urgência, nesse sentido amplo, está presente *em qualquer situação fática que implique em risco ou em embaraço à efetividade da jurisdição.*

5. A VERDADEIRA REVOLUÇÃO PROMOVIDA NOS PRINCÍPIOS E NA ESTRUTURA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO PELA GENERALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Com vistas a evitar que a necessidade de recorrer à função jurisdicional do Estado para proteger de ameaças ou de lesões os seus direitos ou legítimos interesses substanciais se torne, por si só, motivo de dano ao autor que provavelmente tenha razão e pelo relevo cada vez mais crescente que se deu à necessidade de se assegurar a tutela preventiva e específica a direitos fundamentais e de cunho não patrimonial para os quais é absolutamente insatisfatória a tutela repressiva e ressarcitória tradicional, com a edição dos novos artigos 273 e 461 do CPC passou-se a privilegiar a efetividade do processo em detrimento da segurança jurídica (que o Direito Liberal havia elevado a princípio de validade quase absoluta), ampliando-se o espaço para medidas de tutela *provisória* dos direitos (de cunho antecipatório e não mais apenas conservativo), concedida com base em cognição sumária e em juízos de mera verossimilhança.[41]

Com tal possibilidade, foram quebradas as premissas ideológicas que serviam de fundamento para o sistema processual anterior adotado em nosso país através do Código de Processo Civil de 1973. Como se sabe, esse diploma legal era absolutamente fiel aos dogmas e aos valores do direito liberal de origem francesa e italiana, por sua vez baseados na idéia central de que, em nome da liberdade individual dos jurisdicionados e da segurança jurídica que deve presidir a vida dos indivíduos na sociedade, era preci-

(41) *Luiz Guilherme Marinoni* (*in Novas linhas do processo civil, op. cit.*, p. 122) afirma que agora, o novo processo comum brasileiro deixa de priorizar como valor absoluto a "segurança jurídica", em nome da necessidade de uma maior plasticidade da tutela jurisdicional e, desta forma, de uma maior efetividade da tutela dos direitos substanciais. Para maior aprofundamento da questão, veja-se ainda, do mesmo autor, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.185-188.

so limitar os poderes do juiz, que só poderiam ser exercidos mediante provocação e sob o estrito controle das partes (princípios da demanda e dispositivo) e após a prévia apuração, com a máxima profundidade possível, da veracidade dos fatos alegados pelos litigantes e a conseqüente obtenção da *certeza* acerca do direito substancial aplicável à controvérsia (prioridade da cognição sobre a execução), por sua vez idônea à constituição do título executivo judicial (típica e previamente previsto na lei) capaz de, só então, justificar a atuação do julgador no campo dos fatos, para a satisfação do direito substancial a uma prestação, declarado ao final do procedimento de cognição (e, ainda assim, somente pelos meios de atuação coativa taxativamente previstos e autorizados pela lei processual — princípio da tipicidade dos meios executivos — e que, em geral, tinham natureza exclusivamente sub-rogatória, sem pretender coagir a vontade do réu que não cumprisse espontaneamente a sentença condenatória).

É este, a nosso ver, o principal efeito da generalização da tutela antecipatória no sistema processual brasileiro: uma profunda transformação das premissas e da forma de atuação da função jurisdicional do Estado, no sentido de conformá-la às novas exigências constitucionais de efetividade da tutela jurisdicional dos direitos substanciais estabelecidas, explícita ou implicitamente, pela nova Norma Fundamental democrática promulgada em nosso país em outubro de 1988. A importância e a profundidade dessas transformações, porém, só ficará clara através do contraste com o quadro resultante do sistema processual anterior, consagrado pela redação original do Código de Processo Civil de 1973, absolutamente fiel, em seus aspectos essenciais, à concepção individualística e privatística do processo comum construída pelos legisladores liberais franceses do início do século XIX (por sua vez fiéis aos ideais iluministas nascidos no século XVIII).

Na perspectiva do direito processual propriamente dito, o i. Professor da USP *Antônio Cláudio da Costa Machado*, em sua tese de doutorado sobre o tema, observa que a generalização da tutela antecipatória pelos novos artigos 273, I e 461, § 3º do CPC foi a mais revolucionária modificação já introduzida no procedimento comum brasileiro. É que ela implicou na duplicação do momento cognitivo das questões de mérito em primeiro grau, inserindo-se no limiar daquele procedimento uma fase em que o juiz é chamado a examinar e julgar, através de decisão interlocutória (em caráter menos profundo, no plano vertical, do que a cognição exauriente que serve de base à emissão de seu juízo final de mérito), as mesmas matérias fáticas e jurídicas que serão objeto de declaração na decisão final, devendo ser acentuando que este novo momento cognitivo (baseado em cognição sumária) é adiantado no tempo para permitir, nos casos de necessidade ou de evidência, o imediato atendimento ou acautelamento do direito provável deduzido em Juízo. Acrescenta ele que, de um número relativamente diminuto de direitos tuteláveis pela via liminar (a situação reinante em nosso país até 1994), passou-se, de uma só vez, para uma disciplina legal em que se tem a ampla e geral antecipabilidade da tutela jurisdicional de direi-

tos, através de decisões liminares ou interlocutórias proferidas antes da emissão da decisão final de mérito.[42]

Ainda segundo esse i. processualista, em conseqüência as próprias pretensões materiais, como tais reconhecidas no ordenamento jurídico substancial, foram potencializadas (na medida em que a simples perspectiva de um direito material qualquer poder ser tutelado prontamente por meio do novo procedimento comum resultante da reforma, através das medidas antecipatórias, implica em que esse mesmo direito passou a ter uma força intrínseca maior para se realizar no mundo dos fatos maior do que possuía antes da edição dos novos artigos 273 e 461 do CPC). Em outras palavras, o processo civil como um todo tornou-se mais potente para a realização das pretensões e muitos direitos materiais, que antes só podiam ser protegidos em Juízo, em caso de lesão ou de ameaça de lesão, através do ineficaz procedimento comum tradicional, acabaram se tornando intrinsecamente mais fortes no próprio plano do direito material, por causa da força do novo instrumento jurisdicional que passou a tutelá-los.

Aponta ele, como outro importante resultado da universalização da tutela antecipatória, ter-se tornado *atípica* (no sentido de ser aplicável, em tese, a todo e qualquer direito substancial, como tal reconhecido pela ordem jurídica em vigor) a proteção assegurada por este meio diferenciado de atuação coativa dos direitos, democratizando o instituto e evitando que o legislador privilegiasse certas pretensões e direitos materiais com a possibilidade da antecipação da tutela em detrimento dos direitos patrimoniais e não patrimoniais em geral (como também ocorria antes de 1994), criando situações de diferenciação na esfera da tutela jurisdicional de duvidosa constitucionalidade, do ponto de vista isonômico. Em suas próprias palavras, "o atual rito ordinário passa à condição de potencial receptáculo de providências urgentes de variada eficácia, subvertendo, por completo, a ordem vigente até 1994." E conclui:

> "A rigor, tamanha foi a transformação realizada que não parece incorreto afirmar que o antigo procedimento comum (ordinário e sumaríssimo) morreu, dando lugar a um outro, cheio de potencial e efetividade, e fazendo crer que um novo processo de conhecimento aca-

(42) *Teori Albino Zavascki* também afirma, nessa mesma perspectiva, que a universalização da tutela antecipada representou "um rompimento definitivo da tradicional segmentação das atividades jurisdicionais, separadas, na estrutura original do Código, em ações e processos autônomos, de conhecimento, de execução e cautelar. Várias dessas atividades, desenvolvidas tradicionalmente em processos apartados de execução ou cautelar, foram transpostas de sua sede autônoma para dentro do processo de conhecimento, no qual passarão a ser cumpridas mediante ordens ou mandados expedidos ali mesmo pelo juiz." (*in Antecipação da tutela, op. cit.*, p. 3). Mais adiante, nessa mesma obra, reafirma ele que o novo artigo 273 do CPC brasileiro, ao transformar as medidas antecipatórias, até então previstas apenas para determinados procedimentos especiais, em providência alcançável genericamente em qualquer processo, produziu uma notável mudança de concepção do próprio sistema processual. E completa: "A profundidade da mudança – que, como se disse, é, mais do que da lei, do próprio sistema – se faz sentir pelas implicações que as medidas antecipatórias acarretam, não só no processo de conhecimento, mas também no processo de execução, no cautelar e até nos procedimentos especiais"), acrescentando que se operou uma notável valorização do princípio da efetividade da função jurisdicional (*op. cit.*, p.70).

ba de surgir. Mas isso tudo vai depender fundamentalmente de como o nosso Judiciário se colocará diante de mudança tão radical."[43]

Com efeito, a universalização da tutela antecipatória em geral (feita pelo artigo 273 do CPC) e, em particular, das obrigações de fazer e não fazer (pelo seu artigo 461, através de seus parágrafos 3º a 6º), bem como a expressa prioridade que se conferiu à tutela específica dessa última modalidade de obrigações através desse último dispositivo, além de contribuírem decisivamente para que o processo finalmente consiga ser um instrumento efetivo de atuação do direito objetivo e de garantia da própria *existência real* dos direitos substanciais antes apenas abstratamente previstos no plano do *dever-ser*, significaram uma ruptura decisiva com o processo tradicional ainda comprometido com a visão iluminista e liberal que presidiu a sua formação. Em outras palavras, o seu significado maior, talvez ainda não inteiramente percebido pelos operadores do Direito em toda a sua potencialidade e em todas as suas conseqüências, foi ter provocado uma mudança profunda na estrutura e nos rumos ideológicos do próprio sistema processual brasileiro, na mesma direção dos valores democráticos e igualitários consagrados na Constituição de 1988 — é esta, aliás, a sua maior virtude.

É esse, portanto, o significado mais profundo e relevante da universalização da antecipação da tutela de mérito promovida pelos artigos 273 e 461, § 3º, do CPC: a ruptura com o paradigma clássico do processo civil comum, de feição individualista e liberal. Com a consagração genérica da possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela de mérito nos casos de *necessidade* (para evitar o perecimento do direito pelo simples decurso do tempo) ou de *evidência* (em que, por inexistir controvérsia séria sobre a existência do direito material pretendido, o mero decurso do tempo processual, seja pela dilação *patológica* do processo, seja por sua simples dilação *fisiológica*, é intolerável, em face do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e de seu corolário, o direito a um processo *sem dilações indevidas*). Em suma, mudou *o sistema*, mudou a *estrutura*, mudaram *os princípios fundamentais do processo* e, principalmente, mudou *a própria natureza da função jurisdicional do Estado* e *o modo de atuar de seu principal agente — o magistrado*.

Recentemente a Reforma do Código de Processo Civil passou por um segundo movimento orgânico em que, através das já citadas Lei n. 10.358, de 27.12.2001 e Lei n. 10.444, de 07.05.2002, buscou-se ampliar, reforçar e harmonizar o poder geral de antecipação de tutela que a Lei n. 8.952/94 já havia outorgado aos juízes brasileiros. Em apertada síntese, isto se deu através das seguintes alterações do CPC em vigor:

a) art. 14, V e seu parágrafo único: onde se capitula como *atos atentatórios ao exercício da jurisdição* e passíveis de pesada multa, sem prejuízo das demais sanções criminais, civis e processuais

(43) *Machado, Antônio Cláudio da Costa.* "Tutela antecipada", São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 86-91.

cabíveis, os atos de desobediência a provimentos mandamentais ou de criação de embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, reforçando-se notavelmente o sistema de tutela antecipada e da efetivação, em juízo, das obrigações de fazer ou de não fazer;

b) §§ 3º, 6º e 7º do artigo 273: 1) pelo novo § 3º, promoveu-se o entrelaçamento das normas sobre a *efetivação* (e não execução, cumpre salientar) da tutela antecipada com o regime de efetivação da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, mediante a remissão a outros dispositivos do mesmo Código que tratam da questão, mais precisamente *todo* o artigo 588 (que disciplina a execução provisória da sentença, e que também sofreu significativa alteração, referida mais adiante), os parágrafos 4º e 5º do artigo 461 (para permitir ao juiz, sempre, a imposição de multas periódicas de finalidade *coercitiva*, para induzir o obrigado a cumprir o que lhe for ordenado, na tutela antecipada e para autorizá-lo a manejar outras medidas *atípicas*, ainda que não postuladas expressamente pelo autor, para persuadir o réu a adimplir ou para consumar, pela via *sub-rogatória*, os resultados que o obrigado pessoalmente recusou-se a produzir) e o novo artigo 461-A (que submeteu as obrigações de entrega de coisa ao estatuto da tutela específica instituído pelo artigo 461 do mesmo Código); 2) pelo novo § 6º, autorizou-se a tutela antecipada em relação à parcela, ou parcelas do pedido, que estejam fundadas em fatos incontroversos, dispensado nesse caso o requisito da urgência; 3) pelo novo § 7º, instituiu-se expressamente a fungibilidade entre medidas antecipatórias e cautelares, podendo a providência ser outorgada pelo juiz a um desses títulos (*em duplo sentido vetorial*, ressalte-se) ainda quando haja sido pedida com denominação inadequada;

c) artigo 287: por sua nova redação, restaurou-se a utilidade da denominada *ação cominatória* e promoveu-se sua compatibilização com o estatuto geral da tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e de não fazer introduzido pela fase anterior da Reforma, pela qual se pede seja imposta ao réu "a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa", mediante a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença *ou da decisão antecipatória de tutela*, com remissão expressa aos citados artigos 461 e 461-A;

d) § 5º e 6º do artigo 461: pela nova redação do § 5º incluiu-se expressamente *a imposição de multa por tempo de atraso* como uma das medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou antecipada que o juiz pode determinar, *de ofício ou a requerimento*, deixando-se ainda claro que *a requisição de força policial* é meio de imposição das demais medidas de concretização da tutela; pelo novo § 6º, consagrou-se de forma explícita o

poder do juiz, mesmo de ofício, de também "modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva";

e) artigo 588: em sua nova redação restou estabelecido, dentre outras modificações, que, na execução provisória da sentença (bem como na efetivação da tutela antecipada, por força do já mencionado § 3º do artigo 273), o autor ou exeqüente, no caso de reforma, total ou parcial, da decisão provisoriamente efetivada, terão responsabilidade objetiva pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos pela parte contrária, a serem liqüidados e exigidos no mesmo processo e na extensão da parte reformada (incisos I e IV e § 1º do art. 588) e que a caução idônea em geral exigida do autor ou exeqüente em *contra-cautela* da execução ou efetivação provisórias poderá ser dispensada *nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo*, quando o autor ou o exeqüente se encontrarem *em estado de necessidade* (inciso II e § 2º do artigo 588).[44]

Cumpre agora, ainda que de modo esquemático, apontar em quais aspectos foram quebradas as premissas ideológicas do modelo processual clássico (civil e trabalhista), no essencial fiéis aos dogmas e valores liberais importados dos modelos processuais francês e italiano do século XIX e do início do século XX (que se baseavam na idéia central de que, em nome da liberdade individual dos jurisdicionados e da segurança jurídica que deve presidir a vida dos indivíduos na sociedade, era preciso limitar os poderes do juiz):

a) *antes*, esses poderes dos magistrados só podiam ser exercidos após provocação (*princípio da demanda*) e sob o estrito controle das partes (*princípio dispositivo*); *agora*, embora a antecipação de tutela ainda deva ter sido postulada pela parte interessada (em observância do mesmo princípio da demanda e nos precisos termos do *caput* do multicitado artigo 273), o § 5º do artigo 461 do CPC estabelece que os meios de sua efetivação não precisam necessariamente ser aqueles pedidos pelas partes, podendo o juiz estabelecer outras providências que se mostrem mais aptas para obter o adimplemento (ou o resultado prático equivalente), inclusive *a imposição de multa por tempo de atraso*; paralelamente, o novo § 6º do artigo 461 do CPC autoriza que o juiz, *de ofício*, modifique o valor ou a periodicidade da multa coercitiva autorizada pelos parágrafos 4º e 5º do mesmo dispositivo;

---

(44) Sobre esse segundo movimento orgânico das Reformas do Código de Processo Civil brasileiro recentemente retomado e ainda em curso, consultem-se, dentre outros, Dinamarco, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, 4ª edição revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2003; Wambier, Luiz Rodrigues & Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 e *Cruz e Tucci*, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

b) *antes*, era absoluto o princípio da *prioridade da cognição sobre a execução* (pelo qual os poderes do juiz só poderiam implicar na invasão da esfera jurídica do demandado após a prévia apuração, com a máxima profundidade possível, da veracidade dos fatos alegados pelos litigantes e a conseqüente obtenção da *certeza* acerca do direito substancial aplicável à controvérsia — ou seja, após o esgotamento da *cognição plena e exauriente*, nos planos horizontal e vertical); *agora*, a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela de mérito significa exatamente o contrário: havendo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*tutela de urgência*) ou sendo praticamente incontroversa a existência do direito material postulado (*tutela de evidência*), será possível *a imediata efetivação de decisões judiciais interlocutórias*, proferidas após *cognição parcial e sumária* (*juízos de plausibilidade*), sem possibilidade de descumprimento pelo seu destinatário (artigo 14, V e seu parágrafo único, do CPC) e sem possibilidade de apelação (ou de recurso ordinário, no processo do trabalho) com efeito suspensivo (artigo 520, VII, do CPC);

c) *antes*, a satisfação prática do *direito substancial a uma prestação* só podia se fazer através da execução forçada, por sua vez possível somente em distinto processo (ou fase processual, no processo do trabalho) após a formação do título executivo (judicial, *in casu*); *agora*, sem necessidade do título executivo propriamente dito (que só se forma após o trânsito em julgado da sentença de procedência), é possível a imediata satisfação prática (ainda que provisória, nos moldes do artigo 588, II e seu § 2º, na qual a caução pode ser dispensada, nas obrigações até 60 salários mínimos e quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade), bastando para tanto uma decisão judicial de natureza *mandamental* ou *executiva lato sensu*;

d) *antes*, os meios de atuação das decisões que tenham por objeto o direito material a uma prestação (de dar ou de fazer) do demandado só podiam ser aqueles *típicos*, ou seja, aqueles predeterminados pela lei processual (*princípio da tipicidade dos meios executivos*) e que, em geral, visavam a efetivação de decisões estritamente *condenatórias*, razão pela qual tinham natureza estritamente *sub-rogatória* (execução direta, através de terceiro — a clássica *execução forçada*); *agora*, os meios de atuação são necessariamente *atípicos*, ou seja, são todos aqueles meios de atuação que a criatividade do juiz, exercitada no caso concreto e à luz de suas circunstâncias e necessidades, seja capaz de conceber para obter o *adimplemento* (ou a produção de *resultados práticos equivalentes*); além disso, as decisões proferidas para a concessão da *tutela de urgência* não são apenas condenatórias, mas sim *mandamentais e executivas lato sensu*, razão pela qual os meios de sua efetivação não são exclusivamente *sub-rogatórios*, havendo um grande espaço para a utilização das *medidas coercitivas*,

voltadas a pressionar a vontade do destinatário renitente das decisões judiciais para convencê-lo a adimplir pessoalmente a prestação delas objeto; ademais, há meios *sub-rogatórios* modernos, com vistas a assegurar a prestação de *tutela inibitória* nas relações jurídicas continuativas, em que o mais importante é impedir a reiteração da prática do ilícito.(45)

Se tais alterações são de fundamental importância na esfera processual civil, o que dizer de sua relevância e aplicabilidade em área tão sensível e relevante quanto a esfera trabalhista? É o que se passa a analisar em seguida.

6. A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS ARTIGOS 273 E 461 DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO E AS HIPÓTESES CONCRETAS DE SUA INCIDÊNCIA

A aplicabilidade dos mecanismos previstos nos artigos 273 e 461 do CPC para a tutela antecipada e específica dos direitos trabalhistas é hoje absolutamente pacífica. Assim se pronuncia *Estevão Mallet*, com suas habituais clareza e precisão:

> "A ausência de norma disciplinando a antecipação da tutela em demandas trabalhistas, bem como a perfeita compatibilidade de semelhante instrumento com as normas pertinentes a tais demandas, compõem, com perfeição, o suporte para a incidência do art. 769, da CLT.
>
> A propósito do último requisito, vale inclusive ressaltar que em poucos setores adquire, como em matéria trabalhista, tanta relevância a rápida tutela de direitos. Aliás, já houve mesmo quem dissesse caracterizarem-se os direitos trabalhistas pela exposição a prejuízo irreparável quando não satisfeitos de imediato. Tal afirmação veio a ser reforçada por *Cappelletti*, ao observar que, ante a natureza alimentar do salário e a condição geralmente de debilidade econômica do trabalhador, a demora na solução do litígio é uma forma intolerável de denegação de justiça."(46)

Exatamente no mesmo sentido manifesta-se o i. Ministro do Col. Tribunal Superior do Trabalho e Professor *João Oreste Dalazen*, com igual propriedade:

---

(45) Para maior aprofundamento dessas questões, consultem-se, dentre outros, Dinamarco, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, *op. cit.*, p. 90-107, 144, 218-250, 254-259 e 266-270, Talamini, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*, *op. cit.*, p. 187-326 e 342-375 e o trabalho de minha lavra "Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas" *in Discriminação*. Vliana, Márcio Túlio (coord.), São Paulo: LTr, 2000, p.169-226.

(46) *Mallet, Estêvão*. "Antecipação da tutela no processo do trabalho"; *op. cit.*, p. 26-27.

"Hoje é praticamente consensual a opinião de que a *tutela antecipatória de mérito* é instituto amplamente recepcionado e bem vindo ao processo trabalhista. Seja ante a lacuna da legislação processual específica, seja porque se amolda à perfeição aos seus fins e princípios (CLT, art. 769). (...)

Óbvio que se há processo em que a *morosidade* é absolutamente *intolerável* tal se dá no trabalhista. Nenhum outro convive tão de perto com a pobreza, quando não com a miséria. Logo, retardar a prestação jurisdicional no processo trabalhista pode significar o comprometimento da fonte única de subsistência de uma pessoa e sua família. É *denegação* de Justiça qualificada!"(47)

Se antes das recentes alterações promovidas no estatuto geral da tutela antecipada instituído pelos artigos 273 e 461 do CPC pelas Leis 10.358/01 e 10.444/02 era discutível a possibilidade de aplicação irrestrita da antecipação da tutela nos casos das obrigações de dar (com vistas ao pagamento imediato de verbas trabalhistas em geral), à luz do disposto na redação original dos parágrafos 2º e 3º do artigo 273 do CPC (que respectivamente vedavam a concessão de tutela antecipada de mérito "quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado" e determinavam a observância, "no que couber", do disposto nos incisos II e III do artigo 588 do mesmo diploma legal — os quais, disciplinando a execução provisória, proibiam os atos que importem alienação de domínio e, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, priorizando de forma absoluta a necessidade de se assegurar a restituição das coisas em seu estado anterior, caso sobrevenha sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução), agora o novo § 3º do artigo 273 daquele Código tornou-a praticamente indiscutível.

É que esse preceito, ao estabelecer que a efetivação da tutela antecipada observará as normas previstas em todo o seu artigo 588, o qual, em seu também novo § 2º, consagrou de forma expressa que, nos casos de crédito de natureza alimentar (de valor até 60 vezes o salário mínimo), quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade, poderá o juiz da causa dispensar a caução idônea prestada nos próprios autos pelo autor que em princípio, à luz do inciso II daquele mesmo dispositivo, seria condição indispensável para o levantamento de depósito em dinheiro ou para a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado.

---

(47) *Dalazen, João Oreste.* "Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro", *in* LTr 61-07/875. Na mesma linha também se posicionam *Pinto, José Augusto Rodrigues.* "A modernização do CPC e o processo do trabalho", LTr, 1996, p. 92-94, *Nascimento, Amauri Mascaro.* "Antecipação da tutela no processo do trabalho", *in Processo do trabalho – estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto*, LTr, 1997, p. 131 e Márcio *Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault* (coords.). "Antecipação de tutela", *in O que há de novo em processo do trabalho*, LTr, 1997, p. 87.

Paralelamente, o § 6º do mesmo artigo 273 do CPC, também acrescentado pela citada Lei n. 10.444/02, permitirá, por exemplo, que o juiz do trabalho, diante da incontrovérsia (decorrente dos termos da defesa apresentada pelo reclamado) do direito do reclamante a determinado valor líqüido a título de verbas rescisórias, mesmo que ainda persista controvérsia entre as partes a respeito dos demais pedidos iniciais formulados pelo autor (versando, por exemplo, sobre horas extras não pagas e suas incidências), conceda desde logo, na inauguração da audiência, a antecipação da tutela de mérito relativa ao primeiro daqueles pedidos iniciais (ou até mesmo da parcela incontroversa deste pedido), mediante decisão mandamental e executiva *lato sensu* que veicule ordem ao demandado para que desde logo pague, no prazo razoável que então fixar, sob pena de incidência das medidas coercitivas que fixar (e à luz do que estabelecem o inciso V e o parágrafo único do artigo 14 do CPC, introduzidos pela Lei n. 10.358/01) ou de imediata execução provisória daquela quantia, através dos meios subrogatórios idôneos para tanto. Desnecessário dizer que tal possibilidade, consagrada no novo processo civil brasileiro, é de clara aplicação subsidiária, *a fortiori*, no processo do trabalho de nosso país, poderá ter efeitos altamente positivos na *efetividade da tutela jurisdicional trabalhista*, eliminando as defesas meramente de praxe e sem maior seriedade infelizmente ainda tão comuns na prática cotidiana da Justiça do Trabalho brasileira.[48]

No campo das obrigações de fazer e não-fazer, no entanto, não há maiores divergências doutrinárias quanto à plena aplicabilidade da tutela antecipada e específica na esfera trabalhista[49].

A título meramente exemplificativo, é possível mencionar várias situações em que a mesma encontrará campo fértil de atuação. O i. Ministro *João Oreste Dalazen* indica vários casos, de inegável importância prática, em que está em jogo, em última análise, o princípio constitucional da igualdade ou da isonomia[50]

a) a obrigação patronal de o empregador *não* estabelecer discriminação salarial entre os empregados fora dos casos consentidos em lei;

b) a obrigação de fazer consistente em *promover* o empregado, se comprovada a presença dos requisitos para tanto previstos em quadro organizado em carreira;

---

(48) Mesmo antes dessas novas modificações do CPC já se pronunciavam a favor da possibilidade de concessão de tutela antecipada para pagamento de quantia certa *Estêvão Mallet* (de forma genérica, *in Antecipação da tutela no processo do trabalho, op. cit.*, p. 119-123) e *Alice Monteiro de Barros* (em se tratando de diferenças salariais em sentido estrito que coloquem em jogo a própria sobrevivência do trabalhador, em seu artigo "Tutela antecipada no processo do trabalho", LTr 60-11/1.463-1.464 e *in Compêndio de direito processual do trabalho, op. cit.*, p. 683).

(49) Por todos, *João Oreste Dalazen*, que afirma com acerto "que é no campo das obrigações de fazer e não-fazer, por excelência, de que é tão rico o Direito do Trabalho, que a tutela antecipativa de mérito pode e deve desempenhar um exuberante papel no processo trabalhista. (...) presentes os pressupostos legais, basta um provimento mandamental impondo acatamento, sob cominação de multa-diária, sem necessidade do trâmites de uma execução." (*in* "Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro", *op. cit.*, p. 879).

(50) *Dalazen, João Oreste*. "Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro", *op. cit.*, p. 879-880.

c) a obrigação decorrente da Lei n. 9.029/95 de o empregador *não* adotar qualquer prática discriminatória por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (estando especialmente proibida a exigência de atestados de gravidez e de esterilização), sob pena de ser compelido à reintegração do empregado (conforme seu artigo 4º, I);

d) a obrigação decorrente do artigo 389, § § 1º e 2º, da CLT ou da aplicação, em sede de dissídio coletivo, do Precedente Normativo n. 22 da SDC/TST, de o empregador instalar ou proporcionar às suas expensas *creche* destinada à guarda de filhos de empregadas em idade de amamentação (o que, se não adimplida, concretizaria forma indireta de discriminar as empregadas com filhos recém-nascidos);

e) a obrigação de não despedir por motivo discriminatório empregado portador do vírus da AIDS[51].

A todos esses casos muito bem lembrados pelo i. autor acima citado, podemos acrescentar alguns outros a nosso ver igualmente relevantes, que demonstram, em seu conjunto, a grande importância e o potencial ainda maior de atuação que os instrumentos propiciados pelo novo artigo 461 do CPC ensejarão, na esfera trabalhista, desde que os operadores do direito estejam prontos a operá-los com equilíbrio mas, principalmente, com criatividade e sem preconceitos decorrentes de concepções ultrapassadas:

a) quando o empregador tiver como obrigação alterar a organização de seu processo produtivo ou instalar equipamentos gerais de proteção à saúde e à segurança de seus empregados, considerados tecnicamente indispensáveis para eliminar ou para atenuar a insalubridade ou a periculosidade existentes no ambiente de trabalho;[52]

---

(51) *Alice Monteiro de Barros*, ao tratar desse tema específico *in Proteção à intimidade do empregado*, São Paulo: LTr, 1997, p. 87-100, transcreve o seguinte precedente do C. TST:

"Mandado de Segurança. Sendo o empregado portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite o perecimento de seu direito. O *periculum in mora* é o próprio risco do perecimento da vida do empregado. De que adiantaria o empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após a sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer suas funções enquanto apto para tal." (TST-RO-MS 110.056/94.5, Rel. Min. Armando de Brito, sessão de 7.3.95, da SDI).

(52) Para uma análise extensa e aprofundada da questão da tutela da saúde e segurança nos locais de trabalho na Itália, tal como regulada na Constituição, nos Códigos Civil e Penal e no Estatuto dos Trabalhadores daquele país, com ênfase para a obrigação (ou, mais precisamente, o dever) do empregador de resguardar, através de obrigações de fazer e de não fazer a serem cumpridas de forma específica, a integridade física e moral dos trabalhadores em seu local de trabalho, veja-se o trabalho do professor da Universidade de Gênova *Giovanni Persico*, "Tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: una nuova fase", *in Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, v. 4, Milano: Giuffrè, p. 478-557. Para uma abrangente exposição do importante papel que as tutelas de urgência (cautelar e antecipatória) podem potencialmente desempenhar em prol da

b) quando a empresa deixar de cumprir espontaneamente as obrigações de fazer ou de não fazer que tenham sido avençadas em termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho que, nos termos do artigo 876 da CLT, na nova redação que lhe deu a Lei n. 9.958/2000, têm a natureza de títulos executivos extrajudiciais (não se podendo afastar, *a priori*, a possibilidade de se conceder tutela antecipatória mesmo em sede de execução, caso se comprove o perigo da ocorrência de prejuízo irreparável ou de difícil reparação caso seja necessário aguardar o normal desenvolvimento do procedimento executivo tradicional(53));

c) quando o demandado estiver comprovadamente praticando atos ilícitos capazes de lesar direitos e interesses individuais homogêneos de um número expressivo, embora indeterminado, de trabalhadores (por exemplo, fornecendo-os a outras empresas, como verdadeira mão-de-obra terceirizada, em condições de trabalho claramente enquadradas na definição legal de empregado estabelecida pelo artigo 3º da CLT mas sob a falsa roupagem de integrantes de cooperativas de serviços ou quando o empregador exigir de seus empregados, de forma contínua e permanente, a prática diária de horas extras, seja configurando habitualidade ou permanência lógica e legalmente vedada, seja ultrapassando sempre o limite legal de duas horas por dia), ensejando, ao menos em tese, a utilização de ação civil pública ou de reclamações trabalhistas de cunho individual (com fundamento no artigo 461 do CPC) visando reprimir e obter o ressarcimento pelas lesões já praticadas mas, principalmente, *inibir* a prática futura e reiterada dessa conduta ilícita;

d) quando o ente público estiver contratando servidores públicos sem prévio concurso público, em clara afronta à *obrigação de não fazer* que decorre da proibição constitucional contida no artigo 37, II e seu § 2º, da Constituição de 1988;

e) quando o empregador estiver contratando menores de 16 anos fora da condição de aprendiz ou de menor de 14 anos em qualquer condição, em clara ofensa ao disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição;

f) quando se tratar de obrigação de não discriminar, decorrente da aplicação do artigo 1º da Lei n. 9.029/95, que proíbe expressamente a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, por motivo de sexo,

---

tutela jurisdicional efetiva da saúde e da segurança dos trabalhadores brasileiros, veja-se, por todos, *Oliveira, Sebastião Geraldo de.* "Proteção jurídica à saúde do trabalhador", 2ª edição, São Paulo: LTr, 1998, p. 404-412.

(53) Veja-se, a esse respeito, o artigo de *Marcelo Lima Guerra* "Antecipação de tutela no processo executivo", *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, julho-setembro 1997, p. 22-31.

origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ou do inciso XXXI do artigo 7º da Constituição, que proíbe qualquer discriminação quanto a salário ou a critérios de admissão de trabalhador portador de deficiência;

g) quando se tratar da obrigação de contratar decorrente da aplicação de normas legais ou coletivas que reservem percentual de cargos e empregos públicos ou privados para pessoas portadoras de deficiência;

h) para impedir a prática, pelo empregador, de atos anti-sindicais contra as entidades representativas dos trabalhadores,(54) contra a livre organização sindical e o livre exercício dos direitos sindicais de seus próprios empregados e contra o seu direito de greve, assegurados pelos artigos 8º e 9º da Constituição;

i) para assegurar o cumprimento, pelos sindicatos, empregadores e trabalhadores, do artigo 11 da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89), que exige que, nos serviços e atividades essenciais definidos pela lei, seja garantida, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade;

j) quando for necessário impedir a adoção pelo empregador de práticas e métodos de controle da atuação e conduta dos trabalhadores no serviço, ou na entrada e na saída do mesmo, que sejam ofensivos à sua honra, dignidade ou privacidade (através, por exemplo, de revistas pessoais e coletivas que tenham caráter vexatório ou da instalação de instrumentos visuais ou auditivos que impliquem no controle permanente ou periódico das atividades do empregado pelo empregador ou por seus prepostos.(55)

A todos esses casos em que será possível a utilização da tutela antecipatória *atípica* autorizada pelo novo artigo 461 do CPC somam-se dois

---

(54) A respeito da repressão, na Itália, aos atos anti-sindicais dos empregadores através do artigo 28 do Estatuto dos Trabalhadores, veja-se *Barros, Alice Monteiro de.* "Condutas anti-sindicais – procedimento", *in Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 59, Janeiro-junho 99, p. 29-44 e *in Revista LTr*, v. 63, n. 11, novembro de 1999, p.1454-1461.

(55) Consulte-se, a esse respeito, a já citada obra de *Alice Monteiro de Barros* "Proteção à intimidade do empregado", *op. cit.*, p.72-81. Para um levantamento semelhante dos casos mais freqüentes de utilização da tutela cautelar e antecipatória no âmbito das relações de trabalho subordinado no Direito italiano, com ênfase especial para as providências *atípicas* de urgência autorizadas pelo artigo 700 do CPC daquele país e com ampla análise da possibilidade de seu uso também em favor dos empregadores, vejam-se *Dini, Enrico & Mammone, Giovanni. I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, 7ª edizione, Milano: Giuffrè, 1997, p. 737-828 e *Tarzia, Giuseppe. Manuale del processo del lavoro*, Milano: Giuffrè Editore, 4ª edição, 1999, p. 339-378. Veja-se ainda, a esse respeito, o artigo de *Mariangela Zumpano Tutela di urgenza e rapporto di lavoro, Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1989, p. 841-849, na qual esta deixa clara a possibilidade de sua utilização contra todo e qualquer tipo de alteração *in pejus* das condições do contrato de trabalho e para a tutela de urgência dos direitos de personalidade e que asseguram a dignidade social e moral dos trabalhadores, examinando ainda a questão da aplicabilidade da tutela de urgência em favor dos empregados que ocupam cargos e funções de direção.

casos em que o próprio legislador preferiu estabelecer hipóteses *típicas* de concessão de tutela antecipatória de obrigações de fazer e não fazer, preferindo desde logo estabelecer, de forma geral e abstrata, que tais situações fáticas configuram o *periculum in mora* (ou "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" ou ainda risco de ineficácia do provimento final) constitucionalmente e legalmente exigido para que seja concedida esta forma de tutela jurisdicional diferenciada, deixando-se para o juiz da causa apenas a avaliação da existência, no caso concreto, do *fumus boni iuris* (ou da verossimilhança do pedido ou, ainda, da relevância do fundamento da demanda) das alegações e do pedido do autor. Tratam-se das hipóteses previstas nos incisos IX e X do artigo 659 da CLT (respectivamente inseridos naquele dispositivo pelas Leis n. 6.203/75 e n. 9.270/96), que autorizam a concessão, pelo Juiz Titular de Vara do Trabalho, de medida liminar, até decisão final do processo, respectivamente em reclamações trabalhistas que visem tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do artigo 469 da CLT e que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

Em tais situações *típicas* (isto é, já previamente previstas pelo legislador, tornando desnecessário que o juiz, uma vez constatada a sua existência, cogite da existência ou não, nesse caso específico, do *periculum in mora* ensejador do deferimento da tutela de urgência), é evidente que as decisões interlocutórias do Juiz do Trabalho proferidas para tutelar liminarmente o direito afirmado do autor terão exatamente a mesma natureza antecipatória dos efeitos da tutela final de mérito postulada naquelas reclamações que as decisões proferidas nas outras hipóteses *supra* referidas, com a única (embora relevante) diferença de que o legislador, certamente em função da importância que atribuiu à tutela dessas situações controvertidas, preferiu evitar que fossem proferidas eventuais decisões judiciais que considerassem que tais lesões não configurariam o risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação causado pela simples duração normal do processo de cognição plena e exauriente, deixando expresso, desde logo, o contrário. Por essa absoluta identidade em natureza, portanto, a partir do momento em que foi editada a norma do artigo 461 do CPC, as decisões que antecipam a suspensão da transferência do empregado ou que determinam a imediata reintegração do dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado a seu emprego passaram a contar com todas as medidas de atuação coativa típicas e atípicas por ele autorizadas, tanto quanto qualquer outra medida antecipatória da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer concedida pelo juiz com base naquela norma processual.

Como é fácil de concluir pela simples análise de cada um desses casos, os direitos trabalhistas atingidos pelo descumprimento, pelo empregador, de obrigações de fazer e não fazer que decorrem diretamente das normas de ordem pública trabalhistas (configurando, em conseqüência, muito mais *deveres legais de conduta* do que meras obrigações privadas de origem contratual) são todos eles, direitos fundamentais com clara função não patrimonial (ou pelo menos predominantemente não patrimonial). Assim, os atos ilícitos praticados pelos empregadores, em tais circunstâncias,

não lesam apenas o direito dos empregados de receberem suas remunerações e demais vantagens pecuniárias decorrentes de seu contrato de trabalho: em tais situações, estão em jogo direitos e interesses muito mais relevantes e que também não têm expressão e alcance meramente individuais (como ocorre por exemplo nas questões envolvendo a estabilidade ou garantia de emprego de dirigentes sindicais e de representantes dos empregados nas CIPA's — Comissões Internas de Prevenção de Acidentes).

Trata-se, em casos como esses, de tutelar a vida, a saúde, a segurança, a honra, a privacidade, o direito a não ser discriminado, o direito de se sindicalizar, o direito de fazer greve e outros direitos de igual estatura constitucional e de igual relevância política, social e econômica. Diante da importância desses direitos, não se pode ter dúvidas, em uma sociedade que se pretenda democrática e civilizada, acerca da necessidade deles serem sempre tutelados de forma específica — o que equivale a dizer que, pelo menos em princípio, será constitucionalmente inadmissível permitir que os empregadores continuem, na prática, a lesar tais direitos para terem apenas que, ao final de um procedimento de cognição exauriente, ressarcir os trabalhadores lesados através do pagamento do montante pecuniário correspondente, quase sempre de difícil mensuração e, portanto, insuficiente para reparar as lesões por eles sofridas. Como já se disse insistentemente, tal concepção equivale a admitir que os empregadores têm o direito de "expropriar" os direitos trabalhistas fundamentais de seus empregados, desde que tenham recursos suficientes para tanto e se disponham a fazê-lo — tal entendimento, como é óbvio, não é compatível com os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático e das Constituições, como a brasileira de 1988, que os consagram.

Diante da insuficiência da tutela condenatória tradicional para reprimir de forma efetiva as lesões acima descritas contra os trabalhadores (tornando os direitos lesados letra morta, na esfera decisiva da realidade) e da necessidade de se obter uma tutela jurisdicional capaz de também, e principalmente, *inibir*, nas relações continuativas (como o são as relações de trabalho), a continuação ou a reiteração desses *atos ilícitos* de seus empregadores, é não só conveniente mas constitucionalmente obrigatório e indispensável que os operadores do Direito em geral, mas particularmente os magistrados trabalhistas (desde que devidamente provocados a tanto, uma vez que também aqui entendemos sempre aplicáveis as limitações decorrentes do princípio dispositivo), façam intenso uso do valioso instrumental propiciado pelo novo artigo 461 do CPC para, através da emissão de provimentos provisórios e definitivos de cunho *mandamental* e/ou *executivo "lato sensu"*, prestar a tutela específica (e, se necessário, antecipatória) das obrigações trabalhistas de fazer e não fazer que constituem parte relevantíssima do conjunto de direitos e garantias mínimos dessa natureza que lhe asseguram a Constituição e as normas trabalhistas de ordem pública, fazendo enérgico uso, na medida do necessário, dos novos meios de atuação coativa que a nova legislação processual em boa hora veio estabelecer.

7. OS EFEITOS DA UTILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE DAR E DE FAZER E NÃO FAZER NA ESFERA TRABALHISTA SOBRE A DINÂMICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SOBRE O PRÓPRIO DIREITO SUBSTANCIAL DO TRABALHO

A partir do momento em que tornam-se legalmente admissíveis novas formas de tutela capazes de atender a aquelas situações de urgência ou de evidência em que os direitos trabalhistas precisam ser atendidos de imediato, ainda que provisoriamente, sob pena de se dar origem a prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação a seu aleg3ado titular, é preciso reconhecer que, ao menos potencialmente, um novo patamar qualitativo é alcançado, não só no plano processual (quanto à sua efetividade), mas principalmente no plano substancial das relações jurídicas trabalhistas. É aqui que, mais uma vez, se demonstra a natureza instrumental da relação entre o direito processual e as normas jurídicas materiais, cuja aplicação é seu escopo maior e sua própria razão de ser.

É possível apontar três efeitos da maior importância que a utilização da tutela antecipatória e específica das obrigações de fazer e não fazer acarretará, no plano trabalhista: a) a eliminação ou, ao menos, a significativa diminuição das vantagens práticas, econômicas e jurídicas advindas do descumprimento das obrigações trabalhistas; b) o controle jurisdicional da autotutela empresária — até hoje incontrastada, na prática — nos campos do poder disciplinar e do poder diretivo do empregador; c) a eliminação dos "vazios de tutela" representados pela previsão em abstrato, nas normas trabalhistas materiais, de direitos sociais que, na prática, nunca ou quase nunca foram respeitados, por falta de instrumentos processuais idôneos para sua atuação coativa específica em caso de violação — o que, por sua vez, implicará, no plano substancial, em uma maior e verdadeira equalização das partes da relação de emprego, concretizando, no âmbito interno das empresas e nos locais de trabalho, o princípio constitucional da isonomia.

7.1. O combate à síndrome do descumprimento das obrigações

Se antes o empregador que descumprisse, ainda que de forma reiterada, os direitos fundamentais trabalhistas de cunho não patrimonial de todo um conjunto de trabalhadores, que implicassem em um dever de fazer ou não fazer (de natureza alimentar, ligados à sua saúde ou segurança, sindicais etc), corria apenas o risco de, ao final de um procedimento de cognição plena e exauriente (que por isso mesmo sempre exigiu um prazo mais ou menos longo para sua tramitação) e após o esgotamento dos recursos previstos pela lei (que lhe asseguravam quase sempre ao menos o acesso ao duplo grau de jurisdição), ser *condenado* a lhes pagar o equivalente pecuniário daqueles direitos (por definição insuficiente e insatisfatório, e isto só depois de nova *via crucis* representada pelas fases processuais

de liqüidação e execução forçada das correspondentes quantias, após o julgamento de pelo menos mais um recurso, o de agravo de petição), agora — ao menos potencialmente — a situação é outra.

Com a aplicação subsidiária dos artigos 273, 287 e 461 do CPC (bem como de todo o artigo 588 do mesmo Código, mas especialmente de seu inciso II e de seu § 2º) à esfera trabalhista, toda vez que o autor puder demonstrar, em sede de cognição sumária, que é plausivelmente o titular de um direito a uma prestação de dar ou de fazer ou não fazer que tenha fundamento relevante e esteja sujeito a *periculum in mora* capaz de tornar ineficaz a tutela específica definitiva que lhe poderá ser dada pelo provimento final pleiteado (ou, alternativamente, que seja *evidente*, no sentido de que se mostre *incontroversa*), fará ele jus à antecipação dessa tutela, em decisão liminar ou de qualquer outro modo interlocutória, de natureza não apenas condenatória mas sim preponderantemente *mandamental*, que deverá ser cumprida *imediatamente* pelo empregador dela destinatário sob a cominação de severas sanções pecuniárias (medidas coercitivas patrimoniais) ou penais (pelo crime de desobediência, utilizando as sanções criminais como forma indireta de coerção psicológica)[56], ou ainda, já agora através de inovadores meios sub-rogatórios, de intervenção judicial (parcial ou total) na direção de sua empresa (de forma similar à estabelecida pelos artigos 69 e seguintes da Lei n. 8.884/94, a chamada Lei Antitruste, determinada pelo juiz com base nos poderes indeterminados que lhe confere o § 5º daquele mesmo preceito do CPC).[57]

Isto, evidentemente, será capaz de destruir, de uma só vez, todas as vantagens econômicas, jurídicas e práticas que incentivavam os empregadores a ignorar, com intolerável freqüência, as normas constitucionais e

---

(56) A respeito da possibilidade da aplicação de medidas *coercitivas* de natureza pessoal sobre o demandado que, apesar da cominação de medidas coercitivas *patrimoniais*, continuar se negando a cumprir os provimentos *mandamentais* antecipatórios, vejam-se *Talamini, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84), op. cit.*, p. 301-326, *Grinover, Ada Pellegrini.* "Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*", *in Revista de Processo* n. 102, abril/junho 2.001, p. 219-227 e nossos trabalhos "Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não-fazer no processo do trabalho. Cominação de prisão pelo Juízo do Trabalho em caso de descumprimento do comando judicial", *in Revista do TRT-3ª Região*, v. 57, julho/dezembro 1997, p. 117-149, e "Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas." *in Discriminação, op. cit*, p. 169-226.

(57) Sobre a possibilidade da utilização subsidiária dos artigos 69 e seguintes da Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94), pela via aberta pela *norma de encerramento* consagrada no § 5º do artigo 461 do CPC, que autoriza da nomeação de fiscal ou interventor do juiz na pessoa jurídica que se recuse a cumprir o provimento mandamental antecipatório, como medida de apoio voltada à sua efetivação ou à obtenção de resultado prático equivalente, vejam-se *Guerra, Marcelo Lima.* "Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer", *in Processo de execução e assuntos afins. Wambier, Teresa Arruda Alvim* (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 296-321; *Watanabe, Kazuo.* "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer", *op. cit.*, p. 45, *Luiz Guilherme Marinoni, in* "Tutela inibitória (individual e coletiva)", *op. cit.*, p. 188 e *in Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC), op. cit.*, p. 121-122, 133, 144-145, 150-152 e 192-193 e, por fim, *Talamini, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84), op. cit.*, p. 275-283.

legais trabalhistas que estabeleciam direitos fundamentais em favor dos trabalhadores mas que, na prática, não se tornavam realidade, contribuindo para combater eficazmente, se não para eliminar em definitivo, a *síndrome da obrigação não cumprida* tão bem denunciada por *Antônio Álvares da Silva*.[58]

Como se vê, as novas possibilidades de atuação coativa jurisdicional dos direitos trabalhistas de cunho não patrimonial em nosso país abertas pela antecipação de tutela não se esgotam na sua capacidade de assegurar a satisfação efetiva do direito individual dela objeto em cada caso concreto, sendo o seu efeito preventivo (e, portanto, sobre o conjunto das relações trabalhistas ainda em curso) o seu aspecto mais relevante, do ponto de vista constitucional e social.

Como bem acentua *Arieta*,[59] se o devedor de uma obrigação ou de um dever legal é "induzido" ao seu cumprimento espontâneo pela simples possibilidade de ser a tanto condenado no provimento judicial definitivo (e esse poder de indução, como já se viu, é tanto menor quanto maior a inefetividade da tutela condenatória tradicional), é evidente que a instituição de mecanismos tão poderosos e eficazes como os da tutela antecipatória e respectivas medidas coercitivas autorizadas pelos §§ 3º a 5º do artigo 461 do CPC (e pelas sanções penais decorrentes da prática do crime de desobediência), além de contribuir para restaurar a força da ameaça da tutela definitiva futura, terá por si mesma um efeito preventivo e pedagógico ainda maior,[60] contribuindo para um incremento no número de situações em que as normas substanciais trabalhistas serão naturalmente cumpridas

---

(58) Tudo conforme já exposto no item 1 do presente trabalho, devendo ser acrescentado que, mesmo no âmbito intraprocessual, os efeitos da tutela antecipatória serão previsivelmente benéficos, no enfrentamento dos abusos do direito de defesa e das manobras procrastinatórias dos demandados. Nesse sentido, é significativa a informação de *Roger Perrot* (em sua obra *Les mesures provisoires en droit français, apud Marinoni, Novas linhas do processo civil*, Malheiros Editores, 1996, 2ª ed., p. 138) de que os resultados do sistema de "*provision*" (semelhante à antecipação de tutela prevista no inciso II do artigo 273 do CPC) foram benéficos pois, deixando o réu de ter do seu lado a demora do processo, foram desencorajados as defesas e os recursos abusivos e, com isso, os maus litigantes, que se esforçavam em fazer o processo durar muito tempo, esperando arrancar concessões de seus adversários.

(59) *Arieta*, "I provvedimenti d'urgenza", Padova, 1985, *apud Zumpano*, Mariangela, "Tutela di urgenza e rapporto di lavoro", *op. cit.*, p. 839, texto e nota 47.

(60) Evidentemente, este desejável efeito dissuasório só ocorrerá na realidade se as medidas coercitivas autorizadas pela nova legislação processual forem efetiva e rigorosamente aplicadas. Afinal, como já ensinava *Carnelutti* (*in Diritto e processo*, Nepoli, 1958, p. 287, *apud Alessandri, Nicola*, "Ancora sull'attuazione del provvedimento di condanna alla reintegrazione nel posto del lavoro", *op. cit.*, p.1.155, texto e nota 11), tanto a execução direta (por meios sub-rogatórios) quanto a execução indireta (por meios coercitivos) desempenham, em sentido amplo, a mesma coação psicológica à observância da lei por seu destinatário, mas só "enquanto o *subditus* tenha razão de temer a ameaça, isto é, enquanto ele saiba que não se trata de uma ameaça vã". Em outras palavras, os meios de atuação coativa dos direitos, sejam eles sub-rogatórios ou coercitivos, só são capazes de prevenir o inadimplemento se o processo for capaz de garantir que, se a norma não for espontaneamente obedecida, ela será atuada, através do uso da força necessária pelo Estado para obtenção do resultado do adimplemento (execução forçada) ou por meio da ameaça de aplicação, ao devedor, de sanções que lhe sejam ainda mais desvantajoses que o seu adimplemento voluntário, embora não espontâneo (execução indireta).

por seus destinatários, com a conseqüente e proporcional diminuição do número de lesões e dos conseqüentes litígios levados à apreciação do Poder Judiciário competente.

7.2. A ampliação do controle jurisdicional sobre a razoabilidade da autotutela empresária, exercida através do poder disciplinar e diretivo do empregador

A moderna doutrina processual trabalhista espanhola, como nos expõe *Blasco Pellicer*,[61] nos demonstra outro relevante papel que a tutela cautelar (dentro da qual, repita-se, considera ela incluída a tutela antecipatória) tem a desempenhar na dinâmica e no desenrolar das relações de emprego do mundo contemporâneo (sendo este mais um interessante exemplo da interdependência dos planos material e processual do direito e da influência deste último sobre o conteúdo e o alcance dos direitos substanciais das partes que integram uma relação jurídica substancial).

Como se sabe, o contrato de trabalho não se esgota na simples relação sinalagmática básica que decorre do ajuste celebrado pelas partes: de um lado, prestação de serviços prestados; de outro, e como contrapartida, pagamento da remuneração e dos demais direitos assegurados pelas normas trabalhistas. Ao celebrar um pacto dessa natureza, o trabalhador se insere em uma relação de autoridade e de controle alheios. Dessa inserção derivará todo um conjunto de relações jurídicas e obrigações — dentre elas, a de se sujeitar ao poder de direção do empregador (que forma parte do conteúdo essencial do direito de livre iniciativa constitucionalmente assegurado) e que é constituído por aquelas faculdades que, somadas ou combinadas, permitem levar adiante a iniciativa econômica da empresa em suas relações internas.[62] Reconhece-se que, dentro de parâmetros de razoabilidade e desde que não cause ao empregado nenhum prejuízo (CLT, artigo 468), o poder de direção empresarial implica na possibilidade que o empregador tem de modificar, unilateralmente, a relação laboral, em muitas das condições anteriormente praticadas — é este o denominado *jus variandi* do empregador.

Tanto na Espanha quanto no Brasil tais modificações (inclusive as transferências do empregado e as alterações de suas funções, formas de remuneração ou de horário de trabalho etc) não estão sujeitas a autorização nem a controle judicial prévio: ao contrário, são executivas e se presumem legítimas — porém, estão sujeitas a controle judicial posterior, caso este seja postulado oportunamente pelo interessado em ação própria. E é aqui que adquire especial relevância o direito à tutela cautelar (e antecipatória), visto de forma expressa naquele primeiro país, pela doutrina e pela jurisprudência, como um contraponto adequado a esse poder empresarial

---

(61) *Blasco Pellicer, Angel.* "Las medidas cautelares en el proceso laboral", Madrid: Editorial Civitas, 1ª edição, 1996, p. 73-77.

(62) *Martin Valverde, A.* "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RPS*, n. 137, 1983, p. 144, *apud Blasco Pellicer, Angel.* "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p.73-74, texto e nota 58.

que se pressupõe legítimo, é imediatamente executivo e tem a capacidade de modificar o estado de coisas da relação de emprego (situação nova que em princípio perdurará enquanto não for proferida sentença que a declare ilegal, decisão judicial que pode demorar bastante e que, por isso mesmo, pode dar ensejo ao surgimento de um *periculum in mora* que autorize a intervenção jurisdicional de urgência).(63)

A doutrina espanhola vê, em relação ao poder disciplinar empresário, outra área em que é fundamental e justificada a intervenção da tutela jurisdicional cautelar. Naquele país, é dominante o entendimento de que esse poder empresarial é, em última análise, *uma forma de autotutela de caráter ativo*, já que o empresário, sem necessidade de recorrer aos tribunais, pode impor, unilateralmente, a dispensa ou sanções disciplinares, defendendo um interesse próprio através de um ato jurídico unilateralmente praticado.(64) A efetivação da sanção disciplinar ou da dispensa depende da vontade exclusiva do empresário, que impõe *de per si* a medida disciplinar como forma de reação a um eventual descumprimento, pelo trabalhador, de suas obrigações legais e contratuais. Diante do exercício deste poder unilateral, ao trabalhador só resta recorrer ao órgão judicial, se não se conformar com o ocorrido. Nesse sentido, *Fernandez Lopez* afirma que o controle judicial é o fundamento último da legitimidade do poder disciplinar, o verdadeiro contrapeso que assegura o equilíbrio da posição das partes. Ademais, cumpre ele uma função controladora da "discricionariedade" do empresário no uso desse poder.(65)

---

(63) *Blasco Pellicer, Angel.* "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 75. Também o professor da Universidade de Sevilha *Juan Gorelli Hernández* (*in El cumplimiento especifico de la readmisión obligatoria*, Madrid: Civitas, 1995, p. 54-55, texto e notas 59 e 60), com base na doutrina italiana, observa que a atuação jurisdicional em geral e a reintegração coativa em particular constituem, em última análise, um sistema que teve que surgir para proteger aos sujeitos privados diante do exercício dos poderes privados representados pelas faculdades do empresário que integram a liberdade de empresa. A possibilidade de intervenção judicial no exercício do poder de direção e do poder disciplinar do empresário, tanto através da decisão definitiva quanto por meio de decisões de natureza cautelar ou antecipatória, constitui, em última análise, uma intervenção estatal reequilibradora das relações na empresa, através do controle jurisdicional negativo sobre a atividade organizativa e sancionadora do empresário.

Em suma, a tutela jurisdicional definitiva e a tutela jurisdicional cautelar (ou antecipatória) são o contraponto ou a contrapartida equilibradora que o ordenamento jurídico estabeleceu para evitar o exercício abusivo do poder de direção empresarial e do poder disciplinares que concedeu ao empresário os quais constituem uma forma de autotutela excepcionalmente admitida pela ordem jurídica, mas somente se exercidos de forma não abusiva, isto é, dentro dos limites da lei e da razoabilidade (o que a função jurisdicional do Estado pode perfeitamente controlar, no âmbito dos processos judiciais).

(64) Gil y Gil, J. L., "Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa", Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 33; *apud Blasco Pellicer*, Angel. "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 75, texto e nota 61.

(65) *Fernandez Lopez, M. F., El poder disciplinario en la empresa*, Civitas: Madrid, 1991, p.385-386, *apud Blasco Pellicer, Angel.* "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 75, texto e nota 62. Tratando do mesmo tema, *Mariangela Zumpano* (*in* "Tutela di urgenza e rapporto di lavoro", *op. cit.*, p. 842, texto e nota 64) chegava a dizer, já em 1989, que mesmo a doutrina mais recente de direito privado já admitia a existência, diante de alguns direitos potestativos (e o campo das relações trabalhistas seria exatamente uma das suas hipóteses mais significativas), de situações jurídicas contrapostas, tuteladas na forma de interesses legítimos, que teriam o efeito de autorizar que, no caso de controvérsias sobre o exercício dos atos de autoridade a ele correspondem-

Ocorre, porém, que normalmente o controle judicial da legalidade do exercício do poder disciplinar empresário só é possível depois da imposição da sanção ou da dispensa do empregado. Em outras palavras, o empresário produz, desse modo, uma modificação do *statu quo* que produzirá efeitos práticos antes de qualquer exame jurisdicional do ocorrido, o que pode, em alguns casos, provocar danos irreparáveis na esfera jurídica do trabalhador, pois a decisão definitiva proferida no procedimento ordinário só será proferida depois que a medida disciplinar já tiver sido cumprida. *Blasco Pellicer* observa que a doutrina espanhola tem preconizado, de forma cada vez mais insistente, que em tais casos deve ser admitida a possibilidade de ser concedida uma medida cautelar (no caso brasileiro, antecipatória) que determine a suspensão do ato empresarial que, em sede de cognição sumária, plausivelmente atente contra direitos fundamentais ou de cunho não patrimonial do trabalhador que estejam ameaçados de prejuízo irreparável ou de difícil reparação *a posteriori*.

Em conclusão, este i. professor da Universidade de Valência acentua que a tutela cautelar que é concedida nestes casos não suspende, diretamente e em caráter geral, o *jus variandi* ou o poder disciplinar do empresário. A atuação jurisdicional de urgência será autorizada apenas naqueles casos em que é necessário conservar a situação de fato anterior ao exercício unilateral do poder de direção empresarial ou de seu poder disciplinar (que teria sido alegadamente ilegal) mediante a suspensão do ato empresarial quando, se assim não se fizer, houver o perigo de se produzir um dano irreversível ao provável direito do trabalhador, para o qual não seria adequada a mera reparação em dinheiro, no momento da execução da decisão definitiva. Cita ele uma decisão do Tribunal Constitucional da Espanha em que este assinalou que o privilégio de autotutela, quando legalmente autorizado, não é incompatível com o artigo 24.1 da Constituição daquele país (que, relembre-se, estabelece como regra o monopólio estatal da jurisdição e o direito a uma tutela jurisdicional efetive), mas "desse mesmo direito fundamental deriva o poder jurisdicional de adotar medidas cautelares".(66)

Merece ainda especial menção que o legislador espanhol, dando aplicação prática ao disposto no artigo 53.2 da Constituição de 1978 na esfera trabalhista,(67) introduziu no *Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral* de 1990 todo um capítulo destinado à "tutela dos direitos de liber-

---

tes, o juiz possa investigar não só os seus requisitos de forma e de competência mas também o seu próprio "mérito" (isto é, os seus motivos), à luz dos princípios constitucionais porventura envolvidos. O que significa, de modo mais sintético, que também os motivos que determinaram o exercício do poder de direção empresarial no campo das relações do trabalho são suscetíveis de verificação e de controle jurisdicional, para que eventuais abusos cometidos possam ser alvo de medidas e provimentos de urgência, se necessárias para assegurar a efetividade de futura decisão definitiva que tutele os direitos e os interesses legítimos dos trabalhadores atingidos.

(66) STC 148/1993, de 29 de abril, *apud Blasco Pellicer, Angel*. "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 77, texto e nota 68.

(67) Que previu o estabelecimento de um procedimento especial, baseado nos princípios de preferência e sumariedade, para a tutela, perante os Tribunais ordinários, das liberdades e direitos fundamentais reconhecidos nos artigos da Constituição ali indicados.

dade sindical" (artigos 175 a 182, no Texto Refundido de 1995), protegendo não só esse direito constitucional como também todos os demais direitos fundamentais e liberdades públicas dos trabalhadores, inclusive os decorrentes da proibição de tratamento discriminatório (artigo 182 em vigor).

Blasco Pellicer salienta que o artigo 178 da LPL permite que o órgão judicial, a pedido do demandante, suspenda os efeitos do ato impugnado presumidamente lesivo.[68] A natureza cautelar (ou antecipatória, para o direito brasileiro) da medida não oferece qualquer dúvida, para este autor:

> "Ante a possibilidade de que a lesão do direito fundamental pudesse resultar irreparável, o legislador optou por estabelecer uma medida que, chegando a antecipar os efeitos de uma eventual sentença, assegure que a lesão não se converta em irreparável e proporcione, ao mesmo tempo, um desfrute adequado do direito fundamental. (...) O legislador está consciente de que, apesar de nos encontrarmos diante de um processo revestido da característica da sumariedade, o tempo necessário para se proferir a sentença pode acarretar que, quando esta seja dada, a lesão ao direito fundamental do ator já seja irreversível ou de reparação muito difícil. Por isso opta pelo único tipo de medida cautelar que cabe nestas situações nas quais a natureza do bem jurídico protegido e sua lesão se traduzem em obrigações de fazer o não fazer insuscetíveis de se converter em dinheiro: antecipar os possíveis efeitos da sentença, suspendendo os efeitos do ato impugnado que nestes momentos é, unicamente, presumidamente lesivo da liberdade sindical ou outros direitos fundamentais. O julgador, para isso, não deve chegar a uma plena convicção sobre a existência ou não da lesão, bastando que do exame das alegações das partes e das provas pertinentes relativas à suspensão e do ocorrido até esse momento chegue à convicção de que os pressupostos de toda medida cautelar, a aparência do bom direito e o perigo que possa derivar de esperar a sentença, mostrem-se indiciariamente como relevantes, de modo a assegurar o resultado ulterior da sentença. Não existe, neste momento, convicção sobre a existência da lesão e nem se pretende que ela exista. A questão é resolvida com base em um mero juízo de probabilidade sobre sua existência e os perigos que sua manutenção pode acarretar."[69]

Salienta ainda este professor valenciano que, nos termos do artigo 178.1 da lei de processo do trabalho espanhola (LPL), a medida protetora dos direitos fundamentais pode ir mais longe, se a simples suspensão do

---

(68) Pronunciando-se sobre o artigo 7º da Lei 62/1978 (que trata da proteção jurisdicional dos direitos fundamentais da pessoa no âmbito da jurisdição comum) e que também autoriza tal suspensão antecipatória do ato impugnado, o Tribunal Constitucional espanhol afirmou que este regime excepcional se justifica "pelo caráter privilegiado da proteção que o ordenamento jurídico outorga aos direitos fundamentais" (STC 36/1982, de 16 de junho, *apud Blasco Pellicer, Angel. Las medidas cautelares en el proceso laboral*, p.123-124, texto e nota 20), sendo evidente a aplicabilidade dessas considerações ao âmbito dos direitos fundamentais de natureza trabalhista.

(69) *Blasco Pellicer, Angel.* "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p.124-125.

ato impugnado não for suficiente para alcançar suas finalidades cautelares, autorizando-se a adoção de medidas de cunho claramente antecipatório, que impliquem não apenas na suspensão dos efeitos do ato empresarial, mas na integral reposição da situação fática ao estado em que se encontrava antes de se produzir a alegada lesão ao direito fundamental.(70)

Merece ainda especial atenção, pelo grande potencial de utilização prática que encerra, a colocação de *Albiol Montesinos*, para quem "a cautela pode muito bem servir para neutralizar os efeitos imediatos derivados do exercício de poderes empresariais que apareçam como formalmente motivados por razões trabalhistas, mas que podem ser materialmente discriminatórios por razões sindicais ou atentatórios a outros direitos fundamentais ou liberdades públicas, assim como possibilitar a abertura de novos caminhos jurisprudenciais em matéria de *jus resistentiae* do trabalhador."(71)

Por fim, *Blasco Pellicer* diz que, embora a LPL silencie a respeito, não cabe dúvida alguma de que o conteúdo da medida judicial cautelar é imediatamente executiva por sua própria natureza (e de forma específica, por força do artigo 239 da mesma lei, que exige "a execução em seus próprios termos"), sem prejuízo dos recursos que possam ser oferecidos contra a mesma, completando:

> "A característica de urgência da medida cautelar exige, por sua própria utilidade, que a mesma se leve a cabo de forma imediata, pois, caso contrário, perderia sua razão de ser e não cumpriria sua própria finalidade."

Todas estas considerações, extraídas da doutrina processual espanhola, evidentemente são aplicáveis, com as necessárias adaptações, às controvérsias trabalhistas ocorridas no Brasil em que também estejam em jogo direitos fundamentais de cunho não patrimonial — a principal diferença é que, aqui, não existe um procedimento diferenciado para a tutela dos direitos fundamentais, mas estes poderão perfeitamente ser tutelados de forma adequada através da aplicação dos preceitos do artigo 461 do CPC, nos moldes já preconizados anteriormente nesta tese.

Não se desconhece, por outro lado, que a falta de edição, até a presente data, da lei complementar prevista no inciso I do artigo 5º da Constituição de 1988 que protegeria a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa pelo Congresso Nacional,(72) torna muito difícil

---

(70) *Blasco Pellicer, Angel.* "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 132.

(71) *Albiol Montesinos, I.* "Modalidad procesal de la tutela de los derechos de libertad sindical", *in Comentarios a las leyes laborales: la ley de procedimiento laboral*, AA. VV. (dir. *e. Borrajo*), Madrid: Edersa, 1990, *apud Blasco Pellicer, Angel.* "Las medidas cautelares en el proceso laboral", p. 133, texto e nota 34.

(72) Com a conseqüência de que, hoje, o empregado brasileiro em geral continua sem qualquer proteção contra a ruptura unilateral de seu contrato de trabalho pelo empregador, além da multa incidente sobre o valor dos depósitos de seu FGTS prevista no artigo 10, I, do ADCT).

que o trabalhador isolado faça uso dos mecanismos aqui aventados para se proteger do exercício abusivo do poder diretivo e disciplinar de seu empregador. A solução, evidentemente, transcende os limites da tutela antecipatória e específica, dependendo, de um lado, do cumprimento da promessa constitucional acima referida e, de outro, da utilização de mecanismos processuais de natureza metaindividual e coletiva pelo Ministério Público do Trabalho (ação civil pública) e pelas entidades sindicais representativas das respectivas categorias profissionais (através da substituição processual prevista no artigo 8º, III, da mesma Norma Fundamental), questões que no entanto transcendem os limites do presente trabalho.

7.3. A eliminação dos vazios de tutela jurisdicional trabalhista e o uso da tutela antecipatória como instrumento de concretização do princípio constitucional da isonomia nas relações de trabalho subordinado

É preciso perceber que, antes da generalização da antecipação de tutela no sistema processual brasileiro, havia, na esfera trabalhista, uma gama enorme de direitos substanciais de natureza fundamental e não patrimonial (relacionados nos vários exemplos por nós referidos em item anterior desse trabalho) que, pura e simplesmente, por não serem adequadamente tuteláveis por sua substituição, *a posteriori*, pelo mero equivalente monetário, acabavam por ficar, na prática, sem tutela alguma, especialmente em casos de violações reiteradas, praticadas no curso de relações jurídicas continuativas (das quais as relações de emprego são um de seus mais importantes exemplos). Em tais casos, o que realmente existiam eram *vazios de tutela jurisdicional* absolutamente contrários à Constituição.

Com efeito, e como já se demonstrou anteriormente, a Norma Fundamental assegura não só vários direitos sociais de natureza substancial como também, em contrapartida do monopólio estatal da jurisdição (e da conseqüente proibição da autotutela pelos litigantes), consagra o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Este, por sua vez, exige tanto que os legisladores preordenem instrumentos idôneos para a sua concretização quanto que os julgadores interpretem as normas e utilizem os mecanismos para sua atuação sempre de forma a concretizar, no plano da realidade empírica, os direitos estabelecidos no plano do dever-ser. Eis aqui, cumpre reiterar mais uma vez, o principal significado e a função primordial do instituto da tutela antecipatória: *resgatar e recuperar a constitucionalidade de todo o ordenamento jurídico trabalhista*.

Por outro lado, e retomando-se o que se disse ao início desse tópico, na medida em que as normas processuais trabalhistas se tornam mais efetivas, produzem elas, por si sós, um efeito não apenas preventivo das ilegalidades mas também equalizador nas relações de trabalho em geral: se o empregador tem conhecimento de que as lesões trabalhistas individuais e coletivas que eventualmente praticar poderão ser enfrentadas de forma célere e eficaz tanto pelos trabalhadores diretamente atingidos quanto pelos seus sindicatos (e pelo Ministério Público do Trabalho, nos casos legalmente admissíveis), é inegável que a desigualdade econômica inerente a

toda e qualquer relação de trabalho subordinado será, para todos os efeitos práticos, diminuída. É nessa ótica que a utilização da tutela antecipatória no âmbito trabalhista passa a ter um significado fundamental — o de servir como um mecanismo de concretização do princípio constitucional da igualdade na esfera do Direito do Trabalho, substancial e processual.

Não se pode esquecer que o princípio constitucional da igualdade parte da premissa de que o Direito, ao lado de sua clássica função de assegurar as concepções dominantes de cada sociedade, tem uma função transformadora da realidade existente: embora reflexo das condições sócio-econômicas e das concepções ideológicas e culturais de determinado momento histórico, pode ele, numa permanente tensão dialética, ser também um poderoso instrumento de mudança do *status quo*, em prol de uma sociedade menos desigual e mais justa.

É bem verdade que a vida diária de nosso país mostra que, entre a proclamação de direitos fundamentais nos textos constitucionais e sua efetividade, há uma grande distância a ser superada. Afinal, como bem observa *José Afonso da Silva*, é "porque existem desigualdades é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais".(73)

Paralelamente, o cotidiano da Justiça do Trabalho e a análise da imensa maioria dos casos por ela conciliados e julgados nos mostram que, infelizmente, sua prática ainda não corresponde, em grande parte, à sua finalidade equalizadora: o acúmulo de casos e a conseqüente impossibilidade material de se dar uma célere satisfação aos direitos trabalhistas definitivamente declarados em Juízo, em combinação com a incapacidade das ações de cognição plena (e das sentenças condenatórias, que são o seu produto natural) de assegurarem a reparação integral e tempestiva dos direitos de cunho alimentar que são o cerne das relações trabalhistas têm sido, com certeza, os grandes fatores do aumento, hoje observado, do número de lesões aos mais elementares direitos dos trabalhadores brasileiros. Repita-se o que já se disse ao início desse trabalho: o número de dissídios individuais tem crescido em direta proporção da impunidade e da incapacidade deste ramo do Poder Judiciário de tornar o descumprimento da lei menos vantajoso, para aqueles que contratam a força de trabalho alheia, que seu cumprimento espontâneo.

Para inverter o resultado desta equação perversa, cumpre aos operadores do Direito, em geral, e aos magistrados trabalhistas, em particular, lançar mão, com firmeza e criatividade, dos instrumentos processuais hoje já disponíveis na lei processual civil, cuja aplicação subsidiária no âmbito trabalhista se dá com muito maior razão de ser, pela peculiaridade de seu objeto. Mais precisamente, o uso da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, com o emprego de todos os meios de execução indireta autorizados pela lei (multas pecuniárias, uso de força policial e decisões

---

(73) *Afonso da Silva, José.* "Curso de direito constitucional positivo", 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 190.

judiciais de natureza mandamental, se necessário com determinação de prisão em flagrante de quem as descumprir etc), terá a grande virtude de eliminar, em grande parte, as evidentes vantagens de que até hoje tem usufruído o devedor trabalhista (via de regra, a parte econômica e socialmente mais forte) quando deixa de cumprir suas obrigações legais, fazendo uso da via judicial para ganhar tempo e para forçar a parte hipossuficiente a transações visivelmente desvantajosas, nas fases de conhecimento e de execução.

Diga-se com todas as letras: o trabalhador que for alvo, por exemplo, de dispensa do emprego com inequívoco caráter discriminatório tem direito, se assim o desejar, a ser *imediatamente* reintegrado ao emprego (Lei n. 9.029/95, artigo 4º, I), desde que o magistrado trabalhista para quem sua reclamação trabalhista for distribuída tenha se convencido da verossimilhança dessa alegação e da relevância do fundamento da demanda, nos termos dos artigos 273 e 461 do CPC c/c o artigo 769 da CLT — neste caso, será proferida decisão mandamental da Justiça a ser cumprida de pronto, sob pena da aplicação ao réu, de forma cumulativa ou não, de multa diária suficiente para "convencê-lo" ao adimplemento da obrigação e de outras medidas coativas necessárias contra sua pessoa, caso descumpra a ordem judicial (inclusive sua prisão em flagrante, determinada diretamente pelo próprio Juiz que a emitiu). Assim, o empregador que não conseguir imediatamente reverter tal decisão nas esferas judiciais superiores competentes (através de mandado de segurança) não poderá mais postergar a satisfação daquele direito de seu empregado, como antes o faria.(74)

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo o que até aqui se disse não pretende ignorar que as novas possibilidade de atuação conferidas aos magistrados em geral (e aos magistrados trabalhistas, em particular) pelas reformas do processo civil brasileiro (subsidiariamente aplicáveis à esfera trabalhista nos termos do artigo 769 da CLT) não acarretam perigos de abusos e de desacertos. Os riscos de erros, abusos e arbitrariedades são inerentes a toda e qualquer forma de exercício da função jurisdicional e poderão ser enfrentados e mantidos em níveis aceitáveis tanto pela própria disciplina legal da antecipação de tutela, que implica em salvaguardas suficientes para as partes,(75) quanto

(74) Limitando-se a aguardar comodamente que fosse proferida sentença condenatória que seria objeto de recurso seu e, mesmo depois de seu trânsito em julgado, a criar toda sorte de obstáculos à reintegração do autor no emprego para ao final, na pior das hipóteses, apenas ter de lhe pagar, após as fases processuais de liqüidação e de execução (com novos recursos, ao menos para a segunda instância), os valores indenizatórios substitutivos, correspondentes àquele direito que, na prática, não teria sido objeto da reparação plena e específica a que o trabalhador discriminado faz jus, por força da lei e da Constituição.

(75) Que é por definição *provisória*, ou seja, revogável ou modificável a qualquer tempo, em decisão fundamentada, na exata dicção do § 4º do artigo 273 do CPC, e *dependente* do resultado final do processo, obtido somente após o transcurso do procedimento de *cognição plena e exauriente* no qual foi obrigatoriamente inserida, como agora está claramente estabelecido pela expressa remissão, feita pelo § 3º do mesmo artigo 273, a todo o artigo 588 do CPC, inclusive a seu inciso III, que dispõe exatamente nesse sentido.

pela existência de um célere e igualmente efetivo sistema de recursos e de meios de impugnação autônomos que permitam o adequado controle jurisdicional dos provimentos que concederem ou denegarem a tutela antecipatória pelos tribunais revisores (seja pela via recursal, como é o caso do agravo de instrumento no âmbito do processo civil, seja pela via autônoma, como se dá através do mandado de segurança e da ação cautelar no âmbito do processo do trabalho).[76] O que não se pode admitir é que o receio dessas distorções (perigo que, de resto, não deve ser exagerado) leve a uma postura paralisante, que acabe por tornar letra morta a antecipação de tutela e o próprio reforço dos poderes de atuação do juiz brasileiro.

Humberto Theodoro Júnior bem responde a esses temores, comparando o direito processual com a medicina: assim como esta "tem aperfeiçoado, cada vez mais, as técnicas cirúrgicas de emergência, para salvar pacientes em risco de vida, também o direito processual tem de conceber expedientes capazes de tutelar, em caráter de urgência, os direitos subjetivos que não podem deixar de ser prontamente exercitados, sob pena de perecerem e de conduzir os respectivos titulares a um profundo descrédito no processo judicial como um todo."[77]

Este i. professor da Universidade Federal de Minas Gerais invoca o magistério de *Piero Pajardi*,[78] que lembra que as medidas processuais de tutela provisória devem ser encaradas da mesma forma com que se cuida, em medicina, das *cirurgias de urgência*, que não permitem ao médico observar todas as cautelas e precauções normalmente prescritas para os tratamentos de rotina. Explica ele que o paciente, em condições *normais*, é colocado em observação por tempo técnico, sob acurada análise e cuidadosa avaliação. Mas aquele que se apresenta em condições críticas, configuradoras de um *estado de emergência*, reclama uma intervenção cirúrgi-

---

(76) Na medida em que a via recursal imediata aberta aos litigantes no âmbito do processo civil, através do agravo de instrumento, pelos artigos 522, 523, § 4º (que, na nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.352/01, autoriza sua interposição diretamente ao tribunal competente, e não exclusivamente como agravo retido, mesmo contra as decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento e as posteriores à sentença nos casos de dano de difícil e incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida) e 527 (especialmente seus novos incisos II e III, também na nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.352/01) continua completamente fechada às partes no processo do trabalho, por força do que dispõe expressamente (e sem exceções) o § 1º do artigo 893 da CLT (restando apenas, conforme o caso, as vias impugnativas autônomas do mandado de segurança e da ação cautelar, conforme a jurisprudência consagrada pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, através das Orientações Jurisprudenciais ns. 50, 51, 58, 63 e 65 de sua Seção de Dissídios Individuais (Subseção II) – SDI II.

(77) *Theodoro Júnior, Humberto*. "Tutela antecipada", *in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Wambier, Teresa Arruda Alvim* (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.202-203; "Tutela de segurança", *in Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, outubro-dezembro 1997, p. 29 e "Tutela antecipada e tutela cautelar", *in Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 342, abril-junho 1998, p. 120.

(78) *Pajardi, Piero*. "La ideologia ispiratrice dei provvedimenti d'urgenza in generale", *in Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 296, *apud Tutela antecipada, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, op. cit.*, p. 202; "Tutela de segurança", *in Revista de Processo, op. cit.*, p. 29 e "Tutela antecipada e tutela cautelar", *in Revista Forense, op. cit.*, p. 120.

ca imediata, sob pena de a futura cirurgia tornar-se inútil, diante do risco iminente do advento da morte do paciente. E *Theodoro Júnior* conclui, de forma didática e persuasiva:

> "Há técnicas e cirurgiões para pacientes *normais* e técnicas e cirurgiões de *urgência*, tal a especificidade desse último tipo de cirurgia.
>
> O mesmo há de passar-se com a tutela jurisdicional: há o processo *normal*, naturalmente lento e demorado, e há o processo de *emergência*, para as situações de urgência. Nos casos de risco de dano iminente e grave, o processo *normal* se apresenta inútil, porquanto a parte não dispõe de tempo para utilizá-lo de forma a impedir a consumação do grave prejuízo que se avizinha (...)."

Expõe este i. doutrinador mineiro, a seguir, o ponto crucial da questão, mostrando porque o risco de eventuais arbitrariedades não pode impedir a adoção das reformas indispensáveis para a superação dos graves vazios de tutela jurisdicional antes existentes no sistema de atuação coativa dos direitos antes existente em nosso país:

> "Um juiz privado de preparo técnico e de equilíbrio pode — é verdade —, no uso do poder de criar medidas de urgência, provocar danos incalculáveis e comprometer até mesmo o direito em litígio. Mas, isto se obvia por meio de remédios de ratificação e de recurso também eficazes e rápidos, e não pela simples eliminação do remédio processual de urgência.
>
> Assim como não se recusa o bisturi ao cirurgião de urgência, por simples temor de vir a ser mal utilizado, também não se pode negar ao juiz um amplo poder de antecipar providências e de tomar medidas preventivas. (...) E, como é intuitivo, 'não se pode refrear o movimento de progresso que perpassa o processo civil pela ótica paralisante do medo'."(79)

Também *Luiz Guilherme Marinoni*, de forma igualmente candente e persuasiva, afirma que o magistrado contemporâneo não pode ficar paralisado diante da simples possibilidade de causar prejuízo irreparável à esfera jurídica do réu, quando estiver diante de igual ou até maior possibilidade de dano de igual natureza ao autor, advertindo para os perigos da excessiva moderação no uso desses novos instrumentos processuais:

> "Não há razão para timidez no uso da tutela antecipatória, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado. *É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação*

(79) *Theodoro Júnior, Humberto.* "Tutela antecipada", *in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, op. cit.*, p.202-203; "Tutela de segurança", *in Revista de Processo, op. cit.*, p. 29 e "Tutela antecipada e tutela cautelar", *in Revista Forense, op. cit.*, p. 120.

(o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário — no qual alguns imaginam que ele não erra — para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos 'novos direitos' e que também tem que entender — para cumprir a sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade social — que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de 60 anos atrás (...)."[80]

Essa também é a firme e corajosa tomada de posição de *Cândido Rangel Dinamarco*, que em suas várias obras tem propugnado pela construção, em nosso país, de um processo justo, acessível e realizado em tempo razoável. Advertindo contra os juízes e advogados que pretendam, pela via interpretativa, obstar a efetividade dos propósitos da recente reforma do processo civil brasileiro (da qual a possibilidade de concessão de tutela antecipada e específica é uma das mais relevantes expressões),[81] este i. professor titular de direito processual da Faculdade de Direito da USP (depois de incisivamente lembrar que *legem habemus*) assim se manifesta, com absoluta propriedade:

"É preciso ousar, prudentemente, mas ousar. É preciso, se quisermos um processo mais rápido, assumir riscos com a consciência e a certeza de que o próprio sistema predispõe instrumentos para sua

---

(80) *Marinoni, Luiz Guilherme.* "Novas linhas do processo civil", *op. cit.*, p. 124-125 e *in A antecipação da tutela, op. cit.*, p.17-18.

(81) A respeito do grave e infelizmente tão comum problema do uso da denominada *interpretação retrospectiva* (mediante a qual os aplicadores de novas normas instituidoras ou ampliadoras de direitos, consciente ou inconscientemente, interpretam-nas como se nada de novo houvessem estabelecido, lendo-as à luz das normas anteriores que vieram substituir de modo a, na prática, anularem ou limitarem ao máximo o seu efeito transformador), que, se utilizado em relação à antecipação de tutela, pode neutralizar toda a sua efetividade, vejam-se *Barbosa Moreira, José Carlos.* "O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 304, dezembro de 1988, p. 151-155, *Barroso, Luís Roberto.* "Interpretação e aplicação da Constituição", *op. cit.*, p. 70-71 e 246 e *Theodoro Júnior, Humberto.* "Divagações em torno do tema *direito e processo*", *in Direito e processo*, v. 5, 1ª ed., Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997, p. 34.

Barbosa Moreira (*ult. op. cit.*, p. 152), depois de acertadamente descrevê-lo como "*fenômeno que*, apesar de negligenciado em geral pela teoria clássica da hermenêutica, *se pode observar com facilidade toda vez que entra em vigor novo código, ou nova lei de âmbito menos estreito ou de teor mais polêmico*", impiedosamente disseca a técnica de esterilização das inovações legislativas e constitucionais adotada por esse desvio de interpretação:

"Em tais ocasiões, raramente deixa de manifestar-se, em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar '*retrospectiva*': *o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica.*" (destaque e grifos nossos)

correção. A obsessão por níveis absolutos de certeza ou de segurança é fator irracional e utópico de perda de tempo e sacrifício de direitos. (...)

Os grandes princípios constitucionais do processo são em si mesmos perenes mas nem por isso devem ser cultuados como *fetiches*, nem a sua leitura há de ser estanque no tempo. As garantias constitucionais do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa etc. são parâmetros a serem observados na construção e prática da lei processual, mas devem ser interpretados segundo as necessidades do tempo e os legítimos valores da sociedade a que servem. Acima de todos eles paira a garantia do *acesso à justiça*, também oferecida em sede constitucional (art. 5º, inc. XXXV). Quando para a efetividade e necessária tempestividade da tutela jurisdicional for necessário infringir mediante simples *arranhões* algum desses princípios, ou interpretá-los sem os radicalismos estagnários de uma leitura tradicionalista e conservadora, que isso seja feito, porque assim caminha a História das instituições e assim convém à boa ordem jurídica e aos objetivos da justa pacificação pelas vias do processo".(82)

Cabe aqui, porém, uma nota de moderação: a antecipação de tutela, com todo o seu potencial, não é uma panacéia universal, e sofre as limitações inerentes a todo e qualquer instituto processual, como tal sempre sujeito às inadequações e às modificações (nem sempre para melhor) das normas de direito material e às permanentes variações da própria conjuntura política, econômica e social em que operam as instituições judiciárias. Paralelamente, o seu mau uso (ou abuso) por magistrados sem o indispensável preparo técnico(83) ou insensíveis à razoabilidade e ao equilíbrio que sempre devem estar subjacentes ao exercício da função jurisdicional podem, sem dúvida, comprometer a legitimidade e a efetividade de instrumento processual tão promissor.(84)

Finalizando, cumpre aqui reiterar que a intervenção imediata e eficaz do Judiciário trabalhista em conflitos tão variados e relevantes como os citados neste trabalho, para dizer, em cada caso, qual o direito realmente aplicável e para concretizá-lo em tempo útil, servirá para impedir o que até

---

(82) "*Dinamarco, Cândido Rangel.* "Aceleração dos procedimentos", *in Tribuna da magistratura – Caderno de doutrina*, julho/agosto 98, p. 340-341 e *in Fundamentos do processo civil moderno*, vol. II, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 905.

(83) Problema cuja solução passa necessariamente pela atuação cada vez mais intensa das Escolas da Magistratura e dos Centros de Estudos das várias associações dos magistrados brasileiros, com vistas à sua permanente atualização e à construção de uma técnica processual adequada à plena consecução de sua finalidade social.

(84) Nesse sentido é a ponderada advertência do i. processualista italiano *Federico Carpi* (em seu trabalho "La tutela d'urgenza fra cautela, 'sentenza anticipata' e giudizio di merito", *in Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1985, n. 4, p. 712), enfatizando a necessidade de que o magistrado tenha cuidados especiais, ao fazer uso dos poderes para proferir provimentos de urgência ao dizer, de forma curiosa mas acertada, que "a tutela de urgência cautelar atípica possui a energia do átomo. O importante é usar essa energia para fins pacíficos, e não para fins destrutivos."

os dias de hoje infelizmente vem na prática ocorrendo, na quase totalidade: o predomínio absoluto da vontade unilateral de muitos empregadores, como se fosse possível às próprias partes destinatárias da regular ordem judicial descumpri-la até o seu trânsito em julgado (e à sua posterior, incerta e por vezes tardia realização na fase da execução forçada tradicional), com base apenas em sua própria interpretação das normas legais, numa peculiar mas reveladora inversão de perspectivas...

Em outras palavras, a atuação da Justiça do Trabalho nos termos dos artigos 273, 287 e 461 do CPC afastará a *autotutela* que em nosso país a parte economicamente mais forte na realidade frequentemente vem praticando nas relações laborais, como se ao Poder Judiciário fosse vedado interferir de forma preventiva e eficaz para coibir tão importantes lesões a direitos trabalhistas, imediatamente após a sua prática — situação que configura flagrante desigualdade entre as partes do contrato de trabalho e de verdadeira (embora temporária) impunidade que, por sua vez, sempre incentivou sua reiteração, contribuindo decisivamente para a explosão de demandas trabalhistas em nosso país. Somente assim, aliás, será possível a esta Justiça Especial desempenhar sua função jurisdicional com a efetividade exigida pela Constituição democrática de 1988, contribuindo desse modo para dar expressão prática e real ao princípio constitucional da igualdade no âmbito das relações de trabalho.

O maior perigo para a efetividade da tutela antecipatória e específica ora universalizada e para a própria revitalização da função jurisdicional do Estado em nosso país, também no âmbito da jurisdição comum mas especialmente no âmbito da jurisdição trabalhista, é que os magistrados adotem uma postura imobilista, negando, consciente ou inconscientemente, os efeitos mais importantes e profundos desse instituto, impedindo que a jurisdição assuma, na prática, o caráter imperativo exigido para atender às novas necessidades sociais das sociedades democráticas de massas desse início de um novo século e às próprias exigências de efetividade da Constituição brasileira em vigor. É preciso, pois, que surja na prática um novo magistrado, com formação multidisciplinar que o capacite a atuar com responsabilidade no exercício dessa sua nova função constitucional ou, em outras palavras, um juiz que seja capaz de perceber o relevantíssimo e indelegável papel que ele é chamado a cumprir, como agente político do Estado responsável pela tutela jurisdicional dos direitos subjetivos ameaçados ou lesados (especialmente dos direitos fundamentais de natureza ou finalidade não patrimonial) e, por essa via, pela própria existência *real* desses direitos, através da atuação do direito objetivo nas situações em que esse não tenha sido espontaneamente observado por seus destinatários.

Em suma, a ampla e firme adoção desses modernos mecanismos processuais na esfera trabalhista em nosso país servirá de *instrumento* para uma mudança na *qualidade* das relações entre o capital e o trabalho (tornando-as menos discriminatórias e elevando-as para patamar mais civilizado) e, desse modo, para a maior efetividade do próprio Direito Material do Trabalho brasileiro. Paralelamente, a própria atuação da Justiça do Tra-

balho será grandemente ampliada em áreas de imensa relevância social e constitucional, contribuindo para que esta deixe de ser considerada uma mera "Justiça dos desempregados e dos acertos de contas", com baixos índices de celeridade e de efetividade, resgatando *sua elevada e exclusiva função constitucional de, com efetividade, dizer e concretizar o direito controvertido, nas relações de trabalho subordinado.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andolina, Italo. "Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale", Giuffrè, Milano, 1.983.

Barbosa Moreira, José Carlos. "Tutela sancionatória e tutela preventiva". *Temas de direito processual — segunda série,* São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21-22.

_____ . "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo". *Temas de direito processual — terceira série,* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42.

_____ . "Tutela sancionatória e tutela preventiva". *Temas de direito processual — segunda série,* São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1988, p. 25-29.

_____ . "A tutela específica do credor nas obrigações negativas". *Temas de direito processual — segunda série,* São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1988, p. 30-48.

_____ .O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 304, dezembro de 1988, p. 151-155.

Barros, Alice Monteiro de. "Tutela antecipada no processo do trabalho." *Revista LTr,* volume 60, n.-11, novembro de 1996, p. 1.461-1.468 e *in Compêndio de direito processual do trabalho.* São Paulo: LTr, 1998, *Barros, Alice Monteiro de* (coord.), p. 676-686.

_____ . *Proteção à intimidade do empregado.* 1ª ed., LTr, São Paulo, 1997.

_____ ."Condutas anti-sindicais — procedimento", *in Revista do Tribunal Regional do Trabalho — 3ª Região,* Belo Horizonte, v. 59, janeiro-junho 99, p. 29-44 e *in Revista LTr,* v. 63, n. 11, novembro de 1999, p. 1454-1461.

Barroso, Luís Roberto. "Interpretação e aplicação da Constituição — fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____ . "A efetividade das normas constitucionais revisitada", *in Revista de Direito Administrativo,* v. 197, jul./set. 1994, Rio de Janeiro: FGV.

Bedaque, José Roberto dos Santos. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)", São Paulo: Malheiros, 1998.

Blasco Pellicer, Angel. "Las medidas cautelares en el proceso laboral". Madrid: Editorial Civitas, 1ª edição, 1996.

Bonavides, Paulo. "Curso de direito constitucional", 8ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

Canotilho, J. J. Gomes. "Direito constitucional", 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina,1993.

Cappelletti, Mauro. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1982, p. 233-245.

_____ . O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, janeiro-março de 1991, p. 144-160.

_____ . O acesso dos consumidores à Justiça. *As garantias do cidadão na Justiça.* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 309-325.

_____ . Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *O processo civil contemporâneo*, Luiz Guilherme Marinoni (coord.), Curitiba: Juruá, 1994, p. 9-30.

Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant. "Acesso à justiça", Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, tradução e revisão de *Ellen Gracie Northfleet.*

Carnelutti, Francesco. "Diritto e processo". Nápoles: Morano, 1958.

Carpi, Federico. La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1985, n. 4, p. 680-724.

Castelo, Jorge Pinheiro. "Tutela antecipada na teoria geral do processo". Volume I, São Paulo: LTr, 1999.

_____ . "Tutela antecipada no processo do trabalho", Volume II, São Paulo: LTr, 1999.

Chiovenda, Giuseppe. "Instituições de direito processual civil", vol. 1, Campinas: Bookseller, 1998.

Comoglio, Luigi Paolo. "Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali", *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1994, n. 4, p. 1064-1065.

_____ . "I modelli di garanzia costituzionale del processo", *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1991, v. 3, p. 673-741.

Cruz e Tucci, José Rogério. "Tempo e processo". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ . Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, v. 66, abril-junho de 1992, p. 72-78.

_____ . *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Dalazen, João Oreste. "Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro". Revista LTr, v. 61, n. 07, julho de 1997, p. 875-880.

Dinamarco, Cândido Rangel. "A instrumentalidade do processo", São Paulo: Malheiros Editores, 1999, 7ª edição.

_____ . "A reforma do código de processo civil", São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ ."Universalizar a tutela jurisdicional", *in Fundamentos do processo civil moderno*, tomo II, São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 2001, p. 838-875.

_____ . "Instituições de direito processual civil", vol. I, São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2002.

_____ . "A reforma da reforma", 4ª edição revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ . "Aceleração dos procedimentos". *Tribuna da magistratura — Caderno de doutrina*, julho/agosto 98 e *in Fundamentos do processo civil moderno*, vol. II, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 894-906.

Dini, Enrico & Mammone, Giovanni. "I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro", 7ª edizione, Milano: Giuffrè, 1997.

Dworkin, Ronald. "Levando os direitos a sério", São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Fux, Luiz. "Tutela de segurança e tutela da evidência — fundamentos da tutela antecipada", São Paulo: Saraiva, 1996.

Gorelli Hernández, Juan. "El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria". Madrid: Civitas, 1995.

Grinover, Ada Pellegrini. "Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*". *Revista de Processo* n. 102, abril/junho 2.001, p. 219-227.

Guerra, Marcelo Lima. "Execução indireta", 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____ . "Execução forçada — controle de admissibilidade", 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____ . Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. "Processo de execução e assuntos afins". *Wambier, Teresa Arruda Alvim* (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 296-321.

_____ . "Antecipação de tutela no processo executivo". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, julho-setembro 1997, p. 22-31.

Guerra Filho, Willis Santiago. "Introdução ao direito processual constitucional", Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. "Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa". *Revista dos Tribunais*, v. 713, março de 1995, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45-52.

Machado, Antônio Cláudio da Costa. "Tutela antecipada", São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

Maior, Jorge Luiz Souto. "A função do processo". *Revista do Direito Trabalhista*, v. 09, n. 4, abril/2003, Brasília: Consulex, p. 14-17.

Mallet, Estevão. "Antecipação da tutela no processo do trabalho", São Paulo: LTr, 1998.

Marinoni, Luiz Guilherme. "Novas linhas do processo civil", 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. "Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. "A antecipação da tutela'. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. "Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. "Tutela inibitória (individual e coletiva)", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Mesquita, Eduardo Melo de. "As tutelas cautelar e antecipada". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Nascimento, Amauri Mascaro. "Antecipação da tutela no processo do trabalho", *in Processo do trabalho — estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto*, LTr, 1997.

Oliva, José Roberto Dantas. "Tutela de urgência no processo do trabalho". São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Oliveira, Sebastião Geraldo de. "Proteção jurídica à saúde do trabalhador", 3ª edição, São Paulo: LTr, 2001.

Pimenta, José Roberto Freire. "Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não-fazer no processo do trabalho. Cominação de prisão pelo Juízo do Trabalho em caso de descumprimento do comando judicial", *in Revista do TRT-3ª Região*, v. 57, julho/dezembro 1997, p. 117-149.

_____. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, v. 65, n. 02, fevereiro 2001, São Paulo: LTr, p. 151-162.

_____. Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. *Discriminação.* VIANA, Márcio Túlio (coord.), São Paulo: LTr, 2000, p. 169-226.

Pinto, José Augusto Rodrigues, "A modernização do CPC e o processo do trabalho", LTr, 1996.

Proto Pisani, Andrea. "Lezioni di diritto processuale civile", 3ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1999.

. "Appunti sulla tutela di mero accertamento", *in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1979, v. 2, p. 620-671.

Rocha, Carmem Lúcia Antunes. "Princípios constitucionais da administração pública", Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Silva, Antônio Álvares da. "A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil". *As garantias do cidadão na Justiça. Teixeira, Sálvio de Figueiredo* (Coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 243-278.

Silva, José Afonso da. "Curso de direito constitucional positivo", 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Talamini, Eduardo. "Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)", 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ . *Manuale del processo del lavoro*, Milano: Giuffrè Editore, 4ª edição, 1999.

Theodoro Júnior, Humberto. "Tutela antecipada", *in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, São Paulo: Revista dos Tribunais, SP, 1997, *Wambier, Teresa Arruda Alvim* (coord.), p. 181-203.

_____ . "Tutela de segurança". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, outubro-dezembro 1997, p. 8-30.

_____ . "Tutela antecipada e tutela cautelar". *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 342, abril-junho 1998, p. 107-120.

_____ . "Divagações em torno do tema direito e processo". *Direito e processo*, v. 5, 1ª ed., Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997, p. 15-67.

Viana, Márcio Túlio e Renault, Luiz Otávio Linhares (coords.). "Antecipação de tutela". *O que há de novo em processo do trabalho*, LTr, 1997.

Watanabe, Kazuo. "Da cognição no processo civil", 2ª edição atualizada, 2ª tiragem, São Paulo: Bookseller, 2000, p. 111-113.

_____ . "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". "Reforma do código de processo civil". *Teixeira, Sálvio de Figueiredo* (coord.), São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19-51.

Wambier, Luiz Rodrigues & Wambier, Teresa Arruda Alvim. "Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Zavascki, Teori Albino. "Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais", *in Reforma do código de processo civil, Teixeira, Sálvio de Figueiredo* (coord.), São Paulo: Saraiva, 1993, p. 143-166.

_____ . "Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, abril-junho 1996, p. 53-69; e *Inovações do código de processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 23-46.

_____ . "Antecipação da tutela", São Paulo: Saraiva, 1997.

_____ . *Zumpano, Mariangela*. "Tutela di urgenza e rapporto di lavoro". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1989, v. 3, p. 826-849.

ANÚNCIOS DE EMPREGOS: DISCRIMINAÇÃO E RESPONSABILIDADES

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR(*)

Discriminar é distinguir coisas, pessoas, idéias, em conformidade com suas características próprias e critérios bem definidos. Discriminar é distinguir. O termo discriminação, portanto, não possui, etimologicamente falando, por si só, um sentido pejorativo.

Entretanto, a expressão tem sido usada, comumente, para designar a situação em que se faz uma distinção entre pessoas quando esta distinção não se justifica.

Para sermos bem honestos, antes de começar qualquer abordagem sobre este tema, devemos reconhecer: todos nós discriminamos. Os juízes discriminam, os procuradores discriminam, os médicos discriminam, os advogados discriminam, os jornalistas discriminam... Nem mesmo ao poeta escapou esta realidade!

Não importa a profissão, pois não somos o que fazemos. Somos, antes de tudo, pessoas, e as pessoas discriminam.

Temos uma tendência indisfarçável de olhar de modo estranho aqueles que são diferentes de nós. E até por isto mesmo nos associamos aos que se assemelham a nós. Aliás, para se socializar o homem se standartiza (se é que esta palavra existe, mas de todo modo, sei que vocês entenderam).

O maior exemplo disso talvez seja a existência da moda, que varia de acordo com o tempo, o lugar e mesmo a faixa etária. Durante algum tempo meu sonho era usar calça boca fina e camisa Hang Teen, para poder fazer parte da "tchurma"; depois, calça boca larga com camisa havaiana. Hoje em dia, que a moda é um pouco mais livre, insistem em me dizer que não é compatível com a minha função usar certos tipos de roupas.

Mesmo para parecer um intelectual, o que às vezes é interessante para evitar uma discriminação, há posturas de que não se pode fugir. Naquele joguinho idiota, que alguns adoram, do bate-bola, para não causar

---

(*) Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara de Jundiaí/SP. Professor livre-docente da Faculdade de Direito da USP.

espanto e obter uma certa aceitação, você deve responder: cantor: Caetano Veloso; filme: Cidadão Kane; livro: O pequeno príncipe; sonho: a paz no mundo (que vale tanto para entrevista no Jô quanto para concurso de Miss).

Até a linguagem é utilizada para separar os grupos sociais, com o objetivo de institucionalizar a reserva de mercado. Os juristas têm um modo peculiar e enigmático de falar. Que dirá ao leigo a expressão?: "data venia", não merece acolhida a argüição do réu. Dirimida, assim, a questão, rejeita-se a preliminar de litispendência, visto que as causas de pedir, no seu dado remoto, são diversas."

E quando os economistas emplacam?: "Por trás da queda gradativa dos juros não estão insegurança, timidez, excesso de conservadorismo ou cautela. Trata-se apenas do reflexo de uma assimetria natural entre a velocidade de um choque e o ritmo de reversão da política monetária à posição de equilíbrio" (Henrique Meirelles, Presidente do Banco Central, no jornal Folha de São Paulo, 29.7.03, p. B-10)

Mesmo os jornalistas, pressionados pela falta de espaço nos jornais, acabam apresentando os seus enigmas: "Mantega vê acordo de carros este ano" (Folha de São Paulo, 29.7.03, p. B-2).

Para os policiais, o cidadão já se transformou em "elemento" há muito tempo.

Queria mencionar alguma coisa também sobre os médicos, mas como não entendo a letra deles...

O fato é que, mesmo reconhecendo que a conduta discriminatória existe e habita o cotidiano dos arranjos sociais, não se pode concebê-la como normal, pelo menos sob a ótica do direito.

A humanidade, na era dos direitos humanos, reconheceu a anormalidade das discriminações. Tanto isto é verdade que os instrumentos jurídicos de âmbito internacional, criados após a 2ª Guerra Mundial, trazem, todos eles, preceitos jurídicos contra a discriminação.

Há normas neste sentido:

a) na Declaração da Filadélfia, de 1944, que trata dos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho:

"Todos os seres humanos, qualquer que seja sua raça, sua crença, ou seu sexo, tem o direito de perseguir seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com chances iguais";

b) na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

"Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e deve agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade." (art. 1º)

"Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição." (art. 2º)

"Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego." (art. 23, 1)

c) na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948:

Art. 2º

"Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra."

Art. 14.

"Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o direito de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes."

d) na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução n. 2.106-A 000 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil, em 27 de março de 1968, que enuncia em seu preâmbulo:

"Convencidos de que todas as doutrinas de superioridade fundamentadas em diferenças raciais são cientificamente falsas, moralmente condenáveis, socialmente injustas e perigosas, e que não existe justificativa, onde quer que seja, para a discriminação racial, nem na teoria e tampouco na prática";

e) na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969:

"Art. 1º Obrigação de respeitar os direitos:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

f) no Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), de 17 de novembro de 1998.

"Art. 3º

Obrigação de não-discriminação.

Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

g) e, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984, lembrando que:

> "os Estados-partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos".

A discriminação, atingido a dignidade da pessoa agredida, trata-se, portanto, de tema pertinente aos direitos humanos. Para se ter uma idéia do que isto representa, vale esclarecer que a proteção dos direitos humanos transcende até mesmo o poder do Estado. O Estado brasileiro, como signatário da Declaração Interamericana de Direitos Humanos, deve responder à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos seus atos e omissões que digam respeito à eliminação das discriminações, podendo ser compelido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a inibir a violação dos direitos humanos e até a reparar as conseqüências da violação desses direitos mediante o pagamento de indenização justa à parte lesada (art. 63, Pacto São José da Costa Rica)[1].

Isto significa que se levada a juízo uma questão que diga respeito à violação de um direito humano, e a discriminação é fundamentalmente um ato que viola a dignidade humana, sequer o Judiciário brasileiro tem a última palavra, se sua decisão não foi eficiente para reparar o dano sofrido pela vítima. Ou em outros termos, em se tratando de direitos humanos, os juízes não podem manter uma postura indiferente e complacente com o agressor.

Exemplar neste sentido é o caso n. 12.201, encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que reflete a situação de uma pessoa que teria sido discriminada por anúncio de emprego, publicado no Jornal Folha de São Paulo, de 02 de março de 1997, pelo qual se previa que a candidata ao emprego ofertado fosse "preferencialmente branca". A vítima apresentou queixa na Delegacia de Investigações sobre Crimes Raciais, mas o Ministério Público pediu arquivamento do processo, aduzindo que o ato não se constituiu crime de racismo, o que foi seguido pelo juiz, que determinou, enfim, o seu arquivamento.

A questão, no entanto, foi conduzida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 07 de outubro de 1997, tendo sido o caso aceito, com notificação do Estado brasileiro para apresentar sua defesa. Trata-se, portanto, da primeira situação em que o Estado brasileiro, nesta matéria,

---

(1) Para maiores esclarecimentos a respeito, vide Flávia Piovesan, "Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos", *in* Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, pp. 70-104.

pode receber relatório final da Comissão, responsabilizando-o pela violação de dispositivos da Convenção Americana que cuidam de discriminação racial.

No próprio ordenamento interno, vários são os instrumentos jurídicos criados para coibir a discriminação.

Sobressaem, neste sentido:

a) o artigo 3º inciso IV, da CF:

"Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(....)

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

b) o artigo 5º, e seu inciso I, da CF:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."

I — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."

c) e a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, com as alterações dadas pela Lei n. 9.459/97, que define como crime o preconceito ou a discriminação em função de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

"Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de dois a cinco anos."

"Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses."

"Art. 17. (Vetado)."

"Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença."

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional." (Redação dada pela Lei n. 9.459, de 15.05.97).

"Pena: reclusão de um a três anos e multa."

Os atos discriminatórios poderão, ainda, conferir à vítima o direito a uma reparação. Fundamentam, juridicamente, esta pretensão, vários outros dispositivos:

a) na Constituição Federal:

Art. 5º, incisos V e X, da CF:

"V — é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

"X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

b) no Novo Código Civil:

"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." (grifou-se)

O artigo 187 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".

A eficácia destes dispositivos (arts. 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.

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".

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, meramente, 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.

Retornando ao tema específico de nossa discussão, os anúncios de emprego publicados em jornais e revistas, não se pode deixar de reconhecer (basta ler os jornais...) que o desemprego é o maior problema social de nosso país, do qual advêm vários outros problemas como desajuste familiar, violência, tráfico de drogas etc. A conquista de um emprego, portanto, é fator essencial da manutenção da própria condição humana, sobretudo neste mundo capitalista e discriminatório.

No contexto das normas internacionais negar o acesso ao emprego, à política de pleno emprego, é, inegavelmente uma agressão aos direitos humanos e isto serve, igualmente para o Brasil que, vale acrescentar, ratificou a convenção n. 168, da OIT, a respeito da promoção do emprego.

Especificamente sobre a questão trabalhista, destaquem-se as seguintes normas:

a) a Convenção n. 111, da OIT, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 2.682, de 22.7.98, que proíbe ao empregador, quando do processo de seleção de trabalhadores, estabelecer uma ordem de preferência por critérios ligados a fatores diversos, tais como: 1. cor; 2. sexo, que alguns preferem chamar de gênero humano, para incluir a questão relativa à homossexualidade; religião; opinião política (na qual se pode incluir o conceito de ideologia); raça ou etnia; nacionalidade; estado civil; idade (a não ser que a discriminação se justifique para a proteção da pessoa: proibição do trabalho para menores de 16 anos); e atividade sindical.

b) a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de Trabalho.

Prevê o artigo 1º, desta lei:

> "Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal."

No que se refere à reparação do ato discriminatório, a Lei n. 9.029/95 prevê que o infrator está sujeito ao pagamento de uma multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinqüenta por cento em caso de reincidência. Além de uma proibição de obter empréstimo junto a instituições financeiras oficiais (art. 3º, da Lei n. 9.029/95).

É evidente, no entanto, que esta multa de caráter administrativo não impede que a pessoa vítima da discriminação pleiteie, judicialmente, uma indenização pelos danos morais experimentados, nos termos dos já citados artigos 5º, inciso X, da CF e 186, do Código Civil.

c) e a própria CLT:

"Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Acrescentado pela Lei n. 9.799, de 26.05.1999)

I — publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Inciso acrescentado pela Lei n. 9.799, de 26.05.1999); — grifou-se —

II — recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, à cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Inciso acrescentado pela Lei n. 9.799, de 26.05.1999)

III — considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Inciso acrescentado pela Lei n. 9.799, de 26.05.1999)

IV — exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Inciso acrescentado pela Lei n. 9.799, de 26.05.1999)

V — impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Inciso acrescentado pela Lei n. 9.799, de 26.05.1999)

VI — proceder empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Inciso acrescentado pela Lei n. 9.799, de 26.05.1999)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Parágrafo único acrescentado pela Lei n. 9.799, de 26.05.1999)."

E os anúncios podem discriminar?

Vejamos alguns exemplos, extraídos do Caderno "Empregos", do Jornal Folha de São Paulo, de 27 de julho de 2003:

"Auxiliar de Sistemas: Masculino de 25 a 35 anos, 2º grau técnico completo (informática ou PD). Experiência em manutenção de microinformática, hardware e software, instalação e configuração de rede de microcomputador." (grifou-se)

"Operadores de Telemarketing ativo: estamos selecionando profissionais de telemarketing ativo para prestar serviços em Call Center. Temos vagas para os bairros Casa Verde, Broocklin, Pinheiros e Itaim Bibi. Requisitos: Experiência mínima de 6 meses — 2º grau completo — Habilidade em Informática — Boa Dicção, entusiasmo e desenvoltura para atuar com vendas — Disponibilidade de horário — Oferecemos fixo, comissões e assist. médica gratuita." (grifou-se)

"Gerente Comercial — África. Sólida Empresa em Capital Africana Contrata: — imprescindível experiência na comercialização de bebidas quentes; — apto a montar e liderar equipes de vendas no campo; — capacidade de trabalhar sob pressão e com metas de vendas; Curso superior, francês e inglês desejados; Disponibilidade de mudar para País Africano. Oferecemos: Atraente remuneração mais benefícios. C.V. detalhado com foto e pretensão salarial. Asseguramos sigilo." (grifou-se)

"Balconista: Masc., 1 ano de experiência no ramo alimentício. 2º G. Compl., que reside próx. Mooca. Ligar somente c/ perfil." (grifou-se)

"Divulgadora: interna, ac 18ª, boa apres., c/exp vendas,1/2 per, fixo+com+prêmios+VT Env CV."

"Cabelereiro: Masculino, boa aparência, não fumante, com exp. em cortes modernos fem/masc e químicas em geral." (grifou-se)

"Garçonete: Moças até 28 anos, boa apresentação, exp. e conhec. em inform. p/ reg. Morumbi." (grifou-se)

Neste tema, aliás, também não se pode negar: quanto mais baixa a camada social, sob o prisma econômico, mais as pessoas são discriminadas.

No mesmo jornal há 30 anúncios de empregos para médicos e nenhum deles exige boa apresentação, cor específica, sexo definido ou capacidade para trabalhar sob pressão.

Ora, estas limitações de acesso ao mercado de trabalho para determinados tipos de pessoas: mulheres, negros, feios, gordos, maiores de 35 anos, portadores de má dicção, são totalmente injustificáveis, sendo, portanto, ato de discriminação.

Pode-se pensar que algumas delas sejam pertinentes, mas, sinceramente, alguém deixaria de, por exemplo, comprar uma pizza se ligasse para a pizzaria e uma pessoa fanhosa o atendesse? Isto aconteceu comigo outro dia. No princípio, confesso-lhes, fiquei surpreso, mas conversei normalmente com o atendente e pedi a minha pizza.

Tampouco me importa se a vendedora é bonita ou feia, para fins da compra do produto. Aliás, o feio ou o bonito é algo extremamente subjetivo e é, em muita medida, fruto da inconsciência popular formada pelos meios de comunicação em massa.

A discriminação estética[2], aliás, em princípio pode parecer menos perversa, mas ela, efetivamente, agride a auto-estima e, em certos aspectos, a própria intimidade das pessoas. Quando estava fazendo concurso para juiz diziam-me sempre: você não haja que deve cortar o cabelo, pois do contrário você não passa no concurso? Passei no concurso, mas o cabelo estava cortadinho...

Mas, voltando mais uma vez ao assunto: e as empresas podem ser responsabilizadas por estes anúncios?

A resposta a esta pergunta não é fácil, pois impressionam dois argumentos: 1º) a matéria é paga e o jornal apenas vendeu o espaço; 2º) qualquer tipo de negação de publicação por parte do jornal poderia ser visto como violação do direito livre de manifestação, caracterizando-se como uma censura.

---

(2) Para maiores esclarecimentos sobre a matéria vide: Paulo Eduardo de Oliveira, O Dano Pessoal no Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 2002; Christiani Marques, O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética, São Paulo, LTr, 2002; e Márcia Novaes Guedes, Terror Psicológico no Trabalho, São Paulo, LTr, 2003.

Como apoio para a liberdade de expressão se teriam os seguintes dispositivos:

Art. 5º, da Constituição Federal:

"IV — é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(....)

IX — é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;"

E o art. 220, da Constituição:

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística."

Como prega o Instituto Gutenberg:

"Leis de imprensa não devem tratar da imprensa. Devem transcrever os postulados constitucionais que asseguram a liberdade e regulamentar, isso sim, as relações da sociedade com a mídia, por exemplo assegurando o vago e desrespeitado direito de resposta. Numa era em que informação viaja à velocidade da luz, o direito de resposta exigido em ação penal pede tribunais rápidos e rito sumário. Muitos pontos bem intencionados do projeto de Landim, como o art. 3º, que prescreve um figurino democrático para a imprensa, são próprios de códigos de ética. Leis não são os Dez Mandamentos. O Código Penal não diz que os cidadãos devem ser bons, e respeitar a vida, os bens e a honra alheia. Define os crimes e estipula as penas. Da mesma forma, a legislação não deve dar receitas de apuração jornalística ou estatuir que a imprensa precisa ser 'responsável', 'pluralista', ou ouvir as duas versões, como sugere o projeto de lei." (Boletim n. 8, mar-abr/96).

Entretanto, entre os dispositivos constitucionais há, obviamente, uma ordem de preferência. No caso de colisão entre normas constitucionais prevalecem, em primeiro plano, aquelas que se apóiam nos princípios fundamentais fixados no Título I, da Constituição, e dentre estes destacam-se: a dignidade da pessoa humana (inciso III, do art. 1º); a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV, do art. 3º); e a prevalência dos direitos humanos (inciso II, do art. 4º).[3]

---

(3) Para um maior aprofundamento sobre o tema vide: Edilson Pereira de Farias, Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação, Sérgio Fabris, Porto Alegre, 2000.

Além disso, o próprio artigo 220, faz menção expressa ao dever de se preservar a intimidade, a honra e a imagem das pessoas no exercício do direito de expressão.

Mesmo a Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, acabou por limitar essa liberdade ao coibir os "abusos no exercício da liberdade de manifestação e pensamento e informação", estabelecendo que os responsáveis responderão pelos prejuízos que causarem (art. 12).

Os abusos são coibidos sob dois prismas: a fixação do crime de "exploração ou utilização dos meios de informação e divulgação" (art. 13); e a responsabilidade civil por danos morais (inciso I, do art. 49) e danos materiais (inciso II, do art. 49).

Dentre outras práticas, o artigo 14 define como crime "fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou preconceitos de raça ou de classe", com pena prevista de um a quatro anos de detenção.

Na mesma linha, prevê o artigo 17, que será, igualmente, crime: "ofender a moral pública e os bons costumes", com pena fixada de três meses a um ano de detenção e multa de um a vinte salários mínimos.

O artigo 27 enuncia, expressamente, hipóteses que não se constituiriam crime, destacando-se o inciso IX: "a exposição de doutrinas e idéias". Mas, em nenhum dos incisos se extrai o fato de se tratar de uma matéria paga.

Como sujeitos passivos da ação penal, a lei em questão permite que se atinja o diretor ou o redator-chefe do jornal ou periódico, quando o autor estiver ausente do país ou "não tiver idoneidade para responder pelo crime", podendo até mesmo atingir o gerente ou o proprietário das oficinas impressoras ou da estação emissora de serviços de radiodifusão quando o diretor ou redator-chefe estiver ausente do país ou "não tiver idoneidade para responder pelo crime".

No que se refere à responsabilidade civil, por dano moral ou material, a legislação é clara no sentido de que "responde pela reparação a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação" (§ 2º, do art. 49), com direito à ação regressiva com relação ao "autor do escrito, transmissão ou notícia, ou o responsável pela sua divulgação" (art. 50).

A definição do que se entende meio de informação ou divulgação encontra-se no parágrafo único do art. 12: "São meios de informação e divulgação, para os efeitos deste artigo, os jornais e outras publicações periódicas, os serviços de radiodifusão e os serviços oficiosos".

O artigo 51 fixa os parâmetros da indenização devida pelo jornalista, quando concorra para o dano, por ato culposo, indo de dois a 20 salários mínimos. Quanto à empresa que explora o meio de informação, esta indenização é limitada a 10 vezes aos valores fixados para o jornalista (art. 52).

No que tange à indenização por danos materiais não há pré-fixação, devendo esta ser suficiente para "restituir o prejudicado ao estado anterior" (art. 54).

O projeto de lei sobre a matéria, em trâmite no Congresso Nacional, mantém esta lógica da responsabilidade da empresa, com aumento da indenização para 10% sobre o faturamento da empresa, com elevação de até 50% se a empresa faturar mais de 20 milhões por ano; e, em caso de reincidência, um acréscimo de 50%.

E, por falar no projeto de lei, este é expresso, em seu artigo 3º, a respeito da responsabilidade dos meios de comunicação quanto à discriminação.

O artigo 56 da Lei de Imprensa esclarece que podem ser acumuladas as pretensões para ressarcir os danos morais e materiais, com prazo decadencial fixado em 03 (três) meses, contado da data da publicação ou transmissão que lhe der causa, sendo que a ação civil independe da ação penal (parágrafo único do art. 56).

Vale destacar, no entanto, que em se tratando de discriminação racial o crime é imprescritível, nos termos do inciso XLII, do art. 5º, da Constituição Federal: "A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei." Destaque-se, também, que não há diferença fundamental entre "racismo" e "discriminação racial", conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus n. 15.155/RS, que se encontra atualmente, em grau de recurso no STF, onde recebeu o número 82.424, cujo julgamento ainda não terminou, mas já se atingiu a maioria de votos para manter a decisão do STJ.

Claro que contra todos esses argumentos se poderá dizer: mas, a escolha do empregado não compete a quem contrata?

Sim, entretanto, esta escolha tem limites e o dever de não-discriminação é apenas um dentre outros.

Com efeito, no setor privado, a Lei n. 8.213/91, que cuida dos benefícios previdenciários, fixou que devem ser reservados aos deficientes, após reabilitação, de 2 a 5% das vagas. a) 2%, para as empresas com 100 a 200 empregado; b) 3%, de 201 a 500; c) 4%, de 501 a 1.000; d) 5%, acima de 1.000.

Nos termos do art. 429, da CLT, "Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional", conforme redação dada pela Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000.

No setor público, a Constituição exige que um percentual dos cargos públicos seja destinado aos portadores de deficiência. O Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União assegurou o percentual de 20% dos cargos públicos para os portadores de deficiência. No Estado de São Paulo, este percentual é de 5%.

Como se vê, o ordenamento jurídico, analisado como um todo, repudia as discriminações e proíbe que se evitem responsabilidades quanto aos atos que se traduzam, concretamente, como discriminatórios. Esta responsabilidade, aliás, é de todos nós, mas acima de tudo daqueles que, de algum modo, sejam os formadores da opinião pública. O mero pagamento para se ocupar um espaço no jornal não pode isentar o jornal da responsabilidade pelo espaço que conferiu, pois o pagamento não pode tornar legal uma ilegalidade e quem se presta à ilegalidade participa do ilícito.

Imagine-se, grotescamente, a hipótese de um motorista de táxi a quem é oferecido o pagamento da corrida para que se torne possível a prática de um crime (um seqüestro, por exemplo), tendo ele consciência do que se passa. O contrato oneroso feito, por óbvio, não elimina a responsabilidade do taxista como co-autor do crime. "Mutatis mutantis", é o mesmo quando o jornal vende seu espaço para a prática de atos discriminatórios quanto ao acesso ao mercado de trabalho.

Aliás, neste sentido, destaca-se a Súmula n. 221, do STJ, do seguinte teor:

"São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação."

Não sendo de menor importância neste sentido o art. 373-A, da CLT, com redação que lhe fora dada pela Lei n. 9.799, de 26.05.1999, quando proíbe, expressamente, o ato de "publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir", atribuindo nítida distinção de duas condutas: a do anunciante e a do que vende ou empresta o espaço para o anúncio.

Claro que o jornal pode crer que determinado anúncio não se configura como discriminação e fazer publicar o anúncio sem a intenção de agredir a moral de ninguém, mas este tipo de ilícito, como visto, independe da vontade do agente. Se será, efetivamente, ou não, ato discriminatório esta é uma outra história, que se decidirá, judicialmente, tendo em vista as razões do ofendido e do suposto ofensor, mas sempre sem excluir de plano a eventual responsabilidade do veículo de informação.

De todo modo, juridicamente falando, importante esclarecer que quando um anúncio de emprego estabelece uma distinção baseada em critérios proibidos pelo direito, quais sejam: raça, cor, sexo, idade, etnia, religião, convicção ideológica etc, cria-se a presunção de que o anúncio é discriminatório, cabendo àquele que o produziu (e por via oblíqua, ao que o reproduziu) a prova, que deve ser real e convincente, de que a distinção se justificou por algum aspecto relevante, sob pena de se responder pelo ato.

A enunciação de todos esses preceitos jurídicos, no entanto, não pode ser vista como mera equação matemática, a fim de se quantificar a indenização devida pela discriminação. Como se trata de tema ligado à dignidade da pessoa humana, o que se deve priorizar é evitar que a discriminação aconteça.

Para tanto, assumem relevante papel a sociedade e, em especial, seus poderes constituídos, no qual se pode incluir, evidentemente, a imprensa.

À imprensa cabe a responsabilidade de evitar a divulgação de anúncios discriminatórios; o que, por si só, não elimina a discriminação no mundo do trabalho, mas já é um começo. Exatamente por isto é que, para complementar uma ação concreta contra a discriminação, cabe ao Ministério Público do Trabalho apurar e levar adiante as denúncias de atos discriminatórios quanto à inserção no mercado de trabalho e, por fim, cabe ao Judiciário deixar de lado posturas complacentes para com os agressores, punindo-os exemplarmente.

A discriminação é algo extremamente perverso, que está em nosso meio e deve ser coibido, pois como dito pelo Assessor Especial da Secretaria Especial dos Direitos Humanos[4], Ivair Augusto Alves dos Santos: "conviver com a discriminação em um ambiente que a nega, sabendo que ela existe, é terrível".

É dever dos aplicadores do direito deixarem de lado os seus pré-conceitos discriminatórios para tornar as normas jurídicas que preservam os direitos humanos uma realidade.

O direito, aliás, tem mesmo este papel de corrigir as nossas deficiências, coagindo-nos a atuar de modo diverso, no sentido do ideal, e o ideal neste tema é respeitar a condição humana ou, em outras palavras, não-discriminar.

---

(4) Em sua manifestação na sede da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, na audiência pública do dia 1º, de agosto de 2003.

A REFORMA TRABALHISTA DE FHC: ANÁLISE DE SUA EFETIVIDADE

JOSÉ DARI KREIN[1]

1. INTRODUÇÃO

Após 1994, foram introduzidas diversas medidas pontuais no campo das relações de trabalho que contribuíram para alterar a forma de contratação e de determinação do uso e da remuneração do trabalho no Brasil, estimulando uma flexibilização numérica e funcional do mercado de trabalho. Além disso, houve uma flexibilidade procedimental nas formas de solução dos conflitos, especialmente com a introdução das comissões de conciliação prévia.

Especialmente durante o Plano Real, tornam-se evidentes os indícios de um aprofundamento da desregulação das normas do trabalho e uma flexibilização das relações de trabalho no Brasil, o que se expressa tanto pelas mudanças institucionais como pela dinâmica dos atores sociais em um contexto marcado pela desregulação comercial e financeira, pelas inovações tecnológicas e organizacionais, pelo medíocre e instável desempenho da economia, pela crescente elevação do desemprego e pelo crescimento da precarização do trabalho. Neste contexto de reorganização econômica e produtiva, o conceito de flexibilidade, segundo Forrelster (1996), que poderia soar como algo agradável, na verdade, para os trabalhadores, se torna qualquer coisa feroz, inflexível, sinônimo de livre demissão[2]. Em outros termos, na prática, a "flexibilização" tem se constituído em sinônimo de aumento da precarização do trabalho (Uriarte, 2000)[3].

Por Flexibilidade numérica ou quantitativa entendemos a ampliação da liberdade das empresas para empregar e demitir de acordo com as suas necessidades de produção, dentro de uma estratégia de diminuição de custos. Ela pode acontecer tanto para trabalhadores já empregados, com a terceirização e sub-contratação, como para trabalhadores novos, através

---

(1) Doutorando em Economia Social e Trabalho/Instituto de Economia/Unicamp.

(2) Forrester, 1996;

(3) Cf. também Siqueira Neto, 1998; Menezes, 2000; e Abramo, 2000.

de contratos "atípicos" (trabalho temporário, parcial, auto-emprego, consultoria, a domicílio, tele-trabalho) e ilegais (sem registro em carteira), ou pelo aumento do trabalho clandestino não registrado (trabalho estrangeiro, escravo e em casa). Na presente pesquisa, são classificadas como de flexibilidade numérica as medidas que objetivam incentivar o processo de contratação e demissão através da redução de custos e da criação de facilidades para o desligamento de trabalhadores da empresa, tais como: o contrato por prazo determinado, as cooperativas de trabalho, o contrato parcial, a suspensão do contrato por até 5 meses e a denúncia da convenção 158 da OIT.

Por *Flexibilidade funcional* compreende-se, em síntese, a flexibilidade introduzida no mercado interno de trabalho[4] com o objetivo de possibilitar o ajuste do uso da força de trabalho, o que pode ocorrer de forma independente e paralela à alteração via negociação coletiva ou lei. Todo esse processo redefine a forma da relação capital e trabalho e do envolvimento do trabalhador na empresa. Com as pessoas que sobrevivem ao processo de reestruturação, as empresas procuram ajustar a organização do trabalho, mexendo na forma de estruturar as funções (adoção da polivalência) dos trabalhadores e em disposições que permitem uma maior mobilidade interna.

Assim como buscam flexibilizar a forma de remuneração e do uso do tempo do trabalho, por meio de: a) *Flexibilidade da jornada e das funções*, que permite sincronizar o nível de produção com a demanda de trabalho e fazer ajustes para uma administração dos horários, da modalidade das tarefas e evolução das responsabilidades, tendo presentes os objetivos da empresa. Com isso, a empresa procurar livrar-se das horas extraordinárias e racionalizar a utilização do tempo de trabalho durante uma jornada anualizada; b) *Flexibilidade salarial*, que permite a flutuação do salário em função da produtividade do trabalho e de outros mecanismos (prêmios, sugestões etc.), com tendência de descentralização e individualização de sua determinação. Geralmente procura-se estabelecer uma remuneração fixa mais baixa, ficando uma parte importante dos vencimentos na dependência do cumprimento de metas pré-estabelecidas.

No caso atual, são classificadas como de flexibilidade funcional as medidas que mexem na determinação do tempo de trabalho (banco de horas e liberação dos trabalhos aos domingos) e na determinação da remuneração, particularmente a PLR (participação nos lucros ou resultados), o fim da política salarial e a desindexação dos índices de reajuste salarial.

Por *flexibilidade procedimental* são entendidas as iniciativas que facilitam um deslocamento das definições na forma de determinação do uso e da remuneração do trabalho e de solução dos conflitos, proporcionando

(4) Uma análise das mudanças na organização do trabalho e produção pode ser encontrada em Bresciani (1994) e Salerno (1993). Cf. discussão sobre a reestruturação produtiva no Brasil, no capítulo II.

maior poder às empresas em detrimento dos espaços públicos e estatais. Neste tópico, como medidas que dão instrumentalidade para a efetivação material dos direitos, destacam-se as Comissões de Conciliação Prévia (CCPs), o rito sumaríssimo, o afrouxamento da fiscalização por parte do Ministério do Trabalho e o incentivo à adoção da mediação e arbitragem privada.

O conjunto das medidas sinaliza claramente para uma tendência de desregulamentação de direitos e de flexibilização das relações de trabalho, apesar de elas serem pontuais, de não alterarem o sistema de representação sindical e os procedimentos formais de negociação coletiva e de terem sido, na sua maioria, implementadas em dois momentos particulares da vida política e econômica do país: a introdução e consolidação do Plano Real (1994-1996) e o enfrentamento do crescente desemprego (1998). Constituem, portanto, um reforço dos aspectos flexibilizadores de um mercado de trabalho já bastante flexível — principalmente em relação à alocação e remuneração do trabalho (*Dedecca et ali*, 1997; *Urani*, 1996, *Camargo e Amadeo*, 1996) —, expressos, por exemplo, na alta rotatividade da força de trabalho no Brasil, na variação do salário conforme os ciclos econômicos (*Urani*, 1996), na utilização excessiva das horas extraordinárias (*Pochmann*, 2001) etc.

Mostrando coerência com o programa de governo de FHC, que pretende buscar uma "modernização" da sociedade e da economia brasileira através de uma inserção competitiva no mercado global, estas medidas estão no bojo de um programa mais geral de reformas (do Estado brasileiro, da economia, da previdência etc). Além disso, a necessidade da flexibilização é defendida pelas entidades empresariais como parte do processo de mudanças tecnológicas e organizacionais das empresas, em um contexto de maior competitividade. Ou seja, a estabilização das relações de trabalho não pôde mais ser sustentada quando a instabilidade dos mercados, o acirramento da concorrência intercapitalista e a incorporação mais rápida do progresso técnico passaram a exigir das empresas uma flexibilidade produtiva compatível com as novas condições de acumulação capitalista (Dedecca, 1999). A discussão da alteração do sistema brasileiro de relações de trabalho, então, passa a ser um elemento do ajuste econômico e da redefinição do papel do Estado na sociedade brasileira.

2. A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS

2.1. As medidas de incentivo à contratação de trabalhadores

Em relação à flexibilização da contratação do trabalhador, entre as diversas medidas adotadas para incentivar as empresas a contratarem trabalhadores com menores custos ou facilidades burocráticas, podem ser citadas o contrato por prazo determinado, o contrato parcial, as cooperativas

de trabalho, a suspensão do contrato, a quebra da estabilidade dos servidores públicos e a denúncia da convenção 158 da OIT, como pode ser observado no quadro abaixo.

Tema	Iniciativas
Flexibilização da alocação do trabalho	
Trabalho por tempo determinado (Lei n. 9.601/98)	• A essência está em desvincular o contrato por prazo determinado da natureza dos serviços prestados; • Muda os critérios de rescisão e reduz as contribuições sociais; • Cria o banco de horas.
Denúncia da Convenção 158 da OIT (decreto n. 2.100/96)	• É ratificada e, 10 meses depois, denunciada pelo governo brasileiro; • Elimina mecanismos de inibição da demissão imotivada; • Reafirma a possibilidade de demissão sem justa causa.
Cooperativas profissionais ou de prestação de serviços (Lei n. 8.949/94)	• Possibilita que trabalhadores se organizem em cooperativas de prestação de serviços e executem o trabalho dentro de uma empresa, sem caracterização de vínculo empregatício e, portanto, sem os direitos trabalhistas assegurados na legislação e na Convenção Coletiva.
Trabalho em tempo parcial (MP 1709/98)	• Jornada de até 25 horas semanais; • O salário e os demais direitos trabalhistas estarão em conformidade com a duração da jornada trabalhada; • Não prevê a participação do sindicato na negociação.
Suspensão do Contrato de trabalho (MP 1726/98)	• Suspensão do contrato de trabalho, por um período de 2 a 5 meses, vinculade a um processo de qualificação profissional, desde que negociada entre as partes; • O trabalhador, caso seja demitido após o término da suspensão, tem o direito de receber as verbas rescisórias e uma multa de um salário.
Trabalho temporário (Portaria 2, 29.6.96)	• Amplia a possibilidade de utilização da lei (6.019/74) de contrato temporário, generalizando a utilização do contrato de trabalho precário.
Setor público: demissão (lei n. 9.801/99 e lei complementar n. 96/99)	• Disciplina os limites das despesas com pessoal e estabelece o prazo de dois anos para as demissões por excesso de pessoal; • Regulamenta a demissão de servidores públicos estáveis por excesso de pessoal.

2.1.1. Contratação do trabalho: as cooperativas de trabalho

A lei n. 8.949/1994 admite que os trabalhadores se organizem entre si para formação de uma cooperativa de trabalho e prestem serviços a uma empresa sem que se caracterize o vínculo trabalhista. Assim, como sócios da cooperativa, os trabalhadores não recebem os direitos trabalhistas previstos na relação contratual. Esta medida abriu espaço para a criação de cooperativas com o objetivo de burlar a legislação trabalhista.

Apesar da precariedade de dados sobre a sua extensão, é bastante visível a proliferação das cooperativas de trabalho nos anos recentes. As evidências empíricas indicam que elas não estão concentradas somente em setores menos dinâmicos da economia, tais como as '*coopergatos*' do setor agrícola e de vestuário. Também estão presentes em setores que oferecem mão-de-obra bastante qualificada, como centros de processamento de dados de bancos, serviços de engenharia etc. Embora haja uma imensa diversidade das chamadas experiências de cooperativismo e sem desmerecer o mérito de muitas iniciativas, deve-se considerar o seu papel no processo de desestruturação das relações de emprego com carteira assinada e o não conseqüente acesso aos diversos direitos contidos no contrato de trabalho(5).

Segundo a OCB (Organização do Cooperativismo no Brasil), estavam cadastradas em seus registros, em 31.12.1998, 1.334 cooperativas de trabalho, que aglutinam 227.467 associados e contratam 5.057 empregados no Brasil(6). Outra evidência do crescimento está nas organizações próprias, vinculadas à OCB, criadas no segmento das cooperativas de trabalho, tais como a COOTRABALHO e diversas entidades estaduais, como a Fetrabalho-SP,... etc(7). É o setor de cooperativas que mais cresce no Brasil, segundo a OCB.

Ao mesmo tempo, tem crescido o número de denúncias de cooperativas fraudulentas, e o Ministério Público do Trabalho (MPT) está procurando coibir as '*coopergatos*'. Por exemplo, o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC conseguiu que nenhum cooperativado em atividade nas indústrias da sua base receba menos que o piso da categoria.

O crescimento das cooperativas de trabalho não pode ser atribuído somente à introdução da legislação de incentivo à sua adoção, mas a inúmeros outros fatores, cuja análise escapa do propósito deste texto. Portanto, é evidente a sua propagação, trazendo implicações para o mercado e as relações de trabalho no país.

---

(5) As cooperativas não são somente uma forma de estímulo à flexibilização do trabalho. São incentivadas e criadas por uma série de setores organizados da sociedade como forma de sobrevivência das pessoas envolvidas e até de criação de novas relações sociais e alternativas de organização econômica. Por exemplo, a CUT, ao mesmo tempo em que defende uma postura contra a precarização do trabalho, criou, em 1999, uma agência de desenvolvimento solidário, que incentiva a criação de formas alternativas de geração de trabalho e renda.

(6) São as cooperativas de trabalho que aderiram formalmente à OCB.

(7) A organização das cooperativas de trabalho pode ser encontrada no *site* da OCB (www.ocb.org.br).

Tabela 1:
Número de Cooperativas, Cooperados e Empregados, por Segmento
Base: 31 de dezembro de 1998

Segmentos	Número de Cooperativas	Número de Cooperados	Número de Empregados
Agropecuário	1.408	1.028.378	107.086
Consumo	193	1.412.664	8.017
Crédito	890	825.911	5.800
Educacional	193	65.818	2.330
Energia e Telecomunicações	187	523.179	5.161
Especial — escolar	4	1.964	6
Habitacional	202	46.216	1.226
Mineração	15	4.027	24
Produção	91	4.372	35
Saúde	585	288.929	15.443
Trabalho	1.334	227.467	5.057
Total	5.102	4.428.925	150.185

Fonte: OCB/DETEC/Banco de Dados. http://www.ocesp.org.br/jnoticias.htm

2.1.2. Denúncia da Convenção 158 da OIT (Decreto n. 2.100/96)

Uma das poucas medidas que foram contra a lógica da flexibilização da alocação do trabalho foi a ratificação da Convenção 158, em janeiro de 1996. Mas, após 10 meses de sua vigência, a Convenção foi denunciada, através de um decreto do Poder Executivo, provocando a retirada desta norma pública internacional do direito interno brasileiro. A justificativa foi de que ela estava tumultuando as relações de trabalho por meio de decisões judiciais com entendimentos distintos e de que havia incompatibilidade entre o teor da norma e o novo contexto econômico de globalização[8]. Com a denúncia, continuou prevalecendo a legislação em vigor, reforçando uma tendência histórica de insuficiência de mecanismos inibidores da dispensa imotivada. Assim, essa medida que restringia o poder absoluto do empregador desconstituir a relação de emprego não atingiu nem mesmo um ano de vigência formal.

A Convenção 158 da OIT estabelece normas que limitam o poder absoluto do empregador de efetuar demissões. Por força de seus dispositivos, tanto a despedida individual como a coletiva precisa preencher determina-

(8) "Ambas as alegações não demonstram seriedade, tanto porque o Judiciário certamente pacificaria uma tendência predominante, quanto porque nenhum outro país ratificou a Convenção e a denunciou posteriormente" (Freitas, 1998: 10).

dos requisitos de procedimentos (direito de defesa, tentativa de reversão das dispensas coletivas, envolvimento das autoridades locais na tentativa de reversão total ou parcial das despedidas coletivas) para alcançar a regularidade jurídica.

A denúncia está relacionada com o programa geral de reformas proposto pelo governo FHC à sociedade brasileira e foi realizada com três objetivos bem claros: 1) preparar o caminho para a quebra da estabilidade dos servidores públicos e facilitar a demissão de trabalhadores das estatais, em função do programa de privatizações; 2) reforçar um cenário de subordinação das negociações coletivas à política de combate da inflação; e 3) preparar o caminho para as privatizações.

2.1.3. O contrato por prazo determinado (CPD)

A possibilidade de contratação por prazo determinado no Brasil existe há bastante tempo. A lei 9.601/1998, introduzida a partir de sugestão elaborada pela Força Sindical e negociada pela Fiesp, prevê a redução, em 50%, das contribuições sociais (salário educação, contribuição ao Sistema S, ao Incra etc.) e, em 2%, do valor do depósito do FGTS, além de dispensar o aviso prévio e a multa de 40% sobre as verbas rescisórias, como forma de estimular as empresas a admitirem um número maior de trabalhadores.

Tabela 3 :

Contrato por Prazo Determinado

Instrumentos Coletivos por estado da federação (21.1.1998 a 11.1.2000)

Regiões	*Instrumentos Coletivos*	*Previsão de Contratados*
Norte	79	1519
Centro Oeste	63	553
Sul	105	1678
Nordeste	78	4.319
Sudeste	280	10.483
Total	605	17.525

Fonte: MTb/SENC, 2001Fonte: MTb/SENC, 2001

Por enquanto, tal finalidade não se efetivou, constituindo-se em um enorme fracasso. Segundo o registro dos contratos no Ministério do Trabalho e Emprego (ver tabela 2), depois de dois anos de sua implementação, foram criados somente 17.525 empregos. O Estado de São Paulo foi, disparadamente, o que admitiu mais trabalhadores pelo CPD, com 9.895

empregos gerados (MTE, 2001). Os dados do banco de dados sobre negociação coletiva (contratos registrados no MTE) são semelhantes aos encontrados na Rais (cf. gráfico abaixo), mostrando a insignificância das admissões via CPD se considerado o tamanho da PEA e do desemprego no Brasil.

A pesquisa da CNI revela uma incidência, em 2000, de 5,71% nos 241 documentos analisados. Considerando o conjunto do setor industrial, no ano 2000, em relação ao segundo semestre 1999, há um incremento de contratos por prazo determinado, pulando de 2% para 16,55% dos 241 documentos analisados (boletim n. 89/2000). A hipótese inicial, a ser melhor analisada, é de que o crescimento do emprego formal no ano de 2000 veio acompanhado de contratos mais precarizados. Mas não é possível generalizar, pois, em empresas montadoras de São Bernardo do Campo, por exemplo, encontram-se acordos sobre contratação por prazo determinado que garantem todos os direitos trabalhistas e o pagamento das contribuições sociais. Nas convenções coletivas analisadas na segunda parte deste relatório, o tema da contratação por prazo determinado aparece somente em um dos 44 documentos analisados.

Fonte: MTE/RAIS.

2.1.4. Contrato parcial

O contrato por tempo parcial já era admitido na legislação brasileira. A novidade da medida é permitir que o tempo de férias possa ser inferior a trinta dias. Além de flexibilizar o período de férias, a medida teve a finalidade de estimular esse tipo de contratação. Mas trata-se de um tema que tem aparecido muito pouco nos instrumentos normativos. Os dados disponíveis são os da CNI[9], que, apesar de bastante insignificantes, evidenciam um

(9) Não há a obrigatoriedade de a sua adoção ser negociada e registrada no MTE.

crescimento do número de contratos parciais: na análise dos 241 documentos já citados, a incidência de cláusulas sobre este tipo de contratação foi de 3,38% em 2000, enquanto que até 1999 os números eram inexpressivos. No setor automotivo, não encontramos qualquer instrumento normativo que regule a contratação em tempo parcial. O contrato parcial também está ausente das convenções coletivas analisadas na segunda parte do relatório.

2.1.5. Suspensão do contrato de trabalho

A suspensão do contrato, por um período de até 5 meses, vinculada a um processo de requalificação profissional, praticamente não se efetivou, nem mesmo com o crescimento do desemprego. Na pesquisa relatada na segunda parte deste relatório é um tema ausente. No banco de dados da CNI, apesar de constar uma elevação em 2000, o aparecimento em apenas 2% dos 241 documentos analisados demonstra que é praticamente inexistente a negociação desta medida. O exemplo mais famoso foi o da Ford (ABC), que, no início de 1999, por pressão da sociedade e do sindicato local, readmitiu parte dos 2.800 demitidos, através da suspensão do contrato por um determinado período. Neste caso, diferentemente do que prevê a lei, os trabalhadores continuaram recebendo o seu salário integral no primeiro período da suspensão. No geral, a grande dificuldade para a efetivação da suspensão é a baixa remuneração, que está vinculada ao valor do seguro desemprego[10].

Os dados da CNI evidenciam um pequeno crescimento na adoção das medidas introduzidas em relação à alocação e contratação do trabalho. O aparecimento das contratações flexíveis é uma novidade em relação aos instrumentos coletivos analisados até o momento, onde a incidência é bem insignificante. No entanto parece plausível supor, para uma verificação posterior, que ela coincide com a retomada do emprego formal no setor industrial no decorrer do ano 2000. Fica uma pergunta para ser investigada: qual a contribuição destas formas flexíveis de contratação para a elevação do emprego formal na indústria? O aumento da contratação formal está relacionado a esse tipo de contratação? Se essa hipótese se confirmar, teremos um aumento da contratação formal em 2000, mas de maneira mais precária, o que caracterizará uma segmentação entre os trabalhadores considerados de primeira linha (com os direitos integrais) e os trabalhadores de segunda linha (com direitos reduzidos).

2.1.6. As razões da pouca efetividade das medidas anteriores

Pelos dados disponíveis, as três últimas medidas discutidas apresentam pouquíssima efetividade no mercado de trabalho brasileiro. *As razões que ajudam a explicar sua pequena efetividade são:*

---

(10) Não há dados estatísticos oficiais para mensurar a contratação por tempo parcial, a suspensão do contrato e o trabalho aos domingos.

1. O sistema de contratação e demissão já é bastante flexível no Brasil. Essa flexibilidade histórica foi reafirmada com a denúncia da Convenção 158 da OIT (cf. quadro I). As empresas continuam utilizando a legislação em vigor, que lhes permite demitir sem justa causa, ajustar a quantidade da força de trabalho — através da contratação temporária via agência de emprego, nos períodos de maior pico de produção — e rebaixar o custo do trabalho;

2. Além das medidas legais, a flexibilização da alocação do trabalho também vem ocorrendo através da terceirização, na medida em que esta contribui para a eliminação de obrigações relativas aos direitos trabalhistas da empresa contratante do serviço, ao repassar a responsabilidade para uma outra empresa, que geralmente não está enquadrada na mesma categoria econômica. O resultado é salários e condições de trabalho inferiores[11]. Os novos métodos organizacionais, implantados no Brasil a partir dos anos 80, também permitem a utilização da força de trabalho de forma mais flexível;

3. A oposição de parte do movimento sindical e as controvérsias jurídicas igualmente inibem a efetivação destas medidas. Na prática, existem resistências e problemas, por exemplo, para a difusão do contrato por tempo determinado. Há controvérsias em relação à constitucionalidade da referida lei[12]. Com receio de acumular um passivo trabalhista no futuro, as empresas preferem não utilizar esse tipo de contratação. Há, ainda, uma oposição de grande parte dos sindicatos em negociar tal contrato, pois, na sua avaliação, a lei precariza o trabalho e cria uma divisão entre os empregados de uma mesma empresa, sendo que um grupo de trabalhadores ficará com um número menor de direitos trabalhistas básicos;

4. Depois da aprovação destas medidas, agravou-se o problema da recessão econômica, o que desestimula a contratação de novos trabalhadores, pois a empresa só contrata se tiver demanda por força de trabalho e não quando há rebaixamento (da oferta) do valor do fator trabalho. A realidade tem evidenciado que o problema do emprego não se resolve somente no âmbito do mercado de trabalho, mas está vinculado à possibilidade de ampliação da produção e do investimento em políticas de inclusão social, ou seja, os determinantes do desemprego estão nos fundamentos econômicos e políticos[13].

2. 2. Flexibilização do tempo de trabalho: banco de horas e trabalho aos domingos

As duas maiores novidades que contribuem para a flexibilização da jornada de trabalho foram o banco de horas e a liberação do trabalho aos

---

(11) Segundo um estudo do Dieese, envolvendo quarenta empresas do ABC: os trabalhadores terceirizados, em 72,5% dos casos, têm benefícios sociais inferiores aos concedidos pela empresa cliente; e, em 67,5%, níveis salariais mais baixos. Além disso, as condições de trabalho são mais precárias no que se refere à saúde e segurança e a duração da jornada é, freqüentemente, mais extensa (Dieese, 1999: 37).

(12) A brecha jurídica que permite a contestação legal é a diferenciação de rendimentos entre trabalhadores de uma mesma função dentro da empresa.

(13) Cf. Pochmann, 1999; e Baltar, 1996.

domingos. O banco de horas (Lei n. 9.601/1998) introduz a possibilidade de compensação da jornada, que passa a ser anual e não mais semanal. Permite a contagem (débito e crédito) de horas em favor da empresa e do empregado. A empresa pode organizar a utilização do tempo de trabalho conforme os seus ciclos de produção durante o ano. O banco de horas é uma medida que procura ajustar a determinação do trabalho à realidade produtiva da empresa, também impulsionando, portanto, uma descentralização das negociações. Outra medida foi a liberação do trabalho aos domingos (MP n. 1.878-64/1999), que afeta especialmente o comércio com a abertura dos supermercados, lojas, shoppings etc[14].

Flexibilização do tempo de trabalho	
Banco de Horas Lei n. 9.061/ 1998 e MP n. 1.709/98)	• Possibilita que a jornada seja organizada anualmente conforme as flutuações da produção ou serviço (anualização da jornada); • Amplia para um ano o prazo de compensação das jornadas semanais extraordinárias de trabalho, através de acordo ou convenção coletiva.
Liberação do Trabalho aos domingos (MP n. 1.878-64/99)	Autoriza, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, sem a previsão de passar por negociação coletiva.

2.2.1. Banco de horas

A medida principal e de maior visibilidade é o *Banco de Horas*. Trata-se de um dos temas mais controvertidos das negociações coletivas nos anos recentes. Ao mesmo tempo em que há uma pressão dos setores empresariais (especialmente indústria e comércio) para a sua adoção, as experiências dos trabalhadores estão marcadas pela controvérsia. Em síntese, o debate ficou polarizado entre os que defendem a sua negociação como forma de preservar o emprego e os que ressaltam os seus aspectos flexibilizadores e destruidores de postos de trabalho. Recentemente têm crescido, por um lado, as pressões empresariais para a sua adoção, dada a eminência da recessão e, por outro lado, as resistências sindicais[15]. Em entrevista com dirigentes sindicais, verifica-se um visível descontentamento dos trabalhadores em relação ao banco de horas.

(14) Não há dados disponíveis para quantificar a sua adoção, mas o fato pode ser percebido empiricamente.

(15) No seu Congresso de 2000, a CUT adotou uma posição contrária ao banco de horas e recomendou que os seus sindicatos não o implementassem.

Tabela II:

Flexibilização da Jornada de Trabalho 1998 / 1999 / 2000 / 2001

ATIVIDADE	Instrumentos Coletivos (Acordos/Convenções)
1. INDÚSTRIA	859
2. COMÉRCIO	221
3. TRANSPORTES TERRESTRES	107
4. COMUNICAÇÃO E PUBLICIDADE	38
5. AGRICULTURA (RURAIS)	22
6. EDUCAÇÃO E CULTURA	17
7. PROFISSIONAIS LIBERAIS	15
8. EMPRESAS BANCÁRIAS	2
9. TRANSP.MARÍTIMO, FLUVIAL, AÉREO	5
10. SERVIDORES PUBLICOS	1
11.DIFERENCIADAS	2
12.OUTROS	7
Total	1.296

MTE, 2001.

Diferentemente das outras medidas, a lei obriga o registro dos contratos de banco de horas no Ministério do Trabalho e Emprego (TEM). Constam do registro do MTE, conforme Tabela II, 1.296 acordos específicos sobre banco de horas, abrangendo mais de 400 mil trabalhadores, em dois anos de sua vigência. Os acordos estão fortemente concentrados no setor industrial, correspondendo a 66% do total registrado. Esse número é absoluto, pois nem todos os instrumentos normativos, apesar da obrigatoriedade legal, estão registrados no MTE. Por exemplo, pelos dados do Ministério, o Paraná não teria qualquer acordo desta natureza. Mas todas as montadoras instaladas no Paraná têm acordos de banco de horas, conforme levantamento por nós realizado. Em alguns setores há, também, acordos informais de banco de horas, em que a negociação não passa pelo sindicato, conforme constatado nos químicos de São Paulo (Escola Sindical São Paulo, 2000).[16]

(16) Depoimento de dirigentes sindicais do setor químico de São Paulo e ABC, dos comerciários de Osasco e de trabalhadores rurais (Escola Sindical São Paulo, 2000).

Segundo a CNI, na análise de 241 documentos do ano 2000, a incidência de cláusulas com banco de horas para o conjunto da indústria chega a 44,59%. No segundo semestre de 1999, essa incidência (em 114 documentos) era de 18%. Portanto, para a CNI, a negociação do banco de horas ganha notável importância no ano de 2000. Já no setor metalúrgico, em 2000, ainda segundo a CNI, a incidência de cláusulas de negociação de banco de horas foi de 31,43% (boletim n. 90, CNI, 2001). Na presente pesquisa, a questão da flexibilidade da jornada e do banco de horas aparece, mas com uma incidência inferior à dos dados do Sanc. É possível observar, na análise, que este é um tema preferencialmente negociado de forma descentralizada por empresa.

Um estudo comparativo dentro do próprio setor automotivo revela que há formas distintas de regulação do banco de horas. Enquanto em São Bernardo o banco de horas foi introduzido com a redução da jornada e com limites na sua aplicação, em Curitiba ele foi aplicado conforme rege a lei, ou seja, de forma predatória, permitindo ampla liberdade para a empresa determinar a forma de utilização do trabalho. As principais características dos acordos das empresas instaladas em São Bernardo (cf. quadro V, em anexo), são: a) redução da jornada de trabalho de 44 para 42 ou 40 horas semanais, dependendo da empresa; b) limite para organização da jornada semanal: a jornada, para ser computada no banco de horas, tem um limite mínimo de 32 horas e máximo de 44 horas na semana — as horas trabalhadas acima desta jornada serão consideradas horas extraordinárias a serem pagas no mês de sua efetivação; c) estipulação, em alguns acordos, de um limite de horas (crédito ou débito) a constar no banco de horas; d) não compensação, no banco de horas, do trabalho aos domingos, feriados e dias pontes — caso haja trabalho nestes dias, será computado como horas extraordinárias; e) previsão de um sistema de balanço anual dos débitos e créditos das horas constantes no banco — quando o trabalhador tem crédito no banco de horas, a empresa efetuará o pagamento das horas constantes com 50% de acréscimo sobre a hora normal; quando há debito, a empresa tem liberdade de definir a forma de compensação e até de transferir as pendências para o período seguinte.

Em síntese, o banco de horas tem significado um aumento da racionalização do processo de trabalho e uma intensificação do ritmo de trabalho.

A flexibilização legal do banco de horas foi, assim, um dos temas em que as negociações coletivas avançaram nos anos 90, estimulada pela lei introduzida em janeiro de 1998. Aqui, mais uma vez, o discurso de fortalecimento da relação direta entre os atores ocorre com a intervenção decisiva do Estado.

2.3. Flexibilização da remuneração: fim da política salarial e PLR

A partir de quatro estudos, é possível identificar a importância adquirida pela PLR nos anos recentes: 1) Um amplo estudo do Dieese (2000), realizado com base em 1652 instrumentos coletivos (acordos e conven-

ções do período 1994-1999), mostra um crescimento vertiginoso da negociação de acordos de PLR no Brasil, especialmente entre 1995 e 1997; 2) A tese de doutorado de Carvalho Neto (2000)[17], segundo a qual a PLR foi considerada um dos temas centrais das negociações coletivas nos anos 90 tanto para empregadores como para trabalhadores e, inclusive, na avaliação dos atores sociais, este foi considerado o tema em que as negociações mais avançaram; 3) a pesquisa da CNI (2001), que acompanha os instrumentos normativos sobre PLR no ano de 2000; 4) a presente pesquisa constante da segunda parte deste relatório.

Tema	Iniciativas
	Flexibilização da remuneração
PLR — Participação nos Lucros e Resultados (MP n. 1.29/94), Lei (n. 10.101) a partir de 19.12.2000, que reproduz a MP 1982-77/2000.	• viabiliza o direito de os trabalhadores participarem dos lucros e resultados da empresa, através da negociação; • determina que o valor da remuneração, em PLR, não incide sobre os encargos trabalhistas e não é incorporado ao salário; • introduz a possibilidade de mediação e arbitragem pública ou privada; • define uma periodicidade mínima de 06 meses na distribuição de benefícios de PLR; • focaliza a negociação na empresa; • abre a possibilidade da remuneração variável; • retira o foco da mobilização por salário real/produtividade; • introduz os temas da agenda da empresa na negociação; • é uma alternativa ao fim da política salarial, ao possibilitar algum ganho de remuneração sem reajuste nos salários.
Política Salarial (Plano Real — MP n. 1053/94)	• elimina a política de reajuste salarial através do Estado; • proíbe as cláusulas de reajuste automático de salários; • procura induzir a "livre negociação", mas com controle para não haver reajuste real nem nas negociações e nem no Judiciário.

(17) A pesquisa foi realizada, entre outros, nos seguintes setores econômicos: metalúrgicos, bancários, telecomunicações e químicos. Analisou os instrumentos normativos entre 1992 e 1998.

Salário Mínimo: (MP n. 1.906/97)	• Acaba com o índice de reajuste oficial de correção do salário mínimo: O seu valor será definido pelo Poder Executivo, sob apreciação do Congresso Nacional; • Salário mínimo regional/estadual (1999).

A maioria das empresas a adotou como forma de aumentar a produtividade e conseguir uma redução de custos. "O empresariado coloca a necessidade de adaptar os salários às flutuações da produção e vinculá-los ao desempenho das empresas, de maneira a reduzir os custos fixos" (Dieese, 1999: 12-13). Segundo a CNI, grande parte dos acordos obedecia dois critérios: a) calcado em quesitos pactuados entre empresas e seus empregadores, com planos e metas a serem alcançados ou; b) baseado apenas em um determinado valor e distribuído sob este título. Inclusive constata que parte dos acordos de PLR, até 1997, praticamente substitui os conhecidos abonos concedidos pelas empresas nos finais de ano.

A pesquisa de Carvalho Neto evidencia a importância que a PLR adquiriu nas negociações coletivas nos anos 90 (cf. quadros II, III e IV, abaixo), revelando que este foi considerado pelos atores sindicais o principal tema da pauta de negociação. Em pesquisa junto a representantes empresariais e de trabalhadores, ele constata que "em todos os setores pesquisados, a PLR se impôs como o principal tema, visto como uma oportunidade positiva no contexto negocial dos anos 90 por 85,71% dos empresários e 91,30% dos sindicatos entrevistados" (Carvalho Neto, 1999: 345). A razão deste aparente consenso está no entendimento da PLR por parte de cada ator social. A PLR é um objeto de disputa em que trabalhadores e empresários têm objetivos diferenciados. As empresas objetivam, com ela, a introdução de uma remuneração variável como forma de redução de custos fixos, a descentralização das negociações para o interior das empresas e o comprometimento dos trabalhadores com o aumento da competitividade. Por outro lado, os trabalhadores pretendem, além de se apropriar de parte dos lucros ou resultados, ter acesso às informações econômicas das empresas, oportunidade para organização sindical no local de trabalho e uma forma de intervenção no processo de reestruturação produtiva. Na avaliação dos dirigentes sindicais, ela representa oportunidades, mas também riscos: a não incorporação da produtividade nos salários; a substituição do reajuste salarial por prêmios e abonos; o crescimento da remuneração variável, vinculando-a ao desempenho individual, ou do grupo e/ou da empresa; a crescente individualização das relações de trabalho, o aumento da concorrência entre os trabalhadores; a intensificação do ritmo de trabalho; a redução dos postos de trabalho; e o estímulo à organização de sindicatos por empresa (Escola Sindical São Paulo, 2000)[18].

(18) Enquête realizada com os dirigentes de 15 sindicatos, promovida pela Escola Sindical São Paulo, no decorrer do ano 2000. Entidades participantes do processo: Metalúrgicos do ABC, Taubaté, Pindamonhangaba, Vestuário de Sorocaba, Bancários de São Paulo, Trabalhadores nas autarquias dos conselhos profissionais, servidores municipais de São Paulo, servidores da área de saúde do Estado de São Paulo, Servidores Gerais do Estado, Comerciários de Osasco, Eletricitários de Campinas, Trabalhadores Rurais de Tupi Paulista e Ribeirão Branco e Químicos do ABC e São Paulo.

Quadro I

Temas acordados entre sindicatos e empresas a partir de 1993, considerados os mais importantes segundo os empresários

Itens	%
Participação nos lucros e resultados	100%
Flexibilização da jornada	57,14%

Apud Carvalho Neto, 1999: 346. Fonte: entrevistas com 14 representantes dos empresários dos sete setores pesquisados. A soma da freqüência relativa é superior a 100% por terem sido dadas mais de uma resposta.

Quadro II

Avanços identificados pelos representantes dos empresários (só identificaram avanços)

Itens em que houve avanço	%
A maior aceitação da negociação da remuneração variável (PLR) pelos sindicatos	42,86
A maior aceitação da negociação da flexibilidade da jornada (bancos de horas/dias) pelos sindicatos	28,57
A instituição de um ciclo de negociações caracterizado por trocas	14,28
Não responderam à pergunta	20,32

Apud: Idem p: 344.

Quadro III

Retrocessos e avanços identificados pelos representantes dos trabalhadores

Itens em que houve retrocesso	%
A não reposição nem mesmo da inflação acumulada na data-base	39,13
A retirada de cláusulas sociais de convenções/acordos coletivos	17,39
O fim do aumento real a título de produtividade	13,04
A troca de reajustes salariais e benefícios por abonos	13,04
O endurecimento das negociações coletivas	8,69
A estagnação das negociações coletivas centralizadas	8,69
A tendência de se negociar descentralizadamente	4,35

A ruptura do negociado	4,35
Itens em que houve avanço	%
A manutenção das conquistas anteriores	21,74
O fortalecimento das comissões tripartites/maior participação do movimento sindical nas áreas institucionais	8,69
A negociação de vários acordos com empresas	4,35
A manutenção do papel dos sindicatos	4,35

Apud: Ibidem: p: 344.

O crescimento dos acordos de PLR, a partir de 1995, coincide com o fim da política salarial (julho de 1995) e com o plano de estabilização dos preços. A partir de então, há uma queda progressiva do número de categorias que asseguraram a recomposição do poder aquisitivo dos salários. Segundo pesquisa do Dieese (1998, 1999, 2000), em 1995 praticamente todas as categorias conseguiram reajustes salariais equivalentes à evolução dos índices do custo de vida acumulados em 1994. Já em 1996, 40% das categorias não obtiveram nem a reposição da inflação passada; percentual que, em 1997, cresceu para 45% e, em 1998, caiu para 32%[19]. Em 1999, volta a aumentar o número das categorias que não conseguem recompor o poder de compra dos salários, passando a ficar em torno de 50%. Já no ano 2000, segundo levantamento do Dieese, os sindicatos voltam a ter uma pequena recuperação salarial, que está vinculada ao desempenho da economia e ao processo de desvalorização cambial. Portanto, segundo o Dieese, após o Plano Real, as categorias têm dificuldade de manter ou elevar o poder de compra dos salários, além de se impor um rebaixando do valor do salário fixo (Dieese, 1999: 13).

Neste contexto, Tuma (1999) chama a atenção para o fato de a introdução da PLR ter feito desaparecer das convenções coletivas os reajustes a título de produtividade: *"A flexibilidade salarial se difunde através da PLR, concomitantemente à extinção das concessões de aumentos a título de crescimento na produtividade. Em 1995, primeiro ano de regulamentação da PLR, ainda ocorreram poucos acordos estipulando percentuais referentes à produtividade. De 1996 em diante, embora persista na pauta de reivindicações dos trabalhadores, a segunda principal cláusula dos acordos salariais desapareceu dos acordos das categorias mais organizadas" (Tuma, 1999: 188-9).*

A partir de 1998, houve, segundo o Dieese (2000) e a CNI (dez/2000), uma diminuição do número de contratos de PLR. De acordo com o levantamento do Dieese, em 1996 foram assinados 466 contratos coletivos sobre PLR, em 1997 este número sobe para 546 e depois cai para 408 em 1998 e para 239 em 1999. Segundo a CNI[20] (2000:05), "este tema começa a per-

(19) A pouca expressividade da inflação contribuiu para aumentar a proporção de categorias que conseguiram garantir a recomposição dos salários no período (Dieese, 1999).

(20) Nos 241 instrumentos normativos analisados, a incidência é de apenas 3,04%, em 2000.

der importância nas negociações" e a sua adoção fica mais seletiva. Os motivos da queda do número de acordos estão relacionados com: a) a recessão econômica, especialmente em 1998 e 1999, que interfere no comportamento dos atores sociais; b) a consecução de reajustes salariais, até acima da inflação, por boa parte dos sindicatos de trabalhadores (Dieese, 2000 e CNI, 2000); e c) o não atendimento das expectativas de vários setores empresariais quanto à obtenção de maior produtividade e competitividade com a sua adoção[21].

Apesar da queda do número de instrumentos normativos sobre PLR, a partir de 1998 torna-se uma medida que passa a fazer parte da rotina das relações de trabalho nos setores mais dinâmicos da estrutura produtiva. Resumidamente, a PLR pode ocorrer tanto no âmbito da categoria econômica (realizando-se, geralmente, como um abono — por exemplo, químicos de São Paulo e ABC) quanto por empresa, como é o caso do setor automotivo[22].

A PLR também está contribuindo, portanto, para uma descentralização das negociações e para uma flexibilização na forma de remuneração, num contexto em que o Estado abdicou de seu papel de promover uma política salarial e de garantir condições mínimas de proteção social dos trabalhadores[23].

Em síntese, a adoção da PLR, combinada com o fim da política salarial, favorece a remuneração variável e dificulta a incorporação da produtividade no salário, passando-se esta a ser não uma parte do salário-base, mas uma espécie de prêmio vinculado a determinadas metas estabelecidas em negociação coletiva. O fim da política salarial também contribui para a abertura do leque salarial, pois os setores mais fragilizados têm maiores dificuldades de obter a recomposição dos seus vencimentos.

2. 4. Flexibilização nos procedimentos de solução dos conflitos

Com a reforma trabalhista, a proposição do Governo Federal é transformar o contrato de trabalho em contrato de natureza civil, onde se pressupõe que tanto o trabalhador quanto o empresário possuem a mesma condição de contratar. Na perspectiva de mudar os procedimentos formais de aplicação do direito e de conciliar os interesses econômicos, foram estimuladas pelo Governo Federal, no decorrer da década de 90, a mediação e arbitragem privada, a fragilização da fiscalização do MTE, o rito sumaríssimo e a conciliação prévia. No texto, destacaremos a discussão sobre a

(21) A frustração de expectativas foi o argumento utilizado por empresários do setor químico de São Paulo na mesa de negociação (Escola Sindical São Paulo, 2000). Segundo sua avaliação, a adoção da PLR não se constituiu em um diferencial para os trabalhadores dedicarem-se mais ao trabalho e aumentar a produtividade da empresa.

(22) A PLR, até pela sua natureza, é mais comum por empresa. Segundo pesquisa do Diesse (2000), nos instrumentos normativos analisados, 1659 são acordos coletivos por empresa e apenas 59 são convenções coletivas.

(23) Cf. Dieese, 2000 e Tuma, 1999.

CCP por ser uma medida recente e de grande impacto nas relações de trabalho. Mas vale a pena registrar o processo de sucateamento da fiscalização do Ministério de Trabalho, contribuindo para dar maior poder à empresa na resolução de pendências individuais e até coletivas. Segundo os dirigentes sindicais de São Paulo, um pedido de fiscalização demora em torno de 6 meses para ser atendido (Escola, 2001). Além disso, com a Portaria 865/95, os fiscais não aplicam multas quando encontram qualquer descumprimento da lei trabalhista ou da convenção coletiva, simplesmente notificam o empregador, se este se dispuser a negociar a fraude.

Formas de solução do conflitos: incentivo à solução direta	
Comissões de conciliação prévia — CCP (Lei n. 8.959/2000)	• Possibilita a criação de comissões de conciliação nas categorias profissionais e/ou nas empresas com mais de 50 empregados; . Funcionam como a primeira instância dos dissídios individuais; . Funcionam de forma paritária, mas sem estabilidade para seus membros.
Rito Sumaríssimo (Lei n. 9.957/2000)	• Os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo.
Fiscalização do MTb (Portaria n. 865/95)	• Impede a autuação quando há conflito entre a legislação e o acordo/convenção coletiva; . Permite que os acordos e convenções reduzam direitos acertados anteriormente.

A *Comissão de Conciliação Prévia (CCP)* foi introduzida no arcabouço institucional brasileiro somente a partir de janeiro de 2000 (*Lei n. 9.958, de 12.1.2000 — DOU 13.1.2000)*, mas, pelas indicações encontradas, parece ser um instrumento que está se efetivando rapidamente na vida sindical brasileira e deverá ter grande impacto nas relações de trabalho. É uma medida que tem o propósito de dar materialidade à reforma trabalhista nos aspectos relacionados à remuneração, tempo e alocação do trabalho, operando uma mudança processual, procedimental e sindical para facilitar a aplicação da reforma dos direitos materiais. Ou seja, pretende dar instrumentalidade à flexibilização e à desregulamentação dos direitos dos trabalhadores.

Além de muitos sindicatos estarem convencidos da justeza da medida, uma outra razão que está contribuindo para a sua propagação é a disputa pelos trabalhadores que está se estabelecendo entre as centrais sindicais, já que a lei permite a criação de núcleos de conciliação com caráter inter-sindical; portanto, um sindicato pode fazer acordo de conciliação de membros de outras categorias que não têm CCP organizada. Ou seja, a legislação permite a realização de acordos de conciliação na base de representação de outro sindicato.

As principais centrais sindicais adotaram uma resolução de implementação das CCPs. A CUT, apesar de criticar uma série de aspectos da lei que instituiu as CCPs[24], tem recomendado a sua efetivação pelos sindicatos, pois entende que é uma possibilidade de agilizar a resolução dos conflitos de natureza individual — dada a morosidade da Justiça do Trabalho — e de o sindicalismo organizar-se no interior das empresas, além de ser uma forma de o sindicato ampliar a sua legitimidade junto à base. Diversos sindicatos estão começando a implementar a CCP na sua categoria[25], mas são iniciativas soltas e desarticuladas, pois existe a oposição de alguns setores internos da Central à sua implementação.

A Força Sindical está desenvolvendo uma política agressiva de implementação de CCPs, tendo organizado uma estrutura articulada em rede, que envolve as suas confederações e federações por ramo de atividade e os sindicatos, que estruturam núcleos de conciliação prévia, com caráter de intercategorias. Esta estrutura está em implantação no Estado de São Paulo desde abril de 2000 (quando entrou em vigor a medida). Em maio de 2001, a Força Sindical informou a existência de 148 núcleos organizados, sendo 06 núcleos na capital. Cada núcleo tem uma estrutura própria e conecta-se em rede com os demais, através de um programa (*software*) próprio. Além disso, ao mesmo tempo em que está conectado com as instâncias sindicais superiores, o núcleo tem acesso ao sistema de informações da Caixa Econômica Federal (para liberação do FGTS e encaminhamento do seguro desemprego). Na capital, cada núcleo faz, em média, 200 acordos mensais. Grande parte dos acordos coincide com a homologação da rescisão contratual, principalmente em pequenas e médias empresas. O núcleo faz conciliação de qualquer categoria que não tenha instituído a CCP. A Central investiu em um treinamento para os conciliadores, que não são funcionários do sindicato, mas estão organizados em cooperativas de trabalho e recebem por conciliação efetuada. A introdução das CCPs fez reduzir enormemente o departamento jurídico dos sindicatos. O preço cobrado por acordo varia entre R$ 150, 00 e R$ 500,00[26].

Os dados da CNI corroboram a tese de significativo avanço das CCPs neste seu primeiro ano de vigência. Dos 241 documentos analisados, ela aparece em 86 (29,05%). Outro boletim (n. 89, jan/fev 2001) contabiliza a existência de 480 CCPs no Brasil, sendo que a grande maioria é oriunda de

(24) As principais críticas da CUT incidem sobre: o fato de as CCPs serem consideradas instância obrigatória para quem queira recorrer à Justiça do Trabalho; o fato de o acordo feito na CCP quitar todos os direitos negados ao trabalhador e não somente os relacionados; a necessidade de ampliação da participação sindical tanto na organização das CCPs como na sua fiscalização.

(25) Pelo levantamento realizado, já existe ou está em implantação a CCP, entre outros, nos seguintes sindicatos Cutistas do Estado de São Paulo: Federação dos Metalúrgicos, Federação dos Bancários dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, Metalúrgicos do ABC, Químicos do ABC, Bancários São Paulo e ABC, Trabalhadores da Saúde privada São Paulo e ABC e Comerciários de Osasco. Por outro lado, há posição de diversas entidades sindicais cutistas, que decidiram não adotar a CCP, entre as quais destacam-se a Federação dos Assalariados Rurais do Estado de São Paulo e o Sindicato dos Metalúrgicos de Campinas e São José dos Campos. Portanto, ainda é um tema bastante controvertido no interior da central.

(26) Segundo Cardoso Filho (2001), o preço não está cobrindo as despesas da estrutura e do sistema criado. Por isso, está sendo discutido um aumento neste valor.

Convenções Coletivas de Trabalho. A CNI as divide em dois tipos: uma para prevenção do conflito e outra para tratar de um conflito já instalado. As preventivas têm conseguido conciliar 80% a 85% dos seus processos. Somente 15% a 20% têm resultado em processos trabalhistas, enquanto nos casos de instalação de CCP para tratar de conflito já existente o índice de acordo reduz o acionamento da Justiça Trabalhista para 60%. A razão deste sucesso está relacionada com o interesse das empresas em quitar possíveis débitos trabalhistas ("quitação válida"). Ou seja, caso uma homologação seja feita em CCP, todas as possíveis reclamações por direitos sonegados, mesmo que não constem do acordo, tornam-se inválidas. Para o trabalhador poder reclamar qualquer pendência na Justiça do Trabalho, terá de fazer uma ressalva explícita dos aspectos não considerados quitados no acordo da homologação feita em CCP. O resultado é uma diminuição das reclamações trabalhistas e um enxugamento da estrutura do departamento jurídico das entidades sindicais e/ou da empresa.

2.4.1. Análise de Duas Experiências de CCP

Escolhemos duas experiâncias de comissão de conciliação prévia que estão em funcionamento a mais tempo, inclusive antes da promulgação da lei, para podermos discutir as suas características, riscos e oportunidades do ponto de vista sindical. A primeira refere-se a Comissões Extrajudiciais de Solução de Conflitos Individuais (CESCI), do Sindicato dos Trabalhadores Bancários de Campinas. A segunda experiência é a Câmara de Conciliação Trabalhista Paritária (CCTP), do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Mecânicas de Joinville e do respectivo sindicato patronal da cidade.

2.4.1.1. A Experiência do Sindicato dos Bancários de Campinas

O primeiro acordo foi assinado em 1997, com o Banco Itaú, pois este apresenta o maior número de reclamações na Justiça. Hoje existem acordos em 5 bancos (Itaú, HSBC, ABN/Real, BBV, Boa Vista e Bandeirantes), na região de Campinas. Existe também um acordo guarda-chuva, abrangendo a Federação dos Bancários de São Paulo e Mato Grosso do Sul. As comissões de conciliação estão organizadas por emprasa, mas sua composição é feita por indicação das entidades envolvidas e não por eleição.

O sindicato adota a CESCI a partir de três justificativas básicas: 1) agilizar a solução dos conflitos trabalhistas presentes na categoria, na perspectiva de assegurar os direitos dos bancários demitidos; 2) desenvolver uma experiência de auto-composição dos conflitos, pois esta é uma forma concreta de superar a tutela do Estado nas relações de trabalho e desenvolver uma resposta à morosidade da Justiça do Trabalho; 3) mapear as questões (direitos) mais problemáticas para poder desenvolver uma ação sindical coletiva e preventiva.

Principais características do acordo sobre conciliação prévia[27]:

• Garante que todas as homologações sejam realizadas no sindicato, independente do tempo de serviço do bancário;

• Há uma separação entre a homologação e a CCP. Ou seja, as homologações são realizadas de forma convencional e não na Comissão de Conciliação. Depois do acerto da rescisão, se houver interesse e pertinência, o bancário poderá fazer sua reclamação para ser analisada na Comissão de Conciliação. "Fica vedado à Comissão Intermediar ou homologar rescisão de contrato de trabalho";

• O acordo assinado na CESCI quita somente o débito constante na ata e não todos os direitos trabalhistas, como expressa a lei;

• A composição da CESCI é paritária: dois representantes administrativos do banco e dois dirigentes da entidade sindical convenente;

• Os casos analisados na comissão são de ex-empregados: "As comissões previstas nesta convenção serão competentes para buscar a conciliação de todos os aspectos do contrato individual de trabalho do ex-empregado". Portanto, na Cesci, diferentemente da lei, atende-se somente ex-bancários, não sendo resolvidos problemas de quem está no emprego.

• A busca da conciliação não é obrigatória.

Em relação ao *resultado* dos acordos de conciliação, segundo o sindicato, destacam-se os seguintes aspectos: a) o tempo médio de tramitação da reclamação é de 43 dias (entre a apresentação da demanda e o desfecho do caso); b) o bancário leva em torno de 04 meses para entrar com a reclamação; c) entre 1998 e 1999, os ex-bancários que receberam créditos decorrentes de reclamações trabalhistas o fizeram após a tremitação das reclamações durante, em média, 1339 dias (3 anos, 8 meses e 04 dias). Aqui, é preciso fazer uma ressalva, pois o sindicato já seleciona os casos em que prevê a possibilidade da conciliação. Os casos mais complicados já vão diretamente para a Justiça do Trabalho, onde o processo, por não ter acordo fácil, irá tramitar por várias instâncias; d) As principais controvérsias conciliadas na CCP referem-se a horas extras e enquadramento de função. Alguns temas, por não obterem acordo *a priori*, são descartados da tentativa de conciliação, tais como as doenças ocupacionais e o turno de 6 horas.

---

(27) *Forma de funcionamento da comissão:* o bancário, com orientação do sindicato, formula a reclamação de direitos não pagos; após a formalização, a comissão extrajudicial (CCP) tem 10 dias para realizar a primeira reunião; a partir deste momento, abre-se um processo de negociação das questões reclamadas, com a possibilidade de as partes apresentarem provas; os cálculos sobre o valor da reclamação são feitos pelo sindicato e apresentados para a comissão extrajudicial; caso haja acordo, o banco tem 72 horas para efetuar o pagamento acertado na comissão extrajudicial; caso não ocorra o acordo, a reclamação é encaminhada para a Justiça do Trabalho; o banco pagará R$ 200,00 para a cobertura das despesas administrativas; o reclamante é um bancário demitido.

Quadro Demonstrativo — Federação dos Bancários SP e MS entre 1997 até 2000*.

	ITAU		HSBC		ABN/REAL		BBV		BOA VISTA		BANDEIRANTES	
Conciliados	224	90%	152	78,3%	46	48,9%	13	79,47%	13	81,25%	1	16,67
Andamento	2	0,8%	7	3,6%	7	7,5%	0		0		0	
Inconciliáveis	23	9,2%	35	18,1%	41	43,6%	4	23,56%	3	18,75%	5	83,33
Total	249	43,20%	194	33,70%	94	16,30%	17	2,95%	16	2,78%	6	1,04%

Fonte: Sindicato dos bancários de Campinas, 2001.

(*) Sindicatos abrangidos: Andradina, Araçatuba, Campinas, Jaú, Lins, Naviraí, Piracicaba, Ribeirão Preto, Rio Claro, Santos, São Carlos, São José dos Campos, Sorocaba, Três Lagoas e Voluporanga.

O quadro acima mostra que o Itaú é o banco que mais utiliza a conciliação prévia ou extrajudicial. Assim como é o banco em que as reclamações são mais conciliadas. Por outro lado, o Banco Real tem se mostrado mais resistente na aceitação da conciliação.

Fonte: Sindicato dos Bancários de Campinas, 2001.

O gráfico acima evidencia que, em grande parte, os casos encaminhados à Cesci são resolvidos no próprio processo de conciliação. Ou seja, 78% dos casos analisados foram resolvidos na conciliação, sem precisar recorrer à Justiça do Trabalho.

2.4.1.2. A Experiência de Joinville: Comissão de Conciliação Trabalhista Paritária (CCTP)

A experiência de Joinville é de uma comissão formada no âmbito da categoria econômica, portanto, única para o conjunto das empresas. A co-

missão foi criada em outubro de 1999 e funciona na sede do sindicato dos trabalhadores. O próprio instrumento que normatiza a CCTP prevê a contratação de um profissional de cada sindicato para fazer a conciliação.

As principais prerrogativas e obrigações da CCTP, definidas na negociação coletiva são:

1) Fazer homologações e dar quitações em contratos de trabalho;
2) Envidar todos os esforços e recursos para atingir êxito na conciliação do conflito;
3) Prestar informações e esclarecimentos aos empregados e empregadores sobre questões trabalhistas, contratos, acordos e convenções coletivas.

A CCTP apresenta duas importantes novidades em relação à proposta dos bancários de Campinas, que a aproximam da forma como está regulamentada a lei de CCP:

1) "Toda e qualquer reclamação decorrente de contrato de trabalho firmado com empresas desta categoria e base sindical, seja nos contratos presentes, futuros e nos distratos *cujo prazo de prescrição não tenha ocorrido*, deverão, obrigatoriamente, passar pela CCTP para tentativa de conciliação, antes de serem encaminhadas à Justiça do Trabalho" (Estatuto da Câmara, p.2);
2) "Todas as homologações contratuais legalmente exigidas deverão, obrigatoriamente, ser realizadas na CCTP, a qual terá poderes, também, para homologar quitações de contratos encerrados antes de completarem um ano de vigência, desde que *uma das partes*, empregador ou empregado, opte nesse sentido. *As homologações efetuadas pela CCTP concederão quitação plena e irrevogável aos contratos, salvo restrições específicas*" (Idem, grifo nosso).

Fonte: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Mecânicas de Joinville, 2001.

As duas cláusulas citadas acima indicam claramente qual é o caráter da CCTP: ser um instrumento para alavancar, de forma definitiva, formas de conciliação extrajudicial de conflito entre os atores. Essas características, conforme tabela IV (em anexo), explicam a grande quantidade de acordos realizados entre outubro de 1999 e maio de 2001, inviabilizando o direito de os trabalhadores poderem reclamar qualquer pendência na Justiça do Trabalho. No período indicado, foram realizadas 2.546 homologações no sindicato pela CCTP. Destas, 2080 foram feitas sem constar qualquer ressalva, isto é, 82% dos trabalhadores que fizeram a rescisão na CCTP não poderão, posteriormente, reclamar qualquer passível trabalhista não acertado no ato da homologação (cf. gráfico acima).

Das 466 homologações em que constam ressalvas, isto é, em que ficaram direitos pendentes no ato da homologação, 388 optaram por utilizar os procedimentos de tentativa de conciliação através da CCTP. A conciliação, na CCTP, obteve sucesso em 217 casos, conforme gráfico abaixo. De acordo com informação do presidente do sindicato, nos casos conciliados, os trabalhadores recebem, em média, 70% do valor reclamado. Em 135 casos, não houve conciliação, podendo o reclamante, então, recorrer à Justiça do Trabalho[28].

Fonte: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Mecânicas de Joinville, 2001.

2.4.2. Elementos de comparação entre as duas experiências

As principais diferenças entre as duas experiências são: a) a Comissão dos Mecânicos de Joinville faz convergir todas as homologações para dentro da CCTP, enquanto a dos bancários de Campinas proíbe essa vinculação, apesar de conseguir garantir que todas as homologações sejam realizadas no sindicato; b) enquanto a de Joinville quita todos os direitos,

(28) Ainda segundo o presidente do sindicato, há algumas Varas do Trabalho de Joinville que não estão aceitando os trabalhadores metalúrgicos entrarem na Justiça sem a tentativa de Conciliação Prévia no sindicato.

com exceção dos que forem ressalvados, a dos bancários possibilita ao ex-funcionário recorrer nos aspectos que não tiverem sido negociados explicitamente na conciliação; c) apesar de as duas comissões serem paritárias, a dos Mecânicos destina um funcionário próprio (conciliador) para participar da CCP, enquanto a representação dos bancários é feita por um dirigente sindical; d) em relação às despesas, a dos bancários prevê o pagamento — pelo banco — de uma taxa de R$ 200,00 por tentativa de acordo, ao passo que, na dos mecânicos, a despesa é dividida igualmente entre a empresa e o sindicato.

As questões similares são as seguintes: a) a CCP serve quase que exclusivamente para ex-funcionários, sendo que a convenção dos bancários é explícita neste sentido e, na dos mecânicos, é admitida a conciliação de empregados, mas, na prática, são poucos os casos em que o funcionário da ativa reclama seus direitos; b) a composição da comissão é paritária; e c) há a possibilidade de orientação do sindicato para o trabalhador se posicionar na reunião de tentativa de conciliação.

Nos dois casos analisados, há grandes especificidades e aspectos bastante díspares, mas há algumas questões gerais que merecem mais reflexão. Em primeiro lugar, a CCP adquire um poder fantástico, através de um acordo de conciliação, de flexibilizar direitos que não são negociáveis nem do ponto de vista coletivo. Por exemplo, o acordo de conciliação pode estabelecer parâmetros do que vale ou não vale em uma determinada categoria ou região do país. Por um lado, em tese, poderá adaptar as regras gerais para as situações concretas das categorias ou empresas, isto é, flexibilizar a legislação geral às condições concretas de um determinado setor ou empresa. Por exemplo, é bastante comum, nas menores empresas, verificar as condições objetivas de estas pagarem os débitos trabalhistas, assim como poderão as CCPs utilizar critérios próprios para verificação de insalubridade, de periculosidade, doenças profissionais etc. Por outro lado, poderão induzir os atores sociais a determinados comportamentos em relação à aplicação da legislação, conhecedora dos critérios, dos procedimentos e das regras de funcionamento das CCPs. Essa parece ser a principal aposta da CNI quando incentiva a proliferação das CCPs. Nos exemplos analisados, parece-nos que, especialmente no caso dos mecânicos de Joinville, ao fazer as homologações na CCP, tende-se, indiretamente, a construir uma padronização na forma de ajuste no processo de rescisão contratual, o que deverá condicionar o comportamento das empresas na aplicação dos direitos inscritos na lei e na convenção[29].

Em segundo lugar, a experiência de Joinville, ao vincular as homologações à CCP e quitar todos os débitos trabalhistas, indica uma regulação muito parecida com o que está inscrito na Lei 9.958./2000. Já a experiência de Campinas é mais cuidadosa nestes aspectos.

Em terceiro lugar, segundo avaliação dos dirigentes sindicais, a principal justificativa para a sua adoção é agilizar a solução das pendências trabalhistas, que devem ser resolvidas o mais rápido possível, dada a mo-

(29) Esta hipótese necessita ser investigada, o que pretendemos fazer em futuro próximo.

rosidade da Justiça do Trabalho. Mas essa questão precisa ser analisada com cuidado, pois a comissão de conciliação consegue resolver somente os casos mais simples, o que também na Justiça do Trabalho ocorre, normalmente, na primeira tentativa de conciliação. O que demora mais tempo na Justiça são os casos mais complicados em que a reivindicação do reclamante é alta ou não aceita pela empresa.

Em quatro lugar, as CCPs estão direcionadas para os trabalhadores demitidos. Em Joinville, há alguns poucos casos em que o trabalhador empregado tem recorrido à conciliação na vigência do seu contrato. Neste aspecto, também não se diferencia da Justiça do Trabalho. Portanto, é clara a perspectiva de as CCPs substituírem parte do trabalho da Justiça do Trabalho, conforme objetivo da lei que a implementou, pois na quase totalidade dos casos, as tentativas de conciliação são para trabalhadores que estão fora da empresa.

Em quinto lugar, segundo avaliação dos dirigentes sindicais, as CCPs abrem possibilidades para a intervenção sindical: 1) possibilita estabelecer um diálogo com os demitidos e poder, com eles, desenvolver algumas lutas ou projetos comuns de formação profissional, de geração de trabalho e renda, de mobilizações etc (Mecânicos de Joinville); 2) as informações coletadas na CCP poderão servir de base para uma intervenção sindical nas empresas e locais de trabalho que apresentam problemas comuns, isto é, desenvolver atitudes coletivas e preventivas para os trabalhadores que continuam na ativa; 3) a existência da comissão dá representatividade ao sindicato, pois este torna-se imprescindível na intermediação da conciliação, isto é, em um contexto de crise, a comissão pode trazer representatividade e sentido ao sindicato.

Por último, a CCP não deixa de ser uma armadilha, pois se o sindicato não a implementar outro poderá fazê-lo na sua base, através da criação de comissão de conciliação com caráter de inter-categoria ou ainda a criação de uma comissão por empresa, com representantes de trabalhadores eleitos no local de trabalho, sem a participação sindical.

A sua efetivação traz alguns "perigos" que precisam ser analisados, tais como: a) vincular a homologação à CCP e dar um recibo que anula todos os demais débitos trabalhistas; b) permitir a pressão da empresa sobre o trabalhador para rebaixar, no acordo de conciliação, o valor da indenização a que tem direito; c) ajustar a legislação à vontade das empresas ou entidades patronais; d) dada a possibilidade de cobrança por tentativa de acordo, levar as entidades a fazerem da CCP uma fonte de receita e até de corrupção, se os conciliadores forem remunerados por acordo; e) substituir a atividade propriamente sindical, isto é, o sindicato ao invés de desenvolver ações coletivas passa a tentar resolver determinados problemas via CCP[30]. Além disso, há outros dois problemas adicionais, considerando a forma como está regulamentada a lei: limitar o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho e abrir a possibilidade para fraudes e "maracutaias".

---

(30) Por isso, alguns dirigentes defendem que a CCP deve estar direcionada aos demitidos, pois a função de cuidar dos problemas de quem está na atividade é do sindicato e não da CCP.

Enfim, o problema é que as CCPs podem ficar muito vulneráveis e dependentes da vontade patronal para sua efetivação. Ou seja, como é uma comissão paritária, nos momentos em que tem maior poder na correlação de forças, a empresa poderá utilizar-se das CCPs para eliminar possíveis passivos trabalhistas, fraudar direitos e flexibilizar a forma de aplicação da norma legal à realidade de uma determinada empresa, categoria ou setor. A relação entre o trabalhador que busca o direito na comissão e a empresa é muito desigual, pois esta tem o poder de demitir arbitrariamente ou de pressionar para o trabalhador aceitar o "acordo". Portanto, um dos maiores problemas da CCP é a falta de mecanismos que inibam a demissão imotivada, pois o trabalhador que reclamar qualquer pendência trabalhista pode sofrer a mesma punição de quando ele entra na Justiça do Trabalho, ou seja, a demissão. Neste sentido, a CCP, em várias categorias, pode funcionar somente para o trabalhador demitido ou quando a empresa tiver interesse em resolver possíveis passivos trabalhistas.

Tabela IV:
CÂMARA DE CONCILIAÇÃO TRABALHISTA PARITÁRIA

Ano	HOMOLOGAÇÕES						RECLAMATORIAS							
	Entradas	com.ressalvas		sem.ressalvas		Entradas	Conciliadas		Não conciliadas		Rev.Reclam.		Rev.empresa	
		QT	%	QT	%		QT	%	QT	%	QT	%	QT	%
out/99	32	2	6	30	94	2	2	100	0	0	0	0	0	0
nov/99	121	19	16	102	84	21	7	33	10	48	2	10	2	10
dez/99	71	5	7	66	93	5	4	80	1	20	0	0	0	0
jan/00	104	12	12	92	88	24	13	54	8	33	3	13	0	0
fev/00	135	21	16	114	84	35	17	49	16	46	1	3	1	3
mar/00	142	16	11	126	89	11	7	64	4	36	0	0	0	0
abr/00	136	22	16	114	84	14	5	36	8	57	1	7	0	0
mai/00	132	24	18	108	82	13	3	23	10	77	0	0	0	0
jun/00	141	27	19	114	81	12	6	50	5	42	0	0	1	8
jul/00	99	15	15	84	85	6	4	67	2	33	0	0	0	0
ago/00	123	17	14	106	86	10	5	50	3	30	2	20	0	0
set/00	108	22	20	86	80	15	9	60	5	33	0	0	1	7
out/00	105	14	13	91	87	27	17	63	7	26	1	4	2	7
nov/00	108	22	20	86	80	25	14	56	9	36	0	0	2	8
dez/00	157	28	18	129	82	21	13	62	5	24	2	10	1	5
jan/01	148	39	26	109	74	32	21	66	9	28	1	3	1	3
fev/01	231	49	21	182	79	18	14	78	3	17	0	0	1	6

Ano	HOMOLOGAÇÕES					RECLAMATORIAS								
	Entradas	com.ressalvas		sem.ressalvas		Entradas	Conciliadas		Não conciliadas		Rev.Reclam.		Rev.empresa	
mar/01	159	43	27	116	73	34	21	62	12	35	0	0	1	3
abr/01	159	46	29	113	71	35	20	57	10	29	1	3	4	11
mai/01	135	23	17	112	83	28	15	54	8	29	3	11	2	7
Total	2546	466	18	2080	82	388	217	56	135	35	17	4	19	5

Fonte: Sindicato dos mecânicos de Joinville, 2000

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PODER NORMATIVO: DILEMAS DA AUTONOMIA REGULAMENTAR[1]

GLAUCO MARTINS GUERRA[2]

I — SUBSTRATO DA QUESTÃO

A relação entre legalidade, poder normativo e poder regulamentar deve ser vista sob dois vértices específicos: (i) seu conceito jurídico e a inter-relação de dependência ao direito positivo, bem como, numa visão mais teórica, (ii) o contraponto entre o referencial da lei e o limite de sua interpretação pela autonomia regulamentar e normativa.

Nesse sentido, a proposta desta dissertação é a de analisar brevemente os conceitos de legalidade, poderes normativo e regulamentar; deduzir as razões de surgimento de uma capacidade normativa diferenciada da produção legislativa; compreender a implicação das eventuais dicotomias existentes entre o princípio da reserva legal e a eficácia do regulamento; para concluir se há ou não antagonismos, ainda que solúveis, entre os poderes normativo e regulamentar diante do princípio da legalidade.

De outro modo, a idéia é de checar, com alguma síntese, se o poder normativo e a atividade regulamentar, no âmbito do Direito Administrativo, representam algum tipo de ameaça ou lesão ao princípio da legalidade.

II — OS CONCEITOS

O princípio da legalidade insere-se na discussão das grandes questões envolvendo a concepção jurídico-política de Estado, o constitucionalismo, o positivismo jurídico e os direitos fundamentais da pessoa humana, com destaque para os referenciais da liberdade e da individualidade.

---

(1) Artigo elaborado a partir dos estudos realizados para o curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, denominado "Princípio da Legalidade", proferido pela Profa. Odete Medauar, no primeiro semestre de 2003, a quem manifesto minha admiração pelo espírito crítico e construtivo nas novas idéias do Direito Administrativo.

(2) Advogado em São Paulo. Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP

A partir da teoria política de *Montesquieu*, com a concepção da tripartição das funções do poder, bem como do desenvolvimento da concepção de Estado de Direito, o *princípio da legalidade* foi sendo erigido como o instrumento indispensável ao indivíduo para proteger sua esfera de direitos individuais de qualquer tipo de exorbitância do poder estatal, tendo na subordinação à lei a garantia dessa proteção. Como diz *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, "o Estado só pode segundo a lei e só pode segundo a forma de lei".(3)

Parece fácil compreender que o agir do Estado vinculado à lei funciona como o norte da atuação dos agentes estatais. O que está na lei, o agente público deve cumprir. Logo, é para a Administração Pública que apontam os efeitos positivos do princípio da legalidade. Existe direta relação jurídica entre lei e ato administrativo.

Mas, como observa a Profa. *Odete Medauar*, tal higidez da fórmula legalista clássica foi ganhando contornos mais flexíveis, "na obtenção de poderes livres, o que gerou os *contrapesos* ao princípio da legalidade ou zonas de ampla liberdade, refletidas na discricionariedade e nos atos de governo, muitas vezes fundamentadas no chamado *poder de supremacia especial*"(4).

Sob tal enfoque, surgem o poder normativo e a teoria dos regulamentos para formar o contra-balanço à legalidade formal e material que regem a ação administrativa.

É notório que o princípio da legalidade, quando aplicado à função executiva, por suas raízes civis, obedeceu, num primeiro momento, à idéia de *sentido negativo*, vale dizer, "a administração pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe". Havia, portanto, um coeficiente de liberdade em que o administrador, na prática diuturna de seus atos executivos, poderia atuar. Existia como que um juízo de valor do administrador público para motivar uma ação administrativa que, embora não expressamente prevista em lei, também não estava proibida. Nesse tópico, as matizes do Direito Civil são muito fortes.

Com a complexa evolução do exercício do poder político, e mesmo da estrutura e aparelhamento do Estado, o sentido negativo do princípio da legalidade passou a ser criticado, dando lugar ao entendimento do *sentido positivo* da lei frente à Administração Pública. Isto é, o administrador se vincula à lei na prática de seus atos, porque a totalidade das ações administrativas deve estar submetida a uma norma legal prévia.(5)

---

(3) *Ferreira Filho, Manoel Gonçalves*. "O Princípio da legalidade". *In* Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: (10):9-20, junho de 1977. Ao destacar que o princípio da legalidade, sob a visão da vontade geral, está associado ao Estado de Direito (no modelo de Montesquieu e Rousseau), diz ainda o autor que "o pano de fundo deste pensamento é sempre a idéia de que a lei há de ser a expressão da Justiça, há de ter um conteúdo de Justiça".

(4) *Medauar, Odete*. "O Direito Administrativo em evolução". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 143.

(5) *Sesin, Domingo J. Sesin, Domingo*. "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional Y Técnica — Nuevos Mecanismos de Control Judicial". Buenos Aires, 1994, Ediciones Depalma, p. 3/6.

Sob o prisma positivista, *Kelsen* surge como o grande mentor da teoria da atribuição normativa precedente. Toda concreção de normas gerais é feita por normas especiais ou específicas que se sobrepõem em estratos, formando a clássica pirâmide normativa, que tem em seu topo, pairando sobre a Constituição, a idéia abstrata de uma Norma Fundamental. A grande descoberta está na idéia de que, dado ser impossível previsibilidade ou dedutibilidade plenas de normas superiores a comporem normas inferiores, surge um espaço criativo que, segundo *Kelsen* (*Teoria geral do Direito e do Estado*), é ocupado pelo administrador público e pelo juiz.

O certo é que, sob o enfoque do ato administrativo, sua legitimidade normativa ocorre exatamente pela existência prévia de lei que o defina. Se não há ordem normativa precedente que construa a conduta devida pelo administrador, ainda que se trate de ato jurídico, não é considerado como ato de função estatal.

Assim, para compreender o conceito de *poder normativo*, deve-se ter em conta que a norma produzida pelo administrador público ingressa na teoria da legalidade como o passo antecedente à legitimidade do ato administrativo.

O poder normativo surge de um arrefecimento da legalidade como um parâmetro imutável da atuação administrativa. Confere-se ao administrador uma capacidade de produzir normas que, não ofensivas à ordem jurídica, instruam e executem os atos de administração pública.

Na visão dos constitucionalistas, o Estado de Direito está alicerçado sobre a legalidade, mas vem adotando a extensão normativa de suas funções, em decorrência de três vertentes ontológicas[6]:

a) o princípio filosófico de que a atuação estatal está pautada em leis, como resultado de um procedimento previsto e aceito pela sociedade civil organizada;

b) a razão política da luta pela lei é fruto do conflito social de interesses, que se harmonizam através da aplicação da Justiça (aqui entendida como função do poder político); e

c) a razão pragmática, na medida em que a inflação legislativa acaba desvalorizando a própria lei.

A lei cede espaço à norma e ao regulamento, como forma de alargamento do campo de atuação do agente público executivo.

Nesse sentido, pode-se aceitar que o *regulamento* se constitui num ato administrativo gerador de norma jurídica, de alcance geral e abstrato, proveniente da Administração Pública, cujo fim é o exercício ordenado da função administrativa, concomitantemente à execução de lei cuja efetividade demande ação administrativa.

Os regulamentos constroem preceitos tangíveis, mas não específicos na materialidade do ato regulado. O Poder Executivo detém o poder (constitucional e legal) de editar normas jurídicas de caráter genérico e abstrato,

(6) *Ferreira Filho, Manoel Gonçalves*. Ob. cit., p. 16/19.

a fim de que, no plano do Estado de Direito, a lei editada pela vontade da maioria social (através da função legislativa do Parlamento) seja ordenada e executada para todos, independendo de categoria, coletividade, comunidade ou individualidade.

O poder regulamentar se originou na concepção soberana do monarca diante do Poder Legislativo. Saltou da concepção centrada do poder político nas mãos do Parlamento, para a opção descentralizada da ação do Executivo, propondo para as matérias de governo e administração maior independência de produção normativa.

Deve ficar claro que, para o Direito Administrativo, a diferença entre poder normativo e poder regulamentar está no fato de que o primeiro compreende a produção de normas em sentido estrito (materiais e autônomas), enquanto que o regulamento destina-se a estabelecer condutas abertas e ordenadoras da ação administrativa, de maneira a explicitar a aplicação e execução de leis destinadas à Administração Pública.(7)

Por isso é que, ao discutir o princípio da legalidade em contraponto ao poder regulamentar, surge sempre a questão da primazia da lei.

As teorias constitucionais demonstram que a evolução do princípio da preferência da lei como uma simples "autovinculação" do poder executivo e de administração a uma "forma de ato legislativo" desaguou no ato de governo como um ato produtor de lei (norma em sentido amplo).

É o que ensina *Canotilho*(8), para quem o princípio da legalidade está dissecado em sub-princípios (não no sentido de hierarquia, mas apenas sistemático) da preemência da lei e da precedência da lei (reserva de lei), vistos em conjunto com o princípio da complementaridade do regulamento. Conclui o Autor que a reserva de lei permite delimitar o conjunto de temas e matérias que devem ser regulados expressa e concretamente por lei. Por isso é que define a reserva de lei sob dois pontos essenciais (9):

a) estão reservadas para leis formais específicas todas as matérias que não devem provir ou ser reguladas por outras fontes de direito (ex: regulamentos); e

b) o poder executivo usualmente carece de um fundamento legal para realizar suas atividades funcionais do Estado.

---

(7) *Medauar, Odete.* "Direito Administrativo Moderno". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999, p. 129/130. "O poder regulamentar configura um dos modos de exercício do poder normativo no âmbito do Poder Executivo. Do ponto de vista lógico, é melhor dizer que há um poder normativo geral, do qual o poder regulamentar apresenta-se como espécie." E ainda: "Além do poder regulamentar, a Administração detém a faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei. Tais normas podem ter repercussão mais imediata sobre pessoas físicas, jurídicas, grupos, a população em geral ou mais imediata sobre a própria Administração, podendo ter ou não reflexos externos."

(8) *Canotilho, J.J. Gomes.* 'Direito Constitucional e Teoria da Constituição". Editora Almedina; 3ª edição, Coimbra, Portugal, 1999, p. 775/783. No capítulo "Relações entre as leis e os regulamentos", encontra-se com clareza o fundamento constitucional do poder regulamentar.

(9) *Ob. cit*, p. 251/254.

Ao identificar a reserva de lei numa "administração de prestações", sempre que esteja em causa o paradigma da legalidade, o autor português delimita a questão sob uma ótica muito apropriada para discutir o poder normativo e regulamentar: estaria criado um preceito de segurança jurídica restritiva?

Entretanto, seja qual for o grau ou tipo, a reserva de lei não deve se afastar das estruturas constitucionais, pois é dessa fonte maior que nascem as competências legislativas, das quais o poder político depende estritamente. Dessa variação estrutural dos sistemas constitucionais que surge o entendimento da interdependência entre ordenação de competências e direção do poder político, delineando o quadro de matérias reservadas a leis específicas.

III — A CRISE DA LEI

Há de fato um choque de convicção acerca do princípio da legalidade. A lei efetivamente retrai a dinâmica da atuação estatal? A intersecção entre Direito Público e Direito Privado, na busca da maior eficiência da ação administrativa, coloca em xeque o papel ordenador da lei? Os modernos sistemas políticos estão rompendo com as abstrações da teoria clássica do poder estatal?

O mundo atual vive uma nova realidade jurídica. A relação entre o grau de democratização e o lugar das normas no ordenamento jurídico alargou-se diante da franca opção pela legitimidade do Direito Comunitário, o elo de construção de uma nova ordem econômica supra-nacional. Tudo o que até então foi erigido como interpretação normativa no Estado de Direito dentro de uma unidade territorial e soberana, concebendo o equilíbrio dos poderes a partir da estrutura da lei (homogênea, coerente e unitária), precisa, agora, conviver com outras modalidades de ordenação de igual força cogente.

Por tais constatações, esse direito normativo em expansão — na ordem interna e internacional — identifica que a soberania da lei interna não está assegurada?

Alguns autores vêm trabalhando com a teoria de que a lei passa por uma transformação conceptiva, em função de um Direito Pós-Moderno, cujos atributos essenciais são[10]: (i) há uma universalização das certezas (dada pelo pensamento global); (ii) faz-se um esforço de compreensão da complexidade da realidade; (iii) há um rompimento do dogmatismo em favor do pragmatismo.

Por conseqüência, são percebidos os resultados na maior flexibilidade do conteúdo normativo e do procedimento de adaptação da norma à realidade e na lei elaborada pela unidade (em contrário ao pluralismo do

---

(10) *Chevallier, Jacques.* Artigo denominado *Vers um droit postmoderne?*, in *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et Société – Recherches et Travaux, Paris, 1998.

Direito Moderno). O entendimento de uma hierarquia legal estanque dá lugar a *standards* ou normas de recomendação, gerando maior estabilidade dos princípios gerais. Por óbvio, nasce a regulação e se constata uma nova ordem lógica em todo o sistema jurídico, fundada em elementos outros que, cientificamente, o Direito acaba por acolher: (i) complexidade; (ii) pluralismo; (iii) negociação; (iv) flexibilidade; e (v) adaptabilidade.

O ideal da lei, para esse novo Direito, pode estar além da lei. A sistematização dos comportamentos sociais, como meio de aplicação do justo e da Justiça — vale dizer, a jurisdicização de valores sociais — identifica uma nova fase: a hiper-modernidade do Direito, diante do novo ciclo de racionalização dos dispositivos jurídicos (instrumentos procedimentais, processos legislativos e judiciais etc.).

O Direito Pós-moderno, para *Chevallier*, não substitui o Direito Moderno. Ao contrário, absorve a racionalização pela produção normativa, tornando o processo um ato judicante, ainda que de natureza administrativa.(11)

Há uma tendência de maior codificação do Direito, ao mesmo tempo em que ocorre a descentralização do poder normativo, com a matéria da "técnica legislativa" sendo valorizada, diante da racionalidade jurisdicional proeminente.(12)

Significativo que, no momento em que a humanidade se vê sincopada pelos mais adversos e violentos meios de subjugo das comunidades mais fracas pelas sociedades econômicas mais poderosas, em que a política mundial suporta conflitos regionais dos mais étnicos e bélicos, em que as religiões dão conta de um sincretismo exacerbado e de evidente falta de estrutura moral que as suporte, bem como, e finalmente, que a economia global trabalha sobre paradoxos de câmbio e volatilidade do capital especulativo diante do capital de investimento em meios de produção, por tudo isso o Direito hiper-moderno, em sua pan-juridicidade, tenda ao retorno ao clássico fim do Estado Social.

O princípio da legalidade retroagiria, então, a seu estado bruto de análise sincrética da lei como dogma, e não como ferramenta evolutiva da ordem social.

Essa visão fatalista é logo abandonada ao se averiguar que a doutrina do Direito Administrativo resgata o poder público e a estrutura estatal naquilo que representam por suas funções de proteção à segurança interior dos cidadãos e à paz jurídica. Destarte, essa é a lição de *Karl Larenz*, para

---

(11) Exemplo fácil desse fenômeno é a constitucionalização dos direitos fundamentais, uma das características da hiper-modernidade do Direito, como destacam autores do porte de *Ferreira Filho* e *Canotilho*. Na França esse fenômeno é muito claro com a identificação do controle de constitucionalidade (até a década de 50 não existente). De seu turno, o reforço da independência do Juiz – seja na jurisdição administrativa, seja na judicial – identifica uma sobrevalorização da defesa do subjetivismo, um resgate dos direitos fundamentais, agora no contexto de um processo de emancipação jurídica se sobrepondo à crise do princípio da legalidade.

(12) Nesse contexto, a deslegalização americana, via *agencies*, procura sistematizar o Direito, evitando repetições sem função e criando maior flexibilidade normativa.

quem a tarefa do Direito está na delimitação e preservação da liberdade individual ("o que o homem não elege por si mesmo, aquilo em que está limitado ou dirigido, não se converte em seu ser, permanecendo-lhe eternamente estranho", referência extraída de *Humboldt*)[13].

O conflito social é fruto da estrutura social. O Estado e o Direito têm os seguintes papéis nesse jogo de forças: (i) o Estado se revela fenomenicamente como seu contrário quando, embora pacificador e homogeneizador, provoca ele mesmo e em si o conflito (social, econômico etc.) que busca redimir, manifestando-se, mais do que suas instituições, através do Direito; (ii) o Direito ocupa então o claro da racionalidade (antes dada apenas pelo Estado, através da lei), devendo aceitar a dialética a que está obrigado, por seu *ideal* (Hegel — a idéia ética do Estado), de maneira a harmonizar as estruturas e superestruturas com a ideologia (interesse) predominante.

Por isso é que *Larenz* trata das funções do poder e tece as devidas críticas a uma crença indissolúvel no regime democrático, cujos estágios iniciais de gestação na sociedade moderna demonstraram um excessivo grau de confiança cega e, por conseqüência, de alienação participativa. Democracia não é suficiente para solucionar os conflitos sociais. Diante da construção do paradigma de controle e limitação do poder estatal, o modo de aparecer o Estado, ao mascarar as contradições sociais que o originam (de quem depende), é a forma (a relação) que detém para se legitimar sua autoridade, por vezes exorbitante.

Então, como a fênix, o princípio da legalidade ressurge das cinzas, representando um novo elemento de equilíbrio no ordenamento excessivamente normatizado e regulado.

IV — A RESERVA LEGAL E SEUS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Uma nova ordem para a legalidade não pode ter outra fonte, senão dois preceitos fundamentais assegurados na maioria das ordens constitucionais: o princípio democrático e o Estado de Direito.

O *princípio democrático* tem a idéia de lei como a materialização de uma decisão extraída do conflito de interesses sociais, sistematizado pelo método representativo da ação legislativa. Mais que isso, a lei se traduz num ato de consentimento.

No *Estado de Direito*, a lei representa o instrumento material do poder executivo. É sua regra primária indispensável para assegurar e desenvolver a ação administrativa. Ou ainda, funciona como a garantia contra o abuso do poder.

---

(13) *Larenz, Karl.* "Derecho Justo – Fundamentos de Etica Juridica". Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1985, p. 154.

Mas é no princípio da igualdade que se encrava a justificativa derradeira para a legalidade. A reserva da lei deve ser aplicada a todos, dentro e fora da gestão pública, participando direta ou indiretamente da construção legislativa, bem como nas ações executivas e de fiscalização, inclusive no que toca ao poder jurisdicional. Impossível contestar que a reserva legal restringe competência de atuação. Entretanto, esse é um fenômeno salutar, de modo que, na atualidade, a realização dos fins sociais não passa por uma aplicação sistemática, mas sim conjuntural, da lei. Deve a Administração se guiar por critérios normativos e também valorativos do complexo de fatos da vida social.

Enquanto o poder normativo da Administração esteve adstrito à legalidade pura, em que a norma regulamentar guardava suficiente compatibilidade com a lei que a precedia, inexistia qualquer necessidade de uma justificativa maior para o ato administrativo que executava um comando ordenador.

Foi com a construção teórico-jurisprudencial de um poder normativo e regulamentar autônomo, praticado sem autorização de lei prévia, que o Direito Administrativo se voltou para a ordem constitucional, esperando encontrar um fundamento desse fenômeno.

Nesse contexto, trazendo o tema para o princípio da legalidade, é efetivamente complexo o achado do fundamento jurídico-constitucional para suportar a idéia de plena autonomia do poder regulamentar. A capacidade de produzir regulamento autônomo precisa decorrer de um poder fundado na Constituição, e não como poder criado por lei, de modo que não se aceite como premissa uma contradição em essência.

A Constituição nos sistemas jurídicos positivados precede a própria lei na regulamentação da atividade administrativa, por seu caráter dirigente. E não é diferente no sistema brasileiro, em que a Carta Política de 1988 enuncia um verdadeiro compêndio de sistematização da Administração Pública e de gestão/defesa do bem público.

A compreensão mais adequada desse tema exige uma breve análise do conteúdo da relação de legalidade.

V — O CONTEÚDO DA RELAÇÃO DE LEGALIDADE

A doutrina moderna colocou o princípio da legalidade sob dois enfoques bem definidos, conforme relata *Eisenmann*[14]:

a) a noção mínima, segundo a qual a legalidade é uma relação de *não-contrariedade* ou de perpetração na compatibilidade entre ação e fim (nenhum agente administrativo deve agir contrariamente à lei); e

(14) *Eisenmann, Charles.* "O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade". Revista de Direito Administrativo, v. 56, 1959, p. 48/58.

b) a noção máxima, a legalidade é uma ação de *conformidade* (se está conforme uma regulamentação legislativa, então o ato jurídico-administrativo é aceito como válido).

Na concepção mais rigorosa de relação de legalidade: (i) é "compatível" o ato administrativo que não se oponha ao conteúdo material da lei; (ii) é "conforme" o ato que se apresenta em similitude com a regulamentação.

Conformidade e compatibilidade carecem de precisa definição, quando se trata de relação entre ato administrativo e lei. O "princípio da compatibilidade" permite que, a partir de uma regulamentação legislativa, tudo aquilo que não esteja direta ou indiretamente vedado ao administrador é permitido (onde não existe lei, não pode haver ilegalidade). De seu turno, o "princípio da conformidade" exige que o administrador só aja conforme a lei.

Pertinente sustentar que a "conformidade" traz mais segurança jurídica em sua essência, pois define uma "regularidade positiva" da ação administrativa. Até porque o caráter "conforme" da lei inclui em seu contexto a compatibilidade, mas a recíproca não é verdadeira.

O estudo desses dois paradigmas tem um norte proposto por *Eisenmann*: como o direito positivo pode contemplar o princípio da conformidade dos atos administrativos na legislação e de que modo esse positivismo assegura o princípio da compatibilidade dos atos administrativos à lei?

VI — O DIREITO POSITIVO NO FOCO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A positivação dos atos administrativos exige um modelo legislativo pré-determinado de conduta do agente público.

Um problema de difícil solução, nesse sentido, é o das abstenções. Todo ato material é ato jurídico, mas nem todo ato jurídico se materializa (a exemplo dos atos negativos ou não-atos). O princípio da conformidade rege os atos jurídicos em sua forma e conteúdo fundamental. Mas não se deve esquecer que um ato jurídico é um ato de vontade, elemento de ação esse que depende do indivíduo ao qual se destina o comando normativo, razão pela qual a operação normativa, se criar "modelos", deve estar suficientemente estruturada para não sofrer um choque de "legitimidade" (na medida em que define poder de autoridade a quem fiscalizará o indivíduo e sua conduta).

O não-ato, isto é, a ausência de manifestação da vontade do agente público, abstendo-se inclusive do cumprimento da lei ou da regra regulamentar, pode representar uma lacuna na aplicação do direito positivo pela Administração.

Então, para que os representantes administrativos possam atuar, é necessária uma legislação-quadro, uma regulamentação, que tenha definido à exaustão o modelo teórico-abstrato do ato administrativo?

Evidente que, quando se tratar de ato administrativo puramente material, a resposta é negativa, pois não faz sentido que a lei determine (e delimite) ações técnico-operacionais que não derivem de ação política ou vontade estatal. Apenas para o conjunto de atividades materiais da Administração (quando envolvam, por exemplo, a execução de uma política pública), faz-se inexorável uma estrutura legal de previsibilidade.

Mas, e quando se tratar de uma questão de hierarquia normativa, em obediência à ordem formal? Recorre-se ao fundamento jurídico-constitucional? *Jean Rivero* entende que sim, sob o prisma do sistema francês: "A Constituição, conquanto se imponha a todas as autoridades administrativas, só vê sua violação sancionada pelo juiz se esta não decorrer da inconstitucionalidade da lei que o acto administrativo aplica."(15)

O direito positivo nem sempre exige fundamento para a prática dos atos jurídicos da Administração em conformidade com uma regulamentação legislativa, na medida em que existem atos meramente portadores de regras ou normas, como os regulamentos administrativos. Os regulamentos elaboram normas-quadro que circunscrevem o poder regulamentar do agente, o que, de certo modo, inibe a aplicação do princípio da conformidade, visto que haveria confronto de regra com regra ou norma com norma.

Por isso, parte da doutrina (a exemplo de *Eisenmann*) conclui que o princípio da legalidade não se aplica plenamente aos atos jurídicos administrativos, no que toca a seu fundamento, na medida em que normas ou regras específicas podem ser tomadas se respeitada a regra legislativa de hierarquia do direito positivo e, mais precisamente, de conformidade racional entre "proposição singular" e "proposição geral" dos comandos normativos em confronto.

Os atos administrativos unilaterais nada mais são do que normas especiais criadas pela Administração Pública. Como tal, improvável que detenham similitude com outras normas jurídicas específicas, mas devem estar "conforme" as normas-quadro produzidas pela atividade legislativa ordinária. Essa conformidade quem dita é o juiz ou, mais precisamente, a jurisprudência.

Daí à questão fatal é um pulo: qual o limite da reserva legal, qual é seu tópico? Um poder executivo livre para legislar é o mesmo que uma Administração autorizada pelo Parlamento para legislar?

A precedência da lei, como princípio tratado por *Canotilho*, traduz a exigência de uma "lei habilitante" que justifique uma atividade administrativa regulamentar. Esse é um item específico do princípio maior da reserva de lei, que vem a ser a regulamentação primária e essencial de determinadas matérias desde logo protegidas à competência originária de produção normativa, isto é, à atividade parlamentar. Para *Canotilho*, não se emite regulamento sem lei prévia que o autorize e lhe confira limites. Do contrário, ainda que *a posteriori* haja lei legitimando um regulamento já existente, estará ele cravado de inconstitucionalidade.

---

(15) *Rivero, Jean*. "Direito Administrativo". Coimbra: Editora Almedina, 1981, p. 91.

Eis o porquê da expressão *reserva de parlamento*. Que prega dois preceitos específicos: a reserva de lei formal, mais próxima às garantias do Estado de Direito (segurança jurídica, igualdade, imparcialidade, proporcionalidade etc), e a reserva de competência, que garante a certeza jurídica de legitimidade política do órgão que legisla especificamente sobre determinada matéria constitucionalmente assim definida.

Mas é na *reserva do ato administrativo* que se dá o passo mais importante: a construção da lei material que propõe a disciplina normativa geral da Administração Pública, inclusive para os atos normativos inferiores à lei. A lei autoriza o Governo (ou executivo) a proferir atos normativos. Contudo, trata-se de uma *reserva relativa*.(16)

A relação entre lei e direitos fundamentais é a chave moderna da reserva legal. No momento constitucional atual, percebe-se que a lei pode também atingir o campo dos direitos fundamentais, podendo restringir direitos, liberdades e garantias.

O que se identifica como a crise da lei na modernidade (item III acima) é fruto das transformações da vida contemporânea, dentre elas as mudanças estruturais de classe e, fundamentalmente, de uma nova relação entre Estado e sociedade, provocadas por demandas sócio-econômicas e políticas no seio do Estado Social, em consolidação ao processo capitalista. De outra sorte, há causas externas ao ordenamento que repercutem nas causas internas de abalo da identidade da lei. A quebra do suporte cultural que sustenta a racionalidade legislativa comprova que as fontes formais do direito se descaracterizam e perdem relevância. Com isso, tornam-se obsoletos pressupostos instrumentais da ação legislativa, na medida em que a lei deixa de ser uma ferramenta básica de regulação. A lei acaba sendo mimetizada, provocando desordem no aparelho estatal, como o enfraquecimento do princípio da legalidade e da força executiva (e sancionatória) do Direito.

Diz *Canotilho*: "neste domínio dos direitos fundamentais, a reserva de lei não possui apenas uma dimensão garantística em face das restrições de direitos; ela assume também uma dimensão conformadora-concretizadora"(17). Ainda assim, qual a probabilidade das sociedades atuais, menos abertas e pluralistas e com forte tendência ao ruir das soluções legais ou institucionais, conduzirem-se a uma derrocada do princípio democrático?

---

(16) Existem ainda a *reserva de decreto-lei* (matérias que só podem ser editadas por esse instrumento legal), a *reserva de norma jurídica* (a exclusividade de matérias reguladas por atos normativos inferiores à lei) e a *reserva de lei reforçada* (a matéria deve ser tratada por lei formal do parlamento, em conjunto com outra lei que atribua parâmetro valorativo a outros atos legislativos), mas esses fenômenos são adjacentes ao tema proposto para a presente dissertação, embora apontem para a hipótese de que poder normativo e regulamentar, quando praticados em compatibilidade com a lei, não ferem o princípio da legalidade.

(17) *Canotilho, J.J. Gomes*. "Direito Constitucional". Coimbra: Editora Almedina, 5ª edição, 1992, p. 798/803.

O ponto fraco (e chave) da questão está exatamente na relação entre reserva geral de lei e atos da Administração. Só o princípio da legalidade, com sua capacidade de determinação e acentuação para uma "legalidade substancial"(ou seja, matéria específica e determinada), permite legitimar os fundamentos legais da ação administrativa, bem como delinear e densificar os limites materiais da vontade administrativa.

Do contrário, a derrocada do princípio democrático é questão de tempo, tendo como último remédio a *reserva total de lei*, que se define pela lei prévia a qualquer ato ou atividade da Administração Pública, seja ela uma ação coativa (administração sancionadora), interventora ou administração de prestação. O argumento democrático para tanto seria: o parlamento centraliza o poder político e dirige o executivo. O argumento do Estado de Direito: o interesse coletivo é fruto da prestação estatal.

VII — AÇÃO ADMINISTRATIVA E DISCRICIONARIEDADE. A VONTADE ADMINISTRATIVA

O espaço livre da ação administrativa é dado pela vontade manifesta e fundamentada do agente público na ordenação e execução prática do interesse público.

O direito italiano, através de *Zanobini*, permite discutir a definição do conceito de ação administrativa e a interpretação que a ela confere a doutrina diante da norma jurídica. Identifica-se uma ciência da Administração Pública, que detém um estreito método de compreensão da lei aplicada às atividades administrativas.[18]

Não é mais a clássica divisão das funções do poder político que serve como meio de identificação da posição da Administração Pública, sobretudo refutando o título de "poder executivo". Conquanto seja esse um paradigma até mesmo de ordem constitucional, é ele insuficiente para o estudo e sistematização do que vem a ser a administração do Estado, que não se limita a assegurar e cumprir a norma jurídica, mas a praticar algo maior na defesa do interesse coletivo.

Por essa razão é que *Zanobini* procura dissecar o ato de vontade que a lei representa para o particular (o indivíduo) e o administrador, no exercício de sua autoridade.

O Direito vai além da aplicação da norma em concreto. Assim como para o indivíduo a norma não regula toda sua vida, mas só limita sua liberdade, para a Administração Pública, também como sujeito de direitos, a norma só define a esfera de suas atividades para atender ao interesse público, sem que isso signifique, contudo, a supressão da ação volitiva do Estado.

---

(18) *Zanobini, Guido.* L'attività Amministrativa e la Legge, in *Scritti Vari di Diritto Pubblico.* Milão, Editora Dott. A. Giuffré, 1955, p. 202/208 e 214/218.

A doutrina verifica que, ao se separar a jurisdição da administração — isto é, o controle dos atos jurídicos do indivíduo dissociado dos atos de prática e defesa do interesse coletivo que contém as vontades de cada indivíduo vivendo em sociedade — é possível também isolar a extensa função da lei, identificando funções estanques, mas cogentes e individualizadas, como administrativa, civil ou penal.

São três as funções fundamentais de uma norma de ordem pública, inscrita como lei administrativa e interpretada pelo Direito Administrativo: (i) a definição do objeto da atividade estatal; (ii) a definição da estrutura de jurisdição; e (iii) a garantia da finalidade social do ato administrativo.

Destarte, necessário reconhecer que a norma administrativa, por seu alcance na esfera dos interesses públicos, regulando a ação e intenção estatal, tem condições de avançar em outros campos do Direito.

A lei representa sempre uma vontade superior, que se inscreve como positiva, para disciplinar as vontades particulares que não afetam a esfera de direitos dos terceiros. No âmbito público, essa vontade é transcendente quando o Estado persegue seu fim, elaborando-se a lei como intrínseca à ação administrativa. Vale dizer, para atingir suas finalidades, o Estado necessita de um agente que pratique um ato. Esse ato precisa estar balizado numa conduta, pois dela decorre a vontade administrativa, que não é pessoal, mas resultante de um poder de autoridade. A contenção desse abuso está exatamente na lei, por isso sua natureza "orgânica" para a ação administrativa.

Em relação ao indivíduo, a lei deve apenas delimitar suas vontades, pois o que se garante é o direito à liberdade. Quando se constrói uma lei civil ou penal, os critérios axiológicos são de ordem ética e material.

Não assim para a Administração Pública, pois se fazem necessários critérios jurídicos objetivos. A vontade do Estado é seu poder legislativo. Para a organização do Estado, existe o poder administrativo. Em sua função volitiva, o Estado pode discernir o que é ou não parte de seu fim, inclusive distinguindo suas atividades materiais das vontades administrativas que definem sua forma e meios de atuação. Como diz *Zanobini*, a atividade administrativa é função fundamental de vontade (de manifestação da ação administrativa), em contraponto à função essencialmente lógica do ato de julgar.

A Administração Pública comporta uma vontade mediata do Estado, enquanto que a vontade do legislador (e também a do juiz) é imediata.

A vontade do administrador é "conforme" se vinculada à lei. Contudo, se discricionária for, haverá legalidade apenas na hipótese de "conformidade" ou também de "não-contrariedade" à lei.

Para a especulação proposta, inexorável o registro de breves considerações sobre a discricionariedade.

VII.1 — Discricionariedade

O poder discricionário do agente estatal faz o elo entre atividade da Administração e interesse público. Sua gênese está na própria teoria da legalidade.

Define-se a discricionariedade como a faculdade do administrador público em orientar o ato administrativo segundo a oportunidade e a conveniência, criando-se um "espaço livre" entre o interesse público e a escolha dos meios material e formal de sua realização. Mas a vontade discricionária nunca pode se desvincular totalmente da lei, como observa *Jean Rivero*[19].

Essa idéia de liberdade de ação administrativa contrastava, nos primórdios do Direito Administrativo, com o princípio da legalidade e o Estado de Direito. O que pudesse escapar aos limites de submissão à lei comprometia a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo. Evolutivamente, constatou-se que o poder discricionário decorre da separação das funções do poder político, servindo como fator de equilíbrio.

Quiçá o exemplo mais contundente seja o sistema jurídico francês. O controle jurisdicional dos atos administrativos não deveria interferir nas decisões de conveniência e oportunidade do interesse público, mas apenas na salvaguarda do cumprimento formal da lei. Até meados do séc. XX, a França não permitia revisão jurisdicional dos atos concentrados de administração do Estado. Até que o Conselho de Estado, a partir de 1958, passou a realizar o efetivo papel de controle, inclusive dos atos normativos da Administração Pública, reservando-se na Constituição um número certo e determinado de matérias que só podem ser reguladas por lei[20].

A proposta de uma seqüência histórica da discricionariedade permite cotejá-la com o princípio da legalidade: (i) observância de competência para a ação administrativa; (ii) regras determinantes de lei formal; (iii) realização de interesse público; e (iv) vício do ato administrativo por desvio de poder, legitimando revisão judicial para reordenar sua conformidade ao fim público que motivou a vontade administrativa.

Ao se constatar que é necessário um nexo entre ato administrativo e sua motivação (fato, lei e interesse público) para sustentar a discricionariedade, constata-se que essa faculdade do administrador público evoluiu na mesma proporção à legalidade, saindo do plano meramente formal para o essencialmente material.

Além da supremacia do interesse público, esse conceito de intangibilidade da discricionariedade também se destaca em outros pontos:

a) a incapacidade da lei prever e ordenar todos os aspectos sociais de ingerência da Administração Pública;

---

(19) *Ob. cit.*, p. 95.

(20) O artigo 34 da Constituição francesa estabelece quais são as matérias que, votadas pelo Parlamento, devem ser regradas por lei. Na seqüência, o artigo 37 diz outras matérias que não sejam do domínio da lei assumem caráter regulamentar.

b) a necessária margem de atuação flexível da Administração, inclusive mediante edição de atos normativos (origens do regulamento);

c) concretude de atos abstratamente regulados por lei geral;

d) agilidade administrativa dada pelo contato mais próximo com a realidade, em comparação ao poder legislativo.

Denota-se que a discricionariedade fomentou o poder normativo da Administração Pública, criando as bases de uma atividade regulamentar que a lei ordinária não daria conta, diante da necessária fluidez e rotina de emissão de comandos (normas) de gestão administrativa.

Faz-se a ressalva, entretanto, que no Direito Constitucional encontram-se as principais barreiras de uma discricionariedade absoluta, somado à doutrina administrativa européia, que não admite para Administração "potestad normativa incondicionada y general", como demonstra *Garcia de Enterria*(21).

VII.2 — Aproximação entre legalidade e discricionariedade

Vislumbrando o nascedouro do poder regulamentar, a discricionariedade passa a focar o ato administrativo, mais pontual na definição da conveniência e oportunidade, sob a premissa do interesse público previamente visualizado. O aumento do espaço livre da Administração Pública, em especial com a maior operacionalidade técnica (econômica e científica), denota-se no juízo de valor do administrador que, pelo método comparativo, compõe interesses público e privado com os fatos motivadores da ação administrativa.

Com a formalização de processos motivadores da discricionariedade (em especial a forma e a publicidade do ato, bem como a competência e representação), evoluiu-se para sua identificação como um poder-dever do administrador, no livre arbítrio da atividade administrativa. O princípio da legalidade — ou, mais precisamente, a primazia da lei — torna-se fator essencial ao poder discricionário.

De outro lado, o princípio da legalidade pode representar um entrave ao desenvolvimento das atividades administrativas, notadamente quanto à produção de normas (os regulamentos).(22)

Pelo exposto, conclui-se preliminarmente que a discricionariedade desvenda o mito da legalidade como um dogma atrofiado do Direito Administrativo. Pelo contrário, as relações de legalidade ganham força e revigo-

---

(21) *Garcia de Enterria, Eduardo.* "Legislacion Delegada Potestad Reglamentaria Y Control Judicial". Madri: Editora Civitas, 3ª. edição, 1998.

(22) Uma das saídas está no avanço da análise de mérito (conveniência e finalidade) que o poder jurisdicional deve praticar, no franco exercício de controle do abuso de poder. O mérito se revela pela motivação do ato. É o exame de motivos, como ensina *Hely Lopes Meirelles*. Ademais, Se o mérito é a essência maior – oportunidade e conveniência – da vontade administrativa na identificação e prática do interesse público, a lei não pode funcionar como única fonte de direito. Tomam partido desse tema, pois, os preceitos constitucionais, e os princípios gerais de direito, que balizam a ação jurisdicional no controle dos atos administrativos.

ram a relação entre Estado de Direito e aplicação da Justiça, na defesa dos preceitos fundamentais do indivíduo, quando defronte à ação administrativa discricionária.

VIII — O DIREITO POSITIVO E A TEORIA DOS REGULAMENTOS

O direito positivo permite demonstrar as peculiares situações em que a função administrativa se posta diante da lei. No confronto da norma jurídica com a conduta, verifica-se que, para o indivíduo em sua atuação privada, existe um resguardo da materialidade da ação no limite de seu alcance, poder e liberdade, com o que ocupa a lei uma função prevalente negativa. Ao contrário, para a Administração Pública, a função da lei é essencialmente positiva, vez que define objetivamente a conduta que o agente deve tomar.

A vantagem para a Administração Pública na positividade da norma jurídica é que esta permite a prática do ato (a partir da definição da conduta) por meio da representação, vale dizer, não é a pessoalidade do agente administrativo que define o ato, mas sua função, permitindo, inclusive, sua substituição procedimental. O ato administrativo encarna, portanto, a vontade do Estado (e a vontade de seus representados, representada pelos interesses coletivos e públicos), não do indivíduo em sociedade. Essa circunstância hermenêutica define, inclusive, o poder da autoridade e seus limites.

Tem-se percebido um declínio acentuado do modelo de Estado legiferante de tradição oitocentista, em que a vontade soberana do Executivo tornava suprema a lei. Desde o pós-guerra, a construção de um Estado de Direito focado na representatividade popular e no viés social da interferência administrativa está criando novas fontes de Direito que agem em complementaridade (e muitas vezes em detrimento) da lei.

A autonomia política trouxe no bojo dos Estados contemporâneos um novo modo de legislar. E, nesse contexto, renovou-se e foi aprimorado o controle de legitimidade constitucional para a produção de normas postas, identificando uma função legislativa negativa, construída a partir do paradigma da primazia da lei.

É patente que está se verificando uma abertura do processo de formação da lei à intervenção direta do titular do interesse na regulação, seja ele o ente privado que busca o equilíbrio de mercado, seja a entidade funcional que preserva a auto-regulação, seja o agente público-político que pretende administrar a máquina estatal, sem a perda do equilíbrio entre os poderes.

Na visão do Prof. *José Afonso da Silva*[23], os princípios da legalidade e da reserva de lei apresentam algumas distinções que são fundamentais para a compreensão do alcance da lei na prática da ação administrativa: (i) en-

---

(23) *Afonso da Silva, José.* "Curso de Direito Constitucional Positivo". São Paulo, Malheiros Editores, 20ª edição, 2001, p. 421.

quanto a legalidade determina o respeito à lei (submissão), a reserva estatui a regulamentação de determinadas matérias exclusivamente por lei formal (formalidade); e (ii) a legalidade ordena uma hierarquia de fontes normativas (eficácia e legitimidade), ao passo que a reserva de lei estabelece.

Diz-se, por vezes, que a legalidade é uma *reserva relativa*, em contraponto à reserva de lei, que é tratada por *legalidade específica*. O princípio da reserva de lei pressupõe um comando normativo específico que comina no cumprimento da legalidade, ditando-se uma disciplina material ou formal específica para a prática do ato jurídico vinculado.

Ao localizar essas premissas conceituais no ordenamento jurídico, *José Afonso da Silva* diz que a relação entre legalidade e reserva de lei é um caso de Direito Constitucional positivo. Isto porque, no âmbito da produção de normas, a Constituição outorga ao Poder Legislativo a manifesta expressão de legiferar em abstrato, função essa que incide sobre o mais amplo campo das relações jurídico-sociais. De outro lado, é também a Constituição que delineia as hipóteses em que o conteúdo normativo estará reservado à lei, caso a caso.

Para sustentar o cumprimento de normas gerais e abstratas, ao mesmo tempo em que leis de disciplina pré-determinada sejam formalmente construídas sem passarem pela rigidez da disciplina das fontes de direito, é inexorável a *hierarquia das fontes normativas* convivendo harmonicamente com a *competência legislativa*.

O poder amplo e geral de legislar constrói a legalidade, cujo princípio demanda amplo respeito. Quando a lei, de outro lado, faz-se através da definição de um conteúdo específico, está definida a premissa formal para a definição de uma competência certa e determinada de um ato legislativo pré-ordenado. Vale dizer, a reserva garante que o legislador, ao regular uma matéria específica por lei formal, terá competência a tanto.

Está construído o panorama para uma reflexão acerca da teoria dos regulamentos.

VIII.1 — A ação administrativa regulamentar

Em primeiro lugar, a atividade administrativa é conduzida segundo a norma de Direito Administrativo. A norma administrativa, por definir uma postura de autoridade, precisa da prévia observação da conduta e destinação (inclusive sancionatória), vez que determina o fim expresso do ato administrativo a que se destina ou que fundamenta. A norma de direito administrativo não é orgânica em sua concepção, mas sim "de instrução", pois define, ordena e instruí o agente administrativo.

Sob tais premissas, cabe suscitar como o Prof. *Eros Grau* avalia os regulamentos de execução e, mais propriamente enfocando a lei como objetivo do ato regulamentar, encontra na discricionariedade administrativa uma importante reflexão: (i) para cumprir a lei, usualmente é necessário expressá-la; (ii) essa explicitação define a maneira de se observar e aplicar a lei; (iii) ao aplicá-la segundo uma interpretação, o agente público está

utilizando algum grau de discricionariedade para estabelecer essas regras funcionais da lei que deverão ser obedecidas; (iv) para que a ordem administrativa ocorra, só se aplica lei regulada se obedecida hierarquia funcional da organização estatal; (v) logo, "o poder hierárquico seria o fundamento da função regulamentar"[24].

Tal raciocínio obedece a uma visão pragmática. O exame do princípio da legalidade sob a ótica do poder regulamentar do Executivo permite um entendimento muito mais simples de que a vinculação da Administração à lei decorre do princípio da reserva legal, desde que desmembrado em duas premissas:

a) reserva de lei — o Executivo se vincula aos conceitos dados pela lei;

b) reserva de norma — o Executivo se vincula às definições decorrentes da lei, obtidas por ato regulamentar.

Na reserva de norma, o princípio da legalidade está contemplado e acatado porque decorre exatamente da previsão expressa dos atos legislativos, na medida em que define obrigações de fazer e não-fazer ao Executivo, vinculando suas ações a esses limites.

Vale dizer, é aceitável um "ato normativo não legislativo, porém regulamentar" que expresse uma manifestação de vontade (público-administrativa) discricionária e fundada em reserva de norma.[25]

De imediato, associa-se essa proposta teórica à distinção de *Canotilho* sobre a diferença entre sentido positivo e negativo do princípio da legalidade na produção de regulamentos. É *positivo* porque a Administração Pública detém a lei como bússola para atuar, restando espaços de manobra devidamente controlados para ações que fujam dos limites da liberdade política. De seu turno, a legalidade se faz *negativa* sob a ótica de que a Administração Pública nada pode fazer, senão aquilo que está previsto em lei. Por isso *Canotilho* afirma que a competência regulamentar decorre de um "poder constitucionalmente fundado e não como poder *criado por lei*".

VIII.2 — Regulamento decorre de delegação legislativa?

Se o regulamento tiver suficiente autonomia que o denote como uma regra jurídica no sentido de lei, o Executivo está exercitando *delegação legislativa* e, por conseqüência, correndo o risco de afrontar o princípio da legalidade? Não necessariamente, na visão daqueles que, como *Eros Grau*, assumem uma postura de vanguarda na interpretação do poder normativo em sentido amplo. A checagem da capacidade normativa exercida pelo

(24) *Grau, Eros Roberto.* "O direito posto e o direito pressuposto". São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 3ª edição, p. 182/189.

(25) Visualizando o sistema jurídico brasileiro, pelas reflexões de *Eros Grau*, existe uma *relativização* do princípio da legalidade, comprovada na própria Constituição Federal, através da leitura do princípio da tipificação penal (XXXIX do art. 5º), da legalidade tributária (I do art. 150) e da liberdade econômica (parágrafo único do art. 170).

Executivo não fere o princípio da separação dos poderes políticos, se aceita premissa de que não há transmissão da função legislativa e, muito menos, de delegação legislativa.

Isto porque, a função que antepara a produção regulamentar é a normativa, e não a legislativa. A ação legislativa estatui normas primárias elaboradas no seio do poder originário (Parlamento), enquanto que a ação normativa do Executivo produz normas primárias decorrentes de poder derivado. Ao instante em que se concebe o regulamento produzido pelo Executivo como uma derrogação do princípio da separação dos poderes, parece compreensível que um ato regulamentar não é meramente discricionário, mas sim normativo.(26)

Cabe relembrar *Eisenmann*, que, ao ampliar a compreensão do princípio da legalidade, expõe uma relação teórica entre dois fatores relevantes: (i) atos da Administração (aqui compreendidos aqueles praticados pelos mais diversos agentes e entes públicos) e (ii) o "termo de referência" que definem esses atos como legais ou possivelmente legais. Do confronto desses fatores, é factível "desconstruir" o princípio da legalidade como mero repositório de condutas pré-definidas para a Administração Pública, para reconstruí-lo como uma relação jurídica entre a norma legislativa, a conduta e sua finalidade. Do contrário, o agente público estaria apenas praticando mera produção normativa-legislativa de "leis-atos administrativos".(27)

Em linha com *Eros Grau*, a função regulamentar não representaria uma função legislativa originária (produtora de lei), mas sempre uma delegação da mesma, construindo a relação jurídica entre o comando legal, o ato administrativo regulado e sua finalidade.

Daí a fórmula utilizada pelo Executivo para o desenvolvimento autônomo de um preceito abstrato de lei, ao remeter uma norma regulamentar como sendo dada "por lei" ou "em virtude da lei".

Esse pensamento, contudo, carece da quebra de um dogma: a ação administrativa do Executivo vem implorando por uma maior aproximação entre Política e Direito. *De Bobbio* a *Canotilho*, de *Alessi* a *Dworkin*, não há pensamento jurídico puro na construção de um Estado Democrático de Direito. Ele é político-social, econômico, dogmático e, acima de tudo, concebido como uma teia intermitente e interdependente dos vários sistemas organizacionais (tecnologia, filosofia, ética, religião etc.) de uma vida em sociedade.

No entender do presente trabalho, o corte epistemológico desse dogma não provoca a supressão do princípio da legalidade. Ao contrário, reforça suas bases, na medida em que o poder normativo em sentido amplo (no

---

(26) Indubitável, como ressalta *Eros Grau*, que num sistema constitucionalizado de tripartição das funções do poder estatal, haverá sempre uma parcela de função normativa exclusiva do Legislativo e, portanto, inderrogável. Assim o é qualquer ação normativa que, por seu fim, alterar o equilíbrio entre os poderes políticos. O exemplo mais eficiente desse tipo de modelo é o francês, na medida em que sua Constituição enumera taxativamente as hipóteses de reserva legal invioláveis ao poder normativo e regulamentar autônomos.

(27) *Ob. cit.*, p. 52/53.

qual se encaixa o poder regulamentar) não existe, senão em face de um poder legislativo originário. Esse é o equilíbrio do sistema jurídico afeito a uma ação normativa autônoma sadia.

IX — O destino do princípio da legalidade

Qual a definição mais ampla do princípio da legalidade? Seria uma relação de compatibilidade entre lei e ato administrativo? Seria uma relação de conformidade, respeitados os graus[28] de intensidade entre o bloco legal (leis, princípios, regras, normas) e o ato administrativo?

Qual sua destinação prevista a partir do Direito Administrativo?

Já está assentado que o princípio da legalidade define-se pelo dever incondicional da Administração Pública em respeitar a lei por todos os seus atos, resignando-se ao comando normativo, como meio subordinado de ordenar a conduta do agente administrativo.

Se o princípio da legalidade, no contexto abordado, afeta negativamente a ação administrativa, assim o faz para qualquer regulamento do Poder Executivo, desde que e quando incompatível com a lei e o Direito. Essa equação, contudo, não é eficaz para os regulamentos autônomos ou independentes, pois estes não têm previsão legal ou amparo prévio no Direito, eis que desenvolvidos espontaneamente pelo Poder Executivo. Daí a grande celeuma que se cria, quando o assunto é autonomia regulamentar diante do sistema de tripartição das funções políticas do Estado.

A relação que prega *Eisenmann* para explicar o princípio da legalidade existe entre os atos ou ações administrativas e o "bloco normativo" disposto à observância e cumprimento pelo administrador público. Não há princípio da legalidade como "preceito geral", até porque deve ser questionada a soberania da Administração, de modo que, por seus atos, obedeça ao fim objetivado, mas guarde respeito à lei (constitucional e ordinária), aos regulamentos, aos tratados, à jurisprudência e ao costume.

Essa opção teórica adere ao direito positivo pela visão intrínseca ou intensiva da norma legislativa que provém do Direito Administrativo como ordenadora e, portanto, como lei material certa e determinada para a Administração (o autor repudia as "concepções extensivas da legalidade").

Para o Direito Administrativo, o princípio da legalidade está posicionado como estrutura das normas fundamentais que regem a Administração. Por isso é que a teoria dos regulamentos administrativos tanto

(28) *Salaverría, Juan Igartua.* "Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa". *In* Revista española de Derecho Administrativo, Madrid Editora Civitas, 1996, volume 92, outubro/dezembro de 1996, p. 21/23. Essa relação vem escalonada pelo autor em três níveis crescentes: *fraca*, quando representa a mera compatibilidade do ato administrativo com a lei; *média*, quando identifica uma expressa autorização legal para prática do ato; e *forte*, na hipótese clara e inequívoca de existência de uma pré-determinação legal para a prática do ato. Para que conformidade signifique compatibilidade, deve haver o pressuposto da ausência de contradições (ou vazios normativos) entre o ato e a lei, vale dizer, não há qualquer impedimento que um ato seja compatível (ou conforme) à lei e ao Direito ainda que não previsto nem autorizado por ambos.

luta pelo paradigma da vinculação, não obstante se reconheça que eles não detêm o condão da lei (ordinária ou constitucional) de funcionar como norma superior. Isto porque a lei está destacada da Administração, não podendo ser modificada, senão por outra ação legislativa (ou jurisdicional, dependendo do sistema jurídico-político vigente).

Os regulamentos obrigam ou vinculam as ações e decisões daqueles que os criam, mas não servem como normas-quadro que permitam englobar as relações dos atos administrativos com a lei e com as próprias regras regulamentares.

Deve ser registrado que a vinculação da Administração para com a lei não é um mero ato formal de relação de poder entre os entes públicos (órgãos e agentes) e o Parlamento. A vinculação legal, em si mesma, não representa o instrumento derradeiro de contenção de poder político. Nesse aspecto, o conceito precisa ser visto como restritivo: o princípio da legalidade visa as relações entre os atos administrativos e as leis, organicamente funcionando como um fio condutor entre Administração e Poder Legislativo.

Ao se falar da legalidade como objeto do ato administrativo, está-se tratando de regulamentação. De outro lado, quando a legalidade afiora a relação jurídica, está-se falando em regularidade do ato administrativo, ou melhor, na sua materialidade última, como vontade e conduta do agente previamente definida em lei.

Quando o agente público aplica o texto de lei (em sua função executiva) criando normas de sua interpretação, está materializando a relação fato-norma.

Mas e quando não há preceito legal antecedente? *Eisenmann* oferece um excelente exemplo dessa aplicação prática do direito regulamentar "sem lei", ao observar as atividades do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos em França, que reconhecem a aplicação de atos administrativos sem prévia regra legislativa como válidos e regulares, mediante:

a) regulamentos autônomos;

b) operações de execução normativa *ex officio* de leis e decisões administrativas;

c) aplicação de sanções contratuais; e

d) abstenção de disposição legislativa.

Destarte, é sobre a regulação que repousa a reflexão contemporânea acerca do destino do princípio da legalidade.

X — CONCLUSÕES

Indo além das indagações sobre a "crise de legalidade", a capacidade autônoma de exercer poder normativo e regulamentar adquire maior eficiência se compreendida a partir do ferramental jurídico que sustenta a independência técnico-funcional e decisória dos agentes públicos.

Como observa *Chevallier*[29], o princípio da legalidade é investido de uma "dimensão simbólica", porquanto, sendo a lei uma expressão das instituições sociais, qualquer lesão ou ameaça a esse mito acaba representando um choque (*substrat psychique*) no equilíbrio do sistema que a suporta. De outro modo, a violação da autenticidade simbólica da lei transparece uma "crise" do princípio da legalidade[30], que deságua no maniqueísmo do Direito e na desvalorização do fenômeno do poder.

Por tais considerações é que a legalidade, cotejada com a autonomia do poder normativo em sentido amplo (norma e regulamento) do agente administrativo, exige a relativização da "verdade dogmática" de que a Administração deve cumprir e fazer observar a lei.

Não é a lei que determina uma derrogação do princípio da legalidade, mas sim a ação decisória do agente público (regulamento) ou do juiz (regimento) prevista no ordenamento.

Assim é que, procurando a coerência desta dissertação, a relação de legalidade precisa ser vista como uma relação de conformidade.[31]

Argumento contrário, mas que permite o benefício da dúvida, encontra-se na questão dos regulamentos autônomos que validem atos considerados ilegais, abordada por *Eisenmann* com objetividade[32]. A hermenêutica jurídica é que norteará sua eficácia ou não: (i) se favorável, ficam derrogadas outras operações normativas que conflitem com a regulamentação não-complementar; (ii) se desfavorável, a norma autônoma representa apenas uma "prerrogativa mínima intangível", vista como uma "causa incerta" de aplicação do direito positivo.

A idéia de um poder normativo independente ocorre por conta do fenômeno da "crise da lei"[33], como já abordado.

A extensão do princípio da reserva de lei — nos moldes expostos por teóricos como *Canotilho* — trouxe ao estágio contemporâneo da atividade normativa (e de sua progressiva tecnicidade) uma ampla discussão a res-

---

(29) *Chevallier, Jacques.* "La dimension symbolique du principe de legalité". *In Revue du droit public*, 1990, v. 6, p. 1.651/1.677.

(30) Diz *Ferreira Filho* ("O Princípio da legalidade". *Ob. cit.*, p. 17): "A lei desvaloriza-se, assim, pela perda de seu necessário conteúdo de Justiça, pela sua politização, pela sua proliferação."

(31) Registre-se que as derrogações mais comumente ocorrem em questões de forma do ato administrativo, embora não se afaste a possibilidade de incidirem também sobre atos materiais ou substanciais, a exemplo do que EISENMANN identifica como "teoria dos poderes de crise", ou seja, por ato de governo e definida a importância política do tema surgido em condições excepcionais, o princípio da legalidade é parcialmente derrogado (ou alterado para uma "legalidade especial"), suspendendo-se prescrições legislativas incondicionais (individuais ou não). Mesmo nesse contexto, resta imprescindível a necessidade do controle jurisdicional para averiguar a hipótese de exceção e autorizar o poder derrogatório.

(32) *Ob. cit.*, p. 68.

(33) *Mortati, Constantino.* "Instituzioni di Diritto Publico – Tomo I". Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975, p. 340/345.

peito de outra circunstância denominada de "hiperinflação legislativa"[34], cujo aspecto positivo foi a revalorização dos princípios gerais de direito[35] para o resgate do princípio da legalidade no campo do Direito Administrativo.

O abalo no conceito de lei vem sendo percebido no âmbito dos próprios órgãos legislativos, seja nos sistemas parlamentares ou presidencialistas, notadamente por duas grandes frentes:

a) o Executivo, como função cumpridora da legalidade, responde pela direção política do Estado, segundo o complexo legiferante aprovado pela maioria do Parlamento, de cuja expressão maior a ser exercida está na própria lei; e

b) a discricionariedade da Administração, de seu turno, está fundada na reserva de matérias reguladas por leis específicas e concretas, ponto esse que se contrapõe ao item anterior, pois, no caso da ação administrativa, a reserva legal decorre de um fato-espécie que vincula o legislador (independentemente da direção política do Estado), sendo bastante complexo alcançar um conteúdo específico (a reserva) com caráter de generalidade.

Computando ato político, princípio da legalidade e reserva de lei, o único balanço que um sistema jurídico-político democrático pode efetivamente fazer para a superação da "crise da lei", evitando os confrontos, está na preservação do arbítrio administrativo motivado (a discricionariedade) para o irrestrito cumprimento do princípio da igualdade.

Esse tema exige uma singular racionalidade constitucional e jurisdicional. A racionalidade do Direito moderno fixa-se num axioma bastante simples: é racional (e, portanto, legítimo) o que está conforme a norma jurídica. A sociedade moderna deposita sua certeza no Direito, como garantia suprema da ordem social. Direito como relação de princípios, normas e regras — sejam eles gerais e abstratos, específicos e concretos, materiais ou formais — mas que se componham na sinergia de um sistema jurídico sólido e legítimo.

De maneira que inexiste a certeza absoluta de ocorrência de uma infração ao princípio da legalidade, quando a norma legislativa faculta ao administrador público não adotar, em seu ato, a conduta prevista em outra norma legislativa (princípio da conformidade).

No mesmo sentido, a aplicação de uma autorização legislativa pelo administrador público não se constitui, aprioristicamente, numa infração à lei, em especial quando se trata de ato de governo, sustentado em razões

---

(34) Vide *Alfaro, Norman José Solórzano.* "Notas para una crítica del principio de legalidad". In Revista Crítica Jurídica, n. 19, jul-dez/2001, p. 57. O autor chega à conclusão que a hiperinflação legislativa, decorrente da inversão do clássico princípio da legalidade, provocou uma enxurrada de instrumentos normativos (leis, decretos, diretrizes administrativas etc.), os quais, na ótica dos poderes de exceção do Executivo, desataram uma hiperinflação normativa.

(35) *Santamaría Pastor, Juan Alfonso.* "Principios de Derecho Administrativo" — Volumen I. 3ª edição. Madri: Editorial Cantro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000, p. 165.

políticas ou excepcionais que precisem derrogar preceitos legais pré-existentes, sob pena do ato não atingir sua finalidade, desde que em respeito ao interesse público.

Na extrema necessidade de manutenção da força da lei, bem como na contenção de qualquer ameaça à representatividade democrática da ação legislativa, tem-se que o poder administrativo de execução de condutas (pela via normativa ou regulamentar), ainda que obediente às funções integradas do aparelho estatal, não tem como escapar da rigidez do princípio da legalidade, ainda que autônomo.

Dá-se ouvidos à ressalva de *Giannini*[36], quando observa que essa rigidez teórica não se reflete plenamente na prática, vez que num sistema jurídico harmônico, a legislação conta sempre com outro espectro fundamental de hermenêutica e aplicação do Direito: a jurisprudência. O controle jurisdicional por vezes trata o princípio da legalidade de maneira atenuada, em específico por uma grande influência do Direito Privado, validando condições a favor do particular, mesmo que a autorização não esteja contida numa norma jurídica. Na experiência contemporânea, o princípio da legalidade assume uma conotação aberta, representando um paradigma mais afinado com a práxis administrativa. A atividade administrativa é, então, representada por um conteúdo autorizador da norma jurídica, correlato a uma situação sugestiva do Direito Privado, que provoca efeito de extinção ou de limitação do ato administrativo.

Como anota *Garcia de Enterria*[37], a visão atual da lei, notadamente no espectro do Direito Administrativo, é dada por uma "conciencia de 'tercera dimensión', de una perspectiva en profundidad, que viene de la acumulación sobre un mismo problema indivisible de normas escritas de muy distinta procedencia y valor."[1]

Pois bem, a margem de competência legislativa da Administração não é mais de mera execução de dispositivos legais através da regulamentação vinculada ou autorizada. É essa mudança, esse novo entendimento sobre o poder normativo, que outorga diferencial evolução entre regulamentos e atos normativos. O regulamento é uma disposição volitiva da Administração Pública (seja na função assistencial, social ou de organização institucional de gestão) decorrente dos limites e atribuições que lhe são outorgadas por lei, para a persecução do fim a que se destina. Por tal abordagem é que a norma regulamentar posta-se como secundária à lei, mas nem por isso perde sua função normativa.

Por premissa maior, ao adentrarem em matéria restrita à lei ou contrária à lei, os poderes normativo e regulamentar — mesmo que exercidos com autonomia — terão pela frente o Poder Judiciário no controle do "derecho o potestad de examinar la validez de la norma con anterioridad a

---

(36 *Giannini, Massimo Severo.* "Diritto Amministrativo – Volume Primo'. 3ª edição. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 87/89.

(37) *Garcia de Enterria, Eduardo e Tomás-Ramón Fernandéz.* "Curso de Derecho Administrativo – Tomo I". 10ª edição. Madri: Editora Civitas, 2001, p. 41.

su aplicación" (*Garcia de Enterria*). Não se trata de uma faculdade jurisdicional, mas sim de um dever de ofício (decorrente da responsabilidade judicial derivada da vinculação direta à lei) rever qualquer ato normativo secundário que lese o princípio da legalidade em seu sentido material.

A mutabilidade contemporânea dos valores que giram em torno do princípio da legalidade é tamanha que, não havendo como discordar da melhor doutrina[38], forçoso concluir que hoje a regulamentação normativa do conteúdo da atividade administrativa tem natureza de limite, inserida objetivamente na dialética relação entre autoridade e liberdade.

BIBLIOGRAFIA

Afonso da Silva, José. "Curso de Direito Constitucional Positivo". São Paulo, Malheiros Editores, 20ª edição, 2001.

Alfaro, Norman José Solórzano. "Notas para una crítica del principio de legalidad". In Revista Crítica Jurídica, n. 19, jul-dez/2001, 33:65.

Caetano, Marcello. "Princípios Fundamentais do Direito Administrativo". Coimbra: Editora Almedina, 1996, 1ª impressão portuguesa da edição brasileira de 1977.

Canotilho, J.J. Gomes. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição". Coimbra: Editora Almedina, 3ª edição, 1999.

Chevallier, Jacques. Artigo denominado *Vers um droit postmoderne?* In *Les transformations de la régulation juridique*; Droit et Société — Recherches et Travaux, Paris, 1998.

Di Pietro, Maria Sylvia Z. "Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988". São Paulo: Editora Atlas, 2ª edição, 2001.

Eisenmann, Charles. "O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade". Revista de Direito Administrativo, v. 56, 1959, p. 47:70.

Garcia de Enterria, Eduardo e Tomás-Ramón Fernandéz. "Curso de Derecho Administrativo — Tomo I", 10ª edição. Madri: Editora Civitas, 2001.

_____. "Legislacion Delegada Potestad Reglamentaria Y Control Judicial". Madri: Editora Civitas, 3ª edição, 1998.

Giannini, Massimo Severo. "Diritto Amministrativo — Volume Primo". 3ª edição. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1993.

Giuffrè, Felice. "Declínio Del Parlamento — Legislatore e crescita del potere de inchiesta". In *Le autorità indipendenti* (org. *Labriola, Silvano*). Milão: Ed. Giuffrè, 1.999, p. 177:214.

Grau, Eros Roberto. "O direito posto e o direito pressuposto". São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 3ª edição.

(38) *Giannini, ob. cit.*, p. 89.

Larenz, Karl. "Derecho Justo — Fundamentos de Etica Juridica". Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1985.

Laubadère, André de. "Traité de Droit Administratif — Tomo I". Paris: L.G.D.J., 16ª edição, 2001.

Limberger, Têmis. "Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público — Os Princípios Constitucionais da Legalidade e Moralidade". Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

Medauar, Odete. "O Direito Administrativo em evolução". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____ . "Direito Administrativo Moderno". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999.

Meirelles, Hely Lopes. "Direito Administrativo Brasileiro". São Paulo: Malheiros Editores, 17ª edição, 1990.

Mortati, Constantino. "Instituzioni di Diritto Publico — Tomo I". Padova, CEDAM — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975.

Rivero, Jean. "Direito Administrativo". Coimbra: Editora Almedina, 1981.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. "Principios de Derecho Administrativo" — Volumen I. 3ª edição. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 2.000.

Seabra Fagundes, M. "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário". Rio de Janeiro: Editora Forense, 5ª edição, 1979.

Sesin, Domingo. "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional Y Técnica — Nuevos Mecanismos de Control Judicial". Buenos Aires, 1994, Ediciones Depalma.

Zanobini, Guido. "L'attività Amministrativa e la Legge, in Scritti Vari di Diritto Pubblico". Milão, Editora Dott. A. Giuffré, 1955.

TERCEIRIZAÇÃO E SINDICATO: UM ENFOQUE PARA ALÉM DO DIREITO (*)

MÁRCIO TÚLIO VIANA (**)

"Numa casa de caboclo
um é pouco
dois é bom
três é demais"
(toada sertaneja)

1. INTRODUÇÃO

Talvez haja uma boa razão, talvez seja mero capricho — mas o fato é que a Natureza parece gostar dos pares. Basta olhar para nós mesmos: temos duas orelhas, duas mãos, duas pernas, dois olhos... É bem verdade que *não temos* duas cabeças, mas, de todo modo, são dois os lóbulos cerebrais. O coração tem dois ventrículos, duas aurículas e recebe dois tipos de sangue. Ao respirar, inspiramos e expiramos.

A não ser alguns indivíduos muito estranhos — os hermafroditas — todos nós, dos homens aos beija-flores, formamos duplas. Mesmo as coisas que são *solteiras* de certo modo *se casam* com os seus opostos: o dia e a noite, o Sol e a Lua, a vida e a morte, o sono e a insônia....

Mas se o par é a regra, pode sempre aparecer, aqui e ali, uma exceção — ou mais exatamente um *terceiro*. Às vezes, para restaurar o equilíbrio, como a bengala do ancião, que lhe serve de uma perna a mais. Outras vezes, desequilibrando a relação, como na estória de Sá Rita e Zé Gazela, que os antigos violeiros cantavam assim:

"Quando Gazela viu Sá Rita, tão bonita
pôs a mão no coração
Ela pegou, não disse nada, deu risada
pondo os oinho no chão.

E se casaram, mas um dia, que agonia
quando em casa ele voltou
Zé Gazela viu Sá Rita, muito aflita
tava lá Mané Sinhô(1)"

(*) Esse artigo foi resultado de pesquisas feitas com o apoio do CNPq — órgão do governo federal voltado ao desenvolvimento científico e tecnológico

(**)Professor de Direito do Trabalho nas Faculdades de Direito da UFMG e da PUC-Minas. Juiz do Trabalho aposentado.

(1) "Casa de Caboclo", de H. Tavares e L. Peixoto.

No sistema capitalista de produção, a exceção se transforma em regra, já que — pelo menos sob certo aspecto — o terceiro está sempre presente. Ele é *o próprio empresário*, que se coloca entre quem produz (o trabalhador) e quem compra (o consumidor).

Essa espécie de terceirização é da essência do sistema. Se ela não existisse, o trabalhador produziria com os seus próprios meios e o mundo seria diferente. Apesar disso, não a percebemos bem, ou não a valorizamos muito, talvez porque o próprio sistema nos induza a trocar a essência pela aparência, transformando em par o terceiro.

Assim, quando falamos usualmente em terceirização, focalizamos um *outro* fenômeno, circunstancial e não estrutural, periférico e não central, embora também importante. Esse fenômeno, como se sabe, é a presença de um intermediário na relação entre o trabalhador e a empresa que lhe aproveita a força-trabalho.

O que esse intermediário quer não é a mesma coisa que o empresário quer. Ele não utiliza a força-trabalho para produzir bens ou serviços. Não se serve dela como valor de uso, mas como valor de troca. Não a consome: subloca-a.

O que ele consome, de certo modo, é *o próprio trabalhador*, na medida em que o utiliza como veículo para ganhar na troca. Em outras palavras, o mercador de homens os utiliza tal como o fabricante usa os seus produtos e como todos nós usamos o dinheiro. Por isso, do seu ponto de vista, o que importa é antes a quantidade que a qualidade.

Mas como, *para o seu cliente*, a qualidade é também importante, o mercador acaba fazendo alarde das virtudes de sua mercadoria — a mesma mercadoria que, ao comprar, ele deprecia, ofertando baixos salários. Tome-se como exemplo esse anúncio de jornal:

> *"Em nosso banco de dados, temos o pessoal que você ou sua empresa necessita: babá, doméstica, segurança, secretária, pessoal administrativo (...), psicólogo, advogado (...)Profissionais com experiência e referência(...) contratação terceirizada".*[2]

É verdade que o trabalhador pode aceitar ou não ser negociado. Em teoria, o mercador de homens lida com homens livres.

Mas como a liberdade é condicionada pela necessidade, talvez não haja tanta diferença entre esse mesmo mercador de hoje e o traficante de dois séculos atrás, que em cima de caixotes, no cais do porto, exibia os dentes e os músculos dos escravos aos eventuais compradores.

De todo modo, é bom notar que, hoje, ele não se limita a *oferecê-los*. Antes disso, também os *produz* (seleciona, treina, orienta), tal como faz um fabricante qualquer. Pela lei, não pode lhes cobrar pela intermediação —

(2) Caderno "Classificados", do Jornal Estado de Minas (12.3.03, p. 14)

mas nada impede que ele pague *menos* do que pagaria o tomador de serviços, se este os contratasse[3]. E o que é essa diferença, senão o preço da intermediação?

Em termos de Direito do Trabalho, a terceirização desafia não só o princípio protetor, mas o próprio conceito de empregador.[4] Há um sujeito que *admite* e *assalaria* e um outro que efetivamente *dirige*.[5]

Na lição de *Maurício Godinho Delgado*,

> *"dissocia-se a relação econômica de trabalho da relação juslaboralista que lhe seria correspondente"*[6]

Note-se que há várias outras hipóteses em que alguém se intromete na relação de emprego, sem que falemos usualmente em terceirização. É o que ocorre, por exemplo, quando damos gorjetas: não só o empregado as considera ao aceitar a oferta de salário, como o empregador deve levá-las em conta ao calcular várias parcelas salariais ou indenizatórias[7].

É o que também acontece quando o advogado *de partido* recebe *da outra parte* os honorários de sucumbência. Ou quando a empresa escreve na traseira do ônibus: "Estou dirigindo bem? Disque ...", esperando que as pessoas a ajudem a fiscalizar os motoristas. Ou ainda quando um torcedor de futebol cobra *raça* dos jogadores, reforçando o poder dos que comandam o seu time.

Aliás, também o sindicato é terceiro na relação empregado-empregador, interferindo tanto na celebração como na execução do contrato de trabalho. E o que não dizer do Estado? Só a nossa CLT tem 922 artigos: são pelo menos 922 intervenções... O que não quer dizer que não sejam (na maioria) necessárias.

Assim, a palavra "terceirização" só indica *uma* das várias hipóteses em que um terceiro entra na relação de emprego. Não obstante, às vezes é também usada para expressar um fenômeno *externo* ao contrato de trabalho, quando alguém se coloca não entre o empregado e o tomador de serviços, mas entre o empresário e o consumidor.

Entre os economistas, essa prática é também conhecida por "outsourcing" ou "putting-out". No Direito Comparado, em geral se usa o termo "subcontratação". A empresa joga para as suas *parceiras* algumas das — ou mesmo *todas as* — etapas de seu ciclo produtivo, *enxugando-se*.

---

(3) Só não é assim, como veremos adiante, quando o trabalhador terceirizado desempenha atividade igual ao do trabalhador da empresa que utiliza seus serviços.

(4) Pela CLT, é "a empresa, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços" (art. 2º)

(5) Note-se que o empregador também exerce o poder diretivo, mas não em sentido estrito, ou seja, não dá "conteúdo concreto" às prestações que foram ajustadas de modo genérico.

(6) "Curso de Direito do Trabalho", LTr, S. Paulo, 2002, p. 417.

(7) É que as gorjetas, como se sabe, repercutem no cálculo das férias, do 13º salário, do FGTS, da "multa" de 40%, etc.

Ao longo desse trabalho, vamos falar das relações entre o sindicato e essas duas formas de terceirização. Apenas para facilitar, chamaremos a primeira de "interna", e a segunda, de " externa". Como veremos, uma e outra são faces de um mesmo fenômeno e se refletem de uma mesma maneira nas relações de poder entre capitalistas e trabalhadores.

2. UMA VOLTA AO PASSADO?

O capitalismo industrial não nasceu de repente. Começou a ser construído ainda no sistema feudal, quando a vida cotidiana se regulava pelo sol, pela chuva, pela neve e pelos antigos costumes de servidão e vassalagem.

Até então, nos campos, o servo misturava um trabalho meio-livre com um trabalho meio- escravo. Não podia deixar a terra: de certo modo, pertencia-lhe. Daí ser chamado de servo *da gleba*. Mas podia ter o seu arado, o seu casebre, suas parreiras e o seu vinho.

Em algumas épocas ou lugares, a vida era tão pobre que ele não lavava os pratos, para não desperdiçar sequer as migalhas das migalhas. Mas o senhor o socorria nas pestes e nas guerras, e às vezes abria os grandes silos para saciar a sua fome.

Quase todos os dias, o servo lavrava as terras de uso comum, muitas vezes em mutirão. Uma ou duas vezes na semana, trabalhava os campos do senhor, mas sem a constrição que depois se veria na fábrica. O seu relógio era o sol.

Nas cidades, as rotinas eram diferentes, mas o tempo também passava lento, acompanhando os movimentos da Natureza.

Os artesãos regulavam a vida dos aprendizes e a sua própria vida, defendendo-se não só da concorrência externa, mas de si mesmos. Para isso, as pequenas oficinas se organizavam em corporações de ofício.

As corporações tinham regras rígidas e precisas. Algumas delas proibiam os seus membros de comprar matéria-prima além de uma certa medida, contratar mais de um ajudante ou mesmo tossir na janela para atrair a atenção dos que passavam... [8]

Por isso, ainda que um deles quisesse acumular, era difícil fazê-lo. E na verdade, em geral, o homem médio tinha sonhos mais modestos. Queria apenas reproduzir a sua condição de vida, e mais tarde *repetir-se* no filho.

Nas aldeias, as feiras vendiam ou trocavam pequenos produtos, em pequena quantidade, com ganhos pequenos. Os trabalhadores produziam quase tudo o que consumiam, do vinho aos tamancos, das roupas ao azeite. Mesmo os que viviam nas cidades costuravam suas meias, criavam galinhas ou cabritos e mantinham pequenas hortas domésticas. Até os castelos, durante muitos séculos, foram sóbrios.

---

(8) *Kranzberg, M.; Gies, J.* "Breve storia del lavoro", Mondadori, Milão, 1991, p. 41

A moral, as tradições e a ética católica fortaleciam esse modo de viver, de pensar e de sentir. Como as pessoas não tinham como investir, só pediam dinheiro emprestado quando passavam fome. Por isso, os juros eram vistos com desprezo e — mais que isso — como um pecado capital.

Assim, de um modo geral, não havia um espírito capitalista. Nesse ponto, o homem medieval repetia o homem antigo e mesmo o pré-histórico. A rigor, até as terras eram bens *fora do comércio*, pois o rei cedia apenas o seu uso aos nobres mais altos, que faziam o mesmo em relação aos mais baixos, em troca de vassalagem.

É verdade que entre os países havia o comércio de longa distância, que enriquecia negociantes e banqueiros. Alguns deles chegaram até a fazer e a desfazer imperadores e papas. Mas o ganho que obtinham não vinha — pelo menos diretamente — da exploração do trabalho alheio, e sim da estratégia de comprar barato e vender caro, jogando com as distâncias[9].

Essa realidade começou a mudar, lentamente, a partir do século XVI, com as revoluções comercial e agrícola. Pouco a pouco, difundiu-se uma nova ética — a do lucro — que acabou subvertendo a organização feudal e as corporações de ofício.

Alguns capitalistas começaram a se envolver no processo produtivo. Ao invés de apenas comprar para revender, passavam a encomendar os produtos, fornecendo matéria-prima, fixando prazos e às vezes até emprestando máquinas aos trabalhadores.

Essa nova forma de trabalho começou nos campos[10], onde os lavradores e suas famílias introduziram em suas próprias casas uma economia que não era mais de consumo. Já então, quando guardavam as suas enxadas, ao cair do sol, não mais deixavam o tempo passar, contando estórias em volta do fogo. O tempo se tornara precioso, tinha se transformado em dinheiro. Era preciso usá-lo produtivamente.

Mais tarde, esse sistema chegou às cidades, fazendo concorrência aos pequenos artesãos. Mas o capitalista não vinha sozinho. Trazia consigo a técnica da divisão de trabalho, começando — mesmo antes da fábrica — um lento e persistente processo que acabaria por subtrair do trabalhador todo o conhecimento sobre o modo de produzir.[11]

Foi essa, pode-se dizer, a origem da terceirização externa, pelo menos em termos massivos. O capitalista já não era apenas um negociante, mas não era ainda um industrial.

O passo adiante veio quase naturalmente, quando as pessoas — com tempos e espaços sempre menores para produzir o que precisavam — fo-

(9) *Polanyi, K.* "La grande trasformazione", Einaudi, Torino, 2000, p. 83.

(10) *Wood, E. M.* "A origem do capitalismo", Zahar, Rio, 1999, *passim*.

(11) *Marglin, S.* "Origem e funções do parcelamento das tarefas (para que servem os patrões?) *in* Gorz, A. "Crítica da divisão do trabalho", Martins Fontes, S. Paulo, 1989, pp. 37-78.

ram-se tornando cada vez mais dependentes de um mercado. Esse mesmo mercado pressionou para que os bens fossem produzidos em escala crescente, a preços mais baixos, a tempo e a hora.

A essa altura, o capitalista já notara que era difícil controlar aquela espécie de *fábrica difusa,* constituída por uma vasta rede de pequenas oficinas.

É que o trabalhador ainda estava muito preso a velhos hábitos, e o seu ritmo não acompanhava as necessidades da produção. Além disso, não havia como sincronizar os trabalhos das várias famílias.

E o que era pior: com o tempo, ele aprendera a resistir à sua própria exploração, fosse desviando as matérias-primas, fosse misturando-as com outras piores. Por tudo isso, era preciso *disciplinã-lo.*

A disciplina veio com a fábrica concentrada. Ela surgiu antes das próprias máquinas, mesmo porque quase todas as máquinas foram construídas *para ela.*(12) De todo modo, as máquinas tornaram irreversível o processo. Só aqueles que já tinham acumulado podiam comprá-las e aprisioná-las naquelas grandes construções de pedra, ferro e tijolos.

A fábrica dava visibilidade ao processo. O pai, a mãe e os filhos já não trabalhavam no interior de sua choupana, protegidos dos olhares curiosos. De repente, como se o véu se abrisse, eles agora revelavam os seus gestos, as suas palavras e os seus barulhos. Já não podiam esconder os seus pequenos segredos, nem preservar os mistérios do ofício. O trabalho se tornara público.

Além disso, o tempo era cada vez mais veloz. Já não podiam deixar a roca de fiar e olhar pela janela o cachorro latindo. Tinham de disfarçar ou abafar os seus cansaços e preguiças. Já não era o sol ou a chuva a ditar os ritmos e as cadências: a fábrica inventara o relógio.

Mas mesmo esse *disciplinamento,* no início, era muitas vezes intermediado. O capitalista alugava o trabalho de homens, mulheres e crianças, trazidos por uma espécie de mercador, que também fazia as vezes de capataz. Isso acontecia nos mais variados lugares, das fiações de algodão às minas de carvão, onde o capitalista terceirizava a exploração de galerias inteiras.

Em geral, o intermediário era um operário qualificado, que ganhava comissões de acordo com a produção da turma. Às vezes tinha dezenas de trabalhadores sob o seu comando, e trabalhava lado a lado com eles.

Muitos desses trabalhadores eram crianças. Dentre essas, umas eram órfãs, e outras tinham pais desempregados ou subempregados. Às vezes pertenciam às famílias dos próprios intermediários. Mais comumente, vinham dos orfanatos das paróquias.

---

(12) *Idem, ibidem.*

Mas havia também mendigos, gente sem trabalho e pequenos infratores. Para eles, não havia escolha. Ou a fábrica ou as "casas de trabalho", onde o ambiente era ainda mais desumano. A pedagogia funcionou.

Nos primeiros tempos, a maior parte das fábricas ficava distante das cidades, pois era preciso aproveitar a energia dos rios. Em muitos lugares, isso fez nascer novas cidades. E essas cidades produziram as primeiras favelas, onde as pessoas se amontoavam no meio da fumaça e do lixo.

Com o passar do tempo, as coisas foram mudando. A fábrica se tornou cada vez mais auto-suficiente e organizada. Com as novas máquinas e as novas fontes de energia, tornou-se também menos dependente das quedas d'água, transportando-se para os grandes centros urbanos.

Mais ou menos nessa época, o disciplinamento se tornou mais direto.

Já agora, era o próprio capitalista quem controlava os gestos do trabalhador. Às vezes, mantinha-se à distância, usando um capataz. Outras vezes, descia à oficina em carne e osso, com a sua bengala, charuto e chapéu. Era ele o senhor do novo castelo[13].

Mas se o disciplinamento ficou mais direto, tornou-se também mais difuso.

Todas as instituições da sociedade — da escola à Igreja, da família ao clube, do bar à imprensa — passaram a produzir a ideologia capitalista, com a mesma sincronia da fábrica. Pouco a pouco, os homens foram aprendendo não só a ética da máquina a vapor — ou seja, do lucro —, como também a ética do *trabalho a todo vapor*.

Mas como tudo tem o seu oposto, a própria fábrica ensinou aos homens como resistir a ela, ainda que dentro dela, e sem acabar com ela. Nasciam as greves, as sabotagens, as boicotagens, o *luddismo*. O sistema gerava assim a sua primeira (e talvez maior) contradição: a de ter de reunir para produzir, e ao mesmo tempo ter de conviver com os efeitos daquela união.

Essa contradição da fábrica se refletiu no direito. Sem deixar de favorecer os interesses dominantes, ele passou a colocar obstáculos à própria dominação. Esse novo direito já não se limitava, como o velho, a defender o proprietário. Protegia também o trabalho. Por isso o batizaram de *Direito do Trabalho*.

Passou-se um século, ou algo mais. Veio a II Revolução Industrial.

Com *Taylor* e *Ford*, o trabalho se dividiu até o limite do possível e os últimos resíduos do saber operário foram se transferindo da oficina para a

---

(13) Em geral, o capitalista trabalhava muito. Às 6h já estava no escritório, quase sempre muito simples, e às 8h a mulher ou a filha lhe levava o breackfast. Mas a sua casa ostentava mais luxo do que as mansões da nobreza. No início, era desprezado, por não ser um *gentleman*. Com o passar do tempo, impôs sua presença nas altas rodas e já podia passear de carruagem, à noite, no Hyde Park (Chastenet, J. "La vita quotidiana in Inghilterra ai tempi della Regina Vittoria", Fabri, Milão, 1998, *passim*).

gerência. Com isso, algumas formas de resistência, fundadas naquele conhecimento, se inviabilizaram — como a de trabalhar lentamente, a pretexto de que era esse o único modo de fazê-lo.

O disciplinamento se tornou menos físico, pois a máquina passou a acumular duas funções: além de *operária*, transformando a matéria-prima, tornou-se *gerente*, moldando o operário. Já não lhe impunha apenas cheiros e barulhos, mas a sua própria cadência.

Mas se a racionalização da fábrica dificultou a resistência individual, fez recrudescer a coletiva. O capital — já agora, monopolista — reunia multidões cada vez maiores. E como o próprio trabalho era uniforme, todos se sentiam mais unidos nos sofrimentos e nos sonhos. Com isso, o operário comum, que antes vinha a reboque do movimento sindical, tornou-se linha de frente.

As fábricas eram verticalizadas, dominando, de alto a baixo, todos as etapas do ciclo produtivo. Desse modo, controlavam os riscos: eram quase auto-suficientes. Ford produzia tudo, dos pneus à última porca de seus carros.

Ao mesmo tempo, em alguns setores, as empresas se uniam em grandes grupos. Ainda aqui, o objetivo era diminuir os riscos — mas evitando a concorrência. Ao contrário da outra, essa estratégia já prenunciava o modelo de nossos dias[14].

Além de vertical e concentrada, a fábrica funcionava rigidamente, segundo metas traçadas de cima para baixo, sem espaço para grandes mudanças. As próprias máquinas eram pouco maleáveis. Do mesmo modo, os produtos:

> *"Nossos clientes podem escolher o carro da cor que desejarem, desde que seja preto"* — dizia Ford, ironicamente.

É verdade que — ao lado do próprio automóvel — novos produtos surgiam, como o rádio, a televisão, o *nylon*, os eletrodomésticos, as calças *jeans*, as viagens de avião. Mas todos eles, depois de inventados, tendiam a uma certa estabilidade. Não mudavam de linha.

Produtos, máquinas e fábricas estáveis garantiam uma produção homogênea, em grandes lotes, o que por sua vez permitia uma economia de escala. Mas se a produção era em massa, também assim eram os trabalhadores, os sindicatos e o próprio Direito do Trabalho.

A lógica era transformar cada trabalhador em empregado, e cada empregado em consumidor, realimentando o processo. Como disse um líder sindical italiano, *o círculo era virtuoso* — especialmente nos países de ponta.

---

(14) *Robortella, L.C.A.* "O moderno Direito do Trabalho", LTr, S. Paulo, 1998, p. 242.

Esse modelo começou a dar sinais de esgotamento já no fim dos anos 60, quando dois fenômenos se articularam, nos países avançados, potencializando a crise.

Um deles foi uma onda de rebeliões da classe trabalhadora, que — rompendo o pacto fordista — queria a sua cota pela riqueza construída durante as décadas anteriores, e ao mesmo tempo voltava a questionar o poder diretivo, exigindo cogestão.

Essa onda se articulou, curiosamente, com outros movimentos rebeldes — de estudantes, de feministas, de homossexuais e até de *Brigadas Vermelhas* — passando a sensação de um mundo que exigia mudanças e por isso se tornara perigoso.

O outro fenômeno foi a queda nas taxas de lucros, provocada pela defasagem entre a produção e o consumo. Tal como já ocorrera no início do século, mas em dose maior, essa queda levou os investimentos para o mercado de papéis, provocando recessão e desemprego.[15] A crise se acentuou em 1972/3 e depois em 1978/9, quando as altas do petróleo se refletiram nos preços dos outros produtos, retraindo ainda mais o consumo.

Bem cedo o sistema identificou um dos pontos nevrálgicos do problema — que era exatamente o movimento operário. Coincidência ou não, a resistência aumentara no preciso momento em que era preciso reduzir os custos da mão de obra, para que os lucros voltassem a subir. O mal teria de ser atacado pela raiz.

A primeira reação veio com Margareth *Thatcher*, que — vencendo uma longa greve dos mineiros — humilhou e desarticulou aquela que sempre tinha sido uma das categorias profissionais mais fortes em seu país. Seguiram-se leis anti-greve e outras formas de repressão ao movimento sindical.

Pouco depois, foi a vez de *Ronald Reagan*, que também inaugurou a onda anti-sindical dobrando uma categoria de ponta — a dos operadores de vôo. Enquanto isso, em todo o mundo, a mídia veiculava a idéia de que o antigo modelo do Estado do Bem-Estar se tornara *ingovernável*.[16]

No Brasil, a crise só chegaria uma década mais tarde, quando o movimento sindical — unindo-se à sociedade na luta contra a ditadura — também se tornara forte, reivindicando basicamente as mesmas coisas. Tal como na Europa, a resposta começou a partir de uma greve — a dos petroleiros. Também eles foram humilhados e vencidos.

E o que aconteceu no plano menor, o da empresa?

No plano da empresa, a contra-ofensiva liberal também se iniciou nos países desenvolvidos.

---

(15) A propósito, observa Beluzo que a fórmula marxiana de D-M-D' (o dinheiro se transformando em mercadoria, e esta gerando mais dinheiro) evolui para um D dobrado sobre si mesmo, numa espécie de "reprodução hermafrodita".

(16) A propósito, cf. *Fiori, J. L.*, em artigos e conferências.

Num primeiro momento, o impulso foi para automatizar radicalmente. Depois, a automatização se mostrou cara e — mais do que isso — desnecessária. O desemprego e a fragilização dos sindicatos haviam pressionado os salários para baixo, e o *exército de reserva* se tornara maior e mais dócil[17].

Assim, a fábrica passou a mesclar a automação com os novos métodos de gestão de mão de obra. Basicamente, eram variações do *toyotismo*, o mesmo *toyotismo* que os norteamericanos haviam inventado e exportado para o Japão, em plena era fordista, e que o Japão aperfeiçoara, para agora exportar.

Ao mesmo tempo, e também se aproveitando da experiência japonesa, a fábrica passou a se organizar de outro modo. De rígida, tornou-se flexível, tal como os produtos que agora fazia, o trabalhador que agora exigia e o novo direito pelo qual lutava.

Em linhas gerais, talvez se possa dizer que o sistema passou a trabalhar com a lógica inversa. Em vez de incluir, excluir — empregados, direitos, políticas sociais, etapas do processo produtivo. Como um vulcão que vomita lava e fogo, a fábrica passou a jogar para fora tudo o que não diz respeito ao foco de suas atividades. Em certos casos, jogou-se *ela própria* para fora, descartando sua natureza de fábrica.

Mas esse movimento de exclusão — que se acentua — traz embutido um movimento contrário, de reinclusão, pelo qual a fábrica (ou a ex-fábrica) de certo modo retoma algumas das antigas atividades, trabalhadores e máquinas.

Em certos casos (terceirização interna), ela reaproveita uma parte dos trabalhadores expulsos[18], valendo-se de outra empresa, que os comercializa. Em geral eles voltam com um uniforme mais simples, um salário mais pobre e uma aderência menor. E ela também os reencontra diferente, sem o *status* e os ônus de empregadora. É como uma espécie de mágica.

Em outros casos (terceirização externa), a fábrica passa a gerir tudo — homens, máquinas, matéria-prima, produtos — através das outras empresas da rede, tal como fazia nos primeiros tempos do capitalismo industrial, quando ainda era *difusa*. A grande empresa funciona como o "motor do ciclo".[19]

Num caso e noutro, a terceirização fomenta a criação de pequenas empresas, que ocupam os vazios abandonados pelas grandes. Mas isso não significa que o número de postos de trabalho tenha aumentado ou mesmo se mantido igual. Ao contrário: terceirizando-se, a grande empresa

---

(17) A propósito, cf. Dedecca, C. S. "Racionalização econômica e trabalho no capitalismo avançado", Unicamp, Campinas, 1999, *passim*.

(18) Naturalmente, não queremos dizer que os trabalhadores sejam os mesmos em termos pessoais; mas até isso pode acontecer, em termos.

(19) Belussi, F. "Il capitalismo delle reti. Stabilità e instabilità dei corporate network nel settore della subfornitura del tessile — abbigliamento veneto", *in* Bologna, S.; Fumagalli, A. (org). "Il lavoro autonomo di seconda generazione — scenari del postfordismo in Italia", Interzone, Milão, 1997, p. 206

passa a utilizar o número exato de trabalhadores que precisa a cada momento, reduzindo a quase zero o seu *estoque* de mão-de-obra — tal como faz com as próprias peças e os produtos.

É claro que essa realidade está muito longe de ser homogênea. Mas ela reflete uma tendência cada vez mais presente.

3. ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO EXTERNA

No início da I Revolução Industrial, como vimos, a fábrica era horizontal, disseminada, mas sem um controle eficaz sobre os trabalhadores. Por isso, tão logo pôde, concentrou-se, reunindo-os em volta do motor.

Na II Revolução Industrial, seguiu avante na mesma direção, incluindo dentro de si todas as etapas do ciclo produtivo, desde a extração da matéria prima até a venda do produto final.[20] Com isso, minimizou os riscos, pois já não dependia de ninguém.

Hoje, já é possível uma espécie de síntese. A fábrica consegue produzir de forma dispersa e ao mesmo tempo sincronizada.

Em termos formais, visíveis, volta a ser horizontal. Organiza-se em rede, e — tal como um pescador — lança essa rede na direção de suas múltiplas, cambiantes e fugazes presas. Em termos substanciais, continua a ser vertical — embora de outro modo.

Antes, a empresa se garantia contra os riscos tentando prevê-los e racionalizá-los. Organizava-se de tal modo que quase não dependia de ninguém. Hoje, resolve o problema dos riscos com a flexibilidade em todos os níveis — inclusive de trabalho.

Assim, a terceirização não é apenas uma forma de reduzir custos ou especializar a produção, mas um modo que a grande empresa encontrou para enfrentar a perda da previsibilidade que o sistema anterior lhe garantia.

Esse novo modo de ser da fábrica é viabilizado sobretudo pela informática, pela microeletrônica e por eficientes estratégias de gestão de mão de obra. Essas técnicas lhe permitem não só *provocar* como *identificar* e *responder* de forma rápida às mutações do consumo. A compressão do tempo passa a ser mais importante que a concentração no espaço.

Mesmo à distância, porém, o controle não é menor. Ao contrário. Como a idéia é inovar em alta velocidade, a intercomunicação deve ser intensa e onipresente. A mesma sincronia que era interna à fábrica deve existir entre ela e as empresas da rede.

---

(20) Note-se que esse modelo (dito "fordista") não nasceu com as primeiras fábricas de automóveis, mas algumas décadas depois. O próprio Ford, no início do século XX, ainda desenhava e projetava as peças de seus carros e as fazia confeccionar em várias oficinas.

Assim, a *mãe* cobra das *filhas*, de modo *inflexível*, comportamentos *flexíveis*. Cada qual deve reagir prontamente a cada nova exigência. Deve ser capaz também de perceber as necessidades de cada momento e propor soluções. Fala-se em "reatividade".

De certo modo, é como se a subordinação, antes restrita às relações empresa-empregado, se deslocasse também para a relação empresa-empresa. A estrutura vertical que existia dentro da fábrica se reproduz fora dela. Em certa medida, até os trabalhadores da contratada seguem as diretrizes da contratante

Algumas vezes, a *parceira* é apenas uma micro-empresa ou mesmo um trabalhador individual. É o que alguns autores chamam de "trabalho autônomo de segunda geração".[21]

Tal como em geral acontece nas relações de emprego, os contratos entre as empresas e esses autônomos — reais ou falsos — são de adesão. Como já vimos, a aparente colaboração, em linha horizontal, esconde uma relação que ainda é vertical.

Essa relação de domínio cresce na mesma medida da complexidade do processo produtivo. A tecnologia de ponta e as últimas invenções se concentram nas mãos de quem tem dinheiro para comprá-las.

Mas não se trata só de uma questão de *know-how*. No setor têxtil italiano, por exemplo, as contratantes fixam os preços, usualmente, por minuto; e os minutos necessários para o terceirizado trabalhar cada peça são fixados de acordo com tabelas: 7 para costurar um par de *jeans*, 12 para um par de blusões...[22]

Como já notamos, a grande empresa *expulsa* e no mesmo instante *retoma* as rédeas do processo produtivo. É como o movimento do coração: sístole e diástole. Ou como se ela estivesse respirando. As várias etapas do ciclo já não estão dentro de seu espaço, mas se integram aos seus tempos.

Naturalmente, nem sempre essa interação é possível — e é exatamente essa dificuldade que traça os limites da terceirização. Para contorná-la, algumas empresas fazem arranjos que misturam o controle *fordista* do espaço com o controle *pós-fordista* do tempo: é o que acontece, por exemplo, na fábrica da Fiat em Melfi, Itália, que reúne num mesmo e imenso parque os seus principais fornecedores. Nessa hipótese, a terceirização externa quase se confunde com a interna: operários da empresa-mãe podem cruzar a qualquer momento com seus vizinhos terceirizados.

Mas se há *mães* e há *filhas*, é porque as malhas da rede são desiguais: apertam-se à medida em que ela se estende. Com frequência, as bordas são habitadas por minúsculas empresas, que desse modo saem do subsolo do sistema capitalista[23] para integrar a sua dinâmica.

---

(21) A respeito, cf. Bologna, S. ; Fumagalli, A. . *Op. cit.*, *passim*,

(22) *Belussi, F. Op. cit.*, p. 212

(23) É que uma grande parte da economia opera fora do sistema, ou seja, sem extrair mais-valia (a propósito, cf. Arrighi, G. "Il lungo XX secolo", Il Saggiatore, Milão, 1996, valendo-se de lições de Baudrel).

Algumas empresas informais se organizam também em redes. Às vezes se dedicam a falsificar artigos *de marca*, como calças Gucci, bolsas Louis Vitton, tênis Nike e relógios Ugo Boss. É a versão empresarial da moda dos *clones*, que a Medicina parece ter exportado até para as artes — como se vê nas colagens em pinturas e fotografias e nos *covers* de artistas famosos, como os Beatles.[24]

Embora, a rigor, tenha sido apenas reinventado, o *outsourcing* é hoje quase uma compulsão. Não só fábricas, como escritórios e até lojas distribuem atividades que antes eram suas. Também o fazem os órgãos públicos e os próprios sindicatos[25]. No Japão, cerca de 70% dos componentes dos automóveis vêm de fornecedores. Na Europa e nos Estados Unidos não é muito diferente.

Na verdade, dentro da lógica do sistema, a terceirização se tornou uma necessidade. A empresa já não tem como reunir dentro de si todas as etapas do ciclo produtivo. Para vencer os concorrentes, deve *constantemente* reduzir custos e se flexibilizar.

E a terceirização atende a esses objetivos. É verdade que ela também provoca um novo problema — o do controle — que não havia na fábrica vertical. Mas esse problema, como vimos, é resolvido no instante mesmo em que surge.

Assim, a empresa *enxuta* não se limita a jogar para fora trabalhadores e máquinas. Ela expulsa a própria concorrência — seja simplesmente transferindo-a para as suas parceiras, seja controlando-a através de fusões ou oligopólios. Enquanto a *mãe* se une em casamentos ou concubinatos, as *filhas* disputam a tapas o seu amor...

Com freqüência, tanto a empresa principal como as suas parceiras se utilizam de salários variáveis, centrados na produção. Com isso, mais uma vez, externaliza-se a concorrência — só que, agora, para os próprios trabalhadores. Eles passam a lutar entre si pelos prêmios, ou cobram assiduidade e eficiência dos companheiros de equipe.

E a terceirização leva à terciarização. No limite, a fábrica tende a se tornar mera gerenciadora de serviços, num movimento inverso ao dos tempos fordistas. É o que alguns vêm chamando de "empresa vazia". Um exemplo é a multinacional italiana Benetton, uma fábrica *que não é*.[26]

3.1. Terceirização externa e precarização

Segundo os teóricos do ramo, a organização da empresa em rede tem várias vantagens sobre a fábrica vertical. Ela permite que a empresa-

---

(24) Algumas falsificações, de qualidade mais altas, são vendidas até pela Internet — como a dos relógios Rolex, oferecidos por R$ 800,00.

(25) A propósito, informa *Gabriela Neves Delgado* que o Governo FHC terceirizou 29 930 postos de trabalho, o que representou o repasse de R$ 1,5 bilhão para organismos internacionais e nacionais ("Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo" (dissertação de mestrado), PUC-Minas, B. Horizonte, p. 116)

(26) Nos Estados Unidos, cerca de 70% dos trabalhadores atuam na área de serviços. A mesma coisa acontece nas principais economias européias (Antunes, Ricardo. "Os sentidos do trabalho — ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho", Boitempo, S. Paulo, 2001, p. 111.

mãe se concentre no *foco* de suas atividades[27], enquanto as suas *parceiras* se especializam. Essa possibilidade aumenta na proporção inversa ao de seu tamanho: quanto menores, mais ágeis e criativas. Um dos resultados é a melhoria na qualidade dos produtos.

Ainda de acordo com os seus apologistas, a externalização serve também para propagar aperfeiçoamentos técnicos por toda a rede. Há, portanto, uma *modernização em cadeia* do setor produtivo. E como tudo isso faz reduzir os custos, os preços do produto final também caem, em benefício do consumidor.

Por fim, a rede de pequenas empresas que gravita em torno da grande é sempre retrátil e reversível. Pode se desfazer e se refazer a qualquer momento. Isso lhe permite também atender com mais precisão às variações do mercado, com benefícios para todos.

O que esses teóricos não dizem é quem paga essa diferença de preço.

Uma parte recai sobre o pequeno empresário. É comum, por exemplo, a grande empresa descartar para a pequena, quase compulsoriamente, as máquinas que se tornaram obsoletas, através de contratos de *leasing*. Com isso, prolonga a sua vida útil e ganha lucros adicionais.[28]

Às vezes, a relação de dependência entre as empresas chega a ser sufocante:

> *"Na criação de aves, por exemplo, a agroindústria estabelece os padrões de construção do aviário, fornece os pintinhos, as vacinas, a ração, a assistência técnica necessária e garante a recompra dos lotes de frangos prontos para o abate numa faixa de preços por ela estabelecidos (descontando, obviamente, os gastos que ela teve ao fornecer todos os insumos que acabamos de mencionar).*
>
> *Ao produtor rural cabe arcar com os custos de construção e manutenção dos aviários, com a compra dos equipamentos adicionais que se fazem necessários para proteger a saúde dos pintinhos, com a depreciação do patrimônio ou sua obsolescência, e com um trabalho intenso, de domingo a domingo, que envolverá inclusive toda a sua família".*[29]

Mas quem paga o maior preço são os trabalhadores.

Nesse sentido, estudos do DIEESE, em 1999, envolvendo 40 empresas terceirizadas do ABC, apontavam: em 72,5% dos casos, benefícios sociais inferiores; e em 67, 5%, níveis salariais mais baixos. As jornadas eram mais extensas e as condições de saúde e segurança mais precárias.[30]

---

(27) Daí o uso da palavra "focalização" para expressar esse fenômeno.

(28) *Gennari, Emilio.* "Automação, terceirização e programas de qualidade total: os fatos e a lógica das mudanças nos processos de trabalho". CPV, S. Paulo, 1997, p. 48.

(29) *Gennari, Emilio. Op. cit.*, p. 46.

(30) A observação é do economista Dari AlvesKrein, em artigos e palestras.

Há alguns anos, a Riocell despediu 250 empregados. Destes, 1700 foram recontratados por suas empreiteiras, para realizar o mesmo volume de trabalho daqueles 2500, embora com salários e benefícios menores[31].

A mesma coisa acontece em outros países. No Japão, por exemplo, os operários da Toyota trabalham cerca de 2300 horas por ano, enquanto os terceirizados chegam a 2800 horas[32].

E não é difícil explicar essas disparidades.

É que os trabalhadores da grande empresa, embora em número decrescente, tendem a ser mais qualificados e por isso têm maior poder de barganha. Além disso, para ela, é complicado aumentar os lucros sonegando direitos trabalhistas. Se não registra os empregados ou não paga horas-extras, provoca quase um escândalo, expondo-se a multas e arranhando a sua imagem.

Já a pequena empresa reúne trabalhadores esparsos e flutuantes. Além disso, é menos visível. Como dizíamos, pode até se organizar num fundo de quintal, longe dos olhos do sindicato, da imprensa e dos fiscais. Não tem a mesma preocupação com a imagem, até porque prefere viver nas sombras.

Naturalmente, quanto mais a pequena empresa explora o trabalhador, menor é o preço que cobra da grande pelo contrato. Desse modo, a grande empresa extrai mais-valia *através* da pequena. E mantém limpa a sua imagem, enquanto a outra faz o *jogo sujo*.

É exatamente a possibilidade de servir à grande empresa na extração da mais-valia que viabiliza a existência do mercado informal.

3.2. Terceirização externa e globalização

Sempre que podem, as empresas saem em busca de países mais baratos para as suas *parcerias*. A *Nike* descobriu que pode fabricar por US$16, na Coréia, o mesmo tênis que nos EUA lhe custa perto de US$100. A *Alitália* saiu em busca de pilotos australianos. A *Sears* se deslocou para Bangladesh. A *Daimler-Benz* monta ônibus em Xangai. Fábricas francesas ameaçam mudar-se para a Escócia, caso a legislação *continue rígida*.[33]

Mas isso também pode explicar, pelo menos em parte, a crise de efetividade das normas da OIT.

Antes, como se sabe, o comércio já era globalizado, mas a indústria nem tanto. A preocupação básica do Primeiro Mundo era reduzir a principal *vantagem comparativa* do Terceiro, que pagava salários menores e podia, com isso, oferecer produtos mais baratos.

---

(31) *Gennari, Emílio. Op. cit.*, p. 52.

(32) *Antunes, Ricardo.* "Os sentidos...", cit., p. 111.

(33) *Andrade, Everaldo Gaspar L.* "Crises dos modelos capitalistas e do mercado laboral", *in* "Revista LTr 58-7, LTr Edit., S. Paulo, p. 787).

Por isso, a OIT tinha duplo papel. De um lado, estendia aos trabalhadores do Terceiro Mundo os patamares básicos de proteção. De outro, protegia as indústrias do Primeiro Mundo contra o *dumping social*, regulando a concorrência.

É claro que, mesmo antes, a grande empresa já podia espalhar fábricas em vários países do mundo. Mas não na intensidade e quantidade de hoje, pois os países tentavam se proteger, e, de todo modo, as técnicas de controle à distância eram mais custosas e menos eficazes.

Hoje, como vimos, também a indústria se globaliza. Uma empresa pode manter apenas a sua cabeça pensante em Nova Iorque e distribuir suas fábricas pelo mundo. Pode até fabricar o mesmo produto *por partes*, numa espécie de linha de montagem *inter-nações* — como faz a GM, que usa 120 mil trabalhadores, em 17 países, para produzir o seu modelo S.[34] É o que se chama de "fábrica mundial"[35].

Ora: para esse tipo de empresa, não é conveniente regular a concorrência internacional, pelo simples e bom motivo de que ela mesma pratica o *dumping*. Ela usa em seu benefício as *vantagens comparativas* dos países pobres. Por isso, a OIT já não lhe serve: antes, é empecilho. E é claro que, com isso, as normas da OIT perdem a força.

3.3. A experiência italiana

Até o fim dos anos 60, no norte da Itália, o que se via era ainda um processo de crescimento das grandes empresas. Cerca de dez anos depois, essas empresas começaram a se descentralizar, mas sem que alterassem o modo *taylorista* de produção.

Por volta dos anos 80, surge um novo fenômeno. Pequenas empresas se especializam e se modernizam, unindo-se em redes horizontais. Flexíveis, descobrem ou inventam novos nichos do mercado, respondendo e induzindo flutuações da demanda. Com isso, conseguem concorrer com as grandes, às vezes em posição de vantagem[36].

Esse fenômeno é então celebrado como a superação do regime de capital monopolista e solução para o problema do desemprego, já então crescente. Batizada de "Terceira Itália", a região passa a interessar sociólogos e economistas.[37] A pequena empresa parece ganhar um novo papel — não mais complementar, mas alternativo.

---

(34) *Antunes, Ricardo.* "Adeus ao trabalho? — Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho", Cortez, S. Paulo, 1995, p. 131.

(35) Na Itália, na última década, cerca de 60% do fluxo da subcontratação migrou para a Europa do Leste, o norte da África e o Extremo Oriente (ib, 215).

(36) Em 1980, a terça parte dos trabalhadores na indústria mecânica de Bolonha produzia em pequenas empresas artesanais, de uma a quinze pessoas.

(37) Os pioneiros foram os sociólogos franceses Sabel e Piore, que no início viam a experiência italiana quase como uma revolução e mais tarde relativizaram suas conclusões.

Mas essa realidade mudou. Com o tempo, também a grande empresa se reestruturou, com novas máquinas e métodos de gestão de mão-de-obra. Também ela se tornou flexível, com a vantagem de que podia fazer economia de escala. E atraiu as empresas menores para a sua órbita.

Em torno dos anos 1985/6, a relação entre umas e outras, de um modo geral, já é hierárquica. Hoje, muitas empresas pequenas funcionam como "verdadeiros departamentos das grandes ".[38] E o poder que estas possuem lhes permite

> *"penalizar duramente as condições de rentabilidade das empresas colocadas nos vários níveis da subcontratação".*[39]

Embora ainda haja redes horizontais, as empresas subcontratadas tendem a crescer em número e a decrescer em importância.[40] Na região do Veneto, por exemplo, mais de 30% das fábricas de tecidos trabalham para uma única contratante. É o que alguns chamam de "constelação de empresas".[41]

3.4. A experiência japonesa

No Japão, a terceirização existe há décadas. As empresas formam redes, que recebem o nome de "keiretsu". Essa estratégia de organização se combina com a de contínua adaptação ("kaizen").

Na verdade, há vários níveis de terceirização, segundo o grau de liberdade que a contratante dá à contratada; mas a relação é sempre de rígida hierarquia.

Se a empresa terceirizada se mostra ágil, criativa, dinâmica, os contratos se eternizam. Com frequência, ela recebe até um *extra*, pago espontaneamente, quando apresenta alguma inovação.

Se, ao contrário, a empresa se atrasa na encomenda ou se mostra pouco flexível, é "penalizada" quando da renovação do contrato, recebendo um número menor de peças para produzir. Persistindo na falha, o contrato não é mais renovado.

Os sindicatos dos trabalhadores terceirizados são organizados por empresa ou estabelecimento. A tônica é a "colaboração". Os interesses do sindicato e da empresa se aproximam tanto que às vezes se confundem. Assim é, por exemplo, que o trabalhador que se torna executivo deve habitualmente passar primeiro pela direção do sindicato.

---

(38) *Belussi, F. Op. cit.*, p. 208.

(39) *Idem*, p. 217.

(40) *Fumagalli, A.* "Aspetti dell'accumulazione flessibile in Italia", *in* Bologna, S. Fumagalli, A. "Il lavoro...", cit., p. 142.

(41) A expressão é de um autor italiano.

3.4. Autônomos ricos e pobres

Uma pequena empresa pode estar tanto nas margens como no próprio coração do sistema.

Exemplos do primeiro caso são a oficina do chaveiro, o boteco da esquina, o salão do barbeiro, a *venda* onde as pessoas da roça contam casos e tomam cachaça. Esses pequenos negócios se integram apenas superficialmente na economia capitalista. Independem dela e por isso podem sobreviver a ela, se ela algum dia se for.

Já o segundo caso pode abranger tanto profissionais altamente qualificados quanto proprietários de pequenas oficinas, de fundo de quintal. Eles produzem para a grande empresa, e por isso, de um modo ou de outro, são governados por ela. Dependem do sistema, que por sua vez depende deles.

Naturalmente, é grande a diferença entre o *expert* em alguma coisa e o pequeno artesão.

O primeiro tem sido às vezes chamado de "autônomo rico". É um fenômeno dos novos tempos. Algumas vezes, trabalha sozinho, em casa, ligado à empresa por um terminal de computador. Ganha bem, não enfrenta o trânsito, tem mais *status* que o trabalhador comum. Outras vezes, cria ele próprio uma empresa, de alta tecnologia, capaz até — conforme o caso — de competir com a grande, como chegou a acontecer na *Terceira Itália*.

Já o segundo, "autônomo pobre", também pode criar a sua pequena fábrica, mas em geral, como dizíamos, inteiramente dependente da grande. Muitas vezes, aliás, não passará de uma micro-oficina domiciliar, com pessoas de sua família[42], imigrantes clandestinos ou desempregados de todo tipo.

Tanto num caso, como no outro, é usual que a grande empresa jogue sobre os ombros do subcontratante boa parte de seus custos — como despesas com energia, transporte, telefone, etc.

Note-se que há outros fatores, além do desemprego ou da comodidade, que impulsionam o trabalho autônomo. Na Alemanha dos anos 70, por exemplo, houve um forte componente ideológico, representado por um ecologismo radical[43]. A pequena empresa aparecia então como uma espécie de alternativa ao industrialismo. De um modo geral, porém, essa nova autonomia, real ou falsa, surge da falta de opção.

Naturalmente, os problemas do trabalho autônomo variam segundo o ramo do negócio e a forma de sua organização.

Nas oficinas familiares, por exemplo, a questão de gênero pode ter peso importante. A mistura do espaço doméstico com o espaço do trabalho

---

(42) É o que acontece, por exemplo, em Santa Catarina, onde muitas famílias ganham a vida montando componentes de computador.

(43) *Bologna, S.* "Per un'antropologia del lavoratore autonomo", *in* Bologna, S.; Fumagalli, A. *Op. cit.*, p. 113.

produtivo permite às mulheres mesclar as próprias atividades, cuidando ao mesmo tempo dos filhos, das encomendas e das constantes *arrumações* que a casa exige[44].

Já no caso dos clandestinos, sua própria situação irregular garante lucros extras aos que os exploram — pois podem lhes pagar ainda menos do que normalmente pagariam. Assim, a discriminação passa a ser usada *racionalmente*, como estratégia de bom negócio

Alguns — como indianos, africanos e albaneses na Itália, ou coreanos e bolivianos em São Paulo — às vezes moram nos próprios locais de trabalho, dividindo centímetros e compartilhando promiscuidades. Outros ainda conseguem separar a casa da oficina, mas em geral trabalham em condições insalubres e inseguras.

De vez em quando, trabalhadores autônomos que antes produziam isoladamente se organizam em cooperativas ou associações informais. Em certos casos, têm êxito. Um exemplo mineiro é o dos catadores da *Asmari*, que conseguiram eliminar a figura do *atravessador* — vendendo diretamente para as fábricas o lixo que encontram nas noites de Belo Horizonte.

Quase sempre, porém, mesmo associações como essas não resolvem todo o problema. É que também elas acabam se vinculando fortemente a uma ou duas empresas maiores, que lhes compram toda a produção e por isso têm o seu destino nas mãos.

Estejam ou não associados, os trabalhadores autônomos, hoje, tendem a trabalhar em condições muito piores que os empregados formais. A concorrência cada vez maior entre eles leva à autoexploração. São comuns as jornadas de mais de doze horas, às vezes se estendendo aos fins de semana. Poucos se dão ao luxo de férias.

E a autoexploração tende a ser maior nas pequenas cooperativas, exatamente em função do espírito de solidariedade, de responsabilidade e até de emulação que anima os seus sócios. Por isso, elas representam "a tipologia ideal do trabalhador no paradigma da acumulação flexível".[45]

Assim, trabalho autônomo não significa necessariamente trabalho livre. A lógica do capital contamina e perverte o que poderia ser uma alternativa para ele.

3.5. Terceirização externa e crise sindical

Mas os trabalhadores pagam ainda um outro preço pela terceirização. No limite, a empresa em rede resolve aquela contradição a que nos referimos, e que tem sido, ao longo dos tempos, a principal responsável pelo Direito do Trabalho. Ela consegue *produzir... sem reunir.*

---

(44) Paiva, Alice R.; Sorj, Bila. "Subcontratação e trabalho a domicílio — a influência do gênero", *in* "Terceirização", Martins, H. e Ramalho, J. (organiz), Hucitec/CEDI/NETS, S. Paulo, 1994, p. 67.

(45) Fumagalli, A. *Op. cit.*, p. 148.

Ao se fragmentar, a empresa também fragmenta o universo operário; mas, ao se recompor, formando a rede, não o recompõe. Os terceirizados não se integram aos trabalhadores permanentes.

Às vezes, a relação entre uns e outros chega a ser conflituosa: os primeiros vêem os segundos como privilegiados, enquanto estes acusam aqueles de pressionar para baixo os seus salários. Mas os trabalhadores de cada segmento também competem entre si pelo emprego sempre mais precário e escasso.

O próprio sindicato sente dificuldade em recompor a unidade desfeita. Na verdade, ele surgiu não tanto como resposta ao *sistema*, mas a um *modo de ser* desse mesmo sistema, representando pela fábrica concentrada. Na medida em que a fábrica se dissemina, o sindicato perde a referência, o seu contraponto.

Essa realidade se agrava em razão da diversidade de situações que surgem.

Antes, os trabalhadores passavam toda uma vida na mesma categoria profissional, na mesma empresa ou pelo menos na mesma cidade e na mesma situação formal de empregados. Eram tão estáveis quanto os produtos, a empresa e até os valores da sociedade em que viviam. Por isso, era fácil encontrá-los e agregá-los.

Hoje, os trabalhadores — especialmente os terceirizados — vagam no espaço e no tempo. Vão e voltam, passando do emprego ao desemprego, ao subemprego e a um novo emprego, numa relação de permanente *curto-circuito*.[46] É difícil identificá-los e reuni-los, pois o sindicato não tem a mesma plasticidade.

Entre os terceirizados, o sindicato esbarra com um obstáculo a mais. É que boa parte da mão de obra é formada por mulheres e jovens, bem mais refratários à luta coletiva que os trabalhadores adultos do sexo feminino. Os jovens, porque nasceram num mundo que respira o individualismo e outros valores da ideologia neoliberal. As mulheres, porque com frequência são mais submissas[47], reencontrando no patrão uma réplica do marido.

Como já notou mais de um autor, o ingresso de mulheres no mercado de trabalho tanto pode indicar libertação como opressão. Em geral, no trabalho terceirizado, significa mais precariedade. Os seus salários servem apenas para completar os do marido, já agora insuficientes para manter a família. No Brasil, elas recebem cerca de 30% a menos do que é pago aos homens.

A história recente nos dá um bom exemplo das vantagens da terceirização, do ponto de vista dos bancos. Em setembro de 1985, os bancários deflagraram greves nas principais capitais do País. A estratégia foi começar pelas câmaras de compensação de cheques, que — paralisadas —

(46) A expressão é de um autor italiano.

(47) Nos setores onde o trabalho é menos qualificado e o grau de instrução é menor.

inviabilizavam os investimentos dos bancos nas bolsas de valores. A primeira providência dos banqueiros, logo depois das greves, foi informatizar pesadamente as agências, para viabilizar a terceirização daquele setor.[48]

4. A TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO, DE UM MODO GERAL

Nos tempos de Taylor e Ford, o trabalho repetido, fragmentado e comandado a curta distância, no interior da fábrica, deu lugar a um conceito de subordinação restrito, direto, visível. Em outras palavras, empregado era quem recebia ordens explícitas, no ambiente físico da empresa[49].

Apesar disso, como a palavra-chave do modelo era *incluir*, doutrina e jurisprudência foram alargando aquele conceito, de forma a trazer para dentro do direito — ou seja, da proteção — também aqueles trabalhadores que continuavam fora do espaço físico da empresa, como empregados a domicílio ou até vendedores de sorvetes "Kibon".

Aliás, a mesma tendência ampliativa acontecia com a contrapartida da subordinação, vale dizer, com o salário. Pouco a pouco, não só a doutrina e a jurisprudência, mas a própria lei, deram natureza salarial a parcelas antes consideradas simples liberalidades — como gratificações, prêmios, participações nos lucros e os chamados *fringe benefits.*

Como dizíamos, esse duplo movimento envolvente tinha a ver com a idéia-base do modelo, e por isso se encaixava nele tranquilamente, sem reações contrárias.

Hoje, a tendência é oposta. Seja por obra do legislador, seja por graça do intérprete, tanto o conceito de subordinação como o de salário se reduzem.

No caso da subordinação, surgem novas figuras que a ignoram, pelo menos enquanto bilhete de ingresso para a proteção. É o caso, por exemplo, dos contratos de estágio e das cooperativas que terceirizam mão de obra[50]. Ao mesmo tempo, a jurisprudência começa a dar uma importância crescente à declaração formal de vontade das partes, em prejuízo do princípio da primazia da realidade.

No caso do salário, várias parcelas que haviam entrado para dentro de seu conceito vão saindo de dentro dele, e — também aqui — tanto através do legislador como do juiz. É o que acontece com a participação nos lucros e com utilidades como saúde e educação, só para citar alguns exemplos.

---

(48) *Gennari, Emilio. Op. cit.*, p. 5.

(49) Nesse sentido, *Machado, Sidney.* "A subordinação jurídica na relação de trabalho: uma perspectiva reconstrutiva" (tese de doutorado), Curitiba, 2003, *passim.*

(50) No caso das cooperativas, o problema não é propriamente a lei, mas a fraude que se pratica em seu nome.

Assim, do mesmo modo que acontecia nos tempos de *Taylor, Keynes* e Ford, o direito repete os movimentos da empresa. Só que, agora, esses movimentos já não coincidem com os princípios que informam o próprio direito. São excludentes. Tanto a empresa como o direito, cada qual a seu modo, expulsam empregados.

Mas existe outro detalhe interessante. Na verdade, como vimos, o que a empresa faz é um duplo movimento. Ela expulsa o trabalhador protegido e o retoma sem proteção — seja através de terceirizações internas, como através das externas.

Pergunta-se: esse movimento de ida e vinda, que lembra as ondas do mar, pode acontecer também com o direito? Poderá ele acompanhar os trabalhadores que a empresa vai descartando, e ainda uma vez protegê-los? Poderá perseguir a empresa em sua rota de fuga?

Por enquanto, o que o direito tem feito é apenas se adaptar aos movimentos de exclusão-reinclusão. Aos poucos ele se molda não apenas ao novo modo de produzir, mas ao espírito que o anima. Também ele quer flexibilizar e se concentrar em seu foco, *enxugando-se*. Mais ainda: ele próprio vai mudando de foco...

Vejamos, mais precisamente, o que acontece nos dois níveis de terceirização. E, em seguida, o que pode ser feito, especialmente sob a ótica do direito sindical.

4.1. Direito e terceirização externa

Há casos em que a terceirização apenas *diminui*, sem tornar precárias as condições de vida dos trabalhadores. Aliás, pode acontecer que uma empresa terceirizada seja de porte médio ou até grande, e a sua maior visibilidade iniba violações à lei.

Mesmo nessas hipóteses, porém, a terceirização traz desvantagens para o movimento sindical, por dividir a classe trabalhadora — o que, naturalmente, pode se refletir nas condições de vida de *outros* empregados.

Como resolver esse problema?

Naturalmente, fazendo-se com que os sindicatos desses terceirizados sejam os mesmos dos empregados da empresa contratante.

Será isso possível?

Parece-nos que sim.

É que, no nosso sistema — pelo menos até agora — é a categoria econômica que define os contornos da profissional. Pouco importa o que o empregado faça. É a atividade do empresário que indica o seu sindicato.[51]

---

(51) Assim, por exemplo, um escriturário que trabalha numa indústria metalúrgica será um metalúrgico, tanto quanto o seu colega do chão da fábrica, que trabalha no alto-forno. Só não é assim no caso das categorias diferenciadas, como o motorista ou o profissional liberal.

Ora: se a empresa contratante expele etapas de seu ciclo produtivo, a empresa terceirizada, que as recolhe, insere-se no mesmo gênero de atividade.

Outro problema diz respeito aos *direitos* dos trabalhadores nas empresas terceirizadas. Terão eles alguma garantia suplementar?

Diz o art. 2º, § 2º, da CLT:

> *"Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, tendo 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".*

A norma se baseia nas mesmas razões que fizeram surgir, tempos depois, a *disregard doctrine.* Vale dizer:

1. a personalidade jurídica possibilita a separação entre o seu próprio patrimônio e o das pessoas físicas que a constituem;

2. essa separação é essencial para o sistema, pois sem ela poucos assumiriam os riscos inerentes ao comércio e à indústria;

3. exatamente porque tem aquele fim, essa separação só faz sentido quando o realiza;

4. assim, caso a personalidade jurídica seja usada com outros propósitos, deve ser desconsiderada no caso concreto.[52]

Os casos de terceirização externa podem cair nessa hipótese. Se uma empresa contrata os serviços de outra, atribuindo-lhe as atividades que compõem o seu ciclo produtivo, dificilmente deixará de subordiná-la a suas diretrizes, formando o grupo a que se refere a CLT. [53]

Aliás, nem precisa haver uma relação *vertical.* Basta um controle recíproco, ainda que horizontal. A lei deve ser interpretada de forma mais ampla, não só porque o contexto é outro, como por força dos próprios fundamentos que embasam a *disregard doctrine.*

Pergunta-se: a solidariedade será apenas *passiva*, para feito de pagar salário, ou também *ativa*, para efeito de cobrar trabalho?

A nosso ver, ativa *e* passiva. A CLT diz: "para os efeitos da relação de emprego" , e esses efeitos, basicamente, são aqueles dois. De resto, é a interpretação mais lógica: se as obrigações se entrelaçam, o mesmo deve acontecer com os direitos.

---

(52) Cf., a propósito, *Koury, Suzy E. Cavalcante.* "A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas", Forense, Rio, 1993.

(53) Nesse sentido, cf. *Campos, Cristiana Soares.* "Responsabilidade do grupo econômico na terceirização" (dissertação de mestrado), FDUFMG, 2001, *passim.* A autora sugere como "pedra de toque" para a aplicação do princípio a intensidade do grau de terceirização.

Desse modo, um empregado de uma terceirizada pode não só cobrar da contratante salários em atraso, como pedir equiparação salarial em relação a trabalhadores seus.

Mas vejamos agora as hipóteses em que um trabalhador, *pessoa física*, presta serviços a uma empresa, na condição formal de autônomo.

Naturalmente, pode acontecer que essa autonomia seja falsa. Por isso, antes de mais nada, temos de verificar os pressupostos da relação de emprego — especialmente a subordinação.

Note-se que, na prática, a subordinação se revela, quase sempre, pelo recebimento de ordens; mas o que realmente a caracteriza, como ensina *Vilhena*, é a integração da atividade do prestador na atividade da empresa. Assim, a análise deve ser objetiva.(54)

Mesmo o teletrabalhador, que apenas *virtualmente* se comunica com a empresa, e às vezes até trabalha para mais de uma, pode ser subordinado. É como se a empresa tivesse implantado nele uma espécie de *chip*. Para se distinguir as situações, é preciso avaliar o grau daquela integração..

Pode acontecer, também, que o caso seja de fronteira, e existam provas num e noutro sentido. Como decidir?

Como se sabe, é para esses casos de dúvida que existem as regras do *onus probandi*. E elas atribuem ao autor a prova do "fato constitutivo" Mas aqui há uma inversão. É que — mesmo hoje — o trabalho subordinado é o mais usual. E os fatos ordinários se presumem.

Um dado que deve pesar, na análise desses casos, é a condição econômica do trabalhador. Não só porque o Direito do Trabalho nasceu para proteger o hipossuficiente, mas também porque a autonomia supõe capacidade *real* de auto-organização.

Na Itália, essas hipóteses a meio-caminho são hoje resolvidas de outra forma. Criou-se a categoria do "para-subordinado", com direitos reduzidos. Na verdade, como vimos, esse aparente aumento da tutela esconde uma redução no conceito de subordinação.

Em doutrina, embora alguns defendam a mesma idéia, há os que advogam a tese oposta. Ou, mais precisamente: que o conceito de subordinação *envolva* o da dependência econômica, ou talvez até se *identifique* com ele. Seria uma forma de o Direito do Trabalho neutralizar a estratégia *externalizante* da empresa.

Por fim, pode acontecer o trabalhador terceirizado seja realmente um autônomo, inclusive com organização própria; tenha um bom padrão de vida; e dependa da empresa contratante apenas no sentido de que ela é a sua única ou maior cliente.

Nesse caso, parece-nos que só através de uma nova lei se poderia dar-lhe alguma proteção.

---

(54) *Vilhena, Paulo Emilio Ribeiro de.* "Relação de emprego", Saraiva, S. Paulo, 1975, *passim*.

4. 2. Direito e terceirização interna

O que acontece, em termos jurídicos, se uma empresa coloca *dentro de si* os trabalhadores de outra?

Também aqui, as hipóteses são várias.

A mais clássica, digamos assim, é a do trabalho temporário, regido pela Lei n. 6.019 e pelo Dec. n. 73.841. Sem entrar em muitos detalhes, vejamos alguns pontos básicos dessa forma de contratação[55].

Como o nome indica, o trabalhador temporário é contratado por um certo tempo. Mas o que o caracteriza, na verdade, não é bem isso. É o fato de que ele trabalha não para quem o admite e assalaria, mas para quem *contrata a empresa que o contratou*. E não de forma permanente, mas reticente[56], semelhante (embora não idêntica) ao trabalho avulso.

Naturalmente, o trabalhador temporário é subordinado ao seu empregador. Mas como o contrato "vive e se desenvolve no ventre da empresa cliente"[57], também esta, e *principalmente* esta, acaba por submetê-lo à sua vontade. Assim, há um "comando simultâneo".[58]

As hipóteses são duas: "necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente" e "acréscimo extraordinário de tarefas de outra empresa" (art. 16 do Regulamento). O prazo é de 3 meses, em relação a cada cliente.

O curto tempo de cada contrato acentua um dos problemas da terceirização. Como nota *Gabriela Neves Delgado*[59], ela dificulta a identidade de classe. Embora se integre por alguns meses à empresa tomadora, o trabalhador não se insere na coletividade que a compõe.

A lei arrola os direitos do temporário — parecendo reduzí-los. Mas acontece que, salvo no caso do doméstico, a CF não distingue situações entre os trabalhadores subordinados. Até o avulso tem proteção igual. E o temporário, como vimos, é subordinado *em dose dupla...*

Além disso, a lei lhe garante a mesma remuneração do empregado da empresa-cliente, desde que seja "da mesma categoria". Assim, não há diferença de tratamento entre o temporário e o empregado comum, embora na prática nem sempre seja assim.

A propósito dessa última norma, é preciso notar que a palavra "categoria" pode ter pelo menos dois significados.

---

(55) Para maiores detalhes, cf. o nosso artigo "Trabalho Temporário", *in* Duarte, Bento Herculano (org.). "Manual de D. do Trabalho", LTr, S. Paulo, 1998, p. 206 e segs.

(56) *Catharino, J. M.* "Compêndio de Direito do Trabalho", Saraiva, vol. 1, S. Paulo, 1982, p. 28.

(57) *Catharino, J. M. Op. cit.*, p. 137.

(58) A expressão é de Pereira Leite.

(59) *Op. cit.*, p. 197.

No sentido mais usado, representa o conjunto de trabalhadores que presta serviços num setor de atividade. Assim, por exemplo, os caixas, escriturários e digitadores que trabalham num banco se tornam, só por isso, integrantes da categoria dos bancários.

No sentido da presente lei, porém, "categoria" tem a ver com a função que o trabalhador exerce. Assim, o temporário que é digitador deve receber os mesmos salários do digitador permanente ou efetivo.

Naturalmente, a igualdade salarial inclui não só as parcelas previstas em lei como as ajustadas pelas partes. E é cabível ainda que o empregado efetivo não esteja na ativa, vale dizer, mesmo que ele esteja sendo substituído pelo próprio temporário.

Por outro lado, se a empresa pagar um mesmo salário para os integrantes da mesma categoria do temporário, este deverá recebê-lo ainda que não se provem as identidades necessárias à equiparação salarial (art. 461 da CLT).(60)

Pergunta-se: as conquistas do sindicato dos empregados *da tomadora* beneficiam o temporário?

Se essas conquistas envolverem a sua "categoria", ou seja, trabalhadores que exerçam a mesma atividade, é claro que sim. A razão é a mesma. Desse modo, se ele é caixa , e a convenção coletiva der aos caixas permanentes um reajuste, ele também o receberá.

Pergunta-se, ainda: mas e se não houver alguém "da mesma categoria", e o sindicato obtiver uma vantagem para *todos* os trabalhadores efetivos?

A nosso ver, também nesse caso o temporário será beneficiado. É que a lei quer identificá-lo, o mais possível, com o pessoal da empresa-cliente. E nem poderia ser de outro modo, já que o seu trabalho é usado do mesmo modo e a CF não permite desigualdade.

Também por isso, pode-se concluir que até certas cláusulas de natureza não salarial, desde que ligadas ao trabalho, devem ser aplicadas aos terceirizados. É o caso das que fixam obrigações de segurança e higiene.

Todas essas conclusões valem para as outras hipóteses de terceirização interna, previstas no Enunciado n. 331/TST — seja por força do princípio da isonomia, seja por aplicação analógica da Lei n. 6.019.

5. TERCEIRIZAÇÃO INTERNA E ENQUADRAMENTO SINDICAL

Se as conquistas dos trabalhadores efetivos se transmitem aos terceirizados "internos", por quê não concluir que uns e outros terão o mesmo sindicato, tal como acontece com os "externos", que trabalham para as "parceiras" da grande empresa?

---

(60) Essas identidades são: de empregador (no caso, logicamente inadmissível), de função, de produtividade, de perfeição técnica, de local de trabalho e de tempo de serviço (esta, relativa). A propósito, cf. a obra clássica de *Damasceno* ("Equiparação Salarial", LTr, S. Paulo) e o nosso artigo, com o mesmo nome, em *Barros, Alice Monteiro de*. "Curso de Direito do Trabalho — em memória de Célio Goyatá", LTr, S. Paulo, vol. 1, 1998.

Na verdade, essa seria a solução ideal — pelo menos para os que se mantêm numa mesma empresa *por longo tempo*, como acontece, por exemplo, com o pessoal de asseio e conservação.

É que desse modo se reduziria o processo de fragmentação que fere o movimento sindical. Além disso, a representação seria mais efetiva. Como observa com inteligência *Gabriela Neves Delgado*, o sindicato dos trabalhadores permanentes não só costuma ser mais forte, como tem interesse em evitar "que a prática terceirizante rebaixe o valor da força de trabalho".[61]

É verdade que sempre se pode dizer que, em nosso sistema *(a)* a categoria profissional deve corresponder à econômica, como uma espécie de espelho; *(b)* a categoria econômica, no caso, é a da empresa fornecedora; *(c)* o seu ramo de atividade não se confunde com a da empresa tomadora. Assim, ao sindicato das empresas que fornecem mão de obra deve corresponder o sindicato dos trabalhadores nessas mesmas empresas.

Mas o argumento pode ser contestado. Basta lembrar que, quando a CLT fez a categoria profissional corresponder à econômica, foi por concluir que as pessoas que trabalhavam num mesmo ramo de atividade empresarial se unem por laços de solidariedade[62]. Ora: no caso dos terceirizados que ficam longo tempo na mesma empresa tomadora, esses laços se formam com o pessoal que está ali, e não com os *outros* terceirizados, que eles nem conhecem. De resto, é bem provável que o nosso sistema em breve se transforme, com a adoção do pluralismo sindical.

Já em relação ao terceirizado que se vincula por *tempo curto* a cada empresa, como o temporário, talvez não seja essa a melhor solução.

É que, embora ele trabalhe como o efetivo (e mereça, por isso, o mesmo salário), sua vida é muito diferente. Não se enraíza. Não se comunica. Como pingo de chuva, pula de um lugar para o outro. Aliás, talvez seja visto até como uma ameaça, pois seu trabalho cumpre o mesmo papel da máquina — suprindo e às vezes suprimindo postos efetivos.[63]

Até os problemas e aspirações desses terceirizados são também oscilantes e variáveis, pois dependem de cada setor de atividade, de cada lugar de trabalho. Aliás, esse fato, por si só, já é em si mesmo um problema, pois dificulta a sua identidade não só com os trabalhadores permanentes, mas *com a sua própria classe*.

Mas esse mesmo problema, paradoxalmente, traz em si a sua solução. Até certo ponto, a vida instável e picotada do terceirizado o aproxima de seu colega. Embora nem sempre compartilhem as realidades do dia a dia, pois podem estar em empresas diferentes, sofrem idêntica instabilidade e igual desenraizamento. Nesse aspecto, identificam-se.

---

(61) *Op. cit.*, p. 157.

(62) A propósito, cf. o artigo 511 e seus parágrafos, ainda vigentes.

(63 Note-se que a empresa tomadora pode contratá-lo, e, mesmo que não o faça, utiliza-se dele para se *enxugar*, como vimos.

Assim, a reunião desses terceirizados num sindicato próprio parece mais interessante do que a sua inserção no sindicato ao qual pertencem os efetivos. Aliás, de outro modo eles correm o risco de ter de pular também de *um sindicato a outro*, a cada três meses, o que aumentaria — ao invés de reduzir — a sua natural dispersão.

É claro que esses sindicatos tendem a ser mais frágeis, mesmo porque os laços que unem as pessoas também o são. Mas não nos parece haver outra saída. É claro que tudo se resolveria se não houvesse terceirização de qualquer tipo. Mas impedi-la, hoje, parece quase tão difícil quanto abolir a propriedade privada dos meios de produção.

6. O TERCEIRIZADO E A GREVE

A Lei n. 7.783 proíbe a "contratação de trabalhadores substitutos" durante a greve, salvo exceções que mais abaixo veremos.

Ora, os terceirizados podem ser tidos como "trabalhadores substitutos". O problema é que entre eles e a empresa não há uma "contratação". Os contratos se dão em outros níveis. Um deles envolve a fornecedora e a tomadora de serviços. O outro, a fornecedora e o trabalhador.

Mas a regra exige interpretação extensiva. A razão é a mesma. O que se quer é impedir a prática de atos anti-sindicais, que inviabilizam a própria greve. Pouco importa se o trabalhador é contratado por uma empresa ou por outra. O importante é que irá *furar* a greve, esvaziando-a.

De mais a mais, a diferença entre o terceirizado e o efetivo, em termos de contratação, é mais de forma que de fundo. Formalmente, ele é admitido pela empresa fornecedora, que lhe paga os salários. Substancialmente, porém, é como se tivesse sido contratado pela empresa cliente. No preço da intermediação está embutido o salário do trabalhador.

Mas vejamos agora as exceções a que nos referimos.

A primeira se refere à greve que, de algum modo, contraria a lei. É a (mal) chamada "greve abusiva" (art. 14).

A segunda tem a ver com a hipótese em que a empresa precisa manter certas máquinas ou serviços em funcionamento, seja para evitar "prejuízo irreparável", seja para permitir a retomada normal das atividades, quando a greve terminar (art. 9º).

Nesse caso, diz a lei que a empresa e o sindicato, de comum acordo, devem formar equipes de trabalho. Caso não haja o acordo, pode o empregador, "enquanto perdurar a greve", "contratar diretamente os serviços necessários" (parág. único).

Mas o que significará a expressão: "enquanto perdurar a greve"?

É claro que não significa que a *contratação* deva se dar durante a greve. Isso é óbvio. O que a lei quer dizer é que o empregador não pode contratar trabalhadores que irão suceder aos grevistas *depois* da greve.

Em outras palavras, esses contratos terão de ter um prazo. Esse prazo terá de ser a própria greve.

7. O FUTURO DO SINDICATO E A TERCEIRIZAÇÃO

Produto da fábrica, o sindicato sempre se moldou segundo a sua imagem. No início do século XVIII, ele e ela estavam ainda *se inventando*; eram mais espontâneos e menos organizados.

Pouco a pouco, sindicato e fábrica foram se racionalizando. Na II Revolução Industrial, abrigavam as mesmas multidões, tinham a mesma estrutura vertical, eram cada vez mais fortes e includentes. Mais uma vez, um imitava o outro.

Mas um também tentava sabotar o outro. Cada vez que se reorganizava, a fábrica reduzia custos, aumentava a eficiência, mas também tentava dobrar a resistência operária. Aliás, uma coisa dependia da outra.

Por sua vez, e como não poderia deixar de ser, as próprias lutas sindicais sempre tomaram a fábrica como referência. Por isso, na medida em que ela se alterava, mudavam também as estratégias.

O melhor exemplo é a greve típica: tal como os empresários, que às vezes guardam o seu produto à espera de melhor preço, os trabalhadores aprenderam a estocar a sua energia, para pressioná-los a pagar melhor. (64)

E com as greves atípicas não é diferente. Elas se utilizam da própria racionalidade do sistema para agredi-lo, como acontece, por exemplo, quando os operários de um setor-chave da empresa deixam de trabalhar, provocando, *por tabela*, a paralisação de todos os outros.

Pois bem. Hoje, como vimos, a fábrica se dissemina, se distribui em pedaços. Mas isso não significa fraqueza. Ao contrário: ela é tão forte que pode se fragmentar sem perder o controle. Desfaz-*se* e ao mesmo tempo se refaz.

Estaria o movimento sindical acompanhando esse movimento?

Entre nós, só em parte. De um lado, ele se decompõe; de outro, tenta se reunificar, mas apenas através das centrais. Acontece que as centrais englobam sindicatos de categorias *já dispersas*. Assim, a fragmentação das bases dificulta a reunificação pela cúpula.

Em boa medida, como dizíamos, a quebra do movimento operário se explica pela terceirização. Foi ela a arma secreta que o capitalismo (re)descobriu ou (re)inventou. Ela lhe permite resolver a contradição entre a necessidade do trabalho coletivo e a possibilidade de resistência coletiva.

Ora, o sindicato é a principal fonte do Direito do Trabalho. Não apenas no sentido de criar as suas próprias normas, ou pressionar o Estado a fazer as dele, mas também para o efeito de aumentar a efetividade de umas e outras.

---

(64) A observação é de Roberto A. O. Santos.

Assim, se o sindicato é fraco, o direito se torna fraco também. E o que é pior: um e outro passam a dar lugar a seus opostos. O sindicato se ajusta ao modo de produzir, tal como antes fazia, mas agora não tanto para resistir quanto para justificar a sua submissão.[65]

Assim, depois de resolver a sua própria contradição, o capital começa a resolver a que existia no interior do direito. Ao invés de proteger capitalista e trabalhador, ele desequilibra a balança a favor do primeiro. Continua a regular a relação de trabalho, mas cada vez mais sob um enfoque *civil*. Ao invés de opor obstáculos à dominação, apenas registra e legitima as alterações que a própria empresa sugere.[66]

Como se sabe, a solução desses problemas é extremamente difícil e complexa. Ela esbarra com as constrições de um mercado cada vez mais global e desigual, que divide tão profundamente os países como as pessoas. Por isso, envolve uma nova postura política, um novo modo de pensar a vida e o mundo.

De toda forma, uma das estratégias possíveis é a de se garantir ao sindicato não só uma ampla liberdade de ação, mas instrumentos que viabilizem o exercício dessa liberdade — como a proteção contra a despedida arbitrária, a repressão aos atos anti-sindicais e a ampliação dos limites e do próprio conceito de greve[67].

Ao lado disso, devem os sindicatos tentar articular suas lutas com as da sociedade civil, crescendo para não morrer. Isso significa abrir as suas portas para um universo maior e mais diversificado de pessoas, tentando sensibilizá-las em torno de um projeto comum.

Costuma dizer o mestre italiano *Giancarlo Perone* que o Direito do Trabalho deve se transformar em *Direitos* do Trabalho[68]. Se é assim, também o sindicato terá de reunir os empregados aos sem-emprego e mesmo aos autônomos, desde que economicamente dependentes.

Mas também o legislador, naturalmente, terá de agir — e um dos modos será protegendo também esses autônomos "de segunda geração". A propósito, é bom notar que uma das justificativas para que eles não fossem protegidos era o seu grau maior de qualificação. Mas hoje muitos deles se tornam dependentes também do ponto de vista técnico.

Nesse mesmo campo, outra idéia é incentivar a criação de redes de pequenas empresas, organizadas ou não em forma de cooperativas, para que elas aumentem o seu poder de barganha no mercado. Para isso, a CUT criou uma Agência de Desenvolvimento Solidário, que tem articulado suas ações com ONGs e o Poder Público.

---

(65) A propósito, cf. o nosso artigo: "O novo papel das convenções coletivas", *in* "Revista Trabalhista Direito e Processo", vol. I, Anamatra/Forense, S. Paulo, 2002.

(66) Garofalo, M. ("Un profilo ideologico del diritto del lavoro", *in* "Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali", n. 81, ano XXI, 1999, Franco Angeli, p. 9 e segs.

(67) De modo a abranger as greves atípicas.

(68) Conferência na Escola Judicial do TRT da 3ª Região, novembro/2002.

Por fim, é também interessante notar uma mudança de postura.

Nos *anos gloriosos*, o sindicato começou a se mostrar não tanto um modo de superar o capitalismo como uma forma de regulá-lo. Em certa medida, a resistência se institucionalizara. A própria greve fora *domesticada*.

Mas o sindicato não teve só esse papel. Ele treinou os trabalhadores na luta, transformou-os em sujeitos de direito e politizou a sua fala. Além disso, disseminou por toda a sociedade boa parte de suas conquistas. O chamado "constitucionalismo social" foi sobretudo uma obra sua.

Ora, quem diz "sindicato", pensa logo em "empregado".

Assim, a transformação do homem livre em trabalhador subordinado passou a ser vista não tanto pelo que implicava de negativo — a transformação subsequente do próprio empregado em mercadoria — como pelo que trazia de positivo — o fortalecimento da ação sindical. Quanto mais empregados houvesse, melhor seria.

Mesmo para os que sonhavam ainda com uma revolução proletária, era o trabalho subordinado e não o independente que importava. Afinal, seriam os empregados e não os autônomos que fariam a revolução, embora uma de suas metas fosse a independência e não a subordinação.

Esse modo de pensar e de sentir, que envolvia não só os que combatiam o capital, como os próprios capitalistas, começou a sofrer uma certa inflexão nos anos 70. Para muitos, o trabalho autônomo, antes visto quase como um obstáculo à ação sindical, aparecia agora como uma alternativa de mudança dentro do próprio sistema.

Hoje, porém, é mais difícil sonhar com isso. O capitalismo aprendeu a usar o trabalho autônomo com tanta eficiência quanto se serve do subordinado. Na verdade, ele o transforma numa mistura de autonomia e dependência, relativizando o seu próprio conceito; ou então o usa, apenas, como fantasia.

É preciso, portanto, que esses autônomos se percebam também assim, e também eles façam um movimento de aproximação aos que continuam formalmente empregados — ainda que, eventualmente, os seus interesses imediatos sejam conflitantes.

Pedimos paciência ao Leitor para uma observação final.

Costuma-se dizer que o novo modo de produzir ainda está em gestação; não se definiu ainda. A prova seria a coexistência de fábricas ainda *tayloristas* com outras já *toyotistas*; e, mais do que isso, os vários arranjos entre os modelos. A própria automação, ao assumir graus e contornos variados, parece indicar que ainda não teria achado o seu caminho.

De fato, essa é uma hipótese possível, mas há uma outra mais interessante. Pode ser que o novo modelo seja *exatamente essa mistura*. Nesse sentido, é importante notar como as novas empresas se interagem com as velhas e mesmo com o mercado informal, articulando, produzindo e controlando a diversidade.

Até a natureza dos vínculos de trabalho, hoje, é flexível e cambiante, pois a empresa pode se valer *indiferentemente* de um autônomo, de um estagiário ou de um empregado, para alcançar o mesmo resultado.[69]

Pois bem. Se essa hipótese estiver correta, a solução do problema será ainda mais difícil. Não teremos no futuro apenas uma forma de trabalhar, nem um só modelo de empresa, mas uma multiciplidade crescente.

Por isso, também o Direito do Trabalho terá de ser flexível, mas não no sentido de abrir espaço ao mais forte — e sim no de persegui-lo em suas mutações. Ao mesmo tempo, terá também de ser rígido na defesa de seu princípio mais importante — o da proteção — do mesmo modo que o capital também o é quando se trata de acumular riquezas em poucas mãos[70].

---

(69) *Perulli, P; Sabel, C.* "Rappresentanza del lavoro autonomo e coordinamento economico. Il caso degli enti bilaterali dell'artigianato", *in Bologna*, S.; *Fumagalli, A. Op. cit.*, p. 249. A propósito, observa Boaventura Sousa Santos que "o poliformisno do trabalho só é aceitável na medida em que o trabalho permanece como critério de inclusão", o que não tem acontecido nos nossos dias ("Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo", *in* Oliveira, *Francisco de*; *Paoli, M. Célia* (org). "Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global", Petrópolis, Vozes, Brasília, 1999, p. 114).

(70) A propósito do princípio da proteção, cf. *Hoffman, Fernando*. "O Princípio da Proteção ao Trabalhador e a Atualidade Brasileira", LTr, S. Paulo, 2003. Para um estudo geral dos princípios do Direito do Trabalho, cf. *Delgado, Maurício G.* "Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho"; *Plá Rodriguez*, A., "Princípios de Direito do Trabalho"; e *Pinho Pedreira*, J. L., "Principiologia do Direito do Trabalho", todos da LTr.

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADOS NO § 5º, DO ART. 884, DA CLT, AÇÕES AUTÔNOMAS E INCIDENTES NA EXECUÇÃO

CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES (*)

1 — INTRODUÇÃO

"O hábito de alterar levianamente as leis é um mal"; "Não desprezemos a experiência do passado: não há dúvida de que, ao longo de todos esses anos, essas coisas, se fossem boas, não teriam continuado desconhecidas" (Aristóteles, Política, II, 8 e II, 5).

De uns tempos para cá surgiu entre os processualistas um novo modismo: A relativização da coisa julgada. Após tantas outras formulações "fashion" (querela nulitatis insanabilis, exceção de pré-executividade, ação cautelar ou tutela antecipada para sobrestar a execução enquanto pendente ação rescisória), não raro manejadas de maneira inadequada e abusiva, apresentam agora, com ares de grande novidade, a flexibilização da coisa julgada. É a "onda" do momento.... Coisas da pós-modernidade, onde o que se pretende inovador rapidamente vira lugar comum, dando lugar a outras tantas mudanças, num turbilhão sem fim[1].

(*) Juiz Vice-Presidente do TRT da 17ª Região — Ex-Procurador do Trabalho — Mestre em Direito do Trabalho — PUC/SP, Prof. EMATRA-ES)

(1) O pós-modernismo nada, e até se esponja, nas fragmentárias e caóticas correntes da mudança, como se isso fosse tudo o que existisse. (*David Harvey* "Condição Pós-Moderna", Edições Loyola, São Paulo, 9ª ed., 2000, p. 49). O pensador inglês tenta explicar essa situação da seguinte maneira: Dentre as inúmeras conseqüências dessa aceleração generalizada dos tempos de giro do capital, destacarei as que têm influência particular nas maneiras pós-modernas de pensar, de sentir e de agir.

A primeira conseqüência importante foi acentuar a volatilidade e efemeridade de modos, produtos, técnicas de produção, processo de trabalho, idéias e ideologias, valores e práticas estabelecidas. A sensação de que tudo que é sólido se desmancha no ar raramente foi tão sentida. (*David Harvey, ob. cit.*, p. 258).

Dominar ou intervir ativamente na produção da volatilidade envolvem, por outro lado, a manipulação do gosto e da opinião, seja tornando-se um líder da moda ou saturando o mercado com imagens que adaptam a volatilidade a particulares. Isso significa, em ambos os casos, construir

Isso se reflete no direito, em detrimento de institutos e normas de há muito assentados[2], com graves prejuízos à segurança e à estabilidade das relações jurídicas, sem falar na celeridade e efetividade do processo [3].

Disso resulta uma grave crise de valores, onde o devedor passa a ser visto quase como um pobre coitado, mesmo quando ele é o Estado ou uma pessoa jurídica ou física dotada de recursos.

Essa postura ideológica privilegia o devedor, o mau pagador, o fraudador, em detrimento dos credores em geral, o que torna, muitas vezes, dramática a situação do credor trabalhista, em regra o empregado hipossuficiente [4].

---

novos sistemas de signos e imagens, o que constitui em si mesmo um aspecto importante da condição, aspecto que precisa ser considerado de vários ângulos distintos (*David Harvey*, ob. cit., p. 259).

De outro lado, o pensamento pós-modernista B com sua ênfase em conceitos como os de diferença e multiplicidade, sua celebração do fetichismo e de simulacros, seu fascínio contínuo pela novidade e pela moda B é uma descrição excelente dos esquemas capitalistas ideais de mercadoria e consumo, e por isso oferece uma oportunidade para perfeitas estratégias de marketing (*Michael Hardt* e *Antônio Negri*, "Império", Record, Rio de Janeiro, 2001, p. 170).

(2) O hábito de alterar levianamente as leis é um mal; e quando a vantagem da mudança é pequena, é melhor enfrentar certos defeitos, quer de lei, quer do governante, com uma tolerância filosófica (*Aristóteles*, "Política", II, 8). O poder da lei, de garantir a observância do seu mandamento e, por conseguinte, assegurar a estabilidade política, jurídica e social, depende em grande parte do hábito (*Will Durant*, "A História da Filosofia", São Paulo, Nova Cultural, 1996, p. 94). Passar levianamente de velhas leis para outras novas é uma certa maneira de enfraquecer a essência mais íntima de todas as leis, sejam elas quais forem (*Aristóteles*, *Ibid*, V, 8). Não desprezem a experiência do passado: não há dúvida de que, ao longo de todos esses anos, essas coisas, se fossem boas, não teriam continuado desconhecidas (*Aristóteles*, *Ibid*, II, 5).

(3) Esse fenômeno, conforme destaca *Luis Rodrigues Wambier*, se traduz no enfraquecimento dos métodos executórios, especialmente em razão de sucessivas alterações legislativas, que, por bem intencionadas que sejam, na Avida real acabam por privilegiar o calote ("A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação", Revista de Processo, São Paulo, RT n. 109, p. 134, 2003).

(4) Neste sentido: *Luis Rodrigues Wambier* (ob. cit., p. 134) e *Teresa Arruda Alvim Wambier* ("Execução Trabalhista, estudos em homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen", coord. *José Affonso Dallegrave Neto* e *Ney José de Freites*, LTr, maio/2002, pp. 364-365), a quem pedimos vênia para transcrever parte de suas considerações sobre esse estado de coisas: "O processo de execução no Brasil tem sido criticado, no que diz respeito à esfera cível, por ser um processo que privilegia em demasia o devedor. Será que este equilíbrio tem sido respeitado?

Será que se este equilíbrio estivesse sendo respeitado, a sabedoria popular teria criado a frase: se você acha que eu devo, corra atrás de seus direitos!

Não, este equilíbrio não está sendo respeitado.

Fundamentalmente, porque além destes dois princípios que devem ser contrabalançados para que se tenha um processo de execução saudável, nós, brasileiros, acrescentamos um: "a compaixão pelo devedor".

O devedor é visto (mesmo aquele devedor de dívidas oriundas da aquisição de bens caríssimos) como uma *vítima*. Como se o credor fosse certo tipo de *culpado*!

Nos últimos tempos, têm-se aberto para o devedor *portas* e *meis portas* para embaraçar e execução. Apesar dos expressos dizeres do art. 585, § 1º, no sentido de que nenhuma ação (à exceção dos embargos do devedor) tem o condão de paralisar a execução, a proliferação de liminares que, sob qualquer pretexto, paralisam as axecuções, é impressionante!

Não adienta tornar-se a execução em si mesma mais efetiva se, *correlatamente*, não se eliminarem os excessos de válvules de escape do devedor. O inadimplente tem de ser como tal tratado, e esta é uma contribuição que o sistema pode dar inclusive para *a* educação das novas gerações".

2 — A COISA JULGADA E SUA "FLEXIBILIZAÇÃO". NOVAS ROUPAGENS PARA UMA VELHA QUESTÃO

Desde os romanos a coisa julgada traz em si a idéia de certeza, estabilidade e definitividade do que decidido [5]. Nela vislumbra-se força de lei [6] ou até uma função criadora do direito [7].

Essas características são confirmadas nas mais diversas latitudes. Na Itália, por exemplo, *Allorio* define a coisa julgada como "la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdicional; la cosa juzgada trunca e hace inútiles las discusiones acerca de la justicia o injustiça del pronunciamiento; la cosa juzgada vincula a las partes y a todo jues futuro" [8].

Chiovenda, por sua vez, ensina que através da autoridade da coisa julgada, o bem da vida controvertido em juízo torna-se incontestável (no finem controversiarum accipit): a parte a quem se denegou o bem da vida não pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de consegui-lo praticamente em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a esse direito e esse gozo [9].

Na França o quadro não é distinto: *"le principe de l'autorité de la chose jugeé traduit l'effet extinctif et la force obligatoire du jugement à l'égard des parties. L'autorité de chose jugeé fait obstacle à ce que les parties saisissent de noveau le juge de la contestation qu'il a trancheé. Les parties n'ont plus de droit d'agir relativement à la contestation trancheé. Toute nouvelle demande identique à celle qui a été l'objet du jugement serait irrecevable*[10]";

No Brasil, a lição da doutrina é contundente, ressaltando a relevância da imutabilidade e da imperatividade dos efeitos ou do comando da sentença coberto pela coisa julgada: A Coisa julgada material é atributo normal do pronunciamento do juiz que acolhe ou rejeita o pedido do autor; irradia efeitos para fora do processo em que o julgamento foi proferido e os projeta para o futuro. Porque vincula indistintamente todos quantos devam respeitar sua autoridade e "opera" não só no mesmo processo como também em outros processos relativos à mesma lide ou a outras lides logicamente subordinadas, falou *Machado Guimarães* em "eficácia preclusiva panprocessual

---

(5) No CPC vigente não é diferente a orientação do legislador. Art. 467. "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

(6) Art. 468 do CPC: "A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas". Confira-se o teor da seguinte ementa: "A coisa julgada tem força de lei, obrigando as partes entre as quais foi dada. Não pode uma das partes, unilateralmente, pretender livrar-se dos efeitos da sentença" (RJ TJ SP 94/277).

(7) "En virtud de la cosa juzgada, lo que está decidido es derecho" (*Enrico Allorio*. Natureza de La Cosa Juzgada, *in* "Problemas de Derecho Procesal", Vol. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tradução do italiano de Santiago Sentis Melendo).

(8) Ob. cit., pp. 130-1.

(9) "Instituições de Direito Processual Civil". Vol. 1. Editora Brookseller, Campinas, 1998, tradução do italiano Paolo Capitanio.

(10) *Loïc Cadiet*, Droit Judiciaire Privé, 30 édition, Litec, 2000, pp. 625-628).

da coisa julgada substancial". É-lhe inerente a imutabilidade, que não pode ser infringida nem pelos juízes nem pelo legislador; está elevada à condição de garantia constitucional (CF, art. 51, inc. XXXVI). Ao instituto da coisa julgada, escreveu *Liebman*, pertence ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional, o que revela o acerto com que agiu o constituinte brasileiro[11].

Esta constância do resultado, a estabilidade que torna a sentença indiscutível para sempre entre as partes, impedindo que os juizes dos processos futuros novamente se pronunciem sobre aquilo que fora decidido, é o que se denomina coisa julgada material [12]".

"A coisa julgada é qualidade da sentença e de seus efeitos, e não efeito da sentença. Consiste, pois, em uma qualidade: a imutabilidade da sentença e seus efeitos, ou seja, a autoridade, e resulta dessa imutabilidade [13]".

Portanto, o respeito à coisa julgada é nota típica dos países civilizados, sendo instituto já conhecido na antigüidade, estudado na idade média e rigorosamente observado nos tempos modernos [14].

Consagrada na Constituição como verdadeira garantia do cidadão (art. 5º, XXXVI), a coisa julgada e seus atributos (imutabilidade, imperatividade, estabilidade e definitividade) assim como seus efeitos (p. ex: panprocessuais e preclusivos), baseia-se na exigência social de segurança nas relações jurídicas [15].

Vestidas de novas roupas, sob a denominação equívoca de relativização ou, para usarmos uma palavra ainda mais na moda, flexibilização, eis que ressuscitam estudiosos e legisladores as chamadas "exceções contra a coisa julgada", enterradas e esquecidas pelos séculos XIX e XX.

Com efeito, na Alemanha Imperial alguns juristas sustentaram, sem êxito, o sacrifício da autoridade da coisa julgada por razões de ordem moral e de eqüidade. Ações e incidentes poderiam ser utilizados para esgrimir contra a coisa julgada. Essa teoria não encontrou eco na Alemanha e na Itália, sendo, então, sepultada[16].

---

(11) *Egas Moniz de Aragão*. "Sentença e Coisa Julgada". Edit. Aide, Rio de Janeiro, 1992, pp. 217-8).

(12) *Ovídio Baptista da Silva*. "Curso de Processo Civil". Vol. 1, p. 416, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987).

(13) *Coqueijo Costa*. "Direito Judiciário do Trabalho". Forense, Rio de Janeiro, p. 390, 1978.

(14) Nos EUA, todavia, essa imutabilidade da coisa julgada pode ser superada em determinadas circunstâncias, contrariamente ao que ocorre nos países cujo direito é de origem romano-germânica, como França, Itália, Espanha, Portugal, Áustria, Alemanha e países da América Latina. (*Millar*. "The historical relation of Estoppel by Record to res judicata", in Illinois Law Review, 1940, pp. 41-57 e *Mary Kay Kane*, Civil Procedure, ST Paul (Minn), West Publishing, 1993, em coop. com. *Jack H. Friedenthal* e *Arthur R. Miller* e Civil Procedure, pp, 40 ed., St Paul (Minn), West Publishing, 1996).

(15) *Chiovenda* (ob. cit., p. 447); *J. Carbonnier*, "Droit Civil", 1, Introduction, PUF, 250 ed., 1997, n. 190 et 192 e *Coqueijo Costa* (ob. cit., p. 389). As palavras deste último merecem ser lembradas: "A coisa julgada é uma exigência de ordem social, política, prática, posto ser necessário dar solução a situações de incerteza, devendo prevalecer uma delas, a fim de que haja certeza nas relações jurídicas".

(16) *Allorio* (*ob. cit.*, p. 160) e Lipari (*Allorio*, p. 160).

Aliás, essas indagações sobre a coisa julgada em relação às sentenças possivelmente injustas é, em verdade, bem mais antiga.

Bartolo[17], no século XIV, já discutia o tema, dizendo que em alguns casos a sentença revela a própria verdade (inducit ipsam veritatem), mas em outros "non facit hoc, sed perinde habetur ficte ac si esset" (não faz isso porém é igualmente tida, fictamente, como se fosse verdade).

Savigny, bem depois, também se debruçou sobre o assunto, sustentando que a coisa julgada consistiria em uma "verdade fictícia atribuída à sentença" que vincularia novos juízes[18].

A verdade é que na atividade jurisdicional, o erro e a injustiça são riscos do dia a dia, porque prestada por seres humanos. *Ugo Rocco* registra com precisão esse aspecto:

> *"O Estado presta sua atividade jurisdicional, declarando o que é direito no caso concreto; presta-a do melhor modo possível, cercando-se de todas as garantias plausíveis; admite em algumas vezes a possibilidade de erro, porque, apesar de tudo, os meios do conhecimento humano são imperfeitos; após essas garantias, depois de sucessivos reexames, afasta a hipótese do erro, que, do ponto de vista do direito, não existe mais*[19]*".*

Alfonso Catania é do mesmo parecer: "A auctoritas non veritas facit legem: a sentença vincula as partes não porque seja expressão da verdade ou da justiça mas porque o legislador atribui à sentença, se passada em julgado, o caráter de escolha definitiva e definitivamente obrigante[20]".

No Brasil, *Moniz Aragão*[21], endossa a conclusão dos mestres italianos quando leciona que "o processo visa à solução do litígio e em dado momento há de ser tido como ultimado; nesse momento definido pela lei formar-se-à a coisa julgada; estará assegurando a ambas as partes o bem (a res) sobre o que versa a disputa.

Essa também é a lição que se colhe na doutrina francesa: "Ce qui donne ao jugement sa pleine valeur (...), ce n'est pas d'être conforme à la verité absolue (où est la verité?), c'est d'être revêtu par l'État d'une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu'il faut une fin aux litiges (...). Le litige (dè lors que les voies de recours sont épuisées) est vide, tranche une fois pour toutes, ce que garantit stabilité, sécurité e paix entre les hommes[22]".

---

(17) *Giovanni: Pugliese*, "Res iudicata pro veritate accipitur", *apud* Moniz Aragão, p. 204.
(18) *Moniz Aragão*, ob. cit., p. 204.
(19) "Tratatto"..., *apud Moniz Aragão*, p. 207.
(20) *Apud Muniz Aragão*, p. 207.
(21) Ob. cit., p. 207.

O ideal seria que as sentenças correspondessem à verdade, concedendo apenas o que devido, sem afronta alguma à lei, à idéia de justiça e aos mandamentos constitucionais. Todavia, por ser obra humana, por conseguinte falível, nem sempre esse escopo é alcançado. No entanto, certas ou erradas, justas ou injustas, conforme os preceitos vigentes ou não, quando cobertas pela coisa julgada deve cessar qualquer questionamento a seu respeito, sob pena de eternização da lide, o que só faz piorar o descrédito que as instituições judiciais e jurídicas gozam no seio da sociedade.

Por isso, deve prevalecer a segurança, trazida pela estabilidade da autoridade emprestada à coisa julgada, imprescindível à vida dos direitos e ao comércio jurídico. A tranqüilidade social não condiz com a incerteza acarretada pela possibilidade de se reabrir discussões sobre a *res judicata*[23].

3 — A POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO § 5º, DO ART. 884, DA CLT

O Executivo, adotando em parte a orientação revisionista da coisa julgada, formulou regra autorizando a desconsideração do título judicial, fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Essa tomada de posição se fez através dos arts. 9º e 10º da Medida Provisória (n. 2.180/01) que acrescentou um parágrafo ao art. 884 da CLT (§ 5º) e ao art. 741, do CPC (parágrafo único). Os referidos preceitos tratam dos embargos do devedor contra título judicial (sentença e conciliação judicial)[24].

Presentes as hipóteses mencionadas na Medida Provisória, a coisa julgada não seria obstáculo a que fosse afastada a exeqüibilidade do título judicial.

Em suma, ter-se-ia a relativização da coisa julgada sempre que esta fosse "inconstitucional" (sic!).

Antes de abordamos a "coisa julgada inconstitucional", cabe indagar se a Medida Provisória que a consagrou não é, por sua vez, inconstitucional.

---

(22) *J. Carbonnier*, ob. cit., n. 190 e 192. Nesse sentido: *Loïc Cadiet*, ob. cit., p. 625.

(23) "O princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da confiança e da segurança inerentes ao Estado de direito" (*José Joaquim Gomes Canotilho*, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Coimbra, Almedina, 4ª ed., p. 985).

(24) O art. 884, da CLT, passa a vigorar acrescido do seguinte § 5º: "Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal".

O art. 741, do CPC, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: "Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal".

Isso porque não poucos juristas vislumbram afronta aos requisitos da Magna Carta no tocante à expedição de Medidas Provisórias, além de afronta direta à Constituição por desrespeito ao mandamento que agasalha a intangibilidade da coisa julgada.

No aspecto formal, cabe a indagação acerca da possibilidade de inovação processual veiculada através de medida provisória[25]. Na ADI 1910-1, J. 22.04.99, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo suspendeu a eficácia de norma processual levada a efeito por medida provisória, já se antecipando à Emenda Constitucional n. 31/2001 que vedou, taxativamente, a edição desses expedientes legislativos em matéria processual[26], para evitar os abusos cometidos nessa área. Recorde-se que o Executivo estava a legislar diariamente, em desrespeito ao Poder Competente e, pior ainda, de maneira casuística e arbitrária.

No plano do requisito formal da urgência, também assaz duvidosa, emerge (ou submerge?) a constitucionalidade dos arts. 9º e 10º da Medida Provisória 2.180/01.

José Augusto Rodrigues Pinto[27] e *Estêvão Mallet*[28] denunciam a absoluta ausência desse requisito. A matéria poderia perfeitamente aguardar o trânsito normal do processo legislativo, até porque não vinha sendo alegada nos pretórios trabalhistas, sequer havendo debates doutrinários a seu respeito [29].

Em verdade, o que ocorreu foi, conforme registra *Rodrigues Pinto*[30], uma manobra de última hora, pois já era notório que a Emenda 32 viria coibir a expedição de medidas provisórias exorbitantes, sem relevância ou destituídas da urgência exigida pelo art. 62 da CF. Por isso, o Executivo de então expediu a malsinada regra, criando embaraços para quem já contava com a satisfação do seu crédito, em razão da eficácia preclusiva operada pela coisa julgada quanto às controvérsias possíveis sobre a lide (art. 474 do CPC).

Outrossim, não custa ressaltar a circunstância de que a Constituição, em momento algum deixou ao puro arbítrio do Presidente da República a expedição da Medida Provisória[31]. Muito ao contrário, em razão

---

(25) Ponto bem lembrado por *Eduardo Talamini*, "Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade" (CPC, art. 741, parágrafo único), Repro 106, São Paulo, Editora RT, 4.6.02, p. 40.

(26) Apesar da Emenda aludir apenas ao processo penal e civil, há de ser considerada qualquer modalidade do direito processual, até porque no campo do direito processual civil *lato sensu* está inserido também o processual do trabalho.

(27) "A autoridade da coisa julgada diante da Medida Provisória n. 2.180/01", Revista LTr, São Paulo, vol. 66, 06/02, pp. 647-654).

(28) "A dupla inconstitucionalidade do § 5º, do art. 884, da CLT", Revista LTr, São Paulo, vol. 66, 02/02, pp. 151-157.

(29) *Mallet* (ob. cit., pp. 151-2).

(30) Ob. cit., p. 654.

(31) Ob. cit., p. 152.

da excepcionalidade das medidas provisórias, apenas em casos extraordinários, quando presentes a urgência e relevância, serão válidos tais expedientes[32].

Na afronta à coisa julgada igualmente se baseia a tese pela inconstitucionalidade do § 5º, do art. 884, da CLT e seu equivalente no CPC.

A coisa julgada não pode ser atingida por decisão posterior, seja qual for o seu teor. Isso é da essência deste instituto que cobre e sepulta questionamentos e impugnações de toda ordem (art. 474 do CPC).

Deste modo, possíveis alegações de afronta à lei, inclusive à Constituição (Lei Maior), não podem ser renovadas ou oferecidas pela primeira vez em sede de execução [33].

Aliás, não procede o subterfúgio utilizado pelo legislador quando tenta, em vão, contornar o instituto sob estudo, permitindo o ataque direto à exequibilidade (exigibilidade) do título, esquecendo que os efeitos condenatórios e executivos já estão cobertos pela coisa julgada, que tem justamente como uma de suas características a imutabilidade dos efeitos da sentença[34].

Mais uma vez, lembramos que o art. 5º, XXXVI, da CF, dispõe ser impossível à lei atingir a coisa julgada, operando efeito retroativo[35]. E o § 5º, do art. 884, da CLT, acrescido pela Medida Provisória n. 2.180/01, é mera norma ordinária. Destarte, o mandamento constitucional que assegura a coisa julgada não pode ser desautorizado por esse dispositivo de hierarquia inferior[36].

A regra protetora da coisa julgada passa ao largo inclusive da declaração de inconstitucionalide superveniente[37]. Nem se argumente com a eficácia *ex tunc* da declaração, pois tal conseqüência nem sempre ocorre como deixa claro o art. 27 da Lei n. 9.868/99 [38].

---

(32) *Mallet* (ob. cit.).

(33) *Mallet* (ob. cit., pp. 155).

(34) *Mallet* (ob. cit., pp. 156).

(35) "É peremptória a dicção constitucional de que "a lei não prejudicará a coisa julgada" e isso não permite tradução diversa de que a lei nova não terá eficácia contra coisa julgada formada antes de sua vigência". *Rodrigues Pinto*, ob. cit., p. 156, destaque do autor.

(36) *Rodrigues Pinto*, ob. cit., p. 653.

(37) "... é assente no Supremo que a eficácia retroative da declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de automaticamente desconstituir a coisa julgada das sentenças pretéritas que aplicaram a norma declarada incostitucional" (*Talamini*, ob. cit., p. 47). Assim, a desconstituição da coisa julgada está condicionada ao ajuizamento de ação rescisória. Passado o seu prazo, nenhum remédio processual poderá ser ministrado.

(38) Tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o STF, de acordo com o art. 27 da Lei n. 9.868/99, está autorizado a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Hoje a tendência é justamente limitar essa retroatividade[39]. E a coisa julgada é justamente uma das circunstâncias em que o reconhecimento desse vício não opera efeitos retroativos[40].

4 — ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO ART. 884, § 5º, DA CLT

Caso afastada a inconstitucionalidade da Medida Provisória 2.180, caberia, nem que fosse a título de ilustração, delimitar o seu campo de aplicação legal da regra da relativização parcial da coisa julgada, abraçada pelo art. 884, § 5º, da CLT e pelo 741, parágrafo único, do CPC.

Em primeiro lugar, merece ser destacado que esses dispositivos pressupõem a existência de pronunciamento do STF, seja na declaração, seja na aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição[41]. Com efeito, os aludidos preceitos devem ser interpretados de modo sistemático, tendo em conta que incumbe ao STF a palavra final em sede de inconstitucionalidade, pois qualificado a proferir decisões com eficácia *erga omnes* [42].

Dessa conclusão chega-se a outra: o mero incidente de inconstitucionalidade não é apto a ensejar os embargos com fundamento no § 5º, art. 884, da CLT e no parágrafo único, do art. 741, do CPC [43].

É imprescindível que a decisão seja do E. STF *em declaração decorrente de ação direta de inconstitucionalidade*, porque quando esse vício é reconhecido apenas em controle difuso, mesmo quando a última decisão neste sentido seja do STF, inexiste eficácia *erga omnes* e força vinculante[44].

Como é notório, ao verificar a inconstitucionalidade do preceito legal na análise do caso concreto, o Supremo não exclui a regra do ordenamento jurídico, nem suspende ou cassa os seus efeitos.

---

(39) Em algumas oportunidades o STF, antes da edição da Lei n. 9.868, teve ocasião de manter efeitos pretéritos de leis consideradas inconstitucionais, que haviam concedido ou aumentado a remuneração de servidores (RE 122.202 — MG 2ª T, rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.8.93, DJU 6.4.94). Assinala *Talamini* (ob. cit., p. 46) que nos próprios Estados Unidos, onde prevaleceu de modo tão marcante a tese da nulidade e da ineficácia absolutas da lei inconstitucional, a jurisprudência veio a reconhecer a necessidade de mitigação daquele entendimento, para que outros valores igualmente relevantes fossem resguardados. Em vários momentos, os tribunais americanos limitaram o efeito *ex tunc*, que o equivocado e inconstitucional § 5º, do art. 884, da CLT insiste em reafirmar.

(40) Na Espanha (art. 161, n 1, a) e em Portugal art. (282, 1 e 3) a própria Constituição exclui as sentenças transitadas em julgado dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Na Itália, conforme nos informa *Mallet* (ob. cit., p. 156), a preservação da coisa julgada se faz na jurisprudência da Corte Constitucional.

(41) *Talamini* (ob. cit., p. 57).

(42) *Ibid.*

(43) *Talamini* (ob. cit., 62).

(44) *Ibid.*

Esse papel pertine ao Senado (art. 52, X, da CF), que não tem prazo para fazê-lo. Aliás, sequer está obrigado a isso, podendo simplesmente se recusar a "suspender a norma[45]".

De resto, como adverte *Talamini*, pretender que decisões, ainda que do Supremo, possam ignorar ou desfazer a coisa julgada; é ir longe demais com um expediente, que por si só, é por demais discutível [46] [47].

No tocante às hipóteses da aplicação ou interpretação em desacordo com a Constituição Federal, importante é destacar que se referem às técnicas trazidas pela Lei n. 9.868/99 (art. 28, parágrafo único) em sede de controle de constitucionalidade.

Assim é que na "declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto", com eficácia *erga omnes* (art. 28, parágrafo único), o STF assegura a integridade da norma controvertida, mas deixa claro ser inconstitucional determinado alcance ou sentido do texto legal.

Na interpretação conforme à Constituição, o STF aponta o sentido que deve ser dado ao dispositivo para que não desrespeite a Carta Magna. Disso resulta que qualquer outro fica terminantemente afastado, por incompatibilidade com a Constituição. A interpretação do STF ganha eficácia *erga omnes* e força vinculante se adotada em ações de controle direto (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99).

Por fim, no que concerne ao campo de aplicação do § 5º, do art. 884, da CLT, talvez seja oportuno lembrar o "óbvio ululante": os títulos judiciais que já gozavam da autoridade da coisa julgada antes da edição da Medida Provisória 2.180 estão fora do âmbito de incidência desse diploma.

O inciso XXXVI, da CF, mencionado neste estudo em diversas passagens, reza que a "lei não prejudicará a coisa julgada". Por conseguinte, não poderá gerar efeitos retroativos. Adverte *Carlos Maximiliano* que as leis "aplicam-se aos fatos e atos presentes e futuros; mas não produzem efeito retroativo". "A lei olha para diante, não para trás[48]".

Note-se que essa posição está em consonância com a doutrina e a jurisprudência, inclusive do STF, sobre a aplicação no tempo de lei processual. A lei nova está obrigada a respeitar a coisa julgada, operando segundo o regramento vigente à época em que passada em julgado a sentença. Assim foi solucionada a questão acerca do aumento de casos de rescindibilidade da sentença, quando do advento do CPC de 1973[49].

---

(45) O que efetivamente ocorreu após o julgamento do RE 150.764 — PE.

(46) Ob. cit., p. 63.

(47) *Talamini* citando o Ministro *Gilmar Mendes*, defende a posição de que a desconsideração da "coisa julgada inconstitucional" só restará autorizada no controle incidental se o Senado retirar efetivamente a norma do ordenamento (ob. cit., pp. 63 e 66).

(48) *Carlos Maximiliano*. ("Comentários à Constituição Brasileira" — 1946, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, vol. 3, p. 44).

(49) Confira-se: *Galeno de Lacerda*. "O novo direito processual civil e os efeitos pendentes", Rio de Janeiro, 1974, Forense, cap. V, p. 56; *Theotônio Negrão*, "Código de processo civil, Legislação processual em vigor", 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, nota 8 ao art. 1211 e *Talamini* (ob. cit., pp. 77-8).

Encerrando esse item, registro que a regra do § 5º, do art. 884, da CLT se refere à desconsideração da coisa julgada tida por inconstitucional ou incompatível com a Constituição. De sorte que se o inverso acontece — a coisa julgada se funda na inaplicabilidade de lei ordinária considerada inconstitucional pelo juízo prolator da sentença, posição contrariada por jurisprudência posterior — não há que se falar em embargos para discutir a inexegibilidade do título, pois nenhum vício nele existe. É justamente a situação das execuções e sentenças condenatórias relacionadas aos planos econômicos Bresser e Collor (URP e IPC).

5 — AÇÕES AUTÔNOMAS E INCIDENTES FUNDADOS NA ARGÜIÇÃO DE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Tanto a CLT como o CPC, com a redação emprestada pela Medida Provisória 2.180, limitam aos embargos à execução a argüição da inexeqüibilidade do título por inconstitucionalidade da coisa julgada.

De sorte que despropositada e tardia há de ser qualificada a ação ajuizada após o momento assinalado para os embargos, a fim de suprir sua omissão.

Seria permitir que o executado desrespeitasse o sistema de defesa na execução forçada, tornando o prazo e a ação de embargos uma inutilidade, com o grave desvirtuamento do sistema legal[50].

O mesmo quadro de ilegalidade teremos quando o executado embargar, mas não argüir o vício de inconstitucionalidade do título, por "cochilo" ou porque naquela oportunidade a Medida Provisória 2.180 ainda não havia sido editada [51].

Outrossim, parece-me incabível da argüição da inconstitucionalidade da coisa julgada através de exceção ou objeção de pré-executividade[52]. Primeiro, porque essa alegação está adstrita pelo legislador aos embargos do devedor (art. 884, § 5º, da CLT e 741, parágrafo único, do CPC). Segundo, por que sendo questão de fundo, dependente de iniciativa da parte, não se enquadra na moldura da pré-executividade. Esta, em princípio, compreende apenas matérias de cunho processual, conhecíveis de ofício [53].

---

(50) Este é o parecer de *José Alonso Beltrame*. Lembra o ilustre processualista que a oposição de ação autônoma, após decorrido o prazo para embargos à execução, traduz a reabertura de "efeitos que já se tornaram impossíveis pela preclusão" ("Dos Embargos do Devedor". 2ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 134, 1983).

(51) A propósito, o STJ já se pronunciou: "Sendo a preclusão a perda de uma faculdade ou de direito subjetivo processual, inadmite-se a rediscussão de matéria sepultada em decorrência da reconhecida intempestividade dos embargos do devedor" (cf. ITARS, 75: 251; RJTA MG, 53: 187, *in Theotônio Negrão*, "Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor (anotado)", 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 502-8).

(52) Assim também conclui *Talamini*: "especialmente em relação ao título executivo acobertado pela coisa julgada, o fundamento previsto no parágrafo único do art. 741, do CPC, deve ser em regra matéria de embargos, e não de objeção dentro do processo executivo" (p. 74).

(53) Confira-se nosso artigo "Execução Trabalhista: Temas Atuais e Polêmicos", Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre, v. 20, n. 234, pp. 7-21, junho/ 2003.

Por fim, considero um despropósito sem tamanho aceitar-se que uma mera alegação, lançada no curso da execução, possa ter a força de apagar do mundo jurídico a coisa julgada. É levar muito longe a discutível ideologia da relativização da coisa julgada. Penso que nem os seus apologistas chegariam a tanto!

6 — CONCLUSÕES

1) Ganha corpo na ciência processual e na jurisprudência postura ideológica de privilegiar o devedor em detrimento do credor, da coisa julgada e do título executivo. Incidentes de toda ordem são admitidos para obstar a execução. Nesse quadro, destacam-se as exceções de pré-executividade, para discutir matéria de mérito, cautelares e medidas de antecipação de tutela em sede de rescisória, ações declaratórias e anulatórias de título executivo e, última "novidade", a relativização da coisa julgada;

2) A coisa julgada, instituto constitucional, é fundamental para a segurança jurídica inerente ao Estado de Direito. Assegurar a sua observância é imprescindível ao atendimento dos princípios da efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, cada vez mais ameaçados pelos modismos processuais e por posições paternalistas em prol de devedores contumazes, freqüentemente empresas e empresários de grande capacidade econômica e financeira, sem falar na Fazenda Pública que nem sempre se distingue como boa pagadora;

3).A relativização da coisa julgada não é outra coisa que não a velha e surrada tese em defesa das "exceções contra a coisa julgada", enterradas e esquecidas pelos séculos XIX e XX;

4).O Executivo, adotando a tese da relativização da coisa julgada, expediu a Medida Provisória 2.180/01, incluiu nos artigos 884 da CLT e 741 do CPC, parágrafos que autorizam a desconsideração daquele instituto quando a sentença for contrária à Constituição. Sucede que a Medida Provisória 2.180/01, neste particular, sofre de inconstitucionalidade formal, vez que não observados os requisitos formais para sua edição, e material, por afronta direta à Constituição;

5).Mesmo que afastada a inconstitucionalidade da Medida Provisória 2.180/01 e dos parágrafos 51 do art. 884, da CLT e único do art. 741, do CPC, a alegação da "coisa julgada inconstitucional" deve observar os seguintes parâmetros:

a) A alegação da matéria há de ser feita quando dos embargos à execução do devedor, conforme disposto em lei. Incabível qualquer alegação fora desse momento. Ações declaratórias de anulação, embargos à arrematação ou adjudicação, exceções e objeções de pré-executividade, e o que se queira mais inventar, reclamam do juiz o indeferimento sumário;

b) Apenas do pronunciamento do STF, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, poder-se-á falar em declaração, aplicação ou interpretação da Constituição aptas a ensejar o remédio extraordinário dos embargos para obter o afastamento da coisa julgada;

c) A coisa julgada formada antes do advento da Medida Provisória 2.180 resta preservada, passando ao largo da incidência desse diploma;

d) Se a coisa julgada se funda na inaplicabilidade de lei ordinária, considerada inconstitucional pelo Juízo prolator em controle incidental e difuso, apesar de posteriormente a jurisprudência se firmar em sentido contrário, não há espaço para os embargos fundados no § 5º, do art. 884, da CLT. Isso porque esse preceito trata justamente da hipótese contrária.

DIREITO E ECONOMIA: MARX, ALTHUSSER E OS DESAFIOS DA SOCIEDADE CAPITALISTA NA ERA PÓS-INDUSTRIAL

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO(*)

I. INTRODUÇÃO

O filósofo estruturalista francês *Louis Althusser* fascinou os estudantes da década de sessenta ao consolidar as bases teóricas do marxismo, imprimindo unidade à reflexão marxista e desenvolvendo a idéia das *ideologias* como instrumento da superestrutura capitalista(1). Exerceu, com suas teses, profunda influência no movimento estudantil francês de março de 1968.

Althusser reconheceu, na obra de *Marx*, duas fases distintas de seu trabalho teórico: uma primeira fase dialeticamente incipiente, desenvolvida até 1845, e outra, iniciada nesse ano, efetivamente materialista e científica, dialética e revolucionária. Congregando com outros grandes nomes da épo-

---

(*) Guilherme Guimarães Feliciano é juiz do Trabalho (15ª Região — Campinas/SP), professor universitário (Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté) e doutorando 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 (IBCCrim) 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-chefe entre 1997 e 2002. Autor de monografias jurídicas (*Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, LTr, 2000; *Informática e Criminalidade*, Nacional de Direito, 2001; *Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho*, LTr, 2001). Palestrante e articulista em Direito Penal e Direito e Processo do Trabalho. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

(1) Cfr. www.pfilosofia.pop.com.br/03_filosofia/03_06_enciclopedia/althusser.htm (acesso em 19.10.2003). Na análise da obra marxista, suas obras-primas foram *"Pour Marx"* ("Em defesa de Marx"), de 1965, e *"Lire Le Capital"* ("Para ler o Capital"), de 1964-1965, com J. Rancière e P. Macherey. Dissecando a estrutura das ideologias, desenvolveu a *Teoria dos Aparelhos Ideológicos do Estado* (A.I.E.). Publicou, ainda, *"Lénine et la philosophie"* ("Lênin e a filosofia"), de 1969, que influenciou sobremodo os movimentos estudantis do final dos anos sessenta.

ca, como *Claude Lévi-Strauss*, *Michel Foucault*, *Roland Barthes* e *Jacques Lacan*, Althusser rejeitou o humanismo e pugnou por um autêntico *socialismo científico*.

Para *Althusser*, *"por trás dos jogos de seu Aparelho Ideológico de Estado político, que ocupava o primeiro plano do palco, a burguesia estabeleceu como seu aparelho de Estado n. 1, e portanto dominante, o aparelho escolar, que, na realidade, substitui o antigo aparelho ideológico de Estado dominante, a Igreja, em suas funções. Podemos acrescentar: o par Escola-Família substitui o par Igreja-Família"*[2]. Com isso denunciava a penetração ideológica nos centros de formação (que alcança todas as classes sociais, *"desde o Maternal"*[3] até o nível universitário e pós-universitário). Mais além, apontava que *"todos os aparelhos ideológicos de Estado, quaisquer que sejam, concorrem para o mesmo fim: a reprodução das relações de produção, isto é, das relações de exploração capitalistas"*[4], identificando entre esses aparelhos ideológicos o próprio Direito, *"pertencente ao mesmo tempo ao Aparelho (repressivo) do Estado e ao sistema dos AIE"*[5] (*i.e.*, dos Aparelhos Ideológicos de Estado), que compõem a *"superestrutura jurídico-política e ideológica"* que assegura aquela reprodução[6].

Neste trabalho, pretendemos demonstrar, a partir do pensamento marxista e dos estudos ideológicos de *Louis Althusser* — especialmente da teoria dos A.I.E. — como a ideologia econômica dominante influencia a formação, a aplicação e o ensino do Direito universal contemporâneo.

II. O DIREITO NA SOCIEDADE CAPITALISTA PÓS-INDUSTRIAL.

Historiadores e cientistas sociais confrontam teses a respeito da *denominação* e das *características socioeconômicas* que melhor definem a sociedade contemporânea no limiar do século XXI. Domenico de Masi e sua escola referem-se à *sociedade pós-moderna*, cuja principal característica seria a própria *globalização* (*"lato sensu"*), definida como *"uma tendência perene do homem, de explorar e depois colonizar todo o território que ele pensa que exista, até construir uma única aldeia"*[7], e estribada em oito impulsos ou formas de globalização:

---

(2) *Louis Althusser*, "Os Aparelhos Ideológicos de Estado: Notas sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado", trad. Walter José Evangelista, Maria Laura Viveiros de Castro, 8ª ed., Rio de Janeiro, Graal, 2001, p. 78. Cfr. também http://e.terranova.sites.uol.com.br/094.htm (acesso em 19.10.2003).

(3) "Os Aparelhos Ideológicos de Estado", p. 79. Observe-se que Althusser não referiu explicitamente, nessa obra, o ensino universitário (e tanto menos o ensino jurídico), concentrando-se no aspecto da formação ideológica das *crianças* nas escolas.

(4) *Idem*, p. 78.

(5) *Idem*, p. 68, nota n. 9. Ao lado do aparelho jurídico, Althusser cita ainda os A.I.E. religiosos (o sistema das diferentes igrejas), o familiar, o político (sistema político-partidário e diferentes partidos), o sindical, o de informação (imprensa, rádio, televisão etc.), o cultural (Letras, Belas Artes, esportes etc.) e o escolar, já reportado *supra*.

(6) *Idem*, p. 73.

(7) *Domenico de Masi*, "O Ócio Criativo: entrevista a Maria Serena Palieri", trad. Léa Manzi, 2ª ed., Rio de Janeiro, Sextante, 2000, p.136.

a. a tendência humana de descobrir, conhecer e mapear o planeta e o universo (primeiro impulso — globalização intuitiva);

b. a predisposição ao *escambo*, ou troca de mercadorias, num raio cada vez mais amplo, até alcançar a totalidade do mundo conhecido (segundo impulso — globalização cambiária);

c. a tentativa de colonizar materialmente os povos limítrofes e, após, também os povos mais distantes, até englobar o planeta inteiro (terceiro impulso — globalização geográfica);

d. o propósito de invadir todos os mercados com as próprias mercadorias (quarto impulso — globalização comercial);

e. o propósito de invadir o mundo conhecido com as próprias idéias (quinto impulso — globalização cultural);

f. o propósito de expandir o raio de ação dos próprios capitais, da própria moeda, das próprias fábricas (sexto impulso — globalização econômica).

A par disso, verifica-se, na virada do século, a pujança política, bélica e econômica de uma potência — os Estados Unidos da América — que praticamente governa o planeta e se propõe a colonizar outros povos e regiões (como se viu, *e.g.*, nos episódios do Afeganistão e do Iraque), a ponto de instar populações de diversa origem e tradição à imitação do paradigma cultural e político norte-americano (igualdade formal entre homens e mulheres, Estado laico, sistema de governo republicano, constitucionalismo etc.). Com isso, "pela primeira vez estas várias formas de globalização estão co-presentes e potencializam seus efeitos reciprocamente. E pela primeira vez a estrada da unificação política e material é aplanada pelos meios de comunicação de massa e pelas redes telemáticas"[8]. O universalismo e o ecumenismo impõem-se a todos as aspectos da sociabilidade, "da criminalidade ao cartão da American Express, do vestuário aos perfumes, das batatinhas fritas ao design, dos remédios aos combustíveis"[9]. Eis o sétimo impulso da globalização: a *globalização colonizadora*. E, ao lado dela, Mais identifica uma oitava forma de globalização, dita *psicológica*:

> "Despertamos todos os dias com um rádio-relógio que dá as notícias do mundo todo. Tomamos banho debaixo de um chuveiro cujas torneiras são alemãs e com um sabonete francês. Vamos para o trabalho com um carro cujo design foi feito na Itália, mas cujas peças provêm de vários países, como o Japão e a Coréia. (...) Tudo isso provoca uma certa vertigem de onipotência, mas revela também a nossa fragilidade humana, jogando trabalhadores, empreses, homens políticos e os Estados numa competição cada vez mais opressiva entre concorrentes sempre mais numerosos e astutos, com o perigo crescente de perder aquilo que está em jogo"[10].

(8) *Idem*, p.137.
(9) *Idem, ibidem.*
(10) *Idem*, pp.137-138.

Em outras palavras, a sociedade globalizada aprimorou, potencializou e consumou o elemento mais peculiar do sistema capitalista de produção: a competição[11]. Desse modo, fez eclodir, com intensidade sem precedentes, uma série de consectários sociológicos inerentes à reificação do ser humano no contexto das relações de mercado: a *exclusão social*, a *má distribuição de renda*, os *exércitos de reserva* e, conseqüentemente, a *violência*. Não por outra razão, há uma especial inquietude que tem sido apontada, por filósofos e sociólogos contemporâneos[12], como uma nota característica do homem pós-moderno. "Pós-moderno"?

Entendemos, com *Eros R. Grau*, que o vocábulo "pós-moderno" evoca uma *concepção*, mas não um *conceito* cientificamente seguro. Para *Grau*, o referido termo

> "é ambíguo, resultando inúmeras vezes pernicioso o seu manejo, sobretudo na medida em que dá lugar ao uso, pelos intelectuais, de expressão dele derivada — "pós-moderno" — que a um só tempo tudo e nada pode significar".

O autor acrescenta que

> "a certos intelectuais encanta o hermetismo, que lhes confere a *aparência* de sábios. O emprego de vocábulos e expressões herméticas, cujo significado não é jamais comunicado explicitamente aos destinatários dos discursos onde elas comparecem, confere enorme poder aos que as pronunciam. A generalidade das pessoas imediatamente passa a dedicar profunda deferência e respeito aos que pronunciam palavras e expressões incompreensíveis. E assim prosseguem seu desfile, garbosamente, os "intelectuais"... Evidentemente

(11) Cfr. *Karl Marx*, "Terceiro Manuscrito (propriedade privada e comunismo)", *in Os Pensadores*, trad. José Carlos Bruni, São Paulo, Abril Cultural, 1974, v. XXXV, p.13: "O pensamento de toda propriedade privada enquanto tal volta-se, *pelo menos*, contra a propriedade privada *mais rica* como inveja e desejo de nivelação, de maneira que estes constituem até a essência da concorrência". Adiante, em termos mais econômicos (que justificam a competição desenfreada entre homens): "Quando a economia política afirma que a oferta e a procura se equilibram mutuamente, está ao mesmo tempo esquecendo que, segundo sua própria afirmação, a oferta de *homens* (teoria da população) excede sempre a procura, e que, portanto, a desproporção entre a oferta e a procura encontra sua expressão mais decisiva no resultado essencial de toda a produção — a existência do homem" (p. 27). Vê-se aí, ainda, a *coisificação* (= reificação) do ser humano na teoria política liberal.

(12) Cfr., por todos, José Ortega y Gasset, *Sobre la razón histórica*, 2ª reimpresión, Madrid, Alianza, 1997, v. XII, pp. 215-219 (sobre o homem em geral): "a vida não é um *factum*, mas um *faciendum*, o que há que fazer não é um substantivo, mas um gerúndio". Quanto o homem percebe o seu futuro ameaçado por fenômenos como a exclusão social, o desemprego e a violência, a sua percepção da vida — que é constante inquietude (positiva) e movimento — torna-se precária e a sua visão de mundo infesta-se com apreensões e inquietudes negativas. No mesmo sentido, cfr. ainda Eric Hobsbawn, *Era dos Extremos: o breve século XX*, trad. Marcos Santarrita, 2ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 537 (sobre o homem do fim-de-século): "Enquanto tateavam o caminho para o terceiro milênio em meio ao nevoeiro global que os cercava, os cidadãos do *fin-de-siècle* só sabiam ao certo que acabara uma era da história. E muito pouco mais". Nada mais inquietante.

não estou a desprezar o emprego do vocábulo *pós-moderno, in genere*; nem a prática de seu uso nos discursos dos intelectuais. Mas por certo provoca irritação (ao menos em mim) aquele desfile de falsos profetas, urdidos em pura *aparência* de saber".

Por fim, arremata:

"Enquanto não convencionado o significado conceitual de 'pós-moderno', *em cada discurso*, todos os discursos serão vazios de significação. Não basta, ao ouvi-los, considerarmos esta ou aquela manifestação (*concepção*) de 'pós-moderno'. Necessitamos do *conceito*, não de uma *concepção* de 'pós-moderno'"[13].

A expressão "pós-moderno" soa-nos, de fato, exageradamente anódina. Por essa razão, preferimos designar a sociedade hodierna como *sociedade pós-industrial*, com vistas àquilo que, para nós, é a sua maior característica: a substituição do *capital industrial* (da sociedade industrial), sobretudo no mecanismo das relações econômicas internacionais, pelo *capital financeiro*. Nesse sentido, é elucidativa a leitura econômica de Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo (desenvolvida após o autor considerar as flutuações das taxas de câmbio, a volatilidade das taxas de juros e a crescente mobilidade dos capitais de curto prazo durante a década de oitenta):

"É neste ambiente de instabilidade financeira e 'descentralização' do sistema monetário internacional que ocorrem as transformações financeiras conhecidas pelas designações genéricas de *globalização, desregulamentação* e *securitização*. [...] Estas transformações foram amadurecendo ao longo de um período de crescimento interrompido por recessões relativamente suaves e por intervenções 'anti-cíclicas' dos governos. Daí duas conseqüências importantes podem ser assinaladas: a) foram evitados os processos agudos de desvalorização de dívidas (*debt deflation*); b) a partir de 1975 cresceu proporcionalmente o peso e a importância da dívida pública americana na composição dos portfólios privados"[14].

A *globalização*, na esfera financeira, correspondeu à generalização e à supremacia dos *mercados de capitais* (capital financeiro) em substituição à dominância anterior do sistema de créditos bancários (capital produtivo), conformando-se a teoria dos "mercados eficientes" (pela qual todas as informações relevantes sobre os *fundamentals* da economia estariam disponíveis, a cada momento, para todos os agentes do mercado, cuja ação racional orientaria a melhor distribuição dos recursos, a salvo de intervenções governamentais). A *desregulamentação* seguiu-se a isso, conferindo-se livre movimentação dos capitais de curto prazo e restringindo-se sobremodo a ação econômica dos Estados Nacionais, em face das virtudes anuncia-

(13) *Eros Roberto Grau*, "O Direito Posto e o Direito Pressuposto", 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p.100.

(14) *Luiz Gonzaga Mello Belluzzo*, "O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados 'globalizados'", *in Economia e Sociedade*, Campinas, (4):11-20, jun. 1995.

das do mercado auto-regulado. A securitização, enfim, correspondeu à substituição paulatina dos créditos desvalorizados dos países em desenvolvimento pelos títulos da dívida do Tesouro Nacional dos Estados Unidos, de modo que *"a ampliação dos mercados de dívida pública constituíram a base sobre a qual se assentou o desenvolvimento do processo de securitização* [...] *não apenas porque cresceu a participação dos títulos americanos na formação da riqueza financeira demandada pelos agentes privados americanos e de outros países, mas também porque os papéis do governo dos Estados Unidos são os produtos mais nobres e seguros dos mercados integrados"*[15]. Do ponto de vista econômico, não há melhores elementos para identificar e distinguir a sociedade pós-industrial.

Eric Hobsbawn[16], por sua vez, não elege denominação, mas descreve com grande perplexidade as características que permeiam a sociedade emergente após o término do "breve século XX" (1914-1991) e a derrocada do "socialismo real" — a que denominamos, neste escrito, sociedade pós-industrial. Para o lente da Universidade de Londres, a "era dos extremos" (dos anos dourados, da guerra fria, da revolução socialista e de sua derrocada) acabou, em 1991, carreando problemas para os quais não havia soluções. Faltava ao mundo qualquer sistema ou estrutura internacional, havendo uma única superpotência reconhecível (os E.U.A.): a Rússia havia sido reconduzida ao tamanho que tinha no século II; a França e a Grã-Bretanha gozavam de *status* meramente regional (apesar da posse de armamento nuclear); a Alemanha e o Japão ainda figuravam como potências econômicas, mas eram militarmente inexpressivos. A *"natureza dos atores no cenário internacional não era clara"* — o que reforçou, no contexto político, aquele sentimento de inquietude. A par disso, como consectário da globalização, houve a *"democratização dos meios de destruição"*, a ponto de não haver motivo *"para que mesmo armas nucleares, além do material e* know-how *para sua fabricação, todos largamente disponíveis no mercado mundial, não pudessem ser adaptadas para uso por um pequeno grupo"* — observando-se que *Hobsbawn* teceu esses comentários antes dos atentados de 11.09.2001, quando a inquietude alçou foros de paranóia.

Hobsbawn ainda refere os seguintes traços peculiares à sociedade pós-1991: a. xenofobias e políticas de identidades (nascidas dos escombros das velhas instituições e ideologias); b. o surgimento dos "fundamentalismos" religiosos, como fenômeno de religião politizada, porque *"as velhas religiões eram, quase por definição, inimigas da civilização ocidental que era origem da desordem social, e dos países ricos e ateus que pareciam, mais do que nunca, os exploradores da pobreza do mundo pobre"*[17] (o que se confirmaria, com efeitos avassaladores, nos eventos do onze de setembro, em que fundamentalistas de um país pobre — o Afeganistão — alvejaram um ícone do capitalismo norte-americano[18]); c. as inquietudes

(15) *Idem*, p. 16.

(16) *Op.cit.*, pp. 537-562.

(17) *Idem*, p. 545.

(18) Cfr. *Guilherme Guimarães Feliciano*, "O Terror e a Justiça", *in Revista dos Tribunais* n. 794, pp.495-504.

derivadas da questão demográfica[19]; d. as inquietudes derivadas da questão ecológica[20]; e. o crescimento contínuo da globalização (em todas as suas acepções) e da redistribuição da produção, com irreversível alargamento do abismo sócio-econômico entre países ricos e países periféricos (*"processo um tanto acelerado pelo desastroso impacto da década de 1980 sobre grande parte do Terceiro Mundo, e a pauperização de muitos países ex-socialistas"*[21]); f. transferência da indústria dos velhos centros (países ricos), em que a mão-de-obra tem altos custos, para os países periféricos, em que se pode arregimentar "mãos e cabeças baratas" (originando, no extremo, contextos de *dumping* social); g. hegemonia das economias de consumo de massas (oriunda da "Era de Ouro", em que grassaram as rendas reais crescentes[22]); h. a unipolaridade político-ideológica dos Estados Unidos da América, esterilizando a possibilidade sociológica de renovação do capitalismo[23]; i. o desmonte liberal dos aparatos estatais de proteção das vítimas da livre economia global (como era, por ex., o Direito do Trabalho, "flexibilizado" e "desregulamentado" por praticamente todos os países ocidentais nos últimos quinze anos).

A par disso, duas expectativas paradigmáticas da ideologia liberal dominante revelaram-se incorretas, potencializando as inquietudes e a perplexidade inerentes ao *fin-de-siècle*. A primeira frustração, percebida por Hobsbawn, diz respeito à crença, haurida da economia neoclássica, de que o comércio internacional irrestrito permitiria aos países mais pobres reduzirem o fosso sócio-econômico que os distanciava dos países ricos. Essa crença não resistiu à experiência e sequer ao bom senso, pois *"os exem-*

---

(19) *"Em geral, esperava-se que a população do mundo, explodindo em tamanho desde meados do século XX, se estabilizasse em cerca de 10 bilhões de seres humanos, ou cinco vezes seu número de 1950, em algum momento por volta de 2030, essencialmente por um declínio na taxa de nascimento do Terceiro Mundo. Se essa previsão se mostrasse errada, todas as apostas no futuro estariam canceladas"* (*idem*, p. 546).

(20) *"Uma taxa de crescimento como a da segunda metade do Breve Século XX, se mantida indefinidamente (supondo isso possível), deve ter conseqüências irreversíveis e catastróficas para o ambiente natural deste planeta, incluindo a raça humana que é parte dele. Não vai destruir o planeta, nem torná-lo inabitável, mas certamente mudará o padrão de vida na biosfera, e pode muito bem torná-la inabitável pela espécie humana, como a conhecemos, com uma base parecida a seus números atuais. Além disso, o ritmo em que a moderna tecnologia aumentou a capacidade de nossa espécie de transformar o ambiente é tal que, mesmo supondo que não vá acelerar-se, o tempo disponível para tratar do problema deve ser medido mais em décadas que em séculos"* (*idem*, p. 547).

(21) *Idem*, p. 549.

(22) Hobsbawn situa a "Era de Ouro" entre 1950 e 1960, durante a "paz congelada" da guerra fria, quando o capitalismo monopolista transnacional viabilizou-se definitivamente e estabilizou-se, promovendo extraordinária expansão econômica e profundas transformações sociais (*idem*, pp. 253-281).

(23) *"Contudo, dois grandes obstáculos se erguiam no caminho de um retorno ao realismo. O primeiro era a ausência de uma ameaça política digna de crédito ao sistema, como antes tinham parecido ser o comunismo e a existência da URSS, ou — de uma maneira diferente — a conquista nazista da Alemanha. Estes, como este livro vem tentando provar, proporcionaram o incentivo para que o capitalismo se reformasse. O colapso da URSS, o declínio e fragmentação da classe operária e seus movimentos, a insignificância militar na guerra convencional do Terceiro Mundo, a redução dos realmente pobres nos países ricos a uma 'subclasse' minoritária — tudo isso diminuiu o incentivo* [= pressão] *à reforma"* (*idem*, p. 523).

plos de industrialização liderada pelas exportações no Terceiro Mundo geralmente citados — Hong Kong, Cingapura, Taiwan e Coréia do Sul — representam menos de 2% da população do terceiro mundo"[24]. Logo, as desigualdades prosseguiram gritantes, entre os povos de países centrais e periféricos, como também entre os indivíduos no imo dos povos (tanto mais porque a competitividade internacional foi financiada, em diversos contextos, pelo sacrifício das classes operárias, com proteção estatal restringida e direitos subjetivos precarizados).

A segunda frustração consumou-se após *Hobsbawn* encerrar sua obra-prima. O autor referira a *teoria da periodicidade* do economista russo *N. D. Kondratiev*, que identificou ondas longas de cinqüenta a sessenta anos, em que se revezavam ciclos de crescimento e depressão capitalista. Essa periodicidade já havia sido referida também por *Kalecki*[25], *Keynes*[26] e pelo próprio *Marx*, para quem *"o ciclo fazia parte de um processo pelo qual o capitalismo gerava o que acabariam por se revelar contradições internas insuperáveis"*[27], determinando depressões como forma de "queima" do capital ocioso e preordenando, no final desse processo histórico-dialético, a ruína do sistema capitalista. Com fundamento nessas teses (e na periodicidade estimada por Kondratiev), *"a economia devia entrar em outra era de próspera expansão antes do fim do milênio, embora isso pudesse ser por algum tempo dificultado pelos efeitos posteriores da desintegração do socialismo soviético, pelo colapso de partes do mundo na anarquia e na guerra, e talvez por uma dedicação excessiva ao livre comércio global, sobre o qual os economistas tendem a ser mais deslumbrados que os historiadores"*[28]. Isso não ocorreu. Ultrapassado o limiar do século XXI, a economia mundial — encabeçada pelos Estados Unidos da América — continuou a acusar traços recessivos, sem aumento significativo no fluxo internacional de capitais (a despeito de sinais tênues de recuperação nos últimos doze meses). A economia argentina colapsou no final do milênio (1999-2000), gerando evasão de divisas na América do Sul e queda nas bolsas de valores de todo o mundo. Os países foram tomados de assalto pela escassez de emprego e pela alta internacional dos juros. As relações comerciais internacionais deterioraram-se, com disputas internas e acirramento de ânimos.

Todas essas características, sobremodo contundentes no último quartel do século XX, como também as perplexidades e incertezas engendradas por elas, certamente influenciaram o Direito e a ciência jurídica em todos as suas faces: na *formação* do Direito (interagindo junto às fontes materiais), no *ensino* do Direito (ditando conteúdos e ideologias para as

---

(24) *Idem*, p. 549, nota.

(25) Cfr. John Maynard Keynes, *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Trad. Mário R. da Cruz, São Paulo, Atlas, 1982, pp. 243-256.

(26) Cfr. Michael Kalecki, *Crescimento e ciclo das economias capitalistas*, trad. Jorge Miglioli, 2ª ed., São Paulo, Hucitec, 1983, pp. 26-27.

(27) Eric Hobsbawn, *op.cit.*, pp. 91-92.

(28) *Idem*, p. 549.

grades curriculares) e na *aplicação* e *interpretação* do Direito (determinando a colonização cultural das classes formadoras de opinião, em cujo epicentro estão juristas, operadores do Direito e grandes usuários do sistema judiciário).

Entre nós, ninguém discorreu melhor sobre esse processo de *colonização capitalista* do Direito do que o jurista *Eros Roberto Grau*, que definiu e dissecou o chamado *direito moderno* (rechaçando, como visto, a expressão "pós-moderno", por entrever na sua concepção discursos vazios de significado) a partir das modificações sócio-econômicas inerentes ao capitalismo — particularmente características da segunda metade do século vinte, com aspectos negativos notáveis após o "desmoronamento", consoante a arguta leitura sociológica de *Hobsbawn* para o final do século XX (*supra*). Nele — no direito capitalista moderno —, *Grau* reconhece o seguinte[29]:

1. o direito moderno é o direito do *modo de produção capitalista*, cujo requisito único de validade repousa na idéia de representação popular (*"volonté générale"*) associada ao fenômeno político da maioria legislativa;

2. os pressupostos de legitimidade do direito moderno são a separação de poderes (artigo 2º da CRFB) e a vinculação do juiz à lei (artigo 5º, II, da CRFB);

3. o direito moderno tem, ainda, duas peculiaridades: a uma, a sua *universalidade abstrata*, que produz a igualdade formal dos sujeitos de direito (i.e., igualdade perante a lei) e a universalidade das formas jurídicas, refletindo a universalidade da troca mercantil (no plano econômico) e o império das liberdades formais (no plano político); a duas, a sua expressão como *forma de domínio racional*, provendo previsibilidade e calculabilidade e refletindo a racionalidade do mercado;

4. no direito moderno, os juristas são *técnicos* que praticam uma teoria formal de interpretação jurídica, buscando dar forma à mítica *"mens legislatoris"* (vontade do legislador), com o objetivo de excluir, pelo convencimento, o uso privado da força nas relações sociais ¾ embora o seu fim ideológico seja, na verdade, a "conservação dos meios, *ainda que tantas vezes isso se tenha pretendido ocultar sob a afirmação de que ele estaria voltado a assegurar a* ordem *e a* paz"[30];

5. a legitimidade do direito moderno confunde-se com a sua *legalidade*: *"o exercício do poder é questionado exclusivamente desde a perspectiva da* legalidade; *a* legalidade *está fundada na* legitimidade *e, daí, esta última resulta inteiramente inócua"*[31].

É importante observar que a tese de *Eros Grau* não está adstrita ao que convencionamos denominar, neste trabalho, de *era pós-industrial*. Para *Grau*, o "direito moderno" é característico do modo de produção capitalista

(29) Eros Grau, *op. cit.*, pp. 99-105.
(30) *Idem*, p. 104.
(31) *Idem*, p. 103.

e, portanto, inerente à sociedade capitalista *"lato sensu"*, que se afirma no século XVIII, com a Revolução Francesa de 1789 e a Revolução Industrial eclodida na Inglaterra[32], quando tem início a *"fase em que a classe explorada e oprimida (o proletariado) não mais se pode libertar da classe que a explora e oprime (a burguesia), sem libertar, ao mesmo tempo e para todo o sempre, da exploração, opressão e lutas de classe a sociedade inteira"* (i.e., sem a subversão radical do paradigma econômico vigente), consoante dicção de *Friedrich Engels* no *Manifesto Comunista*[33].

Pensamos, porém, que o panorama descrito por ele — de um direito *convencional, formal* e *geral*, que se legitima pelo procedimento (*Jürgen Habermas*[34]) — ajusta-se com maior perfeição ao direito produzido no último quartel do século XX, com expressão liberal e função predominantemente simbólica. Isso porque os Estados produziram, em períodos anteriores, direitos especiais, de cunho social e tuitivo, que *excetuaram o primado da generalidade* (amiúde em favor de categorias hipossuficientes), produzindo o que já se denominam "privilégios" (assim, *e.g.*, quando se refere o *privilégio* do crédito trabalhista na falência), e que se revelaram *desformalizados* (uma vez que ditados pelas partes, com caráter heteronômico), além de serem dotados de *razão de conteúdo* baseada em princípios que subvertem a hierarquia *kelseniana*[35]. O exemplo maior desse "outro" direito é o próprio Direito do Trabalho, outrora dito *Direito Social*[36], inspirado pelo princípio hermenêutico da hierarquia dinâmica (ou *princípio da norma mais favorável*).

Nada obstante, após o declínio do modelo econômico de Bretton Woods (inspirado em políticas keynesianas) [37], e com a substituição da primazia do capital industrial pela do capital financeiro, os Estado foram paulatinamente compelidos a "flexibilizar" e "desregulamentar" seus

---

(32) *Idem*, p.101: "Direito moderno, *aqui, conota o direito* (positivo) *produzido pelo chamado* Estado moderno, *datado da Revolução Francesa*".

(33) Cfr. "Manifesto Comunista", *Karl Marx*, Friedrich Engels, trad. Maria Lucia Como, 12ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003, *passim*.

(34) Trata-se da idéia da *legitimidade através da legalidade*, já apontada. Cfr., por todos, Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, trad. Flávio Beno Siebeneicher, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v.II, pp.193-193-203.

(35) Para *Hans Kelsen*, toda norma jurídica tem seu fundamento de validade na norma jurídica imediatamente superior, compondo-se, todas, em uma pirâmide normativa hierarquicamente organizada. Reconduzindo o raciocino à última instância, chega-se à *norma fundamental*, que não é uma norma materialmente posta, mas um pressuposto lógico-transcedental-dogmático de validade. Nessa medida, uma ordem hierarquicamente inferior não pode se sobrepor àquela que lhe outorga validade. Cfr. *Hans Kelsen*, "Teoria Pura do Direito", trad. João Baptista Machado, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987, pp. 203-223.

(36) Cfr., por todos, *Antonio Ferreira Cesarino Jr., Marly Antonieta Cardone*, "Direito Social", 2ª ed., São Paulo, LTr, 1993, v. I, *passim*.

(37) *Luiz Gonzaga Belluzzo, op. cit.*, p.15: *"Se alguém desejasse marcar uma data para a derrocada final da arquitetura de Bretton Woods teria alguma chance de acertar, escolhendo outubro de 1979. (...) Ao impor a regeneração do papel do dólar como reserva universal através de uma elevação sem precedentes das taxas de juros, os Estados Unidos deram o derradeiro golpe no estado de convenções que sustentara a estabilidade relativa da era keynesiana"*. Com efeito, a alta de juros determinou a retração dos capitais de investimentos e a explosão dos *déficits* públicos, inviabilizando as políticas de investimento produtivo e fomento estatal.

arcabouços jurídicos tuitivos — com vistas à melhor fluência das leis econômicas do mercado — e a "padronizar" o produto de sua função jurisdicional — conferindo previsibilidade à atividade especulativa dos investidores internacionais. Privilegiou-se, então, o modelo formal-simbólico do Direito, tal como o descreve *Eros Grau* e *Jürgen Habermas*, garantindo legitimidade política por conta da resposta formal aos reclamos populares (inflação legislativa[38]) e proporcionando, ao mesmo tempo, a atuação livre e incólume dos agentes do mercado, não afetados pela legislação simbólica. Daí insistirmos em que o "direito moderno" acima descrito é, por excelência, o paradigma do *direito liberal* resgatado, com requintes assistencialistas (como são, *e.g.*, as políticas públicas de transferência de renda e de comiseração estatal), para atender à sociedade da era pós-industrial — muito mais do que o direito de fomento e proteção que a "Era de Ouro" produziu.

III. O DIREITO EM *MARX* E *ALTHUSSER*

Nesse passo, tanto para entender os rumos da sociedade capitalista quanto para compreender o substrato ideológico do Direito, é relevante o aporte teórico de *Marx* e *Althusser*.

Em 1848, no seu festejado *Manifesto Comunista*, *Marx* e *Engels* antecipavam que a era capitalista seria sempre — como então já se revelava — uma era de contradições materiais e de crises cíclicas, paulatinamente mais agudas. Aquilo de que se ressente a economia capitalista atualmente (financeirização do capital gerando crises de liquidez, recessões de escala global e concentração progressiva da renda) já podia ser depreendido, de modo incipiente, nos ferozes diagnósticos do próprio *Manifesto*, antes mesmo de se recorrer ao apuro científico d' *O Capital*. A própria globalização está anunciada na teoria marxista, ao conceber o sistema da economia burguesa estruturado sobre seis grandezas: capital, propriedade fundiária, trabalho assalariado; Estado, comércio exterior e *mercado mundial*[39].

Assim é que, nos termos do *Manifesto*, os meios de produção e de troca, sobre cuja base se construiu a classe burguesa, foram gerados no seio da sociedade feudal. No entanto, esses meios de produção e de troca, próprios do regime feudal de propriedade, deixaram de corresponder ás forças produtivas já desenvolvidas quando essas últimas alcançaram um certo grau de desenvolvimento. Passaram a entravar a produção em lugar de impulsioná-la e se transformaram em outras tantas cadeias que era preciso despedaçar. E as revoluções burguesas de fato as despedaçaram, para

---

(38) Não por outra razão, temos dito que o mister legislativo tende a ser, no Brasil, eminentemente "emocional": vide, *e.g.*, as sucessivas modificações na Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), surgida após rumoroso seqüestro havido no país, depois modificada pela Lei n. 8.930/90 para abranger o homicídio qualificado (em função do assassinato da atriz Daniela Perez), e finalmente alterada pela Lei n. 9.677/98 para alcançar a falsificação de fármacos (após o escândalo da falsificação de remédios e anticoncepcionais).

(39) Cfr. *Karl Marx*, "Para a crítica da economia política", *in Os Pensadores*, trad. José Arthur Giannotti, Edgar Malagodi, São Paulo, Abril Cultural, 1974, v. XXXV, pp. 133-134 (*Prefácio*).

estabelecer, em seu lugar, a livre concorrência, com uma organização social, política e jurídica correspondente — a *superestrutura* —, garantidora do *status quo* dominante, i.e., da supremacia econômica e política da classe burguesa[40].

Do mesmo modo, segundo *Marx*[41],

> "Assistimos hoje a um processo semelhante. As relações burguesas de produção e de troca, o regime burguês de propriedade, a sociedade burguesa moderna, que fez surgir gigantescos meios de produção e de troca, assemelha-se ao feiticeiro que já não pode controlar as forças internas que pôs em movimento com suas palavras mágicas. Há dezenas de anos, a história da indústria e do comércio não é senão a história da revolta das forças produtivas modernas contra as atuais relações de produção e de propriedade que condicionam a existência da burguesa e seu domínio. Basta mencionar as crises comerciais que, repetindo-se periodicamente, ameaçam cada vez mais a existência da sociedade burguesia. Cada crise destrói regularmente não só uma grande massa de produtos já fabricados, mas também uma grande parte das próprias forças produtivas já desenvolvidas. [...] De que maneira consegue a burguesia vencer essas crises? De um lado, pela destruição violenta de grande quantidade de forças produtivas; de outro lado, pela conquista de novos mercados e pela exploração mais intensa dos antigos. A que leva isso? Ao preparo de crises mais extensas e mais destruidoras e à diminuição dos meios de evitá-las".

Entende-se, assim, porque a economia de feitio liberal (ou neoliberal) não consegue debelar as crises cíclicas, mas antes parece aprofundá-las, para que cada crise seja mais duradoura que a outra (assim, p. ex., a crise de depreciação do papel-moeda no final do século XVIII e início do século XIX foi mais aguda que a crise de depreciação dos metais preciosos nos séculos XVI e XVII; a economia mundial recuperou-se mais rapidamente após o *crack* de 1929, graças às políticas keynesianas, do que mais recentemente, na chamada "década perdida" dos oitentas).

Entende-se também porque o direito moderno (ou pós-moderno) encaminhou-se para a *precarização* das relações produtivas, arrefecendo a regulamentação do capital e do trabalho. Com isso, garante-se o fluxo dos capitais especulativos, com vistas à conquista de novos mercados financeiros (com taxas melhores ou melhor liquidez). De igual forma, mas por outro viés, garante-se o barateamento da produção — quando o capital migra para países em que as garantias sociais são débeis (*dumping* social) — ou o fluxo de mão-de-obra barata (baseado no primado liberal da *livre circulação*, que seduziu o legislador internacional na confecção do Tratado de Roma e do Tratado de Maastrich). Com isso, o modo de produção capitalista con-

---

(40) "Manifesto Comunista", *cit.*, *passim*.

(41) *Idem*, *ibidem*.

quista a sua sobrevida, driblando as crises periódicas às custas das garantias sociais das populações humanas. Ao mesmo tempo, esse direito liberal de garantias formais favorece a *exclusão social*, que exsurge às escâncaras no exame das crescentes estatísticas de desemprego e subemprego em todas as partes do mundo. Isso não é mais que determinar, pelos instrumentos superestruturais, a *destruição* de parte das forças produtivas, passando a "queimar" não apenas o capital ocioso, mas também a própria *força de trabalho* ociosa, por meio da sua *segregação*, compulsória e por tempo indefinido. Isso porque *"as forças produtivas de que* [a sociedade burguesa] *dispõe não mais favorecem o desenvolvimento das relações de propriedade burguesa; pelo contrário, tornaram-se por demais poderosas para essas condições, que passam a entravá-las; e todas as vezes que as forças produtivas sociais se libertam desses entraves, precipitam na desordem a sociedade inteira e ameaçam a existência da propriedade burguesa. O sistema burguês tornou-se demasiado estreito para conter as riquezas criadas em seu seio"*[42].

Nesse contexto, a solução mais óbvia passa a ser a *destruição* dos excessos, mediante fenômenos como a *recessão* (com a queda dos investimentos para fins de produção de riquezas), a *inflação* (com a perda de riqueza ante a depreciação do valor reservado na moeda) e a *exclusão social* (com a aniquilação da capacidade do trabalho de produzir riquezas), que ora são naturais, ora são provocados.

Esse quadro revela-se com particular veemência no estudo de *Salvadori Dedecca*[43] a propósito dos vinte anos de desregulamentação com precarização social (1980-2000) nas indústrias de transformação dos países capitalistas avançados:

> "A desregulamentação parece ter tido efeito positivo sobre a produtividade da indústria de transformação às custas de um menor nível de emprego (cf. OIT, 1996). Como se observa na Tabela 30 [decomposição da variação do emprego na indústria da transformação, entre 1977 e 1986, nos EUA, Alemanha, Suécia, Reino Unido, França, Itália e Japão], a redução do emprego nos países avançados esteve associada, sobretudo, ao aumento da produtividade do trabalho e também das importações, que expressariam a incorporação mais intensa dos novos equipamentos informatizados e flexíveis. A divergência entre a alteração dos coeficientes técnicos e o aumento da produtividade do trabalho sugere que o melhor rendimento produtivo decorreu, em grande medida, das novas formas de uso da mão-de-obra viabilizadas pela desregulamentação das relações de trabalho. Mais importante que a modernização técnica foi a racionalização no uso de mão-de-obra. [...] A introdução desses novos métodos [de gestão de mão-de-obra] exigiu a desregulamentação dos sistemas nacionais de relações de trabalho, em termos de alocação, uso do tempo e remuneração do trabalho".

---

(42) *Idem, ibidem.*

(43) *Claudio Salvatori Dedecca, Racionalização econômica e trabalho no capitalismo avançado*, Campinas, UNICAMP/IE, 1999, p. 235 (Coleção *Teses*).

Nada obstante,

> "Duas décadas após a adoção dessa opção política, observa-se que tais reformas foram acompanhadas, nos diversos países, da deterioração crescente das condições institucionais de organização do mercado de trabalho. O problema do desemprego não só se tornou mais grave como assumiu um caráter muito complexo. Se em um primeiro momento era o desemprego aberto que aparecia como indicador de fragilidade dos mercados nacionais de trabalho, nota-se que o desemprego passou a se expressar por meio de situações bastante distintas (inatividade, longa duração, desalento e subutilização da força de trabalho). Essa heterogeneidade de situações de desemprego alcança também aqueles que se mantêm, precariamente ou não, ocupados. Deste modo, a dicotomia entre emprego e desemprego foi dando lugar a um caleidoscópio de situações ocupacionais, no qual o emprego em tempo integral e com proteção social e o desemprego aberto tornaram-se manifestações cada vez menos representativas das condições de funcionamento dos mercados de trabalho nacionais".

Evidente, em suma, o contexto de *destruição-segregação-contenção* das forças produtivas, amparado pelo direito formal de feitio liberal, que transige com o *déficit* de garantias sociais a pretexto de assegurar o primado da igualdade formal (donde a eterna crítica ao Direito do Trabalho, acoimado de "paternalista" ou "protecionista") e favorecer o pleno emprego (ante o corte abrupto dos custos de produção).

Segundo a teoria marxista, a produção econômica e a organização social que dela resulta — incluindo a jurídica — se auto-implicam de modo *necessário*, constituindo a base da historia política e intelectual dessa época. Nesse sentido, são as bases materiais da produção econômica que determinam a história das idéias, e não o contrário (construindo-se, a partir dessa constatação, o lugar-comum de que *Marx* e *Engels* inverteram a dialética hegeliana, tornando-a uma dialética *materialista* e não mais idealista). Nesse sentido, desde a dissolução da antiga propriedade comum do solo (comunismo originário), toda a história humana tem sido uma história de luta de classes, na qual se embatem classes exploradas e classes exploradoras, dirigidas e dirigentes, nos diversos estágios da evolução social. No capitalismo maduro, porém, esse conflito teria chegado a um estádio em que a classe explorada e oprimida — o proletariado — não poderia mais se liberar da classe exploradora e opressora — a burguesia — sem libertar, *"ao mesmo tempo e para todo o sempre, da exploração, opressão e lutas de classes a sociedade inteira"*[44]. A classe oprimida tornar-se-ia, então, uma classe revolucionária, precipitando o movimento histórico de derrocada do modo de produção capitalista. Daí porque o *Manifesto Comunista* encerra-se com a célebre declaração de guerra contra a sociedade capitalista, condenada pela dielética do materialismo histórico marxista[45]:

---

(44) "Manifesto Comunista", cit., *passim*.

(45) *Idem*, p.110.

"Em resumo, os comunistas apóiam em toda parte qualquer movimento revolucionário contra o estado de coisa social e político existente."

"Em todos estes movimentos, põem em primeiro lugar, como questão fundamental, a questão da propriedade, qualquer que seja a forma, mais ou menos desenvolvida, de que esta se revista."

"Finalmente, os comunistas trabalham pela união e entendimento dos partidos democráticos de todos os países."

"Os comunistas não se rebaixam a dissimular suas opiniões e seus fins. Proclamam abertamente que seus objetivos só podem ser alcançados pela derrubada violenta de toda a ordem social existente. Que as classes dominantes tremam à idéia de uma revolução comunista! Os proletários nada têm a perder com ela, a não ser as próprias cadeias. Proletários de todos os países, uni-vos!"

Nessa cruzada revolucionária contra a opressão liberal-burguês, o *Manifesto* prediz e preconiza basicamente sete eventos[46]: a. o fim da *propriedade burguesa*, entendida como a apropriação privada do trabalho assalariado do proletário (e não um produto pessoal do capitalista), que importará na supressão do caráter miserável da apropriação capitalista, na qual o trabalhador só vive para aumentar o capital e para o interesse da classe dirigente; b. o fim da *liberdade* (de comércio, i.e., de aumentar o capital às custas do proletário) e da *individualidade* (i.e., a independência burguesa), que são máscaras da propriedade burguesa; c. o fim da *família* burguesa, que se fundamenta no enriquecimento privado e reconhece na mulher um simples instrumento de produção (devido à riqueza que os casamentos traziam por meio dos dotes); d. o fim da *pátria*, até porque as demarcações entre os povos e os antagonismos nacionais desapareceriam com o desenvolvimento da grande indústria e com a exploração de uma nação por outra (o que significou antecipar, ainda uma vez, os fenômenos da globalização econômica no final do século XX); e. o fim da *moral* e da *religião*, que historicamente assumiram sucessivas formas para iludir os povos e arrefecer os antagonismos de classe; f. o fim da *cultura*, porque se trata de uma cultura de colonização ideológica, que se reduz, para a maioria dos homens, em adestramento que os transforma em máquinas de produzir e consumir; g. o *fim do direito* liberal, porque *"as vossas idéias* [do proletariado] *têm sua origem nas condições burguesas da produção e da propriedade, assim como o vosso direito não é mais do que a vontade da vossa classe erigida em lei, vontade cujo objeto é dado pelas condições materiais da existência da vossa classe"*[47].

Noutras palavras, *Marx* e *Engels* reconheciam, na cultura e no direito, instrumentos de colonização ideológica da superestrutura capitalista, que não serviam realmente à tutela de direitos subjetivos, mas tão-só à conten-

(46) *Idem, passim.* Cfr. também Jean-Jacques Chevallier, *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*, trad. Lydia Christina, 5ª ed., Rio de Janeiro, Agir, 1990, pp. 305-309.

(47) "Manifesto Comunista", cit., p. 60.

ção dos antagonismos sociais e à reprodução do modo de produção capitalista. Partindo dessa premissa, *Marx* discutiu de que modo as relações de produção, como *relações jurídicas*, seguem um desenvolvimento desigual no tempo e no espaço — *"assim, por exemplo, a relação entre o direito privado romano (que não é bem o caso do direito criminal e do direito público) e a produção moderna"*[48]. Reconhecia, portanto, o Direito como um *produto histórico*, não-natural, derivado das relações materiais de produção (materialismo histórico).

Em abordagem paralela, partindo das premissas marxistas, Louis Althusser entendeu que o *ensino* — aliado à *família* — substituiu a Igreja no papel de disseminar e dogmatizar a ideologia liberal-burguesa, construindo-a e reconstruindo-a em torno dos interesses essenciais da classe dominante, com vistas à superação de suas contradições internas e à conquista do que *Antonio Gramsci* chamava de *hegemonia*[49].

Nessa ordem de idéias, Althusser debruçou-se sobre a relação entre a filosofia, a ideologia e a política, observando que a filosofia jamais foi uma operação gratuita ou meramente especulativa; ao revés, os grandes filósofos sempre tiveram consciência de sua missão, que é a de responder às grandes questões práticas e políticas. Não por outra razão, pode-se concluir, com *Marx*, que não se pode compreender a tarefa determinante da filosofia senão pela remissão prévia à questão central da hegemonia, da constituição da ideologia dominante. Noutras palavras,

> "la tache qui est assignée et déléguée à la philosophie par la lutte de classes idéologique est celle de contribuer à l'unification des idéologies en une idéologie dominante, détentrice de la Vérité. [...] La philosophie produit, enfin, des schémas théoriques, des figures théoriques qui servent de moyen pour surmonter les contradictions et de lien pour relier les différents elements de l'idéologie. De plus, elle garantit la Vérité de cet ordre, énoncé sous une forme qui offre toutes les garanties d'un discours rationnel"[50].

Se, porém, a filosofia foi historicamente colonizada pelas ideologias dominantes, é certo também que ela própria dimana efeitos sobre as ideologias e sobre as práticas sociais, tendo função formadora e reformadora, numa simbiose dialética entre a teoria e a prática. Assim, por exemplo,

> "Le rationalisme français du XVIIe siècle et la philosophie des Lumières où les résultats du travail d'élaboration philosophique passent dans l'idéologie et les pratiques sociales. Ce deux étapes de la philosophie bourgeoise sont autant de moments constitutifs de l'idéologie bourgeoise en idéologie dominante. Cette constitution s'est

(48) *Karl Marx, Para a crítica da economia política*, p.129 (*Introdução*).
(49) *Louis Althusser*, "Sur la philosophie", Paris, Gallimard, 1994, p. 76.
(50) *Idem*, p. 77.

forgée dans la lutte el la philosophie y a joué son rôle de ciment théorique pour l'unité de cette idéologie. [...] Une autre cas est celui auquel nous assistons aujourd'hui, sous l'influence de l'impérialisme anglo-saxon. Il se produit un déplacement de domination. Ce qui domine ce n'est déjà plus la nullité théorique des idéologies des droits de l'homme, ni même l'idéologie jurídico-morale bourgeoise, mais dès 1850 l'idéologie néo-positiviste, logiciste et mathématisante, d'origine anglo-saxonne, assaisonnée de biologisme social, de pragmatisme et de réflexologie. De ce point de vue, les idéologies réellement dominantes, dans la pratique (je ne parle pás du matérialisme dialectique), sont très proches en URSS et aux États-Unis"(51).

Com esse aporte teórico, entende-se porque Althusser identificava, entre as funções da filosofia, a de tradicionalmente desempenhar um papel apologético, ou reativo, ou ainda revolucionário em relação ao sistema político dominante, ora de maneira "mascarada", ora de maneira aberta[52]. Servira, historicamente, à militância ideológica, substituindo as religiões no papel de *"mettre em place toutes les activités humaines et les idéologies correspondantes pour tenter de constituer l'idéologie unifiée dont lês classes au pouvoir avaient besoin pour assurer leur domination"*(53).

Entende-se ainda, pelo mesmo aporte, que as imbricadas relações entre filosofia, ideologia e política deságuam necessariamente no Direito, como resta patente no cotejo entre a doutrina dos direitos do homem, que evoluiu da tutela dos direitos de primeira geração para a tutela dos direitos de segunda e de terceira geração(54), e a doutrina jurídica neopositivista, tributária da lógica e da matemática, que se redescobre na *Teoria Pura* de *Hans Kelsen*(55) e que, sedizente neutra, serve bem aos desígnios não-

---

(51) *Idem*, pp. 78-79.

(52) *Idem*, p. 67.

(53) *Idem*, p. 66.

(54) Para o conceito, cfr. o escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 280): *"Realmente, nela* [na Constituição brasileira de 1988] *estão as liberdades públicas — primeira geração de direitos fundamentais —, os direitos econômicos e sociais — segunda geração — e pelo menos o direito ao meio ambiente e à comunicação dos da terceira* [geração]". Do mesmo autor, noutra obra: *"Hoje se começa a falar numa terceira geração dos direitos do homem. Seriam* direitos de solidariedade: *direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente"* (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 252).

(55) Cfr. *Hans Kelsen, op. cit.*, pp. 01-03. *In verbis*: *"A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial.* [...] *Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a essa questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.* [...] *Quando designa a si própria como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.* [...] *De um lado inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referi-*

intervencionistas do modelo econômico liberal. Essa doutrina, insípida e inodora, não é outra senão aquela do direito formal e simbólico típico da sociedade pós-industrial (acima identificado como *direito moderno*), inerente às democracias representativas do federalismo norte-americano e ao regime de igualdades formais.

Em vista desse estado de coisas, *Althusser* conclui que

> "Dans la conjocture idéologique actuelle, notre tache principale est de constituer le noyau d'une philosophie matérialiste authentique et d'une stratégie philosophique juste, correcte, pour que puisse surgir une idéologie progressiste"[56].

Com efeito, o que *Althusser* identificou no *ensino* e na *filosofia* esteve seguramente presente, desde as suas origens, no *ensino jurídico* e na *filosofia do Direito*.

Quando se nega ao Direito e à jurisprudência a sua função de *transformação social*, pretendendo-se cunhar uma ciência jurídica e hermenêutica de feitio lógico-cartesiano — em que se possa precisar de antemão os conteúdos sentenciais (*previsibilidade judiciária*) — e na qual caiba ao juiz a função de *revelar* e *repetir a lei*[57], encampa-se um conceito puramente

---

rem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quanto a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face dessas disciplinas, fá-lo não por ignorar, ou muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objeto" (*g.n.*). Daí a crítica recorrente, que o próprio Hans Kelsen já referia em maio de 1934, no prefácio à 1a edição original: *"Como se mantém completamente alheia a toda a política, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico"* (*op. cit.*, p. VII). Em sentido contrário, uma ciência jurídica progressista é capaz de reconhecer uma hierarquia dinâmica entre as normas jurídicas, pautada em critérios político-econômicos (assim, no Direito do Trabalho, pelo critério da *norma mais benéfica*), como também providenciar um controle difuso de constitucionalidade que eventualmente privilegie a norma hierarquicamente inferior em detrimento da superior, ou ainda que lhe faça variar o conteúdo semântico, com vistas à *interpretação conforme a Constituição* (do alemão *"verfassungskonforme Auslegung"*) — i.e., exegeses baseadas em *valores político-jurídicos* da Constituição Federal — ou ao reconhecimento de *nulidades* (inconstitucionalidades) *parciais sem redução de texto* (do alemão *"Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung"*) — i.e., exegeses em que não se reconhece uma nulidade/anulabilidade em acepção kelseniana ("[...] *norma que tem um conteúdo que a Constituição exclui, devem* [as normas] *ser consideradas nulas* a priori" — p. 294), mas uma nulidade/inconstitucionalidade qualitativa, vertical, *"julgando-se inconstitucional o preceito 'enquanto' ou 'na medida em que' ou 'na parte em que' incorpora um certo conteúdo de sentido ou uma certa dimensão aplicativa"* (*Anwenungsfälle*), sem, contudo, expurgar da ordem jurídica qualquer conteúdo de texto de direito positivo (Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, pp. 611-614). Todos esses ensejos são, indubitavelmente, modos do "sincretismo metodológico" que Kelsen abominara. O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro já aplicou, em algumas ocasiões, a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto; assim, *e.g.*, cfr. ADIn n. 319, rel. Min. Moreira Alves, *in* DJ 30.4.93, e ADIn n. 491, rel. Min. Moreira Alves, *in* RTJ 137/90.

(56) "Sur la philosophie", p. 79 (*g.n.*).

(57) O ensino e a filosofia jurídica conheceram essa tendência, no século XIX, por intermédio da Escola da Exegese, de Laurent, Demolombe, Lacantinerie, Aubry e Rau, e de sua "Jurisprudência conceitual": *"toute da loi dans son esprit aussi bien que dans sa lettre* [...] *mais rien que la loi"*. Era

ideológico — o de "Verdade" em acepção dogmática — e, conscientemente ou não, colabora-se para a preservação do *status quo* e para a reprodução do modelo político-econômico dominante.

Na sociedade pós-industrial do capitalismo financeiro e globalizado, esses influxos ideológicos na concepção e na reconstrução dos direitos nacionais — sobretudo em países periféricos — são de tal modo notórios que nem ao menos ocorre de serem "mascarados". Ao mundo globalizado dos capitais voláteis e da especulação financeira internacional interessa a mencionada *previsibilidade judiciária*, porque a possibilidade de antevisão das decisões judiciais favorece a atividade especulativa e subtrai pontos no "risco-país", por proporcionar certa margem de estabilidade às reformas econômico-liberais empreendidas pelos governos domésticos. Essa diretriz é inerente ao ideário do chamado "Consenso de Washington"[58], que alçou foros de hegemonia após a derrocada da ordem econômica preconizada pelo Acordo de Bretton Woods. Assim, é útil e necessário ao modelo político-econômico dominante — substancialmente neoliberal — que as magistraturas dos diversos países não encampem teses surpreendentes ou imprevisíveis, nem façam garantir direitos de segunda ou de terceira geração em detrimento do equilíbrio orçamentário e do ajuste financeiro perseguido pelo Poder Executivo. Que se garantam, portanto, fundamentalmente as *liberdades* (direitos de primeira geração), porque atendem ao livre tráfico comercial e financeiro e não representam ônus relevante ao patrimônio do Estado.

Não se trata, insista-se, de uma suposição ideológica. Trata-se de uma declaração explícita dos porta-vozes do modelo econômico dominante.

Cite-se, por exemplo, o Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial, denominado *"O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para a reforma"* (1996)[59]. Esse documento, de oitenta e três páginas, estabelece um roteiro de reformas para o Poder Judiciário nos países lati-

---

o Direito das interpretações declaratórias (a que se contrapôs a Escola Histórica de Savigny, que comparava o Direito ao fenômeno da linguagem e buscava imprimir-lhe uma feição mais concreta e social). O mesmo se viu na Inglaterra, com a *Analytical School* de John Austin, em que também se afirmava a atitude metódica de compreensão do Direito segundo esquemas lógico-formais. No século XX, grassaram a Escola Técnico-Jurídica, dos alemães Gerber, Laband e Jellinek, e a Escola Pura do Direito, protagonizada pelo austríaco neokantista Hans Kelsen (cfr., *supra*, nota n. 51), ambas com a mesma preocupação de produzir um Direito cientificamente racional e neutro, com forte tendência antimetafísica e pelo empirismo radical. Cfr., por todos, Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 16a ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 415-418, 422-426 e 455-461.

(58) A expressão "Consenso de *Washington*" foi cunhada por John Williamson, pesquisador do *Institute of International Economics* (IIE), para designar o discurso econômico uniforme que ouvira de representantes de diversos países emergentes sobre as reformas feitas em suas respectivas nações, sob os auspícios do FMI, do BID e do Banco Mundial. A indicação geográfica deve-se ao fato de que esse discurso econômico foi percebido como a grande tônica de uma reunião ocorrida em Washington, D.C., da qual participou Williamson. Cfr., por todos, Gustavo H. B. Franco, *O Consenso de Aracaju*, in *http://wwwusers.rdc.puc-rio.br/gfranco/a75.htm* (capturado em 11.11.2003).

(59) *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para a reforma*, Maria Dakolias, Washington, Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento — Banco Mundial, junho/1996, *passim*. Trad. Sandro Eduardo Sardá, in *http://www.sintrajusc.org.br/banco_mundial.asp* (capturado em 11.11.2003).

no-americanos e caribenhos, objetivando conferir sustento institucional às reformas econômicas, melhorar as imagens daqueles países no "mercado" e facilitar o fluxo global de capitais financeiros. É de toda clareza, no documento, a relação que o discurso ideológico identifica entre o sucesso das reformas econômicas e a *previsibilidade* das decisões judiciárias. Constata-se, ainda, o especial zelo com que o documento trata a tutela dos *direitos individuais* e do *direito de propriedade*, sem reservar mesma primazia aos direitos de segunda e terceira geração, que geram *déficit* público (embora haja iterativa referência à "justiça social", sem maior delimitação do conceito). Nesse diapasão, pode-se ler, no sumário executivo do documento, o seguinte considerando:

> "Considerando que a América Latina e a Região do Caribe prossegue em seu processo de desenvolvimento econômica, grande importância tem sido destinada à reforma do judiciário. Um poder judiciário eficaz e funcional é relevante ao desenvolvimento econômico. A função do Poder Judiciário em qualquer sociedade é o de ordenar as relações sociais e solver conflitos entre os diversos atores sociais. Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade. A instituição em análise tem se demonstrado incapaz em satisfazer as demandas do setor privado e da população em geral, especialmente as de baixa renda. Em face do atual estado de crise do sistema jurídico da América Latina e do Caribe, o intuito das reformas é o de promover o desenvolvimento econômico" (*g.n.*).

Em suma, propõe-se a Reforma do Poder Judiciário não com vistas à maior efetividade dos direitos sociais, econômicos e de solidariedade (que exsurge como preocupação *secundária* no documento), mas com vistas à implementação do modelo de *desenvolvimento econômico sustentado* que o Fundo Monetário Internacional e o seu braço financeiro (o Banco Mundial) predicaram ao ensejo do citado "Consenso de Washington".

Já no início do capítulo II do Documento n. 319, lê-se que

> "A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico. Com a transição de uma economia familiar — que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos — para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, conseqüentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas

vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e conseqüentemente, a competitividade do mercado. A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do Estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso a justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado" (*g.n.*).

Outra vez, constata-se a preocupação com a *previsibilidade judiciária* e com a *competitividade do mercado*, sendo esses os motes para a reforma judiciária sugerida. O conceito de *acesso à justiça* aparece umbilicalmente ligado ao direito de propriedade e ao desenvolvimento do capitalismo de empresa ("setor privado"). Alcançados os objetivos da transparência e da previsibilidade judiciária, o documento entende que haverá ambiente propício para o comércio, para os financiamentos e para os investimentos[60], favorecendo o crescimento da economia por conta da injeção da capitais estrangeiros.

Adiante, o documento ainda manifesta preocupação com o ensino jurídico e judiciário, externando sutilmente o interesse de que os atuais magistrados se submetam a cursos de reciclagem que permitam a sua cooptação pelo discurso da ideologia econômica dominante, sob pena de malograrem as reformas empreendidas pelo Poder Executivo. *In verbis*:

> "O ensino jurídico universitário é importante para o futuro de uma profissão jurídica, mas é uma área ambiciosa que tem apresentado limitado sucesso. Uma avaliação nos cursos jurídicos, que não exigem requisitos de admissão, deve ser realizada para prevenir um excesso de advogados e conseqüentemente uma má utilização de recursos. Os programas de reforma do judiciário devem se concentrar no treinamento e capacitação de juízes, e o mais importante, no treinamento dos atuais juízes, já que as reformas somente serão bem sucedidas se a magistratura, em exercício, estiver convencida das necessidades de mudanças" (g.n.).

Ao mais, o Documento Técnico n. 319 elege três prioridades para a Reforma do Poder Judiciário nos países latino-americanos e caribenhos: *a.* a necessidade de um controle externo do Poder Judiciário (como ocorrerá, *e.g.*, com a criação do Conselho Nacional de Justiça referido no Projeto de Emenda Constitucional n. 29, em tramitação pelo Senado Federal); *b.* a adoção de mecanismos alternativos para a resolução de conflitos (como

(60) *Idem*, p. 01.

são, *e.g.*, a arbitragem privada da Lei n. 9.307/96 e as comissões de conciliação prévia da Lei n. 9.958/2000); *c.* a verticalização das decisões pelo império da jurisprudência de cúpula (como ocorrerá, *e.g.*, com a instituição da "súmula vinculante")[61]. Em todos os casos, diga-se, esvazia-se a capacidade criativa do Poder Judiciário e golpeia-se-lhe a independência, com prejuízo para a garantia institucional dos direitos de cidadania (notadamente os de segunda e terceira geração).

A título de ilustração, dados econômicos da atualidade brasileira podem dilucidar, com relativa facilidade, como os instrumentos jurídicos servem a uma função meramente simbólica, ocultando em números alvissareiros a reprodução do capitalismo predatório — o que denuncia o objetivo de *cooptação ideológica* das classes econômicas desfavorecidas e dos nichos intelectuais desavisados, sem pretensão de produzir modificações reais e efetivas no modelo econômico em vigor. Nos documentos *"Desigualdades de Renda e Gastos Sociais no Brasil: Algumas Evidências para o Debate"*[62], de autoria de *Márcio Pochman*, e *"Gasto Social do Governo Central: 2001-2002"*[63], assinado pelo Ministro Antonio Palocci Filho, constata-se o seguinte:

(a) se o Estado brasileiro não existisse — *i.e.*, num estado natural de absoluta liberdade para as forças do mercado —, a renda média dos 10% mais ricos (aí entendidos os que têm renda igual ou superior a R$ 2.000,00/mês) seria *38 vezes* maior que a dos 10% mais pobres;

(b) com a intervenção do Estado (mediante instrumentos jurídicos de política social e fiscal), a diferença reduz-se em cinco pontos percentuais com os programas de transferência de renda e de previdência social (renda média dos mais abastados equivalente a *33 vezes* a dos menos favorecidos), e em outros seis pontos percentuais com a arrecadação de impostos diretos — especialmente o imposto de renda — junto aos mais abastados (renda média dos mais ricos igual a *27 vezes* a dos mais pobres);

(c) nada obstante, com a elevada remuneração financeira do capital (juros) e com os impostos indiretos (que sacrificam com mesma imposição tributária — logo, desigualmente — abonados e desabonados), a diferença de renda eleva-se em dois e em cinco pontos percentuais, respectivamente, tornando a renda média dos mais abastados *34 vezes maior* que a renda média dos mais desfavorecidos.

Em suma: apesar da ação aparente dos mecanismos legais de distribuição de renda (inclusos os impostos diretos e as *"despesas sociais de natureza não contributiva"*), o quadro macroeconômico permanece basicamente *inalterado*, uma vez que outros mecanismos, menos visíveis, compensam as perdas dos mais favorecidos e restabelecem a desproporção original — quase aquela mesma esperada num ambiente econômico "sem

(61) Cfr., por todos, *Hugo Cavalcanti Melo Filho*, "A reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas", Brasília, s.e., 2003, *passim*.

(62) Cfr. *http//www.fazenda.gov.br* (captura em 23.11.2003).

(63) Cfr. *http//www.trabalhosp.prefeitura.sp.gov.br* (captura em 23.11.2003).

Estado". A conclusão é óbvia: a despeito do efeito "simbólico" dos instrumentos jurídicos de política social[64], a complexa disposição dos demais instrumentos de política econômica *reconduz* a compleição socioeconômica do país àquela verificável em um ambiente econômico estritamente liberal (*i.e.*, sem a intervenção do Estado). Ou, na expressão de Elio Gaspari: *"mexeu, mexeu e ficou tudo igual"*[65]. E não aparenta que essa recondução seja involuntária, já que há medidas absolutamente conscientes de redução da margem de investimentos sociais em prol da consecução de metas econômicas neoliberais — veja-se, p. ex., a notícia de que parte significativa dos tributos arrecadados nas loterias federais, que deveriam ter destinação eminentemente social (Fundo Penitenciário Nacional, Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior e Fundo Nacional de Cultura), é retida para compor o superávit primário, com vistas ao equilíbrio financeiro das contas externas do país (serviço da dívida)[66]. Contextos semelhantes se repetem, com maior ou menor evidência, em todos os demais países do capitalismo periférico que assimilaram a doutrina econômica do "Consenso".

Entende-se, portanto, como e porque o Direito paulatinamente se reduz a um aparato de afirmação e propagação da ideologia político-econômica dominante, desde a sua criação, junto às fontes materiais, até a sua operação e reprodução (aqui incluídos o ensino e a reciclagem profissional) — convolando-se, na dicção de *Althusser*, em *aparelho ideológico do Estado*[67] (A.I.E.). Ao mesmo tempo em que o estatuto jurídico moderno (ou pós-moderno) confere legitimidade para o modelo de dominação legal-

---

(64) Efeito que a publicidade oficial do Poder Executivo tende a potencializar. Veja-se, p. ex., todo o esforço de *marketing* em torno da Reforma da Previdência (PEC n. 40/03 na Câmara dos Deputados, depois PEC n. 67/03 no Senado Federal), basicamente liberal, mas apresentada ao vulgo como instrumento poderoso de "redistribuição de renda" e de cassação dos privilégios dos "mais ricos".

(65) *"A ekipekonômica abriu o debate e ele continua"*, in *Folha de São Paulo*, 23.11.2003, p.A-10.

(66) Cfr. *Folha de São Paulo*, 23.11.2003, p.A-1: *"O governo usa parte da verba das loterias federais que deveria financiar projetos em educação, cultura e combate à violência para fazer superávit primário (economia para pagamento de juros da dívida).* [...] *Do R$ 1 bilhão arrecadado até outubro pelas loterias que teria tal destinação, os projetos levaram R$ 471 milhões — R$ 500 milhões não foram usados.* [...] *Para Guido Mantega (Planejamento), reter a verba para fazer superávit é legal. 'O dinheiro entra e não pode ser usado em outra coisa, mas superávit não é outra coisa'"*. Eis a retórica da *legalidade* como sinônima da *legitimidade* na atuação do aparelho estatal — que amiúde é indiciária de violações ao princípio da moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, da CRFB).

(67) Cfr. *Aparelhos Ideológicos de Estado*, pp. 68 e 73: *"Designamos pelo nome de aparelhos ideológicos do Estado um certo número de realidades que apresentam-se ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas"*, tendo-se em conta que *"todos os aparelhos do Estado funcionam ora através da repressão, ora através da ideologia, com a diferença de que o Aparelho (repressivo) do Estado funciona principalmente através da repressão enquanto que os Aparelhos Ideológicos do Estado funcionam principalmente através da ideologia"*. Assim, o Poder Judiciário integra o aparelho *repressivo* do Estado (Althusser cita os *tribunais*), enquanto o Direito propriamente dito é um dos aparelhos *ideológicos* do Estado, que *"funcionam principalmente através da ideologia, e secundariamente através da repressão seja ela bastante atenuada, dissimulada, ou mesmo simbólica"*, pois *"não existe aparelho puramente ideológico"* (p. 70).

burocrática — em que legalidade e legitimidade se confundem[68] — e consubstancia respostas simbólicas para os anseios populares, também serve à cooptação e à alienação dos novos operadores jurídicos (por meio do "direito dos códigos" ensinado nas academias) e ainda proporciona aos agentes do Estado mecanismos para garantir o livre fluxo de capitais, o primado da estabilidade econômico-financeira (vide, por todas, a Lei Complementar n. 110/2000[69]) e, como seus consectários, a previsibilidade dos julgados e as blindagens legais do erário (vide, por todas, a Lei n. 4.348/64[70], a Lei n. 8.437/929[71], a Lei n. 9.494/97[72] e, recentemente, a Medida Provisória n. 2.197-43/01[73]).

Modelos jurídicos com esse perfil podem ser desestabilizados pela ação de magistraturas comprometidas com ideologias marcadamente sociais, que se disponham a interpretar a lei com toda a dimensão de sua constitucionalidade, justiça e ética (no Brasil, p. ex., com vistas ao teor do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil[74], que é norma geral do direito brasileiro). Por isso, a construção, a afirmação e a propagação de uma ciência jurídica "neutra", descomprometida com objetivos políticos, eco-

---

(68) Cfr. Max Weber, *Metodologia das Ciências Sociais*, trad. Augustin Wernet, 2ª ed., São Paulo, Cortez Editora, 1995, parte 2, pp. 349-350: *"A dominação 'legal' em virtude de ser 'estatuto'. O seu tipo mais puro é indiscutivelmente a dominação burocrática. A sua idéia básica é a seguinte: qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente no que diz respeito à sua forma. [...] Obedece-se à pessoa não em virtude do seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo quem e em que medida se deve obedecer. Aquele que manda também obedece a uma regra no momento em que emite uma ordem: obedece à 'lei' ou a um 'regulamento' de uma norma formalmente abstrata. [...] Correspondem naturalmente ao tipo da dominação legal não apenas a estrutura moderna do Estado e do Município, mas também a relação de domínio numa empresa capitalista privada, numa associação com fins utilitários, ou numa união de qualquer outra natureza que disponha de um quadro administrativo numeroso e hierarquicamente articulado"*. Ainda: *"A forma de legitimidade mais corrente é a crença na legalidade: a obediência a preceitos jurídicos positivos estatuídos segundo o procedimento usual e formalmente corretos"* (p. 429).

(69) Chamada *Lei de Responsabilidade Fiscal*, que *"estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências"*.

(70) Artigo 5º, *caput*: *"Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens"*.

(71) Artigo 1º, *caput*: *"Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em virtude de ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal"*. § 3º: *"Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação"* (contra a Administração direta e indireta).

(72) Artigo 1º: *"Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992"*.

(73) Acrescentou à Lei n. 8.036/90 (Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) o artigo 29-B, dispondo: *"Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no processo cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS"*.

(74) Artigo 5º do Decreto-lei n. 4.657/42: *"Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"* (g.n.).

nômicos ou sociais, torna-se fundamental para a preservação do *status quo* político-econômico. Daí as formulações "puristas" que se espraiaram no entre-guerras e que devem se reafirmar no início do século XXI, aproximando a ciência jurídica do paradigma metodológico das ciências exatas.

Essas concepções "puras" do Direito, de traço racional e marcadamente empírico, que preordenam a previsibilidade judiciária e o império dos contratos, jamais transigiram com o ideal transcendental da Justiça. No dizer de *Kelsen*, *"a Justiça é um ideal irracional. Por quanto indispensável possa ser para a volição e a ação humana, não pode ser objeto de conhecimento. Do ponto de vista da cognição racional, há tão-somente interesses e, de conseqüência, conflitos de interesses"*[75]. Inadvertidamente, porém, essas concepções encaminham *ideologias*, por erigirem *dogmas* que não são mais que "verdades" necessárias ao modelo (sendo o maior deles, na teoria kelseniana, o da *norma fundamental* como fundamento lógico-transcendental do sistema jurídico[76]). Ora, a afirmação de qualquer "verdade" dogmática é, por si mesma, ideológica:

> "l'attribut 'vrai' implique fondamentalement un rapport à la théorie. Il renvoie à la connaissance scientifique. Quant à la Vérité, c'est un mythe religieux et idéologique qui a pour fonction de garantir l'ordre établi. Ce qui est *'juste'* ou *'correct'* renvoie à un rapport à la pratique. Lês thèses qui forment le corpus de la philosophie ne donnent lieu à aucune démonstration ni preuve scientifique mais à des justifications rationnelles d'un type particulier. Par conséquent on peut les qualifier de *'correctes'* ou *'justes'* (mais pas au sens de justice — qui est une catégorie morale — mais de justesse, catégorie pratique qui indique l'adequación des moyens aux fins). Par consequénce, nous pouvons dire que ce qui est 'juste' parce qu'il se réfère à l'action, se réfère aussi à la définition de toute stratégie et ligne *'juste'*, *'correcte'*, dans n' importe quel camp"[77] (*g.n.*).

Com isso, rui em definitivo a pretensão à neutralidade. Não há pensamento jurídico ou ação social que não se faça informar, ainda que furtivamente, por algum elemento ideológico. A pretensão mesma à pureza é, por si própria, ideológica[78]. Ademais, antes de ser ciência, o Direito é um *instrumento* que deve servir à sua finalidade universal (e não meramente contextual). Logo, não lhe basta ser uma *ordem de conduta humana*[79]: tem de ser uma *ordem justa* — donde a importância da distinção conceitual

---

(75) "General Theory of Law and State", Cambridge, Harvard University Press, 1946, p. 13.

(76) Cfr. "Teoria Pura do Direito", pp. 205 e ss.

(77) "Sur la philosophie", p. 79, nota n. 1.

(78) Cfr., nesse sentido, Alaor Caffé Alves, "Estado e Ideologia: Aparência e Realidade", São Paulo, Brasiliense, 1987, *passim* (notadamente capítulos I, III e IV).

(79) *Idem*, p.33. *In verbis*: "O Direito: Ordem de conduta humana. [...] *Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como "Direito", resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana".*

entre o *verdadeiro* e o *justo*, haurida de Althusser. Não interessa, no Direito, verdades lógicas, mas sim soluções *justas*, em acepção moral (*"justice"*) ou prática (*"justesse"*), porque em ambos os casos o hermeneuta se encaminhará ao panteão axiológico da Constituição, que será o fiel da adequação entre meios e fins.

Nesse sentido, é importante reconhecer o papel dialético da filosofia — e, por ela, do *ensino* e da *teoria do Direito* — na construção da realidade. É compromisso histórico da Academia, do Poder Judiciário, do jurista e do operador jurídico pugnar por um modelo de Direito *socialmente engajado*, que contemple equacionamentos jurídico-axiológicos para dilemas técnicos — por intermédio de conceitos alternativos como os da hierarquia dinâmica, da interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto[80] — e implemente direitos de segunda e terceira gerações, a despeito das repercussões negativas que essa jurisprudência possa engendrar no "mercado" ou dos abalos que possa causar na ideologia econômica dominante. Diversamente das ciências exatas ou das outras ciências sociais, à ciência jurídica não contenta a *Verdade* (ideológica) ou o *verdadeiro* (científico), mas o socialmente justo (no sentido moral de *"justice"* e no sentido pragmático de *"justesse"*) — e esse conceito deve ser construído historicamente, como produto da dialética materialista, em face das exclusões determinadas pelo modo de produção capitalista.

IV. À GUISA DE CONCLUSÃO: O DIREITO E A ECONOMIA ALÉM DE *MARX*

Entende-se, hodiernamente, que o enfrentamento dos desafios inerentes ao capitalismo contemporâneo passa pela intervenção dos agentes públicos na regulação dos mercados, o que se faz por intermédio das políticas públicas e dos instrumentos jurídicos de política econômica. Reconhecê-los — as políticas e os instrumentos jurídicos — como subprodutos da ideologia capitalista (i.e., ícones do aparelho ideológico do Estado) implica antever a sua inaptidão para sanear os paradoxos inerentes ao modo capitalista de produção. "Mexer para ficar igual". Daí a necessidade de concebê-los sob diverso matiz ideológico, desnaturando-os como elementos dos aparelhos repressivos ou ideológicos de Estado e tornando-os instrumentos de *inclusão social*, rompendo com a lógica exploratória do modo de produção capitalista.

Essa avaliação não se assenta claramente nas obras de *Marx* ou *Althusser* (que têm sustentação em dados da realidade, como acima demonstrado). Exige uma releitura para além das concepções filosóficas de mundo desses dois autores, ensejando conclusões mais promissoras. Vejamos.

---

(80) Vide, *supra*, nota n. 51.

Frédéric Zenati[81], professor da Universidade *Jean Moulin* (*Lyon III*), observa, com toda propriedade, que o "economismo" (*l'économisme*) de Marx admite uma dupla crítica: a primeira, por ser uma visão reducionista dos fenômenos que podem influenciar materialmente a História (ignorando outros fenômenos humanos que precedem a economia, como a sexualidade ou a guerra); a segunda, por ignorar, na reação selvagem ao idealismo alemão hegeliano, o grau de intimidade dos liames que unem o Direito e a Economia — *"qui, loin d'être des instances parfaitement distinctes, confinent en réalité à la fusion"*[82]. Com efeito. Para *Marx*,

> "Non seulement l'économie determine la vie sociale, mais elle influence jusqu'à la structure de la société dont elle est le soubassement. *Cette perception ramène le droit à des proportions modestes.* Tout d'abord il est vain de penser que le droit peut agir sur la réalité, car *c'est la réalité qui agit sur le droit, non l'inverse.* Le juriste, pense Marx, commet une erreur en pensant que le droit régit les comportements, et que la loi qu'il applique est le moteur de la vie. Le droit est essentiellement une représentation idéele du réel, dont il procede, *une idéologie*"[83] (*g.n.*).

Não é diverso, como vimos, o pensamento de *Althusser* — que, todavia, reconhece à filosofia geral o papel de remodelar o pensamento, conjugando a percepção de uma realidade social singular, única e factual[84], que sirva de base às ações políticas e econômicas. Mesmo papel se pode reconhecer, *mutatis mutandi*, à filosofia do Direito e à ciência jurídica.

As restrições de *Marx* ao Direito justificam-se pelo contexto histórico em que se vira inserido. Nas palavras de *Zenati*,

> "*Marx* sait de quoi il parle car il connâit bien la corporation des juristes et plus précisément des *juristes allemands, dont on connâit le goût pour l'abstration.* Non sans filitation (conflictuelle) avec Savigny dont il fut l'élève, il trouve le temps d'égratiner incidemment un produit caractéristique de l'idéalisme allemand, le volontarisme juridique. *Le propriétaire ne tient pas son pouvoir d'un droit subjectif* qui lui permettrait selon son bon vouloir d'user ou d'abuser de la chose, écrit-il, *mais du fait que la chose soit économiquement et antérieurement à toute conceptualisation juridique une chose économiquement appropriée*, une propriéte dans le faits"[85] (*g.n.*).

---

(81) *"Le droit et l'économie au-delá de Marx"*, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1992, t. 37 (*droit et économie*), pp. 121-129.

(82) *Idem*, p. 121.

(83) *Idem*, p. 123.

(84) "Sur la philosophie", pp. 66-69.

(85) *Frédéric Zenati, op.cit.*, p. 123.

Mas esse diagnóstico não é necessariamente verdadeiro em todos os contextos. Bem ao contrário,

> "Cette hypothèque fondamentale entache l'œuvre scientifique de Marx d'une connotation téléologique. Son engounement pour l'économie politique n'est pas seulement la conséquence de son option matérialiste: il peut être dû à la fascination qu'exerce sur lui comme sur tous les socialistes de l'époque le *travail humain*. [...] Comment ignorer *l'influence de la sexualité* sur le psychisme, mais aussi *sur les structures sociales, juridiques e politiques?* D'autres (*Freud, Engels* notamment) se chargeront de la démontrer, mais il est peut-être significatif que cette tâche n'ait pas intéressé Marx qui avait, il est vrai, fort à faire avec l'économie politique. *Les conséquences incalculables que peut avoir la dissociation de la sexualité et de la procréation engendrée par le progrés technique démontrent aujourd'hui que l'histoire de l'homme n'est pas exclusivement économique*" (86) (*g.n.*).

Da mesma forma,

> "*La guerre, qui pourrait bien être la cause première du droit*, est un autre aspect de la vie matérielle negligé, bien que non ignoré, par *Marx. Instinct de survie*, celle-ci est profondément ancrée en l'homme depuis la nuit des temps, même si la civilisation s'est efforcé de la circonscrire. Marx admet qu'elle est une des activités primordiales de la communauté naturelle et va même jusqu'à lui reconnaître un certain effet social en faisant état d'une destruction des forces productives par les barbares après le déclin de l'empire romain, voire d'une influence de l'organisation guerrière sur la société féodale" (87) (*g.n.*).

Ademais, o próprio marxismo depois de *Marx* tratou de moderar o "economismo" originário do pensamento marxista, com

> "une portée considérable. Elle augure de ce qu'*une étude comparée approfondie des superstructures dans le systèmes sociaux pourrait bien conduire à réviser le rôle modeste dans lequel Marx cantonne le droit*. S'il est vrai que le droit se développe avec le commerce au point d'atteindre sa perfection dans le stade suprême de développement du marché qu'est le capitalisme, il faut s'attendre à trouver dans ce type de société *un droit dont la fonction est surdéveloppée par rapport aux modéles antérieurement connus*" (88) (*g.n.*).

---

(86) *Idem*, p. 125.
(87) *Idem*, *ibidem*.
(88) *Idem*, p. 126.

Por conseguinte,

> "Il est posible à partir de l'œuvre de Marx d'avancer la doublé proposition que *le rapport économique est juridique et le rapport juridique est économique*. [...] Le rapport économique est juridique parce qu'il ne peut s'établir sans le droit dans l'économie de marché. Comme le dit Marx, l'échange nécessite le contrat, acte de volonté par lequel les parties se reconnaissent réciproquement propriétaires privés"[89].

E, já por isso, é forçoso concluir que

> "Il est vraie que le droit privilégie une lecture marchande des rapports sociaux et que son caractère d'égalité peut apparaître comme une *opacification du paysage inégalitaire de la trame sociale*"[90] (*g.n.*).

Reside aí, justamente, o fulcro ideológico do direito moderno. Mas isso

> "est lié à sa nature qui est celle d'un mécanisme d'échange donc d'égalisation. Pour peu qu'on dépasse *Marx* en recherchant la substance des rapports de production capitalistes dans l'echange, *la relation qui existe entre le droit et l'économie confinerait à l'intimité*"[91] (*g.n.*).

Identificar uma tal "intimidade" permite inferir que o Direito também pode *agir* sobre a realidade, modificando-a substancialmente, sem prejuízo ao *princípio de anterioridade* das relações econômicas, tão caro ao pensamento jurídico marxista[92] (até por se reconhecer, com Althusser[93], que algumas estruturas sociais privilegiaram funções da superestrutura — *e.g.*, a *religião* no sistema feudal —, sem perder de vista o caráter fundamental da instância econômica). Se, por um lado, o Direito pode servir ao Estado e às classes dominantes como aparelho ideológico (A.I.E.), por outro, tem aptidão para interferir na realidade e humanizar as relações materiais, dada a sua *intimidade* com a própria instância econômica — desde que se lhe reconheça esse papel, para resgatar as suas funções sociais e éticas e romper com a sua histórica destinação ideológica.

---

(89) *Idem, ibidem.*

(90) *Idem*, p. 129.

(91) *Idem, ibidem.*

(92) Cfr. Evgeny B. Pasukanis, *La théorie générale du droit et le marxisme*, trad. Brohm, Paris, Édi, 1970, p. 83. Cfr. também Zenati, *op. cit.*, pp. 123-124: "*les rapports économiques se seraient selon lui historiquement établis dans un premier temps à l'état brut jusqu'à ce que survienne le premier litige qui détermine le procès, forme primitive du droit, avant que, sur la base de cette éxperience, ils ne se nouent désormais sur un mode juridique*".

(93 Cfr. do autor, nesse sentido: *Pour Marx*, Paris, Maspéro, 1972, 268 p. (*passim*); *Lire le Capital*, Paris, Maspéro, 1968, 184 p. (*passim*). Cfr. também Zenati, *op. cit.*, p.125.

Diante disso, e em face das informações *supra* amealhadas, cabe enfim postular, à guisa de conclusão, o que segue:

a. A sociedade pós-industrial ("pós-moderna") distingue-se historicamente com a substituição do capital industrial pelo capital financeiro (declínio de Bretton Woods), coincidindo com o término do "breve século XX" (1914-1991), na expressão de Erik Hobsbawn.

b. Essa sociedade tem um direito característico, dito *direito moderno* (ou "pós-moderno"), típico do modo de produção capitalista: nele, legalidade e legitimidade se confundem, pois os pressupostos de legitimidade resumem-se ao paradigma da separação de poderes e ao paradigma da vinculação do juiz à lei, aos quais se aliam a universalidade abstrata (que produz a igualdade formal dos sujeitos), a universalidade das formas jurídicas (refletindo a universalidade da troca mercantil no plano econômico) e o império das liberdades formais (no plano político);

c. Esse direito moderno (ou "pós-moderno") proporciona aos agentes econômicos a previsibilidade e a calculabilidade inerentes à racionalidade do mercado, o que o torna expressão da *forma de domínio racional* weberiana;

d. O direito moderno (ou "pós-moderno") provê a desregulamentação e a precarização das relações produtivas (capital e trabalho), assegurando, com isso, o livre fluxo dos capitais especulativos, o barateamento da produção, o fluxo internacional de mão-de-obra barata e os fenômenos de exclusão social ("queimando", pela segregação, as forças produtivas ociosas). Com isso, garante sobrevida ao modo de produção capitalista.

e. Nesse contexto, o Direito convola-se em *aparelho ideológico do Estado* (A.I.E.), servindo à cooptação e à alienação das massas, conferindo legitimidade para o modelo de dominação legal-burocrática e proporcionando respostas simbólicas para as queixas da sociedade civil. Essa carga ideológica passa a contaminar todo o processo de criação (fontes materiais), operação (militância e jurisdição) e reprodução (ensino e reciclagem profissional) do Direito.

f. As concepções "puras" do Direito, de traço racional e empírico, que engendram a previsibilidade judiciária e o império dos contratos, são as manifestações mais clássicas do direito moderno (ou "pós-*moderno*") no âmbito da ciência jurídica.

g. Nada obstante, o Direito é um nível privilegiado da superestrutura, apto a interferir na realidade e promover modificações substanciais nas relações econômicas subjacentes (infraestrutura), redefinindo a dialética materialista. Essa aptidão, olvidada por *Marx*, insinua-se em *Althusser* e se impõe indelével nas visões de mundo comprometidas com a ética. Para esse mister, é curial desvencilhá-lo de seu viés ideológico liberal e privilegiar a sua função natural e a-histórica de realizar o socialmente justo (no sentido de *"justice"* e de *"justesse"*).

Esse é o desafio que se impõe aos juristas e aos operadores jurídicos na aurora da sociedade pós-industrial. A ruptura do direito legal-formal, garante do *status quo*, é pouco mais que a ruptura de uma concepção de mundo. Agora, mais que antes, *criar o Direito* assume um significado vital para o desfecho da História no mundo capitalista unipolar.

V. BIBLIOGRAFIA

Althusser, Louis. "Lire le Capital". Paris: Maspéro, 1968.

_____. "Os Aparelhos Ideológicos de Estado: Notas sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado". Trad. Walter José Evangelista, Maria Laura Viveiros de Castro. 8ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. "Pour Marx". Paris: Maspéro, 1972.

_____. "Sur la philosophie". Paris: Gallimard, 1994.

Alves, Alaor Caffé. "Estado e Ideologia: Aparência e Realidade". São Paulo: Brasiliense, 1987.

Belluzzo, Luiz Gonzaga de Mello. "O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados "globalizados". *In: Economia e Sociedade*. Campinas, (4):11-20, jun. 1995.

Cardoso de Mello, João Manuel. "O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e do desenvolvimento da economia brasileira". 10ª ed. Campinas: IE — UNICAMP, 1998.

Cesarino Jr., Antonio Ferreira. Cardone, Marly Antonieta. "Direito Social". 2ª ed. São Paulo: LTr, 1993. v. I.

Chevallier, Jean-Jacques. "As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias". Trad. Lydia Christina. 5ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1990.

Dakolias, Maria. "O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para a reforma". Trad. Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento, Banco Mundial, junho/1996. In: *http://www.sintrajusc.org.br/banco_mundial.asp* (11.11.2003).

De Masi, Domenico (org.). "A Sociedade pós-industrial". Trad. Anna Maria Capovilla *et al.* 2ª ed. São Paulo: SENAC, 1999.

_____. "O Ócio Criativo: entrevista a Maria Serena Palieri". Trad. Léa Manzi. 2ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

Deddeca, Cláudio Salvadori. "Racionalização econômica e trabalho no capitalismo avançado". Campinas: UNICAMP — IE, 1999.

Faria, José Eduardo (org.). "Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas". São Paulo: Malheiros, 1996.

Feliciano, Guilherme Guimarães. "O Terror e a Justiça". *In: Revista dos Tribunais* n. 794/495-504.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. "Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo". São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. "Curso de Direito Constitucional". 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

Franco, Gustavo H. B. "O Consenso de Aracaju". *In: http://wwwusers.rdc.puc-rio.br/gfranco/a75.htm* (11.11.2003).

Gaspari, Elio. "A ekipekonômica abriu o debate e ele continua". *In: Folha de São Paulo*, 23.11.2003, p. A-10.

Grau, Eros Roberto. "O Direito Posto e o Direito Pressuposto". 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Habermas, Jürgen. "Direito e Democracia: entre facticidade e validade". Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.II.

Hobsbawn, Eric. "Era dos Extremos: o breve século XX". Trad. Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Ianni, Octavio. "Teorias da globalização". 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

Kalecki, Michael. "Crescimento e ciclo das economias capitalistas". Trad. Jorge Miglioli. 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 1983.

Kelsen, Hans. "General Theory of Law and State". Cambridge: Harvard University Press, 1946.

_____. "Teoria Pura do Direito". Trad. João Baptista Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

Keynes, John Maynard. "A teoria geral do emprego, do juro e da moeda". Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Atlas, 1982.

Marx, Karl. Engels, Friedrich. "Manifesto Comunista". Trad. Maria Lucia Como. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

Marx, Karl. "Para a crítica da economia política". *In: Os Pensadores.* Trad. José Arthur Giannotti, Edgar Malagodi. São Paulo: Abril Cultural, 1974. v. XXXV.

_____. "Terceiro Manuscrito (propriedade privada e comunismo)". *In: Os Pensadores.* Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1974. v. XXXV.

Melo Filho, Hugo Cavalcanti. "A reforma do Poder Judiciário brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas". Brasília: s.e., 2003.

Ortega y Gasset, José. "Sobre la razón histórica". Madrid: Alianza, 1997. v. XII.

Pasukanis, Evgeny B. "La théorie genérale du droit et le marxisme". Trad. Brohm. Paris: Édi, 1970.

Reale, Miguel. "Filosofia do Direito". 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Streck, Lenio Luiz. "Jurisdição constitucional e hermenêutica". 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Weber, Max. "Metodologia das Ciências Sociais". Trad. Augustin Wernet. 2ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 1995. parte 2.

Zenati, Frédéric. "Le droit el l'économie au-delá de Marx". *In: Archives de Philosophie du Droit.* Paris: Sirey, 1992. t. 37 (*droit et économie*).

DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS E NÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA (*)

Sumário: 1. Introdução: STF pacifica entendimento. 2. Argumentos favoráveis à competência da Justiça do Trabalho. 3. STF sinalizou competência da JT. 4. Razões por que a competência continua sendo da Justiça dos Estados. 5. A posição do Tribunal Superior do Trabalho. 6. Supremo Tribunal Federal reafirma, por suas duas turmas, a incompetência da Justiça do Trabalho. 7. Necessidade de alteração legislativa. 8. Considerações finais. 9. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO: STF PACIFICA ENTENDIMENTO

O Supremo Tribunal Federal, por ambas as suas turmas, pacificou, em julgados recentes (RE 349160-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 403832-SP, mesmo relator; e RE 345486-SP, Rel. Min. Ellen Gracie), que a competência para apreciação de dano, material ou moral, decorrente de acidente do trabalho, ainda quando a ação for movida contra o empregador, é da Justiça comum dos Estados e não da Justiça do Trabalho. As ementas e principais detalhes dos referidos julgados, que devem sepultar, ao menos por ora, a intensa controvérsia reinante acerca do tema, serão mais adiante transcritos.

Conquanto não tenhamos dúvida de que a apreciação de pedido de indenização por dano decorrente da relação de emprego, inclusive moral, é da competência da Justiça do Trabalho[1], já tivemos a oportunidade de

---

(*) Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Presidente Prudente – SP. Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP (Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo"). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Membro do Conselho Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região.

(1) Neste sentido, aliás, o STF já deliberou, em sessão plenária de 23.05.90 (STF CJ 6.959-6 DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), pela competência da Justiça do Trabalho para julgar demanda de

sustentar, anteriormente, a incompetência desta Justiça Especializada para apreciar dano da mesma natureza, quando derivado de acidente do trabalho (*Oliva*, 2002, p. 279-284). Sempre deixamos assentado, no entanto, o entendimento de que mais ajustadas estariam as ações acidentárias no âmbito de competência da Justiça do Trabalho, o que, a nosso ver, porém, demandaria alteração legislativa, não necessariamente constitucional (o que dependerá da extensão da alteração, se abrangendo também ações contra a Previdência Social, ou não).

Interessante é que a posição do Supremo Tribunal Federal é manifestada num momento em que quatro das cinco Turmas e as duas Subseções Individuais do Colendo Tribunal Superior do Trabalho inclinam-se a adotar justamente o entendimento contrário, admitindo a apreciação de indenização por danos, mesmo quando derivados de acidente do trabalho, pela Justiça do Trabalho, desde que o pedido seja deduzido contra o empregador. Aliás, muitas e abalizadas vozes já vinham se posicionando no mesmo sentido.

2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

São ponderosas, por exemplo, as razões apresentadas por Valdir Florindo (1999, p. 169) para sustentar que a competência para apreciação de dissídios relativos a acidentes do trabalho (e, por derivação, os danos que deles resultem, inclusive morais) é, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, da Justiça do Trabalho.

Argumenta o consagrado autor que "a Constituição Federal de 1967, com seus remendos em 1969, dizia expressamente que 'os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça Ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios...' (artigo 142, § 2º). Esta era a exceção, pois a regra da competência da Justiça do Trabalho era aquela elencada no *caput* do artigo 142, *in verbis*: 'Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas da relação de trabalho".

---

servidores do Banco do Brasil, que queriam compelir o banco a cumprir proposta de venda de apartamentos em Brasília – DF, feita àqueles que concordassem em transferir-se para a Capital Federal e lá permanecessem, a serviço exclusivo e direto da empresa, por mais de cinco anos. Da mesma forma, a Suprema Corte Brasileira firmou a competência da Justiça do Trabalho para apreciar pedido de dano moral, quando relacionado com a relação de emprego, como se extrai da ementa do seguinte julgado:

"Ementa: Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil" (STF RE 238.737-4-SP – Ac. 1ª T., v.u., em 17.11.98. Rel. Min Sepúlveda Pertence. D.J. 5.2.99).

Seguindo essa linha de raciocínio, o respeitável jurista, ao constatar que o atual artigo 114 da Constituição Federal omitiu a disposição antes contida no § 2º do artigo 142 da antiga Carta, conclui que isto ocorreu "obviamente porque o legislador constituinte originário não quis mais destinar à Justiça Ordinária dos Estados os litígios relativos a acidentes do trabalho" (mesma obra e página citadas).

Da mesma opinião compartilha *Rodolfo Pamplona Filho* (2002, p. 387/388):

> Com efeito, enquanto a ação de acidentes do trabalho, em que figura o INSS, numa típica hipótese de responsabilidade civil objetiva, é de competência da Justiça comum, a ação de reparação de dano moral decorrente de acidente de trabalho, causado dolosa ou culposamente pelo empregador, somente pode ser da competência da Justiça do Trabalho, eis que os sujeitos da lide figuram em função da qualidade jurídica de empregador e empregado, numa discussão de controvérsia decorrente da relação de emprego, em que se vai discutir a responsabilidade subjetiva do empregador (hipótese do art. 159 do Código Civil).[2]

Mais recentemente, o não menos ilustre advogado e professor paranaense *José Affonso Dallegrave Neto* (ST n. 174, Dez. 2003, p. 6), fazendo também paralelo entre a atual e a antiga Constituição Federal, concluiu que "de forma oposta à tradição das CF pretéritas, a de 1988 deixou, adrede, de reproduzir o sentido da regra do § 2º do art. 142 da CF/67; fê-lo, obviamente, porque o constituinte não quis mais destinar à Justiça Comum dos Estados os litígios atinentes aos acidentes do trabalho".

Contrapondo-se aos que, segundo ele, realizam interpretação equivocada do art. 109, I, da atual Constituição Federal, declara o autor referido:

> A afirmação de que a Justiça Comum Estadual detém competência residual é correta, porém tais exegetas incorrem em erro quando nela incluem os litígios acidentários civis. Deveras, o que compõe a competência residual da Justiça comum não são os litígios acidentários contra o empregador, mas tão-somente aqueles movidos contra o INSS, os quais incidem sobre os seguintes benefícios: a) aposentadoria por invalidez decorrente de acidente do trabalho; b) auxílio-doença oriundo de acidente do trabalho; c) auxílio-acidente. (*Dallegrave Neto*, ST n. 174, Dez. 2003, p. 7.)

Desejável seria que assim fosse, mas com a devida permissão destes e de tantos outros juristas que com eles comungam a mesma opinião, não é, como se verá adiante.

---

(2) À luz do Código Civil vigente, a remissão seria aos artigos 186 e 927, no lugar do art. 159 do CC de 1916.

3. STF SINALIZOU COMPETÊNCIA DA JT

A tese da competência da Justiça do Trabalho para apreciar danos decorrentes de acidente do trabalho em ações movidas contra o empregador ganhou adeptos fervorosos a partir da publicação de três ementas de acórdãos do próprio Supremo Tribunal Federal. A exegese da ementa, no primeiro caso, revelou-se equivocada e descuidada. Nas duas outras hipóteses, houve precipitação na conclusão de que o STF teria mudado seu posicionamento acerca do tema, o que — agora é incontestável — não ocorreu.

Eis a ementa do primeiro caso mencionado:

> *Ementa:* Justiça do trabalho. Competência para julgar ação de indenização por acidente de trabalho. Acórdão recorrido assenta em fundamento suficiente não impugnado no RE: precedente do STF. Incidência da Súmula 283. Regimental não provido. (STF AGRG. no RE 269.309-0-MG — Ac. 2ª T, v.u., em 18.12.2000. Rel. Min. Nelson Jobim. D.J. 18.12.2000).[3]

A leitura atenta do v. acórdão cuja ementa se transcreveu, entretanto, demonstra que no Recurso Extraordinário, a fundamentação imprimida pelo eminente relator, levou em conta que o acórdão recorrido, originário do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, fundamentou-se em precedente do STF (RE 238.737, *Pertence*, alhures mencionado), e que as razões do recorrente, Banco do Brasil S/A, não impugnaram esse fundamento, sendo este o motivo por que foi negado seguimento ao Recurso.

Só depois, no Agravo Regimental, sustentou o Banco do Brasil S/A que a matéria tratada no precedente adotado diferia da que encontrava-se *sub judice*, pois esta referia-se a danos materiais e morais decorrentes de Acidente do Trabalho. A conclusão do Ministro relator, entretanto, foi a de que "o acórdão recorrido adotou fundamento suficiente (precedente do STF) que não foi impugnado nas razões do RE". E finalizou: "não cabe suscitar, nesta fase recursal, a inadequação do precedente". Só por isto foi negado provimento ao regimental, não havendo apreciação específica sobre a competência que, no caso, restou mantida como sendo da Justiça do Trabalho.

O segundo caso derivou de petição, oriunda de Minas Gerais, que recebeu o número 2.260-2 no STF. A matéria restou assim ementada:

> *Ementa:* Recurso extraordinário: medida cautelar: deferimento. É de deferir-se medida cautelar de suspensão dos efeitos do acórdão objeto de RE já admitido na origem e adstrito a questão de competência da Justiça comum ou da Justiça do Trabalho para o processo, quando, à primeira vista, a solução dada na instância a qua (*sic*), ao

---

(3) Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível (inteiro teor) em <http://stf.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2003.

afirmar a competência da Justiça estadual para o caso — ação de indenização contra o empregador por danos decorrentes de acidente do trabalho —, é contrária à orientação do Supremo Tribunal. (STF PET 2.260-2-MG — Ac. 1ª T., v.u., em 18.12.2001. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. D.J. 01.03.2002).[4]

Como se infere do relatório do v. acórdão respectivo, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, após reafirmar a competência da Justiça comum estadual — e não da Justiça do Trabalho — para conhecer de ação ordinária de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho, sobrestou, com base no art. 542, § 3º, do CPC, o Recurso Extraordinário interposto por RBR Empreendimentos e Construções Ltda. em face de José dos Reis Teixeira, por contrariedade ao art. 114 da Constituição Federal.

A recorrente, então, requereu ao Supremo Tribunal Federal, fosse conferido efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, e que o mesmo fosse processado e julgado. O insigne relator, por despacho datado de 22.06.2001, deferiu a liminar pretendida ao argumento de ser "*plausível a sustentação na espécie da competência da Justiça do Trabalho, à vista de precedentes do Supremo Tribunal (CJ 6959, Pl, Pertence, RTJ 134/96; RE 238737, 1ª T, Pertence, 17.11.98, DJ 5.2.99).*" (sem destaque no original)

Ressaltou o Ministro que "*seria desastroso para as partes, que — só quando já decidida a causa nas instâncias ordinárias — se viesse a julgar o RE, com provável afirmação da incompetência da Justiça estadual.*" (sem destaque no original).

Em razão disto, deferiu a liminar, posteriormente referendada pela E. 1ª Turma, para "*determinar a sustação do processo principal e o processamento imediato do recurso extraordinário, admitindo-o ou não o il. Presidente do Tribunal a quo, do que se pede seja dada ciência ao Relator.*"

Pois bem! Verifica-se, já no enunciado da ementa do v. acórdão, que "à primeira vista" a solução dada pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais seria contrária à orientação do Supremo Tribunal Federal. Por ocasião do deferimento liminar, conforme destaques nos trechos acima transcritos, houve alusão expressa à plausibilidade da sustentação de competência da Justiça do Trabalho e probabilidade da incompetência da Justiça estadual.

Derivou a decisão, pois, de cognição sumária, não exauriente. Daí, talvez, o possível equívoco do ilustrado Ministro Sepúlveda Pertence, que, com seus admiráveis votos, engrandece a Justiça Brasileira, mas que, na hipótese, invocou como precedentes casos por ele próprio relatados, já referidos na primeira nota de rodapé deste artigo, que não são adequados para aquele em comento, cujo dano resulta de acidente do trabalho.

Tomadas as providências determinadas então, encontra-se hoje, no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n. 349608, envolvendo as mesmas partes (RBR Empreendimentos e Construções Ltda x *José dos*

(4) Brasil. *Supremo Tribunal Federal.* Disponível (inteiro teor) em <http://stf.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2003.

Reis Teixeira), que, por prevenção, foi distribuído ao Ministro Pertence em 1.8.02, estando os autos com ele conclusos desde 9.8.02. Previsível que, mantida a posição adotada nos dois outros casos em que relatou recentemente, acolherá a competência da Justiça comum Estadual, devendo prosseguir a apreciação do caso no Tribunal de Alçada mineiro.

O terceiro e último caso mencionado anteriormente é idêntico ao segundo. Em 19.3.02, foi distribuída, também para o Ministro Pertence, a Petição n. 2651, originária de São Paulo, em que é requerente Banco Itaú S.A. e requerida *Lisolete Aparecida Silva*. Em 22.3.02, foi deferida a liminar, na qual invocou o i. relator, como razões de decidir, o despacho pelo qual havia deferido a liminar no caso anterior (acima mencionado). Houve, igualmente, referendo da 1ª Turma em 25.6.02.

A ementa, entretanto, já aqui, não foi tão incisiva como no caso anterior:

> *Ementa:* Medida cautelar: RE sobre competência sobrestado na origem, com risco de vir ao final a ser provido, com a anulação das decisões de mérito: deferimento imediato do recurso: referendo. (STF *PET* 2.2651-9-SP — Ac. 1ª T., v.u., em 25.6.02. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. D.J. 13.09.2002).[5]

O Recurso Extraordinário subiu e recebeu o n. 370152. Foi distribuído ao Ministro Sepúlveda Pertence, por prevenção, em 4.2.03, estando, com ele conclusos os autos, desde 6.2.03. Não hesitamos em afirmar que, também neste caso, o resultado passou a ser previsível, com o prosseguimento do julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, afastando-se a pretendida competência da Justiça do Trabalho.

4. RAZÕES POR QUE A COMPETÊNCIA CONTINUA SENDO DA JUSTIÇA DOS ESTADOS

Antes de proferidos os julgamentos mencionados no início deste trabalho, e que serão abaixo transcritos, poder-se-ia até sustentar que as súmulas 235[6] e 501[7] do Supremo Tribunal Federal, apesar de ainda subsistentes, estariam superadas. Afinal, a primeira data de 16.12.1963 e a última de 3.10.69. Válida seria, ainda, a asserção de que a Súmula 15[8],

---

(5) Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível (inteiro teor) em <http://stf.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2003.

(6) Súmula 235 do STF: "É competente para a ação de acidente do trabalho a justiça cível comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora".

(7) Súmula 501 do STF: "Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista".

(8) Súmula 15 do STJ: "Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho".

do Superior Tribunal de Justiça, apesar de ser de 1990, estaria em desconformidade com a Constituição e jurisprudência atual do Excelso STF (a exemplo do que vinha ocorrendo em relação ao dano moral), merecendo, inclusive, cancelamento, como se deu, em passado próximo (DJU 9.11.2000), com a Súmula 230 (que atribuía à Justiça Estadual competência para processar e julgar ação movida por trabalhador portuário avulso).

Não bastasse, porém, ter permanecido assente, mesmo após a Constituição Federal, pela jurisprudência mansa e pacífica do próprio STF, que em casos tais a competência é da Justiça Comum (*v.g.*, RE 127619-CE, Rel. Ministro Carlos Velloso, j. 27.11.90; RE 176532-1-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 05.02.98)[9],[10], se a intenção do legislador constituinte fosse atribuir mesmo à Justiça do Trabalho competência para julgamento de causas decorrentes de acidentes do trabalho, não as teria excepcionado, expressamente, da competência dos juízes federais (artigo 109, I), pois no mesmo dispositivo já estão excluídas as que são da competência da Justiça do Trabalho. Ora, se nestas já estivessem compreendidas aquelas, se chegaria à inexorável conclusão de que o constituinte utilizou palavras (ou expressões) inúteis no texto, sendo redundante, o que não se compatibiliza com as regras da boa hermenêutica.

Não é possível ignorar, ainda, que a legislação previdenciária prevê, expressamente, a competência da Justiça comum para apreciação de questões relacionadas à acidente do trabalho. Poder-se-ia argumentar que, na hipótese, estariam contempladas apenas as ações intentadas contra o INSS, como se tem feito. Mas não há hoje autorização legislativa para que questões derivadas de fato único (acidente) sejam dirimidas por juízos diversos. Assim, apesar da aparente limitação do texto da Lei n. 8.213/91, a interpretação — mais plausível — conjugada com os demais dispositivos legais e com o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, deve ser no sentido de que, mesmo contra os empregadores, quando incorrerem em culpa e dolo, as ações indenizatórias, hoje, são de competência da Justiça comum. Eis o texto do artigo 129 da Lei n. 8.213/91, *in verbis*:

> Art. 129. Os litígios e medidas cautelares a acidentes do trabalho serão apreciados:
>
> I — na esfera administrativa, pelos órgãos da Previdência Social, segundo as regras e prazos aplicáveis às demais prestações, com prioridade para conclusão; e

---

(9) Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. "Constitucional. Previdenciário. Acidente do Trabalho. Ação acidentária. Competência para o seu julgamento. Constituição. Artigo 109, I. – I – Compete à Justiça comum dos Estados-membros processar e julgar as ações de acidente de trabalho. C.F., art. 109, I. II – Recurso Extraordinário conhecido e provido". Disponível (inteiro teor) em: <http://dorado.stf.gov.br/teor/it.asp?classe=RE&processo=127619>. Acesso em: 14 abr. 2001.

(10) Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. "Constitucional. Previdenciário. Acidente do Trabalho. Ação Acidentária. Compete à Justiça comum dos Estados processar e julgar as ações de acidente de trabalho (CF, art. 109, inc. I). Recurso não conhecido." (D.J. 20.11.98). Disponível (inteiro teor) em: <http://stf.gov.br>. Acesso em 2 fev. 2004.

II — na via judicial, pela justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT).

Parágrafo único. O procedimento judicial de que trata o inciso II deste artigo é isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas a sucumbência.

Assim, só nos resta admitir, ainda que contrariados, que o artigo 643, § 2º[11], da CLT, também foi inteiramente recepcionado pela Constituição Federal. Não discordamos do professor Amauri Mascaro Nascimento, também citado por Florindo, quando diz que "em boa doutrina, as questões de acidentes de trabalho *deveriam* ser da competência da Justiça do Trabalho" (1993, p. 124, com destaque intencional).

Até porque, na edição de seu Curso por nós consultada, posterior à mencionada por Florindo, sustentou *Nascimento* a incompetência da Justiça do Trabalho para tanto, manifestando apenas desejo de mudança, posição mantida, ao asseverar, na obra "Iniciação ao Direito do Trabalho", edição de 2003 (29ª, p. 631), que as questões decorrentes de *acidentes do trabalho* e *moléstias profissionais*, são "apreciadas na via administrativa pelo Instituto Nacional do Seguro Social e, na esfera judicial, pela justiça comum".

Compartilhamos, igualmente, do entendimento manifestado pelo professor *Wagner D. Giglio* (1994, p. 77) no sentido de que "a controvérsia fundada em acidente do trabalho, contudo, é inquestionavelmente de natureza trabalhista, e não havia, como não há, razão cientificamente válida para excluí-la da competência da Justiça do Trabalho. Somente o interesse escuso das companhias seguradoras justificava essa anomalia, no passado. Hoje, com a integração do seguro social no Instituto de Previdência, nem mesmo essa explicação subsiste". Mas, a par da opinião aqui transcrita, denotadora igualmente de inconformismo, ressaltou o mestre que "as ações de acidente permanecem na competência da Justiça Comum, que absorve toda a competência não atribuída às Justiças Especiais".

Vale ser lembrada também a lição do já saudoso professor, magistrado e jurista *Valentin Carrion* (2002, p. 472, *in* nota 3 ao art. 643), para quem "as ações de *acidente do trabalho* não pertencem à Justiça do Trabalho nem à Federal (CF 109, I), logo continuam na Comum;...". Todavia, há que se aplaudir posições de vanguarda como a do professor Valdir Florindo, pois são a partir delas que as transformações se processam.

---

(11) Art. 643, § 2º: "as questões referentes a acidentes do trabalho continuam sujeitas à justiça ordinária, na forma do Decreto n. 24.637, de 10 de julho de 1934, e legislação subseqüente".

5. A POSIÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O desejo de incorporar as ações decorrentes de acidentes do trabalho na Justiça do Trabalho, com ampliação de competência, já foi anteriormente manifestado pelo Tribunal Superior do Trabalho, em proposta encaminhada pelo então Presidente, Ministro Wagner Pimenta, à Comissão de Reforma do Poder Judiciário.

Ressaltou o ministro que "sem radicais reformas do *processo* não prosperam as reformas do judiciário. Uma coisa está ligada à outra e as duas funcionam como *vasos comunicantes*". Sugeriu, nesse diapasão, a ampliação de competência da Justiça do Trabalho em pelo menos três matérias: a) acidente de trabalho; b) conflitos de direitos sindicais; e c) reclamações do servidor público. Enfatizou que essas questões estão ligadas às relações de trabalho "e o juiz do trabalho está preparado para resolvê-las à luz de princípios do direito laboral". A respeito da primeira, que neste trabalho é a que nos diz respeito, declarou textualmente:

> "A matéria relativa ao acidente de trabalho envolve textos legais ou regulamentadores da *segurança do trabalho*, além de aspectos doutrinários relevantes, próprios das questões submetidas à Justiça do Trabalho (basta ver que nessas ações é fundamental, como *agravante* ou *atenuante*, a interpretação dos artigos 482 e 483 da CLT). A questão da medicina e segurança do trabalho é tema de um título completo da legislação especial com a qual lida exaustivamente a magistratura do trabalho. Nele se contempla: a) classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza dos riscos; b) o número de profissionais especializados segundo o grupo em que se classifique; c) a qualificação desses profissionais; e d) as características e atribuições dos serviços especializados. Também se institui, na CLT, a obrigatoriedade da constituição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes".[12]

Assim, mesmo no Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento era de que o acidente do trabalho (e, por conseqüência, a nosso ver, questões dele derivadas) refugia à competência da Justiça Especializada. Dignas de transcrição, no entanto, ementas de julgados que têm sido proferidos pelas suas diversas Turmas, sinalizando ser hoje, aparentemente majoritária, naquela Corte, posição no sentido oposto.

A primeira decisão de que se tem notícia, foi proferida pela E. Quarta Turma, tendo por relator o eminente Ministro *Ives Gandra Martins Filho*, na qual se reconheceu a competência da Justiça do Trabalho (vencido, no particular, o Exmo. Sr. Ministro Milton de Moura França) para apreciar dano físico (e moral) decorrente de acidente do trabalho:

---

(12) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 4 abr. 2001.

"1. Acidente de Trabalho — Ação de reparação de dano físico — Competência da Justiça do Trabalho. Sendo distinta a ação acidentária ajuizada contra o INSS (CF, art. 109, I, § 3º) e a ação indenizatória decorrente de acidente de trabalho (CF, art. 7º, XXVIII), e considerando que o Empregado somente poderia, em tese, sofrer acidente de trabalho no exercício da sua profissão, ou seja, estando vinculado contratualmente a um Empregador, não há como se afastar a competência material desta Especializada para julgar ação de indenização por dano físico, nomeadamente porque é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a Justiça do Trabalho detém competência material para julgar ação de reparação por dano moral. São danos ontologicamente idênticos, porquanto derivam da mesma matriz — a relação de trabalho. Daí a inafastabilidade da competência desta Especializada" (TST RR 483206, Ac. 4ª T., em 27.09.2000, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 01.12.2000, p. 800).[13]

A posição foi reafirmada e defendida durante o III Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do TRT da 15ª Região, realizado em Campinas-SP, nos dias 21 e 22 de junho de 2001, pelo não menos eminente Ministro Antônio José de Barros Levenhagen (integrante também da Quarta Turma), que teve oportunidade de relatar diversos outros casos semelhantes, sendo, um dos mais recentes, o proferido no RR 804918, cuja decisão é datada de 22.10.2003. Eis a alentada ementa:

Ações por danos material e moral provenientes de infortúnios do trabalho. competência do judiciário do trabalho em razão da matéria. inteligência dos artigos 114, 7º, inciso XXVIII, e 5º, inciso X, da constituição. As pretensões provenientes da moléstia profissional ou do acidente do trabalho reclamam proteções distintas, dedutíveis em ações igualmente distintas, uma de natureza nitidamente previdenciária, em que é competente materialmente a Justiça Comum, e a outra, de conteúdo iminentemente trabalhista, consubstanciada na indenização reparatória dos danos material e moral, em que é excludente a competência da Justiça do Trabalho, a teor do artigo 114 da Carta Magna. Isso em razão de o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição dispor que "São direitos do trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa", em virtude do qual impõe-se forçosamente a ilação de o seguro e a indenização pelos danos causados aos empregados, oriundos de acidentes de trabalho ou moléstia profissional, se equipararem a verbas trabalhistas. O dano moral do artigo 5º, inciso X, da Constituição, a seu turno, não se distingue ontologicamente do dano patrimonial, pois de uma mesma ação ou omissão, culposa ou dolosa,

(13) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho.* Disponível (inteiro teor) em : <http://posseidon.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=(218864nia.)&u=/Brs/it01.html&p=f&l=l&d=it01&f=g&r=1>. Acesso em: 4 abr. 2001.

pode resultar a ocorrência simultânea de um e de outro, além de em ambos se verificar o mesmo pressuposto do ato patronal infringente de disposição legal, sendo marginal o fato de o cálculo da indenização do dano material obedecer ao critério aritmético e o da indenização do dano moral o critério estimativo. Não desautoriza, de resto, a ululante competência do Judiciário do Trabalho o alerta de o direito remontar pretensamente ao artigo 159 do Código Civil. Isso nem tanto pela evidência de ele reportar-se, na verdade, ao artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo em face do pronunciamento do STF, em acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se concluiu não ser relevante para a fixação da competência da Justiça do Trabalho que a solução da lide remeta a normas de direito civil, desde que o fundamento do pedido se assente na relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho (Conflito de Jurisdição n. 6959-6, Distrito Federal). Incidência do Enunciado n. 333 do TST. Recurso não conhecido. (TST RR 804918, Ac. 4ª T., v.u., em 22.10.2003. Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen. DJ de 07.11.2003).[14]

Na Primeira Turma do TST, decisões tem sido proferidas no mesmo sentido. Exemplifique-se com uma das mais recentes:

Recurso de Revista. Dano Moral. Competência da Justiça do Trabalho. Após o advento da Constituição da República de 1988, a matéria referente aos direitos de personalidade e a conseqüente questão do dano moral, que a violação àqueles direitos pode ensejar, tem enquadramento constitucional, podendo ser objeto quer de reparação civil, quer penal, quer trabalhista. O aspecto diferenciador dirá respeito à origem da lesão, da relação em face da qual possa ser esboçado o fundamento do pedido. Tendo o Regional afirmado que consta do laudo pericial e dos exames periciais do INSS, que o Reclamante foi vítima de doença profissional decorrente fundamentalmente das condições e da organização de trabalho na Empresa, trazendo-lhe dano físico e moral, que culminou com a sua despedida sem justa causa e aposentadoria por invalidez com pouco mais de 30 anos de idade, exsurge a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a demanda. Recurso conhecido e não provido. (TST RR 711512, Ac. 1ª T., v.u., em 29.10.2003. Rel. Juíza convocada Eneida Melo. D.J. de 14.11.2003).[15]

Também na Segunda Turma do C. TST, há posições em sentido idêntico. A mais recente, teve como relator o eminente Juiz Samuel Corrêa Leite, oriundo do E. TRT da 15ª Região, convocado para compô-la. Eis a ementa:

---

(14) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2004.

(15) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2004.

Recurso de revista por conversão (reclamante) — Indenização por dano moral e material — Doença profissional — Competência da Justiça do Trabalho. O acórdão recorrido encontra-se em desarmonia com a jurisprudência dominante nesta Corte, no sentido de que a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, decorrente de culpa do empregador por doença profissional ou acidente de trabalho sofridos pelo empregado, uma vez que decorre da relação de trabalho entre empregado e empregador. (TST RR 7905-2002-900-03-00, Ac. 2ª T., v.u., em 26.11.2003. Rel. Juiz convocado Samuel Corrêa Leite. DJ de 12.12.2003).[16]

Da Terceira Turma, uma das ementas mais representativas é esta:

Danos morais. Acidente de trabalho — Competência da Justiça do Trabalho. A Justiça do Trabalho é competente para apreciar pedido de indenização por dano moral decorrente de culpa do empregador por doença profissional ou acidente de trabalho sofridos pelo empregado. A competência das Justiças Federal e Comum é para julgar a Ação Acidentária, promovida pelo acidentado contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS —, autarquia federal, visando ao pagamento do benefício previdenciário respectivo. O INSS não é parte legítima para figurar no processo em que se pleiteie indenização por dano moral decorrente de acidente de trabalho. O responsável pelo dano é o empregador, culpado por não tomar os cuidados legais necessários à prevenção da moléstia ou para evitar o acidente. Não sendo parte legítima a citada autarquia, chega-se à primeira conclusão, de que não remanesce competência às Justiças Federal e Comum para apreciar o pleito. A obrigação de indenizar decorre diretamente da relação empregatícia, donde a segunda conclusão: a Justiça do Trabalho é competente para apreciar o pedido indenizatório, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal. (TST RR 597006, Ac. 3ª T., v.u., em 07.11.2001. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DJ de 14.12.2001).[17]

Apenas na Quinta Turma não se encontra aresto específico sobre o tema, que indique a mesma tendência. Há um, no qual, na condição de relator, o Juiz convocado João Ghisleni Filho até declina, no corpo do julgado, seu entendimento no sentido de que "a Justiça do Trabalho é incompetente para dirimir controvérsias acerca de pleitos relativos a dano moral, em caso de acidente do trabalho ...". Entretanto, tanto o julgado como a ementa, limitam-se a esclarecer que o não conhecimento do RR deu-se por falta de interesse de agir da recorrente, por não ter sido sucumbente quan-

(16) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2004.

(17) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2004.

to ao aspecto da declaração de incompetência da Justiça do Trabalho (TST RR 599316, Ac. 5ª T., v.u., em 11.09.2002. Rel. Juiz convocado João Ghisleni Filho. DJ de 01.10.2002).[18]

Em outro feito, o Juiz convocado Walmir Oliveira da Costa, autor de valiosa obra jurídica que enfoca o tema dano moral na Justiça do Trabalho, na condição de relator, também não se pronunciou especificamente sobre o tema, porquanto, conforme ementa, "o Recorrente não se insurge, de forma expressa, contra a incompetência em razão do fundamento de fato que compõe a causa de pedir remota (doença profissional equiparada a acidente de trabalho) e que alicerça o pedido de indenização derivada de dano moral e dano material", explicitando que, tendo sido aplicado pelo Regional "o precedente específico do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, inviabiliza-se o Recurso de Revista por ofensa à norma constitucional invocada". Por isto, a Revista não foi conhecida, no tema, vencido o Ministro Brito Pereira (TST AIRRRR 757034, Ac. 5ª T., em 17.04.2002. Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa. DJ de 17.04.2002).[19]

De qualquer modo, é possível antever que a Quinta Turma, composta pelos Ministros Rider de Brito, Gelson de Azevedo e Brito Pereira, deve, quando se pronunciar especificamente a respeito, adotar posição dissonante das demais e conforme com a do Supremo Tribunal Federal. Isto porque dois de seus eminentes componentes, os Ministros João Batista Brito Pereira e Rider Nogueira de Brito, ombreados ao Ministro Milton Moura França, da Quarta Turma, foram votos vencidos em acórdão da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, da qual também fazem parte, que reconheceu a competência da Justiça do Trabalho. Eis a ementa, da lavra do Ministro designado redator, Vantuil Abdala:

> Embargos do reclamado. Dano moral e material — Acidente de trabalho — Lesão por esforços repetitivos — Ler — Competência da Justiça do Trabalho. A Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar ação de indenização por dano moral e material resultante de acidente de trabalho, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal.
>
> Quando o artigo 109, I, da Magna Carta exclui da competência da Justiça do Trabalho as causas de acidente de trabalho, logicamente está a se referir àquelas ações acidentárias dirigidas em desfavor da entidade previdenciária e não às ações indenizatórias de dano moral e material decorrentes de acidente de trabalho.
>
> Esse comando constitucional tem razão de ser, uma vez que as ações previdenciárias não visam equacionar litígio entre empregador e empregado, mas resguardar direito previdenciário, tendo no pólo passivo o INSS.

---

(18) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 04 fev. 2004.

(19) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2004.

O mesmo não ocorre com a ação de indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho, que configura típico litígio trabalhista, na medida em que envolve parcela devida pelo empregador ao empregado resultante do contrato havido entre as partes.

Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (TST ERR 483206, Ac. SBDI1, em 29.05.2003. Red. Min. Vantuil Abdala. DJ de 17.10.2003).[20]

Os Ministros João Batista Brito Pereira (TST ERR 450338, Ac. SBDI1, em 21.5.01, DJ de 8.6.01, p. 504) e Milton de Moura França (TST ERR 450085, Ac. SBDI1, em 5.3.01, DJ de 6.4.01, p. 530), por sinal, em processos em que atuaram como relatores, já haviam se manifestado pela incompetência da Justiça do Trabalho. Entretanto, fica evidenciado que também na SBDI1, a posição majoritária é no sentido de atribuir competência à Justiça do Trabalho em litígios de tal natureza.

No mesmo caminho trilha a Subseção II Especializada em Dissídios Individuais que, em acórdão relatado pelo Ministro Levenhagen (cuja ementa dispensa transcrição, por já ser conhecido seu posicionamento), negou provimento a Recurso Ordinário em Ação Rescisória, em votação unânime, reafirmando a competência material do Judiciário Trabalhista em casos de reparação de danos patrimonial e moral provenientes de infortúnio do trabalho (TST ROAR 51691-2002-900-03-00, Ac. SBDI2, em 25.3.03. Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen. DJ de 9.5.03).[21]

Deste modo, conquanto haja ainda respeitáveis vozes dissonantes no Tribunal Superior do Trabalho, é possível concluir que, hoje, a posição majoritária na mais alta Corte Trabalhista do País, é pela competência da Justiça do Trabalho em litígios movidos contra o empregador por danos materiais ou morais derivados de acidente do trabalho.

Apesar de recebermos com vivo entusiasmo a interpretação ampliativa dos v. acórdãos transcritos, que trazem à lume, como um dos fundamentos do reconhecimento da competência, o fato de estar prevista no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal a obrigatoriedade de o empregador custear seguro contra acidentes do trabalho, sem excluir a indenização a que estaria obrigado, quando incorresse em dolo ou culpa, quer nos parecer que, pelo quanto já mencionado, a interpretação do ordenamento jurídico hoje vigente não permite a aludida ampliação de competência. A simples posição topográfica da norma, de outro turno, não define, por si, a competência, vez que, *v.g.*, o direito de aposentadoria também está previsto no artigo 7º (XXIV) e nem por isso deixa de ser previdenciário.

---

(20) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho.* Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2004.

(21) Brasil. *Tribunal Superior do Trabalho.* Disponível (inteiro teor) em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2004.

Assim, ainda que também não encontremos razão científica para tal, pois no nosso entender mais ajustadas estariam as ações acidentárias no âmbito da Justiça do Trabalho, entendemos que — a não ser *de lege ferenda* — hoje tal não ocorre. Por conseqüência natural, vez que o acessório segue o principal (artigo 59 do Código Civil de 1916 e 92 do Código Civil vigente, aplicáveis também no Direito do Trabalho em razão da previsão contida no artigo 8º da CLT), os danos — materiais ou morais — decorrentes de acidente do trabalho também devem ser apreciados pela Justiça comum, ao menos até que se modifiquem os critérios hoje existentes.

6. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REAFIRMA, POR SUAS DUAS TURMAS, INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Ainda que sequiosos também por ver reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para apreciar danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho em ações movidas contra o empregador, pelas razões já expendidas, sempre sustentamos que, à luz do ordenamento jurídico vigente, tal competência é da Justiça comum dos Estados. A posição agora é avalizada pelas duas turmas do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal e a quem cabe, em última instância, dirimir a controvérsia.

Reafirmando posições sumuladas (STF 501 e 235, já transcritas), coube, uma vez mais ao Ministro Sepúlveda Pertence, o primeiro voto conclusivo e específico a respeito do tormentoso tema. Invocou, é verdade, o julgamento plenário do RE 176.532, relatado pelo Ministro Jobim e transcrito anteriormente em nota de rodapé, que, a nosso sentir, entretanto, por não envolver empregador, tendo como recorrente o Ministério Público Federal, e como recorridos, Instituto Nacional do Seguro Social — INSS e Oscar Rocha, não se amolda exatamente ao tema *sub examine*.

A ementa do v. acórdão do Ministro Sepúlveda Pertence, na parte que interessa ao presente estudo, restou assim redigida:

> *II. Competência: Justiça comum: ação de indenização fundada em acidente de trabalho. Ainda quando movida contra o empregador.*
>
> 1. É da jurisprudência do STF que, em geral, compete à Justiça do Trabalho conhecer de ação indenizatória por danos decorrentes da relação de emprego, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do direito comum e não do Direito do Trabalho.
>
> 2. Da regra geral são de excluir-se, porém, por força do art. 109, I, da Constituição, as ações fundadas em acidente de trabalho, sejam as movidas contra a autarquia seguradora, sejam as propostas contra o empregador. (STF RE 349.160-1-BA — Ac. 1ª T., v.u., em 18.12.2001. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. D.J. 01.03.2002).[22]

---

(22) Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível (inteiro teor) em <http://stf.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2003. Também pode ser encontrado em: Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, v. 15, n. 169, Jul. 2003, p. 127-130.

Do corpo do julgado, que tem como recorrente Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS e como recorrido João Brito, extrai-se que, anteriormente, os autos haviam sido remetidos para a Justiça Federal, que suscitou conflito de competência, dirimido pelo STJ, que entendeu competente, no caso a Justiça Comum.

Consigna, o eminente relator, que "ao contrário do que sustenta a recorrente, não basta tratar-se de '*dissídio entre trabalhador e empregador, decorrente da relação de trabalho*' — o que aqui não se discute, já que restou evidente o vínculo laboral entre as partes —, para se afirmar a competência da Justiça do Trabalho nos termos do art. 114 da Constituição. Impõe-se indagar a natureza do dano, cuja reparação se pleiteia — se decorrente de acidente do trabalho ou de causas de natureza diversa, como ocorria no precedente invocado ..." (referiu-se ao RE 238737, de sua lavra).

Acrescentou o Ministro relator:

> Na espécie, não obstante cuidar-se de dissídio entre trabalhador e empregador, decorrente da relação de trabalho — o que bastaria, conforme o art. 114 da Constituição, a firmar a competência da Justiça do Trabalho —, há um outro elemento a considerar: pleiteia-se não de qualquer indenização por ato ilícito, mas indenização por acidente do trabalho, caracterizado por doença permanente adquirida em decorrência dessa relação de trabalho — como alegado e não infirmado nos autos —, o que, por si só, afasta a incidência do art. 114, atraindo a competência da Justiça comum, por força do disposto no art. 109, I, da Constituição, como anotou o em. Ministro Eduardo Ribeiro, no julgamento do agravo regimental no Conflito de Jurisdição então suscitado ...

Ainda segundo o Ministro, "não se altera a equação do problema que não se trate de demanda a ser decidida conforme a legislação acidentária, contra a autarquia federal seguradora, mas à luz do direito comum e contra a empregadora". E finalizou: "Assim, à vista do caráter acidentário da indenização ora postulada e do disposto no art. 109, I, da Constituição Federal, deve ser mantida a decisão do Tribunal a quo, que entendeu competente para o feito a Justiça comum, não se aplicando à hipótese, o precedente invocado pela recorrente (RE 238737)". O Recurso, por unanimidade, não foi conhecido.

Na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a matéria também foi decidida por votação unânime. Por ocasião do julgamento, registrou-se a ausência justificada dos Ministros Nelson Jobim e Gilmar Mendes. A presença dos mesmos, entretanto, por certo não teria alterado o resultado, uma vez que, apesar de não ser conhecida a posição do último, a do primeiro já foi manifestada no RE 176.532, sendo, possivelmente, a mesma. Assim ficou ementado o novo e v. acórdão da lavra da Ministra Ellen Gracie:

> Recurso extraordinário. Processo civil, demanda sobre acidente de trabalho. competência. Art. 109, I da Constituição.

1. Esta Suprema Corte tem assentado não importar, para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, que o deslinde da controvérsia dependa de questões de direito civil, bastando que o pedido esteja lastreado na relação de emprego (CJ 6.959, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 134/96).

2. Constatada, não obstante, a hipótese de acidente de trabalho, atrai-se a regra do art. 109, I da Carta Federal, que retira da Justiça Federal e passa para a Justiça dos Estados e do Distrito Federal a competência para o julgamento das ações sobre esse tema, independentemente de terem no pólo passivo o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS ou o empregador.

3. Recurso extraordinário conhecido e improvido. (STF RE 345.486-2-SP — Ac. 2ª T., v.u., em 07.10.2003. Rel. Min. Ellen Gracie. D.J. 24.10.2003).[23]

A causa em apreço tem, num dos pólos, na condição de recorrente, a Viação Aérea São Paulo S/A — VASP, e, no outro, Juliana Campos Mendonça, que ajuizou ação ordinária perante a 1ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP. Decidindo preliminar de incompetência da Justiça Estadual suscitada pela VASP, o MM. Juiz de primeira instância não a acolheu, tendo o Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo mantido a decisão em agravo de instrumento, contra o qual insurgiu-se novamente a ex-empregadora.

Para a Relatora do RE, a orientação da Suprema Corte de que não importa, para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, que o deslinde da controvérsia dependa de questões de direito civil, "haveria de ser aplicada à demanda em análise, não fosse a causa de pedir versar acerca de doença profissional (Lesão por Esforços Repetitivos — LER) adquirida durante o período em que a recorrida laborou para a recorrente, enfermidade esta equiparada a acidente de trabalho". E transcreveu a ementa do RE 349.160, acima reproduzida, que contou, inclusive, com seu voto.

A última decisão do Supremo Tribunal Federal, reeditando as duas anteriores, foi proferida no RE 403832, em que são partes: Mineração Morro Velho Ltda., recorrente, e Geraldo Julião Maia, recorrido. O julgamento, na Primeira Turma, firmou a competência da Justiça comum, nos termos do voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, vencido o Ministro Marco Aurélio. A decisão foi publicada no DJ de 21.11.2003[24], ainda não se tendo conhecimento do inteiro teor do v. acórdão.

As três decisões mencionadas ratificam o entendimento já sedimentado nas Súmulas 235 e 501 da Suprema Corte, não sendo demasiada nova transcrição:

---

(23) Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível (inteiro teor) em <http://stf.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2004.

(24) Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://stf.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2004.

Súmula 235 do STF: "É competente para a ação de acidente do trabalho a justiça cível comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora".

Súmula 501 do STF: "Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista".

Aliás, a interpretação das Súmulas conduz à inexorável conclusão de que, ao menos a última, quando se refere ao processamento e julgamento de causas de acidente do trabalho "ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista", não diz respeito, obviamente, a causas de natureza estritamente previdenciária, mas a pedidos de indenização formulados contra tais entes na condição de empregadores públicos.

Conclui-se, pois, que a matéria encontra-se disciplinada, de forma mansa e pacífica, pelo Pretório Excelso: a competência para dirimir litígios em que se busca reparação, material ou moral, por acidente do trabalho, mesmo quando a pretensão for deduzida contra o empregador, é da Justiça comum dos Estados.

7. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Conquanto tenhamos sempre defendido a posição agora pacificada pelo STF, não nos conformamos com o fato de que questões acidentárias (inclusive tipicamente previdenciárias, em que figurem no pólo passivo da ação o INSS), quando o infortúnio decorrer da relação de emprego (excetuados, pois, os segurados referidos no inciso VII do art. 11 da Lei n. 8.213/91), devam ser dirimidas, conforme comando constitucional e infraconstitucional, pela Justiça Comum dos Estados.

É que o acidente do trabalho típico, como definido pela legislação previdenciária, é aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço do empregador, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (art. 19 da Lei n. 8.213/91). Ora, se o empregador é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador (§ 1º do artigo citado) e se tais medidas estão previstas na legislação trabalhista, resultando da inobservância das mesmas, normalmente, o acidente do trabalho, a competência deveria mesmo ser a Justiça do Trabalho.

A Justiça Especializada está mais familiarizada que qualquer outra com o tema. Tanto que o Supremo Federal acaba de editar (datado de 26.11.03), o enunciado da Súmula 736, do seguinte teor:

Súmula 736 do STF: "Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores."[25] (DJ de 9.12.03)

Por óbvio, tal entendimento não se aplica aos acidentes do trabalho, pelo quanto já exposto, derivando certamente de equívoco a alusão feita à PET 2260, já mencionada, como precedente da Súmula. Os demais precedentes invocados se ajustam: O CJ 6959, que também já foi abordado no presente artigo e os Recursos Extraordinários 206220 (STF RE 206.220-1-MG — Ac. 2ª T., v.u., em 16.3.99. Rel. Min. Marco Aurélio. D.J. 17.9.99) e 213015 (STF RE 213.015-0-DF — Ac. 2ª T., v.u., em 8.4.02. Rel. Min. Néri da Silva. D.J. 24.5.02), que tratam de ações civis públicas que visavam à preservação do meio ambiente do trabalho, sendo indiscutível a competência da Justiça do Trabalho.

Deveria ser competente também a Justiça do Trabalho para julgar causas relacionadas a acidentes do trabalho atípicos, como a doença profissional e a doença do trabalho (definidas, respectivamente, nos incisos I e II do art. 20 da Lei n. 8.213/91) e aos acidentes que assim são considerados por equiparação (art. 21 da mesma Lei), porquanto todos têm ligação umbilical com a relação de emprego e com o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

Não se olvide, entretanto, que para que tal competência seja firmada, faz-se necessária a promoção de alteração legislativa. Nesse sentido, por sugestão da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho — Anamatra, o deputado Luiz Antônio Fleury Filho (PTB-SP), chegou a apresentar o Projeto de Lei n. 4.910 de 2001, com a anunciada finalidade de — segundo a justificativa do próprio autor — "firmar a competência da Justiça do trabalho para as ações de indenização de danos materiais ou morais decorrentes de acidente de (*sic*) trabalho".

Conforme o autor, ainda, "a competência dessa Justiça para decidir litígios referentes ao dano moral vem sendo reconhecida por todos os tribunais, especialmente a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal neste sentido", mas, "no caso do acidente de (*sic*) trabalho, há várias interpretações e a legislação é multifacetada".[26]

No seu artigo 1º, a proposta legislativa introduzia modificações — inclusive correções meramente formais — na redação do artigo 652 da CLT (Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943), estabelecendo (dentre outras coisas), no inciso VI do referido dispositivo, que competiria ao juiz do trabalho "processar e julgar as causas de ressarcimento por danos causa-

(25) Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 05 fev. 2004.

(26) O inteiro teor do Projeto de Lei, inclusive com a respectiva justificativa, pode ser obtido no Diário da Câmara dos Deputados de 30 de Junho de 2001, Sábado, às páginas 32263-32268. Ou no endereço eletrônico <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 23 dez. 2003.

dos em acidente de (*sic*) trabalho, doença profissional ou do trabalho, entre trabalhadores e empregadores, fundadas em dolo ou culpa na execução do contrato de trabalho e dos contratos a que se referem os incisos I, letra "c", e V deste artigo" (os últimos, referentes, respectivamente, às ações de contratos de empreitada em que o empreiteiro seja operário ou artífice e ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra decorrentes da relação de trabalho".

No artigo 2º, o Projeto de Lei, entretanto, ressalvava que "a ação de acidente de trabalho fundada no direito previdenciário é da competência da Justiça Comum dos Estados, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição", porque, conforme o deputado, "quanto a essa matéria o presente projeto não pode e nem pretende propor qualquer modificação". Em suas considerações finais, *Fleury Filho* ressaltava que "não há apoio na lógica em reconhecer-se a competência para o Juiz do Trabalho decidir sobre causas em que se discute indenização por danos materiais ou morais em geral (o que hoje é praticamente pacífico na jurisprudência), e vedar-lhe a mesma competência quando o ato ilícito em que se funda a causa seja o acidente de (*sic*) trabalho".

Acrescentava *Fleury Filho:* "A vocação da Justiça do Trabalho, firmada em seus princípios, lhe dá maior autoridade para decidir sobre tais matérias. Aliás, ele já decide sobre a reintegração do empregado ou a indenização originada da garantia de emprego, nos casos de acidente do trabalho ou doença profissional. Excluir deste mesmo a indenização fundada no art. 159 do Código Civil seria contraditório".[27]

No plano infraconstitucional, essa seria a alteração possível. Caso fosse aprovado o projeto, passaria a Justiça do Trabalho a ter competência também para apreciar danos materiais e morais decorrentes do acidente do trabalho (exceto ações de natureza estritamente previdenciária). Após a apresentação de duas Emendas pelo Deputado Pedro Celso (PT-DF), em 22.10.01 — a primeira supressiva do inciso VI do art. 652, o que desvirtuaria completamente o projeto[28], e a segunda modificativa do inciso VII do mesmo artigo, o deputado Fleury Filho apresentou requerimento, datado de 11.6.02, solicitando a retirada do Projeto de Lei, o que foi acolhido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 25.06.2002, como pode se ver do andamento da proposição.[29]

---

(27) A alusão feita ao artigo 159 referia-se ao Código Civil de 1916. Corresponderia aos artigos 186 e 927 do Código Civil vigente.

(28) Eis o equivocado argumento do deputado: A presente Emenda visa retirar do texto do PL a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das demandas judiciais de trabalhadores, que tratam de ressarcimentos em decorrência de acidentes de trabalho. É que o atual tratamento judicial da matéria vem possibilitando ao trabalhador acidentado reclamar seus direitos com base no art. 118 da Lei n. 8.213/91, no judiciário trabalhista, ao mesmo tempo em que encaminha à Justiça Comum questões de ressarcimento. Com a mudança proposta no PL, os dois objetos podem vir a ser objeto de uma única ação e assim, confundirem-se. Neste caso, os trabalhadores acidentados certamente sofreriam prejuízos". Pode ser obtido o inteiro teor em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 23 dez. 2003.

(29) Brasil. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 23 dez. 2003.

O projeto, a nosso sentir, era tímido (no plano infraconstitucional, porém, não se poderia avançar mais). Ideal seria, como já salientado, que a competência da Justiça do Trabalho, na espécie, abrangesse também as causas acidentárias contra o INSS. Mas, para isto, haveria necessidade de alteração constitucional. De qualquer modo, é preciso que continue a ser desenvolvida a luta — tão bem coordenada pela Anamatra — pela ampliação da competência da Justiça do Trabalho no particular, ainda que, em análise última, para abranger apenas os danos pleiteados contra o empregador, como previa o PL 4910/2001.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo quanto exposto, é de se concluir que, a despeito da maciça jurisprudência que se forma já no Tribunal Superior do Trabalho em sentido contrário, deve prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pacificado nos v. acórdãos transcritos das suas duas turmas, porquanto é do Pretório Excelso, na condição de guardião da Constituição Federal, a última palavra sobre o assunto.

Não há, evidentemente, vinculação das instâncias inferiores. Não obstante, em conflitos de competência sobre o assunto, entre as Justiças do Trabalho e Estadual, o C. Superior Tribunal de Justiça, por certo, continuará decidindo a favor da última, consoante entendimento já sedimentado em súmula (STJ 15).

Caso não se estabeleça conflito, duas situações são possíveis: 1) se o feito for ajuizado ou prosseguir, após remessa da Justiça do Trabalho, na Justiça Comum, terá o final almejado, com a entrega da prestação jurisdicional sem maiores transtornos; 2) se processado, até final, pela Justiça do Trabalho, corre-se o risco de, prequestionada a matéria, ser admitido e processado Recurso Extraordinário, vendo-se, após anos a fio, todo o trabalho perdido, com devolução da questão para a Justiça Estadual comum, na sua instância primeira, onde tudo recomeçará.

Recomenda, pois, o bom senso, que já nas primeiras instâncias das Justiças Estadual comum e do Trabalho, reconheçam os magistrados a competência da primeira, evitando-se autêntico desperdício de tempo e de desenvolvimento inútil do trabalho jurisdicional, que só contribuiriam para a instabilidade jurídica, o inconformismo do jurisdicionado e, consequentemente, com o descrédito no Judiciário. A par disto, deve ser mantida a luta pela ampliação da competência da Justiça do Trabalho para abranger também causas dessa natureza, pelas razões científicas expostas.

9. BIBLIOGRAFIA

Carrion, Valentin. "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho — legislação complementar — jurisprudência". 27ª ed., atual. e ampl. por *Carrion, Eduardo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Dallegrave Neto, José Affonso. "Acidente de Trabalho: Competência Material da Justiça do Trabalho". *In: Síntese Trabalhista.* V. 15, n. 174, Porto Alegre-RS: Editora Síntese, dez. 2003.

Florindo, Valdir. "Dano moral e o Direito do Trabalho. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1999.

Giglio, Wagner D. "Direito Processual do Trabalho". 8ª ed., 2. tir., São Paulo: LTr, 1994.

Nascimento, Amauri Mascaro. "Curso de Direito Processual do Trabalho". 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

_____ . "Iniciação ao Direito do Trabalho". 29ª ed., São Paulo: LTr, 2003.

Oliva, José Roberto Dantas. "Tutela da Moral na esfera trabalhista: Tendências e Perspectivas". *In: Leite, Eduardo de Oliveira* (coord.). "Grandes Temas da Atualidade: Dano moral". Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Pamplona Filho, Rodolfo. "Dano Moral e Justiça do Trabalho". *In: Leite, Eduardo de Oliveira* (coord.). "Grandes Temas da Atualidade: Dano moral". Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, v. 15, n. 169, Jul. 2003.

LEGISLAÇÃO (EMENTÁRIO)

LEI N. 10.741, DE 1º.10.03 - DOU 3.10.03, pág. 1

Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

LEI N. 10.748, DE 22.10.03 — DOU 23.10.03, pág. 1

Cria o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens-PNPE, acrescenta dispositivo à Lei n. 9.608, de 18.2.98, e dá outras providências.

LEI N. 10.763, DE 12.11.03 — DOU 13.11.03, pág. 1

Acrescenta artigo ao Código Penal e modifica a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva.

LEI N. 10.764, DE 12.11.03 — DOU 13.11.03, pág. 1

Altera a Lei n. 8.069, de 13.7.90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

LEI N. 10.770, DE 21.11.03 — DOU 24.11.03, pág. 1

Dispõe sobre a criação de Varas do Trabalho nas Regiões da Justiça do Trabalho, define jurisdições e dá outras providências.

LEI N. 10.779, DE 25.11.03 — DOU 26.11.03, pág. 1

Dispõe sobre a concessão do benefício de Seguro-desemprego, durante o período de defeso, ao pescador profissional que exerce a atividade pesqueira de forma artesanal.

LEI N. 10.803, DE 11.12.03 — DOU 12.12.03, pág. 1

Altera o art. 149 do Decreto-lei n. 2.848, de 7.12.40 — Código Penal, para estabelecer apenas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo.

LEI N. 10.820, DE 17.12.03 — DOU 18.12.03, pág. 1

Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências.

LEI N. 10.825, DE 22.12.03 — DOU 23.12.03, pág. 1

Dá nova redação aos arts. 44 e 2.031 da Lei n. 10.406, de 10.1.02, que institui o Código Civil.

DECRETO. N. 4.862, DE 21.10.03 — DOU 22.10.03, pág. 2

Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6.5.99, e dá outras providências.

DECRETO N. 4.870, DE 30.10.03 — DOU 31.10.03, pág. 9

Altera o Regulamento da Inspeção do Trabalho, aprovado pelo Decreto n. 4.552, de 27.12.02.

DECRETO N. 4.874, DE 11.11.03 — DOU 12.11.03, pág. 130

Acresce artigo ao Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6.5.99.

DECRETO N. 4.882, DE 18.11.03 — DOU 19.11.03, pág. 13

Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6.5.99.

DECRETO N. 4.923, DE 18.12.03 — DOU 19.12.03, pág. 4

Dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, e dá outras providências.

MP N. 135, DE 30.10.03 — DOU 31.10.03, pág. 2

Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências.

ENUNCIADO DA SÚMULA STF N. 644, DE 24.9.30 — DJU 9.12.03, pág. 2 (publicação em 3 dias consecutivos)

Alteração: Ao procurador autárquico não é exigível a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo.

SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE STF NS. 622 A 721, DE 24.9.03 — DJU 9.10.03, pág. 1

Adendo n. 7 (publicação em 3 dias consecutivos).

SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE STF NS. 722 A 736, DE 26.11.03 — DJU 9.12.03, pág. 1

Adendo n. 8 (publicação em 3 dias consecutivos).

SÚMULA STJ/CJF N. 9, DE 13.10.03 — DJU 13.11.03, pág. 405

Aposentadoria especial. Equipamentos de Proteção Individual: O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado.

SÚMULA STJ/CJF N. 10, DE 27.11.03 — DJU 23.12.03, pág. 129 (Republicação)

Tempo de serviço rural. Contagem recíproca.

SÚMULA STJ N. 280, DE 10.12.03 — DJU 17.12.03, pág. 210

O art. 35 do Decreto-lei n. 7.661, de 1945, que estabelece a prisão administrativa, foi revogado pelos incisos LXI e LXVII do art. 5º da CF/88.

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/TP TEMAS NS. 1 A 3, DE 5.12.03 — DJU 9.12.03, pág. 494

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/SDI-1 TEMA N. 87, EM 13.11.03 — DJU 24.11.03, pág. 485

Nova redação: Entidade pública. Exploração de atividade eminentemente econômica. Execução. art. 883 da CLT.

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/SDI-1 TEMAS NS. 322 A 334, DE 5.12.03 — DJU 9.12.03, pág. 492

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/SDI-1 TRANSITÓRIA TEMA N. 22, EM 13.11.03 — DJU 24.11.03, pág. 485

Cancelado, em razão de ter sido transformada no Tema 287 da SDI 1.

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/SDI-1 TRANSITÓRIA TEMAS NS. 24 A 31, DE 5.12.03 — DJU 9.12.03, pág. 494

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/SDI-2 TEMAS NS. 124 A 128, DE 5.12.03 — DJU 9.12.03, pág. 493

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/SDC TEMA N. 13, EM 17.11.03 — DJU 24.11.03, pág. 485

Cancelado

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/SDC TEMA N. 14, EM 27.11.03 — DJU 2.12.03, pág. 609

Cancelado

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TST/SDC TEMA N. 21, EM 27.11.03 — DJU 2.12.03, pág. 609

Cancelado

RESOLUÇÃO PR/SEDH/CNDPPD N. 17, DE 8.10.03 — DOU 31.10.03, pág. 3

Nova redação da caracterização das deficiências auditiva e visual para o art. 4º, do Decreto n. 3.298/99

RESOLUÇÃO STF/GP N. 261,DE 26.9.03 — DJU 1º.10.03, pág. 1

Dispõe sobre as tabelas de custas do STF e dá outras providências.

RESOLUÇÃO STF/GP N. 264, DE 30.10.03 — DJU 4.11.03, pág. 1

Torna público o Regulamento da Secretaria do STF.

RESOLUÇÃO STF/GP N. 272, DE 2.12.03 — DJU 11.12.03, pág. 3

Altera o art. 3º da Resolução n. 261, de 26.09.03.

RESOLUÇÃO TST/TP N. 119, DE 25.9.03 — DJU 1º.10.03, pág. 691

Cancela o Enunciado n. 310, da Súmula da Jurisprudência do TST.

RESOLUÇÃO TST/DGCJ N. 120, DE 2.10.03 — DJU 9.10.03, pág. 551

Aprova a Instrução Normativa n. 24/2003, nos seguintes termos: dispõe sobre a faculdade de o ministro presidente do TST designar audiência prévia de conciliação, no caso de pedido de efeito suspensivo a recurso ordinário interposto à decisão normativa da Justiça do Trabalho.

RESOLUÇÃO TST N. 121, DE 28.10.03 — DJU 25.11.03, pág. 363 (Republicação)

Cancela, revisa, restaura, mantém e publica Enunciados que integram a Súmula da Jurisprudência do TST.

RESOLUÇÃO CFC/EFEPL N. 978, DE 19.9.03 - DOU 1º.10.03, pág. 111 (Republicação)

Aprova a NBC T 13 - IT-04 - Laudo Pericial Contábil.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TST/DGCJ N. 907, DE 21.11.02 — DJU 18.11.03, pág. 412

Regula o concurso de ingresso na Magistratura do Trabalho.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TST/DGCJ N. 940, DE 30.6.03 — DJU 14.11.03, pág. 560. (Republicação)

Resolve estabelecer os procedimentos a serem observados pelas Secretari-

as 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/DGCJ N. 958, DE 2.10.03 — DJU 9.10.03, pág. 552

Autoriza advogados, estagiários e credenciados a restituirem os autos às secretarias dos órgãos judicantes até 2 (dois) dias úteis após o término do prazo legal de devolução.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TST/DGCJ N. 962, DE 6.11.03 — DJU 14.11.03, pág. 560

Altera o item 4 da Resolução Administrativa n. 940/2003 e determina a sua republicação.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TST/DGCJ N. 965, DE 6.11.03 — DJU 18.11.03, pág. 412

Altera o Regulamento e o Programa para concurso público de provas e títulos destinado ao preechimento de cargo de Juiz do Trabalho Substituto, determinando a republicação da Resolução Administrativa n. 907/2003, com as modificações aprovadas, nos termos transcritos.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TST/DGCJ N. 966, DE 4.12.03 — DJU 11.12.03, pág. 426

Aprova o calendário oficial para o TST, relativo ao ano de 2004.

RESOLUÇÃO NORMATIVA MTE/CNI N. 58, DE 10.12.03 — DOU 10.12.03, pág. 102

Disciplina a chamada de tripulante de embarcação estrangeira e de técnicos sob contrato de prestação de serviços e de risco.

PROVIMENTO TST/CGJT N. 2, DE 12.9.03 — DJU 24.10.03, pág. 518 (Republicação)

Determina instruções para preenchimento do Modelo único de Guia de Depósito Judicial Trabalhista, estabelecido na Instrução Normativa n. 21.

PROVIMENTO TST/CGJT N. 3, DE 23.9.03 — DJU 23.12.03, pág. 129 (Republicação)

Permite às empresas estabelecidas em várias localidades do Território Nacional o cadastramento de conta bancária apta a sofrer bloqueios *on line* realizados pelo sistema BACEN JUD.

PROVIMENTO TST/CGJT N. 5, DE 9.10.03 — DJU 24.10.03, pág. 518 (Republicação)

Recomentda a identificação precisa das partes a fim de facilitar a obtenção de dados necessários à execução mais célere.

PROVIMENTO TST/CGJT N. 6, DE 11.12.03 — DJU 18.12.03, pág. 504

Determina a Padronização dos Registros de Autuação dos Processos Judiciários na Justiça do Trabalho.

PROVIMENTO TST/CGJT N. 7, DE 11.12.03 — DJU 16.12.03, pág. 420

Determina o envio da Relação de Processos, em curso e arquivados provisoriamente, contra a massa falida da Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria à Corregedoria do TRT da 18ª Região.

ATO TST/GDGCJ/GP N. 484, DE 25.11.03 — DJU 27.11.03, pág. 630

Resolve assegurar, no TST, prioridade na tramitação dos processos em que

figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade (Vigência a partir de 2.1.04).

ATO TST/GP N. 505, DE 9.12.03 — DJU 11.12.03, pág. 424

Cria a Ouvidoria do TST.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO MF/SRF/CGAT N. 80, DE 18.12.03 — DOU 19.12.03, pág. 27

Divulga Código de Arrecadação da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), com incidência não-cumulativa.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO MF/SRF/CGAT N. 81, DE 18.12.03 — DOU 19.12.03, pág. 28

Divulga Códigos de Arrecadação de Valores retidos a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e de Contribuição para o PIS/PASEP nos termos dos arts. 28 e 29 da Medida Provisória n. 135, de 30.10.03.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO MF/SRF/CGAT N. 82, DE 18.12.03 — DOU 19.12.03, pág. 28

Divulga Códigos de Arrecadação do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) para os casos que especifica e dá outras providências.

PORTARIA MPS N. 1.767, DE 22.12.03 — DOU 23.12.03, pág. 67

Dispõe sobre o cumprimento das disposições previstas nos arts. 7º e 7º-A da Portaria n. 2.346, de 10.7.01 e altera o § 1º do art. 2º da mesma portaria.

PORTARIA MTE/GM N. 1.150, DE 9.10.03 — DOU 10.10.03, pág. 75

Institui a Comissão Nacional de Direito e Relações de Trabalho e dispõe sobre sua organização e o funcionamento.

PORTARIA MTE/GM N. 1.153, DE 13.10.03 — DOU 14.10.03, pág. 127

Estabelece procedimentos a serem cumpridos pelos auditores-fiscais do trabalho nas ações fiscais para identificação e libertação de trabalhadores submetidos a regime de trabalho forçado e condição análoga à de escravo visando à concessão do benefício do Seguro-desemprego.

PORTARIA MTE/GM N. 1.179, DE 24.10.03 — DOU 27.10.03, pág. 101

Aprova os anexos modelos de formulários a serem preenchidos pelos empregadores que aderirem ao Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens - PNPE firmando o compromisso de gerar novos empregos nos termos da Lei n. 10.748/03.

PORTARIA MTE/GM N. 1.199, DE 28.10.03 — DOU 30.10.03, pág. 170

Aprova normas para a imposição da multa administrativa variável prevista no art. 133 da Lei n. 8.213, de 24.7.91, pela infração ao art. 93 da mesma lei, que determina às empresas o preenchimento de cargos com pessoas portadoras de deficiência ou beneficiários reabilitados.

PORTARIA MTE/GM N. 1.256, DE 4.12.03 — DOU 8.12.03, pág. 68

Aprova as instruções gerais para a declaração da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS, instituída pelo Decreto n. 76.900, de 23.12.75, referentes ao ano-base 2003.

PORTARIA MTE/GM N. 1.234, DE 17.11.03 — DOU 20.11.03, pág. 103

Estabelece procedimentos para encaminhamento de informações sobre Inspeções do Trabalho a outros órgãos.

PORTARIA MTE/SIT N. 56, DE 17.9.03 — DOU 1º.10.03, pág. 70 (Retificação)

Acrescenta o item 11.4 e o subitem 11.4.11 na NR-11 (transporte, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais), aprovada pela Portaria n. 3.214/78.

PORTARIA OAB/CF N. 1, DE 11.11.03 — DJU 17.11.03, pág. 660

Aprova o Manual Operacional do Cadastro de sanções disciplinares da OAB.

INSTRUÇÃO NORMATIVA MC/DETRAN N. 1, DE 9.12.03 — DOU 10.12.03, pág. 86

Estabelece orientações e procedimentos a serem adotados na celebração de contratos, convênios, termos de cooperação, acordos de coopereção técnica e congêneres, que tenham por objeto o acesso às bases de dados dos sistemas "Registro Nacional de Veículos Automotores-RENAVAM" e "Registro Nacional de Carteiras de Habilitação-RENACH".

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/INSS/DC N. 95, DE 7.10.03 — DOU 14.10.03, págs. 46-92

Estabelece critérios a serem adotados pelas áreas de benefícios e de Receita Previdenciária.

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/INSS/DC N. 96, DE 23.10.03 — DOU 27.10.03, pág. 42

Estabelece critérios a serem adotados palas áreas de benefícios e da Receita Previdenciária.

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/INSS/DC N. 98, DE 5.12.03 — DOU 10.12.03, pág. 68

Aprova Norma Técnica sobre Lesões por Esforços Repetitivos — LER ou Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho — DORT.

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/INSS/DC N. 99, DE 5.12.03 — DOU 10.12.03, pág. 71

Estabelece critérios a serem adotados pelas áreas de benefícios e da Receita Previdenciária.

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/INSS/ DC N. 100, DE 18.12.03 — DOU 2.1.04, pág. 11 (Republicação)

Dispõe sobre normas gerais de Tributação Previdenciária e de arrecadação das Contribuições Sociais administradas pelo INSS, sobre os procedimentos e atribuições da fiscalização do INSS e dá outras providências. (Vigência: a partir de 2.2.04).

PARECER CJ/MPS/GM N. 3.165/2003, DE 29.10.03 — DOU 31.10.03, pág. 39

Regimes próprios de Previdência Social. Momento de criação, para fins de exclusão do regime garal. Necessidade de edição de lei em sentido estrito. 1 — considera-se instituído o regime próprio de previdência social, para os fins liberatórios da proteção do servidor e das constribuições deste e da entidade pública para a qual trabalhe (arts. 12 da Lei n. 8.213/91 e 13 da Lei n. 8.212/91), a partir da vigência da lei, em sentido estrito, do estado ou do município, que estabeleça o regime previdenciário local. 2 — im-

possibilidade de consideração, para os fins acima especificados, das normas de aposentadorias e pensão por morte constantes da CF, de Constituições Estaduais ou de Leis Orgânicas Municipais. Absorção obrigatória do art. 40 da CF pelas constituições estaduais e leis orgânicas municipais. Competência privativa do chefe do Poder Executivo para iniciativa da leis que disponham sobre a aposentadoria de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "c", da CF). 3 — invalidação do Parecer MPS/CJ n. 2.955/03.

MENSAGEM PR N. 762, DE 18.12.03 — DOU 19.12.03, pág. 5

Veta totalmente, por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, o Projeto de lei n. 11, de 1997 (n. 3.602/97 na Câmara dos Deputados), que dispõe sobre os acordos judiciais trabalhistas que tratem da concessão de Seguro-desemprego e da movimentação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS.

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAIS SUPERIORES

01 — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ART. 5º DA CF. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA

A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do art. 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do art. 7º do Decreto n. 4.495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à *indulgencia principis*. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses. STF ADI 2.795 MC/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJU 20.6.03, pág. 56.

02 — AÇÃO RESCISÓRIA. CISÃO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPRESA CINDIDA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DA SUCEDIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, LIV E LV, DA CF/88. NÃO-CONFIGURAÇÃO

O fato de a Reclamada-Sucessora não ter sido parte no processo cognitivo não impede o exercício de seu direito de defesa no processo de execução (tanto é que existem os embargos à execução ou mesmo os embargos de terceiro para tanto). Assim sendo, não ocorreu violação literal do art. 5º, LIV e LV, da CF/88, pois, conforme restou demonstrado na decisão rescindenda, havia fundamento legal para responsabilizar a empresa cindida pelos débitos trabalhistas da sucedida (Lei n. 6.404/76, art. 233), de modo que não houve nenhum tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade no provimento dado pelo juízo prolator do acórdão rescindendo. Recurso ordinário desprovido. TST ROAR 33020-2002-900-09-00. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. DJU 1º.8.03, pág. 765.

03 — AÇÃO RESCISÓRIA. ECT. PROMOÇÃO DECORRENTE DE ATO ADMINISTRATIVO NULO. VIOLAÇÃO DO *CAPUT* DO ART. 37 DA CF. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

A iterativa, atual e notória jurisprudência desta colenda Corte tem-se manifestado no sentido de que, sendo a Recorrente empresa pública federal, integrante da Administração Pública Indireta, sujeita-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no referido dispo-

sitivo constitucional. Assim, a ilegalidade do ato que determinou as promoções unicamente pelo critério do merecimento, em inobservância ao Regulamento de Pessoal, não gera para os demais empregados qualquer direito. Isso porque se trata de ato nulo, insuscetível de produzir efeitos, sob pena de perpetuar-se a irregularidade administrativa, em flagrante afronta ao *caput* do art. 37 do Texto Constitucional, valendo ressaltar ser inaplicável à hipótese o Enunciado n. 83 do TST, ante a Orientação Jurisprudencial n. 29 da SBDI-2. TST ROAR 648-2001-000-13-00. Rel. Min. Emmanoel Pereira. DJU 30.5.03, pág. 597.

04 — AÇÃO RESCISÓRIA. FUNDADA EM VIOLAÇÃO LEGAL. SUCESSÃO TRABALHISTA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA

O conjunto probatório produzido nos respectivos autos é conclusivo quanto à existência de sucessão trabalhista e vínculo empregatício. A caracterização de afronta direta aos artigos 2º, 3º, 10 e 448 da CLT, como fundamento da pretensão, demandaria o reexame de fatos e provas do processo originário. Mas o procedimento não é adequado em grau de ação rescisória, conforme o entendimento pacífico desta Corte, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial da SBDI-2 n. 109. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. A denunciação da lide é incompatível com o processo do trabalho, porquanto a controvérsia sairia do âmbito da relação de emprego para o âmbito contratual ou legal entre duas empresas, ou seja, fora da competência traçada no art. 114 da Constituição da República. De outra forma, não é o entendimento pacífico deste Tribunal, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 n. 227. TST ROAR 59973-2002-900-06-00. Rel. Min. Emmanoel Pereira. DJU 30.5.03, pág. 599.

05 — AÇÃO RESCISÓRIA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. SOCIEDADE EXTINTA

Se a sociedade comercial se extinguiu por meio de distrato devidamente registrado na Junta Comercial, ela deixou de existir no mundo jurídico, razão pela qual não pode ser parte em processo judicial. Na hipótese dos autos, a sociedade nunca chegou a operar, razão pela qual a ação rescisória deveria ter sido proposta pelos seus ex-sócios, pois não se trata de simples encerramento das atividades da empresa e fechamento da sede, mas sim de inexistência da pessoa jurídica, e uma vez que não existe a pessoa jurídica, é de se concluir pela ilegitimidade ativa *ad causam*. Recurso ordinário desprovido. TST ROAR 62306-2002-900-04-00. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. DJU 28.03.03, pág. 569.

06 — AÇÃO RESCISÓRIA. JUÍZO EXECUTÓRIO. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS NEGATIVOS. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA

No título exeqüendo não há possibilidade de se prever todos os aspectos que podem vir a ser suscitados na execução. Na decisão exeqüenda apenas se reconhece o direito *in abstracto*. O direito em si somente materializa-se na execução da sentença, quando poderão ocorrer dúvidas quanto à forma de cálculo do direito reconhecido na decisão. Em face dessas considerações, não viola a coisa julgada decisão rescindenda, mediante a qual, utilizando-se dos parâmetros fixados na sentença transitada em julgado e em face de novos cálculos apresentados por perito contábil, se conclui pela inexeqüibilidade da decisão proferida no processo de conhecimento. Recurso ordinário provido, para julgar improcedente a ação rescisória. TST ROAR 605.786/99. Rel. Min. Francisco Fausto. DJU 22.8.03, pág. 479.

07 — ACÓRDÃO QUE DECIDIU ACERCA DO CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO COM BASE EXCLUSIVAMENTE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE

Hipótese em que ofensa à Carta da República, se existente, seria reflexa e indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. Incidência, ainda, das Súmulas ns. 282 e 356 desta Corte. Agravo desprovido. STF AI 431.593 AgR/RS. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJU 16.5.03, pág. 104.

08 — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO. LIMPEZA E HIGIENIZAÇÃO DE INSTALAÇÕES SANITÁRIAS DO CONSULTÓRIO MÉDICO. LIXO URBANO. ARTIGOS 189, 190 E 195 DA CLT. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA

Não se verifica a ofensa apontada aos artigos 189, 190 e 195 da CLT, quando a insalubridade é constatada mediante perícia, e a atividade exercida, "limpeza e higienização de instalações sanitárias de centro médico", se identifica como lixo urbano, que inclui resíduos hospitalares e enseja o deferimento do adicional em grau máximo, conforme Anexo 14 da NR 15 da Portaria n. 3.214/78, do Ministério do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. TST RR 567.742/99. Rel. Min. Milton de Moura França. DJU 1º.8.03, pág. 1.095.

09 — 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 eplica 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.

10 — ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. SATA. TRABALHO PRESTADO NA ÁREA DE ABASTECIMENTO DE AERONAVE

O trabalho prestado em área de risco, independentemente da atividade desenvolvida pelo empregado, dá ensejo ao adicional de periculosidade. Trabalhando o Reclamante na área de abastecimento de aeronaves, e constando da avaliação pericial o local de trabalho como sendo sujeito aos riscos decorrentes dos inflamáveis, tem-se que, apesar de a atividade não envolver o manuseio com qualquer substância que acarretasse a periculosidade, havia a exposição ao risco, fazendo, portanto, jus ao adicional de periculosidade, nos termos da NR-16, Anexo 2, itens 1 e 3 e letra *g*. Agravo Regimental desprovido. TST AGERR 434.876/98. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito. DJU 27.6.03, pág. 748.

11 — ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO

Não se conhece dos embargos quando a decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que se houve a prorrogação do trabalho noturno, como conseqüência devem as horas laboradas além das 5 (cinco) horas da manhã ser remuneradas como extras noturnas, conforme se depreende da Orientação Jurisprudencial n. 6 da SDI. Recurso não conhecido. TST ERR 439.221/98. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 21.3.03, pág. 439.

12 — 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 avarbação 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 Código Civil. Recurso especial não conhecido. STJ REsp 436.313/RS. Rel. Min. Vicente Leal. DJU 31.3.03, pág. 277.

13 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. EMPREGADO APOSENTADO POR INVALIDEZ. DOENÇA OCUPACIONAL

Violação do art. 159 do Código Civil aparentemente demonstrada. Agravo de instrumento a que se dá provimento, nos termos da Resolução Administrativa n. 928/03. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. EMPREGADO APOSENTADO POR INVALIDEZ. DOENÇA OCUPACIONAL. Decisão regional em que os Reclamados foram condenados ao pagamento de indenização decorrente de dano moral, ao argumento de que teriam sido demonstrados o nexo causal entre o trabalho exercido e a doença profissional de que foi acometido o Reclamante e a culpa dos Reclamados, uma vez que exigiam "trabalho contínuo do digitador durante a jornada normal, com exceção do único intervalo para descanso e refeição e prestação de serviços extraordinários", embora sabendo que a atividade mencionada "é responsável pela maioria dos casos de tenossinovite" (fls. 386). Violação do art. 159 do Código Civil de 1916 demonstrada, visto que inexistentes o naxo causal e a culpa do empregador na presente hipótese, em razão de no acórdão recorrido se registrar, com base no laudo pericial, que não é possível concluir que a doença tenha como causa única o exercício das funções de digitador em favor das recorrentes e de o empregador ter observado os intervalos intrajornada estabelecidos em lei. Recurso de revista a que se dá provimento. TST RR 759.784/01. Rel. Min. Gelson de Azevedo. DJU 8.8.03, pág. 992.

14 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFICIÊNCIA DO TRASLADO. FALTA DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 288

Firmou-se em ambas as Turmas, desde as sessões de 20.6 .95 — AgRegAg 149.722, 1ªT, Moreira; AgRegAg 151.485, Nesi, RTJ 159/158, Lex 210/110 — o entendimento de aplicação nessa hipótese da Súmula n. 288, ainda que a tempestividade não seja questionada pela parte contrária ou negada pela decisão agravada. Agravo de instrumento: inviabilidade, no caso do processamento nos autos principais, conforme Instrução Normativa 16/99 do TST, além de demonstrada, na interposição, a intenção do agravante instruir o agravo em autos apartados. STF AI 417.120 AgR/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 25.4.03, pág. 38.

15 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL EM DECISÃO MONOCRÁTICA DO JUIZ-PRESIDENTE DO TRT

Agravo de Instrumento interposto contra decisão monocrática da Presidência do Regional, que denegou seguimento a

Agravo Regimental. Sendo o TRT *a quo* o único competente para o julgamento do Agravo Regimental ali interposto, incabível a utilização do Agravo de Instrumento para esta Corte Superior, motivo pelo qual, *in casu*, deve-se declinar da competência em favor do egrégio TRT da 15ª Região, para que aprecie e julgue o presente Agravo como entender de direito. TST AI 448-2001-000-15-41. Rel. Min. José Simpliciano Fernandes. DJU 1º.8.03, pág. 759.

16 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO DEFICIENTE

Falta da peça demonstrativa da tempestividade do RE, que não pode ser suprida por informação contida no parecer do Ministério Público: aplicação da Súmula n. 288, de acordo com o entendimento firmado em ambas as Turmas (v.g. AgRAg 149.722, 1ªT, Moreira; AgRAg 151.485, Néri, RTJ 158/252), cuja observância não é dispensada pela circunstância de haver jurisprudência do STF assentada na questão de fundo. STF AI 377.439 AgR/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 16.5.03, pág. 102.

17 — AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO PROFERIDA EM RECLAMAÇÃO CORREICIONAL QUE DETERMINOU A CASSAÇÃO DA ORDEM DE SEQÜESTRO DE RENDAS DO MUNICÍPIO PARA QUITAÇÃO DO PRECATÓRIO JUDICIAL

O STF, interpretando o § 2º do art. 100 da CF, no julgamento do mérito da ADIN n. 1.662-8, em 30.8.01, assantou que essa disposição não sofreu alteração substancial com a superveniência da EC n. 30/00, que acrescentou o art. 78 do ADCT/CF. Por conseguinte, fixou exegese segundo a qual o seqüestro de verbas públicas para satisfação de precatórios trabalhistas só é admitido na hipótese de preterição do direito de precedância do credor, a ela não se equiparando as situações de não inclusão da despesa no orçamento, de vencimento do prazo para quitação e qualquer outra espécie de pagamento inidôneo, como na hipótese. Assim, a providência adequada à hipótese de não pagamento de débito constante de precatório judicial não é seqüestro, e, sim, intervenção. Agravo regimental desprovido. TST AGRC 23238-2002-000-00-00. Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal. OJU 27.6.03, pág. 741.

18 — AGRAVO REGIMENTAL. EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de instrumento. Falta de peça (art. 544, § 1º, do CPC). Contra-razões. Juizados especiais cíveis e criminais. Princípio da economia processual. Direito de se contra-arrazoar peça ou recurso da parte adversa. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Agravo regimental a que se nega provimento. STF AI 335.076 AgR/AM. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU 7.2.03, pág. 52.

19 — AGRAVO REGIMENTAL. EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. OFENSA REFLEXA À CF/88. PRECEDENTES

Recurso que não traz novos argumentos capazes de modificar o entendimento desta Corte. Decisão desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. Agravo regimental a que se nega provimento. STF AI 420.179 AgR/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU 16.5.03, pág. 111.

20 — AGRAVO REGIMENTAL. EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL TRABALHISTA. RECURSO DE REVISTA. INTEMPESTIVIDADE

Feriado local. Exigência de comprovação. Ofensa reflexa à CF/88. Acórdão recorrido no sentido da jurisprudência desta Corte. Inocorrência de violação ao texto constitucional. Agravo regimental a que se nega provimento. STF AI 416.308 AgR/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU 4.4.03, pág. 57.

21 — AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. SEQÜESTRO. DÉBITOS TRABALHISTAS DE PEQUENO VALOR

Não merece reforma o r. despacho que indeferiu o pedido liminar da presente reclamação correicional, mantendo a ordem de seqüestro. Ocorre que o débito trabalhista em questão é de apenas R$ 1.681,75 (um mil, seiscentos e oitenta e um reais e setenta e cinco centavos), valor bem inferior aos trinta salários-mínimos de que trata o inciso II do art. 87 do ADCT, dispensando o procedimento relativo ao precatório e, conseqüentemente, autorizando a manutenção do seqüestro. Ausente o *fumus boni iuris*, não há como se acolher o pedido liminar da reclamação correicional. Agravo regimental desprovido. TST AGRC 764.605/01. Rel. Min. Vantuil Abdala. DJU 25.4.03, pág. 638.

22 — AGRAVO REGIMENTAL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. PRESSUPOSTOS DE RECORRIBILIDADE. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA

Processo administrativo fiscal. Depósito de, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal como pressuposto de recorribilidade. Legitimidade. Precedentes. Agravo regimental não provido. STF RE 368.441 AgR/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJU 23.5.03, pág. 39.

23 — AGRAVO REGIMENTAL. VÍNCULO TRABALHISTA. EXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ

A análise da existência ou não de vínculo empregatício entre os empregados recorridos e a empresa ora agravada, demanda reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula n. 7/STJ. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada. Agravo Regimental desprovido. STJ AGA 439.840/RS. Rel. Min. Luiz Fux. DJU 24.3.03, pág. 143.

24 — ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DESCABIMENTO

Não é possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública em matéria de vencimentos, consoante a normatização inserta no art. 1º da Lei n. 9.494/97, e considerando a decisão proferida em sede de liminar pelo STF na ADC n. 4-6 (Rel. Min. Sydney Sanches, em 11.2.98). TST RXOFROMS 19-2002-000-17-00. Rel. Min. Emmanoel Pereira. DJU 20.6.03, pág. 478.

25 — BANCO DO BRASIL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PLANO DE INCENTIVO. PLANO DE CARGOS E COMISSÕES

O Reclamante aposentara-se em 1º.12.83, com apoio no Plano da Caixa de Previdência dos funcionários do Banco do Brasil-PREVI e também com amparo no Plano de Incentivo do Banco do Brasil. Posteriormente ao jubilamento foi instituído pelo Banco do Brasil novo Plano de Cargos e Comissões que operou a extinção de algumas comissões, criando outros cargos comissionados. Indevido o pedido de complementação de aposentadoria com base no novo Plano de Cargos e Comissão, porque apenas as normas vigentes à época da jubilação regem a aposentadoria. No caso, não havia previsão no Plano de Aposentadoria Incentivada, norma que rege a aposentadoria do Reclamante, de que possíveis alterações na estrutura do referido Plano se aplicariam àqueles que já se encontravam aposentados. Ademais,

de acordo com o item 1.7 da Carta-Circular n. 96/0957, o novo Plano de Cargos Comissionados aplicava-se apenas aos empregados em atividade. Embargos não conhecidos. TST ERR 488.715/98. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito. DJU 20.6.03, pág. 471.

26 — CARTA ROGATÓRIA. PENHORA. INVIABILIDADE DE EXECUÇÃO. MERCOSUL. PARÂMETROS SUBJETIVOS

A regra direciona à necessidade de homologação da sentença estrangeira, para que surta efeitos no Brasil. A exceção corre à conta de rogatória originária de país com o qual haja instrumento de cooperação, o que não ocorre relativamente à Bolívia, ante o fato de não estar integrada ao Mercosul e de ainda não haver sido aprovado, pelo Congresso Nacional, o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul e as Repúblicas da Bolívia e do Chile, nos termos do art. 49, inciso I, da Carta da República. STF CR 10.479 AgR/BO. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 23.5.03, pág. 30.

27 — COMERCIAL. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA. JUROS. LIMITAÇÃO À DATA DA QUEBRA. DECRETO-LEI N. 7.661/45, ART. 26

Ainda que originários de débito trabalhista, os juros previstos na decisão da Justiça obreira somente fluem até a data da quebra, sendo a partir de então cabíveis apenas nos termos e condições previstos no art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/45. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. STJ REsp 448.633/MG. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. DJU 14.4.03, pág. 229.

28 — COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO

Inserção de dados não verdadeiros em CTPS. Recebimento indevido de parcela de seguro-desemprego. Súmula n. 122 do STJ. Competência, no caso, do Juízo Federal. STJ CC 26.736/PR. Rel. Min. Fontes de Alencar. DJU 30.6.03, pág. 127.

29 — CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Ação proposta por pessoa jurídica prestadora de serviços para declarar que as obrigações trabalhistas são da empresa que a sucedeu na prestação desses serviços. Competência da Justiça Comum. A jurisdição trabalhista só será ativada se e quando algum empregado reclamar em dissídio individual, o pagamento dessas obrigações. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Araraquara, SP. STJ CC 32.490/SP. Rel. Min. Ari Pargendler. DJU 31.3.03, pág. 142

30 — CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Hipótese em que o Juiz Titular da VT de União dos Palmares/AL, após apreciar os embargos de declaração opostos da sentença em que se julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista, suscitou, de ofício, a incompetência daquela VT. Ausência de argüição de exceção pela Reclamada. Competência territorial. Incompetência relativa e não, absoluta. Prorrogação. Conflito que se julga procedente, a fim de declarar competente a VT de União dos Palmares. TST CC 31747-2002-000-00-00. Rel. Min. Gelson de Azevedo. DJU 1º.8.03, pág. 764.

31 — CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E TRABALHISTA. SERVIDOR MUNICIPAL CONTRATADO

APÓS A CF/88 SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. PRECEDENTES

Em se tratando de relação de emprego decorrente de contratação irregular, ou seja, sem prévia aprovação em concurso público, não obstante tenha o Município adotado o Regime Jurídico Estatutário, a competência para processar e julgar o pleito é da Justiça Trabalhista. Precedentes. Agravo regimental desprovido. STJ AGRCC 33.709/RN. Rel. Min. Felix Fischer. DJU 1º.9.03, pág. 216.

32 — CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM. VÍNCULO EMPREGATÍCIO CARACTERIZADO NO JULGAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA NO JUÍZO TRABALHISTA

Já houve na Justiça do Trabalho, com sentença transitada em julgado proferida no julgamento de reclamação trabalhista, o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes exatamente em função do serviço realizado descrito na petição inicial da ação de indenização. Nesse caso, estando reconhecido o vínculo empregatício entre as partes, compete à Justiça do Trabalho processar a ação de indenização decorrente do serviço prestado e da relação empregatícia existente. Conflito conhecido para declarar a competência da JCJ de Avaré/SP. STJ CC 22.946/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJU 24.3.03, pág. 135.

33 — CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA ESTADUAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ADJUDICAÇÃO. REGISTRO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS

O Juiz de Direito estadual resolveu suscitar o conflito de competência para que houvesse definição acerca de qual Juízo é o competente para o julgamento da ação ordinária de cancelamento de registro de alienação de imóvel face o reconhecimento de fraude à execução em curso na Justiça do Trabalho. Ocorre que as decisões apontadas pelo Juízo suscitante como conflitantes, do Juízo da execução trabalhista onde ocorreu a adjudicação e do Juiz Corregedor do Registro de Imóveis, foram proferidas anteriormente ao próprio ajuizamento da ação ordinária e cuidam de como e de quem poderia determinar o cancelamento do registro. Assim, não havendo manifestação sobre a competência para processar e julgar a ação ordinária proposta, não está caracterizado o conflito. Conflito não conhecido. STJ CC 37.927/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJU 25.8.03, pág. 259.

34 — CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇAS FEDERAL E TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. REAJUSTE DE 28,86%. REGIME ESTATUTÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Compete à Justiça Federal processar e julgar ação ordinária proposta por ex-servidor público federal, contratado por prazo determinado, nos termos da Lei n. 8.745/93, que disciplina a contratação temporária para atender excepcional interesse público, em conformidade com o art. 37, inciso IX, da CF, porquanto vinculado ao regime estatutário. Precedentes do STJ. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Federal de Itaboraí, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, ora suscitado. STJ CC 37.154/RJ. Rel. Min. Laurita Vaz. DJU 4.8.03, pág. 220.

35 — CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA POR SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. LEI N. 2.447/92. ADOÇÃO PELO MUNICÍPIO DA CLT COMO REGIME JURÍDICO ÚNICO. RELAÇÃO TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as reclamações trabalhistas propostas por servidores públicos municipais em face de Município que adota como regime jurídico único de seus servidores, por meio de lei própria, as regras da CLT. Precedentes do STJ. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Trabalhista, ora suscitado. STJ CC 38.750/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. DJU 30.6.03, pág. 131.

36 — CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA N. 454/STF

Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. A interpretação de cláusulas contratuais não enseja recurso extraordinário. Súmula n. 454-STF. Agravo não provido. STF AI 426.414 AgR/MA. Rel. Min. Carlos Velloso. DJU 30.5.03, pág. 35.

37 — CONTRATAÇÃO POR ENTE PÚBLICO EM PERÍODO PRÉ-ELEITORAL E APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE. EFEITOS

A contratação de trabalhador por ente público levada a efeito no período proibitivo a que alude a Lei eleitoral n. 7.664/88 é nula, como também o é o contrato de trabalho subseqüente, levado a efeito com o ente público, após o advento da Constituição da República, sem aprovação em concurso público. Aplica-se à espécie a previsão da Sumula n. 363 do TST, ensejando, no caso, o direito apenas ao pagamento dos depósitos relativos ao FGTS. Recurso de Revista parcialmente provido. RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APELO APÓCRIFO. O Recurso de Revista encontra-se sem a assinatura do subscritor quer nas razões quer na petição de encaminhamento. Recurso não conhecido. TST RR 579.274/99. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula. DJU 1º.8.03, pág. 1.049.

38 — CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O PAGAMENTO DE SALÁRIOS. FATO GERADOR. DATA DO RECOLHIMENTO

O fato gerador da contribuição previdenciária do empregado não é o efetivo pagamento da remuneração, mas a relação laboral existente entre o empregador e o obreiro. O alargamento do prazo conferido ao empregador pelo art. 459 da CLT para pagar a folha de salários até o dia cinco (05) do mês subseqüente ao laborado não influi na data do recolhimento da contribuição previdenciária, porquanto ambas as leis versam relações jurídicas distintas; a saber: a relação tributária e a relação trabalhista. As normas de natureza trabalhista e previdenciária revelam nítida compatibilidade, devendo o recolhimento da contribuição previdenciária ser efetuado a cada mês, após vencida a atividade laboral do período, independentemente da data do pagamento do salário do empregado. Em sede tributária, os eventuais favores fiscais devem estar expressos na norma de instituição da exação, em nome do princípio da legalidade. Raciocínio inverso conduziria a uma liberação tributária não prevista em lei, toda vez que o empregador não adimplisse com as suas obrigações trabalhistas, o que se revela desar-

razoado à luz da lógica jurídica. Recurso desprovido. STJ REsp 419.667/RS. Rel. Min. Luiz Fux. DJU 10.3.03, pág. 97.

39 — DESCONTOS EM FAVOR DA *CASSI* E *PREVI*

Os funcionários do Banco do Brasil, quando são admitidos, aderem à CASSI e à PREVI, objetivando ser contemplados com benefícios advindos dessas associações. Declarando-se, via judicial que o reclamante tornou-se credor de parcelas decorrentes da relação de emprego (horas extras), devidos são os descontos em favor de ambas as pessoas jurídicas, mesmo quando o empregado já tenha se desligado do Banco. Precedentes específicos desta a justificar a aplicação do Enunciado n. 333 do TST como óbice ao conhecimento do recurso de embargos. Recurso de embargos não conhecido. TST ERR 614.880/99. Rel. Min. Milton de Moura França. DJU 19.9.03, pág. 447.

40 — DIREITO CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA. RECURSO CONTRA DECISÃO DE RELATOR, NO STF, APRESENTADO POR EQUÍVOCO, NO TST TRÂNSITO EM JULGADO. CONSEQÜÊNCIA

O recurso contra decisão monocrática do Relator, nesta Corte, deve ser apresentado tempestivamente na respectiva Secretaria — e não na de outro Tribunal. Ademais, no caso, a recorrente tomou conhecimento de que havia, por compreensível inadvertência, protocolado o recurso, perante o TST, ainda a tempo de renová-lo, perante o STF. Ao invés disso, preferiu aguardar o envio da peça, que apresentara ao TST, ao STF, com a demora previsível e que poderia ter sido evitada por ela própria. E não pode esta Turma, agora, julgar recurso, cujo seguimento foi negado, por decisão transitada em julgado, pois isso afetaria, também, direito da parte contrária. Agravo improvido. STF Pet 2.622 AgR/PB. Rel. Min. Sydney Sanches. DJU 9.5.03, pág. 53

41 — ENQUADRAMENTO SINDICAL. EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE RURAL EM EMPRESA DE REFLORESTAMENTO

O reclamante que prestou serviço no campo, como tarefeiro rural, trabalhando no plantio e corte de madeira para a empresa Klabin, que, embora tenha a industrialização e comercialização de papel como atividade preponderante, mas também realiza o reflorestamento para obtenção de sua matéria-prima, é considerado empregado rural, como corretamente decidiu a instância ordinária. Incidência da Orientação Jurisprudencial n. 38 da SBDI-1. Embargos não conhecidos, em face do disposto no Enunciado n. 333 do TST. Recurso de embargos não conhecido. TST ERR 446.425/98. Rel. Min. Min. Milton de Moura França. DJU 19.9.03, pág. 435.

42 — ESTABILIDADE. MOLÉSTIA PROFISSIONAL. ATESTADO MÉDICO. INSS. PREVISÃO EM CLÁUSULA COLETIVA

A SDI-I desta Corte pacificou o entendimento de que "A doença profissional deve ser atestada por médico do INAMPS, quando tal exigência está prevista em cláusula de convenção coletiva ou de decisão normativa. Na hipótese, a ausência do atestado importa o não reconhecimento do direito à estabilidade". O Regional consigna que: "Dispõe a norma coletiva que é garantido o emprego ao empregado acidentado ou portador de moléstia profissional, desde que cumule condições que elenca, sendo certo que Tanto as condições do acidente do trabalho, quanto a doença profissional deverão, sempre que exigidas, ser reconhecidas pela Previdência Social. Divergindo qualquer das partes quanto ao resultado do

atestado, é facultado valer-se da prerrogativa contida na cláusula "Juízo Competente" para efeitos desta cláusula. No caso dos autos, trata-se de moléstia profissional. Logo, irrelevante se o acidente ou a doença foi ou não atestada pelo INSS, ou se o empregado acidentado ou portador de doença profissional está ou não recebendo auxílio-acidente". A cláusula em exame deixa claro que a moléstia profissional deve ser atestada pelo INSS, razão pela qual o TRT, ao manter a r. sentença, que reconheceu a estabilidade decorrente de moléstia profissional, para deferir a reintegração da reclamante, contrariou o precedente mencionado. Recurso de revista conhecido e provido. TST RR 603.455/99. Rel. Min. Milton de Moura França. DJU 22.8.03, pág. 593.

43 — EXECUÇÃO. CONCURSO. CRÉDITO TRABALHISTA

O crédito trabalhista, de natureza alimentar, tem privilégio diante do crédito bancário. Recurso não conhecido. STJ REsp 439.612/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJU 25.8.03, pág. 314.

44 — FALÊNCIA. PREFERÊNCIAS. RESTITUIÇÃO DE ADIANTAMENTO EM CONTRATO DE CÂMBIO. CRÉDITOS TRABALHISTAS. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO ACOLHIDO

Nos termos da orientação que veio a prevalecer no âmbito da Segunda Seção, as restituições oriundas de adiantamento de contrato de câmbio devem efetivar-se antes do pagamento de qualquer crédito, ainda que trabalhista. STJ REsp 109.396/RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU 4.8.03, pág. 305.

45 — FGTS. CORREÇÃO DOS DEPÓSITOS. DIFERENÇAS. CONTAS ENCERRADAS. CUMPRIMENTO DA DECISÃO. VERBA HONORÁRIA. LEI N. 8.036/90, ARTS. 29, 29-A, 29-C E 29-D. PRECEDENTES

Tratando-se de contas encerradas do FGTS, o pagamento das diferenças de correção monetária devidas deve ser feito mediante depósito à disposição do juízo da execução. Jurisprudência iterativa da Corte. O art. 29-C acrescido à Lei n. 8.036/90 pela MP n. 2.164-40 deve ser interpretado à luz dos dispositivos anteriores da mesma lei (25, 26 e §§) concernentes ao descumprimento das obrigações do empregador relativas ao FGTS, devendo a ação correspondente ser dirimida na Justiça do Trabalho. As causas onde se discute a inclusão dos expurgos inflacionários na correção dos depósitos fundiários, da competência da Justiça Federal, não são reclamações trabalhistas típicas, sendo devidos os honorários advocatícios. Recurso especial improvido. STJ REsp 479.956/RS. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. DJU 22.9.03, pág. 300.

46 — FGTS. DIFERENÇA DE MULTA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO

Reconhecido o direito às diferenças de FGTS, ao empregador compete a obrigação de pagar, nos termos do que reza a Lei n. 8.036/90, que expressamente afirma ser seu o encargo, quando despede imotivadamente o empregado, com eventual ressarcimento, se assim desejar e for o caso, pelo gestor do FGTS. Recurso de revista não conhecido. TST RR 1826-2001-025-03-00. Rel. Min. Milton de Moura França. DJU 19.9.03, pág. 585.

47 — *HABEAS CORPUS*

A concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade não dá ensejo à impetração de *habeas corpus*, por não se dirigir à solução de um caso concreto, tendo como objeto a consonância ou não do dispositivo impugnado com a Carta Magna. Não há que

se falar em constrangimento ilegal à luz do que decidido em caráter abstrato. *Habeas corpus* não conhecido. STF HC 82.852/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. DJU 2.5.03, pág. 28.

48 — 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.

49 — INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EQUIPARAÇÃO. INCORPORAÇÃO. PAGAMENTO RETROATIVO. REGIME ESTATUTÁRIO

É incompetente a Justiça do Trabalho para examinar pedidos de incorporação de reajuste salarial e pagamento de parcelas vencidas, requeridos pelo Reclamante a título de equiparação salarial, quando o efeito de tais pedidos tem repercussão, apenas, em relação ao período em que vigente o regime estatutário. Recurso conhecido e provido. TST RR 65671-2002-900-22-00. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 1º.8.03, pág. 950.

50 — MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMISSÃO NA POSSE DE IMÓVEL

Mandado de segurança impetrado pelos terceiros contra a concessão, pelo Juízo da Execução, de ordem liminar de imissão na posse de bem imóvel, passada a favor da arrematante. Ausência de comprovação pelos Impetrantes da persistência dos efeitos lesivos do ato impugnado ao invocado direito líquido e certo, embora assim determinada pelo julgador do mandado de segurança, de modo a demonstrar o seu interesse no julgamento da causa. Decisão regional em que se decretou a extinção do processo sem julgamento do mérito. Recurso ordinário a que se nega provimento. TST ROMS 774.406/01. Rel. Min. Gelson de Azevedo. DJU 1º.8.03, pág. 779.

51 — MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. LEVANTAMENTO PELA EXEQÜENTE DE NUMERÁRIO AINDA CONTROVERTIDO

Mandado de segurança impetrado contra ato judicial em que se determinou o bloqueio e transferência de valores existentes na conta-corrente e aplicações financeiras da Exeqüente, até o limite de R$ 14.791,34, bem como devolução do valor sacado, ao fundamento de ter ocorrido levantamento a maior, de valor ainda controvertido. Oposição ao ato fundada na alegação de que o valor levantado era incontroverso, uma vez que não oposto agravo de petição da decisão proferida em embargos à execução. Certidão de trânsito em julgado lançada por equívoco da Secretaria da Vara. Inexistência de direito líquido e certo da Impetrante, na espécie. Recurso ordinário a que se nega provimento. TST ROMS 22218-2002-900-02-00. Rel. Min. Gelson de Azevedo. DJU 1º.8.03, pág. 764.

52 — MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE SALDO DO FGTS. CONTRATO DE TRABALHO DECLARADO NULO. CULPA RECÍPROCA. ART. 20, I DA LEI N. 8.036/90

Se o contrato de trabalho firmado com empresa pública foi considerado nulo porque não prestado concurso público, houve culpa recíproca da Administração e do contratado. Sendo assim, tem o empregado despedido direito ao levantamento do saldo do FGTS, em aplicação o teor do art. 20, I da Lei n. 8.036/90. Precedente da 1ª Turma desta Corte (REsp 284.250/GO). Recurso especial improvido. STJ REsp 460.083/GO. Rel. Min. Eliana Calmon. DJU 31.3.03, pág. 208.

53 — MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA ANTECIPADA. REINTEGRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA DISPENSA DE EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Carece de base legal a ordem de reintegração no emprego em sociedade de economia mista, concedida em tutela antecipada, a qual entendia ser necessária a realização de procedimento administrativo para apuração de eventual falta cometida pelo Empregado. Com efeito, o art. 173 da CF é enfático ao equiparar as sociedades de economia mista às pessoas jurídicas de direito privado, sendo que, quanto ao Direito do Trabalho, optou-se por priorizar a indenização compensatória em detrimento da estabilidade, como forma de proteção da relação de emprego (CF, art. 7º, I). Extrai-se, portanto, do referido dispositivo constitucional, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem observar, para dispensa de seus empregados, as regras estabelecidas pela CLT, não existindo no ordenamento jurídico pátrio nenhuma condição especial para a dispensa, quanto mais a necessidade de realização de procedimento administrativo para apuração de irregularidade eventualmente praticada pelo Empregado. Recurso ordinário provido. TST ROMS 791.482/01. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. DJU 1º.8.03, pág. 780.

54 — NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. MÉDIA TRIENAL. NATUREZA

Sendo a decisão da Turma em Recurso de Revista a primeira vez que a questão sobre o estabelecimento de critérios limitadores da complementação de aposentadoria veio a lume, com a estipulação de observância à média trienal, os Embargos de Declaração opostos pelo reclamante e mediante o qual se pretendeu esclarecer a natureza do critério balizador — se valorizada ou não a média trienal —, eram pertinentes, razão por que sua rejeição implicou violação eo art. 832 da CLT, por negativa de prestação jurisdicional. Recurso de Embargos de que se conhece e que se dá provimento. TST ERR 149.206/94. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DJU 27.6.03, pág. 758.

55 — PEDIDO. DESISTÊNCIA. EXAME

Uma vez julgado o recurso extraordinário, descebe ao STF apreciar a desistência do pedido formulado na inicial da ação. STF RE 240.191 AgR/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 23.5.03, pág. 31.

56 — PRESCRIÇÃO. ARGÜIDA EM MEMORIAL INVIABILIDADE

A parte, em regra, não tem acesso ao memorial distribuído pelo advogado da

parte *ex adversa* aos magistrados de órgão colegiado. Assim, mesmo que o advogado da parte contrária faça sustentação oral, falará ele sobre o que tem conhecimento, nunca sobre o que lhe é oculto. Portanto, admitir que uma das contendoras possa, por meio de um memorial, argüir prescrição até então não suscitada seria ferir de morte o princípio do contraditório, da ampla defesa e, por conseqüência, do devido processo legal. Assim, a faculdade de argüir a prescrição na fase ordinária do feito não pode se sobrepor às garantias constitucionais processuais, sob pena de subversão de todo o sistema processual. Recurso de Embargos de que não se conhece. TST ERR 634.777/00. Rel. Min. João Batista Brito Pereira. DJU 19.9.03, pág. 442.

57 — PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO DE MARIDO LAVRADOR. CATEGORIA EXTENSIVA À ESPOSA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO

A comprovação da atividade laborativa do rurícola deve-se dar com o início de prova material, ainda que constituída por dados do registro civil, como certidão de casamento onde marido aparece como lavrador, qualificação extensível à esposa. A Lei não exige que o início de prova material se refira precisamente ao período de carência do art. 143 da Lei n. 8.213/91, servindo apenas para corroborar a prova testemunhal presente nos autos. Recurso especial desprovido. STJ REsp 495.332/RN. Min. Laurita Vaz. DJU 2.6.03, pág. 346.

58 — PROCEDIMENTO DE RITO SUMARÍSSIMO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. FORMA DE EXECUÇÃO E PRAZO CONFERIDO À FAZENDA PÚBLICA

Discute-se se a 2ª Reclamada é beneficiária do prazo de 30 (trinta) dias para apresentar embargos à execução, nos termos da Medida Provisória n. 2.180/01, ou se submete à regra geral do prazo de 5 (cinco) dias previsto no art. 884 da CLT. Essa matéria não tem cunho constitucional, e o que disposto no art. 100 da CF diz respeito à forma de pagamento devido pela Fazenda Pública mediante precatório. Não violado o art. 896 da CLT. Recurso de Embargos não conhecido. TST ERR 39969-2002-900-03-00. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 13.6.03, pág. 523.

59 — PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS

Os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores (art. 29 da LEF e 187 do CTN). Se a execução fiscal já fora ajuizada antes da falência, prossegue-se com a mesma, fazendo-se a penhora no rosto dos autos (Súmula n. 44 do extinto TFR), abrindo-se preferência para os créditos trabalhistas (art. 186 do CTN). Se, por ocasião da quebra, já existe penhora em favor da Fazenda, o bem constrito fica fora da rol dos bens da massa, e com ele se garante de forma absoluta a Fazenda (precedentes da Seção) – Súmula n. 44 do extinto TFR. Tese sedimentada a partir do julgamento do REsp 188.148/RS pela Corte Especial. Recurso especial improvido. STJ REsp 331.436/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. DJU 24.3.03, pág. 192.

60 — PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA. ASSEMBLÉIA GERAL. ARTS. 114 DA CF E 1º DA LEI N. 8.984/95

Nos casos em que a cobrança da contribuição confederativa foi estabelecida

em assembléia geral, não decorrendo de relações trabalhistas envolvendo empregado e empregador, afasta-se a competência da justiça especializada. Não se tratando de dissídio originado de convenção ou acordo coletivo de trabalho não se aplica o teor do art. 1º da Lei n. 8.984/95. Agravo provido. STJ AGA 271.845/SP. Rel. Min. Castro Meira. DJU 25.8.03, pág. 271.

61 — 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.

62 — PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES ASSISTENCIAL E CONFEDERATIVA

Inadmissíveis os embargos declaratórios quando inexistente omissão no acórdão embargado. As questões relativas às contribuições assistencial e confederativa têm naturezas distintas, devendo ser dirimidas por Juízes diferentes. A demanda referente à contribuição confederativa deve ser apreciada por Juízo estadual e, tendo sido a ação distribuída ao Juízo trabalhista incide a Súmula n. 170/STJ. Embargos rejeitados. STJ EDCC 33.169/SP. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. DJU 15.9.03, pág. 228.

63 — PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÕES TRABALHISTAS. COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO DO STF

Constando da inicial "mera ressalva de oportuno exercício de seus direitos na via regressiva", sem pedido expresso para o ressarcimento das verbas indenizatórias, torna-se inviável a análise do mérito da demanda e o conseqüente provimento judicial a respeito de direito futuro e incerto. Decisão do STF no julgamento do recurso extraordinário excluindo, "por não demonstrados, os encargos trabalhistas." Entendimento nos embargos de divergência de que não houve julgamento de mérito, ficando consignado "que não se encontram de todo fechadas as portas do Judiciário para o reexame do tema". Coisa julgada material inexistente. Recurso parcialmente conhecido e provido. STJ REsp 61.083/SP. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJU 25.8.03, pág. 269.

64 — RECURSO DA RECLAMADA FUNDAÇÃO PÚBLICA. INTIMAÇÃO PESSOAL. PRERROGATIVA NÃO CONFIGURADA

As autarquias e fundações não gozam da prerrogativa assegurada à Fazenda Pública, concernente à intimação pessoal nas causas em que forem parte. As prerrogativas previstas em lei devem ser

interpretadas restritivamente, não cabendo a ampliação da norma, pelo intérprete, naquilo que lhe convier. Portanto, não há como se estender, à fundação, como no caso, prerrogativas asseguradas de modo restritivo à União, tampouco as prerrogativas concedidas à Fazenda Pública. RECURSO DA RECLAMANTE. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PRESCRIÇÃO. Em se tratando de pedido de equiparação salarial, a prescrição é sempre parcial, independente das razões que motivaram o ato do empregador, quando da concessão do reajuste ao paradigma. Incidência, ne hipótese, do Enunciado n. 274/TST. Recurso de Revista da Fundação não conhecido em face da intempestividade, e conhecida e provida a Revista da Reclamante. TST RR 76458-2003-900-22-00. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 19.9.03, pág. 506.

65 — RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO

O Regional decidiu a controvérsia asseverando que incumbia ao Réu, por meio de contestação, impugnar todos os fatos trazidos à colação que julgasse inverídicos e em que tivesse interesse em estabelecer a controvérsia, pelo que presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados (arts. 300 e 302 do CPC). Ao deixar de apontar o salário do substituído que entendia correto, assumiu o ônus de sua inércia ao comprovar o exercício da função pela Reclamante. Recurso não conhecido no particular. RETENÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AO IMPOSTO DE RENDA. A retenção do imposto está ligada à disponibilidade dos rendimentos, que dá-se em momento único. Assim, mesmo tratando-se de rendimentos decorrentes de parcelas salariais pagas mensalmente, não deve ser levado em consideração o valor que seria pago no mês da prestação dos serviços, mas o total devido de forma acumulada. Provido o Recurso para determinar que se proceda aos descontos fiscais devidos por força de lei, incidentes sobre as parcelas que vierem a ser pagas ao Reclamante ante decisão judicial, por ocasião da liquidação do título executivo. TST RR 558.238/99. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula. DJU 1º.8.03, pág. 1.046.

66 — RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 28/00. TRABALHADOR RURAL

Não obstante o disposto no art. 3º da EC n. 28/00, determinando a sua vigência a partir da publicação, ocorrida em 26.5.00, de fato, não existiu previsão expressa de retroatividade dessa nova normatização. No caso dos autos, considerando-se a rescisão contratual operada em 25.5.00, e a propositura da reclamatória dentro do biênio prescricional, em 4.9.00, não há falar-se em incidência da prescrição qüinqüenal, prevista na atual redação do art. 7º, inciso XXIX, da CF, sob pena de ofensa ao direito adquirido do trabalhador rural, cujo contrato de trabalho estava, por inteiro, amparado pela redação anterior do citado preceito constitucional. Recurso conhecido e não provido. TST RR 1637-2000-031-15-00. Rel. Min. Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva. DJU 19.9.03, pág. 561.

67 — RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL EM FAVOR DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL, INSTITUÍDA EM CLÁUSULA DE ACORDO COLETIVO. TRABALHADORES NÃO-FILIADOS. INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Consoante a jurisprudência desta Corte, firmada no Precedente Normativo da SDC n. 119, "a Constituição da República, em seus arts. 5º, XX, e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção colativa ou sentença

normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados" (Nova redação dada pela SDC em Sessão de 2.6.98). Recurso provido. TST ROAR 795.733/01. Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen. DJU 21.3.03, pág. 452.

68 — 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 Medida Provisória 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.

69 — REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. Afronta aos arts. 1º, inciso III, 5º, *caput* e inciso II, e 7º, inciso I, da CF não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. Embargos de que não se conhece. TST ERR 439.041/98. Rel. Min. João Oreste Dalazen. DJU 23.5.03, pág. 544.

70 — TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. CEF. AUXILIARES DE ESCRITÓRIO. ENQUADRAMENTO COMO ESCRITURÁRIO INTERMEDIÁRIO A. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. DESVIO DE FUNÇÃO RECONHECIDO NO TRIBUNAL *A QUO*. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ

Se os reclamantes alegam que a sua admissão na reclamada se deu em cargo distinto daquele a que faziam jus, o lapso prescricional á computado a partir de então, e não do posterior enquadramento como Escriturário Básico, que se limitou a alterar a denominacão do cargo antigo, sem alterar o contrato supostamente viciado desde a origem. Incidência da Súmula n. 198 do TST. Caracterizado o desvio de função segundo a prova dos autos, que não tem como ser revista em sede especial, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ, é de se aplicar a orientação firmada na Súmula n. 223 do saudoso TFR, que reza: "O empregado,

durante o desvio funcional, tem direito a diferença salarial, ainda que o empregador possua quadro de pessoal organizado em carreira". Recurso especial não conhecido. STJ REsp 62.646/SC. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. DJU 24.3.03, pág. 223.

71 — 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 controvérsie 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.

72 — VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. LEI N. 8.213/91

A Turma, à luz da Orientação Jurisprudencial n. 230/SDI, deixou expressos os fundamentos pelos quais concluiu pela ausência de afronta ao art. 118 da Lei n. 8.213/91. No caso, ficou comprovado o nexo causal, pois desde a dispensa o Reclamante vem recebendo o auxílio-doença por acidente de trabalho, decorrendo daí a desnecessidade do gozo da licença/afastamento pelo prazo de 15 dias. Inexistência de afronta ao art. 896 da CLT. Recurso de Embargos não conhecido. TST ERR 605.278/99. Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira. DJU 13.6.03, pág. 528.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRIBUNAIS SUPERIORES

Referência
Ementa

AÇÃO

— Direta de Inconstitucionalidade. Decreto Federal. Indulto. Limites. Condenados pelos crimes previstos no inciso XLIII do art. 5º da CF. Impossibilidade. Interpretação conforme. Referendo de medida liminar deferida 01

— Rescisória. Cisão de empresas. Responsabilidade solidária da empresa cindida pelos débitos trabalhistas da sucedida. Violação do art. 5º, LIV e LV, da CF/88. Não-configuração 02

— Rescisória. ECT. Promoção decorrente de ato administrativo nulo. Violação do *caput* do art. 37 da CF. Princípio da legalidade administrativa 03

— Rescisória. Fundada em violação legal. Sucessão trabalhista. Vínculo empregatício. Reexame de matéria fática 04

— Rescisória. Ilegitimidade de parte. Sociedade extinta 05

— Rescisória. Juízo executório. Homologação de cálculos negativos. Violação da coisa julgada. Inexistência 06

ACÓRDÃO

— Que decidiu acerca do cabimento de mandado de segurança preventivo com base exclusivamente na legislação infraconstitucional pertinente . 07

ADICIONAL

— De insalubridade em grau máximo. Limpeza e higienização de instalações sanitárias do consultório médico. Lixo urbano. Arts. ns. 189, 190 e 195 da CLT. Violação não configurada 08

— De periculosidade. Abastecimento do próprio caminhão. Inaplicável a Súmula n. 39 do TST 09

— De periculosidade. SATA. Trabalho prestado na área de abastecimento de aeronave 10

— Noturno. Prorrogação em horário diurno 11

ADMINISTRATIVO

— Servidor. Processual civil. Conversão de tempo de serviço. Ex-celetista. Atividade insalubre. Direito adquirido. Juros moratórios. Taxa 12

AGRAVO

— De instrumento. Dano moral. Indenização. Empregado aposentado por invalidez. Doença ocupacional 13

— De instrumento. Deficiência do traslado. Falta da certidão de intimação do acórdão recorrido. Súmula n. 288 14

— De instrumento. Indeferimento de agravo regimental em dacisão monocrática do Juiz-Presidente do TRT 15

— De instrumento. Traslado deficiente 16

— Regimental. Decisão proferida em reclamação correicional que determinou a cassação da ordem de seqüestro de rendas do município para quitação do precatório judicial 17

— Regimental. Em agravo de instrumento 18

— Regimantal. Em agravo de instrumento. Legitimidade passiva. Ofensa reflexa à CF/88. Precedentes 19

— Regimental. Em agravo de instrumento. Processual trabalhista. Recurso de revista. Intempestividade 20

— Regimental. Indeferimento de liminar. Ausência de *fumus boni iuris*. Seqüestro. Débitos trabalhistas de pequeno valor 21

— Regimental. No recurso extraordinário. Processo administrativo. Depósito prévio. Pressupostos de recorribilidade. Legitimidade da exigência .. 22

— Regimental. Vínculo trabalhista. Existência. Aplicação da Súmula n. 7/STJ 23

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

— Contra a Fazenda Pública. Descabimento 24

BANCO DO BRASIL

— Complementação de aposentadoria. Plano de incentivo. Plano de cargos e comissões 25

CARTA ROGATÓRIA

— Penhora. Inviabilidade de execução. Mercosul. Parâmetros subjetivos .. 26

COMERCIAL

— Falência. Habilitação de crédito trabalhista. Juros. Limitação à data da quebra. Decreto-lei n. 7.661/45, art. 26 27

COMPETÊNCIA

— Conflito negativo 28

CONFLITO

— De competência 29, 30

— De competência. Juízos estadual e trabalhista. Servidor municipal contratado após a CF/88 sem aprovação em concurso público. Competência da justiça trabalhista. Precedentes 31

— De competência. Justiça do trabalho. Justiça comum. Vínculo empregatício caracterizado no julgamento de reclamação trabalhista no juízo trabalhista 32

— De competência. Justiça do trabalho. Justiça estadual. Fraude à execução. Adjudicação. Registro no cartório de imóveis 33

— Negativo de competência. Justiças Federal e Trabalhista. Administrativo. Servidor público federal. Contrato temporário de trabalho. Excepcional interesse público. Reajuste de 28,86%. Regime estatutário. Competência da Justiça Federal 34

— Negativo de competência. Reclamação trabalhista proposta por servidor público Municipal. Lei n. 2.447/92. Adoção pelo Município da CLT como Regime Jurídico Único. Relação trabalhista. Competência da Justiça do Trabalho 35

CONSTITUCIONAL

— Recurso extraordinário. Ofensa à constituição. Cláusulas contratuais. Súmula n. 454-STF 36

CONTRATAÇÃO POR ENTE PÚBLICO

— Em período pré-eleitoral e após o advento da Constituição da República sem aprovação em concurso público. Nulidade. Efeitos 37

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

— Sobre o pagamento de salários. Fato gerador. Data do recolhimento 38

DENUNCIAÇÃO DA LIDE

— Incompatibilidade com o processo do trabalho 04

DESCONTOS EM FAVOR DA CASSI E PREVI 39

DIREITO

— Constitucional, Processual Civil e Trabalhista. Recurso contra decisão de relator, no STF, apresentado por equívoco, no TST trânsito em julgado. Conseqüência 40

JURISPRUDÊNCIA — TRIBUNAIS SUPERIORES 453

ENQUADRAMENTO SINDICAL

— Empregado que exerce atividade rural em empresa de reflorestamento 41

ESTABILIDADE

— Moléstia profissional. Atestado médico. INSS. Previsão em cláusula coletiva 42

EXECUÇÃO

— Crédito Trabalhista 43

FALÊNCIA

— Preferências. Restituição de adiantamento em contrato de câmbio. Créditos trabalhistas. Orientação da segunda seção. Recurso acolhido 44

FGTS

— Correção dos depósitos. Diferenças. contas encerradas. Cumprimento da decisão. Verba honorária. Lei n. 8.036/90, arts. 29, 29-a, 29-c e 29-d. Precedentes 45

— Diferença de multa de 40% sobre os depósitos. Expurgos inflacionários. Responsabilidade pelo pagamento 46

HABEAS CORPUS 47

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

— Condenação imposta como penalidade por litigância de má-fé 48

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

— Equiparação. Incorporação. Pagamento retroativo. Regime estatutário 49

MANDADO DE SEGURANÇA

— Embargos de terceiro. Imissão na posse de imóvel 50

— Execução. Levantamento pela exeqüente de numerário ainda controvertido 51

— Liberação de saldo do FGTS. Contrato de trabalho declarado nulo. Culpa recíproca. Art. 20, I da Lei n. 8.036/90 52

— Tutela antecipada. Reintegração. Inexistência de verossimilhança do direito alegado. Desnecessidade de realização de procedimento administrativo para dispensa de empregado de sociedade de economia mista 53

NULIDADE

— Negativa de prestação jurisdicional. Complementação de aposentadoria. Média trienal. Natureza 54

PEDIDO

— Desistência. Exame 55

PRESCRIÇÃO

— Argüida em memorial inviabilidade 56

PREVIDENCIÁRIO

— Recurso especial. Aposentadoria por idade. Rurícola. Certidão de casamento de marido lavrador. Categoria extensiva à esposa. Início razoável de prova material. Recurso especial desprovido 57

PROCEDIMENTO DE RITO SUMARÍSSIMO

— Violação do art. 896 da CLT. Forma de execução e prazo conferido à Fazenda Pública 58

PROCESSO CIVIL

— Execução fiscal. preferência dos créditos trabalhistas 59

PROCESSUAL CIVIL

— Competência. cobrança de Contribuição Confederativa. Assembléia geral. Arts. 114 da CF e 1º da Lei n. 8.984/95 60

— 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 61

— Embargos de declaração. Omissão. Inocorrência. Contribuições assistencial e confederativa 62

— Responsabilidade civil. Desapropriação. Indenizações trabalhistas. Coisa julgada. Não ocorrência. Decisão do STF 63

RECURSO

— Da reclamada fundação pública. Intimação pessoal. Prerrogativa não configurada 64

— Da reclamante. Equiparação salarial. Prescrição 64

— De revista do Ministério Público. Apelo apócrifo. 37
— De revista. Dano moral. Indenização. Empregado aposentado por invalidez. Doença ocupacional. 13
— De revista. Diferenças salariais. Salário substituição 65
— De revista. Prescrição. Emenda Constitucional n. 28/00. Trabalhador rural 66
— Ordinário. Ação rescisória. Contribuição assistencial em favor do sindicato da categoria profissional, instituída em cláusula de acordo coletivo. Trabalhadores não-filiados. Inobservância de preceitos constitucionais 67
— Ordinário. Ação rescisória. Decadência. Ente público 68

REINTEGRAÇÃO

— Empregado portador do vírus HIV. Dispensa discriminatória 69

RETENÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AO IMPOSTO DE RENDA 65

TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL

— CEF. Auxiliares de escritório. Enquadramento como escriturário intermediário a. prescrição do fundo do direito. Desvio de função reconhecido no tribunal *a quo*. Prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ ... 70

TRANSAÇÃO

— Adesão do PDV. Violação do art. 896 da CLT não configurada, em face do não-conhecimento da revista com fulcro no e Enunciado n. 126 do TST 71

VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT

— Estabilidade provisória. Lei n. 8.213/91 72

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

DIREITO MATERIAL

01 — AÇÃO. PARA HAVER OS 40% INCIDENTES SOBRE OS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS, CREDITADOS PELA CEF NA CONTA VINCULADA DO FGTS. PRESCRIÇÃO

O art. 18, § 1º, da Lei n. 8.036/91 estabeleceu a obrigação do empregador de depositar os 40% sobre os depósitos devidamente atualizados. Se o crédito efetuado na conta vinculada do FGTS pela CEF é bem posterior à rescisão, no caso 07/01, dessa última data nasce a ação para os 40% incidentes, e não da primeira. De fato, não pode se cobrar o acessório (40%) sobre o principal ainda inexistente (valor creditado conforme LC n. 110/01). TRT/SP 15ª Região 13.256/03 — Ac. 4ª T 19.118/03-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 4.7.03, pág. 23.

02 — ACORDO COLETIVO. VALIDADE. PRAZO INDETERMINADO

A CF reconhece os acordos e convenções coletivos, mas é a lei ordinária que os regulamenta (CLT, arts. 611/625). Ao mencionar, simplesmente, acordos e convenções coletivos, bem como negociação coletiva (art. 7º, XIII e XIV), a Carta Magna está se referindo, evidentemente, às avenças coletivas celebradas na forma da lei ordinária. Houve recepção desses dispositivos legais pela CF. A regra celetista impõe a fixação do prazo de vigência nos acordos e convenções coletivos (CLT, 613, IV e 614, § 1º). O termo aditivo de acordo coletivo, prorrogando sua vigência por tempo indeterminado não tem validade, por violar a lei. Ausência de depósito no órgão competente. A vigência do ajuste coletivo está condicionada ao seu depósito no órgão do Ministério do Trabalho (CLT, 614, § 1º e 615,§ 2º). A ausência desse requisito torna inválida a norma coletiva. O comando legal contido no art. 71, *caput*, da CLT, ao estipular intervalo intrajornada de, no mínimo uma hora, para jornada de trabalho superior a seis horas, considera esse limite o mínimo a que pode chegar esse interregno, sem comprometimento da higidez física e mental do trabalhador. É de ordem pública. O trabalho realizado no horário destinado a alimentação e descanso configura violação a um direito básico do trabalhador. TRT/SP 15ª Região 23.180/02 — Ac. 6ªT 24.768/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 22.8.03, pág. 76.

03 — ACORDO JUDICIAL. RECURSO DO INSS. PROPORCIONALIDADE AO PEDIDO INICIAL REJEITADA

No processo trabalhista, o fato gerador do crédito previdenciário é o título judicial. Portanto, ao firmarem acordo, as partes não estão dispondo de crédito tributário, mas apenas de seus direitos próprios. A petição inicial retrata, tão somente, a expectativa de direito do postulante, não produzindo efeitos sobre terceiros. Rejeitado o pedido de tributação de acordo com as verbas postuladas na inicial. TRT/SP 15ª Região 8.705/03 — Ac. 4ªT 27.085/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 12.9.03, pág. 30.

04 — ACORDO JUDICIAL. SEM RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. FIRMADO ANTES DE PROFERIDA A SENTENÇA. VALIDADE. RECUSA DO JUÍZO QUANTO À HOMOLOGAÇÃO, IMPORTA EM VIOLAÇÃO DA LEI

Sendo controvertida a relação empregatícia, as partes podem sobre ela tran-

sigir, inclusive sem o reconhecimento do vínculo de emprego, uma vez que ainda não houve o julgamento da lide. Sendo assim, não havendo prejuízo às partes, nem fim ilícito ou proibido por lei na petição de acordo, a recusa do Juízo quanto ao pedido de homologação de acordo importa em violação da lei, consoante inteligência dos arts. 764, § 3º da CLT, 840 do CC, 129 e 269, inciso III, ambos do CPC. Os litigantes são, pois, livres para transigir sobre todas as parcelas oriundas da relação jurídica, ainda que não deduzidas no litígio, sendo vedado ao juiz recusar-se a proceder à homologação do acordo; ainda mais quando se verifica que as partes cuidaram de observar a incidência de recolhimento previdenciário sobre o valor total do acordo celebrado (atendendo o quanto disposto no parágrafo único do art. 43 da Lei n. 8.212/91). Ou seja: sequer haveria lesão ao terceiro interessado, considerado como tal o INSS. TRT/SP 15ª Região 12.065/03 — Ac. 6ªT 28.552/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 19.9.03, pág. 86.

05 — ACORDOS. E CONVENÇÕES COLETIVAS. VALIDADE. IMPERATIVIDADE DA LEI QUANTO À NATUREZA SALARIAL DE PARCELAS TRABALHISTAS

A CF ao reconhecer a validade dos instrumentos normativos de caráter coletivo privado, obviamente, não lhes conferiu o poder de negar validade à ordem jurídica, especialmente no que se refere a questões de natureza pública. O caráter salarial de parcelas trabalhistas trata-se de questão de ordem pública, que não diz respeito apenas ao interesse dos particulares, na medida em que sobre tais parcelas incidem direitos ligados à saúde do trabalhador, de natureza pública, portanto, tais como férias, FGTS, adicional de horas extras, bem como as contribuições previdenciárias, destinadas ao custeio da Seguridade Social. TRT/SP 15ª Região 2.016/03 — Ac. 6ªT 29.506/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 26.9.03, pág. 35.

06 — ADICIONAIS. BASE DE CÁLCULO

Integrar os adicioneis por tempo de serviço nos adicionais de titularidade seria criar uma base de cálculo não prevista nas Deliberações ns. 14/96 e 22/97 e conceder um *plus* remuneratório sem base legal. TRT/SP 15ª Região 1.016/03 — Ac. 2ªT 22.515/03-PATR. Rel. Edison Giurno. DOE 8.8.03, pág. 6.

07 — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

A CF vetou a vinculação do salário mínimo a qualquer fim e garantiu o direito à proteção do trabalhador contra os riscos à sua saúde na prestação de seus serviços, fixando o direito ao adicional de "remuneração" para as atividades penosas, insalubres ou perigosas. Desse modo, não foi recepcionado, pela CF/88, o texto da CLT, art. 192, que vinculava o valor do adicional ao salário mínimo, até porque a manutenção do preceito legal em questão vai de encontro à promessa da Constituição de buscar a redução dos riscos à saúde do trabalhador, pois o pagamento de adicional de insalubridade em valor, nitidamente, insignificante, é mesmo um incentivo para que o empregador não invista nos equipamentos necessários à proteção da integridade física e psíquica do trabalhador no ambiente de trabalho. TRT/SP 15ª Região 24.856/02 — Ac. 6ªT 19.218/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 4.7.03, pág. 29.

08 — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. NATUREZA JURÍDICA. REFLEXOS

Visa o adicional de insalubridade a contraprestação pela execução de serviços em condições adversas à saúde;

não tem ele por objeto o ressarcimento da eventual perda desta pelo trabalhador. Daí sua natureza jurídico-salarial (CLT, art. 457), integrando-se à remuneração, enquanto pago, para todos os efeitos legais (OJ n. 102, da SDI-I, do C. TST). TRT/SP 15ª Região 16.274/01 — Ac. 5ªT 26.852/03-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 12.9.03, pág. 38.

09 — ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. BASE DE CÁLCULO

O art. 7º, XXIII, da CF garante adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. A expressão "adicional de remuneração" significa que a remuneração, o pagamento, dessas atividades deve ser superior ao das atividades exercidas em condições normais, e não que o respectivo adicional deva ser calculado sobre a remuneração do empregado. Atente-se que o dispositivo constitucional, expressamente, menciona "na forma da lei". A lei, no caso, é a CLT, lei geral, que, no art. 193, § 1º, define, como base de cálculo, o salário básico do trabalhador, e a Lei n. 7.369/85, específica para os eletricitários, que, no art. 1º, dispõe que o adicional de periculosidade, de 30%, será calculado sobre o salário que perceber o obreiro. SOBREAVISO. O que caracteriza o regime de sobreaviso é a obrigação imposta ao empregado de permanecer em sua casa, aguardando a convocação para o serviço, a qualquer momento, ou seja, é o obstáculo ao exercício do direito de locomoção. O § 2º, do art. 244, da CLT, fixa duração máxima de 24 horas para a escala de sobreaviso. A aplicação analógica desse dispositivo legal aos eletricitários, contida no Enunciado n. 229, do C.TST, obviamente, é dirigida, não a todo e qualquer componente da categoria profissional de eletricitário, mas àquele que se enquadre em condições análogas às previstas para os ferroviários. Cada caso deve ser analisado de per si. O eletricista que, para ausentar-se de casa, deve avisar, previamente a empresa, e que, nos dias de chuva, nem mesmo avisando, pode sair; que é convocado para o trabalho no intervalo entre jornadas, diariamente, enquadrando-se no regime de sobreaviso. TRT/SP 15ª Região 26.023/02 — Ac. 6ªT 24.775/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 22.8.03, pág. 76.

10 — ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ELETRICITÁRIO. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO

O adicional de periculosidade devido ao eletricitário deve ser calculado sobre o "salário", na forma do art. 1º da Lei n. 7.369/85. TRT/SP 15ª Região 8.797/03 — Ac. 2ªT 26.091/03-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 5.9.03, pág. 19.

11 — ALTERAÇÃO CONTRATUAL. NULIDADE. ART. 468 DA CLT

É vedado ao empregador proceder a alterações contratuais que acarretem, direta ou indiretamente, prejuízos ao trabalhador — art. 468 da CLT. Alterações das normas internas da empresa somente podem alcançar os trabalhadores admitidos após a sua edição — Enunciado n. 51 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 10.001/03 — Ac. 1ªT 29.048/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 26.9.03, pág. 11.

12 — AUTARQUIA. ADMISSÃO DE EMPREGADOS PELO REGIME CELETISTA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

À União compete legislar sobre matéria trabalhista, por força do disposto no art. 22, inciso I, da CF. A competência municipal e estadual para legislar sobre seus servidores, prevista no art. 30, inciso II, também da CF, tem seus limites, pois toda a atribuição de competência encerra ao mesmo tempo poder e limite de poder, que aqui se manifesta na impossibilidade de desrespeitar os direitos trabalhistas mínimos estabelecidos pela legislação federal. TRT/

SP 15ª Região 9.283/03 — Ac. 5ªT 19.734/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 11.7.03, pág. 80.

13 — AVISO PRÉVIO. ANOTAÇÃO NA CTPS

A data de saída a ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado deve corresponder ao término do prazo do aviso prévio, mesmo que indenizado. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n. 82 SDI-I, do C.TST. TRT/SP 15ª Região 21.037/03 — Ac. 4ªT 29.080/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 26.9.03, pág. 20.

14 — BANCÁRIO. E PDV. LIMITES DA TRANSAÇÃO

A transação, regulada pelo CC/1916, admite nulidade de uma de suas cláusulas quando versando sobre direitos diversos. Nula é a cláusula acessória da transação que tem como objetivo reconhecer a ampla, geral e irrevogável quitação das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, pois, tratando-se de títulos assegurados por preceito de lei, são nulos os atos tendentes a impedir, desvirtuar, ou fraudar as disposições legais laborais. Aplicação do parágrafo único do art. 1.026 do CC/1916 com fundamento no art. 9º da CLT. Recurso de banespista a que se dá provimento parcial para afastar cláusula acessória de transação, que tem como objeto principal o desligamento voluntário, com determinação de remessa à Vara de origem a fim de que nesta, com vistas a evitar a supressão de grau de jurisdição, sejam apreciados os pleitos formulados na petição inicial. TRT/SP 15ª Região 30.109/99 — Ac. 6ªT 21.493/03-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DOE 25.7.03, pág. 27.

15 — BANESPA. TRABALHADORES APOSENTADOS. PARIDADE COM O PESSOAL DA ATIVA. REAJUSTE INDEVIDO

Os acordos e as convenções coletivas são normas de direito coletivo do trabalho, possuindo a mesma hierarquia jurídica, diferindo apenas quanto às partes firmadoras do ajuste. Para definir-se qual a norma aplicável, na hipótese de coexistência desses dois instrumentos de negociação, deve-se observar aquela que, no conjunto, é a mais favorável ao trabalhador, aplicando-se, pois, a teoria do conglobamento, em consonância com os princípios informadores do moderno sistema processual do trabalho. O instrumento mais favorável é aquele que traz mais benefícios para toda a categoria e não apenas para parte dela, prevalecendo, pois, o interesse coletivo sobre o individual. *In casu*, o acordado é mais favorável do que o convencionado. Os aposentados, por força do Regulamento de Pessoal, têm direito ao reajuste de sua complementação de eposentadoria, conforme os reajustes do pessoal da ativa, a fim de manter-se a paridade. Não sendo concedido reajuste à ativa, por óbvio, aos inativos também não haveria de sê-lo. Decisão contrária resultaria numa situação teratológica de se conceder a complementação de aposentadoria aos inativos com base em salário superior ao do pessoal da ativa, pois estes, como decorrência do acordo coletivo, não obtiveram majoração salarial. TRT/SP 15ª Região 4.441/03 — Ac. 3ªT 25.658/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 29.8.03, pág. 33.

16 — BASE DE CÁLCULO DE HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. INTEGRAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. NÃO CABIMENTO

Considerando-se que a decisão exeqüenda não fez qualquer referência à integração da gratificação semestral na base de cálculo das horas extras, item que constava do pedido, a determinação do Juízo de execução relativa à sua inclusão representa inovação da sentença liquidanda. Note-se que a gratificação semestral, em consonância com a Súmula n. 253, do C.TST, não poderia jamais integrar a base de cálculo das ho-

ras extras, posto que estas eram computadas para sua apuração, com observância do Enunciado n. 115, também do C.TST, o que imprimiria à decisão o caráter de ofensa ao princípio *non bis in idem*. Determina-se, por conseguinte, o refazimento dos cálculos, com a observação dos parâmetros aqui fixados. DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. LIMITAÇÕES NOS CÁLCULOS DE ACORDO COM A FUNÇÃO. A apuração das horas extras deve observar os períodos em que a reclamante efetivamente exercia as funções de caixa-executivo, o que exclui os dias em que participava de cursos e os dias em que substituía o gerente. Quanto a esta última referência, no entanto, observa-se que as horas extras não devem ser totalmente expungidas dos cálculos, mas deve-se considerar a jornada de 8 horas, reputando-se extraordinário apenas o serviço prestado a partir deste lapso. E é evidente que se deva proceder à compensação de todas as horas extras já pagas e dos reflexos já adimplidos. EXECUÇÃO. SUPRESSÃO DOS INTERVALOS INTRAJORNADA. LIMITAÇÃO DOS CÁLCULOS A PARTIR DA LEI N. 8.923/94. A penalidade decorrente da inobservância do quanto estipulado pelo art. 71, da CLT, somente pode ser aplicada após 27.7.94, sendo que o apenamento deve se restringir ao adicional de 50%, uma vez que já computado o tempo suprimido para a apuração da jornada extraordinária. TRT/SP 15ª Região 11.383/03 — Ac. 6ªT 27.019/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 12.9.03, pág. 46.

17 — CARGO DE CONFIANÇA. REGIME CELETISTA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

Os cargos de confiança são ocupados de maneira precária, sendo o seu titular nomeado e exonerado *ad nutum*, isto é, sem motivação específica. Encerrada a confiança encerra-se o vínculo e isto é de conhecimento do ocupante do cargo no ato de sua nomeação. Não se há que falar, portanto, em recebimento de verbas rescisórias típicas do contrato de trabalho por prazo indeterminado quando há a exoneração. TRT/SP 15ª Região 32.300/02 — Ac. 6ªT 20.013/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 11.7.03, pág. 83.

18 — CARGO EM COMISSÃO. AVISO PRÉVIO E MULTA DE 40%. INCOMPATIBILIDADE. ART. 7º, I DA CF/88

Aquele que exerce cargo em comissão, cuja demissão pode dar-se a qualquer momento do contrato, não tem o direito de receber aviso prévio e multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, por serem institutos jurídicos incompatíveis com as características peculiares do cargo em comissão. Referidas verbas são concedidas como forma de obstar a dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos do art. 7º, I da CF. TRT/SP 15ª Região 2.680/03 — Ac. 5ªT 21.174/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 25.7.03, pág. 18.

19 – CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. VIGÊNCIA APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL, TERRITORIAL E DE OBJETO. IMPOSSIBILIDADE. ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR

Cláusula de não-concorrência pactuada entre as partes sem conter limitação, seja de caráter temporal, territorial ou delimitação do objeto da restrição de atividades, com projeção após a rescisão contratual é nula de pleno direito, porque fere a autonomia de vontade do trabalhador e cria óbice à sua nova colocação profissional, em total afronta ao disposto no art. 5º, inciso XIII, da CF, que diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. TRT/SP 15ª Região 10.687/03 — Ac. 6ªT 27.957/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 19.9.03, pág. 84.

20 — COMÉRCIO. TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS

A exigência da prestação de trabalho nos dias feriados e domingos está condicionada ao seu prévio ajustamento "em acordo ou convenção coletiva de trabalho", assim como à observância da legislação municipal de regência (Lei n. 10.101/00 e Decreto n. 99.467/90). TRT/SP 15ª Região 1.520/02-MS — Ac. SDI1 565/03-PDI1. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DOE 5.9.03, pág. 3.

21 — COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

A eficácia do acordo celebrado perante Núcleo Intersindical de Conciliação Prévia (CLT, 625-H) ou perante Comissão de Conciliação Prévia (CLT, 625-A e ss.) não abrange o reconhecimento, ou não, de vínculo empregatício, direito indisponível e matéria da exclusiva competência da Justiça do Trabalho. Por isso, é nula a declaração lançada no instrumento da avança de que esta é celebrada "por mera liberalidade, sem reconhecimento de vínculo empregatício". TRT/SP 15ª Região 28.130/02 — Ac. 6ªT 29.448/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 26.9.03, pág. 33.

22 — COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. FINALIDADE

A finalidade única das Comissões de Conciliação Prévia é tentar dirimir conflitos entre empregados e empregadores antes mesmo deles baterem à porta do Judiciário, não sendo este o caso dos autos, onde o referido Órgão funcionou apenas como homologador de rescisão contratual, sendo certo que tal mister cabe apenas ao Sindicato profissional do empregado, à DRT, e em sua falta na localidade, ao Ministério Público, ao Defensor Público e ao Juiz de Paz. TRT/SP 15ª Região 8.404/03 — Ac. 4ªT 28.026/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 19.9.03, pág. 76.

23 — COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TRANSAÇÃO. NULIDADE

A convocação para pagamento da rescisão contratual perante a Comissão de Conciliação Prévia acarreta nulidade por negativa de vigência ao art. 477 da CLT, pois preteridas as solenidades ali previstas (art. 166, CC). O desvio de finalidade do art. 652-D da CLT compromete a validade do ato jurídico e acarreta presunção de coação econômica, a macular a declaração de vontade. (art. 9º, CLT e 171, II do CC). O simples pagamento de parcelas incontroversas não caracteriza transação, pois ausentes obrigações litigiosas e ou duvidosas e inexistente a intenção de prevenir litígio mediante concessões mútuas, carecendo de eficácia, portanto, o "negócio jurídico", pois inaplicável o art. 840 do CC. TRT/SP 15ª Região 6.312/03 — Ac. 5ªT 25.860/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 5.9.03, pág. 29.

24 — COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO

Alteração contratual que não decorre de lei ou norma regulamentadora constitui ato único sujeito ao prazo prescricional previsto no art. 7º, inciso XXIX, da CF, não constituindo as diferenças na complementação de aposentadoria geradas direito automaticamente incorporável ao contrato. TRT/SP 15ª Região 17.598/03 — Ac. 5ªT 23.845/03-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 15.8.03, pág. 102.

25 — CONTRATO DE CONCESSÃO. DE SERVIÇO PÚBLICO. FERROBAN

A FERROBAN é responsável pelos direitos de seus empregados cujos contratos de trabalho se mantiveram após a concessão. Aplicável o princípio segundo o qual "quem pode o mais, pode o menos". Se a CLT garante os direitos dos

trabalhadores em face da mudança de propriedade da empresa, obviamente estão garantidos também os direitos em face do contrato de concessão. Hipótese de aplicação do art. 10 e 448 da CLT e da OJ n. 225 da SDI-1 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 14.200/03 — Ac. 4ªT 24.358/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 22.8.03, pág. 67.

26 — CONTRATO DE TRABALHO. CLÁUSULAS PRÉ-CONTRATUAIS. ART. 444 DA CLT. VALIDADE

Desde que não vanham a ferir os princípios protetivos do Direito do Trabalho, devem ser consideradas plenamente válidas aquelas cláusulas pré-contratuais combinadas entre patrões e empregados, em razão dos termos contidos no art. 444, da CLT, c/c art. 1.080, do (antigo) CC (atual 427). TRT/SP 15ª Região 10.014/03 — Ac. 5ªT 28.681/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 26.9.03, pág. 29.

27 — CONTRATO DE TRABALHO. TEMPORÁRIO. ULTRAPASSAGEM DO TEMPO MÁXIMO PREVISTO. NULIDADE

A lei que regula a contratação de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74), em seu art. 10, preceitua o prazo máximo de três meses para contratação envolvendo as empresas tomadora e fornecedora, o que se conclui que também está a limitar a permanência dos trabalhadores neste mesmo período. Ultrapassando o contrato de trabalho firmado com o autor este interregno de tempo, tem-se por nula a contratação temporária, sendo cabente a multa prevista no art. 477 da CLT, caracterizada a má-fé e a improbidade, assinaladas no art. 422 do CC, Lei n. 10.406/02. TRT/SP 15ª Região 11.212/03 — Ac. 6ªT 27.474/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 12.9.03, pág. 40.

28 — CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA

A contribuição confederativa tem por finalidade o custeio do sistema confederativo (art. 8º, inciso IV, da CF), não possuindo natureza tributária, razão pela qual não pode ser exigida de forma compulsória de todos os integrantes da categoria, mas apenas dos associados, haja vista que o seu objetivo diz respeito exclusivamente àqueles que se associam aos sindicatos. TRT/SP 15ª Região 1.705/03 — Ac. 1ªT 26.568/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 12.9.03, pág. 18.

29 — CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ACORDO HOMOLOGADO POSTERIORMENTE AO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. PARCELAS COMPONENTES DA RESPECTIVA BASE DE CALCULO. TODAS AS DE NATUREZA SALARIAL CONTIDAS NA SENTENÇA

Tendo-se em vista o disposto no art. 195, *i*, *a*, e II, da CF, c/c os arts. 20, 22, 28, 43 e 44, da Lei n. 8.212/91, firma-se convencimento no sentido de que, havendo sentença proferida em ação trabalhista, o fato gerador dos recolhimentos previdenciários é o próprio decreto condenatório, no qual o Estado declara a existência de direitos ao trabalhador, com discriminação das parcelas remuneratórias sujeitas à contribuição. E uma vez verificada a existência de parcelas remuneratórias na sentença, emerge daí, por força da lei, o direito de o INSS reclamar o que lhe é devido. Ora, não há dúvidas, assim, de que a transação celebrada entre as partes, posteriormente à prolação da sentença, não pode atingir direitos do terceiro interessado no processo (o INSS). Isso porque a transação é um negócio jurídico e como tal só vincula os transigentes (CC, art. 844), jamais terceiros que dela não participaram. Aliás,

tratando-se de matéria de ordem pública, os recolhimentos previdenciários sequer podem ser transacionados, ainda que deles pretendesse o ora recorrente abrir mão, observado o disposto no art. 195, § 11, da CF. TRT/SP 15ª Região 4.195/03 — Ac. 5ªT 27.933/03-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 19.9.03, pág. 83.

30 — CONVENÇÃO COLETIVA. ACORDO COLETIVO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL PRETENDIDA POR APOSENTADOS COM BASE EM REGULAMENTO DA EMPRESA QUE CONCEDE TAL DIREITO

Havendo expressa renúncia no acordo coletivo estabelecido entre a empresa e o sindicato representativo da categoria profissional, quanto a um aumento salarial, que constou em convenção coletiva, mas que, entretanto, visou o melhoramento das condições de trabalho como um todo, os aposentados não podem pretender o aumento salarial ajustado na convenção coletiva, uma vez que os empregados em atividade não o obtiveram. TRT/SP 15ª Região 20.880/02 — Ac. 6ªT 24.799/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 22.8.03, pág. 77.

31 — CONVENÇÃO COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. ABRANGÊNCIA

Empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver vantagens previstas em instrumento coletivo firmado apenas pela Federação à qual pertence a categoria do empregador, e não pelo seu sindicato. Às Federações só é dado celebrar acordos e convenções coletivos em caráter supletivo quando as categorias por elas representadas forem inorganizadas, isto é, quando não existirem entidades sindicais de primeiro grau que representem os trabalhadores ou empregadores (CLT art. 611, § 2º). TRT/SP 15ª Região 27.747/02. Ac. 5ªT 18.750/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 4.7.03, pág. 26.

32 — COOPERATIVA. MEIO UTILIZADO PARA FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA. ILEGALIDADE

A simples arregimentação de mão-de-obra para prestação de serviços a terceiro, divorciada das finalidades precípuas da cooperativa, revela flagrante desfiguração de sua razão de existir, considerando-se o ato afrontoso aos princípios norteadores do Direito do Trabalho e portanto nulo de pleno direito (art. 9º, CLT). TRT/SP 15ª Região 23.489/02 — Ac. 6ªT 21.295/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DOE 25.7.03, pág. 22.

33 — DANO MORAL. IMPROBIDADE. JUSTA CAUSA

A resolução do contrato por falta grave, pela prática de ato de improbidade, pelas graves conseqüências que encerra, do ponto de vista pessoal e profissional, deve restar comprovada de forma clara e definitiva, competindo ao empregador demonstrar a materialidade e autoria do delito, de modo a não subsistirem dúvidas. (art. 818, CLT). A injusta acusação de desvio de numerário, despida de qualquer respaldo no conjunto probatório, implica em dano à moral, pois constitui ofensa à honra objetiva e subjetiva do empregado, a ensejar a reversão da despedida por justa causa e a condenação ao pagamento de indenização por dano moral. TRT/SP 15ª Região 31.868/02 — Ac. 5ªT 25.939/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 5.9.03, pág. 32.

34 — DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO

Dano moral é o que atinge os direitos da personalidade, sem valor econômico,

tal como a dor mental psíquica ou física. Caracteriza-se por eventuais abusos cometidos pelos sujeitos da relação de emprego. Deixando de haver nos autos qualquer relato de alguma atitude, por parte do empregador que venha a impingir algum dano à moral e à reputação da reclamante, a exemplo da narrativa de algum crime ou fato socialmente reprovável, não há falar em dano moral e tampouco em indenização. Não se caracteriza pelo simples exercício de um direito. No caso vertente, o fato de pleitear os valores relativos à quebra de caixa, ainda que de forma indireta, não discriminada no TRCT, por meio de cheque, não tem o condão de autorizar a condenação do reclamado na indenização postulada. TRT/SP 15ª Região 27.335/02 — Ac. 3ªT 23.838/03-PATR. Rel. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 15.8.03, pág. 93.

35 — DANO MORAL. VALOR. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO

Sendo um dos atributos da personalidade, a moral difere, em grau, de pessoa para pessoa. Assim, um mesmo ato ou omissão é capaz de produzir impacto psicológico negativo de nível diferente para cada paciente atingido. Esta possibilidade de resultados diversos deve ser levada em consideração pelo julgador, juntamente com outros parâmetros, para a fixação do *pretium doloris*, evitando-se, no arbitramento, indenização muito aquém da adequada, o que ocasionaria o acréscimo de outra dor ao lesionado, assim como também indenização muito além, o que configuraria, no tocante ao excesso, locuplemento sem causa. TRT/SP 15ª Região 31.385/02 — Ac. 3ªT 20.659/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 18.7.03, pág. 64.

36 — DANO PESSOAL. DANO MORAL. DANO ESTÉTICO

Considerando o dano ensejador de uma reparação meramente de ordem moral, corre-se o risco de entender que quando o fato não atinge a integridade moral do indivíduo, interferindo na sua relação com outros indivíduos, não se teria uma hipótese típica a reclamar uma indenização. É por este motivo que alguns juristas, como o Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, preferem a denominação dano pessoal, para designar esse fenômeno jurídico, justamente para abranger todas as hipóteses de dano ao indivíduo, seguindo classificação feita por Limongi França, que atingem: a integridade física, no qual se inclui o aspecto puramente estético; a integridade intelectual; a integridade moral; e a integridade social, esta última acrescentada pelo primeiro autor citado (O Dano Pessoal no Direito do Trabalho, SP, LTr, 2002, p. 26). A perda de um dedo trata-se de fato indenizável por ser um dano estético relevante, mesmo sem trazer à discussão o fato pertinente à capacidade laboral. TRT/SP 15ª Região 5.977/03 — Ac. 6ªT 29.463/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 26.9.03, pág. 33.

37 — DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. OFENSAS VERBAIS PRATICADAS PELO EMPREGADOR CONTRA O EMPREGADO

Ofensas verbais injustamente proferidas pelo empregador contra o empregado, em público, diante dos demais colegas, caracterizam a comoção íntima própria do dano moral reparável sendo, assim, passíveis de indenização. TRT/SP 15ª Região 27.968/02 — Ac. 5ªT 20.071/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 18.7.03, pág. 69.

38 — DEFICIENTE FÍSICO. TRABALHADOR REABILITADO. RESILIÇÃO. GARANTIA E EMPREGO E REINTEGRAÇÃO

O art. 93 da Lei n. 8.213/91 ao estabelecer como condição para a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado a contratação de substi-

tuto de condição semelhante, institui garantia de emprego, que embora não tenha caráter de direito individual assume feição social e coletiva. Havendo forma peculiar de garantia de emprego para os deficientes reabilitados que compõem a cota de vagas reservadas pelo art. 93 da Lei n. 8.213/91, a falta de atendimento da condição prevista em lei retira do empregador o direito potestativo de resilir o contrato de trabalho, o que torna nula a dispensa. TRT/SP 15ª Região 5.352/03 — Ac. 5ªT 25.859/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 5.9.03, pág. 29.

39 — DIFERENÇA DA MULTA. DE 40% DO FGTS. EXPURGO INFLACIONÁRIO. LC N. 110/01. PRESCRIÇÃO

À diferença da multa de 40% decorrente da complementação de atualização monetária em face da LC n. 110/01 aplica-se, na seara trabalhista, a prescrição prevista no art. 7º, inciso XXIX da CF e no art. 11 da CLT, não havendo como se importar a teoria da *actio nata*. Tendo a reclamação trabalhista sido ajuizada após o biênio da extinção do contrato de trabalho, correto o juízo de origem ao decidir pela extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, inciso IV do CPC). TRT/SP 15ª Região 214/03 — Ac. 1ªT 23.312/03-PATR. Rel. Desig. Luiz Roberto Nunes. DOE 12.9.03, pág. 16.

40 — DIFERENÇA NA MULTA. DE 40% DO FGTS. PRESCRIÇÃO

A prescrição bienal, estampada no art. 7º, XXIX, da CF, do direito à diferença na multa de 40% do FGTS, resultante da correção dos depósitos fundiários com base nos prejuízos ocasionadas com os planos Verão e Collor I, teve seu início com a publicação da LC n. 110, no Diário Oficial da União de 30.6.01, já que em seu art. 4º reconheceu o direito dos empregados optantes do FGTS de terem a suas contas vinculadas corrigidas com base naquelas perdas. Colisão dos arts. 5º, XXXVI, e 7º, XXIX, da CF. Aplicação dos princípios da unidade da constituição e da concordância prática. TRT/SP 15ª Região 11.269/03 — Ac. 6ªT 21.302/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 25.7.03, pág. 22.

41 — DIGITADOR. INTERVALO

O digitador faz jus aos intervalos de dez minutos para repouso a cada noventa minutos trabalhados, em face da aplicação analógica do art. 72 da CLT, tão-somente nas hipóteses de comprovação do exercício, exclusivamente, das funções permanentes de mecanografia e similares. TRT/SP 15ª Região 9.007/03 — Ac. 1ªT 26.641/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 12.9.03, pág. 20.

42 — DIREITO DO TRABALHO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

A fixação do adicional de insalubridade em determinado percentual do salário mínimo contraria o disposto no art. 7º, IV, da CF, que veda sua vinculação para qualquer fim, conforme já se pronunciou o STF em diversas oportunidades, em recurso extraordinário, no controle da constitucionalidade pela via de exceção. Destarte, não há que se falar em violação ao Enunciado n. 228, C.TST, porquanto este é anterior à CF/88 e, por conseguinte, às decisões do C. STF. TRT/SP 15ª Região 8.741/03 — Ac. 3ªT 19.026/03-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 4.7.03, pág. 17.

43 — ELETRICISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. TEMPO DE EXPOSIÇÃO

A periculosidade por atividades/operações com energia elétrica instituída pela Lei n. 7.369/85, é devida a todos que trabalhem em condições de risco, independentemente do cargo, categoria ou ramo da empresa, ainda que o façam de

forma intermitente, pois o infortúnio não escolhe hora para acontecer. Incidência do Enunciado n. 361 do C.TST. TRT/SP 15ª Região 25.336/02 — Ac. 4ªT 29.219/03-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo L. Moraes. DOE 26.9.03, pág. 24.

44 — EMPREGADA. EM EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. ENQUADRAMENTO SINDICAL. NÃO APLICABILIDADE DAS NORMAS COLETIVAS DOS BANCÁRIOS

A empregada de empresa administradora de cartões de crédito, que tem suas funções limitadas à análise e aprovação de fichas de crédito de clientes, não se enquadra na categoria bancária, cujo ofício é mais complexo e extenuante, não lhe sendo aplicáveis as normas coletivas negociadas com os banqueiros. TRT/SP 15ª Região 14.759/00 — Ac. 1ªT 25.122/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 29.8.03, pág. 21.

45 — EMPREGADO. DA ADMINSTRAÇÃO DIRETA DISPENSADO NO PERÍODO PROBATÓRIO. REINTEGRAÇÃO

Mesmo laborando de forma irregular antes do concurso público, a Administração Direta teve tempo suficiente para aferir a capacidade funcional do obreiro, pelo que não pode dispensá-lo no período do estágio probatório, sem motivação. Aplicação da Súmula n. 21, por analogia, do STF. TRT/SP 15ª Região 11.010/03 — Ac. 4ªT 28.170/03-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 19.9.03, pág. 80.

46 – EMPREGADO. DOMÉSTICO. FGTS. CABIMENTO

O FGTS somente é aplicável ao trabalhador doméstico por vontade expressa do empregador, ante a faculdade que lhe reserva o art. 3º da Lei n. 10.208/01. TRT/SP 15ª Região 19.717/03 — Ac. 1ªT 23.230/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 15.8.03, pág. 82.

47 — EMPRESA PÚBLICA. DISPENSA DE EMPREGADO. REGIME CELETISTA. MOTIVAÇÃO

A empresa pública que dispensa o empregado não submetido a concurso público, e tem seu contrato regido pela CLT, equipara-se ao empregador comum, podendo assim resilir o contrato sem necessidade de motivação. TRT/SP 15ª Região 7.373/03 — Ac. 5ªT 25.849/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 5.9.03, pág. 29.

48 — EMPRESA PÚBLICA. OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE DESENVOLVE ATIVIDADE ECONÔMICA (CF ART. 173, § 1º, II). DESPEDIDA DE EMPREGADO. DESNECESSÁRIA MOTIVAÇÃO

As empresas públicas ou sociedades de economia mista enquadradas no art. 173, § 1º, inciso II da CF, podem dispensar seus empregados a qualquer tempo sem justa causa, por simples ato discricionário decorrente de critérios próprios de oportunidade e conveniência, sem que seja necessário expor os motivos ou permitir o contraditório e a ampla defesa (CF art. 5º, LV). TRT/SP 15ª Região 28.935/02 — Ac. 5ªT 20.052/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 18.7.03, pág. 69.

49 — ENQUADRAMENTO SINDICAL. TRANSFERÊNCIA

Havendo transferência do local de trabalho, de um Município para outro, cessa o direito aos benefícios previsto no instrumento normativo do sindicato da base de origem, devendo o empregado

sujeitar-se às regras pactuadas pelo sindicato de sua categoria do local para onde foi transferido, não havendo que se falar em redução salarial ilícita se algumas verbas foram suprimidas com a mudança. TRT/SP 15ª Região 2.555/03 — Ac. 4ªT 24.380/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 22.8.03, pág. 68.

50 — ENTE PÚBLICO. MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO PELO REGIME DA CLT. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE

Os cargos de provimento em comissão, destinam-se apenas a atribuições de direção, chefia e assessoramento, e ante sua natureza transitória, seus ocupantes são passíveis de livre nomeação e exoneração pelo administrador público, tornando o regime celetista incompatível com o exercente de cargo comissionado. TRT/SP 15ª Região 23.068/02 — Ac. 4ªT 19.908/03-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 11.7.03, pág. 77.

51 — ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

É entendimento pacífico que o ente público, tomador dos serviços, é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa prestadora dos mesmos, porque ao contratante compete, não só a escolha da empresa, como, também, a sua fiscalização, no decorrer da execução do contrato, no que tange ao adimplemento das obrigações contratuais (Enunciado TST n. 331, IV). As multas aplicadas pela sentença, decorrentes de normas coletivas e da CLT (art. 467), integram os direitos trabalhistas e a responsabilidade subsidiária, independentemente de se tratar de ente público ou particular, abrange a obrigação por inteiro, motivo por que tais penalidades não devem ser expungidas da condenação. TRT/SP 15ª Região 3.400/03 — Ac. 6ªT 29.514/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 26.9.03, pág. 35.

52 — ESTABILIDADE. NORMA COLETIVA. ALTERAÇÃO POSTERIOR. CONSEQÜÊNCIAS

Não alcança o empregado que já tinha assegurada estabilidade no emprego, conferida por cláusula incluída em instrumento coletivo, uma vez preenchidos os respectivos pressupostos, posterior mudança, em norma coletiva subseqüente, retirando e/ou restringindo o direito, pena de se incentivar a elaboração de cláusulas convencionais que acabem por ilaquear o trabalhador. De notar que essa solução, a par de mais atender ao espírito do direito do trabalho, ainda dispensará o tributo devido aos insuperáveis e sempre atuais ensinamentos de antigos mestres — e que assim não ficarão a se contorcer onde estiverem —, o sentido de que "uma coisa não pode ser e deixar de ser no mesmo tempo e lugar e sob o mesmo aspecto. Acórdão 5.170/02, 1ºT, TRT 15ª Região, Rel. Desig. Dr. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, Processo 32.414/01. TRT/SP 15ª Região 5.341/03 — Ac. 4ªT 25.271/03-PATR. Rel. Andrea Guelfi Cunha. DOE 29.8.03, pág. 36.

53 — ESTABILIDADE. PROVISÓRIA

A estabilidade provisória assegurada pelo art. 118, da Lei n. 8.213/91 está vinculada à percepção do auxílio-doença previdenciário. Indeferido o benefício pelo INSS face à conclusão da perícia médica (ausência de incapacidade para o trabalho ou para as atividades habituais) não há que se cogitar de estabilidade/reintegração/indenização. A dispensa imotivada, conquanto acarrete sofrimento ao empregado, não configura "dano moral", pois advém do exercício do direito potestativo de despedir, do empregador e, nem sempre, configura ato exclusivo de sua vontade. Honorários advocatícios são devidos se o reclamante estiver assistido pelo sindicato de classe e vencer, pelo menos parcialmente, a demanda (Lei n. 5.584/70, art. 16). TRT/SP 15ª Região 26.831/02 — Ac. 6ªT 29.455/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 26.9.03, pág. 33.

54 — ESTABILIDADE. PROVISÓRIA. DIRIGENTE SINDICAL

O legislador pátrio, ao dispor sobre a estabilidade provisória do dirigente sindical, visou protegê-lo, no que tange à liberdade do exercício das atividades e direitos sindicais. Desta feita, havendo o encerramento das atividades da empresa, não mais subsiste a estabilidade pretendida, sendo inviável a reintegração do obreiro e, em decorrência, a indenização compensatória. TRT/SP 15ª Região 26.310/02 — Ac. 6ªT 23.057/03-PATR. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 8.8.03, pág. 27.

55 — EXTINÇÃO DE ESTABELECIMENTO. GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE

O encerramento do estabelecimento, filial ou agência, sem ocorrência de força maior, não afasta o direito à indenização do período de garantia de emprego da gestante. Aplicação analógica do art. 498 da CLT. TRT/SP 15ª Região 31.907/02 — Ac. 4ªT 19.861/03-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 11.7.03, pág. 76.

56 — FAZENDA PÚBLICA. CONTRATO DE TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE, RESGUARDANDO, EXCLUSIVAMENTE, A CONTRAPRESTAÇÃO MÍNIMA

Contratação de servidor pela Administração, sem a prévia realização de concurso público, viola norma constitucional (art. 37, II, CF), imperioso o reconhecimento de sua nulidade. Todavia, nada obstante a presença de conflitos principiológicos entre o Direito Laboral e o Administrativo e entre as normas consolidadas e as constitucionais, inegável a indispensabilidade do pagamento da remuneração, diante do caráter sinalagmático da relação jurídica, de modo a atender às especificidades e excepcionalidades do labor desenvolvido, atentando-se para a supremacia do interesse público sobre o particular (art. 8º da CLT). TRT/SP 15ª Região 16.891/03 — Ac. 2ªT 28.227/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 19.9.03, pág. 66.

57 — FGTS. DIFERENÇA NOS 40%. PRESCRIÇÃO BIENAL. ART. 7º, INCISO XXIX, DA CF/88 C/C NOVA REDAÇÃO DA EC N. 28/00. SONEGAÇÃO, PELAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS, DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS (42,72% DE JAN/89 E 44,80% DE ABRIL/90). LC N. 110/01

Como bem sintetizado pela primeira instância, o fato de a Caixa Econômica Federal não ter aplicado os índices de atualização monetária corretos aos depósitos fundiários em fevereiro/89 e maio/90 (42,72% de janeiro/89 e 44,80 de abril/90) não constituiu fato suspensivo ou interruptivo da prescrição, eis que o reclamante poderia ter postulado a diferença da indenização de 40% nesta Justiça, dentro do biênio prescricional, independentemente de ser efetivada ou não a mesma atualização monetária pela Caixa Econômica Federal. Demais disso, a reclamada exonerou-se do débito trabalhista na forma da lei vigente, ou seja, através da prescrição bienal, não sendo possível imprimir efeito retroativo à LC n. 110/01, para atingir o direito adquirido da demandada, haja vista o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Magna Carta. De conseqüência, acolho a prescrição bienal argüida em contestação com fulcro no art. 7º, inciso XXIX, da CF. Decidir em contrário criaria sério precedente em nosso sistema legal: estaríamos permitindo uma nova modalidade de prescrição, não prescrita nem autorizada pela CF: aquela cuja contagem tem início a partir da edição de determinada lei, seja ela qual for; ou a partir de uma decisão judicial (caso do STF), gerando direitos a quem não foi parte no

processo. Caso venha a se reconhecer que uma decisão judicial sobre determinado pleito gera direitos a quem não foi parte no processo, estar-se-á criando sério precedente, pois qualquer cidadão que se manteve silente, mesmo quando teve seu direito violado, vai poder garimpar decisões judiciais de Tribunais e, com base nas mesmas, postular seu pretenso direito, ainda que já atingido pela prescrição extintiva, seja qual for a situação jurídica e os prazos prescricionais. Indo mais além, a decisão judicial sobre determinado tema jurídico servirá inclusive para estribar ações rescisórias pois, com base nesse entendimento, criar-se-á a violação literal de lei ou, indo mais longe ainda, essa decisão será a própria lei. Seguindo essa lógica, não existiria mais a figura jurídica da prescrição. Observe-se que isso viria para desvirtuar totalmente a segurança dos atos jurídicos. Porque, a qualquer momento, mesmo após expirado o prazo da prescrição bienal, total, extintiva, qualquer lei que fosse editada, ou qualquer decisão que fosse publicada, poderiam tumultuar essa segurança, desequilibrando os princípios jurídicos que visam dar tranqüilidade ao não permitirem que se revolvam ocorrências passadas, que já foram sepultadas, ferindo o ato jurídico perfeito e consumado e o direito adquirido, segundo a lei vigente ao tempo em que se efetivaram. TRT/SP 15ª Região 13.251/03 — Ac. 6ªT 27.012/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 12.9.03, pág. 46.

58 — FGTS. E SEGURO-DESEMPREGO. RETARDAMENTO CULPOSO NO FORNECIMENTO DAS RESPECTIVAS GUIAS. ILÍCITO EM FACE DOS PRAZOS ESTABELECIDOS NAS RESPECTIVAS LEGISLAÇÕES DE REGÊNCIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA (ARTS. 186 E 927, DO CC), INDEPENDENTEMENTE DO RECEBIMENTO TARDIO DAS PARCELAS

A entrega dos formulários do seguro-desemprego e do TRTC, preenchidos, deve ocorrer no ato da dispensa (Resolução CODEFAT n. 252/00, art. 13, e Decreto n. 99.684/90, art. 36, I); no primeiro caso o pagamento da primeira parcela corresponderá aos trinta dias de desemprego, a contar da data da dispensa (idem Resolução, art. 17) e no segundo, tem 10 dias a CEF para atender solicitação do saque (idem Decreto, art.9º, § 8º). Nesse contexto, consideradas as disposições legais enfocadas, óbvio o abuso praticado pela recorrida, o qual, inarredavelmente, pesou contra a apelante. Isto porque, sem que tenha dado causa, lhe fora imposto indevido sacrifício da espera, quando lídimo seu direito de fruição dos depósitos do FGTS e das parcelas do seguro-desemprego, em seguida à imotivada extinção contratual. A entrega do TRCT se deu mais de 40 dias após a extinção contratual, enquanto o recebimento da primeira parcela do seguro desemprego operou-se depois de oitenta e dois dias do referido marco. Com isso não se pode compadecer; abuso de direito caracterizado impondo à recorrida o dever de reparação, com fulcro nos arts. 186 e 927, do CC, subsidiário. TRT/SP 15ª Região 19.759/03 — Ac. 5ªT 27.901/03-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 19.9.03, pág. 82.

59 — FGTS. ENUNCIADO N. 363 DO TST. INAPLICÁVEL

"Inaplicável o Enunciado n. 363 do TST quando o pedido referir-se ao FGTS, diante do que dispõe o *caput* do art. 19-A da Lei n. 8.036/90, introduzido pela MP n. 2.164-41/01. TRT/SP 15ª Região 16.780/03 — Ac. 5ªT 26.764/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 12.9.03, pág. 35.

60 — FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. INCOERÊNCIA DOS ENUNCIADOS E SÚMULAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES FACE AO ORDENAMENTO COMO UM TODO

Não é crível de se conferir a órgãos e entidades do governo, que possuem o

direito-dever apenas de administrar os depósitos fundiários, prazo maior do que o do empregado, mormente por serem contribuições de natureza social, tendo em vista seu incalculável valor para a sociedade, já que o sistema financeiro que dá suporte ao financiamento da moradias populares está apoiado, quase que totalmente, nos depósitos do FGTS. TRT/SP 15ª Região 13.875/03 — Ac. 6ªT 24.834/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 22.8.03, pág. 78.

61 — GARANTIA DE EMPREGO. DOENÇA PROFISSIONAL. ART. 118 DA LEI N. 8.213/91. NÃO CABIMENTO

Restando comprovado que a ruptura contratual decorreu de iniciativa do empregado, sem qualquer vício de consentimento, resta inaplicável a garantia de emprego prevista pelo art. 118 da Lei n. 8.213/91, ainda que a prova pericial conclua pela existência da doença profissional. TRT/SP 15ª Região 11.773/03 — Ac. 1ªT 19.633/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 11.7.03, pág. 65.

62 — GREVE. REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS FRENTE À LEI N. 7.783. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE DO MOVIMENTO. VIOLAÇÃO À NORMA CONTRATUAL. REMÉDIO IMPRÓPRIO

O Judiciário, ao decidir acerca do cumprimento prévio das formalidades exigidas pela lei de greve para que o movimento seja deflagrado, deve levar em conta, para declarar a abusividade do movimento, a *mens lege* do referido diploma. Imperioso que se a afaste quando ocorra justo motivo para levantamento da parede. Ainda que não abusiva a greve, benefício concedido espontaneamente, se suprimido enseja, no entanto, manejo de ação própria na instância devida. TRT/SP 15ª Região 888/03-DCG — Ac. SDC 67/03-PADC. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 4.7.03, pág. 5.

63 — HORAS DE SOBREAVISO. CONFIGURAÇÃO

Para que se configure o sobreaviso, não basta que o empregado demonstre ter sido acionado pela empresa fora de seu horário de trabalho, mas que sua ativação era imprescindível, de forma que não pudesse se ausentar livremente, devendo estar sempre acessível, com restrição de liberdade locomoção. TRT/SP 15ª Região 34.769/00 — Ac. 5ªT 20.150/03-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 18.7.03, pág. 72.

64 — HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. TRABALHO EXTERNO. ART. 62, DA CLT

O art. 62 da CLT não se compatibiliza com o inciso XIII, do art. 7º, que conferiu a todos os empregados, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho, em consonância com o que consta no Tratado de Versalhes, na Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Somente não terá direito ao recebimento de adicional pelo trabalho em horas extras o empregado que as efetivamente não cumprir, cabendo ao empregador a obrigação de limitar a jornada de trabalho do empregado seja qual for a sua função. TRT/SP 15ª Região 5.847/03 — Ac. 6ªT 29.470/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 26.9.03, pág. 34.

65 — HORAS EXTRAS. DIFERENÇAS. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INTEGRAÇÃO. CABIMENTO

Em face da sua natureza salarial, o adicional de insalubridade compõe a base de cálculo da remuneração extraordinária, segundo entendimento consubstanciado no Enunciado n. 264, TST. HORAS EXTRAS. REFLEXOS. NÃO CONCESSÃO DO INTERVALO DESTI-

NADO AO REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. CABIMENTO. A norma que cuida do horário destinado ao repouso e alimentação no período de intrajornada — art. 71 da CLT, é de ordem pública, portanto de rigorosa observância. O seu desrespeito implica no pagamento como hora de sobrelabor, posto que neste período houve a efetiva prestação de serviços. Em decorrência, o pagamento deste consectário tem natureza salarial e não indenizatória, pois não se trata de simples reparação à lesão do direito de gozo do intervalo. TRT/SP 15ª Região 1.686/03 — Ac. 2ªT 20.038/03-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 11.7.03, pág. 74.

66 — HORAS EXTRAS. E NOTURNAS. INCLUSÃO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE NA BASE DE CÁLCULO

O adicional de periculosidade possui natureza salarial, destinando-se a remunerar o trabalho exercido em condições de risco. Assim, deve compor a base de cálculo das horas extraordinárias, pois, segundo o entendimento contido no Enunciado n. 264 do C. TST, a remuneração do serviço suplementar é composta pela soma do salário contratual integrado pelas verbas salariais percebidas, com o acréscimo do adicional previsto em lei ou norma coletiva. E isso se justifica na medida em que durante a sobrejornada o empregado continua exposto à periculosidade. O mesmo raciocínio é válido para efeito de composição da base de cálculo do adicional noturno, já que também no trabalho realizado durante o período noturno o empregado permanece sob condições de risco. Aplicáveis à presente controvérsia as disposições das Orientações Jurisprudenciais ns. 259 e 267, ambas da SDI-1, do C. TST. TRT/SP 15ª Região 948/03 — Ac. 1ªT 23.211/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 15.8.03, pág. 84.

67 — HORAS EXTRAS. ENUNCIADO N. 340 DO TST. EMPREGADO COMISSIONISTA

Empregados que recebem salários sob a forma mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável à base de comissões, têm direito às horas extras calculadas sobre sua remuneração completa, ante a inaplicabilidade do entendimento consubstanciado no Enunciado n. 340, do TST, nesses casos. TRT/SP 15ª Região 3.219/03 — Ac. 5ªT 25.329/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 29.8.03, pág. 38.

68 — HORAS EXTRAS. HABITUAIS. INTEGRAÇÃO NO PROVENTO DE APOSENTADORIA. APLICAÇÃO DO ART. 186 DO CC

O reclamado ao não pagar durante o contrato de trabalho as horas extras efetivamente trabalhadas pelo seu funcionário, impediu que as mesmas integrassem o salário, trazendo-lhe prejuízo quando da aposentadoria, diminuindo o provento. Essa perda deve ser compensada no valor que o trabalhador aposentado recebe a título de complementação de aposentadoria, nos exatos termos do art. 186 do CC. TRT/SP 15ª Região 6.995/03 — Ac. 6ªT 19.257/03-PATR. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 4.7.03, pág. 30.

69 — HORAS EXTRAS. PONTO ELETRÔNICO

Não obstante a alta tecnologia empregada no sistema de ponto eletrônico, este carece de credibilidade se o cartão magnético da chefia for habilitado para abrir os "caixas" e inserir dados relativos a horário nos registros do empregado, pois deixa dúvida quanto ao horário cumprido pelo obreiro (que pode começar a trabalhar, antes do horário oficial sem usar o próprio cartão) e sobre os dados inseridos (que podem, ou não, ser os fornecidos pelo empregado). Nesse caso,

inverte-se o ônus da prova, devendo o empregador provar que o horário efetivamente cumprido pelo empregado não é o declinado na inicial. VALE-TRANSPORTE. O reembolso do vale-transporte deve ser calculado sobre o salário básico do empregado (Lei n. 7.418/85); no presente caso, sobre o "ordenado", desprezando-se as demais verbas que compõem a remuneração, como: adicional por tempo de serviço, gratificação de função, ajuda de custo especial, ainda que tais parcelas sejam fixas. TRT/SP 15ª Região 20.994/02 — Ac. 6ªT 21.341/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 25.7.03, pág. 23.

70 — HORAS *IN ITINERE*. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE

Padece de validade o ajuste coletivo que suprime o pagamento das horas *in itinere* pelo fornecimento de meio de transporte apropriado ao trabalhador, por violar texto expresso de lei — art. 58, § 2º, da CLT. A flexibilização mediante acordo coletivo, quanto às horas *in itinere*, está restrita à fixação do tempo de percurso devido, não podendo alcançar a supressão do direito assegurado, por lei, ao trabalhador. TRT/SP 15ª Região 3.340/03 — Ac. 1ªT 23.225/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 15.8.03, pág. 82.

71 — INTERVALO PARA REFEIÇÃO. INOBSERVÂNCIA. CONSEQÜÊNCIAS

O legislador, ao inserir o § 4º no art. 71 da CLT, visou assegurar regras básicas de saúde a todo ser humano, apenando o empregador que exigir de seus empregados labor sem a regular observância dos intervalos alimentares. TRT/SP 15ª Ragião 21.206/03 — Ac. 1ªT 28.965/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 26.9.03, pág. 8.

72 — INTERVALO PARA REPOUSO. INDENIZAÇÃO

A não-concessão ou a redução do intervalo para repouso deve ser indenizada de acordo com as disposições do § 4º do art. 71 da CLT e, em se tratando de indenização, não comporta reflexos nas demais verbas salariais. TRT/SP 15ª Região 1.836/03 — Ac. 1ªT 20.399/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 18.7.03, pág. 57.

73 — INTERVALOS SUPRIMIDOS. JORNADA LEGAL VERSUS JORNADA REAL

O método teleológico é aquele que, no campo das relações laborais, permite extrair da norma legal a melhor exegese, de acordo com a sua finalidade social. Com efeito, se a interrupção do trabalho é instituída legalmente com o escopo de permitir ao trabalhador que reponha as suas energias dentro de uma mesma jornada, a disciplina segundo a qual jornadas de até seis horas comportam repousos da quinze minutos, e as superiores a seis horas contínuas repousos de uma hora, deve ser aplicada em consonância com a realidade que emerge da concretude da prestação de serviços. Deste modo, quando o trabalhador, a despeito de estar sujeito a jornada legal de seis horas, labora com habitualidade além deste limite, como é o caso do reclamante, deve receber o intervalo de uma hora não usufruído, com o acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração, na esteira do § 4º, do art. 71, da CLT. TRT/SP 15ª Região 4.504/03 — Ac. 1ªT 26.531/03-PATR. Rel. Marcos da Silva Porto. DOE 12.9.03, pág. 17.

74 — JUSTA CAUSA

Não se pode admitir que o trabalhador modifique o teor de atestado médico, para indevidamente obter dois dias de afastamento. O fato implica, efetivamente, em conduta que faz ruir a confian-

ça inerente ao contrato, autorizando sua ruptura por culpa do empregado, ainda que o trabalhador, durante os seis anos da relação empregatícia, não tenha sido advertido ou suspenso. Modificação de parâmetro de pagamento de comissão. Inadmissibilidade quando demonstrado o prejuízo causado ao trabalhador, nos termos do art. 468 da CLT. TRT/SP 15ª Região 2.638/03 — Ac. 2ªT 24.008/03-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 22.8.03, pág. 58.

75 — JUSTA CAUSA. AGRESSÃO A COLEGA DE TRABALHO NO ALOJAMENTO DA EMPRESA

Embora fora do horário de serviço, a agressão a colega no alojamento fornecido pelo empregador configura justa causa, pois praticada em ambiente diretamente ligado ao trabalho. TRT/SP 15ª Região 31.948/02 — Ac. 4ªT 24.246/03-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 22.8.03, pág. 64.

76 — JUSTA CAUSA. EMPREGADO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. IMPOSSIBILIDADE

Empregado considerado estável nos termos do inciso VIII do art. 8º, da CF/88, à época em que fora dispensado por justa causa pelo empregador, o qual não observou o dever de apurar a falta grave por meio de inquérito perante a Justiça do Trabalho (CLT, arts. 853 e seguintes), faz jus a conversão de sua reintegração em indenização dobrada dos salários até a data da sentença constitutiva, que porá fim ao contrato. Essa é a inteligência dos arts. 543 § 3º, 496 e 497, todos da CLT, além do Enunciado n. 28, do TST. TRT/SP 15ª Região 30.466/02 — Ac. 5ªT 18.787/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 4.7.03, pág. 27.

77 — JUSTA CAUSA. IMPROBIDADE. CARACTERIZAÇÃO

A adulteração de data de atestado médico para justificar a ausência e pagamento de salários, implica em ato de improbidade, justificador da resilição contratual por justa causa — art. 482, letra a da CLT. TRT/SP 15ª Região 15.208/03 — Ac. 1ªT 19.672/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 11.7.03, pág. 67.

78 — JUSTA CAUSA. INSUBORDINAÇÃO E INDISCIPLINA. UTILIZAÇÃO DE CORREIO ELETRÔNICO. MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE. RESTRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

A manifestação de opinião pelo empregado através de correio eletrônico, conquanto possa colidir com as finalidades e interesses da instituição para a qual presta serviços, de forma alguma caracteriza insubordinação ou indisciplina, figuras essas autorizadoras da rescisão contratual motivada, tampouco macula o bom nome da empresa. Exerce o autor, efetivamente e nos limites da moralidade pública, o seu direito constitucional de manifestação do pensamento, o qual constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, que encontra sua base na consagração do pluralismo de idéias e pensamentos. TRT/SP 15ª Região 327/03 — Ac. 5ªT 19.762/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 11.7.03, pág. 81.

79 — JUSTIÇA DO TRABALHO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR. ÔNUS DA PROVA. INAPLICABILIDADE

Na Justiça do Trabalho, o princípio da proteção ao trabalhador está restrito à interpretação das normas legais, não se

aplicando, quanto à distribuição do ônus da prova, o preceito *in dubio pro misero*, sob pena de afronta ao dever de imparcialidade do juiz. TRT/SP 15ª Região 10.578/03 — Ac. 1ªT 26.681/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 12.9.03, pág. 20.

80 — LEI N. 8.213/91. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. DOENÇA PROFISSIONAL

A Lei n. 8.213/91 garante estabilidade provisória ao empregado somente à partir da cessação do auxílio-doença, demonstrando ser este um requisito objetivo necessário para o implemento do direito. O fato único de ser portador de doença profissional não encontra respaldo legal para o reconhecimento do direito à estabilidade e, por conseqüência, a reintegração. TRT/SP 15ª Região 10.734/03 — Ac. 6ªT 27.959/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 19.9.03, pág. 84.

81 — LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 304 DO TST

Os juros de mora incidem normalmente sobre os débitos judiciais trabalhistas da Rede Ferroviária Federal S/A., nos termos do art. 39 da Lei n. 8.177/91, não se aplicando a ela o Enunciado n. 304 do TST, porque sua liquidação extrajudicial é regida pelo Decreto n. 3.277/99 e pelas Leis ns. 8.029/90 e 9.491/97, que não contêm disposição semelhante à do art. 18, alínea *d*, da Lei n. 6.024/74, a qual regula exclusivamente a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras pelo Banco Central. TRT/SP 15ª Região 13.464/03 — Ac. 5ªT 28.740/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 26.9.03, pág. 31.

82 — MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTS. 5º, LXIX, DA CF/88, 1º DA LEI N. 1.533/51 E 267, VI, DO CPC

O mandado de segurança, além de exigir os pressupostos processuais e condições da ação em geral, exige também a presença de suas condições específicas, dentre as quais o direito líquido e certo do impetrante (arts. 5º, LXIX, da CF e 1º da Lei n. 1.533/51). Não estando ele configurado, impõe-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. TRT/SP 15ª Região 1.197/02-MS — Ac. SDI1 453/03-PDI1. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 29.8.03, pág. 16.

83 — MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA ANTECIPADA *INAUDITA ALTERA PARTE*. DIREITO AO CONTRADITÓRIO. GESTANTE. REINTEGRAÇÃO LIMINAR. DESPEDIMENTO DANOSO À EMPREGADA E AO NASCITURO. BOA-FÉ E RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. COGNIÇÃO RESTRITA DA MATÉRIA DE FUNDO. VALORES DE JUSTIÇA E SEGURANÇA

Inexistindo recurso específico no Processo do Trabalho, a decisão concessiva de tutela antecipada poderá ser questionada por mandado de segurança, cujos contornos se restringirão à análise dos pressupostos do art. 273 do CPC, ao possível dano irreparável ou à aberração decisória. O direito ao contraditório e à ampla defesa devem ser harmonizados com o do próprio acesso ao Poder Judiciário, cuja intervenção preventiva (ameaça de lesão) autoriza sejam

tomadas decisões sem ouvir a parte adversa. A jurisdição tem compromisso com a efetividade das suas atuações, tendo o próprio legislador percebido que até o sagrado direito de defesa pode ser exercitado de forma abusiva ou protelatória. Descabe, outrossim, nesta ação especialíssima, aprofundada cognição ou exaurimento probatório da matéria de fundo, sob pena de usurpação da competência do Juízo de primeiro grau. O mito da busca da coisa julgada material, ou seja, depois de esgotados todos os inúmeros recursos, possíveis e imaginados, parece prestigiar a certeza jurídica, quando, no entanto, as condições do mundo moderno, exigem, preponderantemente, mais Segurança e Justiça nas relações humanas. Entre o constrangimento de uma reintegração forçada liminar e sua possível reversão posterior, deve-se prestigiar a primeira, seja porque atende à finalidade de sobrevivência do trabalhador e do nascituro, como também à de sua dignidade, seja porque é moralmente mais justo trabalhar e ganhar do que só auferir a indenização compensatória, fruto de visão exclusivamente monetarista. Demonstrada a gravidez anterior ao despedimento abrupto, a boa-fé e a responsabilidade social da empresa ensejariam fosse o emprego colocado à disposição e, não, a recalcitrância na manutenção do despedimento. TRT/SP 15ª Região 21/03-MS — Ac. SDI1 443/03-PDI1. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 29.8.03, pág. 15.

84 — MULTA. ART. 477, § 8º DA CLT. QUITAÇÃO PARCELADA DOS HAVERES RESCISÓRIOS. ACORDO JUDICIAL COM RESSALVAS. CABIMENTO

Acordo judicial homologado com ressalva apenas para recebimento parcelado dos haveres rescisórios não retira do trabalhador o direito de postular a aplicação da multa prevista pelo art. 477, § 8º da CLT. TRT/SP 15ª Região 21.384/03 — Ac. 1ªT 27.855/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 19.9.03, pág. 59.

85 — NORMA COLETIVA. INTERPRETAÇÃO E ALCANCE

Os "contratos benéficos" a que se refere o art. 1.090 do CC/1916 não guardam nenhuma relação com as convenções e acordos coletivos de trabalho, que disciplinam aspectos multilaterais de uma relação contratual típica que, por sua vez, encerra para ambas as partes um feixe múltiplo de direitos e obrigações. A premissa de que a inserção de vantagens extralegais no universo do contrato de emprego decorre do beneplácito do empregador ou da categoria econômica é absolutamente equivocada. Ainda mais em se tratando de norma coletiva que apenas disciplina direito assegurado por lei. As normas derivadas da autocomposição dos conflitos coletivos de trabalho são editadas em contexto de concessões recíprocas, à vista da conjuntura sócio-econômica de cada momento histórico, e visam dar equilíbrio ao binômio condições de trabalho/produtividade. Impõe-se, destarte, a rejeição da tese da interpretação restritiva dos acordos coletivos de trabalho, suscitada pelo empregador. Todavia, se é certo que as convenções e acordos coletivos de trabalho, pela sua natureza jurídica, não comportam interpretação restritiva, é igualmente certo que não admitem interpretação analógica, de modo a ampliar injustificadamente as garantias ali inseridas, como ora pretendem os empregados. Normas coletivas são, essencialmente, fruto da autonomia privada coletiva, razão porque as suas fronteiras são demarcadas pela vontade explícita das partes contratantes. TRT/SP 15ª Região 5.846/03 — Ac. 1ªT 26.553/03-PATR. Rel. Marcos da Silva Porto. DOE 12.9.03, pág. 17.

86 — PEDIDO DE DEMISSÃO. NULIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO

Não se declara a nulidade de pedido de demissão quando não comprovada, objetivamente, a ocorrência de vício de

consentimento, mormente se a homologação da rescisão contratual teve a assistência sindical, sem qualquer ressalva neste sentido. TRT/SP 15ª Região 10.393/03 — Ac. 1ªT 28.873/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 26.9.03, pág. 8.

87 — PERICULOSIDADE. INFLAMÁVEIS. ARMAZENAGEM NO SUBSOLO EM PRÉDIO DE ANDARES. ÁREA DE RISCO. O PRÓPRIO EDIFÍCIO

Como atestou o examinador, preconizado armazenamento se fazia contrário à legislação; fonte, portanto, de ignição, capaz de provocar combustão, ininteligível se mostra entender que o risco se limite apenas ao subsolo no caso de prédio de andares, preservando as demais áreas da construção, pois, embora de entendimento laico, não se pode convencer que lajes de separação de andares se constituam em barreiras para efeito de isolação dos sinistros, evitando difusão dos ocorridos no subsolo. TRT/SP 15ª Região 5.800/03 — Ac. 5ªT 27.982/03-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 19.9.03, pág. 84.

88 — PREPOSTO. ADMINISTRADOR E PROCURADOR NÃO EMPREGADO. ADMISSIBILIDADE

É regular a representação processual por preposto com poderes outorgados por instrumento público para administrar a empresa, ainda que não empregado. TRT/SP 15ª Região 19.194/02 — Ac. 5ªT 28.763/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 26.9.03, pág. 31.

89 — PRESCRIÇÃO

A prescrição bienal prevista pelo art. 7º, inciso XXIX, da CRFB tem curso a partir da rescisão contratual. As lesões de caráter patrimonial praticadas durante o contrato de trabalho que importem alteração das condições contratuais pactuadas estão sujeitas à prescrição qüinqüenal. A partir da alteração constitucional havida em 1988 não se pode falar em prescrição nuclear bienal para lesões havidas no curso do contrato. Inteligência do Enunciado n. 294 do TST. TRT/SP 15ª Região 32.005/02 — Ac. 5ªT 21.184/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 25.7.03, pág. 18.

90 — PRESCRIÇÃO. ARGÜIÇÃO PERANTE A INSTÂNCIA ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE

Em se tratando de matéria prescricional, a argüição pode ser feita durante toda a fase ordinária do feito, a teor do Enunciado n. 153 do C. TST. CONFISSÃO FICTA. PREVALÊNCIA. Apesar de não poder sobrepor-se aos demais elementos probatórios produzidos nos autos, a *ficta confessio*, ou confissão presumida, prevalece nos casos em que inexiste qualquer comprovação quanto aos fatos narrados. TRT/SP 15ª Região 2.653/03 — Ac. 1ªT 21.665/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 1º.8.03, pág. 4.

91 — PRESCRIÇÃO. BIENAL. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE

A inserção da prescrição trabalhista no Capítulo II, do Título II, da CF, reservado aos direitos sociais, não altera a natureza patrimonial dos direitos por ela alcançados, muitos deles também previstos nos mesmos Título e Capítulo da lei maior. Desse modo, incide a vedação contida no § 5º, do art. 219, do CPC, bem como no art. 194, do CC (art. 166, do CC/1916). TRT/SP 15ª Região 27.205/02 — Ac. 1ªT 18.608/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 4.7.03, pág. 8.

92 — PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO DO PRAZO. AÇÕES COM OBJETOS DISTINTOS

É cediço que o ajuizamento de reclamatória interrompe a prescrição. Contu-

do, para que isso ocorra é necessário que entre a ação primeva e aquela na qual pretende-se invocar a causa interruptiva haja a tríplice identidade: mesmas partes, causa de pedir e pedido. Daí concluir-se que a ação de cunho declaratório não interrompe o curso da prescrição para fins de posterior ajuizamento de ação condenatória, na medida em que os objetos são diversos. Por conseguinte, ainda que não transitada em julgado a decisão que reconheceu o vínculo empregatício entre as partes em processo diverso, os direitos daí decorrentes, operada a dispensa do trabalhador no curso daquela demanda, devem ser postulados no biênio previsto no art. 7º, XXIX da CF. Não observada esta conduta pelo acionante, agiu com acerto a origem ao decretar a prescrição nuclear. TRT/SP 15ª Região 26.910/02 — Ac. 4ªT 20.431/03-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 18.7.03, pág. 65.

93 — PRESCRIÇÃO. PARCIAL DO EMPREGADO RURAL. INAPLICABILIDADE DA EC N. 28 AOS CONTRATOS CELEBRADOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA

É inaplicável o prazo prescricional previsto pela EC n. 28 aos contratos celebrados antes de sua vigência, eis que desde a celebração do contrato de trabalho havido entre as partes, o direito a posterior pleito relativo à integralidade do referido contrato já estava inserido na esfera jurídica do reclamante, não podendo ser tal direito suprimido em face de alteração posterior proposta pelo legislador. Note-se, aliás, que os arts. 5º, XXXVI, e 60, § 4º, da CF/88 destinam-se exatamente a limitar a aplicação das alterações do texto legal, mantendo-se as garantias constitucionais já adquiridas. TRT/SP 15ª Região 11.304/03 — Ac. 6ªT 19.213/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 4.7.03, pág. 28.

94 — PRESCRIÇÃO. TOTAL E PARCIAL. NTERRUPÇÃO

A prescrição qüinqüenal não sofre solução de continuidade com a interrupção operada sobre a prescrição bienal para o ajuizamento da ação. Entendimento diverso privilegiaria a inércia do demandante, em detrimento do real sentido do instituto jurídico da prescrição. TRT/SP 15ª Região 26.271/02 — Ac. 6ªT 24.596/03-PATR. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 22.8.03, pág. 79.

95 — PROFESSOR. REDUÇÃO DO NÚMERO DE HORAS-AULAS

A redução da carga horária do professor só é admitida sob grave justificativa robustamente provada. TRT/SP 15ª Região 7.694/03 — Ac. 3ªT 25.545/03-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 29.8.03, pág. 29.

96 — PROGRAMA DE DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO. (PDV). TRANSAÇÃO QUE PRETENDE DAR QUITAÇÃO TOTAL AOS DIREITOS ORIUNDOS DO CONTRATO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE

É irrefutável o caráter de contrato de adesão do PDV (programa de desligamento voluntário), uma vez que a proposta é sempre unilateral e advinda da empresa, o que flagrantemente desconstitui a transação, a qual pressupõe concessões mútuas. Sendo assim, admite-se, para o caso, a aplicação subsidiária do CDC, de modo a afastar as normas do CC trazidas à baila pela reclamada. Ademais, ainda que se possa dizer que a transação extrajudicial é válida para o direito individual do trabalho, seu alcance deve ser sempre limitado ao que foi expressamente consignado no instrumento. Neste sentido é o disposto no art. 477, § 2º da CLT. São nulas de pleno direito as transações que pretendem a quitação total dos direitos oriundos do

contrato de trabalho, por constituírem estipulação genérica cuja finalidade é somente a de fraudar os direitos do empregado. Aplicação do art. 477, § 2º da CLT, do art. 51, *caput*, item IV, e itens II e III do seu § 1º, da Lei n. 8.078/90, Súmula n. 330 e OJ n. 270 da SDI-1, ambas do C.TST. TRT/SP 15ª Região 28.445/02 — Ac. 6ªT 21.279/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 25.7.03, pág. 21.

97 — PROVA. "EMPRESTADA"

A eficácia da prova "emprestada" está condicionada à identidade de fatos e circunstâncias, sob pena de tornar-se imprópria ou ineficaz para produzir efeitos em outra ação. TRT/SP 15ª Região 9.428/03 — Ac. 1ªT 26.645/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 12.9.03, pág. 20.

98 — REAJUSTES SALARIAIS. LEGISLAÇÃO FEDERAL. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME CELETISTA

Deferidos ao servidor público celetista os reajustes salariais determinados pela legislação federal, devem ser compensados todos os aumentos concedidos por força de legislação municipal própria. A cumulatividade e o efeito cascata não encontram apoio no texto constitucional. TRT/SP 15ª Região 19.369/03 — Ac. 1ªT 28.893/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 26.9.03, pág. 8.

99 — RECURSO ORDINÁRIO. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE CONCILIAÇÃO. ACORDO DESCUMPRIDO. EFICÁCIA RESTRITA

A Comissão de Conciliação Prévia foi instituída com a finalidade de imprimir maior rapidez à solução dos conflitos trabalhistas e à satisfação dos respectivos créditos, comparativamente à via judicial. Todavia, se, nem ao menos, o acordo perante a comissão prévia não foi cumprido, é teratológico pretender-se dele extrair eficácia liberatória geral. De que adianta o empregado aceitar a conciliação, certamente abrindo mão de direitos que sabe devidos, priorizando a rapidez no ajuste e aceitando o pagamento parcelado, mas não consegue concretização? Para realmente se conferir eficácia liberatória geral ao acordo firmado perante a Comissão, conforme determina a CLT, este deve ser o mais claro e explícito possível, a fim de possibilitar a certeza sobre as verbas abrangidas, bem como aquelas eventualmente não quitadas. Para se chegar a uma composição justa perante a Comissão de Conciliação Prévia, deve haver transação entre empregado e empregador, cujos pressupostos são alguma *res dubia* e concessões recíprocas. TRT/SP 15ª Região 3.191/03 — Ac. 2ªT 23.444/03-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 15.8.03, pág. 89.

100 — RECURSO ORDINÁRIO. DO INSS. TERCEIRO INTERESSADO. IMPUGNAÇÃO DE ACORDO HOMOLOGADO. ALEGAÇÃO DE FRAUDE

A alteração legislativa não conferiu ao INSS poder para discutir ou questionar a distribuição das parcelas feitas pelas partes no contexto do acordo, mas, sim, facultou-lhe interpor recurso relativo às contribuições que lhe forem devidas. A conciliação é atributo de disposição das partes envolvidas no conflito e somente elas podem declarar em Juízo qual seria a característica de cada parcela, especialmente quando ainda não existe sentença nos autos, sob as vistas do Juiz, que homologará ou, não, a avença. Desse modo, não há falar-se em contribuição sobre todas as verbas salariais e remuneratórias postuladas na inicial e, muito menos, em fraude, pois a possibilidade de acordo está prevista em lei e é apanágio da Justiça do Trabalho; tampouco há norma legal exigindo que a conciliação seja feita sobre esta ou aquela parcela postulada. TRT/SP 15ª Região

669/03 — Ac. 2ªT 23.386/03-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 15.8.03, pág. 88.

101 —RECURSO ORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. POSSIBILIDADE. AÇÃO ANTERIOR. PEDIDO JULGADO INEPTO. IRRELEVÂNCIA

Se, em ação anterior, foram requeridos o reconhecimento do vínculo de emprego e diferenças salariais, e a sentença transitada em julgado reconheceu o primeiro e inepto o segundo, há de se reconhecer, no entanto, interrompida a prescrição quanto às diferenças salariais por equiparação. De fato, o que interrompe a prescrição não é, tão-somente, o pedido, mas, também, a causa *petendi*, notadamente porque o simples protesto é meio suficiente para atingir essa finalidade. Assim, o ajuizamento da reclamatória trabalhista, buscando o vínculo, interrompe o prazo prescricional de ações decorrentes dessa declaração, pressuposto lógico das mesmas. TRT/SP 15ª Região 28.017/02 — Ac. 2ªT 23.438/03-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 15.8.03, pág. 89.

102 —RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PESSOA DE DIREITO PÚBLICO. CABIMENTO

O contrato celebrado entre a Administração Pública e a empresa prestadora de serviços não pode causar dano a terceiro, pois ao Ente Público é dada a realização do bem comum, o qual não pode ser alcançado à custa de lesão ao trabalhador. Aqui prevalecem as diretrizes constitucionais de respeito à dignidade do trabalhador e da função social da propriedade e dos contratos em geral. O Município incorreu em culpa *in vigilando* ao contratar empresa que se presume inidônea, na medida em que não honra as obrigações trabalhistas. O item IV da Súmula n. 331 do C. TST já consagrou a responsabilização subsidiária, não tratada pelo art. 71 da Lei n. 8.666/93, mesmo no caso de pessoa jurídica de direito público, tomadora de serviços, ainda que por licitação. TRT/SP 15ª Região 10.158/03 — Ac. 2ªT 23.384/03-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 15.8.03, pág. 87.

103 —REEMBOLSO DE VIAGENS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO

Não tendo caráter retributivo pela prestação de serviços, a importância paga ao empregado a título de reembolso das despesas por ele efetuadas nas viagens realizadas para execução do trabalho, não integra o seu salário, caracterizando-se como parcela indenizatória dos gastos suportados. TRT/SP 15ª Região 25.281/02 — Ac. 6ªT 27.485/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 12.9.03, pág. 40.

104 —RELAÇÃO DE EMPREGO

Ofertada a reintegração não aceita pelo trabalhador sem qualquer motivo plausível, o ato eqüivale a renúncia à estabilidade a ele assegurada, tendo em vista que a finalidade do instituto é a manutenção da relação de emprego. TRT/SP 15ª Região 19.651/03 — Ac. 2ªT 24.036/03-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 22.8.03, pág. 58.

105 —RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Pessoa física que leva máquina de grande porte e de sua exclusiva propriedade, para o recinto de trabalho, onde exerce suas funções, praticando atividade de alinhamento de rodas de veículos e recebendo pagamentos diretamente dos clientes, não é empregado, até porque

empregado não leva máquina de sua propriedade para empregador auferir lucro. TRT/SP 15ª Região 23.984/02 — Ac. 6ªT 22.109/03-PATR. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 1º.8.03, pág. 21.

106 —REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO

A Lei n. 4.886/65, com a redação dada pela de n. 8.420/92, que regulamenta a atividade de representante comercial autônomo, análoga ao do vendedor/empregado, traça contornos semelhantes aos da relação de emprego, tais como: trabalho não eventual, art. 1º; indicação da zona ou zonas onde deva ser exercida a representação, art. 27, *d*; exclusividade, ou não, art. 27, *e*; remuneração, art. 27, *f*; obrigação de o representante fornecer ao representado informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, art. 28; a obrigação de cumprir as instruções do representado, art. 29; exclusividade, ou não, de zona ou zonas, art. 31; prazo para o pagamento das comissões (até o dia 15 do mês subseqüente ao da liquidação da fatura), art. 31, § 1º, entre outros. Daí a dificuldade de distinção entre esses dois trabalhadores, pois esses elementos, que, geralmente servem para indicar uma relação de emprego, podem existir na relação civil. O traço distintivo entre as duas é o elemento subordinação hierárquica, que não se confunde com a subordinação contratual; o contrato de representação comercial é sinalagmático, prevê direitos e obrigações para ambas as partes. É normal que as partes se cobrem, mutuamente, na execução do contrato. TRT/SP 15ª Região 26.261/02 — Ac. 6ªT 24.772/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 22.8.03, pág. 76.

107 —REPRESENTANTE COMERCIAL. LEI N. 4.886/65. REQUISITOS DE NATUREZA OBJETIVA

Para a caracterização da prestação de serviços de forma autônoma, na qualidade de representante comercial, afastando-se assim o pedido de reconhecimento do vínculo empregatício, mister se faz a prova do cumprimento dos requisitos da Lei n. 4.886/65, de natureza eminentemente objetiva. TRT/SP 15ª Região 7.403/03 — Ac. 5ªT 25.848/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 5.9.03, pág. 29.

108 —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 monetariamente e acrescida dos juros. DIREITO SUBJETIVO. LESÃO DA PRETENSÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. O direito subjetivo à uma pretensão somente nasce quando há efetiva lesão, iniciando-se com ela o prazo prescricional para pleiteá-lo em juízo. No caso do direito à diferenças da multa de 40% sobre o FGTS, em decorrência dos expurgos inflacionários, este marco inicial foi a publicação da LC n. 110/01, que reconheceu o direito a diferenças monetárias. TRT/SP 15ª Região 18.104/03 — Ac. 5ªT 22.817/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 8.8.03, pág. 23.

109 —RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DE EMPRESA PRIVADA: A EMPREITEIRA DOS SERVIÇOS (2ª RECLAMADA). EXCLUSÃO DA LIDE DA DONA DA OBRA (3ª RECLAMADA). ENUNCIADO N. 331, IV, DO C. TST

Como real beneficiária dos serviços prestados pelo reclamante, responde subsidiariamente a segunda reclamada,

empreiteira e real tomadora (por culpa *in vigilando* e *in eligendo*, nos termos do inciso IV do Enunciado n. 331, do TST), pois foi em sua sede que o autor trabalhou, como jatista, atendendo à sua atividade-fim. A terceira reclamada, como dona da obra, é excluída da lide (CLT, art. 2º). Observe-se, porém, que somente na hipótese de a prestadora de serviços (primeira reclamada e revel) se revelar inadimplente, inclusive após a persecução dos bens de seus sócios, é que será a tomadora citada para pagamento, após esgotados os meios legais de coação executória contra essa real empregadora. TRT/SP 15ª Região 11.359/03 — Ac. 6ªT 28.554/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 19.9.03, pág. 87.

110 — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DOS SERVIÇOS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

O processo licitatório para contratação de serviços por Sociedades de Economia Mista não as isenta de, como tomadoras dos serviços, responderem subsidiariamente pelos encargos trabalhistas, dada a regra inserta no § 1º do art. 173 da CF, que, para efeito de obrigações trabalhistas e tributárias, equipara a Administração Pública ao empregador comum. TRT/SP 15ª Região 1.827/03 — Ac. 1ªT 20.994/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 25.7.03, pág. 4.

111 —SALÁRIO

Salário base não pode ser inferior ao salário mínimo, sob pena de, suprimido validamente adicional pelo trabalhador percebido, permitir-se pagamento de salário inferior ao mínimo, o que encontra obstáculo no art. 7º, IV, da CF. TRT/SP 15ª Região 2.762/03 — Ac. 2ªT 28.294/03-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 19.9.03, pág. 69.

112 — SALÁRIO-BASE. INFERIOR AO SALÁRIO-MÍNIMO. NÃO INFRINGÊNCIA DO ART. 7º, IV, DA CF

A concessão de gratificações que, somadas ao salário base, resulta em remuneração superior ao valor do salário mínimo, não viola o disposto no inciso IV do art. 7º da Carta Fundamental. TRT/SP 15ª Região 9.308/03 — Ac. 5ªT 19.699/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 11.7.03, pág. 79.

113 — SALÁRIOS. PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. NÃO CABIMENTO

O pagamento de salários pressupõe a prestação de serviços, sob pena de se proporcionar o enriquecimento sem causa de uma das partes contratantes do pacto laboral. A aplicação do art. 4º da CLT merece ser restritiva. TRT/SP 15ª Região 493/03 — Ac. 1ªT 18.620/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 4.7.03, pág. 5.

114 — SEGURO-DESEMPREGO. INDENIZAÇÃO. COMPENSATÓRIA. OBRIGAÇÃO DERIVADA

O manual de atendimento ao seguro-desemprego, do Ministério do Trabalho, autoriza o pagamento do seguro em até 120 (cento e vinte) dias após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu o direito (Resolução CODEFAT n. 71/94), de modo que a obrigação originária do empregador cinge-se à entrega das guias "CD" ao empregado, competindo ao Ministério do Trabalho averiguar o preenchimanto das condições estabelecidas em lei, para o pagamento do aludido seguro. Todavia, o não fornecimento das guias no prazo judicial assinalado dá azo ao direito à indenização compensatória, consoante Orientação Jurisprudencial n. 211 da SDI-1 do C. TST. TRT/SP 15ª

Região 28.155/02 — Ac. 6ªT 24.599/03-PATR. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 22.8.03, pág. 79.

115 — SEGURO-DESEMPREGO. INDENIZAÇÃO. CONVERSÃO. OBSTÁCULOS

A habilitação ao seguro-desemprego pode ser feita mediante a simples "apresentação da sentença judicial transitada em julgado, acórdão ou certidão judicial, onde conste os dados do trabalhador, da empresa e se o motivo da demissão foi sem justa causa" (art. 4º, inciso IV, da Resolução CODEFAT n. 252/00), de modo que a conversão em indenização somente pode ser determinada na execução do julgado e quando comprovada a impossibilidade real de percebimento do benefício, por culpa patronal, e mediante a exibição de comprovante escrito expedido pela Caixa Econômica Federal. Nesse particular, a Orientação Jurisprudencial n. 211 da SDI-I do C. TST está superada pela alteração das normas que regem o benefício em questão. TRT/SP 15ª Região 7.456/03 — Ac. 2ªT 26.116/03-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 5.9.03, pág. 20.

116 — SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. CONCURSADO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DISPENSA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO

Não apenas o servidor público estatutário, mas também o celetista, está à mercê da administração pública e, assim sendo, sofre, igualmente, as influências advindas da natureza governamental do contratante, aplicando-se-lhe, inclusive, certas disposições de ordem constitucional. Por isso, a Administração permanece vinculada, nas suas relações com tal espécie de empregado, aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, devendo fundamentar os seus atos a fim de que seja possível aferir se ele decorreu do interesse da administração, atendendo à finalidade e interesse públicos, ou se foi praticado por motivos escusos. Inobservada tal conduta quando da dispensa do celetista concursado, nasce o seu direito à reintegração no emprego, ainda que aquela tenha ocorrido durante o estágio probatório, pois o ato imotivado é arbitrário e ilegal, presumindo-se obstativo à aquisição da estabilidade. Entendimento que encontra amparo na Súmula n. 21 do STF. TRT/SP 15ª Região 32.317/02 — Ac. 4ªT 27.073/03-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 12.9.03, pág. 34.

117 — SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. DESPEDIMENTO IMOTIVADO. POSSIBILIDADE

Quando o ente público opta por contratar servidores sob o regime da CLT, a ele se submete por inteiro, quanto a direitos e obrigações. Assim, como ao empregado é garantido o direito de desligar-se espontaneamente do emprego, ao empregador é assegurado o direito de despedir o empregado imotivadamente. Não provada a existência da Lei Orgânica do Município, que se equipara a regulamento interno de empresa, e que, nessa condição, garantiria o pretenso direito do recorrente (de não ser despedido, mesmo no estágio probatório garantido por essa lei, sem o prévio procedimento administrativo), não há que se cogitar de afronta à lei municipal, nem de violação, por via oblíqua, do art. 5º, LV, da CF. Há duas espécies de servidor público: o estatutário, garantido com a estabilidade, e o celetista, garantido pelo FGTS. Uma terceira espécie, híbrida das duas, acumulando ambas as garantias, não existe no nosso ordenamento jurídico. TRT/SP 15ª Região 20.565/02 — Ac. 6ªT 22.186/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 1º.8.03, pág. 19.

118 — SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS

Havendo prestação de serviços, por uma pessoa física, de forma não eventual, remunerada e subordinada, gera-se,

de forma incontinente, a relação de emprego, conforme fixado nos arts. 2º e 3º, da CLT. Não há qualquer dispositivo que atribua uma prerrogativa ao ente público de eximir-se da caracterização do vínculo de emprego quando se beneficie de trabalho humano nestas condições. TRT/SP 15ª Região 28.974/02 — Ac. 6ªT 23.035/03-PATR. Rel. Desig. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 8.8.03, pág. 26.

119 — SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE ART. 41. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA INCISO IX — ART. 37 DA CF. NÃO CABIMENTO

O servidor público contratado mediante concurso público com fundamento no inciso IX do art. 37 da CF. Não está agasalhado pela estabilidade do art. 41 da CF, ainda que haja prorrogações do contrato de trabalho ao arrepio da temporariedade prevista pela carta magna, ante a ilegalidade de sua inserção no serviço público de forma definitiva, não objetivada pelo edital do concurso público. TRT/SP 15ª Região 9.407/03 — Ac. 1ªT 27.804/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 19.9.03, pág. 57.

120 — SERVIDORES CELETISTAS. AQUISIÇÃO DE DIREITOS PREVISTOS EM ESTATUTO. IMPOSSIBILIDADE

A autarquia, quando opta por contratar sobre o regime da CLT, deve se ater aos seus dispositivos, pois de outra forma estar-se-ia criando regimes híbridos ou mistos não contemplados por nosso ordenamento jurídico. Impossível aplicar-se dispositivos estatutários a servidores celetistas sem que haja para tanto previsão legal. TRT/SP 15ª Região 8.572/03 — Ac. 5ªT 20.156/03-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 18.7.03, pág. 72.

121 — SUBSIDIARIEDADE. ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ANÁLISE DA MATÉRIA FRENTE AO DISPOSTO NO ART. 71 DA LEI N. 8.666/93 E ENUNCIADO N. 331, IV, DO C.TST

O art. 71 da Lei n. 8.666/93, na parte em que exime os entes da Administração Pública da responsabilidade subsidiária, deve ser interpretado em consonância com o § 6º do art. 37 da CF, que atribui responsabilidade objetiva a todos os entes da Administração Pública. Analisado isoladamente, malfere os princípios de proteção ao trabalhador estampados nos arts. 1º, incisos III e IV, e 7º da CF. Mesmo sujeito a procedimento licitatório, o ente público tem possibilidade de escolher as empresas que vai contratar — vinculado, é bem verdade, a certos parâmetros legais — e se a empresa contratada mostrar-se inadimplente, a si são imputáveis a culpa *in vigilando* e *in eligendo*, o que atrai a incidência do art. 186 do atual CC. TRT/SP 15ª Região 4.253/03 — Ac. 4ªT 21.817/03-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 1º.8.03, pág. 14.

122 — TRANSAÇÃO. ADESÃO A PDV. LIMITES

Adesão a Plano de Desligamento Voluntário — PDV — consiste em mero ajuste entre reclamante e reclamada, tendo por objeto o rompimento do contrato até então mantido, não se configurando transação, aos moldes da legislação civil (CC, art. 840) e não gerando coisa julgada. Isto porque, consoante regras desse plano, o decorrente pagamento visou apenas indanizar antigüidade, idade ou proximidade da aposentadoria da aderente. Destarte, se transação envolve concessões mútuas e deve ser interpretada restritivamente (CC, arts. 840 e 843), não se pode entender a havida além dos limites acima enfocados; não há como albergar a coisa julgada extrajudicial em todas as demais pretensões não inseridas entre as mencionadas anteriormente. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. NEGÓCIO JURÍDICO SUJEI-

TO À CONDIÇÃO. ÓBICE MALICIOSO DA PARTE A QUEM DESFAVORECE. IMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer (CC, art. 129); essa a hipótese dos autos. TRT/SP 15ª Região 4.577/03 — Ac. 5ªT 27.977/03-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 19.9.03, pág. 84.

123 — TRANSAÇÃO. EXTRAJUDICIAL. ALCANCE

Em respeito à segurança dos negócios jurídicos, a transação expressa de direitos, com assistência do sindicato de classe, somente deve ser invalidada quando comprovada a ocorrência de vício de consentimento. TRT/SP 15ª Região 2.499/03 — Ac. 1ªT 21.013/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 25.7.03, pág. 4.

124 — TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ART. 7º, XIV DA CF

Preceito maior contido no texto magno — impositividade mitigada pela negociação coletiva, com estrita obediência à jornada de seis horas, permitindo-se seu elastecimento, com ulterior folga compensatória ou impossibilitada esta, remuneração da 7ª e 8ª hora como extraordinárias — princípio tutelar que visa a higidez física e mental do trabalhador — escopo teleológico do preceito refratário aos ajustes coletivos — analogia com o disposto nos incisos XIII e XVI do mesmo artigo da Carta Política. TRT/SP 15ª Região 595/03 — Ac. 6ªT 27.545/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 12.9.03, pág. 42.

125 — TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. E HORA NOTURNA REDUZIDA. COMPATIBILIDADE

Por ser a atividade ininterrupta do empregador o elemento que caracteriza a necessidade de turnos sucessivos de trabalho, e não a do trabalhador, e considerando ainda o fato de que a CF/88 não revogou a Lei n. 605/49, inegável a plena compatibilidade de aplicação da hora noturna reduzida ao longo das jornadas ininterruptas de revezamento. TRT/SP 15ª Região 9.543/03 — Ac. 5ªT 26.740/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 12.9.03, pág. 35.

126 — TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. LIMITES

A princípio afigura-se válida negociação coletiva que transacione a aplicação da jornada reduzida de 06 (seis) horas (art. 7º, inciso XIV da CRFB/88), pois os sindicatos conservam poderes para negociar e estabelecer condições de trabalho. A entidade sindical, em negociação coletiva, pode transacionar direitos controvertidos no sentido de prevenir litígios e obter melhores condições de trabalho, mas não se insere nas suas prerrogativas a faculdade de renunciar a direitos individuais, já que o sindicato não detém a titularidade do direito material objeto da renúncia. Quando os acordos coletivos limitam-se a estabelecer jornada de 08 (oito) horas para o trabalho em turno ininterrupto de revezamento, sem estabelecer nenhum outro benefício em contrapartida, existe mera renúncia, nula nos moldes do art. 9º da CLT. A negociação coletiva supõe benefícios mútuos e a simples fixação de jornada superior a 06 (seis) horas, sem a contrapartida de qualquer benefício ao empregado é nula, pois importa mera renúncia, e não transação. O acordo coletivo não se presta a renúncia de direitos, pressupõe negociação e efetiva transação, que pressupõe seja a controvérsia extinta mediante concessões recíprocas, ausentes no caso. Devidas como horas extras a 7ª e a 8ª horas de trabalho. TRT/SP 15ª Região 26.967/02 — Ac. 5ªT 22.830/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 8.8.03, pág. 24.

127 — VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Não constitui burla à legislação previdenciária a homologação de acordos sem reconhecimento de vínculo empregatício, que, a teor do art. 22, III, da Lei n. 8.212/91, implicam em recolhimento previdenciário de 20% sobre o valor acordado. entretanto, em se tratando de empresa integrante do sistema "SIMPLES" de pagamento de tributos, esta contribuição específica já se encontra inserta em seu recolhimento mensal, de parte de sua receita bruta, a teor do disposto nos arts. 5º e 3º, § 1º, *f*, da Lei n. 9.317/96. TRT/SP 15ª Região 10.254/03 — Ac. 2ªT 28.281/03-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 19.9.03, pág. 68.

128 — VÍNCULO EMPREGATÍCIO. REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO. INEXISTÊNCIA

Considerando-se que a demandada firmou contrato com empresa de propriedade do reclamante em estrita observação ao disposto na Lei n. 4.886/65, e que não há nos autos qualquer indício de fraude que objetivasse mascarar uma relação empregatícia, é impossível o pretendido reconhecimento do vínculo de emprego. Ressalte-se, que a exclusividade na prestação dos serviços não comprova a existência de um contrato de trabalho: a uma, porque tal requisito não restou comprovado e; a duas, porque, nos termos do art. 27, de referida lei, o exercício exclusivo pode ser livremente pactuado entre representante e representado. Tampouco a obrigatoriedade de respeito à tabela de preços permite entrever uma relação subordinada, eis que o art. 29 da lei retro mencionada, dispõe que: "Salvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado". Veja-se, outrossim, que se encontrava ausente da relação jurídica havida o poder disciplinar e a subordinação, elementos essenciais à configuração do liame empregatício. Alfim, não bastassem todas as razões já expendidas, não houve a caracterização da pessoalidade inerente à condição de empregado: o contrato de trabalho é formalizado *intuitu personae* e restou patente que a relação em apreço se desenvolveu entre pessoas jurídicas, sendo a empresa do autor representada pelo mesmo, seu sócio-proprietário. Destarte, inequívoco que a relação jurídica ocorreu nos termos da Lei n. 4.886/65, permaneca íntegro o r. julgado de origem. TRT/SP 15ª Região 237/03 — Ac. 6ªT 25.681/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 29.8.03, pág. 47.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

DIREITO MATERIAL

Referência
Ementa

AÇÃO

— Para haver os 40% incidentes sobre os expurgos inflacionários, creditados pela CEF na conta vinculada do FGTS. Prescrição 01

ACORDO

— Coletivo. Validade. Prazo indeterminado 02

— Judicial. Recurso do INSS. Proporcionalidade ao pedido inicial rejeitada 03

— Judicial. Sem reconhecimento do vínculo empregatício. Firmado antes de proferida a sentença. Validade. Recusa do juízo quanto à homologação, importa em violação da lei 04

ACORDOS

— E convenções coletivas. Validade. Imperatividade da lei quanto à natureza salarial de parcelas trabalhistas 05

ADICIONAIS

— Base de cáculo 06

ADICIONAL

— De insalubridade. Base de cálculo 07

— De insalubridade. Natureza jurídica. Reflexos 08

— De periculosidade. Base de cálculo 09

— De periculosidade. Eletricitário. Base de cálculo. Salário 10

ALTERAÇÃO CONTRATUAL

— Nulidade. Art. 468 da CLT 11

AUTARQUIA

— Admissão de empregados pelo regime celetista. Competência legislativa 12

AVISO PRÉVIO

— Anotação na CTPS 13

BANCÁRIO

— E PDV. Limites da transação 14

BANESPA

— Trabalhadores aposentados. Paridade com o pessoal da ativa. Reajuste indevido 15

BASE DE CÁLCULO DE HORAS EXTRAS

— Bancário. Integração da gratificação semestral. Não cabimento 16

CARGO

— De confiança. Regime celetista. Contrato por prazo determinado 17

— Em Comissão. Aviso prévio e multa de 40%. Incompatibilidade. Art. 7º, I da CF/88 18

CLÁUSULA

— De não-concorrência. Vigência após a extinção do contrato de trabalho. Ausência de limitação temporal, territorial e de objeto. Impossibilidade. Ato ilícito do empregador 19

COMÉRCIO

— Trabalho em domingos e feriados 20

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA 21

— Finalidade 22

— Transação. Nulidade 23

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

— Diferenças. Prescrição 24

CONFISSÃO FICTA

— Prevalência 90

CONTRATO

— De concessão. De serviço público. Ferroban 25
— De trabalho. Cláusulas pré-contratuais; art. 444 da CLT. Validade 26
— De trabalho. Temporário. Ultrapassagem do tempo máximo previsto. Nulidade 27

CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA 28

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

— Acordo homologado posteriormente ao trânsito em julgado da decisão. Parcelas componentes da respectiva base de cálculo. Todas as de natureza salarial contidas na sentença 29

CONVENÇÃO COLETIVA

— Acordo coletivo. Equiparação salarial pretendida por aposentados com base em regulamento da empresa que concede tal direito 30
— Categoria diferenciada. Abrangência 31

COOPERATIVA

— Meio utilizado para fornecimento de mão-de-obra. Ilegalidade 32

DANO

— Moral. Improbidade. Justa causa 33
— Moral. Indenização. Cabimento 34
— Moral. Valor. Critério de fixação 35
— Pessoal. Dano moral. Dano estético 36

DANOS MORAIS

— Indenização. Ofensas verbais praticadas pelo empregador contra o empregado 37

DEFICIENTE FÍSICO

— Trabalhador reabilitado. Resilição. Garantia e emprego e reintegração .. 38

DIFERENÇA

— Da multa de 40% do FGTS. Expurgo inflacionário. LC n. 110/01. Prescrição 39
— Da multa de 40% do FGTS. Prescrição 40

DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS

— Bancário. Limitações nos cálculos de acordo com a função 16

DIGITADOR

— Intervalo 41

DIREITO

— Do trabalho. Adicional de insalubridade. Base de cálculo 42
— Subjetivo. Lesão da pretensão. Prazo prescricional 108

ELETRICISTA

— Adicional de periculosidade. Tempo de exposição 43

EMPREGADA

— Em empresa administradora de cartões de crédito. Enquadramento sindical. Não aplicabilidade das normas coletivas dos bancários 44

EMPREGADO

— Da adminstração direta dispensado no período probatório. Reintegração 45
— Doméstico. FGTS. Cabimento 46

EMPRESA PÚBLICA

— Dispensa de empregado. Regime celetista. Motivação 47
— Ou sociedade de economia mista que desenvolve atividade econômica (CF art. 173, § 1º, II). Despedida de empregado. Desnecassária motivação 48

ENQUADRAMENTO SINDICAL

— Transferência 49

ENTE PÚBLICO

— Municipal. Contratação pelo regime da CLT. Cargo em comissão. Impossibilidade 50
— Responsabilidade subsidiária 51

ESTABILIDADE

— Norma coletiva. Alteração posterior. Conseqüências 52
— Provisória 53
— Provisória. Dirigente sindical 54

EXECUÇÃO

— Supressão dos intervalos intrajornada. Limitação dos cálculos a partir da Lei n. 8.923/94 16

EXTINÇÃO DE ESTABELECIMENTO

— Garantia de emprego à gestante 55

FAZENDA PÚBLICA

— Contrato de trabalho. Inexistência de prévio concurso público. Nulidade, resguardando, exclusivamente, a contraprestação mínima 56

FGTS

— Diferença nos 40%. prescrição bienal. Art. 7º, inciso XXIX, da CF/88 c/c nova redação da EC n. 28/00. Sonegação, pelas instituições bancárias, dos expurgos inflacionários (42,72% de jan/89 e 44,80% de abril/90). LC n. 110/01 57
— E seguro-desemprego. Retardamento culposo no fornecimento das respectivas guias. Ilícito em face dos prazos estabelecidos nas respectivas legislações de regência. Indenização devida (arts. 186 e 927, do CC), independentemente do recebimento tardio das parcelas 58
— Enunciado n. 363 do TST; inaplicável 59
— Prescrição trintenária. Incoerência dos Enunciados e Súmulas dos Tribunais Superiores face ao ordenamento como um todo 60

GARANTIA DE EMPREGO

— Doença profissional. Art. 118 da Lei n. 8.213/91. Não cabimento 61

GREVE

— Requisitos formais e materiais frente à Lei n. 7.783. Ausência de abusividade do movimento. Violação à norma contratual. Remédio impróprio 62

HORAS

— De sobreaviso. Configuração 63
— Extras. Cargo de confiança. Trabalho externo. Art. 62, da CLT 64
— Extras. Diferenças. Base de cálculo. Adicional de insalubridade. Integração. Cabimento 65
— Extras. E noturnas. Inclusão do adicional de periculosidade na base de cálculo 66
— Extras. Enunciado n. 340 do TST; empregado comissionista 67
— Extras. Habituais. Integração no provento de aposentadoria. Aplicação do art. 186 do CC 68
— Extras. Ponto eletrônico 69
— Extras. Reflexos. Não concessão do intervalo destinado ao repouso e alimentação. Cabimento 65
— *In itinere*. Supressão. Norma coletiva. Invalidade 70

INTERVALO

— Para refeição. Inobservância. Conseqüências 71
— Para repouso. Indenização 72

INTERVALOS SUPRIMIDOS

— Jornada legal *versus* jornada real 73

JUSTA CAUSA 74

— Agressão a colega de trabalho no alojamento da empresa 75
— Empregado estável. Ausência de inquérito para apuração de falta grave. impossibilidade 76
— Improbidade. Caracterização 77
— Insubordinação e indisciplina. Utilização de correio eletrônico. Manifestação de pensamento assegurado constitucionalmente. Restrição. Impossibilidade 78

JUSTIÇA DO TRABALHO

— Princípio da proteção do trabalhador. Ônus da prova. Inaplicabilidade .. 79

LEI N. 8.213/91

— Estabilidade provisória. Auxílio-doença. Doença profissional 80

LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

— Rede Ferroviária Federal S/A. Juros de mora. Incidência. Inaplicabilidade do Enunciado n. 304 do TST 81

MANDADO DE SEGURANÇA

— Inexistência de direito líquido e certo do impetrante. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Arts. 5º, LXIX, da CF/88, 1º da Lei n. 1.533/51 e 267, VI, do CPC 82

— Tutela antecipada inaudita altera parte. Direito ao contraditório. Gestante. Reintegração liminar. Despedimento danoso à empregada e ao nascituro. Boa-fé e responsabilidade contratual. Cognição restrita da matéria de fundo. Valores de justiça e segurança 83

MULTA

— Art. 477, § 8º da CLT. Quitação parcelada dos haveres rescisórias. Acordo judicial com ressalvas. Cabimento 84

NORMA COLETIVA

— Interpretação e alcance 85

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS

— Negócio jurídico sujeito à condição. Óbice malicioso da parte a quem desfavorece. Implemento da obrigação 122

PEDIDO DE DEMISSÃO

— Nulidade. Vício de consentimento. Não caracterização 86

PERICULOSIDADE

— Inflamáveis. Armazenagem no subsolo em prédio de andares. Área de risco. O próprio edifício 87

PREPOSTO

— Administrador e procurador não empregado. Admissibilidade 88

PRESCRIÇÃO 89

— Argüição perante a instância ordinária. Possibilidade 90
— Bienal. Declaração de ofício. Impossibilidade 91
— Interrupção do prazo. Ações com objetos distintos 92
— Parcial do empregado rural. Inaplicabilidade da EC n. 28 aos contratos celebrados antes de sua vigência 93
— Total e parcial. Interrupção 94

PROFESSOR

— Redução do número de horas-aulas 95

PROGRAMA DE DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO

— (PDV). Transação que pretende dar quitação total aos direitos oriundos do contrato de trabalho. Impossibilidade 96

PROVA "EMPRESTADA" 97

REAJUSTES SALARIAIS

— Legislação federal. Servidor público. Regime celetista 98

RECURSO ORDINÁRIO

— Comissão de conciliação prévia. Termo de conciliação. Acordo descumprido. Eficácia restrita 99
— Do INSS. Terceiro interessado. Impugnação de acordo homologado. Alegação de fraude 100
— Prescrição. Interrupção. Possibilidade. Ação anterior. Pedido julgado inepto. Irrelevância 101
— Responsabilidade subsidiária. Pessoa de direito público. Cabimento 102

REEMBOLSO DE VIAGENS

— Natureza indenizatória. Não integração ao salário 103

RELAÇÃO DE EMPREGO 104

— Inexistência dos elementos caracterizadores 105

REPRESENTANTE COMERCIAL

— Autônomo 106
— Lei n. 4.886/65. Requisitos de natureza objetiva 107

RESPONSABILIDADE

— Do empregador. Diferenças da multa de 40% sobre o FGTS. Expurgo inflacionário. LC n. 110/01 108

— Subsidiária. De empresa privada: a empreiteira dos serviços (2ª reclamada). Exclusão da lide da dona da obra (3ª reclamada). Enunciado n. 331, IV, do c. TST 109

— Subsidiária. Tomador dos serviços. Sociedade de economia mista 110

SALÁRIO 111

SALÁRIO-BASE

— Inferior ao salário-mínimo. Não infringência do art. 7º, IV, da CF 112

SALÁRIOS

— Pagamento. Ausência de prestação dos serviços. Não cabimento 113

SEGURO-DESEMPREGO

— Indenização. Compensatória. Obrigação derivada 114

— Indenização. Conversão. Obstáculos 115

SERVIDOR PÚBLICO

— Celetista. Concursado. Estágio probatório. Dispensa. Necessidade de motivação do ato 116

— Celetista. Despedimento imotivado. Possibilidade 117

— Contratação sem concurso público. Efeitos 118

— Estabilidade art. 41. Contratação temporária inciso IX — art. 37 da CF. Não cabimento 119

SERVIDORES CELETISTAS

— Aquisição de direitos previstos em estatuto. Impossibilidade 120

SOBREAVISO 09

SUBSIDIARIEDADE

— Órgão da administração pública. Análise da matéria frente ao disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/93 e enunciado n. 331, IV, do c. TST 121

TRANSAÇÃO

— Adesão a PDV. Limites 122
— Extrajudicial. Alcance 123

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO

— Art. 7º, XIV da CF 124
— E hora noturna reduzida. Compatibilidade 125
— Negociação coletiva. Limites 126

VALE TRANSPORTE 69

VÍNCULO EMPREGATÍCIO 127

— Representante comercial autônomo. Inexistência 128

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

DIREITO PROCESSUAL

01 — AÇÃO ANULATÓRIA. SUCEDÂNEO DE EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

Cabe ao credor hipotecário, ao tomar conhecimento da decisão homologatória de adjudicação, a imediata utilização da medida processual cabível, a fim de obstar a expedição da carta de adjudicação, demonstrando, efetivamente, a ocorrência de vícios, exercitando os atos processuais de sua responsabilidade nos prazos e modos estabelecidos em lei, sob pena de incorrer nos efeitos da preclusão. Atitude contrária, acarretaria a relativização do ato jurídico perfeito e acabado, emanado de um dos Poderes da República, em detrimento da necessária segurança das relações jurídicas, bem como na aceitação de que o ato jurídico possa oscilar ou ser obstado conforme a vontade das pertes e ao sabor de circunstâncias posteriores à sua formação. TRT/SP 15ª Região 30.062/02 — Ac. 5ªT 19.736/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 11.7.03, pág. 80.

02 — AÇÃO DE CUMPRIMENTO. EXTINÇÃO DE SENTENÇA NORMATIVA. PERECIMENTO DO DIREITO

Extinto, sem julgamento do mérito, o processo de dissídio coletivo, resta prejudicada a ação de cumprimento, ante a ausência do embasamento legal do pedido formulado. TRT/SP 15ª Região 2.340/03 — Ac. 1ªT 25.106/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 29.8.03, pág. 19.

03 — AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO JUDICIAL. DOLO. PROVA CABAL

Tratando-se de acordo judicial, o dolo de uma parte contra a outra deve ser robustamente comprovado, presumindo-se, em respeito à segurança dos negócios jurídicos, que o ato bilateral, celebrado perante o Juiz, revestiu-se de todos os pressupostos legais. TRT/SP 15ª Região 428/00-ARE — Ac. SDI2 263/03-PDI2. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 22.8.03, pág. 52.

04 — AÇÃO RESCISÓRIA. FALSO ADVOGADO. NULIDADE

Nos termos dos arts. 249, §1º, do CPC e 794 da CLT, não há nulidade sem prejuízo, sendo que a atuação do falso advogado não prejudicou em nada a defesa da empresa reclamada, ora autora, pelo contrário, em tese, isto foi facilitado. LEGITIMIDADE PARA PROPOR A AÇÃO RESCISÓRIA. *In casu*, o direito perseguido, sem dúvida alguma, pertence aos sucessores do outrora reclamante, uma vez que os pedidos requeridos na ação originária não foram acolhidos na íntegra, o que é indício da falta de capacidade profissional do pretenso advogado, demonstrando, também, a falta de *legitimatio ad causam* da autora. *IUS POSTULANDI*. APLICAÇÃO. Por outro lado, nos termos do art. 791 da CLT, podia o reclamante, à época dos fatos, ter defendido pessoalmente os seus direitos, independentemente da assistência de advogado. TRT/SP 15ª Região 1.352/01-ARE — Ac. SDI2 286/03-PDI2. Rel. Desig. Flavio Nunes Campos. DOE 19.9.03, pág. 2.

05 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇAS ESSENCIAIS. NÃO CONHECIMENTO

Dispõe o art. 897, § 5º, inciso I, da CLT, sobre as peças obrigatórias à formação do agravo de instrumento, dentre

elas a procuração outorgada ao advogado da agravante e a cópia da certidão de intimação da decisão agravada. Inexistindo tais peças, não se conhece do agravo, por impossibilitar a aferição da regularidade da representação processual, como também da tempestividade do apelo. TRT/SP 15ª Região 14.524/03 — Ac. 1ªT 19.606/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 18.7.03, pág. 55.

06 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESERÇÃO

O incorreto preenchimento da guia para o recolhimento das custas processuais implica a deserção do apelo interposto. TRT/SP 15ª Região 17.216/03 — Ac. 1ªT 23.241/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 15.8.03, pág. 84.

07 — AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSTRUMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA CIÊNCIA DO DESPACHO AGRAVADO

As peças que instruem o agravo de instrumento devem ser apresentadas juntamente com a petição de interposição do recurso (CLT, 897, § 5º). Por isso, o fato de a parte agravante requerer, na petição do AI, que a secretaria da Vara expeça certidão de ciência do despacho agravado, não a socorre, pois que lhe compete a diligência, e a certidão deve ser obtida previamente à interposição do apelo; segundo, porque, mesmo que competisse à secretaria e que fosse possível a juntada de peças processuais após a interposição do recurso, a fiscalização da instrumentação é encargo do agravante (IN/TST n. 16/00, item X). A prova da tempestividade do recurso é ônus do agravante; não se desincumbindo dele, o apelo não pode ser conhecido. As peças trasladadas para a formação do instrumento devem ser autenticadas, a teor do disposto no item IX, da IN/TST n. 16/00, que uniformiza o processamento do agravo de instrumento na Justiça do Trabalho. O § 3º, do art. 544, do CPC, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.352/01, faculta a autenticação pelo advogado da parte, sob sua responsabilidade. A falta de autenticação das cópias, impossibilita o conhecimento do agravo. As cópias das peças que formam o instrumento devem ser extraídas do autos principais, para que haja certeza quanto ao seu conteúdo. Não o sendo, o agravo não pode ser conhecido. TRT/SP 15ª Região 4.762/03 — Ac. 6ªT 24.761/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 22.8.03, pág. 75.

08 — AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA SOBRE SALDO BANCÁRIO. ENTIDADE FILANTRÓPICA. POSSIBILIDADE

O art. 649 do CPC não prevê qualquer exceção para penhora sobre bens pertencentes a entidades filantrópicas. Ao mesmo tempo, doutrina e jurisprudência têm entendido que a penhora em conta bancária equipara-se a dinheiro vivo, segundo aplicação teleológica do inciso I do art. 655, do CPC, c/c art. 11, da Lei n. 6.830/80, ainda mais no campo do Direito Processual Trabalhista, onde prevalece o princípio de que hipossuficiente é o credor, e não o devedor. Logo, por absoluta falta de amparo legal, deve ser confirmada a decisão de origem que determinou a penhora sobre o saldo bancário da executada, entidade com fins filantrópicos. TRT/SP 15ª Região 17.167/03 — Ac. 5ªT 21.924/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 1º.8.03, pág. 17.

09 — ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Não existindo a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação e, havendo o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, merece concessão a segurança para suspensão dos efeitos da decisão que concedeu a antecipação da tutela. TRT/SP 15ª Região 414/03-MS — Ac. SDI1 519/03-PDI1. Rel. Edison Giurno. DOE 5.9.03, pág. 2.

10 — ATO ATENTATÓRIO. À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA AO ANDAMENTO DO PROCESSO

Caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça, a repetição de matéria apreciada na impugnação à conta de liquidação e nos embargos à execução. TRT/SP 15ª Região 15.274/03 — Ac. 1ªT 22.342/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 8.8.03, pág. 5.

11 — BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. REQUISITOS. PROVA

Dada a natureza excepcional da impenhorabilidade do bem de família — benefício de favor concedido pela legislação — cabe ao devedor demonstrar, de forma inequívoca, que o imóvel constrito é o seu único bem e que lhe serve como moradia. TRT/SP 15ª Região 17.905/03 — Ac. 1ªT 21.649/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 1º.8.03, pág. 3.

12 — CÂMARA DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EXIGÊNCIA PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. CONDIÇÃO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

Pretender criar condição específica de procedibilidade, através de legislação infraconstitucional, afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição. A única exceção ou mitigação na denominada inexistência de jurisdição condicionada refere-se à hipótese da Justiça Desportiva, conforme disposto no próprio texto constitucional (art. 217, § 2º). TRT/SP 15ª Região 1.616/03 — Ac. 5ªT 21.151/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 25.7.03, pág. 17.

13 — CERCEAMENTO DE DEFESA. NOTIFICAÇÃO. POSTAGEM. ENDEREÇO DA PARTE. OBRIGATORIEDADE. RECONHECIMENTO. REMESSA. NECESSIDADE

A notificação deve ser remetida para o endereço oficial da empresa, para o local onde ela se encontra estabelecida ou para o endereço de um de seus sócios, sob pena de nulidade. TRT/SP 15ª Região 16.488/03 — Ac. 2ªT 24.052/03-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 22.8.03, pág. 59.

14 — COISA JULGADA. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DE DECISÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO POR MEIO DE AGRAVO DE PETIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

Havendo ocorrido o trânsito em julgado do acórdão proferido em recurso anterior (agravo de petição), a pretensão do agravante de ver modificada esta decisão, em sede de novo agravo de petição, encontra óbice intransponível na coisa julgada, passível de alteração tão-somente por meio da interposição da competente ação rescisória. TRT/SP 15ª Região 12.763/03 — Ac. 5ªT 24.455/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 22.8.03, pág. 75.

15 — COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE CONCILIAÇÃO. LIBERAÇÃO RESTRITA AOS DIREITOS POSTULADOS E TRANSACIONADOS

A interpretação do parágrafo único, do art. 625-E, inserto na CLT pela Lei n. 9.958/00, me parece ser mais profunda do que o texto, à primeira vista, pode parecer dizer. A interpretação deve ser sistemática, pois o conteúdo literal de um dispositivo legal, contido às vezes num só artigo, não enseja a compreensão do contexto do qual é parte. Todo ato interpretativo é um ato de vontade, contém

em si carga valorativa própria daquele que desenvolveu a atividade interpretativa. Não se deve obter a vontade isolada da norma, já que ao formular a lei o legislador elabora um sistema, suas normas deverão ser consideradas coesas e mutuamente imbricadas, jamais se poderá tomar alguma de forma insulada. O que buscou a lei em comento foi dar às partes a prerrogativa de eleger conciliadores para solucionar seus litígios, extrajudicialmente, sem afastar o direito de acesso ao Judiciário, corolário este que decorre da cláusula pétrea, inserto no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. A liberação do empregador pela simples inserção no termo de conciliação que o empregado dá quitação geral e absoluta de todos os direitos oriundos do contrato de trabalho, para nada mais reclamar, seja a que título for, me parece açodado e temerário. Não sendo colocados em discussão outros direitos e não havendo transação sobre o que se pleiteia judicialmente, não se pode acolher a liberação total e absoluta do reclamado, sob pena de burlar o art. 477, da CLT, pois a assistência ao trabalhador quando da quitação final de seus direitos é atribuição do sindicato de classe, ou das autoridades indicadas nos §§ 2º e 3º, deste dispositivo, e não da Comissão de Conciliação. Sendo assim, o ato conciliatório resta eivado de nulidade, pois objetivou impedir e fraudar a aplicação das normas obreiras, devendo ser rejeitado no que diz respeito à liberação geral do empregador, pondo a salvo os direitos não transacionados pelo trabalhador (inteligência do art. 9º, da CLT). TRT/SP 15ª Região 6.561/03 — Ac. 2ªT 27.274/03-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DOE 12.9.03, pág. 23.

16 — CONEXÃO ENTRE DUAS AÇÕES. MESMO RÉU, MESMO OBJETO E MESMA CAUSA DE PEDIR. ARTS. 103 E 105, DO CPC

Tratando-se de ações conexas, o julgamento em separado poderia resultar em decisões distintas para a mesma situação, acarretando imensurável perturbação à paz social e à própria legitimidade da justiça. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 131, DO CPC. Não ocorre cerceamento de defesa quando o juízo de 1º grau, ao prolatar a sentença, desconsidera alguns depoimentos (fundamentando que assim o fez por entendê-los mentirosos), vez que todos esses elementos de prova constaram da ata da audiência de instrução e sua apreciação poderá ser revista em 2º grau. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS DE EMPREITADA: DONO DA OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Se o trabalho dos reclamantes (serventes de pedreiro) se deu em benefício da construção de imóvel residencial do reclamado, que não mantinha qualquer negócio na área de construção civil, restando inequívoca sua condição de dono da obra, há óbice intransponível ao reconhecimento do vínculo de emprego perseguido pelos autores, por ausente o exercício de atividade econômica, essencial para a caracterização da figura do empregador. Não configurado como empregador o tomador dos serviços de empreitada, não há se falar em relação de emprego. TRT/SP 15ª Região 28.649/02 — Ac. 6ªT 22.163/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 1º.8.03, pág. 23.

17 — CONTRADIÇÃO IDEOLÓGICA. ENTRE AS RAZÕES RECURSAIS E AS CONTRARAZÕES AO RECURSO DA RECLAMANTE

Reclamada-recorrente em contra-razões ao recurso da reclamante-recorrida prodigaliza encômios à r. sentença desafiada, destacando o brilhantismo do julgado e que em harmonia com o pedido e a legislação vigente — renúncia tácita ao apelo interposto — recurso da reclamada-recorrente a que não se conhece. TRT/SP 15ª Região 15.627/03 — Ac. 6ªT 24.828/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 22.8.03, pág. 78.

18 — CÓPIA DE TEXTO, DE NORMA COLETIVA. IMPUGNAÇÃO FUNDAMENTADA

A impugnação ao texto de norma coletiva deve ser feita com indicação de vício que possa lhe retirar a fidelidade, não basta a simples alegação de falta de autenticação, já que o impugnante tem ciência do texto original. A oposição singela e genérica do reclamado não tem força de impugnação válida. (Orientação Jurisprudencial n. 36, da SDI-1/TST). BANCÁRIO, CARGO DE CONFIANÇA. Somente o pagamento da gratificação, superior a um terço do salário, não é requisito único, capaz de inserir o bancário na exceção do art. 224, § 2º, da CLT, aliás, é apenas uma conseqüência de outro elemento caracterizador da espécie — o exercício de cargo de direção, gerência, fiscalização, chefia ou equivalentes, ou outros cargos de confiança. Ou seja, o empregado bancário ocupante de cargo de confiança se destaca dos demais por receber atribuição acima das meras tarefas laborais, sua atuação abrange coordenação e chefia dos demais empregados, por isso a lei determina o pagamento de uma gratificação. A fidúcia é própria de todos os contratos de trabalho, o que destaca o ocupante de cargo de confiança são os poderes a ele outorgados, autorizando sua atuação como longa *manus* e habilitando-o a comandar e tomar decisões em nome do empregador, de menor ou maior importância, manifestando-se, respectivamente, confiança restrita ou plena. TRT/SP 15ª Região 4.807/03 — Ac. 2ªT 24.873/03-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DOE 29.8.03, pág. 23.

19 — DANOS MORAIS, E MATERIAIS, ACIDENTE DO TRABALHO, COMPETÊNCIA MATERIAL DESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA

A Justiça do Trabalho detém a competência material para apreciar e decidir sobre pleitos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, uma vez que a pretensão assenta-se na relação de emprego havida entre as partes, cuja circunstância insere-se precisamente nos limites traçados no art. 114 da CF. E o preceito do art. 109, I da Carta Magna não constitui obstáculo a esse entendimento, uma vez que o Constituinte de 1988, ao tratar da matéria, não repetiu a ressalva do art. 142, § 2º da Carta de 1967, quanto à exclusão da competência desta Justiça Obreira para conhecer de dissídios relativos a acidentes de trabalho. Assim sendo, deve prevalecer a regra geral disciplinada no art. 114 da Lei Maior, em se tratando de eções intentadas em face do empregador, alicerçadas na responsabilidade subjetiva do mesmo pelos danos infligidos ao empregado, dolosa ou culposamente. Ressalte-se que o fato de a questão envolver normas de Direito Civil também não afasta a competência desta Justiça Especializada, a uma, porque não é a fonte formal do Direito a aplicar que fixa a mesma, e, a duas, porque a busca supletiva da lei civil está expressamente autorizada no parágrafo único do ert. 8º da CLT, cujo dispositivo não teria razão de existir, caso a utilização de normas do direito comum remetesse a solução do dissídio à Justiça Ordinária. Ademais, é certo o C. STF, pronunciando-se sobre a matéria, em acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, concluiu não ser relevante para fixação da competência da Justiça do Trabalho que a solução da lide remeta a normas de Direito Civil, desde que o fundamento do pedido se assente na relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho (Conflito de Jurisdição n. 6.959-6, Distrito Federal). TRT/SP 15ª Região 28.820/02 — Ac. 3ªT 21.540/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 25.7.03, pág. 13.

20 — DARF, CUSTAS E EMOLUMENTOS, NOVOS CÓDIGOS

A forma de quitação das custas e emolumentos na Justiça do Trabalho é regulamentada pelo claro texto do art.

790 *caput* da CLT, que exige obediência estrita às Instruções expedidas pelo C. TST. Por conseguinte, a guia DARF, destinada ao recolhimento dos referidos tributos, deve ser preenchida com observância aos novos códigos previstos no inciso V da Instrução Normativa n. 20/02 daquela Corte, que passaram a vigorar aos 27.11.02, após a alteração implementada pela Resolução Administrativa n. 902/02, adotando-se o 8.019 para as custas e o 8.168 para os emolumentos. Não observado o primeiro quando do preparo do recurso ordinário, a deserção é medida que se impõe. TRT/SP 15ª Região 3.127/03 — Ac. 4ªT 28.113/03-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 19.9.03, pág. 76.

21 — DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. DECISÃO DO C.TST

O exame da decadência, em sede mandado de segurança (art. 18 da Lei n. 1.533/51), nada mais é do que a análise de condição específica da ação mandamental. O seu afastamento por decisão do C.TST não põe fim ao juízo de admissibilidade da ação, visto que ainda resta a análise das condições da ação, do qual o interesse processual faz parte. Por outro lado, a análise das condições da ação não é preclusiva, devendo ser conhecida de ofício e, no processo do trabalho, a qualquer momento, visto que neste a fase saneadora não está definida. Finalmente, o julgamento do C. TST somente vincula esta Corte com relação à questão da decadência, pois caso contrário, aquele C. Tribunal Superior estaria ofendendo o duplo grau de jurisdição. TRT/SP 15ª Região 252/00-AG2 — Ac. SDI1 533/03-PDI1. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 5.9.03, pág. 2.

22 — DEPOSITÁRIO INFIEL. ADVOGADO DA EMPRESA QUE ASSINOU O AUTO DE DEPÓSITO

Pode ser responsabilizado como depositário infiel o advogado que expressamente assumiu o encargo de depositário, sob as cominações da lei. O entendimento das obrigações envolvidas no encargo é parte do mister do advogado, não sendo admissível que se valha da própria torpeza, alegando ser incabível sua responsabilização, por ser apenas procurador da empresa. TRT/SP 15ª Região 839/03-HC — Ac. SDI1 431/03-PDI1. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 11.7.03, pág. 1.

23 — DESCONTOS INDEVIDOS. ÔNUS DA PROVA

É certo que o empregador é quem deve assumir os riscos da atividade econômica pelo que, eventual cheque devolvido por instituição bancária por insuficiência de fundo para cobertura, não pode ser objeto de desconto salarial nos vencimentos do trabalhador que o recebeu. No entanto, alegado o desconto indevido na exordial, com a respectiva negativa na defesa, é do trabalhador o ônus de comprovar a realização do desconto uma vez que configura fato constitutivo de direito. Inteligência do art. 818 da CLT, c/c art. 333 do CPC. TRT/SP 15ª Região 22.944/02 — Ac. 6ªT 19.253/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 4.7.03, pág. 30.

24 — DESERÇÃO. CUSTAS. GUIA DARF

O preenchimento incompleto da guia DARF, sem observância do disposto no Provimento n. 04/99, da CGJT, com ausência do nome de qualquer das partes, número do processo e vara de origem, não atinge seu objetivo, qual seja, a perfeita vinculação do recolhimento ao processo sob exame, prejudicando a admissibilidade do recurso, impondo seu não conhecimento. TRT/SP 15ª Região 32.578/02 — Ac. 5ªT 19.713/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 11.7.03, pág. 80.

25 — DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO. PRECLUSÃO LÓGICA. NÃO CONHECIMENTO. HIPÓTESE DE EXTINÇÃO, *EX OFFICIO*, DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

O devedor, ainda que subsidiário, que efetua o depósito para pagamento da execução, recolhendo as custas e a verba previdenciária, pratica ato incompatível com a oposição de embargos à execução e com a vontade de recorrer. A preclusão lógica obsta o conhecimento do recurso e acarreta a extinção, *ex officio*, dos embargos à execução. TRT/SP 15ª Região 13.793/03 — Ac. 3ªT 26.390/03-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 5.9.03, pág. 22.

26 — DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. EXECUÇÃO. RECURSO. PRESSUPOSTO OBJETIVO. DELIMITAÇÃO JUSTIFICADA DOS VALORES INCONTROVERSOS

O § 1º do art. 879 da CLT, cuida de pressuposto objetivo específico para o recurso na execução trabalhista. Ali o legislador impôs ao executado a delimitação justificada das matérias e dos valores impugnados, criando um ônus processual no sentido de que o agravo de petição somente poderá ser conhecido se guardada a fidelidade entre as matérias e valores impugnados com a parte apontada como incontroversa. Vale dizer, o agravante deve demonstrar que, uma vez efetuados os cálculos de acordo com as matérias impugnadas, encontra-se o valor indicado como incontroverso, sob pena de não conhecimento do recurso. TRT/SP 15ª Região 16.633/03 — Ac. 3ªT 24.500/03-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 22.8.03, pág. 61.

27 — EMBARGOS À EXECUÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO INCOMPLETA. EFEITO

A executada, ao efetuar o depósito do valor da condenação com a finalidade de garantir o juízo, deduziu os valores das contribuições previdenciárias e fiscais e não comprovou os respectivos recolhimentos. A teor do disposto nos arts. 879, § 1º-A, e 880, da CLT, bem como nos arts. 1º e 2º do Provimento n. 01/96, da CGJT, os valores relativos às contribuições devidas à Previdência Social e à Receita Federal se incluem no *quantum* necessário para a garantia do juízo, pressuposto para a oposição dos embargos à execução prevista no art. 884, da CLT. Decisão que deixou de conhecer os embargos à execução por falta de garantia total do juízo, que se mantém. TRT/SP 15ª Região 15.375/03 — Ac. 1ªT 27.771/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 19.9.03, pág. 61.

28 — EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES. PRAZO. NÃO-CONHECIMENTO

Na Justiça do Trabalho, as hipóteses que autorizam a apreciação dos Embargos de Declaração são aquelas fixadas no art. 897-A da CLT c/c art. 535 do CPC (omissão, contradição, obscuridade e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso) e o prazo para a oposição da medida é de cinco dias, sob pena de não-conhecimento. TRT/SP 15ª Região 14.728/00 — Ac. 1ªT 20.413/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 18.7.03, pág. 58.

29 — EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA ESPECÍFICA

A penalidade decorrente de interposição de embargos de declaração com intuito manifestamente protelatório tem previsão específica no parágrafo único

do art. 538 do CPC, de aplicação subsidiária na Justiça do Trabalho, restando inaplicáveis ao caso as disposições genéricas dos arts. 17 e 18 do referido Código. TRT/SP 15ª Região 10.737/03 — Ac. 1ªT 26.682/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 12.9.03, pág. 20.

30 — EMBARGOS DE TERCEIRO. SUCESSÃO TRABALHISTA. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*

Carece de legitimidade *ad causam* para ajuizar embargos de terceiro o sucessor trabalhista que, nessa condição, passa a responder pelo débito em execução. TRT/SP 15ª Região 11.940/03 — Ac. 1ªT 18.674/03-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 4.7.03, pág. 9.

31 — FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ÔNUS DA PROVA. INTERVALO PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO

Compete ao Autor a prova quanto à não-concessão do intervalo para repouso e alimentação, quando reconhecida a veracidade da jornada delimitada nos cartões de ponto, pois o fato constitutivo do direito exige a comprovação de quem o alega, pelo teor dos arts. 818 da CLT e 333, I do CPC. TRT/SP 15ª Região 5.749/03 — Ac. 1ªT 26.637/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 12.9.03, pág. 19.

32 — FGTS. MULTA DE 40%. PRETENDIDA APLICAÇÃO DOS ÍNDICES EXPURGADOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

É da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar pedido de aplicação dos índices de correção monetária, do mês de janeiro/89 e do mês de abril/90, na multa de 40% incidente sobre o FGTS. Tal deferimento é conseqüência do reconhecimento, pelo Ex. STF, de serem, esses índices, devidos aos trabalhadores que possuíam saldo na conta vinculada do FGTS, nessas épocas. TRT/SP 15ª Região 10.410/03 — Ac. 6ªT 19.263/03-PATR. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 4.7.03, pág. 30.

33 — GUIA DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS. (DARF). AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO NOME DAS PARTES E DO NÚMERO DO PROCESSO

Nesta Justiça Especializada, tendo em vista o que dispõem as Instruções Normativas n. 18 do C.TST e n. 44 da SRF, é necessária que na guia de recolhimento de custas (DARF) haja a indicação das partes e do número do processo a que se refere, impossibilitando a sua utilização fraudulenta. TRT/SP 15ª Região 1.120/03 — Ac. 6ªT 27.541/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 12.9.03, pág. 42.

34 — HABILITAÇÃO. FALECIMENTO DO TRABALHADOR. INEXISTÊNCIA DE INVENTÁRIO. DEPENDENTES. PREVIDÊNCIA SOCIAL. PREVALÊNCIA

As verbas de natureza trabalhista têm natureza alimentar e a elas não se aplicam as normas que regem a sucessão para fins civis. A ordem estabelecida na lei específica (Lei n. 6.858/80) afasta a incidência da regra geral prevista no CC, assegurando somente aos dependentes habilitados perante à Previdência Social o direito à habilitação, como sucessores do trabalhador falecido, em processo movido na Justiça do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 6.468/03 — Ac. 2ªT 23.996/03-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 22.8.03, pág. 57.

35 — HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO

A homologação de acordo não é uma formalidade burocrática; é decisão judi-

cial com qualidade de "coisa julgada" (CLT, 831, § 1º e 876). Ao juiz, como representante do Estado, cabe a direção do processo (CLT, 765 e CPC, 125). O prestígio dado à conciliação pela Justiça do Trabalho não anula o seu poder/dever de verificar a legalidade das avenças e de zelar para que elas expressem a vontade efetiva das partes e para que interesses privados não prevaleçam sobre a vontade estatal. Por isso, além de lícito, é dever do magistrado deixar de homologar acordos quando não estiver convicto da presença desses requisitos. TRT/SP 15ª Região 9.595/03 — Ac. 6ªT 29.434/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 26.9.03, pág. 32.

36 — HONORÁRIOS DE PERITO. FASE DE EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 236 DO C.TST

Pelo próprio fato de tratar-se a execução de uma nova fase processual, a ela também se aplica o Enunciado n. 236 do C. TST. HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO OCORRÊNCIA — Não há sucumbência recíproca quanto aos honorários periciais nesta Justiça Especializada. TRT/SP 15ª Região 11.975/03 — Ac. 6ªT 27.021/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 12.9.03, pág. 47.

37 — HONORÁRIOS DE PERITO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. RESPONSABILIDADE

A agravada somente se desincumbe do ônus do pagamento dos honorários do *expert*, em liquidação de sentença, caso este não achar diferença no pagamento daquelas verbas pleiteadas pelo reclamante. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO PATRONO DA PARTE. IMPOSSIBILIDADE. Tendo em vista o art. 32, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.906/94, é possível a condenação solidária do advogado da parte somente naquele comportamento descrito no inciso V, do art. 17 do CPC, contudo, tal fato deverá ser apurado em ação própria junto à Justiça Comum. TRT/SP 15ª Região 9.133/03 — Ac. 6ªT 21.291/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 25.7.03, pág. 21.

38 — HORAS EXTRAS. DIFERENÇAS. PROVA DO PAGAMENTO

O empregador apenado com diferenças de horas extras e reflexos de parcelas salariais habituais, apontadas, matematicamente, de forma exemplificativa pelo libelo condenatório para livrar-se do ônus da sucumbência, em sede recursal, deve demonstrar igualmente, de forma matemática, a incorreção da decisão. Alegações genéricas e subjetivas da parte não justificam a revisão do julgado. TRT/SP 15ª Região 8.510/03 — Ac. 1ªT 26.167/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 5.9.03, pág. 11.

39 — HORAS EXTRAS. FOLHAS DE PRESENÇA. INVALIDAÇÃO

A prova testemunhal pode ser suficiente para invalidar folhas de presença e comprovar a realização de trabalho em horário extraordinário sem a devida contraprestação. TRT/SP 15ª Região 12.558/03 — Ac. 1ªT 18.668/03-PATR. Rel. Antônio Miguel Pereira. DOE 4.7.03, pág. 9.

40 — INÉPCIA DA INICIAL. ACOLHIDA NA ORIGEM. REJEIÇÃO PELA INSTÂNCIA REVISORA. PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO. POSSIBILIDADE

Afastada a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267 do CPC, pela Instância Revisora, passa-se ao imediato julgamento da lide, sem necessidade de retorno dos autos

à origem, vez que a lei processual em vigor pôs fim ao formalismo da chamada "supressão de instância". Inteligência do artigo 515, § 3º, do CPC. TRT/SP 15ª Região 356/03 — Ac. 5ªT 19.721/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 11.7.03, pág. 80.

41 — IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO

Não cabe a aplicação do art. 13 do CPC quando a ação em curso já se encontra em fase de apelo. Conforme SDI do TST n. 149, inserida em 27.11.99: "149. Mandato. Art. 13, CPC. Regularização. Fase recursal. Inaplicável. TRT/SP 15ª Região 6.626/03 — Ac. 2ªT 24.969/03-PATR. Rel. José Pitas. DOE 29.8.03, pág. 26.

42 — ISENÇÃO DE CUSTAS. OPORTUNIDADE DO PEDIDO

Não estipulando a lei prazo para requerimento dos benefícios da justiça gratuita, da qual decorre a isenção de pagamento das custas processuais, a qualquer instante do curso do processo é dado à parte postulá-los. TRT/SP 15ª Região 7.330/03 — Ac. 6ªT 27.493/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 12.9.03, pág. 40.

43 — JULGAMENTO. *ULTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA

Segundo o art. 840, da CLT, a petição inicial deverá conter ...uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante. Cabe ao juiz o enquadramento legal e a extração das devidas conseqüências (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Do pedido de "adicional noturno na forma da lei", infere-se a inclusão, também, da prorrogação da jornada noturna, porque assim está previsto no art. 73, § 5º, da CLT, sem ocorrência de julgamento *ultra petita*. O trabalho realizado no horário destinado a alimentação e descanso, além de configurar violação a um direito básico do trabalhador, caracteriza trabalho extraordinário, pois a jornada normal fice acrescida desse interregno, ainda que não se altere o seu término. O acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal, determinado pelo § 4º, do art. 71, da CLT, tem natureza salarial e deve integrar a remuneração das demais verbas. TRT/SP 15ª Região 27.104/02 — Ac. 6ªT 29.453/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 26.9.03, pág. 33.

44 — JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE SALÁRIOS E EM DECORRÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO EM ACORDO PELAS PARTES. COMPETÊNCIA. NEGATIVA

Ainda que as parte tenham reconhecido o vínculo empregatício em acordo homologado pelo Juízo, não é desta Justiça Especializada a competência para executar as contribuições previdenciárias sobre os salários daí decorrentes. Primeiro, porque tímida a expansão instituída pela EC n. 20/98, complementada pela Lei n. 10.035/00, sendo que, am segundo, ainda vige a regra contida no § 3º do art. 109, da CF/88. Agravo de Petição do INSS que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 13.404/03 — Ac. 5ªT 20.096/03-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 18.7.03, pág. 70.

45 — JUSTIÇA GRATUITA. EMPREGADOR

Não é possível ao empregador, no âmbito da Justiça do Trabalho, requerer os benefícios da Justiça Gratuita por falta de lei regulamentando a matéria, visto tratar-se de isenção. A Lei n. 5.584/70, não pode ser aplicada ao caso por referir-se, expressamente, ao trabalha-

dor. TRT/SP 15ª Região 1.670/03 — Ac. 6ªT 24.789/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 22.8.03, pág. 77.

46 — JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. DECLARAÇÃO DE POBREZA

A declaração de pobreza apresentada com as razões de recurso assegura ao trabalhador o direito a isenção das custas processuais, a teor do § 3º do art. 790 da CLT, que disciplina a Justiça Gratuita no âmbito do Processo Trabalhista. TRT/SP 15ª Região 18.748/03 — Ac. 1ªT 21.663/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 1º.8.03, pág. 4.

47 — JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA

A concessão dos benefícios da justiça gratuita à pessoa jurídica, por não estar sequer prevista no art. 14 e parágrafos da Lei n. 5.584/70, que trata da assistência judiciária na processualística trabalhista, está condicionada à ampla comprovação quanto à insuficiência de recursos para arcar com as despesas processuais. TRT/SP 15ª Região 20.767/03 — Ac. 1ªT 26.661/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 12.9.03, pág. 20.

48 — MANDADO DE SEGURANÇA. ATO QUE DECRETA A REVELIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA

Considerando-se que a concessão da segurança baseia-se no argumento de que a impetrante não foi notificada de ação contra si ajuizada, questão que depende de dilação probatória, não se encontram presentes os requisitos de liquidez e certeza do direito, revelando-se incabível a via mandamental. TRT/SP 15ª Região 87/03-MS — Ac. SDI1 496/03-PDI1. Rel. Ismênia Diniz da Costa. DOE 29.8.03, pág. 17.

49 — MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EM SENTENÇA DE MÉRITO. CONDENAÇÃO EM CUSTAS

É incabível mandado de segurança para garantir a "interposição de recurso sem o recolhimento de custas, mediante a concessão de assistência judiciária, indeferida na sentença de mérito", face ao óbice do art. 5º, II, da Lei n. 1.533/51. O mandado de segurança não se presta a reformar, nem a rescindir decisões. Em tais casos, o recurso cabível deve ser interposto no prazo legal e, se indeferido por deserção, pode a parte interpor agravo de instrumento (CLT, 897, *b*), que não requer preparo e propicia o reexame dos pressupostos de admissibilidade do apelo trancado, pelo tribunal *ad quem*. TRT/SP 15ª Região 1.839/02-MS — Ac. SDI1 575/03-PDI1. Rel. Fany Fajerstein. DOE 5.9.03, pág. 4.

50 — MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA

Possui legitimidade para impetrar o mandado de segurança o titular do direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ilegal ou abusivo de poder praticado por autoridade pública. *in casu*, o direito pretensamente transgredido não pertence à impetrante e sim à testemunha da reclamada, que, possivelmente, deverá responder a processo crime, não existindo, também, aquela autorização legal para que a primeira substituísse este último, visto que a situação descrita não se amolda àquela prevista no art. 3º da Lei n. 1.533/51. TRT/SP 15ª Região 1.511/02-MS — Ac. SDI1 549/03-PDI1. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 5.9.03, pág. 3.

51 — MEIO DE PROVA. VALORAÇÃO

Não havendo hierarquia entre os meios de prova admitidos por lei, deve o julgador fiar-se, ante o princípio do livre convencimento, naquele que lhe parecer mais ilustrativo da realidade dos fatos narrados. TRT/SP 15ª Região 24.217/02 — Ac. 6ªT 21.297/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DOE 25.7.03, pág. 22.

52 — MULTA. DE 40% SOBRE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO EMPREGADOR. JUSTIÇA GRATUITA E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PRESCRIÇÃO

A responsabilidade quanto à correção monetária e juros sobre os depósitos de FGTS é da administradora do fundo, a Caixa Econômica Federal, entretanto, quando o pedido do reclamante refere-se à diferença da multa de 40%, o liame processual se estabelece entre o empregado e o empregador, trazendo à apreciação do judiciário questão que envolve os personagens da relação de emprego, estando à margem da controvérsia a CEF. Portanto, tratando-se de demanda entre empregado e empregador, a competência é da Justiça do Trabalho, a teor do disposto no art. 114, da Constituição da República. A responsabilidade quanto ao pagamento da multa de 40% sobre os depósitos de FGTS na despedida imotivada é do empregador (art. 18, § 1º, da Lei n. 8.036/90), estabelecendo sua legitimidade *ad causam* para responder ao reclamo relativo à diferença incidente sobre o valor dos expurgos inflacionários. Os benefícios da justiça gratuita e a assistência judiciária são direitos distintos. Dessa disparidade temos conseqüências diversas para o processo. Da assistência judiciária resulta a condenação do empregador sucumbente ao pagamento dos honorários advocatícios a favor do sindicato obreiro para custea-la (art. 16, da Lei n. 5.584/70), enquanto que da justiça gratuita advém a isenção de taxas judiciárias, emolumentos, custas e honorários de perito e advogado (art. 3º, da Lei n. 1.060/50 e art. 790-A, da CLT). Prescrição — o direito dos trabalhadores prejudicados pelos expurgos inflacionários só surgiu no ordenamento jurídico quando foi reconhecido através da LC n. 110, editada em 29.6.01, podendo ser exercido somente quando da regulamentação desta lei, o que ocorreu através do Decreto n. 3.913, baixado em 11.9.01. Antes disso, havia apenas ações judiciais movidas por alguns trabalhadores, com mera expectativa do direito. E mais, o direito às diferenças só se materializa quando do recebimento do valor respectivo, des quais a multa é acessória. Sendo assim, não se aplica o prazo prescricional de dois anos, contados da extinção do contrato de trabalho (art. 7º, inciso XXIX, da Constituição), o início do prazo extintivo do direito de ação só se inicia na data da edição da lei, ou quando do recebimento das diferenças. TRT/SP 15ª Região 19.524/03 — Ac. 2ªT 24.911/03-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DOE 29.8.03, pág. 24.

53 — NULIDADE. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA

Não dá ensejo à nulidade, por prestação jurisdicional deficiente, a decisão de homologação de cálculos que se quedou silente sobre determinado tópico, se, em sentença de embargos à execução, o Julgador adotou tese explícita sobre a matérie. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA. ART. 459 DA CLT. OJ N. 124 DA SDI DO C. TST. O art. 459, parágrafo único da CLT, dispõe que o pagamento do salário deve ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subseqüente ao vencido, donde se conclui que somente após o decurso de referido prazo, o empregador poderá ser considerado em mora. Quanto ao tema, aliás, pacificou-se a interpretação com a edição da Orientação Jurisprudencial

n. 124, da SDI, do C. TST. Nestes termos, o salário pago até o quinto dia útil do mês subseqüente ao vencido, não está sujeito à correção monetária, o que ocorrerá somente na hipótese de ultrapassado tal limite, incidindo o índice correspondente ao mês subseqüente à prestação dos serviços e não aquele relativo ao mês trabalhado. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PLANOS VERÃO E COLLOR. NÃO APLICAÇÃO DO IPC. Não há que se falar em aplicação do percentual de 70,28% referente ao índice de janeiro/89 do IPC, haja vista que, nesta época, os débitos trabalhistas eram corrigidos pela variação das OTNs, havendo que se aplicar, portanto, o índice de 28,79%. Indevidos também os índices do IPC de abril e maio/90, haja vista que a partir de março/90 a atualização monetária dos débitos trabalhistas se manteve respeitando os índices de atualização aplicados às cadernetas de poupança, nos termos do art. 6º, da Lei n. 7.738/89. TRT/SP 15ª Região 10.600/03 — Ac. 6ªT 27.016/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 12.9.03, pág. 46.

54 — PRECLUSÃO. APRECIAÇÃO NO *AD QUEM*

A preclusão é um fato processual que impede que um ato seja feito ou prossiga. Portanto, o conhecimento pelo *a quo* de matéria preclusa não vincula nem pode vincular o juízo *ad quem*. TRT/SP 15ª Região 15.431/03 — Ac. 2ªT 20.752/03-PATR. Rel. Ismênia Diniz da Costa. DOE 25.7.03, pág. 9.

55 — PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE

Até a data do término da vigência do CC/1916, o conhecimento de ofício da prescrição somente poderia ocorrer quanto aos direitos patrimoniais, em favor de qualquer pessoa, por isso incluídas as jurídicas de direito público (art. 166 do CC revogado c/c § 5º do art. 219 do CPC). A partir de então o conhecimento de ofício ficou restrito apenas aos casos em que os réus sejam pessoas absolutamente incapazes (entre as quais não se incluem, obviamente, as jurídicas), entretanto com ampliação dos direitos atingidos, ou seja, todos (art. 194 do CC vigente; derrogador do dispositivo processual declinado). Ora, se, por um lado, a legislação ordinária não permite (em face do alcance subjetivo) o conhecimento *ex officio* da prescrição em favor de ente público e, por outro, não existe legislação especial conferindo esta possibilidade para o juiz, a declaração de prescrição em favor de ente estatal sem a prévia argüição deste é, por ofensiva à regra do art. 128 do CPC, nula. SERVIDOR PÚBLICO. JORNADA ESPECIAL DE TRABALHO. INSTITUIÇÃO. Não sendo conferido aos servidores públicos o direito à negociação coletiva (exegese do § 3º do art. 39 da CF) e levando-se em consideração que o interesse público reclama tratamento mais benéfico que o dispensado aos interesses particulares, tem-se que a pessoa jurídica de direito público pode se valer da faculdade prevista no inciso XIII do art. 7º da Carta Magna por meio de lei própria. TRT/SP 15ª Região 16.738/03 — Ac. 3ªT 25.599/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 29.8.03, pág. 31.

56 — PROCURAÇÃO. VIGÊNCIA

Ainda que à época da audiência inicial já tenha se expirado o prazo de vigência do instrumento de mandato, este permanece válido se a procuração foi firmada especificamente para acompanhamento da reclamação trabalhista até o fim. Entendimento de acordo com a Orientação Jurisprudencial n. 312 da SDI 1 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 9.917/03 — Ac. 4ªT 27.193/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 12.9.03, pág. 33.

57 — PROVA. NOTORIEDADE DE FATO RELEVANTE

Pelo nosso sistema processual não dependem de prova os chamados fatos "notórios", na esteira do art. 334, I, do

CPC. Interagindo com a comunidade onde atua, na condição de agente político, e atentando para a concepção publicística do processo, que não mais o projeta como mero espectador da batalha judicial travada pelos litigantes, o juiz não somente pode como deve trazer para o contexto de seu livre convencimento os fatos e as impressões que extrai da realidade, de modo a emprestar a sua sensibilidade social ao mister de solucionar a lide. Não pode deixar de atentar, contudo, para a circunstância de que a prova material destina-se ao convencimento dos órgãos de todos os graus de jurisdição, por força da idéia do duplo grau, razão porque não deve decidir calcado, apenas, na notoriedade de fato passível de aferição somente na região onde atua. TRT/SP 15ª Região 20.106/03 — Ac. 1ªT 27.753/03-PATR. Rel. Marcos da Silva Porto. DOE 19.9.03, pág. 61.

58 — PROVA. PERICIAL. NÃO REALIZAÇÃO POR FALTA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EFEITO

É equivocada a idéia de que a não realização da prova pericial produzirá, sempre, efeito prejudicial ao reclamante que, em tese, possui o ônus da prova. Valendo-se de indícios e presunções, criadas a partir do conhecimento judicial de casos análogos, ou do criterioso exame dos elementos dos autos, pode-se, razoavelmente, inverter o ônus da prova quanto à matéria cuja avaliação exija prova técnica, gerando efeitos prejudiciais ao reclamado, especialmente quando se percebe que este não efetua o pagamento do depósito dos honorários prévios requeridos exatamente para dificultar a elucidação processual da questão. TRT/SP 15ª Região 23.011/02 — Ac. 6ªT 19.217/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 4.7.03, pág. 29.

59 — RECESSO. FERIADOS. ART. 178 DO CPC

Na superveniência do "recesso" ("feriados", de acordo com a Lei n. 5.010/66), não há suspensão nem interrupção do prazo recursal, mas tão-somente a prorrogação do *dies ad quem* para o primeiro dia útil subseqüente, pelo teor da regra contida no art. 178 do CPC. TRT/SP 15ª Região 8.689/03 — Ac. 1ªT 26.669/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 12.9.03, pág. 20.

60 — RECURSO ORDINÁRIO. DESERÇÃO. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA FORMULADO NA PEÇA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA DE REQUERIMENTO ANTERIOR. NÃO PROVIMENTO

Embora se considere que a parte necessitada possa requerer o benefício da Justiça Gratuita em qualquer fase do processo, a hipossuficiência deve ser demonstrada no momento da interposição do recurso, ou durante o prazo recursal. Ainda que a redação dada ao § 3º do art. 790 da CLT, acrescentado pela Lei n. 10.537/02, tenha conferido aos Juízes de qualquer Instância conceder a benesse em apreço, entende-se que a parte deve apresentar seu requerimento com a peça recursal, ou no prazo deste, e não com o agravo de instrumento, já que a única finalidade desse remédio jurídico, no processo do trabalho, é destrancar ou não o recurso apresentado, não servindo para suprir a inércia de parte, no momento processual oportuno. TRT/SP 15ª Região 17.205/03 — Ac. 3ªT 22.032/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 1º.8.03, pág. 11.

61 — RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. CONFRONTO COM SÚMULA DO TST E JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO RESPECTIVO TRIBUNAL REGIONAL. INCIDÊNCIA DO ART. 557, DO CPC

Cabe ao relator deixar de conhecer de recurso, cuja discussão central afronta

decisões assentes do C. TST, bem como do Tribunal Regional, desde que tal decisão submeta-se ao controle do colegiado. O princípio da celeridade e da economia processual respaldam a aplicação subsidiária do disposto no art. 557, do CPC, no processo trabalhista. TRT/SP 15ª Região 28.024/02 — Ac. 6ªT 23.095/03-PATR. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 8.8.03, pág. 28.

62 — REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO

Quando o valor da condenação importa em valor inferior a 60 salários mínimos, nos termos do art. 475, § 2º, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho e ao Decreto n. 779/69, que não se refere a condenações de pequeno valor, precipuamente porque o processo do trabalho é informado pela celeridade. TRT/SP 15ª Região 11.137/03 — Ac. 2ªT 22.519/03-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 8.8.03, pág. 6.

63 — REPRESENTAÇÃO DE EMPREGADO. PREVISTA NO § 2º DO ART. 843 DA CLT. PROSSEGUIMENTO DA AUDIÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO

A representação do empregado por um colega ou pelo seu sindicato de classe visa tão-somente evitar a penalidade resultante da ausência injustificada, qual seja, o arquivamento da ação, tendo em vista o caráter personalíssimo do comparecimento da parte para a tentativa de conciliação e o depoimento pessoal. Na ocorrência da representação prevista no § 2º, do art. 843, da CLT, o Juiz deve adiar a sessão para outra data em que o empregado possa comparecer a fim de prestar depoimento pessoal e ser tentada a conciliação. Recurso a que se dá provimento, face à nulidade manifesta. TRT/SP 15ª Região 15.584/03 — Ac. 4ªT 24.369/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 22.8.03, pág. 67.

64 — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. JULGAMENTO *ULTRA* OU *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA

Não ocorre julgamento *ultra* ou *extra petita* quando o Juízo comina a responsabilidade subsidiária de um demandado, ainda que reclamante tenha formulado apenas o pedido de condenação solidária. Como são institutos muito similares, que partem do mesmo pressuposto de co-responsabilidade, estão sujeitos a situações em que qualquer uma das hipóteses pode se aplicar, de acordo com a interpretação do julgador, como ocorre no caso do art. 455 da CLT. Sendo assim, e ainda considerando-se que a responsabilização solidária implicaria em um maior gravame ao co-devedor, não há óbice em se reconhecer apenas a responsabilidade supletiva. Trata-se, no mais, da aplicação do princípio *jura novit curia*, pelo qual o magistrado deve conferir ao caso concreto a melhor adequação jurídica diante dos fatos narrados pelo autor. TRT/SP 15ª Região 28.254/02 — Ac. 3ªT 19.822/03-PATR. Rel. Carlos Eduardo Oliveira Dias. DOE 11.7.03, pág. 75.

65 — REVELIA. NOTIFICAÇÃO POSTAL

O processo trabalhista prescinde da citação pessoal, nos termos do art. 840, § 1º, da CLT. Assim, tendo sido recebida a notificação na portaria da empresa, por funcionário da reclamada, considera-se perfeita a citação. Procura se valer da própria torpeza a parte que alega não ter autorizado o funcionário a receber correspondências. TRT/SP 15ª Região 1.614/03 — Ac. 4ªT 24.379/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 22.8.03, pág. 68.

66 — SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO PROFISSIONAL. ART. 8º DA CF/88

A substituição processual pelo sindicato da categoria profissional está asse-

gurada de forma ampla pelo art. 8º, III, da CF/88, desde que provada a relevância social do direito a ser defendido. TRT/SP 15ª Região 1.588/03 — Ac. 5ªT 24.204/03-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 22.8.03, pág. 74.

67 — TUTELA. ANTECIPADA. INDENIZAÇÃO PREVISTA EM CONVENÇÃO COLETIVA. INVALIDEZ PERMANENTE

Correta a decisão que defere a tutela antecipada, quando as provas dos autos informam que o quadro emocional desenvolvido pelo reclamante, ocasionando sua aposentadoria por invalidez, foi resultante de assalto, onde permaneceu como refém, agravado de ameaças de morte posteriores. TRT/SP 15ª Região 1.571/02-MS — Ac. SDI1 458/03-PDI1. Rel. Antônio Mazzuca. DOE 29.8.03, pág. 16.

68 — VALOR DA CAUSA. ALTERAÇÃO EM SENTENÇA

A elevação do valor da causa em sentença constitui erro *in procedendo*, que agride direito líquido e certo da parte. TRT/SP 15ª Região 979/02-MS — Ac. SDI1 462/03-PDI1. Rel. Desig. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 29.8.03, pág. 16.

69 — VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SOCIEDADE DE FATO. PROVA

A empresa ao reconhecer a prestação de serviços pelo recorrente, ainda que como seu sócio de fato, atraiu para si o *onus probandi* de que tal prestação de serviços não estaria inserida dentro da égide do Direito do Trabalho (art. 333, II, do CPC) e, tendo em vista que a relação de emprego é protegida pela legislação pátria, toda argumentação que tente excluir relações comerciais — visto que a relação de emprego não deixa de ser, em última análise, uma relação comercial — do albergue daquela, deve ser cabalmente comprovada. TRT/SP 15ª Região 1.751/03 — Ac. 6ªT 24.793/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 22.8.03, pág. 77.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

DIREITO PROCESSUAL

Referência
Ementa

AÇÃO

— Anulatória. Sucedâneo de embargos à adjudicação. Impossibilidade 01
— De cumprimento. Extinção de sentença normativa. Perecimento do direito 02
— Rescisória. Acordo judicial. Dolo. Prova cabal 03
— Rescisória. Falso advogado. Nulidade 04

AGRAVO

— De instrumento. Ausência de peças essenciais. Não conhecimento 05
— De instrumento. Deserção 06
— De instrumento. Instrumentação. Ausência de prova da ciência do despacho agravado .....
— De petição. Penhora sobre saldo bancário. Entidade filantrópica. Possibilidade 08

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA 09

ATO ATENTATÓRIO

— À dignidade da justiça. Resistência injustificada ao andamento do processo 10

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

— Planos Verão e Collor. Não aplicação do IPC 53

BANCÁRIO

— Cargo de confiança 18

BEM DE FAMÍLIA

— Impenhorabilidade. Requisitos. Prova 11

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

— Exigência para ajuizamento de ação trabalhista. Condição da ação. Impossibilidade 12

CERCEAMENTO DE DEFESA

— Notificação. Postagem. Endereço da parte. Obrigatoriedade. Reconhecimento. Remessa. Necessidade 13
— Art. 131, do CPC 16

COISA JULGADA

— Pretensão de alteração de decisão já transitada em julgado por meio de agravo de petição. Impossibilidade 14

COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

— Termo de conciliação. Liberação restrita aos direitos postulados e transacionados 15

CONEXÃO ENTRE DUAS AÇÕES

— Mesmo réu, mesmo objeto e mesma causa da pedir. Arts. 103 e 105, do CPC 16

CONTRADIÇÃO IDEOLÓGICA

— Entre as razões recursais e as contra-razões ao recurso da reclamante 17

CÓPIA DE TEXTO

— De norma coletiva. Impugnação fundamentada 18

CORREÇÃO MONETÁRIA

— Época própria. Art. 459 da CLT. OJ n. 124 da SDI do C. TST. 53

DANOS MORAIS

— E materiais. Acidente do trabalho. Competência material desta justiça especializada 19

DARF

— Custas e emolumentos. Novos códigos 20

DECADÊNCIA

— Afastamento. Decisão do c. TST 21

DEPOSITÁRIO INFIEL

— Advogado da empresa que assinou o auto de depósito 22

DESCONTOS INDEVIDOS

— Ônus da prova 23

DESERÇÃO

— Custas. Guia DARF 24

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

— Execução. Agravo de petição. Preclusão lógica. Não conhecimento. Hipótese de extinção, *ex officio*, dos embargos à execução 25

— Execução. Recurso. Pressuposto objetivo. Delimitação justificada dos valores incontroversos 26

EMBARGOS

— À execução. Garantia do juízo incompleta. Efeito 27

— De declaração. Hipóteses. Prazo. Não-conhecimento 28

— De declaração. Intuito protelatório. Multa específica 29

— De terceiro. Sucessão trabalhista. Ilegitimidade *ad causam* 30

FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO

— Ônus da prova. Intervalo para repouso e alimentação 31

FGTS

— Multa de 40%. Pretendida aplicação dos índices expurgados. Competência da justiça do trabalho 32

GUIA DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS

— (DARF). Ausência de indicação do nome das partes e do número do processo 33

HABILITAÇÃO

— Falecimento do trabalhador. Inexistência de inventário. Dependentes. Previdência social. Prevalência 34

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO 35

HONORÁRIOS DE PERITO

— Fase de execução. Aplicação do Enunciado n. 236 do c. TST 36
— Liquidação de sentença. Responsabilidade 37
— Sucumbência recíproca. Não ocorrência 36

HORAS EXTRAS

— Diferenças. Prova do pagamento 38
— Folhas de presença. Invalidação 39

INÉPCIA DA INICIAL

— Acolhida na origem. Rejeição pela instância revisora. Prosseguimento do julgamento. Possibilidade 40

IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO 41

ISENÇÃO DE CUSTAS

— Oportunidade do pedido 42

IUS POSTULANDI

— Aplicação 04

JULGAMENTO

— *Ultra petita.* Inocorrência 43

JUSTIÇA

— Do trabalho. Execução de contribuições previdenciárias sobre salários e em decorrência de vínculo empregatício reconhecido em acordo pelas partes. Competência. Negativa 44
— Gratuita. Empregador 45
— Gratuita. Isenção de custas processuais. Declaração de pobreza 46
— Gratuita. Pessoa jurídica 47

LEGITIMIDADE

— Para propor a ação rescisória 04

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

— Condenação solidária do patrono da parte. Impossibilidade 37

MANDADO DE SEGURANÇA

— Ato que decreta a revelia. Ausência de notificação. Necessidade de dilação probatória. Ausência de liquidez e certeza 48

— Indeferimento de assistência judiciária em sentença de mérito. Condenação em custas 49

— Legitimidade ativa 50

MEIO DE PROVA

— Valoração 51

MULTA

— De 40% sobre expurgos inflacionários. Competência da justiça do trabalho. Legitimidade *ad causam* do empregador. Justiça gratuita e assistência judiciária. Prescrição 52

NULIDADE

— Prestação jurisdicional deficiente. Não ocorrência 53

PRECLUSÃO

— Apreciação no *ad quem* 54

PRESCRIÇÃO

— Declaração de ofício. Impossibilidade 55

PROCURAÇÃO

— Vigência 56

PROVA

— Notoriedade de fato relevante 57

— Pericial. Não realização por falta de depósito prévio. Efeito 58

RECESSO

— Feriados. Art. 178 do CPC 59

RECURSO ORDINÁRIO

— Deserção. Pedido de justiça gratuita formulado na peça de agravo de instrumento. Falta de requerimento anterior. Não provimento 60

— Não conhecimento. Confronto com Súmula do TST e jurisprudência dominante do respectivo Tribunal Regional. Incidência do art. 557, do CPC 61

REMESSA OFICIAL

— Não conhecimento 62

REPRESENTAÇÃO DE EMPREGADO

— Prevista no § 2º do art. 843 da CLT. Prosseguimento da audiência. Caracterização 63

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

— Julgamento *ultra* ou *extra petita*. Inocorrência 64

REVELIA

— Notificação postal 65

SERVIDOR PÚBLICO

— Jornada Especial de Trabalho. Instituição 55

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

— Sindicato profissional. Art. 8º da CF/88 66

TUTELA ANTECIPADA

— Indenização prevista em convenção coletiva. Invalidez permanente 67

VALOR DA CAUSA

— Alteração em sentença 68

VÍNCULO EMPREGATÍCIO

— Sociedade de fato. Prova 69

— Tomador dos serviços de empreitada: dono da obra. Não caracterização 16

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

DIREITO RURAL

01 — COLHEITA DE LARANJA. PRODUTOR RURAL. ATIVIDADE-FIM. INTERMEDIAÇÃO POR COOPERATIVA. VÍNCULO RECONHECIDO

Uma vez comprovada a pessoalidade na prestação de serviços, o percebimento de salário ainda que por unidade de produção (caixa colhida), a função relacionada com a atividade-fim do tomador dos serviços (não eventual) e a subordinação, decorrente da obrigação de cumprimento de horário de trabalho ou de horário de apresentação num determinado ponto da cidade de origem, o vínculo empregatício deve ser reconhecido diretamente com o tomador dos serviços, ainda que constatada a intermediação por Cooperativa de Trabalho Rural (Enunciado n. 331 do C. TST). SEGURO-DE-SEMPREGO. INDENIZAÇÃO. Conversão. Obstáculos. A habilitação ao seguro-desemprego pode ser feita mediante a simples "apresentação da sentença judicial transitada em julgado, acórdão ou certidão judicial, onde conste os dados do trabalhador, da empresa e se o motivo da demissão foi sem justa causa" (art. 4º, inciso IV, da Resolução CODEFAT n. 252/00), de modo que a conversão em indenização somente pode ser determinada na execução do julgado e quando comprovada a impossibilidade real de percebimento do benefício, por culpa patronal, e mediante a exibição de comprovante escrito fornecido pela Caixa Econômica Federal. Nesse particular, a Orientação Jurisprudencial n. 211 da SDI-I do C. TST está superada pela alteração das normas que regem o benefício em questão. TRT/SP 15ª Região 9.430/03 — Ac. 2ªT 26.027/03-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 5.9.03, pág. 17.

02 — EMPREGADO RURAL. PRESCRIÇÃO. EC N. 28

Por força do princípio da irretroatividade das leis (CF art. 5º, inciso XXXVI), o novo prazo de cinco anos, deve ser contado da data da promulgação da EC n. 28, sendo eficaz somente a partir de 29.5.05. TRT/SPª Região 23.880/02 — Ac. 5ªT 23.864/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 15.8.03, pág. 103.

03 — HORAS EXTRAS. RURÍCOLA. INTERVALO INTRAJORNADA. INAPLICABILIDADE DO ART. 71, DA CLT

Diante do disposto no art. 7º, *b* da CLT, não se aplicam aos trabalhadores rurais as regras atinentes ao interregno intrajornada fixadas no art. 71 da CLT, devendo, na hipótese, se observar os usos e costumes da região. Inteligência do art. 5º da Lei n. 5.889/73. TRT/SP 15ª Região 9.148/03 — Ac. 4ªT 27.186/03-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 12.9.03, pág. 32.

04 — MULTA. DO § 8º DO ART. 477 DA CLT. TRABALHADOR RURAL. APLICAÇÃO

Aplicável ao trabalho rural a cominação do § 8º do art. 477 da CLT, por não haver qualquer incompatibilidade que justifique a incidência da ressalva prevista na parte final do art. 1º da Lei n. 5.889/73. TRT/SP 15ª Região 17.461/03 — Ac. 1ªT 21.664/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 1º.8.03, pág. 4.

05 — RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. RURAL

Configura-se a responsabilidade solidária do grupo econômico ou financeiro rural independentemente da organiza-

ção hierárquica entre as empresas, caracterizada pela direção, controle ou administração de uma delas, em face dos expressos termos preconizados no § 2º do art. 3º da Lei n. 5.889/73. TRT/SP 15ª Região 7.448/03 — Ac. 1ªT 26.636/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 12.9.03, pág. 19.

06 — RURAL. CONTRATO DE SAFRA. PRESCRIÇÃO

O contrato de safra previsto no art. 14, da Lei n. 5.889/73, é uma modalidade de contrato a prazo. A sucessão de vários contratos de safra não leva à conclusão de existência de contrato único. A prescrição deve ser aferida com relação a cada contrato. AVISO PRÉVIO. Conquanto não haja uma data precisa para o término do contrato, há previsibilidade, o que elimina o elemento "surpresa". Indevido o aviso prévio. MULTA DO ART. 477. O contrato de safra não está excluído da multa do art. 477, 8º, da CLT. Interpretação no sentido de que esta só é aplicável em se tratando de contrato por tempo indeterminado (face à redação do *caput* do artigo), conduz à conclusão de que não há prazo para o acerto das verbas rescisórias em se tratando de contrato por prazo determinado, o que é, no mínimo, incoerente com os princípios do Direito do Trabalho. O *caput* desse artigo, ao mencionar "contrato por tempo indeterminado" está se referindo à indenização de antigüidade, hoje, extinta, uma vez que a filiação ao sistema do FGTS é automática para todos os trabalhadores. O § 2º, trata de matéria diversa, do "instrumento de rescisão ou recibo de quitação", e o faz em relação a qualquer causa ou forma de dissolução do contrato; o § 6º, letra a, ao estipular prazo de pagamento, alude a "término do contrato"; não faz qualquer distinção. Apesar de serem "parágrafos" do artigo em comento, nunca se cogitou da sua não aplicabilidade em se tratando de contrato por prazo determinado. Dois são os requisitos para a aplicação da multa: a incontrovérsia das verbas e a extrapolação do prazo de pagamento; por isso, quando se discute na Justiça a existência de vínculo empregatício, a penalidade é indevida, qualquer que seja o tipo de contrato. TRT/SP 15ª Região 25.779/02 — Ac. 6ªT 24.774/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 22.8.03, pág. 76.

07 — RURÍCOLA. PRESCRIÇÃO. AÇÃO AJUIZADA APÓS A PUBLICAÇÃO DA EC N. 28, PERSEGUINDO DIREITOS DEVIDOS, ANTERIORES E POSTERIORES 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. Por outro lado, aqueles direitos devidos, ao mesmo trabalhador, após a publicação da EC n. 28 deverão seguir o novo regramento prescricional. TRT/SP 15ª Região 185/03 — Ac. 6ªT 24.781/03-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 22.8.03, pág. 76.

08 — SISTEMA DE CONSÓRCIO. DE EMPREGADORES RURAIS OU REGIME DE CONDOMÍNIO (PLURALIDADE) DE EMPREGADORES RURAIS. LEIS NS. 5.889/73 E 10.256/01 E PORTARIA GM/MTE N. 1.964/99. INOVATÓRIA MODALIDADE DE AGRUPAMENTO DE EMPREGADORES

O sistema de consórcio de empregadores rurais, nova forma de contratação na qual há a reunião de produtores rurais, pessoas físicas, com a finalidade precípua de contratar empregados rurais, obedecendo critérios que se enquadrem na legalidade, foi criado no setor da citricultura primordialmente para pôr fim

à enorme turbulência ocasionada pela modificação nos contratos de compra e venda de laranja, que, até 1994, eram firmados diretamente com a indústria de suco, que se incumbia da colheita. Neste novo sistema, um grupo de produtores pessoas físicas se reúne para viabilizar a contratação de trabalhadores para apanhar suas laranjas e todos restam solidários nas obrigações trabalhistas e previdenciárias. O empregador é, portanto, o grupo de consorciados; os produtores rurais chamados no pólo passivo são condôminos e respondem nesta condição. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA OU SOLIDÁRIA. EMPRESA DE CONTABILIDADE DE SISTEMA DE CONSÓRCIO OU CONDOMÍNIO DE EMPREGADORES RURAIS. ILEGITIMIDADE DE PARTE. LEIS NS. 5.889/73 E 10.256/01 E PORTARIA GM/MTE N. 1.964/99. Não há qualquer responsabilidade trabalhista por parte de empresa contratada por consórcio de empregadores rurais (constituído por pequenos produtores, pessoas humildes, sem experiência e conhecimento específicos para atuarem na formalização, manutenção e extinção de contratos de trabalho, tarefas que exigem considerável conhecimento jurídico, administrativo e contábil) para elaboração de folhas de pagamento, formalização dos contratos de trabalho e das resilições contratuais (área de recursos humanos). Nesse sentido, indubitável que os parcos contatos mantidos entre a prestadora de serviços de contabilidade e a reclamante decorreram exclusivamente do cumprimento das contratações civis firmadas entre esta empresa e os reais empregadores (o condomínio de empregadores rurais), não havendo que se imputar qualquer responsabilidade trabalhista àquela. A empresa restringe suas operações a trabalhos técnicos para terceiros, não pratica intermediação de mão-de-obra e sua atuação está plenamente de acordo com o sistema de condomínio estabelecido pela Portaria GM/MTE n. 1.964/99 e Lei n. 10.256/02. Acolhe-se, portanto, a preliminar de ilegitimidade de parte, para excluir a empresa de contabilidade do pólo passivo da presente demanda e extinguir o processo, com relação a esta, sem julgamento de mérito, com supedâneo no art. 267, VI, do CPC. ENQUADRAMENTO SINDICAL POR LAVOURA DIFERENCIADA: NORMA COLETIVA DO SETOR DA CITRICULTURA. APLICAÇÃO DE INSTRUMENTO ESPECÍFICO. INAPLICABILIDADE DE INSTRUMENTO GENÉRICO, RELATIVO À "LAVOURA BRANCA" (ARROZ, FEIJÃO, ALGODÃO, BATATA, SOJA, CAFÉ, MANDIOCA, MILHO, AMENDOIM ETC). Considerando-se que a colheita de laranjas demanda normas coletivas específicas para a categoria, já que o esquema de trabalho, de vida e de pagamento é diferente, não se aplicam ao setor de citricultura as normas genéricas, elaboradas para os demais setores, denominados genericamente de "lavoura branca". Há muito tempo a colheita da laranja se caracteriza em atividade diferenciada pela similitude de vida entre seus integrantes e pela existência de um estatuto ou norma prevendo situação especiel: o colhedor de laranjas ganha por produção, de acordo com o número de caixas de laranjas que colhe e praticamente se especializa neste serviço. Trata-se de categoria diferenciada no meio rural, fato público e notório, eis que constituem a base da agricultura do Estado de São Paulo. Exatamente em função disso, há muitos anos os Sindicatos de Classe vêm negociando à parte os direitos dos trabalhadores colhedores de laranjas (o mesmo acontecendo com os trabalhadores do setor canavieiro), o que é feito tanto a nível municipal quanto estadual. Em assim sendo, no biênio em que ausente acordo coletivo específico para a laranja, estão corretos os empregadores que continuaram a aplicar aos citrícolas o instrumento diferenciado do biênio anterior — e não aquele, atualizado mas genérico, relativo à "lavoura branca". PROVA EMPRESTADA. JORNADA DE TRABALHO. INESPECIFICIDADE QUANTO AO RECLAMANTE. IMPRESTABILIDADE. A prova emprestada, quando informa os horários de trabalho de reclamante de outros autos, não pode ser considerada para aferir a jornada de obreiro de processo diverso, cujo nome não tenha sido

citado especificamente. No caso destes autos, o testigo da prova emprestada abordou o horário de trabalho de sua turma, mas sequer mencionou que a ora recorrida almoçasse ou fizesse "paradas" juntamente com seu grupo. Não bastasse, a testemunha de referida prova emprestada foi contraditada porque move ação trabalhista contra os mesmos reclamados, com o mesmo objeto, o que torna seu testemunho frágil, não-isento. Tem-se, pois, que horas extras não restaram provadas, não cabendo qualquer adicional. HORAS EXTRAS. TRABALHO POR PRODUÇÃO. MEIO RURAL. NÃO CABIMENTO. Incontroverso o labor por produção, na colheita de laranja, consideram-se já devidamente adimplidas eventuais horas extras prestadas, posto que nesta modalidade de remuneração considera-se o produto da atividade do empregado e não o tempo em que este permanece à disposição do empregador. Por outro lado, de se considerar que as turmas que atuam na colheita de laranja são compostas, geralmente, por 45 pessoas, o que inviabiliza o controle das paradas, que ficam a critério de cada trabalhador. Esse tipo de serviço exige diversas paralisações durante o dia pois, sendo cansativo, torna-se absolutamente impossível usufruir de apenas um intervalo de 15 ou 20 minutos de intervalo, fazendo-se necessários vários intervalos de 15 ou 20 minutos, durante o dia, ultrapassando até as 02 horas no cômputo geral. Em outras palavras, no regime por produção torna-se impossível determinar a jornada de trabalho, pois esta é fixada pelos próprios empregados, dependendo da disposição física que apresentam para o trabalho de cada dia da semana. Assim, a corrente jurisprudencial que entende devidos os adicionais das horas extras, incide, *data maxima venia*, em grave erro, eis que desconsidera a impossibilidade de marcação exata da jornada de trabalho em cada dia da semana. Ou seja: sabe-se apenas o horário de início e término dos trabalhos, mas não quantas foram as paradas ou quanto tempo durou cada uma delas, já que são muitos os trabalhadores e cada um deles é livre para parar a hora que quiser, sem nenhuma fiscalização, eis que percebe por produção. Além disso, o salário produção deve ser visto como um incentivo ao trabalhador. Costumeiramente, observa-se que o trabalhador que recebe por produção aufere salário-hora superior ao daquele que trabalha por um salário fixo, mensal ou diário. Por conseguinte, é interesse do empregado exceder a jornada (ou reduzir os intervalos) nos dias em que tiver disposição para tanto, já que, com isso, produzirá mais e conseqüentemente ganhará mais, restando remunerado o excesso. Penalizar o empregador que paga por produção, no acréscimo por hora extra, implica em desestímulo a esta forma de contraprestação salarial que, como já se disse, é mais benéfica ao trabalhador. Por tais fundamentos, ficam excluídos da condenação o adicional de horas extras e os reflexos deferidos pela r. sentença de origem. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PATROCÍNIO PARTICULAR. NÃO CABIMENTO. Os honorários advocatícios, nesta Justiça Especializada, são devidos à entidade sindical que presta assistência, hipótese que não se enfeixa aos autos, uma vez que a reclamante optou pelo patrocínio particular. Verba excluída da condenação. TRT/SP 15ª Região 15.585/03 — Ac. 6ªT 28.564/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 19.9.03, pág. 87.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

DIREITO RURAL

Referência
Ementa

AVISO PRÉVIO 06

COLHEITA DE LARANJA

— Produtor rural. Atividade-fim. Intermediação por cooperativa. Vínculo reconhecido 01

EMPREGADO RURAL

— Prescrição. EC n. 28 02

ENQUADRAMENTO SINDICAL POR LAVOURA DIFERENCIADA

— Norma coletiva do setor da citricultura. Aplicação de instrumento específico. Inaplicabilidade de instrumento genérico, relativo à "lavoura branca" (arroz, feijão, algodão, batata, soja, café, mandioca, milho, amendoim etc). 08

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

— Patrocínio particular. Não cabimento 08

HORAS EXTRAS

— Rurícola. Intervalo intrajornada. Inaplicebilidade do art. 71, da CLT 03
— Trabalho por produção. Meio rural. Não cabimento. 08

MULTA

— Do art. 477 06
— Do § 8º do art. 477 da CLT. Trabalhador rural. Aplicação 04

PROVA EMPRESTADA

— Jornada de trabalho. Inespecificidade quanto ao reclamante. Imprestabilidade 08

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

— Grupo econômico. Rural 05

RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA OU SOLIDÁRIA

— Empresa de contabilidade de sistema de consórcio ou condomínio de empregadores rurais. Ilegitimidade de parte. Leis ns. 5.889/73 e 10.256/01 e Portaria GM/MTE n. 1.964/99. 08

RURAL

— Contrato de safra. Prescrição 06

RURÍCOLA

— Prescrição. Ação ajuizada após a publicação da EC n. 28, perseguindo direitos devidos, anteriores e posteriores à aludida publicação. Direito adquirido 07

SEGURO-DESEMPREGO

— Indenização 01

SISTEMA DE CONSÓRCIO

— De empregadores rurais ou regime de condomínio (pluralidade) de empregadores rurais. Leis ns. 5.889/73 e 10.256/01 e Portaria GM/MTE n. 1.964/99. Inovatória modalidade de agrupamento de empregadores 08

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

EXECUÇÃO

01 — AÇÃO ANULATÓRIA. ARREMATAÇÃO. COMPETÊNCIA

A competência para conhecer e julgar originariamente ação anulatória de arrematação é do juízo de primeiro grau, que homologou o ato. A ação anulatória é acessória de principal. Inteligência dos arts. 651, IV, da CLT e 108 e 486, do CPC. Incompetência absoluta deste E. Tribunal e remessa dos autos ao MM. Juízo competente. TRT/SP 15ª Região 1.025/02-AA — Ac. SDI1 584/03-PDI1. Rel. Fany Fajerstein. DOE 5.9.03, pág. 4.

02 — AÇÃO ANULATÓRIA. DE ARREMATAÇÃO

Quando não comprovada a fraude ou a responsabilidade patrimonial do terceiro adquirente do bem arrematado pelo exeqüente e encontrando-se demonstrada a posse daquele anteriormente à propositura da reclamação trabalhista, anula-se a arrematação, mesmo que a escritura pública de venda e compra não tenha sido registrada. TRT/SP 15ª Região 8.144/03 — Ac. 1ªT 26.665/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 12.9.03, pág. 20.

03 — ACORDO JUDICIAL. CLÁUSULA PENAL

Se a obrigação foi cumprida em parte, havendo mero inadimplemento parcial, revela-se injusta a cobrança da multa sobre o total, ainda mais quando a cláusula penal, no caso, excede o valor do principal remanescente. O cumprimento parcial autoriza a aplicação da faculdade atribuída ao juiz de reduzir a multa, proporcionalmente, em caso de mora ou inadimplemento parciais. Legítimo portanto limitar a incidência da multa ao valor remanescente. Aplicação dos arts. 412 e 413 do CC. TRT/SP 15ª Região 13.817/03 — Ac. 5ª T 24.131/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 22.8.03, pág. 72.

04 — ACORDO. FASE DE EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Tratando-se de acordo celebrado na fase de execução da sentença, é imperativo reconhecer-se que já estavam delimitadas nos autos as verbas a que o reclamante fazia jus, e, por corolário lógico, já era conhecida a natureza dessas parcelas — se de índole salarial ou indenizatória. Nessa hipótese, os títulos acordados devem guardar estreita relação com aqueles deferidos pelo Juízo, sob pena de afronta à coisa julgada e propiciamento da evasão de receita previdenciária, em prejuízo ao erário público. TRT/SP 15ª Região 10.145/03 — Ac. 3ªT 19.317/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 4.7.03, pág. 18.

05 — AGRAVO DE PETIÇÃO. ADJUDICAÇÃO. PRAZO PARA REQUERÊ-LA. PREFERÊNCIA DO CREDOR

A CLT não prevê a existência de prazo para o exeqüente requerer a adjudicação. Apenas assegura no § 1º do art. 888, a absoluta preferência para a mesma, expressão que abarca a faculdade de adquirir o bem. O referido artigo consolidado, ao estatuir o direito de preferência do exeqüente para a adjudicação, afastou, obviamente, a regra do art. 714 do CPC e a do art. 24 da Lei n. 6.830/80, ou seja, deixou-as de lado porque, na primeira, a adjudicação só seria possível se não houvesse lançador e, na se-

gunda, porque esse direito de preferência é posterior à praça e, não antes dela. Parece razoável e compatível com o processo do trabalho admitir-se que a adjudicação possa vir a ser requerida pelo exeqüente no prazo de 24 horas após a praça, pois é o mesmo da assinatura do auto de eventual arrematação ou de pedido de remição do bem, mormente considerando que o próprio empregado pode estar em juízo, não tem a obrigação de comparecer à praça e deve ter um mínimo de tempo para saber o que ocorreu. TRT/SP 15ª Região 17.119/03 — Ac. 2ªT 23.377/03-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 15.8.03, pág. 87.

06 — AGRAVO DE PETIÇÃO. COISA JULGADA

Tendo o acórdão de fls. determinado que as horas extras fossem computadas no cálculo da complementação de aposentadoria e, considerando que os cálculos homologados englobaram referida verba, não se pode acatar a pretensão da parte em querer discutir matéria protegida pelo manto da coisa julgada. MULTA PREVISTA PELO ART. 600, INCISO II DO CPC. NÃO-APLICABILIDADE. Ao interpor apelo, o agravante exerceu seu direito de ação, constitucionalmente assegurado, não se entrevendo qualquer atitude temerária ou procrastinatória que desse ensejo à penalidade aplicada. TRT/SP 15ª Região 10.074/03 — Ac. 6ªT 22.158/03-PATR. Rel. Desig. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 1º.8.03, pág. 23.

07 — AGRAVO DE PETIÇÃO. DELIMITAÇÃO DE VALORES. APLICAÇÃO DO ART. 897, § 1º DA CLT. CONHECIMENTO

O agravo de petição somente pode ser conhecido se a parte, de forma objetiva, apontar os valores impugnados numericamente, o que na hipótese não ocorreu. Isto porque, o objetivo legal é o de possibiliter a satisfação do direito do credor no menor espaço de tempo, restringindo a demora desta satisfação apenas aos valores que se prendam a uma controvérsia validamente instaurada, ou seja, eliminando a possibilidade de se retardar a execução com meros argumentos lacunosos. TRT/SP 15ª Região 13.854/03 — Ac. 6ªT 25.703/03-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 29.8.03, pág. 43.

08 — AGRAVO DE PETIÇÃO. DEPÓSITO BANCÁRIO JUDICIAL. DIFERENÇA ENTRE OS JUROS TRABALHISTAS E OS PRATICADOS PELO SISTEMA BANCÁRIO. RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR. CONTINUIDADE

A Lei n. 8.177/91, estabelece que os juros moratórios trabalhistas são contados na base de 1% ao mês. Ora, se os depósitos bancários judiciais, em si mesmos, só computam 0,5% ao mês, claro está que remenesce diferença ao credor trabalhista. Por outro lado, não cabe a invocação do art. 9º, § 4º, da Lei n. 6.830/80, primeiro porque não se trata de norma trabalhista específica, mas a lei de execução fiscal, subsidiariamente invocável. Em segundo lugar, a Lei n. 8.177/91 é posterior a Lei n. 6.830/80, daí se aplicando a regra do art. 2º, § 1º, da LICC. O depósito do valor executado, se feito em a garantia do Juízo para o oferecimento de embargos à execução não tem efeito liberatório da obrigação trabalhista porque não ficou à disposição do credor. E, além disso, o regime de juros é diferente. TRT/SP 15ª Região 19.239/03 — Ac. 3ªT 25.603/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 29.8.03, pág. 31.

09 — AGRAVO DE PETIÇÃO. NÃO DELIMITAÇÃO DOS VALORES IMPUGNADOS. NÃO CONHECIMENTO

Não se conheço do agravo de petição interposto quando não houver delimitação dos valores objeto da impugna-

ção. A inobservância desse pressuposto específico de admissibilidade do apelo obsta a continuidade da execução na parte incontroversa. Incidência do art. 897, § 1º da CLT. TRT/SP 15ª Região 8.132/03 — Ac. 6ªT 27.490/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 12.9.03, pág. 40.

10 — ARREMATAÇÃO. PELO EXEQÜENTE. VIABILIDADE. PREÇO VIL

A lei adjetiva admite a arrematação pelo credor (art. 690), não havendo óbice à sua aplicação subsidiária no processo do trabalho, e não define o que se deva entender por "preço vil"; deixou a critério do juízo. Se a arrematação cobre parte considerável do crédito e tem valor razoável em relação à avaliação, não há que se cogitar de preço vil. Entende-se como "valor dos bens", mencionado no art. 690, § 2º, do CPC, o da arrematação e não o da avaliação. TRT/SP 15ª Região 9.177/03 — Ac. 6ªT 29.431/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 26.9.03, pág. 32.

11 — ARREMATAÇÃO. PREÇO VIL. NULIDADE

Não configura nulidade de arrematação por preço vil se o bem penhorado teve o seu valor alterado ao longo do tempo e, ainda assim, foi arrematado por valor equivalente a 40% da avaliação. TRT/SP 15ª Região 4.603/03 — Ac. 6ªT 21.452/03-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 25.7.03, pág. 26.

12 — ARREMATAÇÃO. PREÇO VIL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA

Não configura nulidade da arrematação por preço vil se o bem penhorado foi arrematado por valor superior a 40% da avaliação. TRT/SP 15ª Região 16.066/03 — Ac. 5ªT 21.247/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 25.7.03, pág. 20.

13 — BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE

Prédio residencial do tipo econômico não pode ser penhorado, nos termos da Lei n. 8.009/90. Conquanto o trabalhador deva receber os haveres que lhe são devidos, a família do devedor deve ter sua dignidade preservada pela manutenção do único imóvel, humilde, que dispõe como moradia. TRT/SP 15ª Região 20.062/03 — Ac. 2ªT 25.992/03-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 5.9.03, pág. 16.

14 — CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NÃO DISCRIMINAÇÃO. INCIDÊNCIA

A contribuição previdenciária deve incidir mesmo quando celebrado acordo sem o reconhecimento do vínculo empregatício, por força do que dispõe o art. 195, inciso I, letras *a* e *c* da CF. Ademais, cabível a sua incidência sobre o valor total acordado, quando nos termos do pacto não restarem discriminadas as verbas deferidas, na conformidade do que dispõem os arts. 832, § 3º da CLT e 43 da Lei n. 8.212/91. TRT/SP 15ª Região 624/03 — Ac. 3ªT 26.411/03-PATR. Rel. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 5.9.03, pág. 22.

15 — CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EM ACORDO COM VALOR DIVERSO DA SENTENÇA DE LIQUIDAÇÃO

Sendo lícita a conciliação no processo de execução (art. 764, § 3º da CLT), a partir da homologação da avença, perdem a força executória as sentenças de acertamento do direito material e de liquidação. O fato gerador da contribuição é o pagamento do salário (art. 195, I, a e II da CF). Parte salarial renunciada via autocomposição (13 DSR) e, portanto,

não paga, não enseja a contribuição incidente, pois o crédito do INSS nasce com o pagamento, e a condenação da verba foi substituída pelo acordo homologado pelo Juiz da execução. TRT/SP 15ª Região 9.415/03 — Ac. 4ªT 23.673/03-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 15.8.03, pág. 97.

16 — CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA

A alteração perpetrada pela EC n. 20/98, regulamentada pela Lei n. 10.035/00 não conferiu ao INSS poder para discutir ou questionar a distribuição das parcelas feitas pelas partes no contexto do acordo. Feita a discriminação dos títulos, não cabe ao INSS discutir essa atribuição, pois é apenas terceiro interessado e não participou da relação jurídica, sendo certo que a conciliação é prerrogativa exclusiva das partes envolvidas no conflito. Mesmo porque ainda não existia sentença nos autos e frente a controvérsia existente, as teses, tanto do autor como do réu, encontravam-se no plano de mera expectativa de direito, caracterizando a *res litigiosa* ou a *res dubia*, necessária para ser objeto de transação. TRT/SP 15ª Região 7.723/03 — Ac. 3ªT 27.690/03-PATR. Rel. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 19.9.03, pág. 72.

17 — CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECORRENTES DE SENTENÇA DECLARATÓRIA QUE RECONHECEU VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Ausente competência, desta justiça obreira, para executá-las de ofício, porque o fato gerador da contribuição, a saber, o pagamento de valores integrentes do salário de contribuição, não decorreu da ação analisada por esta justiça obreira. Ao contrário, o pagamento dos salários foi realizado em momento pretérito, ocasião em que se deu o fato gerador da contribuição. Tais pagamentos devem ser levantados pela fiscalização do INSS, que apurará, em procedimento fiscal, o valor das contribuições devidas pelo empregador, único responsável pelo recolhimento das mesmas, inclusive das parcelas devidas pelo empregado, nos termos do art. 33, § 5º, da Lei n. 8.212/91. TRT/SP 15ª Região 16.397/03 — Ac. 2ªT 22.632/03-PATR. Rel. Desig. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 8.8.03, pág. 10.

18 — DEPOSITÁRIO. INFIEL. NOMEAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPOSITÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO

Muito embora a penhora em faturamento gozar de legalidade (Orientação Jurisprudencial do TST — SBDI n. 93), é indispensável para a validade do ato de nomeação do encargo de depositário, a aceitação do nomeado, sob pena de caracterizar-se de ilegal a ordem de prisão pelo Juiz da execução. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n. 90 da SBDI-II do C. TST. TRT/SP 15ª Região 873/03-HC — Ac. SDI1 454/03-PDI1. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 29.8.03, pág. 16.

19 — ECT. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 100 DA CF/88

É fato público e notório que a ECT, além da prestação de serviços atinentes à correspondência e telegrafia, estas decorrentes do monopólio estatal, explora atividades empresariais com fins lucrativos, tais como a venda de carnês de sorteios e a concessão, via sistema de franchising, de autorização para abertura de novas agências exploradas por terceiros. Desta forma, não se lhe aplica o disposto no art. 100, da CF/88, que dispõe sobre os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, eis que a exploração de atividade econômica mesmo pelo Es-

tado está sujeita à aplicação do regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme preconiza o inciso II do art. 173, da CF/88. TRT/SP 15ª Região 19.744/03 — Ac. 6ªT 29.489/03-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 26.9.03, pág. 34.

20 — EXCESSO DE PENHORA. NÃO CARACTERIZAÇÃO

Não há excesso na constrição de bens de valor superior ao da liqüidação, pois qualquer excedente em eventual praça será devolvido ao executado, sendo-lhe assegurado, a qualquer tempo, substituir o bem por dinheiro ou, ainda, remir a dívida antes da hasta pública. TRT/SP 15ª Região 17.273/03 — Ac. 1ªT 23.260/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 15.8.03, pág. 82.

21 — EXECUÇÃO. BENS DO SÓCIO. SOCIEDADE ANÔNIMA

Os bens dos sócios, em sociedades anônimas, não respondem pela dívida, não se aplicando a teoria da despersonificação da pessoa jurídica contra esta espécie de sociedade, salvo nos casos provados de retirada abusiva ou em prejuízo do capital social. TRT/SP 15ª Região 16.061/03 — Ac. 4ªT 29.078/03-PATR. Rel. I. Renato Buratto. DOE 26.9.03, pág. 20.

22 — EXECUÇÃO. COISA JULGADA. LIMITES. INTERPRETAÇÃO

Em sede de liqüidação de sentença, não se pode interpretar o pedido de forma ampliativa, de molde a inserir na execução parcelas não postuladas expressamente no pedido inicial. O pedido é de ser interpretado restritivamente — arts. 128 e 460 do CPC. TRT/SP 15ª Região 15.624/03 — Ac. 1ªT 20.976/03-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 25.7.03, pág. 4.

23 — EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA

Por não se tratar de rendimento, o imposto de renda não incide sobre os juros de mora, inteligência do inciso I, do § 1º do art. 46 da Lei n. 8.541/92. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. CARACTERIZAÇÃO. Configurando-se a conduta processual da agravante em mera tentativa de procrastinar o feito, tal comportamento caracteriza-se como ato atentatório à dignidade da Justiça. TRT/SP 15ª Região 6.592/03 — Ac. 6ªT 27.472/03-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 12.9.03, pág. 40.

24 — EXECUÇÃO. MASSA FALIDA. PENHORA REALIZADA ANTES DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA

A Justiça do Trabalho é competente para prosseguir com as execuções em que a penhora foi realizada anteriormente à quebra, conforme deflui do entendimento esposado na Súmula n. 44 do antigo TFR, não se sujeitando os bens penhorados à arrecadação no MM. Juízo Falimentar. É certo que a própria Lei n. 7.661/45 exclui do Juízo Universal da Falência os credores não sujeitos a rateio, e que já haviam iniciado as respectivas ações em face da falida, antes da declaração da quebra, consoante dispõe o inciso I do § 2º do art. 24 da referida lei. Nessa exceção incluem-se, obviamente, os credores trabalhistas, cujos créditos têm natureza especialíssima, e, portanto, não se submetem ao aludido rateamento. Desse modo, considerando-se que, por ocasião da falência, a execução já estava em curso — e tendo-se em conta que esta já resultara na constrição judicial de bens da falida -, temos que compete a esta Justiça Especializada prosseguir com os atos executórios, até o seu final, com o devido pagamento ao exeqüente, colocando-se à disposição do MM. Juízo Falimentar tão-somente eventual sobra de bens ou

valores. TRT/SP 15ª Região 16.961/03 — Ac. 3ªT 22.019/03-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 1º.8.03, pág. 10.

25 — EXECUÇÃO. MEIO MENOS GRAVOSO. CPC ART. 620

A execução se faz em benefício do credor, e não do devedor, e objetiva tornar efetiva a sanção condenatória. Nesse sentido é que deve ser interpretado o art. 620 do CPC. Isso implica não poder sobrepujar a ordem do art. 655 do CPC, de modo que a opção pelo meio menos gravoso só se justifica entre aqueles igualmenta eficazes. No confronto entre o meio mais eficaz para a execução e o menos gravoso para o devedor, deve prevalecer o primeiro, sucumbindo o segundo. TRT/SP 15ª Região 12.819/03 — Ac. 5ªT 28.731/03-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 26.9.03, pág. 30.

26 — FRAUDE À EXECUÇÃO. PENHORA. BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE

Incumbe ao credor demonstrar que o adquirente tinha ciência que o vendedor, pessoa física, detinha participação societária em pessoa jurídica demandada pelo credor e que estivesse insolvente ou em vias de se tornar, por ocasião da compra. No caso, a execução voltou-se contra o sócio muito tempo após a conclusão do negócio e o sócio inclusive já havia se retirado da sociedade 02 anos antes de firmar a Escritura Pública de Venda e Compra. TRT/SP 15ª Região 19.171/03 — Ac. 5ªT 25.826/03-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 5.9.03, pág. 28.

27 — *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL DE DEPQSITÁRIO QUE RECUSQU O ENCARGO. IMPOSSIBILIDADE

A penhora se aperfeiçoa formalmente somente com o depósito do bem constrito, sendo obrigatório que o respectivo auto contenha todos os elementos expressos no art. 665 do CPC. Um desses elementos, o encargo de fiel depositário, somente se aperfeiçoa com a assinatura do nomeado no Auto de Depósito, não bastando apenas a ciência do mesmo. A nomeação *ex officio* de depositário fiel que se recusou a assinar o referido Auto configura-se arbitrária, revestindo de ilegalidade a ordem de prisão, haja vista ser imprescindível que o mesmo aceite tal encargo. TRT/SP 15ª Região 1.276/03-HC — Ac. SDI1 610/03-PDI1. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 26.9.03, pág. 2.

28 — MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA EM CONTA CORRENTE DE EMPRESA SEM QUE HOUVESSE CONTRA ELA TÍTULO JUDICIAL CONSTITUÍDO

É cabível mandado da segurança contra ato judicial que determinou a penhora em conta corrente da segunda reclamada, sem que houvesse contra ela título executivo judicial pré-constituído. A patente ilegalidade do ato e o prejuízo atual sofrido pela impetrante demandam reparação urgente, que não pode ser obtida por outra via recursal. TRT/SP 15ª Região 250/03-MS — Ac. SDI1 531/03-PDI1. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 5.9.03, pág. 2.

29 — PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. JUSTIÇA GRATUITA

Para que seja reconhecido que o imóvel penhorado constitui "bem de família", é necessário que seja de propriedade do casal, ou da entidade familiar, e que os proprietários nele residam permanentemente (Lei n. 8.009/94, art.1º). Provado, nos autos, que os embargantes tinham residência fixa em outro local que não o do imóvel penhorado, resta descaracterizado o denominado "bem de família". A Justiça Gratuita é espécie do gênero Assistência Judiciária, e pode ser con-

cedida a qualquer pessoa, desde que preenchidos os requisitos legais para a concessão: declaração do próprio punho, ou por procurador com poder especial, de que o requerente não dispõe de recursos para arcar com as despesas processuais, e sempre, sob as penas da lei, face às responsabilidades civil e criminal, que advêm da declaração (Lei n. 7.115/83, art.1º). Faltando um dos requisitos, indefere-se o pedido. TRT/SP 15ª Região 7.934/03 — Ac. 6ªT 19.250/03-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 4.7.03, pág. 30.

30 — PENHORA. EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BEM DE COOPERATIVA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL

Consideram-se inconsistentes as alegações relativas à impenhorabilidade dos bens da cooperativa em virtude da ausência de fins lucrativos: a par de não haver amparo legal para referida proteção, a cooperativa, para fins de contribuição previdenciária, é equiparada à empresa, consoante expressamente determinado pelo parágrafo único do art. 14, da Lei n. 8.212/91. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXECUÇÃO. OPÇÃO DA EXECUTADA PELO REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CONFISSÃO DO DÉBITO. A suspensão baseada na adesão da empresa ao Programa de Recuperação Fiscal — REFIS (que lhe propicia um regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais) não depende apenas da comprovação da opção de que trata o art. 3º, do Decreto n. 3.431/00, mas requer a demonstração de que o débito objeto da presente execução foi incluído mediante confissão por parte do contribuinte para inclusão no Programa, nos termos do parágrafo único de referido artigo, o que não foi feito. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO. IRRELEVÂNCIA. A Lei n. 10.035/00, que regulamenta a execução de ofício perante a Justiça do Trabalho das contribuições previdenciárias oriundas das sentenças nela proferidas, não exige que haja o lançamento para a constituição do crédito tributário, o que torna desnecessária a certidão de dívida ativa. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXECUÇÃO PROMOVIDA EM DECORRÊNCIA DE ACORDO NÃO CUMPRIDO. AUSÊNCIA DE FATO GERADOR. É indevida a imposição de contribuição previdenciária sobre acordo não cumprido, uma vez que este tributo tem como fato gerador o pagamento, hipótese não verificada quanto à primeira avença. Por outro lado, a avença que pôs fim ao litígio (a segunda) compreendia apenas verbas de natureza indenizatória, sobre as quais não há incidência do tributo. Indevida a obrigação, deve-se declarar insubsistente a penhora. TRT/SP 15ª Região 8.724/03 — Ac. 6ªT 25.690/03-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 29.8.03, pág. 47.

ÍNDICE DAS EMENTAS

TRT 15ª REGIÃO

EXECUÇÃO

Referência
Ementa

AÇÃO ANULATÓRIA

— Arrematação. Competência 01
— De arrematação 02

ACORDO

— Judicial. Cláusula penal 03
— Fase de execução. Contribuições previdenciárias 04

AGRAVO DE PETIÇÃO

— Adjudicação. Prazo para requerê-la. Preferência do credor 05
— Coisa julgada 06
— Delimitação de valores. Aplicação do art. 897, § 1º da CLT. Conhecimento 07
— Depósito bancário judicial. Diferença entre os juros trabalhistas e os praticados pelo sistema bancário. Responsabilidade do devedor. Continuidade 08
— Não delimitação dos valores impugnados. Não conhecimento 09

ARREMATAÇÃO

— Pelo exeqüente. Viabilidade. Preço vil 10
— Preço vil. Nulidade 11
— Preço vil. Nulidade. Inexistência 12

ATO ATENTATÓRIO

— À dignidade da Justiça. Caracterização 23

BEM DE FAMÍLIA

— Impenhorabilidade 13

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

— Acordo sem reconhecimento de vínculo empregatício. Não discriminação. Incidência 14
— Em acordo com valor diverso da sentença de liquidação 15
— Incidência 16
— Execução. Ausência de lançamento. Irrelevância 30
— Execução. Opção da executada pelo regime de recuperação fiscal. Suspensão. Necessidade de comprovação da confissão do débito 30
— Execução promovida em decorrência de acordo não cumprido. Ausência de fato gerador. 30

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

— Decorrentes de sentença declaratória que reconheceu vínculo empregatício 17

DEPOSITÁRIO

— Infiel. Nomeação compulsória de depositário. Não caracterização 18

ECT

— Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Execução. Inaplicabilidade do art. 100 da CF/88 19

EXCESSO DE PENHORA

— Não caracterização 20

EXECUÇÃO

— Bens do sócio. Sociedade anônima 21
— Coisa julgada. Limites. Interpretação 22
— Incidência do imposto de renda 23
— Massa falida. Penhora realizada antes da decretação da falência 24
— Meio menos gravoso. CPC art. 620 25

FRAUDE À EXECUÇÃO

— Penhora. Boa-fé do terceiro adquirente 26

HABEAS CORPUS

— Prisão civil de depositário que recusou o encargo. Impossibilidade 27

MANDADO DE SEGURANÇA

— Penhora em conta corrente de empresa sem que houvesse contra ela título judicial constituído 28

MULTA

— Prevista pelo art. 600, inciso II do CPC. Não-aplicabilidade. 06

PENHORA

— Bem de família. Justiça gratuita 29

— Execução de contribuição previdenciária. Bem de cooperativa. Alegação de impenhorabilidade. Ausência de fundamento legal 30