



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região



REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO

*DIREÇÃO E COORDENAÇÃO
DA ESCOLA DA MAGISTRATURA*

Edição Comemorativa

2006 - Nº 29



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

REVISTA DO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO
DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO

*DIREÇÃO E COORDENAÇÃO
DA ESCOLA DA MAGISTRATURA*

REPOSITÓRIO OFICIAL DE JURISPRUDÊNCIA

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.
Direção e Coordenação da Escola da Magistratura – nº 29
JUL/DEZ 2006 Campinas – São Paulo

1. Direito do Trabalho – 2. Direito Processual do Trabalho – 3.
Direito Internacional – 4. Jurisprudência: Íntegras de Acórdãos e
Setenças. Ementários (TRT da 15ª Região).

O conteúdo e a revisão dos textos são
de responsabilidade do autor.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 - 14º andar - Campinas/SP - 13015-927

Fone: (19) 3031-4183 - Fax (19) 3236-0585 - e-mail: ematra@trt15.gov.br

Juiz EDUARDO BENEDITO DE OLIVEIRA ZANELLA - Diretor
Juiz FLAVIO ALLEGRETTI DE CAMPOS COOPER - Coordenador

CONSELHO EDITORIAL

Juíza TEREZA APARECIDA AASTA GEMIGNANI - Presidente
Juiz FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI
Juiz JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA

CONSELHO TÉCNICO - SUBCOMISSÕES

JURISPRUDÊNCIA

Juíza MARIANE KHAYAT – Presidente

Juiz SAMUEL HUGO LIMA

Juiz FLÁVIO LANDI

DOCTRINA INTERNACIONAL

Juíza ANA MARIA DE VASCONCELLOS – Presidente

Juiz GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Juíza LAURA BITTENCOURT FERREIRA RODRIGUES

TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO

Juiz HENRIQUE DAMIANO – Presidente

Juíza ELIANE DE CARVALHO COSTA RIBEIRO

Juíza MARIA DA GRAÇA BONANÇA BARBOSA

ESTUDO MULTIDISCIPLINAR-TEMÁTICO

Juiz FERNANDO DA SILVA BORGES - Presidente

Juiz ANDRÉ AUGUSTO ULPIANO RIZZARDO

Juiz LEO MINORU OZAWA

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 - Campinas/SP - CEP 13015-927- PABX: (19) 3236-2100

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

PRESIDENTE

Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho

VICE-PRESIDENTE

Juiz Antônio Miguel Pereira

CORREGEDOR-REGIONAL

Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva

VICE-CORREGEDOR REGIONAL

Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri

Juízes

José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Eurico Cruz Neto

Ernesto da Luz Pinto Dória

Irene Araíum Luz

Fany Fajerstein

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

Olga Aida Joaquim Gomieri

Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

I. Renato Buratto

Henrique Damiano

Flavio Allegretti de Campos Cooper

Luiz Antonio Lazarim

José Pitas

Nildemar da Silva Ramos

Luiz Roberto Nunes

Lorival Ferreira dos Santos

José Antônio Pancotti

Manuel Soares Ferreira Carradita

Fernando da Silva Borges

Vera Teresa Martins Crespo

Paulo de Tarso Salomão

Flávio Nunes Campos

Elency Pereira Neves

Gerson Lacerda Pistori

Mariane Khayat

Ana Maria de Vasconcellos

Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes

Edmundo Fraga Lopes

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla

1ª TURMA

1ª Câmara

Juiz Luiz Roberto Nunes (Presidente da Turma e da 1ª Câmara)
Juiz Luiz Antonio Lazarim
Juíza Tereza Aparecida Asta Gemignani

2ª Câmara

Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella (Presidente da 2ª Câmara)
Juiz Antônio Miguel Pereira
Juíza Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

2ª TURMA

3ª Câmara

Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza (Presidente da 3ª Câmara)
Juiz Edmundo Fraga Lopes
Juíza Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla

4ª Câmara

Juíza Mariane Khayat (Presidente da Turma e da 4ª Câmara)
Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
Juiz Paulo de Tarso Salomão

3ª TURMA

5ª Câmara

Juiz Lorival Ferreira dos Santos (Presidente da Turma e da 5ª Câmara)
Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória
Juíza Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes

6ª Câmara

Juiz Henrique Damiano (Presidente da 6ª Câmara)
Juiz Luiz Carlos de Araújo
Juíza Ana Maria de Vasconcellos

4ª TURMA

7ª Câmara

Juiz I. Renato Buratto (Presidente da 7ª Câmara)
Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho
Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita

8ª Câmara

Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper (Presidente da Turma e da 8ª Câmara)
Juíza Irene Araújo Luz
Juíza Vera Teresa Martins Crespo

5ª TURMA

9ª Câmara

Juiz Nildemar da Silva Ramos (Presidente da 9ª Câmara)
Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros
Juiz Gerson Lacerda Pistori

10ª Câmara

Juíza José Antônio Pancotti (Presidente da Turma e da 10ª Câmara)
Juiz Fernando da Silva Borges
Juíza Elency Pereira Neves

6ª TURMA

11ª Câmara

Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite (Presidente da Turma e da 11ª Câmara)
Juíza Fany Fajerstein
Juiz Flavio Nunes Campos

12ª Câmara

Juiz Eurico Cruz Neto (Presidente da 12ª Câmara)
Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri
Juiz José Pitas

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho (Presidente)
Juiz Antônio Miguel Pereira (Substituto)
Juiz Henrique Damiano
Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper
Juiz Nildemar da Silva Ramos
Juiz Lorival Ferreira dos Santos
Juiz José Antônio Pancotti
Juiz Fernando da Silva Borges
Juiz Paulo de Tarso Salomão
Juiz Flávio Nunes Campos
Juíza Elency Pereira Neves
Juiz Gerson Lacerda Pistori

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva (Presidente)
Juiz Luiz Carlos de Araújo
Juiz I. Renato Buratto
Juiz Luiz Antonio Lazarim
Juiz Luiz Roberto Nunes
Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita
Juíza Mariane Khayat
Juíza Ana Maria de Vasconcellos
Juíza Helena Rosa Mônica da Silva Lins Coelho
Juíza Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes
Juíza Tereza Aparecida Asta Gemignani
Juíza Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri (Presidente)
Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza
Juiz Eurico Cruz Neto
Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória
Juíza Irene Araiun Luz
Juíza Fany Fajerstein
Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite
Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros
Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
Juiz José Pitas
Juíza Vera Teresa Martins Crespo
Juiz Edmundo Fraga Lopes

Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região

Diretor: Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
Coordenador: Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper
Conselho Consultivo e de Programas
Juíza Vera Teresa Martins Crespo
Juiz José Otávio de Souza Ferreira
Juíza Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan

JUIZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

Em 25/10/2006

NOME

SUSANA GRACIELA SANTISO
MARIA CRISTINA MATTIOLI
MARIA MADALENA DE OLIVEIRA
NEISE VICENTINI
THOMAS MALM
ANA LÚCIA PEREIRA
SUZANA MONREAL RAMOS NOGUEIRA
VEVA FLORES
FÁBIO GRASSELLI
SAMUEL HUGO LIMA
ERODITE RIBEIRO DOS SANTOS DE BIASI
VALDEVIR ROBERTO ZANARDI
DAGOBERTO NISHINA AZEVEDO
THELMA HELENA MONTEIRO DE TOLEDO VIEIRA
MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO
ANTONIO FRANCISCO MONTANAGNA
RITA DE CÁSSIA PENKAL BERNARDINO DE SOUZA
CARLOS AUGUSTO ESCANFELLA
ÉDISON GIURNO
LUIZ JOSÉ DEZENA DA SILVA
FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI
JOÃO ALBERTO ALVES MACHADO
CLAUDINEI SAPATA MARQUES
FÁBIO ALLEGRETTI COOPER
LUCIANE STOREL DA SILVA
RICARDO ANTONIO DE PLATO
MARIA INÊS CORRÊA DE CERQUEIRA CÉSAR TARGA
FÁBIO PRATES DA FONSECA
PAULO AUGUSTO FERREIRA
JOSÉ CARLOS ÁBILE
ROSEMEIRE UEHARA TANAKA
JORGE LUIZ SOUTO MAIOR
JOÃO BATISTA DA SILVA
LUIZ FELIPE PAIM DA LUZ BRUNO LOBO
JOSÉ OTÁVIO DE SOUZA FERREIRA
ORLANDO AMÂNCIO TAVEIRA
KEILA NOGUEIRA SILVA
EDISON DOS SANTOS PELEGRINI
LARISSA CAROTTA MARTINS DA SILVA SCARABELIM
NORA MAGNÓLIA COSTA ROTONDARO
ANA PAULA PELLEGRINA LOCKMANN
MARI ANGELA PELEGRINI
MARIA DA GRAÇA BONANÇA BARBOSA
RICARDO REGIS LARAIA
ELIANE DE CARVALHO COSTA RIBEIRO
RENAN RAVEL RODRIGUES FAGUNDES
WILTON BORBA CANICOBA
ANDREA GUELFI CUNHA
EDNA PEDROSO ROMANINI
REGINA DIRCE GAGO DE FARIA MONEGATTO
SILNEI GARRIDO LAGE
HÉLIO GRASSELLI
MARCELO GARCIA NUNES
MARCOS DA SILVA PORTO
RITA DE CÁSSIA SCAGLIUSI DO CARMO
ADRIENE SIDNEI DE MOURA DAVID
MARCELO MAGALHÃES RUFINO
JORGE LUIZ COSTA
MARGARETE APARECIDA GULMANELI
ANTONIA SANT'ANA
ANA CLÁUDIA TORRES VIANNA
SCYNTHIA MARIA SISTI TRISTÃO
CINTHIA MARIA DA FONSECA ESPADA
MÔNICA AIEX
RENATO HENRY SANT'ANNA
ISABEL CRISTINA TORRIZELLA PÉRIGO
CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS
ADELINA MARIA DO PRADO FERREIRA
REGIANE CECÍLIA LIZI
MARIA DE FÁTIMA VIANNA COELHO
CLÁUDIA CUNHA MARCHETTI
OLGA REGIANE PILEGIS
JÚLIO CÉSAR RODA

VARA

7ª CAMPINAS
4ª BAURU
3ª BAURU
LENÇÓIS PAULISTA
CRUZEIRO
SÃO SEBASTIÃO
AMPARO
ITATIBA
AVARÉ
HORTOLÂNDIA
CAPIVARI
VOTUPORANGA
5ª SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
SALTO
10ª CAMPINAS
2ª LIMEIRA
TANABI
4ª SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
5ª CAMPINAS
INDAIATUBA
CAMPO LIMPO PAULISTA
2ª ARAÇATUBA
PENÁPOLIS
6ª RIBEIRÃO PRETO
11ª CAMPINAS
2ª JUNDIAÍ
2ª PAULÍNIA
APARECIDA
BATATAIS
2ª LENÇÓIS PAULISTA
4ª JUNDIAÍ
3ª JUNDIAÍ
2ª TAUBATÉ
4ª CAMPINAS
MOGI GUAÇU
CAÇAPAVA
2ª MARÍLIA
1ª BAURU
1ª JUNDIAÍ
TIETÊ
8ª CAMPINAS
RANCHARIA
4ª SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
1ª PAULÍNIA
PIEDADE
SANTA BÁRBARA D'OESTE
3ª CAMPINAS
1ª AMERICANA
MOJI-MIRIM
ATIBAIA
OLÍMPIA
1ª SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
CRAVINHOS
5ª RIBEIRÃO PRETO
LEME
2ª PIRACICABA
3ª SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
1ª FRANCA
2ª CATANDUVA
3ª SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
2ª CAMPINAS
JOSÉ BONIFÁCIO
GARÇA
1ª MARÍLIA
1ª RIBEIRÃO PRETO
SÃO JOSÉ DO RIO PARDO
1ª CAMPINAS
TATUI
2ª BAURU
9ª CAMPINAS
SUMARÉ
2ª AMERICANA
ARARAS

JORGE ANTONIO DOS SANTOS COTA
ELIANA FÉLIX BATISTA
TÁRCIO JOSÉ VIDOTTI
OSÉAS PEREIRA LOPES JUNIOR
WALNEY QUADROS COSTA
RONALDO OLIVEIRA SIANDELA
WILSON POCIDÔNIO DA SILVA
FLÁVIO GASPAS SALLES VIANNA
ALBERTO CORDERO DONHA
LEVI ROSA TOMÉ
CLAUDIA GIGLIO VELTRI CORRÊA
EDSON SILVA TRINDADE
MARCO ANTONIO MACEDO ANDRÉ
MARCO ANTONIO DE SOUZA BRANCO
MAURÍCIO TAKAO FUZITA
JOSÉ MARIA VALENTINI
LUÍS FERNANDO LUPATO
AMAURI VIEIRA BARBOSA
WELLINGTON CÉSAR PATERLINI
ANDRÉ DA CRUZ E SOUZA WENZEL
SÉRGIO MILITO BARÊA
ROBERTO NICÁCIO
JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA
SÉRGIO CARDOSO E SILVA
MARCELO CARLOS FERREIRA
RENÉ JEAN MARCHI FILHO
JOSÉ ROBERTO THOMAZI
HAMILTON LUIZ SCARABELIM
WAGNER RAMOS DE QUADROS
MARIA HELENA SALLÉS CABREIRA
JAIDE SOUZA RIZZO
ANDRÉ AUGUSTO ULPIANO RIZZARDO
JOÃO VIEIRA DE MORAES
LUIZ ANTONIO ZANQUETA
LÚCIO SALGADO DE OLIVEIRA
LUCIANA MORO LOUREIRO
ROBERTA JACOPETTI BONEMER
ROBSON ADILSON DE MORAES
DORA ROSSI GÓES
JOSÉ ANTONIO RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA
FLAVIO LANDI
MARINA DE SIQUEIRA FERREIRA ZERBINATTI
RENATO DE CARVALHO GUEDES
FIRMINO ALVES LIMA
INEZ MARIA JANTÁLIA
ELIANA DOS SANTOS ALVES NOGUEIRA
SANDRA DE POLI
GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO
ROSANA FANTINI NICOLI
RENATA DOS REIS D'ÁVILLA CALIL
MARIA ANGÉLICA MINETO PIRES
LUÍS MARTINS JUNIOR
JULIANA BENATTI
LUCIANA NASR
ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA
ALEXANDRE VIEIRA DOS ANJOS
GISELE PASOTTI FERNANDES FLORA PINTO
MARCELO SCHMIDT SIMÕES
ODAIR RODRIGUES DA ROCHA
FERNANDA CAVALCANTI VARZIM GAETANO
MARIA CRISTINA BRIZOTTI ZAMUNER
MAURO CÉSAR ROSSI LUNA
WALTER GONÇALVES
JOSÉ GUIDO TEIXEIRA JÚNIOR
KÁTIA LÍRIAM PASQUINI BRAIANI
CRISTIANE MONTENEGRO RONDELLI
ELIANE APARECIDA AGUADO MORENO
ANDRÉ LUIZ ALVES
ANGELA MARIA BERMUDES
ISMAR CABRAL MENEZES
LEANDRA DA SILVA GUIMARÃES
PATRÍCIA GLUGOVSKIS PENNA MARTINS
LÚCIA ZIMMERMANN
LUÍS RODRIGO FERNANDES BRAGA
LAURA BITTENCOURT HINZ

2º ARARAQUARA
PRESIDENTE VENCESLAU
4º RIBEIRÃO PRETO
2º ASSIS
2º RIBEIRÃO PRETO
CAPÃO BONITO
BRAGANÇA PAULISTA
6º CAMPINAS
2º FRANCA
OURINHOS
1º SÃO CARLOS
TAQUARITINGA
2º PRESIDENTE PRUDENTE
1º ASSIS
3º ARAÇATUBA
TEODORO SAMPAIO
UBATUBA
CAJURU
2º SERTÃOZINHO
LORENA
3º ARARAQUARA
CARAGUATATUBA
1º PRESIDENTE PRUDENTE
1º ARAÇATUBA
4º SOROCABA
1º SERTÃOZINHO
1º JAU
2º SOROCABA
1º CATANDUVA
PEDERNEIRAS
BIRIGUI
12º CAMPINAS
2º JABOTICABAL
LINS
1º SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
PIRASSUNUNGA
3º RIBEIRÃO PRETO
FERNANDÓPOLIS
2º SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
ORLÂNDIA
3º PIRACICABA
SÃO ROQUE
RIO CLARO
1º PIRACICABA
ITANHAÉM
ITUVERAVA
1º JACARÉI
1º TAUBATÉ
SÃO JOÃO DA BOA VISTA
MOCOCA
BOTUCATU
ITU
PORTO FERREIRA
3º SOROCABA
2º JAU
SÃO JOAQUIM DA BARRA
SANTA CRUZ DO RIO PARDO
ITAPEVA
GUARATINGUETÁ
BEBEDOURO
1º SOROCABA
REGISTRO
2º SÃO CARLOS
ITARARÉ
ADAMANTINA
1º ARARAQUARA
ITAPETININGA
ITÁPOLIS
MATÃO
BARRETOS
PINDAMONHANGABA
1º JABOTICABAL
TUPÁ
DRACENA
ANDRADINA

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Em 25/10/2006

PAULO CÉSAR DOS SANTOS
JOSÉ ADILSON DE BARROS
ÁLVARO DOS SANTOS
LUIZ ANTONIO DE CAMPOS GRAIN
SANDRO VALÉRIO BODO
JÚLIO CÉSAR MARIN DO CARMO
ADRIANA FONSECA PERIN
EVANDRO EDUARDO MAGLIO
ANA PAULA ALVARENGA MARTINS
JÚLIO CÉSAR TREVISAN RODRIGUES
ALEXANDRE GARCIA MULLER
ARILDA CRISTIANE SILVA DE PAULA CALIXTO
CÁSSIA REGINA RAMOS FERNANDES
JOSÉ EDUARDO BUENO DE ASSUMPÇÃO
LEO MINORU OZAWA
DENISE FERREIRA BARTOLOMUCCI MULATO
NELMA PEDROSA GODOY SANT'ANNA FERREIRA
PEDRO MARCOS OLIVIER SANZOVO
ANDRÉIA DE OLIVEIRA
MARCUS MENEZES BARBERINO MENDES
ANDRÉIA ALVES DE OLIVEIRA GOMIDE
GISLENE APARECIDA SANCHES
FERNANDO LUCAS ULIANI MARTINS DOS SANTOS
ADHEMAR PRISCO DA CUNHA NETO
HENRIQUE MACEDO HINZ
ALZENI APARECIDA DE OLIVEIRA FURLAN
TÂNIA APARECIDA CLARO
JOSÉ ANTÔNIO GOMES DE OLIVEIRA
ALCIONE MARIA DOS SANTOS COSTA GONÇALVES
PEDRO EDMILSON PILON
VALDIR RINALDI SILVA
ALESSANDRO TRISTÃO
DANIELA RENATA REZENDE FERREIRA BORGES
ALAN CEZAR RUNHO
WILSON CÂNDIDO DA SILVA
VALDOMIRO RIBEIRO PAES LANDIM
CONCEIÇÃO APARECIDA ROCHA DE PETRIBU FARIA
ISABELA TÓFANO DE CAMPOS LEITE PEREIRA
VALÉRIA CÂNDIDO PERES
MÔNICA MUNIZ BARRETTO VOLASCO
RENATO DA FONSECA JANON
EUCYMARA MACIEL
DÉCIO UMBERTO MATOSO RODOVALHO
ANTONIA RITA BONARDO DE LIMA
LUCIANA CAPLAN
MARCOS ROBERTO WOLFGANG
AZAEL MOURA JUNIOR
MÁRCIA CRISTINA SAMPAIO MENDES
CARLOS EDUARDO VIANNA MENDES
DANIELLE BERTACHINI
JOSEFINA REGINA DE MIRANDA GERALDI
CLEBER ANTONIO GRAVA PINTO
KATHLEEN MECCHI ZARINS STAMATO
AFRÂNIO FLORA PINTO
JOÃO BAPTISTA CILLI FILHO
RENATO CÉSAR TREVISANI

FERNANDA CRISTINA DE MORAES FONSECA
DANIELA MACIA FERRAZ
ROSANA ALVES SISCARI
RODRIGO PENHA MACHADO
MARCELO BUENO PALLONE
MARCELO SIQUEIRA DE OLIVEIRA
CANDY FLORENCIO THOME
LUCINEIDE ALMEIDA DE LIMA MARQUES
SANDRA MARIA ZIRONDI
SANDRA DOS SANTOS BRASIL
SIDNEY PONTES BRAGA
ELEN ZORAIDE MÓDOLO JUCÁ
ANA MARIA DA SILVA SANDEI
CLÁUDIO ISSAO YONEMOTO
REGINA RODRIGUES URBANO
MANOEL LUIZ COSTA PENIDO
PAULO BUENO CORDEIRO DE ALMEIDA PRADO BAUER
ANA PAULA SILVA CAMPOS
DÉBORAH BEATRIZ ORTOLAN INOCÊNCIO NAGY
TERESA CRISTINA PEDRASI
DIOVANA BETHÂNIA ORTOLAN INOCÊNCIO FABRETI
PRISCILA DE FREITAS CASSIANO NUNES
ANA FLÁVIA DE MORAES GARCIA CUESTA
ANA MARIA GARCIA
JOSÉ ANTÔNIO DOSUALDO
RODARTE RIBEIRO
SUZELINE LONGHI NUNES DE OLIVEIRA
ALEXANDRE CHEDID ROSSI
MAURÍCIO DE ALMEIDA
FLÁVIO HENRIQUE GARCIA COELHO
ANDRÉA MARIA PFRIMER FALCÃO
DENISE DOS SANTOS SALES
ANA LÚCIA COGO CASARI
MARIA FLÁVIA RONCEL DE OLIVEIRA
ALEXANDRE ALLIPRANDINO MEDEIROS
ADRIANA DE JESUS PITA COLELLA
SIDNEY XAVIER ROVIDA
WELLINGTON AMADEU
SANDRA CARLA SIMAMOTO DA CUNHA
CARLOS ROBERTO FERRAZ DE OLIVEIRA SILVA
JOÃO DIONISIO VIVEIROS TEIXEIRA
DÉBORA WUST DE PROENÇA
CECY YARA TRICCA DE OLIVEIRA
MARCOS ANTONIO FOLEGATTI DE REZENDE
CARMEN LUCIA COUTO TAUBE
JOÃO BATISTA DE ABREU
IEDA REGINA ALINERI PAULI
CLÓVIS VICTÓRIO JÚNIOR
ANDRÉ LUIZ MENEZES AZEVEDO SETTE
CATARINA VON ZUBEN
ARTUR RIBEIRO GUDWIN
CRISTIANE KAWANAKA DE PONTES
HERBERT GOMES OLIVA
CARLOS EDUARDO FERREIRA DE SOUZA DUARTE SAAD
CÍCERO ALANIO TENÓRIO DE MELO
LENITA APARECIDA PEREIRA CORBANEZI
CHRISTINA FEUERHARMEL RIBEIRO
MAURÍCIO MATSUSHIMA TEIXEIRA

SUMÁRIO

I - APRESENTAÇÃO	15
II - ESTUDO MULTIDISCIPLINAR-TEMÁTICO	19
ASPECTOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS	
PANCOTTI, José Antonio	21
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS: NOVO MODELO DE NORMATIVIDADE?	
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta	39
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PENHORA DE SALÁRIO - ALGUMAS OUTRAS CONSIDERAÇÕES	
GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto	57
REVISÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS	
SOUTO MAIOR, Jorge Luiz	71
O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUA REALIZAÇÃO ATRAVÉS DO SISTEMA DE REPARTIÇÃO	
SETTE, André Luiz Menezes Azevedo	79
III - DOUTRINA NACIONAL	91
O DEVER DE NEGOCIAR: UMA VISÃO BRASIL / ESPANHA	
DAMIANO, Henrique	93
EFEITOS POSITIVOS DOS CONTRATOS NULOS DE EMPREGO PÚBLICO: DISTINGUIR O JOIO DO TRIGO	
FELICIANO, Guilherme Guimarães	109
POSTULADOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DO TRABALHO	
LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de	117

IV - DOCTRINA INTERNACIONAL	143
--	------------

VALORES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO: VIGENCIA ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

ARIGÓN, Mario Garmendia	145
--------------------------------------	------------

V - ATOS NORMATIVOS	159
----------------------------------	------------

VI - JURISPRUDÊNCIA	165
----------------------------------	------------

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Íntegras de Acordãos e Sentenças	167
---	------------

Ementários

1ª SDI	199
---------------------	------------

2ª SDI	201
---------------------	------------

Direito Material	205
-------------------------------	------------

Direito Processual	221
---------------------------------	------------

Direito Rural	229
----------------------------	------------

Execução	231
-----------------------	------------

Matéria Nova	235
---------------------------	------------

SDC	237
------------------	------------

Tribunal Pleno	239
-----------------------------	------------

Índice das Ementas	241
---------------------------------	------------

I - APRESENTAÇÃO

A Revista, editada sob responsabilidade da Escola da Magistratura, secundando as iniciativas já implementadas, comemora os vinte anos de existência do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região lançando esta edição especial.

Entendeu de, neste número, enfatizar o trabalho dos juízes que compõem esta Região, espelhando, além da incansável operosidade dos seus integrantes, o vanguardismo que a caracteriza, seja pela celeridade imprimida aos processos que lhe são submetidos, seja pela qualidade do trabalho dos seus membros.

Instalada em 5 de dezembro de 1986, fruto da Lei n. 7.520, de 15 de julho do mesmo ano, iniciou jurisdicionando 38, contando hoje com 153 Varas do Trabalho. Atende, com apenas 36 magistrados de segunda instância, 118 juízes titulares e 116 substitutos, uma população de aproximadamente 19 milhões de pessoas.

Está entre as 3 maiores das 24 Regiões em que se divide a Justiça do Trabalho deste País.

A Escola Judicial, por seu turno, criada em 1996, constitui, desde 1998, órgão deste sodalício.

Responsável pelo auxílio aos juízes no desempenho de suas atividades, busca, incessantemente, não só trazer juristas de escol para discutir temas que interessem aos magistrados, mas incentiva a realização de encontros regionais, sempre na busca do seu aprimoramento e excelência dos resultados pretendidos.

Suas últimas administrações, já antevendo a pujança deste Tribunal, volveu os olhos para o futuro, buscando incluir o TRT da 15ª Região na era digital.

As iniciativas pioneiras da Ematra, conhecidas de todos, iniciaram o desbravamento de novos caminhos, mormente com a preocupação em qualificar os servidores que dão suporte aos juízes.

Não obstante tenha apenas iniciado um trabalho que, sob minha modesta ótica, reputo importante, não tenho dúvida que os futuros dirigentes preocupar-se-ão em avançar porque há, ainda, com certeza, muito a fazer.

O entusiasmo que demonstrei - onde se revelou fundamental o inestimável auxílio dos integrantes do Conselho Consultivo e de Programas - com a efetivação de eventos que tiveram o intuito não só de formar, mas, substancialmente, produzir conhecimento, contamina-los-á, garantindo, ao lado deste Tribunal, igualmente, a permanência desta Escola entre as precursoras do saber neste País.

EDUARDO BENEDITO DE OLIVEIRA ZANELLA

Diretor da Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região

II - ESTUDO
MULTIDISCIPLINAR – TEMÁTICO

ASPECTOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

JOSÉ ANTONIO PANCOTTI*

Resumo: A luta por conquista de direitos civis e políticos construiu a democracia política, deu poder de organização ao povo, acesso à educação e fortaleceu as lutas operárias para conquistar os direitos sociais. O Estado pós-moderno não pode prescindir da força do capital privado, da intervenção no poder econômico, da perspectiva de inclusão social, erradicação da pobreza e vida com dignidade. A democracia não é mais restrita aos direitos políticos, porque abaixo de um certo nível de bem-estar material, social e educacional as pessoas não tomam parte da sociedade estatal. Não se concebe cidadania, se persistir o desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução; 1 Da Ordem Econômica e Social; 1.1 O Estado e a economia – *Welfare State*; 1.2 Da ordem econômica e social nas constituições; 1.3 Interpretação específica da ordem econômica na Constituição Federal; 2 Dos Direitos Fundamentais; 2.1 Considerações iniciais; 2.2 Natureza das normas e o conteúdo dos direitos fundamentais; 3 Dos Direitos Sociais; 3.1 Considerações iniciais; 3.2 Dos direitos sociais nas constituições; 3.3 Natureza dos Direitos Sociais; 3.4 A desregulamentação, a flexibilização, a terceirização e a hermenêutica constitucional; Conclusão.

Palavras-chave: *Welfare State* - inclusão social - cidadania - direitos fundamentais - globalização - dignidade humana - direitos sociais - hermenêutica.

INTRODUÇÃO

Buscar-se-á neste ensaio demonstrar que os direitos sociais integram o conceito de direitos fundamentais, não por serem arrolados no Título II da nossa Carta Política,

mas porque a República Federativa do Brasil definiu-se como um Estado Democrático de Direito com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, na igualdade, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, dentre outros.

*Juiz do TRT/15ª Região e Mestrando em Direito Constitucional, UNITOLEDO - Araçatuba

Pretende-se sustentar que os direitos sociais, do ponto de vista científico, constituem pressupostos dos direitos fundamentais, porque são instrumentos jurídicos de "inclusão social" que só com ser efetiva, se fundamentada na cidadania.

O legislador constituinte de 1988 foi severamente criticado por alguns e enaltecido por outros ao romper com a tradição do constitucionalismo brasileiro, porque transpôs o rol dos "direitos sociais" do Título "Da Ordem Econômica e Social" para o Título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", na Constituição. No Brasil, o tema adquiriu dimensão constitucional em 1934, no Título "Da Ordem Econômica e Social". Nesta posição, vamos encontrá-lo nas Constituições de 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 01 de 1969. A transposição para o Título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" não foi por mero capricho ou por amor à estética. Decorre, antes de tudo, da postura ideológica e filosófica do constituinte.

Não se ignora, ao contrário, enfatiza-se os reflexos desta opção ideológica do constituinte de 1988 na hermenêutica constitucional, sem a pretensão de neste reduzido espaço, esgotar o tema.

A pesquisa se inicia pelo exame na doutrina nacional e estrangeira, a noção do Estado Direito Democrático, inspirado no modelo *Welfare State*, a sua construção, desenvolvimento e a crise que o coloca em uma verdadeira encruzilhada, quando se propõe harmonizar o círculo entre crescimento econômico (criação de riquezas), sociedade civil (coesão social) e liberdade política. Segue-se no exame do significado e importância do que se convencionou denominar de "ordem econômica e social". Desenvolve uma breve análise dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais e a

nova concepção de cidadania. No passo seguinte, enfoca-se os "direitos sociais" sob o influxo dos direitos fundamentais.

1 DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

1.1 O Estado e a economia – *Welfare State*

O Estado, na concepção clássica que tinha por fundamento os ideais do liberalismo, era por natureza absentéista, reservando-se tão-somente atribuições restritas à produção do direito, garantia das liberdades e da segurança. A Constituição limitava-se a definir a forma de Estado, o regime político, a estruturação e organização do poder

político e a declaração dos direitos individuais. A noção de democracia era exclusivamente política. Assim, não se admitia qualquer tipo de ingerência ou intervenção na ordem natural da economia e não se cogitava de uma atuação em prol do *bem-estar social* "que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político"¹.

O Estado pós-moderno caracteriza-se pela intervenção na atividade econômica, criação das regras e

adoção dos princípios de direito econômico, além de intervir nas relações sociais, por meio de um conjunto de disposições concernentes tanto ao dirigismo econômico, como no estatuto do cidadão e nos direitos dos trabalhadores. As constituições dos Estados pós-modernos definem os seus fins e programas de ação, sob enfoque de uma orientação econômico-social com regras minuciosas e detalhistas, convivendo com normas genéricas que apenas enunciam princípios gerais, cujo conteúdo e efetividade ficam postergados para serem implementados ou desenvolvidos no futuro, conforme vier disciplinar o legislador

"O Estado pós-moderno caracteriza-se pela intervenção na atividade econômica, criação das regras e adoção dos princípios de direito econômico, além de intervir nas relações sociais, por meio de um conjunto de disposições concernentes tanto ao dirigismo econômico, como no estatuto do cidadão e nos direitos dos trabalhadores."

¹BOBBIO, Norberto et al, *Dicionário de Política*, Brasília: UNB, 2004, 5ª ed, p.76-707.

infraconstitucional. É o conceito de *Constituição-dirigente*² característica do *Welfare State*.

Os autores identificam os problemas teóricos originados do aparecimento, consolidação e crise do *Welfare State*. Para uns, a evolução histórica e política das sociedades industriais pode ser distinta em três fases: a primeira, por volta do século XVIII, marcada pela luta em busca da conquista dos direitos civis (liberdade de pensamento, de expressão); no período seguinte (século XIX), constatam-se as reivindicações dos direitos políticos (participação e organização de partidos, propaganda, votar e ser votado etc) que culminam com a consagração do sufrágio universal. Finalmente, no terceiro período, o desenvolvimento da democracia política aumenta o poder político das organizações operárias e o acesso do operariado a um nível mínimo de instrução formal dá o tom das lutas e da conquista dos "direitos políticos e sociais". Para outros, a causa principal da difusão do *Welfare State* foi consequência da transformação da sociedade agrária em industrial.

Confrontando-se as duas correntes de pensamento, infere-se que ambas possuem elementos que se somaram para impulsionar a criação e desenvolvimento do *Welfare State*, essencialmente porque os "benefícios sociais" têm alto custo para o Estado, mas é um forte mecanismo de distribuição de renda e riqueza que reforça e dinamiza a atividade econômica.

A crise do Estado assistencial é um fenômeno presente. Entretanto, o fenômeno que os economistas designam como "crise fiscal", para definir o elevado endividamento público, não pode ser de fundamento para sustentar a absoluta incom-

patibilidade de duas funções relevantes do Estado: o fortalecimento do desenvolvimento social e o apoio à acumulação capitalista, ainda que com graves ônus à despesa pública. A harmonização destes dois grandes objetivos fundamentais deve ser a proposta do Estado contemporâneo, o Estado Democrático de Direito, em que convivem os ideais da sociedade burguesa com uma forte atuação sindical operária e dos partidos políticos, admitindo-se, paralelamente, atuação efetiva de organizações não-governamentais.

Em decorrência desta crise, a postura intervencionista do Estado é combatida nos últimos vinte anos, mediante ampla campanha por meio de palavras-chave muito em voga: "diminuição do tamanho do Estado", "ajuste fiscal" e, no nosso caso, "redução do custo Brasil", sob o argumento de que o Estado do *bem-estar social* tem um custo econômico excessivamente elevado, acarretando uma insuportável carga tributária para a sociedade. Daí, o acentuado discurso em prol da desregulamentação das relações econômicas, flexibilização de normas ou mesmo de redução dos direitos sociais, diminuição da carga tributária, a fim de minimizar os custos de produção e tornar os produtos nacionais competitivos no mercado internacional, por imperativo da globalização econômica ou da integração dos mercados.

Na sociedade do chamado *capitalismo maduro*³, a intervenção do Estado deve, por princípio, limitar-se à complementariedade, porque o capitalismo foi capaz de transformar a força de trabalho escravo em trabalho livre, mas não de estabelecer a qualidade e a quantidade de trabalho que necessita no processo de produção, de modo a

"A crise do Estado assistencial é um fenômeno presente."

"...o capitalismo foi capaz de transformar a força de trabalho escravo em trabalho livre, mas não de estabelecer a qualidade e a quantidade de trabalho que necessita no processo de produção."

²Ibidem". p. 706-707.

³BOBBIO, Norberto et al, *Dicionário de Política*, 2004, Brasília: UNB, 5ª ed., p. 407.

absorver toda a força de trabalho disponível. Assim, exige-se que o Estado desempenhe as funções de proteção do trabalho, da seguridade social etc (formas de predisposição das condições materiais da produção); crie motivações consentâneas com o processo do trabalho (apoio à família e aos mecanismos de substituição da família – agentes de socialização burguesa); regulamente a força de trabalho (formação profissional, qualificação, requalificação, migrações internas, discipline as relações de trabalho etc).

Enquanto se combate, no plano interno, a postura estatal intervencionista, no plano internacional, cada vez mais, pugna-se por mecanismos de nítido caráter protecionista. Assim, Estados que até pouco tempo eram parceiros comerciais, de um momento para outro, instituem barreiras alfandegárias entre si, a fim de preservar mercados internos, numa verdadeira necessidade de afirmação da *soberania econômica nacional*.

Aliás, são perigos da globalização econômica que comprometem os conceitos de “país”, de “nação” e a noção de Estado que se colocam como um desafio em harmonizar valores sem os quais a economia não sobrevive: o círculo entre crescimento econômico (criação de riquezas), sociedade civil (coesão social) e liberdade política, como ressalta o Professor Eros Roberto Grau⁴.

Acrescenta o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal que:

“[...] a globalização ameaça a sociedade civil, na medida que: (i) está associada a novos tipos de exclusão social, gerando um subproletariado (underclass), em parte constituído de marginalizados em função da raça, nacionalidade, religião e outro sinal distintivo; (ii) instala uma contínua e crescente competição entre indivíduos; (iii) conduz à

destruição dos serviços públicos (= destruição do espaço público e declínio dos valores dos serviços por ele veiculados). Enfim, a globalização, na fusão de competição global e de desintegração social, compromete a liberdade.”

Não menos verdadeira é a constatação de que na formação de blocos econômicos regionais (CEE, MERCOSUL, NAFTA etc) estimula a circulação de riquezas, com redução ou eliminação de tarifas alfandegárias, moeda única etc, porém, desacompanhada do mesmo grau de liberdade para circulação de pessoas e a troca de experiências culturais. Em suma, os seus benefícios no plano social são meramente indiretos ou reflexos.

1.2 Da ordem econômica e social nas constituições

O título da “Ordem Econômica e Social” nas constituições modernas foi introduzido nos primórdios do século XX com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, surgiu a partir da Constituição de 1934. A Constituição Federal de 1988 dividiu a matéria no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira” e no Título VIII, “Da Ordem

Social”.

O regime constitucional vigente, além de instituir as bases constitucionais do sistema econômico, legitima o Estado a se apropriar das formas e dos meios de produção antes utilizados exclusivamente pela iniciativa privada, para intervir na atividade econômica, em prol do desenvolvimento econômico sustentado. A justificativa é a necessidade de ordenar na vida econômica, impor condicionamentos e racionalizá-la, sem, contudo, substituir ou concorrer com as atividades privadas, mas atuar, primordialmente, dando-lhe suporte e, excepcionalmente, de forma direta, mas em caráter supletivo.

“...são perigos da globalização econômica que comprometem os conceitos de “país”, de “nação” e a noção de Estado que se colocam como um desafio em harmonizar valores sem os quais a economia não sobrevive: o círculo entre crescimento econômico (criação de riquezas), sociedade civil (coesão social) e liberdade política.”

⁴A Ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros. 2002. 7ª ed., p.40

Esta característica do Estado Democrático de Direito reflete nas Constituições modernas muitas idéias que têm origem no Socialismo, convivendo ou dando suporte às bases do Capitalismo moderno. Revela compromisso de equilíbrio entre as forças políticas tradicionais, liberais, e o atendimento das reivindicações populares de justiça social.

Em sucinta análise do art. 170 da Constituição Federal, infere-se quais os fundamentos e os princípios em que se deve pautar a conduta do Estado: livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência, valorização do trabalho, justiça social etc. O art. 173 disciplina a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, que só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definir a lei. Em seguida, traçam regras para a criação de entes paraestatais como instrumentos de intervenção na ordem econômica, fixando o regime jurídico a que se submeterão, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, em igualdade com o setor privado; fixa a obrigatoriedade da licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, em semelhança ao que se exige para os entes da administração direta; finalmente determina que a lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica (empresa pública, sociedade de economia mista e subsidiárias) por atos contra a "ordem econômica e financeira" e contra a economia popular.

São normas e princípios que traçam rumos a serem seguidos e criam os meca-

nismos para alcançar os fins a que se propôs o Estado do *bem-estar social*. Assim, toda espécie normativa infraconstitucional que contrariar tais regras e princípios será reputada inconstitucional. No mesmo sentido, os atos e decisões judiciais ou administrativas que se desvirtuarem do que preconizam os comandos normativos e os princípios constitucionais.

1.3 Interpretação específica da ordem econômica na Constituição Federal

As peculiaridades da interpretação constitucional, um estatuto jurídico-político, nos leva a sopesar "valores⁵ políticos, econômicos e sociais" e perquirir como eles interferem no plano jurídico. Constatam-se os valores políticos pelos princípios expressos e implícitos que a Constituição adota. Sabidamente, a Constituição não é um simples conjunto de regras, mas de regras e princípios⁶. Estes é que vão dar coloração interpretativa às regras constitucionais. A função dos princípios é exatamente orientar para uma exegese conforme os ideais traçados pelo constituinte.

O Professor Gomes Canotilho⁷ leciona que através do [...] princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, se escolhe a interpretação sistemática que dá prevalência à Constituição, ou seja, não contrária ao texto e programa da norma constitucional. Por outras palavras, não se interpreta a lei a partir de uma particular expressão da Constituição, mas dentro do seu conjunto sistemático.

⁵"Valor", em sentido normativo, é tudo aquilo que orienta (indica diretriz) a conduta humana. É um vetor (indica sempre um sentido) que guia, atrai, consciente ou inconscientemente, o ser humano. O valor comporta sempre um julgamento, e, pois, uma possibilidade de escolha entre caminhos diferentes. Isso porque a cada valor corresponde um desvalor. Nesse sentido, a democracia é um valor político; a ditadura, um desvalor. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) são, assim, os elementos que lhe dão o rumo do bem-estar social". cf., José Afonso da Silva, op.cit. p.35)

⁶A expressão princípio "Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo e início e de mandamento nuclear de um sistema..." Afonso da Silva, José, op. cit... p.35.

⁷Direito constitucional e teoria da constituição, Portugal, Lisboa: Almedina, 2001. 3ª ed., 1151-1152.

Em hermenêutica constitucional, não se pode ignorar a opção ideológica do constituinte, sob pena de realizar uma interpretação periférica e fora do seu contexto, isto é, não se conseguirá adentrar ao âmago da mensagem que contém os preceitos constitucionais. O direito positivo é decorrente da *ideologia constitucionalmente adotada* e que se extrai não só na literalidade dos preceitos, como dos princípios expressos e implícitos adotados pela Constituição.

A Constituição Federal, destaque-se, já na definição "Dos Princípios Fundamentais", declara os fundamentos do Estado Democrático: *a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (no art. 1º, III e IV); *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento econômico; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação* (no art. 3º, I, II, III e IV); *a independência nacional, prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, I e II). Estes são fundamentos do Estado de Direito Democrático que se desdobram e ou estão definidos, de forma particular, no Título VII "Da Ordem Econômica" e cria mecanismos de proteção e garantia do sistema capitalista, define política de contenção de abusos do poder econômico (art. 170 a 192); e na definição "Da Ordem Social" institui mecanismos de desenvolvimento social, proclama a necessidade de redução de desigualdade social e da pobreza, através de ações que

garantam ao cidadão: acesso ao trabalho, previdência social, saúde, educação, assistência social, proteção do meio ambiente, cultura, família, criança, adolescente e idoso etc. (art. 6º, 7º e 193 a 232).

É possível sustentar, diante do sucinto quadro acima, que os ideais explícitos e subjacentes na Constituição do Estado Democrático de Direito são de preservar e reforçar mecanismos de acumulação de Capital, mas desenvolver ações e reforçar as bases de políticas sociais bem definidas para preservar valores típicos do Socialismo: redução das desigualdades, distribuição de renda, acesso aos serviços e bens públicos, enfim inclusão social.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Considerações iniciais

O estudo dos direitos fundamentais ganha especial relevância, porque são alicerces do Estado Democrático de Direito, na medida em que nele repousa e legitima-se. Assim, não há como dissociar a noção de Estado de Direito e direitos fundamentais.

Não é por outra razão que o Mestre Perez Luño⁸ sustenta que há um nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de

Direito e os Direitos Fundamentais, *ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.*

O enfoque temático deste modesto trabalho permite fixar-se na noção de "direitos fundamentais"⁹ no sentido *limitação imposta pela soberania popular aos*

"...os ideais explícitos e subjacentes na Constituição do Estado Democrático de Direito são de preservar e reforçar mecanismos de acumulação de Capital, mas desenvolver ações e reforçar as bases de políticas sociais bem definidas para preservar valores típicos do Socialismo: redução das desigualdades, distribuição de renda, acesso aos serviços e bens públicos, enfim inclusão social."

⁸FERRAJOLI et al, *Los derechos fundamentales*, pp. 19-20. Zeno Simm, *apud*, *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*, São Paulo: Revista LTr 2005, n. 69, p.11/1287.

⁹"Não é uniforme o emprego dos termos 'direitos humanos', 'direitos fundamentais', 'direitos fundamentais do homem', pois depende do enfoque que se der ao tema. Assim, do ponto de vista da: a) *ciência jurídica positiva*, entendida como análise empírica das normas de direito positivo de um determinado ordenamento, seja estatal ou internacional; b) *a filosofia política ou da justiça*, entendida como doutrina normativa em torno de valores ético-políticos que merecem ou clamam ser tutelados como direitos fundamentais; c) *a teoria do direito*, entendida como sistema de conceitos e afirmações idôneas para denotar e explicar as formas e estruturas do direito positivo". Cf., FERRAJOLI et al, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 287, *apud* Zeno Simm, *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: Revista LTr.2005.n 69,p.11/1289.

Poderes constituídos do Estado que dela dependem. São fundamentais, como salienta José Afonso da Silva¹⁰ porque se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive;

No plano Direito Público Internacional, são diversos os instrumentos políticos e jurídicos que revelam a preocupação em proteger o direito à vida, segurança, dignidade, liberdade, honra, moral, propriedade, entre outros. É um reconhecimento da necessidade primordial de proteção e efetividade do que se convencionou denominar de "direitos humanos".

No plano jurídico interno de cada Estado, os Direitos Fundamentais se constituem pelo conjunto de direitos e garantias de conteúdo negativo, cuja finalidade básica é o respeito à dignidade da pessoa humana, contra o arbítrio estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade no plano material e espiritual. Daí, Pontes de Miranda considerá-los "supraestatais" porque *são direitos frente ao Estado ou são devidos ao ser humano, por exigência da ordem jurídica supraestatal, ou consequência da altura das liberdades no ambiente mesmo da Constituição.*¹¹

As constituições dos Estados pós-modernos e os tratados internacionais recentes revelam evolução da concepção de Direitos Fundamentais com significativa ampliação, para compreender prestações positivas do Estado. Assim, nos primórdios tinha significado vertical (na relação indivíduo x Estado). Hoje, tem sentido horizontal (nas relações privadas). Agiganta-se, assim, a noção de direitos fundamentais como a eficácia de valores intrínsecos como a digni-

dade da pessoa humana e a igualdade entre os homens.

Dentre todos os valores que a Constituição Federal de 1988 define com fundamento do Estado Democrático de Direito, sob o ponto de sua conexão íntima com os direitos sociais, destacam-se *a cidadania, a dignidade da pessoa humana, da igualdade, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.*

A cidadania, como ensina José Afonso da Silva¹², é o reconhecimento do indivíduo como integrante da sociedade estatal. (...) consiste na consciência pertinente à sociedade estatal como titular de direitos fundamentais. Não se resume à titularidade de direitos políticos, mas de cidadão que requer providências estatais no sentido de satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições.

A dignidade da pessoa humana é um conceito que reúne dois valores indissociáveis: pessoa humana e sua dignidade. A pessoa humana é o ser racional, dotado de livre arbítrio que existe como fim em si mesmo, já que não pode servir de objeto-meio para outros fins. Nisto difere das

coisas, objeto-meio para a consecução de fins outros. É por isso que a pessoa humana se revela como valor absoluto, porque sua natureza racional existe como fim em si mesma (Kant). A dignidade é um atributo intrínseco da pessoa humana, constituindo sua essência. É o único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer outro, que não admite substituição por valor equivalente. É o valor supremo do qual decorrem todos os direitos fundamentais. Com efeito, não basta a liberdade formalmente declarada na Constituição, sem que se

"Agiganta-se, assim, a noção de direitos fundamentais como a eficácia de valores intrínsecos como a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os homens."

"A dignidade é um atributo intrínseco da pessoa humana, constituindo sua essência."

¹⁰Direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1989, 5ª edição, p. 159.

¹¹Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Bolsoi, 1960. 3ª ed., p. 242-243.

¹²Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, 1ª edição, p.36.

reconheça a dignidade da pessoa, como condição mínima de existência. Existência digna conforme os ditames da justiça social, como fim da ordem econômica justa.

As *funções sociais do trabalho* não só na liberdade de escolha da atividade ou profissão, mas de acesso ao mercado de trabalho em igualdade de condições e sem discriminação, direito à remuneração que assegure ao trabalhador e sua família existência digna. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa entram na formulação do conceito do Estado neoliberal, em que a propriedade e o lucro se inserem no contexto de justiça social.

O princípio da *igualdade* deve orientar-se a partir da máxima de Aristóteles que preconiza *tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade*.¹³

Não é fácil, porém, determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade. Assim, o empregador, no exercício do poder legítimo de zelo, guarda e controle de seu patrimônio, tem o direito de fazer revista íntima dos empregados da fábrica de jóias, na saída do trabalho.

Entretanto, se comete excessos e abusos à intimidade, incorre em ofensa à dignidade da pessoa humana, ensejando a reparação por dano moral. É razoável, porém, que a indenização seja atribuída em valor menor para os funcionários do que para as funcionárias, sem ferir o princípio da igualdade. O tratamento é desigual, justificando-se pelo maior grau de sensibilidade da mulher, na preservação da sua intimidade. O princípio da igualdade legítima que o juiz e o legisla-

dor dêem tratamento distinto, com fundamento razoável, sem descambar para o arbítrio¹⁴. Neste sentido, a Constituição autoriza discriminações justificáveis, para proteger grupos de pessoas que merecem tratamento diverso, quando assegura o privilégio da posse de terras aos indígenas (CF/88, §2º art. 231); a proteção ao mercado de trabalho da mulher (CF/884, art. 7º, XX); proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre do menor de 18 anos etc.

Não é possível sustentar, como o saudoso Pontes de Miranda¹⁵, que há direitos fundamentais absolutos e relativos. Os absolutos existiram, não conforme a lei os cria

ou regula, mas a despeito das leis ("supraestatais"), como à liberdade pessoal, como à inviolabilidade do domicílio ou da correspondência, enquanto os relativos valem conforme a lei, como o direito de propriedade.

Não há como discordar do Professor Alexandre de Moraes¹⁶ que preconiza o *Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*, sob o argumento de que os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem

tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de se consagrar o desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Assim, há julgados do Supremo Tribunal Federal em que não se reconhece como absoluto a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (CF/88, art. 5º, LVI), como se observa do excerto de acórdão:

"O princípio da igualdade legítima que o juiz e o legislador dêem tratamento distinto, com fundamento razoável, sem descambar para o arbítrio."

"...os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de se consagrar o desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito."

¹³DAVID ARAUJO, Luiz Alberto e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1999, 2ª ed., p.76.

¹⁴CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra (Portugal):Almedina, 1999, 3ª ed., p.401.

¹⁵op. cit. p. p. 257-268.

¹⁶*Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2005, 6ª edição, p28.

“Objeção de princípio — em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal — à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da **prova ilícita** se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou — em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal — pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da **prova ilícita**: de qualquer sorte — salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável — a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.” (STF, HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/03)

Não se desconhece ser possível sustentar que o direito subjetivo de não ser torturado é absoluto, com amparo na regra do art. 5º, III da Constituição.

2.2 Natureza das normas e o conteúdo dos direitos fundamentais

Como vimos acima, insigne Mestre Pontes de Miranda¹⁷ os considerava “supraestatais”. Para o Professor José Afonso da Silva¹⁸ são situações jurídicas (objetivas e subjetivas) definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de normas de direito constitucional, porquanto nascem e se fundamentam na própria Constituição, tendo por fonte da soberania popular. Este mesmo autor se posiciona no

sentido de que a eficácia e aplicabilidade de tais normas dependem muito do seu enunciado. Neste sentido, enfatiza, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Ressalva, no entanto, que as normas que definem os direitos econômicos e sociais são de eficácia limitada, porque dependem de legislação ulterior que as discipline para a sua eficácia e aplicabilidade. Curiosamente, há regras que não se qualificam como “direitos sociais”, mas que definem direitos públicos subjetivos que dependem de normas infraconstitucionais para ter eficácia. É o

caso da gratuidade do registro de nascimento e da certidão de óbito, aos reconhecidamente pobres (CF/88, art. 5º, LXXVI) e a proteção aos locais de cultos e suas liturgias, para assegurar o direito à liberdade de manifestação de crença religiosa (CF/88, art. 5º, VI).

Não há dúvida que nas hipóteses em que a Constituição proclama a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, à dignidade da pessoa etc, nos termos em que se desdobram nos incisos do seu art. 5º, tais normas têm eficácia e aplicabilidade plena e imediata.

Não se pode esquecer, porém, que há inúmeras situações em que se remete à lei (espécie normativa infraconstitucional), a disciplina ou regramento para o exercício deste ou daquele direito. Assim, não se encontra esta limitação tão-somente em normas que estatuem o rol de direitos sociais. Por outro lado, como ensina o Professor Canotilho¹⁹, pelo fato de a Constituição ter feito um esforço sistematizador, tornando mais extenso e completo o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, não está excluído que alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais, possam ser configurados

“Pelo fato de a Constituição ter feito um esforço sistematizador, tornando mais extenso e completo o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, não está excluído que alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais possam ser configurados como direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.”

¹⁷op. cit. p. 257-268.

¹⁸op. cit. p. 160

¹⁹op. cit., p. 379.

como direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Enfim, a distinção que faz o Professor José Afonso da Silva não parece ser critério definitivo (sob a ótica da eficácia e aplicabilidade) para explicar a natureza jurídica das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais. Não se pode dele discordar, no entanto, que por se tratar de direito positivo, o intérprete fica limitado ao enunciado da norma.

Os direitos fundamentais são também humanos, na medida em que direitos de natureza de direitos humanos são declarados na Constituição. Há, porém direitos fundamentais que não têm natureza de direitos humanos. Os direitos humanos apresentam-se como o grupo de valores básicos para a vida e dignidade humanas atribuídos universalmente. São valores ínsitos e indispensáveis para o desenvolvimento do homem em sua dimensão biológica, psíquica e espiritual. Eles são o conteúdo dos direitos fundamentais, porque estes lhes dão apenas forma jurídica. A transformação daqueles valores indispensáveis à vida e dignidade humanas em direitos subjetivos coincide com a passagem do Estado monárquico absolutista francês à República, decorrente da Revolução Francesa de 1789 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que lhe segue, também em 1789.

Os direitos fundamentais por declararem valores primordiais tornados jurídicos, apresentam-se como a racionalização ética por excelência, situando-se no ápice do ordenamento jurídico nacional. São direitos matizes de todos os demais, por lhes dar fundamento e devem, portanto, ser dispostos na lei máxima nacional, a Constituição. Os di-

reitos fundamentais não têm uma concepção jusnaturalista, pois são fruto da cultura humana e não algo concedido pela natureza à pessoa humana desde o seu nascimento. Neste sentido, é pertinente a afirmação de Cláudia Toledo²⁰: *Os direitos fundamentais são, destarte, construídos, conquistados pelo homem, não lhe sendo meramente dados pela natureza.*

3 DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 Considerações iniciais

O "problema social" surge a partir da "Questão Social", em meados do século XIX, como decorrência da "Revolução Industrial" que se iniciou na Inglaterra no Século XVIII. A "Questão Social" é um fenômeno que eclodiu em consequência da concentração do capital industrial e da falta de condições de infraestrutura social do Estado. O quadro é reconhecido: o empobrecimento da massa de trabalhadores, inclusive dos artesãos sem meios para massificação da produção industrial; a aglomeração urbana resultante da migração da mão-de-obra do campo; a desagregação familiar pela mobilização da mão-de-obra feminina e das crianças para as fábricas; e o grande distanciamento entre classes sociais. Tudo longe de constituir um fenômeno individual e transitório, era um problema coletivo e duradouro que trazia graves prejuízos à ordem pública, social, política e à atividade econômica.

Informa Bobbio, Matteucci e Pasquino²¹ que até o início do século XIX as corporações de artes e ofícios desempenhavam inclusive a tarefa assistencial. Com o fim destas corporações, as sociedades de socorro mútuo passaram a desenvolver atribuições previdenciárias que não incorporavam a grande massa de trabalhadores.

"Os direitos humanos apresentam-se como o grupo de valores básicos para a vida e dignidade humanas atribuídos universalmente."

"...os direitos fundamentais são, destarte, construídos, conquistados pelo homem, não lhe sendo meramente dados pela natureza."

²⁰*Ibidem*, p. 60.

²¹Op. cit, p.403

A "Revolução Industrial" e a "Questão Social" são fenômenos que evidenciam o fim de uma concepção orgânica de sociedade e do Estado, segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino²². Desde, então, ficou clara a separação absoluta entre a sociedade e o Estado, cabendo a este apenas a detenção do poder político e a intervenção policial, para "restabelecer a ordem pública".

O "problema social" que assustava a burguesia requeria pronta e eficaz intervenção do Estado, mas cedo concluiu-se que colocar a polícia na rua "para manter a ordem pública", não era solução. Sentiu-se a necessidade da intervenção estatal nas relações de trabalho, fixando garantias mínimas, para desestimular as mobilizações torno de reivindicações operárias. Assim, passou a limitar a jornada máxima diária, adotar medidas de higiene e segurança do ambiente de trabalho, fixar remuneração mínima mensal etc. Somava-se a isto um conjunto de medidas capazes de propiciar às massas trabalhadoras recobrem os valores individuais e profissionais, bem como políticas públicas de acesso ao mercado de trabalho, à moradia, à educação, à assistência à saúde; a criação de seguro ou previdência social etc.

3.2 Dos direitos sociais nas constituições

É na Inglaterra e na Alemanha de Bismarck que se põe em prática, no final do século XIX, uma legislação de disciplina da atividade nas fábricas e se cria um sistema de previdência social, com seguro obrigatório contra doença, velhice e invalidez. A Bélgica e a Dinamarca aplicam a lei alemã no capítulo referente às disposições de pensionistas (1891-1898). A Suíça instituiu o seguro social, através de Emenda Constitucional

(1890). Esta emenda é a gênese da constitucionalização dos direitos sociais. Segue-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, surgiu a partir da Constituição de 1934 e é mantida em todas as Cartas Políticas posteriores.

A Constituição de 1988 discrimina o rol dos direitos sociais: a educação, saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados (art. 6º). O patamar mínimo de direito dos trabalhadores urbanos e rurais são arrolados no art. 7º da Constituição. No Título VII "Da Ordem Social" define as formas de custeio e de seguro social (previdência social), a assistência social e a proteção à saúde; o direito de acesso à educação, à cultura e aos desportos; o incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à capacitação tecnológica; a liberdade de manifestação de pensamento, artística e cultural; garantia de meio ambiente ecologicamente equilibrado; reconhecimento às diversas formas de organização familiar, além da proteção à criança, ao adolescente e ao idoso; preservação de valores sociais e culturais e prestação de assistência às comunidades indígenas.

Os direitos sociais, na doutrina do Professor Alexandre de Moraes²³: [...] se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória no Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como de fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

"O "problema social" que assustava a burguesia requeria pronta e eficaz intervenção do Estado, mas cedo concluiu-se que colocar a polícia na rua "para manter a ordem pública", não era solução."

"A Suíça instituiu o seguro social, através de Emenda Constitucional (1890). Esta emenda é a gênese da constitucionalização dos direitos sociais."

²²Op. cit. p.403

²³Curso de direito constitucional. São Paulo: Atlas, 1989, 4ª ed., p.181.

Enquanto os "direitos individuais" têm por característica fundamental a imposição de conduta negativa ou de não fazer para o Estado, os direitos sociais exigem do Poder Público diversas atividades e prestações positivas, com vistas a propiciar o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo o amparo em momentos que, por contingências da própria existência, exigem maiores recursos, quando as pessoas têm menos possibilidades de conquistá-los por seus próprios meios²⁴, como na doença, infância, velhice etc.

É neste sentido que Canotilho²⁵ afirma tratar-se de [...] *direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular obter algo através do Estado (saúde, educação segurança social).*

Canotilho e Vital Moreira²⁶ ressaltam que a garantia de direitos mínimos dos trabalhadores, nestes termos: [...] a individualização de uma categoria de direitos e garantia dos trabalhadores de caráter pessoal e político, reveste-se de um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade.

Esta postura intervencionista, no que toca especificamente aos trabalhadores, revela o abandono da posição absenteeísta do Estado que assume postura pró-ativa a favor da igualdade substancial entre as partes no contrato de trabalho, preserva a dignida-

de do cidadão trabalhador.

3.3 Natureza dos Direitos Sociais

Como visto acima, o Professor Canotilho²⁷ ensina que muitos dos Direitos Fundamentais são *direitos de personalidade* e que hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade.

O fator trabalho não é mais considerado algo degradante e vergonhoso para o homem livre. O homem moderno não pode limitar-se à vida contemplativa e à atividade militar, como os antigos. Ao contrário, o trabalho tem hoje a concepção de um *valor social* prestigiado, porque é a *atividade humana destinada a transformar ou adaptar recursos naturais com o fim de produzir bens e serviços que satisfaçam as necessidades individuais e coletivas*²⁸.

A importância do trabalho não tem só esta dimensão econômica, mas psicológica e ética que permite ao homem e à mulher realizar-se como pessoa. Sob este aspecto, chega-se a divinizar o trabalho, sem considerar apenas os seus fins sociais

e econômicos.

É por isso que se pode dizer que o trabalho é manifestação da personalidade, porque se constitui numa atividade que se pode exercer com liberdade e dignidade, nos limites de aptidão profissional de cada indivíduo. É através do trabalho que o indivíduo se realiza como pessoa, não só para se auto-sustentar, mas também para ganhar respeito no contexto social. O trabalho é fator

²⁴RIBEIRO BASTOS, Celso, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, 13ª edição, p.227.

²⁵Op.cit. p.384.

²⁶CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA Vital. *Fundamentos de direito constitucional*. Coimbra (Portugal): Coimbra.1994, Ed., p.41

²⁷op. cit., p.372.

²⁸BARILE, Giuseppe, *Enciclopédia del diritto e del economia garzanti*, apud, AFONSO DA SILVA, José, op.cit.,39.

fundamental de integração social com cidadania.

A proteção jurídica dos operários foi tolerada, nos primórdios, por autodefesa do próprio capitalismo, mas hoje deve evoluir para consolidar o respeito à dignidade da pessoa humana, do cidadão trabalhador e de sua família.

No início, os direitos sociais foram concebidos para preservar bens e valores que assegurem condições mínimas de vida digna, a determinado grupo de pessoas: oportunidade de trabalho em ambiente higiênico (físico e mental) e sem discriminação; remuneração que garanta o sustento próprio e da família, assistência à saúde e previdência social. Eram os trabalhadores que prestavam serviços subordinados — da fábrica (chapeleiro, calçadista, tecelão, metalurgia, cerâmica etc) ou de serviços urbanos (ferroviários, tróleibus, motomeiros e cobradores de bondes). Não beneficiava a generalidade da população trabalhadora, como aqueles que prestavam serviços por conta própria — autônomos — e os trabalhadores rurais, domésticos etc, embora vivessem em condições sociais semelhantes, idênticas ou inferiores às várias categorias de altos empregados.

O significativo avanço deu-se na medida em que à tutela daqueles valores jurídicos somaram-se outros, como o acesso à moradia, à educação, à cultura e aos desportos; o incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à capacitação tecnológica; a liberdade de manifestação de pensamento, artística e cultural; garantia de meio ambiente ecologicamente equilibrado; reconhecimento às diversas formas de organização familiar, além da proteção à criança, ao adolescente e ao idoso; preservação de valores sociais e culturais e prestação de assistência às comunidades indígenas.

Nesta nova dimensão, os direitos sociais têm o nítido propósito de assegurar vida digna, com perspectiva de “inclusão social” e erradicação da pobreza, não podendo, portanto, ser restrito a um grupo social (dos operários fabris e de serviços). A noção de vida digna passa a ter a conotação de dignidade com cidadania. Um conceito de cidadania não mais restrito à titularidade de direitos políticos, mas de cidadão com aptidão de participar da vida do Estado, ou *reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal*²⁹.

Por esta razão que o Professor Canotilho sustenta que os direitos sociais estão estreitamente associados a um conjunto de condições que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa como *pressupostos dos direitos fundamentais*: “Considera-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores — capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa — que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais”³⁰.

Além destes pressupostos que condicionam os direitos fundamentais, existem os elementos estruturais que são a base da proteção dos direitos sociais: “Assim, a concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais activa e comprometida ou de uma política quietista e resignada consoante se considere que, abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, as

²⁹AFONSO DA SILVA, José, op.cit.,p.36.

³⁰Op.cit.,p.444.

pessoas não podem tomar parte da sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais, ou se entenda que a cidadania social é basicamente uma conquista individual³¹.

Com efeito. Não se concebe cidadania sem respeito à dignidade da pessoa humana. Não é sem razão que o art. 1º da Constituição Federal proclama entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania (II) e a dignidade da pessoa humana (III). Estes dois princípios fundamentais têm dimensão além das relações entre a pessoa humana e o Estado, na medida em que transcendem para relações privadas. Neste sentido, o direito tutela as manifestações da personalidade, através dos princípios jurídicos da “boa-fé nos contratos”, da “solidariedade social”, da “função social do contrato”, da “finalidade social do direito”, da razoabilidade e da proporcionalidade, da equidade e equivalência das prestações, do acesso à justiça, da efetividade do processo etc. São princípios que visam proclamar valores e idéias universalmente indissociáveis da trilogia: *ética, a moral e o Direito*, eixo que dá às normas sociais caráter homogêneo e legitimidade.

“Não se concebe cidadania sem respeito à dignidade da pessoa humana.”

“...o direito tutela as manifestações da personalidade, através dos princípios jurídicos da “boa-fé nos contratos”, da “solidariedade social”, da “função social do contrato”, da “finalidade social do direito”, da razoabilidade e da proporcionalidade, da equidade e equivalência das prestações, do acesso à justiça, da efetividade do processo...”

Esta nova concepção de cidadania decorre da idéia de *Constituição dirigente*³² que não se conforma com um rol de

direitos sociais cuja efetividade fique na dependência do momento político e das vicissitudes da vida econômica. Esta nova dimensão de cidadania deve ser construída a partir do enriquecimento dos direitos fundamentais, com a participação ativa do indivíduo.

Neste contexto, a disciplina das relações de trabalho (empregado x empregador) é apenas um aspecto dos direitos sociais. É um regramento que se insere em um conjunto maior de medidas interventivas e protecionistas do Estado, com a especificidade de tutelar da pessoa humana, do cidadão trabalhador. Esta postura protecionista, sem cunho paternalista, se materializa em “políticas públicas” que tenham a potencialidade de incrementar o desenvolvimento material, intelectual, cultural e espiritual da pessoa humana, a partir da preocupação de eliminar barreiras e oferecer oportunidades de inclusão social.

Assim, a inserção dos direitos sociais como subespécie de direitos fundamentais se justifica, ainda mais, porque o trabalho é manifestação da própria personalidade humana e vital para a cidadania.

3.4 A desregulamentação, a flexibilização, a terceirização³³ e a hermenêutica constitucional

Como já ressaltado neste trabalho, difundiu-se a preocupação de que os encargos

³¹Op.cit., p.444

³²AFONSO DA SILVA, José. op.cit., p.36.

³³Desregulamentação é uma tendência de eliminação do princípio protetor do direito do trabalho, segundo o qual o Estado não intervém nas relações de trabalho, remetendo a sua disciplina exclusivamente à autonomia da manifestação de vontade individual (liberdade contratual) e coletiva (liberdade sindical). O fenômeno da flexibilização surge com a paulatina substituição do modelo de sociedade industrial que vai cedendo a uma sociedade tecnológica, cuja base é a automação que reduz postos de trabalho e exige especialização de mão-de-obra, com qualificação muito bem definida. Essa nova realidade sócio-econômica não conviveria mais com normas trabalhistas excessivamente protecionistas, imperativas, inflexíveis e inderrogáveis pela vontade das partes. Daí, necessidade de políticas salariais flexíveis, liberdade de contratar e despedir trabalhadores, maior mobilidade interna, com facilitação de transferências de trabalhadores e de introduzir novos sistemas produtivos e de contratações atípicas (precários, temporários e meias jornadas). A terceirização surge, inicialmente, porque as grandes fábricas passaram a depender, cada dia mais, do fornecimento de linhas de produtos componentes do seu produto final, ou realização de serviços especializados que exigem elevada especialização tecnológica que elas não dominam ou que seria inviável de executá-los diretamente por exigirem investimentos elevados, quando há empresas especializadas com tecnologia avançada capaz de fazer frente a essa demanda. No Brasil, a terceirização passou a ser também estratégia para diminuir custos (salários, encargos trabalhistas e fiscais), mediante a transferência para um terceiro da execução de tarefas que seriam normalmente executadas diretamente pela empresa. Cf. PINTO MARTINS, Sérgio, *Direito do Trabalho*, São Paulo: Atlas, 19ª ed., 2004, p. 203.

atribuídos ao Estado do *bem-estar social* acarreta custos econômicos e financeiros excessivamente elevados e, por conseguinte, insuportável carga tributária para os cidadãos em geral. Estes custos tornam a produção econômica menos competitiva no mercado internacional, não compatível com um "capitalismo maduro".

Com esta visão, a partir da década de 1980, acentuou-se o discurso em prol da "desregulamentação" das relações econômicas e sociais, da "flexibilização" e redução dos direitos sociais e da "terceirização" de serviços, para minimizarem os custos de produção. Tinha o nítido propósito de tornar a produção nacional competitiva no mercado internacional, por imperativo da globalização econômica ou pela integração dos mercados.

A Constituição admite expressamente a "flexibilização" de alguns direitos sociais como a redução salarial (art. 7º, VI), a ampliação de jornada máxima de trabalho (art. 7º, XIII, XIV), mediante controle sindical. Assim em algumas hipóteses, o constituinte brasileiro admitiu que a convenção e o acordo coletivo de trabalho são os instrumentos que legitimam a flexibilização das regras trabalhistas. Isto porque, o papel tradicional destes pactos normativos sempre foi de alteração dos níveis salariais e das condições de trabalho para melhorá-los, nunca para reduzir vantagens, como se passou a admitir. A Constituição não impede, pelo contrário, legitima a ampliação de certos direitos e vantagens, como a participação nos lucros e resultados; ampliação do prazo do aviso prévio ("aviso prévio proporcional"); elevação da taxa de adicionais de remuneração (serviços extraordinários, insalubridade, periculosidade, etc). Entretanto, admitiu a "flexibilização" de direitos dos trabalhadores como forma de redução de custos, em prol da manutenção de postos de trabalho etc.

"...a partir da década de 1980, acentuou-se o discurso em prol da "desregulamentação" das relações econômicas e sociais, da "flexibilização" e redução dos direitos sociais e da "terceirização" de serviços, para minimizarem os custos de produção."

"...algumas hipóteses, o constituinte brasileiro admitiu que a convenção e o acordo coletivo de trabalho são os instrumentos que legitima a flexibilização das regras trabalhistas."

No que se refere à redução de direitos e vantagens, contudo, a "flexibilização", ainda que sujeita ao controle sindical, não pode ser ampla e irrestrita, a ponto de reduzir vantagens que a Constituição Federal erigiu como direitos e garantias mínimas, indispensáveis a uma vida digna do trabalhador e sua família. Abaixo deste patamar mínimo de proteção ficará seriamente comprometido um padrão de vida com dignidade e cidadania. Logo, se constituiria em uma afronta às normas e princípios de Direitos Fundamentais. Reforça este argumento, o fato de a norma constitucional trazer alguns benefícios ao empregado que expressamente declara serem vantagens mínimas (salário mínimo, adicional de remuneração por trabalho extraordinário, insalubre e perigoso, gratificação de natal com base no salário integral, trabalho noturno superior ao diurno, abono de férias de 1/3 do salário normal etc.). Não se admite a supressão, nem a redução do valor de tais benefícios, ainda que mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Sempre que a "norma coletiva" assim dispuser deve ser considerada inconstitucional.

O argumento de que a Constituição, ao admitir a redução salarial e a ampliação prejudicial de jornada, por serem as cláusulas mais importantes do contrato de trabalho, legitima a redução de outros direitos, não procede. Isto porque, a redução salarial é medida excepcionalíssima para permitir que a empresa supere período de dificuldade econômico-financeira. A sua disciplina infraconstitucional é rigorosa, tanto que para ter validade, fica condicionada à limitação de retirada de *pro labore* dos sócios. A ampliação prejudicial de jornada é restrita a um grupo de trabalhadores que têm por benefício jornada reduzida de seis horas (CF/88, art. 7º, XIV).

No tocante à "terceirização" a Constituição é silente e a disciplina jurídica é toda infraconstitucional. Aliás, é precária a

legislação sobre terceirização de mão-de-obra. A lacuna legislativa ensejou a construção de jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 331. Não há uma definição jurídica do instituto. Dir-se-á, porém, que se fundamenta no princípio da *livre iniciativa* (CF/88, art. 1º, IV e art. 170). Tem prevalecido a máxima: se não há regra que proíba, permite-se a terceirização de atividade-meio, jamais da atividade-fim do empreendimento empresarial.

A Constituição não arrolou o exercício da *livre iniciativa* como um princípio fundamental isolado e absoluto, porque expressamente jungiu, atrelou e limitou-o aos valores sociais do trabalho, outro princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, IV). Não é demais lembrar que os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da cidadania (CF/88, art. 1º, II, III), igualmente fundamento do Estado Democrático de Direito, convergem para os objetivos fundamentais de uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3º, I). Não há aí conflito de princípios fundamentais, porque os princípios dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa só têm sentido se interpretados de forma harmônica, porque um é complementar do outro. Daí, serem indissociáveis.

Afronta, portanto, direitos e princípios fundamentais a terceirização de mão-de-obra em que o atravessador não anota a Carteira de Trabalho, remunera o trabalhador com salário inferior ao “piso da categoria”, não fornece equipamentos de prote-

ção contra acidente de trabalho, nem presta os primeiros socorros em caso de infelizmente. É afronta à dignidade da pessoa humana a remuneração por unidade de produção, em níveis tão ínfimos que impõem ao trabalhador esforço físico sobre-humano, para obter diária minimamente satisfatória. Esta forma de remuneração foi apontada como provável causa de morte de onze (11) trabalhadores rurais em serviço de corte de cana, por exaustão, no Estado de São Paulo, diagnosticada como “parada cardio-respiratória”, por excesso de trabalho³⁴.

Estas condições de trabalho são degradantes, em relação aos trabalhadores que têm vínculo direto com as Destilarias de Alcool e Usinas de Açúcar, no interior do Estado de São Paulo. Os empregados das agroindústrias desfrutam de situação privilegiada, na maioria dos casos, porque recebem os benefícios da legislação social, circunstância nem sempre alcançada pelos trabalhadores de “empresas terceirizadas”. A terceirização nestes moldes afronta Direitos Fundamentais do cidadão trabalhador.

CONCLUSÃO

É costume sustentar-se que, no Brasil, predominou uma tendência estatizante que refletiu intensamente na elaboração do texto constitucional de 1988, especificamente no que se refere aos direitos sociais. Diz-se que a consequência foi a concessão paternalista de numerosos benefícios trabalhistas e a criação de um sistema de previdência social excessivamente generoso, incompatível com a realidade social e econômica do País. O Brasil estaria, então,

“...se não há regra que proíba, permite-se a terceirização de atividade-meio, jamais da atividade-fim do empreendimento empresarial.”

“É afronta à dignidade da pessoa humana a remuneração por unidade de produção, em níveis tão ínfimos que impõem ao trabalhador esforço físico sobre-humano, para obter diária minimamente satisfatória.”

³⁴O Procurador do Trabalho, Dr. Aparício Querino Salomão, na conclusão da diligência para apurar as causas da morte do trabalhador rural José Mário Alves Gomes, o “Timba”, 47 anos, em lavouras da Usina Rio das Pedras, Piracicaba-SP, declarou que “*Numa avaliação preliminar estou convencido de que a morte ocorreu por excesso de trabalho, consequência do pagamento por produtividade. (...) Eles trabalham por produção e quanto mais cortam mais ganham. No esforço de ganhar mais acabam adoecendo*”. A morte de Timba é a décima primeira em condições semelhantes desde o ano passado, denunciadas pela Pastoral do Migrante de Guariba”. Cf., BOLETIM INFORMATIVO, Campinas: Procuradoria Regional do Trabalho/15ª Região, Ano I, nº 05- dezembro 2005, páginas 6-7.

na contramão da história, pois os principais países do mundo ocidental, como os Estados Unidos da América, Inglaterra, Alemanha, França, Itália, Espanha vêm há algum tempo se afastando do modelo *Welfare State*.

Não há dúvida que o modelo clássico do *Welfare State*, tal como concebido nos seus primórdios está sofrendo revisão porque a sua evolução se faz necessária. O seu aprimoramento se dará através de um processo paulatino de atualização e adaptação aos tempos modernos e que se convencionou denominar de “capitalismo maduro” e da globalização.

O capitalismo no Brasil, porém, não está mais estruturado ou asentado em uma economia rural de latifúndio “semi-feudal”, como as fazendas de café de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo ou de rústicos engenhos de cana para produção de açúcar do Nordeste, nem em meia dúzia de fábricas rudimentares e incipientes, como se encontrava no primeiro quartel do século XX.

O desenvolvimento industrial e tecnológico transformou o parque industrial do País entre os mais desenvolvidos do globo. As agroindústrias de produção de açúcar e álcool para combustível, de sucos de frutas e o agrobussines são a expressão da pujança agropecuária, no Brasil. Vários setores industriais é o berço de tecnologia de ponta, como as montadoras de veículos e máquinas pesadas, da aviação civil, de eletro-eletrônicos, da construção civil e metalurgia, por exemplo. O setor financeiro é um dos mais avançados do mundo (não sei se para a felicidade ou infelicidade do povo). No campo da energia temos uma estrutura gigantesca de usinas hidroelétricas e estamos às vésperas

da auto-suficiência de produção de petróleo³⁵. Não é possível enumerar de forma exaustiva o avanço tecnológico e o crescimento econômico do País. Constata-se uma acumulação de capital talvez alguém do desejável, mas muito significativo.

Por outro lado, pelos dados do IBGE, em outubro de 2003³⁶, o País contava com 10.335.962 empresas urbanas na informalidade que ocupavam 13.830.868 trabalhadores, dentre estes, trabalhadores por conta própria, pequenos empregadores, trabalhadores sem carteira assinada e trabalhos não remunerados. Em 2004³⁷, 17,8% da população não dispunha de água encanada, 34,5% não tinha esgoto. Neste mesmo ano, segundo dados do IBGE, a taxa de analfabetismo era de 10,5% entre homens e 10,8% entre mulheres. Se acrescentarmos estes aos dados da população sem moradia digna, residindo em favelas, palafitas nas periferias urbanas e os trabalhadores rurais expulsos do campo sem trabalho, o quadro se agrava ainda mais.

Os dados disponíveis permitem constatar um brutal descompasso entre desenvolvimento econômico e social. Diante deste quadro, cabe pergunta inevitável: considerando os altíssimos níveis de trabalho e atividade informais, a taxa crescente de desemprego, a falta de oportunidade de trabalho para a população jovem, a péssima distribuição de renda e o restritivo acesso da população de baixa renda aos serviços públicos básicos, como falar em Direitos Fundamentais como cidadania, igualdade, dignidade, liberdade, direitos da personalidade, acesso à justiça etc, para esta parcela da sociedade?

“...o modelo clássico do Welfare State, tal como concebido nos seus primórdios está sofrendo revisão porque a sua evolução se faz necessária.”

“As agroindústrias de produção de açúcar e álcool para combustível, de sucos de frutas e o agrobussines são a expressão da pujança agropecuária, no Brasil.”

³⁵ISTO É – DINHEIRO. Petróleo 100% brasileiro, logística para a auto-suficiência. São Paulo: Editora Três, n. 1250, p. 95.

³⁶IBGE, banco de dados sobre economia informal, disponível em <http://www.ibge.gov.br>

³⁷IBGE, banco de dados sobre Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio - PINAD, <http://www.ibge.gov.br>

A conclusão é inevitável; aquilo que se convencionou denominar de “inclusão social” é pressuposto essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. E a inclusão social só se dará pela efetividade dos direitos sociais preconizados pela “Constituição Cidadã”, amparados pelo manto da imutabilidade prejudicial, contemplada no art. 60, § 4º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. *Direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 5ª edição, 1989.

_____. *Comentário contextual à Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 1ª edição, 2005.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluzo. *Direito Econômico*, São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2003.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, Brasília: UNB, 5ª ed., 2004.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra (Portugal): Almedina, 3ª edição, 2001.

_____. e VITAL MOREIRA. *Fundamentos de direito constitucional*, Coimbra (Portugal): Almedina, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 7ª edição, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Proposta para uma teoria fundamental de direito constitucional*, Tese – Direito Constitucional USP/SP – Concurso Público para cargo de Professor Titular, 2005.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: RCS Editora, 4ª edição, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Atlas, 6ª edição, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Atlas, 4ª edição, 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, v.I, Rio de Janeiro: Forense, 25ª edição, 2003.

PINTO MARTINS, Sérgio. *Direito do Trabalho*, São Paulo: Atlas, 19ª edição, 2004.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, Rio de Janeiro: Editora Bolshoi, 3ª edição, 1960.

RIBEIRO BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 13ª edição, 1990.

SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*, São Paulo: Revista Ltr, nº 69-11/1287, 2005.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo: Landy, 1ª edição. 2003.

BOLETIM INFORMATIVO, Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região-Campinas/SP, Ano I, nº 05- dezembro, 2005.

“...a inclusão social só se dará pela efetividade dos direitos sociais preconizados pela “Constituição Cidadã”, amparados pelo manto da imutabilidade prejudicial...”

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS: NOVO MODELO DE NORMATIVIDADE?

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI *

*"Ontem os Códigos; hoje as Constituições.
A revanche da Grécia contra Roma"*

Paulo Bonavides

*Abriu em mim um susto;
porque: passarinho que se debruça
o vôo já está pronto!*

João Guimarães Rosa

Resumo: A comemoração dos 20 anos de instalação do Tribunal do Trabalho em Campinas, no mesmo ano em que se celebra os 60 anos de inserção da Justiça do Trabalho como integrante do Poder Judiciário, leva à necessidade de abordar o tema da constitucionalização dos direitos trabalhistas, notadamente quando ainda estão sendo digeridos os efeitos provocados pela Emenda Constitucional 45, e já se ouve pelo país algumas vozes conclamando a instalação de uma nova Constituinte, ou uma reforma constitucional. O presente artigo se propõe a refletir sobre o significado desta constitucionalização para a nação brasileira e para o direito como ciência.

Sumário: 1 Introdução; 2 *Fiat justitia, pereat mundus*; 3 Um exemplo concreto; 4 O aumento da complexidade; 5 A evolução de um conceito; 6 A força normativa da Constituição; 7 Os novos métodos de interpretação; 8 A teoria dos jogos; 9 A sistematização; 10 A Constitucionalização; 11 Os efeitos práticos deste movimento; 12 Conclusão; 13 Bibliografia.

Palavras-chave: Constitucionalização dos direitos trabalhistas - teoria dos jogos

* Tereza Aparecida Asta Gemignani é Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Doutora em Direito do Trabalho - nível de pós-graduação pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP - Universidade de São Paulo

INTRODUÇÃO

Escrever sobre a constitucionalização do direito trabalhista, logo após a promulgação de uma emenda constitucional de grande envergadura, é tarefa complexa, que desencoraja à primeira vista, pois além de ter que discorrer sobre as questões envolvidas no calor dos acontecimentos, sem o distanciamento temporal necessário para reflexões mais aprofundadas, exige ponderação e bom-senso para delinear cenários, com as ferramentas de um presente em frenético estado de ebulição.

Mas não vou me furtar a tal desafio.

Não só como forma de contribuir para a reflexão científica, mas principalmente por acreditar, que a construção de um novo modelo institucional para o Poder Judiciário exige o encaminhamento do debate para as questões afetas à constitucionalização, com o olhar posto no horizonte do futuro.

No ano de celebração dos 60 anos de inserção da Justiça do Trabalho, como integrante do Poder Judiciário, promovida pela Constituição Federal de 1946, inequívoca a propriedade do tema, numa revista comemorativa dos 20 anos da instalação do Tribunal Regional do Trabalho em Campinas. Com jurisdição ampla abrange diferentes Municípios, nos quais a atividade econômica, urbana e rural, apresenta intensa diversidade, abarcando desde os modos mais simples e rudimentares da produção de artesanatos e manufaturados, até a prestação de serviços e fabricação de produtos de alto valor agregado, destinados a exportação, que em volume expressivo são escoados pelo Aeroporto Internacional da região - Viracopos, bem como transportados via terrestre para abastecer os demais países do sul da América Latina. Assim, situado num dos mais desenvolvidos pólos produtivos do país, o Tribunal de Campinas é chamado a administrar justiça e garantir

"Assim, situado num dos mais desenvolvidos pólos produtivos do país, o Tribunal de Campinas é chamado a administrar justiça e garantir segurança jurídica às relações trabalhistas que se desenvolvem num ambiente de significativa complexidade."

segurança jurídica às relações trabalhistas que se desenvolvem num ambiente de significativa complexidade.

Dai a necessidade de reelaborar conceitos e perspectivas, para evitar o risco apontado por Luis Roberto Barroso, ao alertar para "uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que não se inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo".

2 FIAT JUSTITIA, PEREAT MUNDUS

Nosso ordenamento jurídico foi edificado como um sistema de normas, destinadas a balizar os parâmetros definidores do legal/ilegal.

Nada mais.

Quaisquer outras considerações eram alijadas do debate, sob o argumento de serem incabíveis na esfera do jurídico.

Conceitos como moralidade e eficiência, por exemplo, eram prontamente excluídos.

O primeiro, porque pertencia a uma outra ótica de considerações. O segundo, porque pouco importava. Afinal, para a decisão jurídica bastava que fossem observadas as diretrizes balizadoras do legal/ilegal, sendo desnecessário considerar se, em virtude disso, o mundo poderia perecer, como já sinalizava o famoso provérbio latino.

Tal concepção, aparentemente aceitável quando se tratava de resolver conflitos relacionados a justiça comutativa, entrou em colapso com o estado social.

Com efeito, a ampliação da atuação estatal, adotada com o escopo de gerir e implementar políticas públicas, trouxe para o âmbito do direito questões de justiça distributiva, que antes se mantinham apenas na órbita política.

E aí, como aceitar o *pereat mundus*, que poderia comprometer sua própria existência?

No Brasil, tal discussão se mantém cada vez mais acesa no campo do direito do trabalho. Nascido no imbricamento do direito privado com o direito público, o direito do trabalho sempre foi chamado a enfrentar questões, que demandavam a análise destas duas perspectivas.

Temas candentes como emprego, renda, informalidade, critérios de reajuste salarial, atuação de movimento grevista, limites da atuação disciplinar no local de trabalho, condutas de assédio moral e sexual, nem de longe podem ser reduzidos à equação do *do ut des* que caracteriza a lógica da justiça comutativa.

3 UM EXEMPLO CONCRETO

Um exemplo concreto da dificuldade de bem equacionar os problemas na atualidade, pode ser apresentado com a questão das horas extras, suscitada na grande maioria dos conflitos trabalhistas.

Aparentemente, poderia ser vista apenas como uma questão de justiça comutativa. Aquele que trabalhou, tem direito a receber o pagamento respectivo. Se foi pago, deixa de existir o conflito.

Entretanto, o problema é mais amplo.

A reiterada prestação de jornadas extenuantes mina a saúde do trabalhador, e o afasta de casa por longos períodos. Mesmo que tal redunda no recebimento de um salário maior no final do mês, há custos e encargos que não podem ser desconsiderados, e que não são suportados só por ele, mas por toda a sociedade.

Num período de médio/longo prazo as vantagens se diluem. Este trabalhador apresentará muito mais problemas de saúde, maior risco de sofrer acidente no trabalho, e assim inchar o número dos que permane-

cem afastados, recebendo benefícios previdenciários. Além disso, com a precarização da saúde, suas chances de empregabilidade diminuem, há um inequívoco e concreto risco de redução de seu nível salarial quando entra na fase de alta rotatividade nos empregos, culminando pela perda definitiva do posto de trabalho quando atinge a meia-idade, via de regra época em que as despesas da família mais aumentam. Não teve tempo para se dedicar aos filhos quando pequenos, e acaba por oferecer-lhes um exemplo pouco edificante quando estes atingem a adolescência, de modo que não é incomum a desagregação familiar e o alco-

olismo, que vai levar a novas doenças, violência doméstica e abandono, ampliando o leque das necessidades, cujo atendimento exige muito mais da atuação estatal.

Por isso, um conflito que aparentemente parece singelo, e restrito ao interesse das duas partes que celebram um contrato de trabalho, na verdade se reveste de muito mais complexidade, interferindo de forma direta na edificação de políticas públicas, que exigem critérios de aferição próprios da justiça distributiva.

Neste contexto, o *pereat mundus* se torna insustentável.

O grande desafio deste início de um novo século, portanto, é construir outro padrão normativo, que permita conjugar os dois valores, ou seja, fazer justiça e evitar que o mundo pereça na instabilidade trazida pela insegurança jurídica.

A Constituição Federal de 1988 teve o mérito de mostrar esse dilema como uma fratura exposta.

Ao albergar em seu corpo normas de direito trabalhista, e instituí-las como direitos fundamentais no artigo 7º, pretendeu demonstrar que ao definir o país como uma república democrática, fundada no trabalho como valor, não estava apenas adotando um discurso politicamente correto. Fixava

"Temas candentes como emprego, renda, informalidade, critérios de reajuste salarial, atuação de movimento grevista, limites da atuação disciplinar no local de trabalho, condutas de assédio moral e sexual, nem de longe podem ser reduzidos à equação do do ut des que caracteriza a lógica da justiça comutativa."

normas de conduta, para balizar que tipo de atuação os poderes públicos deveriam dispensar em relação ao trabalho humano. O tratamento que deve ser conferido a um direito estruturante, ou seja, destinado a fixar os alicerces da sociedade brasileira.

A Emenda Constitucional 45/2004 deu um passo a mais neste caminho, ao expressamente incluir no elenco dos direitos fundamentais - inciso LXXVIII no artigo 5º -, o princípio da eficiência, que anteriormente constava do artigo 37 da Lei Maior, deste modo reafirmando a inserção da idéia de eficiência no conceito do jurídico.

O grande desafio, portanto, é manejar os instrumentos jurídicos para fazer valer, conjuntamente, a justiça e a eficiência, como balizadoras da conduta social.

Para tanto seriam suficientes os critérios estabelecidos nas regras, destinados a delimitar as fronteiras entre o legal e o ilegal?

Parece que não.

Pela simples e boa razão de que nem sempre o legal é eficiente e, nem sempre o eficiente é legal.

4 O AUMENTO DA COMPLEXIDADE

Além disso, há um inequívoco complicador.

Quando se trata de aferir a implementação de critérios de eficiência, em relações que envolvem justiça comutativa, a avaliação se restringe aos interesses contrapostos que estão explícitos.

No caso dos conflitos trabalhistas, que via de regra também envolvem a aplicação de justiça distributiva, o nível de complexidade aumenta, pois implica em considerar também o que está implícito, ou seja, um amplo universo dos que se beneficiam, ou não, desta eficiência, que pode ser manipulada, de forma que sob o aparente atendi-

mento de interesses públicos ou coletivos, na verdade acabam por atender interesses corporativos e setoriais, de quem tem o controle de certos segmentos produtivos da sociedade.

Artigo publicado pelo Jornal *O Estado de São Paulo* chama atenção para a “pressão impiedosa sobre a renda do trabalho”, e o conseqüente “retorno crescente para os donos do capital”. O articulista Morgan Stanley¹ registra que, embora os níveis de desemprego tenham caído nas economias dos países mais desenvolvidos como Japão, Alemanha e EUA, em nenhum ocorreu aumento significativo dos salários, ou da “fatia do trabalho na renda nacional”, restando evidente que o inquestionável aumento de produtividade não aumentou a renda, que deveria ter sido destinada a remunerar o trabalho.

Como explicar tal fenômeno, num momento em que se intensifica a forma de pagamento por produtividade, e a “participação nos lucros e resultados”, como modalidades cada vez mais utilizadas nas relações de trabalho?

O resultado revela que, sob o aparente, e convincente, discurso de possibilitar o recebimento de um

salário maior pela produtividade apresentada, bem como uma “participação” nos lucros e resultados, na verdade o que o sistema tem feito é sub-repticiamente levar o trabalhador a participar dos riscos do empreendimento econômico, sem lhe conceder o correspondente poder de decisão, ou nível de informação, para tanto. Neste caso, não se pode negar que haja o implemento da eficiência, só que os benefícios são apropriados preponderantemente por uma das partes, como demonstra a alta lucratividade das grandes corporações, com reduzidíssima participação dos trabalhadores, tudo acompanhado de uma socialização dos prejuízos, que

“Pela simples e boa razão de que nem sempre o legal é eficiente e, nem sempre o eficiente é legal.”

“...na verdade o que o sistema tem feito é sub-repticiamente levar o trabalhador a participar dos riscos do empreendimento econômico, sem lhe conceder o correspondente poder de decisão, ou nível de informação, para tanto.”

¹STANLEY, Morgan “A pressão impiedosa sobre a renda do trabalho nos 3 ricos” - *Jornal O Estado de São Paulo* - pág. B4-28/10/2006

serão arcados por toda a coletividade que vive no entorno desta relação, não só pelo aumento da demanda por serviços públicos, que deverão ser por ela custeados, mas também por se ver privada de uma circulação maior de renda, já que no Brasil este excedente é "enviado para a matriz", e dificilmente se transforma em investimento.

O grande desafio, portanto, é transformar os ganhos de produtividade em "aumento da fatia do trabalho na renda nacional".

Ademais, eficiência não pode ser aferida apenas sob o binômio custo/preço. Há inúmeras variáveis humanas, como qualidade de vida, valorização dos relacionamentos e da vida familiar, necessidade de empregar mais tempo na educação dos filhos, no aprimoramento pessoal e profissional, que não tem preço, mas ostentam inequívoco valor na mensuração dos estados de eficiência. Assim sendo, tal conceito, que passou a ser integrado no corpo da Constituição Federal de 1988, não pode ser lido apenas pela ótica da economia. É necessária a reelaboração sob a perspectiva jurídica, para que possa ser reconhecida sua normatividade, e conseqüente exigibilidade como norma de conduta.

A questão se torna mais complexa quando é ampliado o foco da abordagem, atentando-se para as novas variáveis conjunturais, de uma sociedade/espetáculo, que vem acentuando os níveis de alienação. Assim, a exclusão não ocorre só por desníveis de renda.

É muito mais grave.

O trabalhador, separado dos benefícios gerados pelo produto de seu trabalho, se vê cada vez mais alijado do controle da própria vida. Como bem observa Guy Debord², na fase primitiva da acumulação capitalista, o homem só é reconhecido como parte da sociedade quando atua como operário, "que deve receber o mínimo indispensável para conservar sua força de trabalho". Quando a intensificação deste trabalho leva

a uma situação de abundância das mercadorias produzidas, o sistema exige "uma colaboração a mais" deste trabalhador que, além de produzir aceleradamente, agora também se vê compelido a assumir a condição de consumidor voraz do que é produzido, mesmo que disso não necessite, para ser tratado como integrante da sociedade. Assim, perversamente, passa a produzir e consumir de forma frenética, numa intensidade que não é monitorada pela necessidade, mas pelo desejo, controlado pelo ritmo da sociedade do espetáculo, que precisa sempre parecer mais. Deste modo, a sociedade que separa pela raiz o sujeito, e a atividade prestada, subtrai-lhe o próprio tempo, e o homem passa a deter a sensação estranha de ser sempre um estrangeiro, alguém de fora, cuja entrada no sistema apenas é permitida enquanto estiver produzindo/consumindo, sem valer mais nada além disso, sem ter respeitado seu próprio ritmo.

Ao discorrer sobre os crescentes desafios da atualidade, Sadi dal Rosso³ explica que o crescimento da produtividade é "por essência, poupador de trabalho. Essa relação entre produtividade e trabalho explica porque... nos defrontamos com um dos mais sérios problemas sociais de todos os tempos: o desemprego... sem acesso ao trabalho e a remuneração, a pessoa fica enfraquecida nos outros direitos individuais... dependente do Estado, levando a quadros crescentes de desigualdade social".

O que o direito do trabalho se propõe, como ciência, é quebrar essa equação.

Atua como um dique de proteção do trabalho como valor fundante da república brasileira, tal como consta do artigo 1º da Carta Política de 1988. Assim, ressalta que o exercício do trabalho deve ser resguardado, como atividade que possibilita a realização e o aprimoramento da dignidade humana. Para tanto, deve respeitar a condição da pessoa do trabalhador, garantindo-lhe um espaço de inserção na sociedade, independentemente de sua capacidade maior, ou menor, de produzir e consumir.

²DEBORD, Guy - *A sociedade do espetáculo* - Contraponto Editora Ltda - Rio de Janeiro - 1997 - pág. 31 e segs.

³DAL ROSSO, Sadi - *A jornada de trabalho na sociedade* - O castigo de Prometeu - São Paulo - Editora LTR - 1996 - págs. 421 e seguintes

É evidente que se trata de um objetivo de grande envergadura, que tem a ver com o tipo de Estado e sua organização política.

Neste sentido, a constitucionalização do direito do trabalho recompõe a fragmentação que o capitalismo impôs à prestação do trabalho, e por isso se revela imprescindível para garantir a eficácia do novo marco normativo.

5 A EVOLUÇÃO DE UM CONCEITO

Importante registrar as diferentes perspectivas de cada movimento científico, como resposta às alterações conjunturais da sociedade. Assim o jusnaturalismo, que predominou no século XVIII, se assentava na idéia de que a condição de pessoa tornava o homem titular de direitos, independentemente da existência de uma norma jurídica, que assim expressamente estabelecesse.

O século XIX empreende um novo caminho, passando a identificar o direito com a lei nacional, movimento que teve seu apogeu na França, notadamente após a promulgação do Código de Napoleão, levando à conclusão de que só podia ser considerado direito o que estava posto na lei.

Tal diretriz mais se acentuou no século XX, conduzido pelo intenso desenvolvimento científico, e valorização da razão, assim impulsionando o espraiamento do positivismo, que levou à definitiva separação entre os conceitos de direito e justiça.

O acirramento dos conflitos sociais, após a 2ª Guerra, veio demonstrar a precariedade desta estrutura, que começou a ser abalada por um novo movimento, denominado de pós-positivismo que, ante a constatação dos horrores cometidos pelos

regimes totalitários, muitas vezes “em nome da lei”, concluiu ser impossível a manutenção de um estado de Direito despartado da ética e da justiça. Apesar de ter começado com manifestações doutrinárias e jurisprudenciais isoladas, que muitas vezes provocavam sentimentos de insegurança, aos poucos foi caminhando com mais firmeza, até chegar ao momento atual. Hoje, sem enveredar pelo extremo de propugnar o descarte do texto legal, a ciência jurídica vem reconhecendo a importância do componente ético na formação da normatividade, pois há valores que regem a vida em sociedade, e assim devem ser considerados, mes-

mo que não explicitados numa regra positivada. É um movimento que vem sendo denominado de *princípioalismo*, pautado pelo “reconhecimento da normatividade dos princípios, que são a via pela qual os valores ingressam na ordem jurídica”, implicando também no reconhecimento da “centralidade dos direitos fundamentais e as múltiplas implicações daí resultantes”, como explica Luis Roberto Barroso⁴.

Entretanto, para que tal ocorra, é preciso reconhecer duas grandes mudanças paradigmáticas, operadas com a promulgação da Carta de 1988, quais sejam, a força normativa da Constituição e os novos métodos de interpretação.

6 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O reconhecimento da força normativa da Constituição implica em considerá-la não só como uma carta política, mas também como um documento jurídico, que estabelece normas de conduta, que assim podem ser exigidas perante qualquer Juízo ou Tribunal.

“Neste sentido, a constitucionalização do direito do trabalho recompõe a fragmentação que o capitalismo impôs à prestação do trabalho, e por isso se revela imprescindível para garantir a eficácia do novo marco normativo.”

⁴BARROSO, Luis Roberto - *O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito* - Temas de Direito Constitucional - tomo III - Rio de Janeiro - Editora Renovar - 2005 - págs. 505 e seguintes

Tais normas sinalizam uma reaproximação entre o direito e a ética, colocando a Constituição no centro do ordenamento jurídico, como pólo irradiador da normatividade. Como conseqüência, há um esvaziamento dos antigos microsistemas e um espraiamento da norma constitucional para reger também as relações privadas. Tal se dá porque ocorre uma alteração importante na perspectiva jurídica. Hoje, as relações de justiça comutativa se acham imbricadas com questões de justiça distributiva, o que torna impossível a busca de solução do conflito apenas nas normas de natureza privada. Ademais, como bem pondera Barroso, passando para o centro, a Constituição funciona "como a lente, o filtro através do qual se deve olhar para o direito de uma maneira geral", fenômeno conhecido como de "filtragem constitucional", através do qual a Constituição baliza a aplicação de todas as normas do sistema jurídico.

Esta nova perspectiva traz mudanças significativas no contorno das regras de conduta, destinadas a reger a vida dos cidadãos. Com efeito, o fim da idéia da autoridade marital, a igualdade sucessória dos filhos incluindo os havidos fora do casamento, entre outras, foram alterações importantes operadas no direito civil. Assim, também, a superação da idéia restritiva de identificação do princípio da legalidade apenas à lei, substituída por sua "vinculação à Constituição, que passa a ser direta e imediatamente aplicável", independentemente de determinação do legislador, bem como a aceitação do controle judicial da discricionariedade do administrador, pautado pela aferição de observância dos princípios constitucionais, como razoabilidade, moralidade, eficiência, na área do direito administrativo, exponenciam os novos vetores trazidos pelo movimento de constitucionalização.

Em relação ao direito trabalhista, oportuno consignar, que é exatamente por isso que a abertura de espaços para a negociação coletiva, como dispõem alguns incisos do artigo 7º da Constituição Federal, não pode ser interpretada sob a ótica jurídica anterior. Sua inserção só se justifica quando analisada sob a perspectiva da ética e do princípio de justiça, que decorrem da força

normativa da Constituição, conceito que muitos atores sociais ainda não compreenderam. Aproveitando-se do permissivo negocial no que se refere a duração de jornada, vários acordos e convenções coletivas se limitaram a leitura literal, e passaram a estipular a prorrogação do horário de trabalho, sem o pagamento de qualquer contraprestação ou oferecimento de compensação. Muitos também promoveram drástica redução do intervalo para refeição, mesmo em jornada dilatada, sem atentar para as condições de higiene e segurança. Ora, o descompromisso ético de tal conduta é evidente, pela simples e boa razão de que um dos lados não pode receber benefícios, enquanto o outro só arca com os prejuízos, que não detém apenas conotação econômica, mas também custos significativos para a saúde, gerando conseqüências quanto ao aumento do número e gravidade dos acidentes de trabalho, assistência médica, risco de baixa empregabilidade futura, exacerbação dos índices de pobreza, desagregação e violência doméstica, desamparo aos filhos, e por aí vai.

Ou seja, não há como analisar o problema apenas sob o simples prisma comutativo de um contrato. Há questões de justiça distributiva imbricadas, há aspectos éticos e conseqüências que se espraiam por todo o entorno social em que ocorre o fato trabalhista. Por isso, impossível examinar o caso sem analisar o marco axiológico posto pela própria Constituição, no sentido de que deve haver uma negociação coletiva efetiva para tanto, com a concessão de benefícios a todos os participantes, assim elevando os níveis de eficiência e de melhoria das condições de trabalho, espraiando seus efeitos também no núcleo social em que o fato ocorre.

7 OS NOVOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

A consideração da força normativa da Constituição vem exigindo o desenvolvimento de uma "dogmática própria para a interpretação constitucional, levando em conta as suas múltiplas especificidades".

Este novo modelo está fundado na participação mais efetiva do juiz.

Com efeito, sua atuação deixa de limitar-se apenas a um processo de subsunção do conflito à solução já posta na norma. Trata-se de um sistema fundado no modelo de cláusulas abertas e normatividade dos princípios, em que o juiz se torna co-participante do processo de criação do direito, atuando ao lado do legislador, fazendo valorações próprias e realizando escolhas.

Essa atuação mais ampliada, que é chamado a desenvolver pelo novo modelo de constitucionalização, que preservou a garantia dos direitos em princípios, exige a utilização de novos instrumentos para que possa equacionar a solução, notadamente em caso de colisão da norma principiológica, para tanto se valendo da ponderação, dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, a constitucionalização do direito leva à edificação de um novo modelo de normatividade, apto a solucionar os conflitos cada vez mais complexos que afloram na sociedade contemporânea.

No mundo do trabalho esta complexidade se acentua de maneira significativa, pois o dado conjuntural/econômico, que permeia as relações laborais, aumenta os níveis de insegurança, em decorrência de sua volatilidade.

Ademais, a intensificação dos conflitos coletivos desafiam os aplicadores do direito a buscar novas ferramentas, por se constatar que os métodos até então utilizados, no caso de conflitos individuais, se revelam ineficientes para solucionar os dissídios de natureza coletiva.

8 A TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos vem sendo estudada como método hábil, para aferir como o direito interfere na conduta dos atores sociais e agentes públicos, alterando escolhas, direcionando resultados, condicionando opções de conduta, de modo que se apresenta cada vez mais útil na apresentação de possíveis alternativas para a solução dos conflitos coletivos.

Um dos seus propósitos é exatamente dissecar e simplificar situações complexas, de modo a permitir a identificação dos principais elementos definidores, e assim

possibilitar a obtenção de resultados, que se aproximem do nível de desejabilidade traçado pelos atores sociais de um conflito coletivo. Para tanto, é preciso construir estratégias que possibilitem a tomada de decisões consistentes com os objetivos, de modo a implementar a maximização da utilidade esperada.

Importante registrar que essa utilidade nem sempre pode ser apenas medida em dinheiro. Valores outros como qualidade de vida, oportunidade maior de lazer, prestígio, *status* e reconhecimento social podem interferir na caracterização da utilidade, sem levar a qualquer vantagem financeira suplementar. Assim, dependendo de certas situações conjunturais, para os empregados pode ter mais utilidade obter boas condições de qualidade de vida no local de trabalho, do que receber um reajuste salarial maior, o que vai justificar a atuação sindical neste sentido.

O ponto de equilíbrio, também conhecido como "Equilíbrio de Nash", será alcançado quando a ação de cada um for a melhor resposta possível, ante a estratégia adotada pelo outro, e não houver nenhuma vantagem em se adotar conduta diversa.

A construção de cláusulas normativas, pelos sindicatos patronais e profissionais, ou mesmo entre os sindicatos de empregados e os representantes das empresas, com a finalidade de pôr fim aos conflitos coletivos, envolve um jogo de estratégia peculiar, que se desenvolve num processo específico, diferente do que ocorre em relação aos demais marcos normativos, pois requer a análise conjunta da perspectiva jurídica e também da econômica, que invariavelmente atuam num sistema de interconexão. Com efeito, neste tipo de conflito, se a aplicação das normas jurídicas for desatrelada das consequências econômicas, pode levar à ineficácia do parâmetro normativo escolhido. Por outro lado, considerar apenas a perspectiva econômica pode redundar em condutas predatórias e lesivas ao elo mais fraco, que detém menor poder para barganhar e traçar estratégias decisivas.

Para o jurista, acostumado a lidar com o conceito da legalidade, é desafiante

entender os novos mecanismos, cuja utilização vem se acentuando nos últimos tempos, com o escopo de encontrar caminhos mais eficientes para a solução dos conflitos coletivos no mundo do trabalho.

Como explicam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi⁵, nestes casos, a "lei funciona mais como condição básica e necessária, do que como condição suficiente". Deste modo, ao dissecar a forma estratégica do comportamento dos atores sociais, a "teoria dos jogos auxilia o direito em seu papel de indutor de condutas, a auto-avaliar-se e a identificar formas de melhorar a sua eficácia e eficiência".

Por exemplo, uma atuação mais propositiva em mesa de negociação coletiva, que consiga instituir em cláusula normativa um ônus maior ao empregador, que descumprir sua obrigação e deixar de adotar certas providências necessárias para garantir higiene e segurança no local de trabalho, visa estrategicamente aumentar a eficiência, que redundará em benefício de trabalhadores e empregadores.

Destarte, a solução do conflito coletivo não pode mais ser obtida pelo modelo anterior, que consistia apenas em fazer valer a norma posta, sem quaisquer outras considerações. Hoje se percebe que tal objetivo é insuficiente, pois não leva a eficiência, cuja implementação necessita de um estímulo estratégico, quanto a benefícios, ou desoneração de custos. Entretanto, tal não pode redundar em ônus apenas para uma das partes, sob pena do jogo sofrer um esvaziamento de seu objetivo, e assim provocar um conflito maior, ao invés de solucioná-lo. Deste modo, ao oferecer recompensas, ou possibilitar a aplicação de penalidades, a teoria dos jogos disponibiliza novos instrumentos, hábeis à implementação de benefícios mútuos, em que a concessão de um está diretamente atrelada ao outro.

Neste sentido, explicam os citados autores, as técnicas aplicadas pela teoria dos jogos, (que não serão aqui explicitadas pois não é o escopo deste trabalho), "permitem

modelar as interações entre os indivíduos em que estes agem estrategicamente - isto é, levando em conta o que os outros fazem - e, assim, tentar prever suas decisões, supondo que eles demonstrem um comportamento racional".

Deste modo, a contribuição da teoria dos jogos para o estudo do direito, "consiste na compreensão das motivações estratégicas que inspiram os sujeitos de direito e das conseqüências das normas jurídicas no seu comportamento", assim auxiliando os atores sociais nas escolhas mais apropriadas, considerando determinada conjuntura econômica em que eclode o conflito coletivo de trabalho.

Para o direito do trabalho tal aplicação detém inequívoca utilidade. Como ressalta Sadi Dal Rosso,⁶ a questão da jornada, por exemplo, se constitui num importante foco de conflito, pois se "para os capitalistas a capacidade de organizar o trabalho e distribuir os tempos de modo a otimizar a utilização do capital constante é um fator que faz a diferença, em ambientes de competição intensa, para os trabalhadores é crucial controlar a distribuição dos tempos de acordo com as condições particulares de cada um e gerar novos tempos de não trabalho, dos quais possam usufruir para o desabrochar pessoal e coletivo. Qualquer líder sindical conhece de experiência própria a centralidade dessa questão no âmbito das relações entre as classes sociais".

9 A SISTEMATIZAÇÃO

Como coordenar esses vários focos e instâncias decisórias? Como aplicar os novos instrumentos, que se apresentam como possíveis alternativas de solução para dirimir conflitos cada vez mais complexos? Como evitar que esta multiplicidade aumente os níveis de insegurança jurídica, já tão elevados?

Superando os extremos das concepções jusnaturalista e positivista, a intensificação dos conflitos sociais como causa e resultado de duas guerras mundiais levou a elaboração de um novo modelo político, o

⁵CASTELAR PINHEIRO, Armando e SADDI, Jairo - *Direito, Economia e Mercados* - Editora Campus - pág. 157 e seguintes

⁶DAL ROSSO, Sadi - obra citada - pág. 15

estado social, baseado na priorização da implementação de políticas públicas, trazendo para a seara jurídica questões de justiça distributiva, que antes permaneciam à margem, restritas aos debates sociológicos, econômicos e filosóficos, assim exponenciando que as normas jurídicas, calcadas no viés de justiça comutativa, se apresentavam insuficientes para oferecer respostas aos novos conflitos, inclusive os trabalhistas.

Tal fenômeno, que passou a ser conhecido como *pós-positivismo*, num primeiro momento se apresentou de forma confusa, multiplicando as instâncias decisórias e causando instabilidade e insegurança, com o cidadão a mercê de julgamentos que passaram a conter altas doses de subjetivismo.

A ciência jurídica, com sua eficácia cada vez mais comprometida, exponenciou esta fratura estrutural, clamando por sistematização.

Assim, interessante trazer à colação o pensamento de Perelman⁷, que ao discorrer sobre as antinomias que cercam o conceito de justiça, faz a seguinte ponderação: "Suponhamos que dois operários, cujo trabalho é igual, um seja solteiro, outro pai de uma família numerosa. Tratando-os da mesma forma é-se injusto porque o princípio *a cada qual segundo suas necessidades* exige que se dê mais àquele que tem encargos familiares do que àquele que deve suprir apenas à própria subsistência. Tratando-os de forma desigual é-se injusto, porque não se trata da mesma forma dois seres que fazem parte da mesma categoria essencial do ponto de vista da fórmula *a cada um segundo suas obras*", de modo que o conceito de justiça se reveste de inequívoca complexidade, impossível de ser reduzida a meras considerações subjetivas, ou que decorrem apenas de um voluntarismo pessoal, explicitada no conhecido jargão do *eu posso porque quero*.

Ao tecer considerações sobre o pensamento de Kant, e sua centralidade para a construção da idéia de humanismo, que mais tarde é retomada e passa a atuar como pólo de sustentação da idéia de dignidade, Fernando Alonso⁸ explica que o homem kantiano concentra em si uma dualidade ética e civil, uma "dupla dimensão, privada e pública, que de um lado torna possível o exercício de múltiplas funções transcendentais e, de outro, que lhe permite adaptar-se às múltiplas contingências conjunturais do mundo real em que vive de modo que nenhuma norma pode ser considerada jurídica, se não estiver permeada por conceitos universais de ética e boa-fé. Atendidos tais pressupostos, a força coercitiva do direito não só é lícita, como também *moralmente necessária*, pois sem ela a força arbitrária de uns poderia impedir aos outros de exercerem sua liberdade, de modo que o imperativo categórico não é apenas uma assertiva de natureza moral, mas também a base da normatividade jurídica. Deste modo, não há um binômio separando direito natural/direito positivo, mas duas perspectivas do fenômeno jurídico, que estão em constante estado de interconectividade, em que um condiciona a atuação do outro e vice-versa.

Neste passo também caminha Euzébio Fernandez Garcia,⁹ ao ressaltar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como pilar de sustentação de todo o edifício jurídico, assim garantindo a efetivação dos valores da autonomia, segurança, liberdade e igualdade, lembrando o pensamento do constitucionalista Peces Barba de que "a dignidade humana é o fundamento e a razão de ser dos valores superiores". Para tanto, colaciona as reflexões de Kant¹⁰, ao explicar que quando algo tem preço pode ser substituído por um equivalente, ao contrário, aquele que não tem equivalente, não tem preço, nem é passível de comparação, como o homem, não pode ser

⁷PERELMAN, Chaim - *Ética e Direito* - São Paulo - Martins Fontes Editora - 2000 - págs 35 e seguintes.

⁸ALONSO, Fernando H. Llano - *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant* - Madrid - Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" - Universidade Carlos III - Dykinson - 2002 - pág 45 e seguintes.

⁹GARCIA, Eusébio Fernandez - *Dignidad Humana y Ciudadania Cosmopolita* - Madrid - Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" - Universidade Carlos III - Dykinson - 2002 - pág 20 e seguintes

¹⁰KANT, Immanuel - *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* - São Paulo - Editora Martin Claret - 2004

usado como meio, constituindo-se num fim em si mesmo, por ser detentor de dignidade

A dignidade é essencialmente um conceito ético, que a constitucionalização do direito insere no conceito do jurídico, modificando seu DNA e fortalecendo a defesa de seu organismo, para impedi-lo de ser capturado pela lógica reducionista do econômico.

Como consequência, provoca mudança estrutural também no significado do conceito de eficiência. Ao inseri-lo na órbita do jurídico, força a superação da visão meramente econômica, exigindo a sua calibragem pela ética.

Portanto, a atualidade apresenta para os operadores do direito o imenso desafio, de construir um novo conceito do jurídico e edificar um novo padrão de normatividade, que possam garantir não só o legal, mas também o ético e o justo, preservando a segurança jurídica, para evitar o *pereat mundus*.

Não é pouca coisa.

10 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Ante tal quadro de complexidade, a regra jurídica balizada apenas pelo critério do legal/ilegal se revela impotente para oferecer as respostas necessárias.

Ao sentir a dimensão do problema, o sistema passou a apresentar, como possível solução, a utilização mais frequente dos princípios. Diferentemente das regras jurídicas clássicas, que fixavam comandos definidos e unívocos para cada situação, os princípios apresentam diretrizes gerais, que possibilitam diferentes leituras, bem como diversas perspectivas de análise e de implementação, dependendo da conjuntura fática. Como bem explicitou Alexy, enquanto a regra impõe um dever definitivo, um tudo ou nada, o princípio apresenta deveres *prima facie*, que possibilitam diferentes formas de aplicação. Trabalhando com marcos axiológicos abrangentes, que permitem uma

multiplicidade de leituras, balizadas pela ponderação dos valores em conflito, se revelam aptos a apresentar soluções mais eficientes, notadamente quando há um evidente tangenciamento das questões que envolvem justiça distributiva e justiça comutativa.

Essa nova estrutura de normatividade também provoca mudança significativa na aplicação do comando. Com efeito, se houver conflito entre duas regras, por ambas disciplinarem de forma diversa a mesma situação, uma delas terá que ser declarada inválida. Em se tratando de um princípio, ambos continuam a ter a mesma validade, mas o critério da ponderação, quanto a afeição do bem mais importante

que se deva tutelar num determinado momento, pode levar a níveis mais elevados da aplicação de um, em relação ao outro.

Em direito do trabalho esta questão se torna evidente, quando o conflito se instala entre a necessidade de garantir o poder aquisitivo do salário e a não menos necessária manutenção dos níveis de emprego, num ambiente de desaquecimento econômico. O conflito entre esses dois valores poderá ensejar a maximização na aplicação de um, ou outro, dependendo da relevância

do bem a ser preservado num determinado contexto.

Destarte, a constitucionalização surge para promover o aprimoramento da sistematização do direito trabalhista como ciência, e da Justiça do Trabalho, como poder da república.

A Carta de 1988 deu um passo significativo ao aproximar o direito da justiça, e valorizar a ética como substrato de edificação do edifício jurídico, para tanto atribuindo eficácia normativa aos princípios e centralidade aos direitos fundamentais inseridos em seu corpo.

O movimento de constitucionalização do direito se caracteriza como uma superação dos extremos, tanto do jusnaturalismo,

"A dignidade é essencialmente um conceito ético, que a constitucionalização do direito insere no conceito do jurídico, modificando seu DNA e fortalecendo a defesa de seu organismo, para impedi-lo de ser capturado pela lógica reducionista do econômico."

quanto do positivismo, por considerar inadmissível que o direito possa estar desapartado do justo, porém, que também é insustentável atribuir ao justo uma conotação meramente subjetiva, que leva à insegurança jurídica, tornando impossível a vida em sociedade. Esta nova racionalidade jurídica rompe com as premissas estanques do jusnaturalismo e do positivismo, procedendo a uma interação imanente do primeiro ao segundo, de modo que tudo que atingir um, repercute no outro. Deste modo, rejeita o direito natural como transcendente, mas também o binômio racional/irracional que moldou o positivismo, apresentando uma normatividade edificada sob a lógica do razoável. Neste sentido, pondera Perelman, que embora a noção do razoável não tenha sido muito utilizada pela teoria clássica do direito, na prática, na formação do raciocínio jurídico, essa noção “intervém com muito maior frequência”.

O constitucionalismo vem reafirmar, portanto, que um estado social só se sustenta quando está fundado no Estado de Direito, e este só se legitima, quando garante os espaços de atuação do Estado Social.

Supera a antiga dicotomia e, o que é mais notável, preserva as especificidades e perspectivas de cada um, criando pontes de interlocução entre ambos, que passam a atuar como vasos comunicantes, cuja calibragem será feita pelo juiz.

O modelo de constitucionalização do Direito está centrado na atuação do juiz.

É ele quem vai ponderar as diferentes soluções postas pelo sistema e calibrar a dose de sua aplicação, a fim de ministrar o remédio necessário, deixando de lado a atuação meramente passiva, de quem se limita a aplicar a medida que já foi fixada.

Luis Roberto Barroso¹¹ faz observação interessante ao denominá-lo de *neoconstitucionalismo*, destacando que se propõe a evidenciar que o Direito não pode subsistir quando desatrelado de outros conceitos, como eficiência e moralidade. Porém, para que isso ocorra, tais conceitos devem ser reelaborados sob a perspectiva do jurídico, a fim de contribuir para a edificação de um novo modelo normativo, apto a integrar-se ao sistema, e não constituir uma normatização em paralelo, solta, em permanente conflito com o sistema, como vêm entendendo alguns doutrinadores, pois tal redundaria em aumento da insegurança, além de estimular a desobediência civil e a intensificação de conflitos, pondo em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

O movimento de constitucionalização do direito do trabalho acentua esta diretriz, conforme demonstram os princípios de supremacia da Constituição, da unidade e da harmonização, que só poderão ser obtidos se houver uma sistematização científica.

Assim, diversamente dos que propugnam pela interpretação subjetiva, conceitos como ordem pública,

função social, justiça, equidade, entre outros, só são sustentáveis quando ancorados num sistema jurídico, que rejeita a conotação subjetiva e para tanto considera o marco axiológico já posto nas leis em vigor e na Constituição.

Deste modo, as respostas só poderão ser obtidas se houver a compreensão do conflito trabalhista sob uma perspectiva holística. Assim, não vale ler apenas a primeira parte do inciso IV do artigo 1º da CF/88, pois tanto o trabalho, quanto a livre iniciativa, detêm valor social para a construção do Estado de Direito. Nesta esteira,

“Assim, diversamente dos que propugnam pela interpretação subjetiva, conceitos como ordem pública, função social, justiça, equidade, entre outros, só são sustentáveis quando ancorados num sistema jurídico, que rejeita a conotação subjetiva e para tanto considera o marco axiológico já posto nas leis em vigor e na Constituição.”

¹¹BARROSO, Luis Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil - Revista de Direito Administrativo - Rio - Editora Renovar Ltda - abril/junho 2005

ambos têm que ser considerados, de tal forma que a valorização de um não implique na desvalorização do outro, e vice-versa. Ressalta Luis Roberto Barroso¹² que o texto constitucional, aparentemente dialético, na verdade buscou um equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho, pois ao lado da livre iniciativa, “alçada à condição de princípio da ordem institucional brasileira, consagraram-se regras de intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com a reserva de determinados setores econômicos... e um amplo elenco de direitos sociais aos trabalhadores”.

Quase quarenta anos depois do fenômeno que ocorreu na Europa do pós-guerra, com a promulgação da Constituição de 1988 o Brasil entra, embora tardiamente, numa era de revalorização do direito constitucional.

Alinha-se a um movimento crescente de *neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*, na tentativa de preservar a justiça e a segurança jurídica, num mundo cada vez mais avesso à doutrina, que exige “mensagens de consumo rápido”, como define Luis Roberto Barroso¹³. Ressalta o renomado jurista que, uma “das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”, cujo cumprimento pode ser determinado, e exigido perante os Tribunais.

Neste sentido, o movimento de constitucionalização do Direito vai superando a antiga conceituação, em que a Carta Magna era tida apenas como um “documento essencialmente político”, cuja concretização ficava “condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”, não se reconhecendo ao Judiciário nenhum “papel relevante” na implementação de seu conteúdo.

Por essa nova perspectiva, as normas constitucionais não podem ser entendidas como meramente programáticas, “repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”. Passam a ser dotadas de imperatividade, cuja inobservância pode deflagrar “os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.

Ademais, não se pode deixar de considerar que a Carta de 1988 instituiu novos mecanismos de controle concentrado da constitucionalidade, como a ação declaratória e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF- artigo 102- parágrafo 1º), cuja regulamentação pela lei 9.882/99 veio conferir-lhe condições de operabilidade.

11 OS EFEITOS

Ao discorrer sobre a necessidade da edificação de uma teoria da Constituição dirigente, Lenio Streck¹⁴ enaltece a idéia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno, pois traça “um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, institucionalizado por meio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público, em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político-partidário e o plano político-administrativo, os interesses individuais e o interesse coletivo”, de modo que qualquer exercício de autoridade “que vá além desses limites, passa a ser um exercício de *poder ilegítimo*”. Nesta configuração, o “paradigma do Estado democrático de direito liga-se inexoravelmente à função transformadora que o direito assume.”

¹²BARROSO, Luis Roberto - Dez anos da Constituição de 1988 - Foi bom pra você também - *Revista de Direito Administrativo* - volume 214 - outubro/dezembro de 1998 - págs 1 a 25

¹³BARROSO, Luis Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil - *Revista de Direito Administrativo* - Rio - Editora Renovar Ltda - abril/junho 2005

¹⁴STRECK, Lenio Luiz - A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia - in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* - Curitiba - vol 2 - ano 2002 - págs 26 e seguintes.

Esse novo modelo amplia as funções do Judiciário, chamando-o a participar da elaboração da própria norma, pois é o juiz que, ao proceder ao sopesamento dos valores em jogo, vai fixar os critérios de priorização, necessários para a decisão. Deste modo, se o Legislativo continua a ter a atribuição de elaborar leis, o Judiciário passa a complementar essa tarefa, atuando como “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis” - explica Barroso. Assim, o juiz deixa de proceder apenas à subsunção do fato à norma, para edificar os contornos da própria norma.

Em direito do trabalho, tais desafios se tornam recorrentes e estão cada vez mais presentes nas questões mais candentes. Quais os traços que distinguem o assédio moral, das exigências de desempenho e produtividade? Quais critérios podem diferenciar a legítima revista nas atividades que lidam com pequenos produtos (chips, jóias, remédios), do direito à intimidade que deve ser preservado? Qual balizamento deve ser utilizado para disciplinar o uso da Internet e do correio eletrônico para interesses pessoais no local de trabalho?

Ante tais desafios, a lógica dualista do legal/ilegal deixa de ser suficiente para solucionar os novos conflitos jurídicos trabalhistas, pois a regra legal não contém os elementos necessários para sua aplicação, exigindo do juiz a ponderação dos bens e valores envolvidos, e a razoabilidade na formação de um novo padrão de normatividade, que possa responder às especificidades do caso concreto que vai julgar.

Neste panorama, André Ramos Tavares¹⁵ pondera que o fato de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos em nada altera sua legitimidade, pois numa democracia é preciso assegurar também os direitos das minorias e os instrumentos de

controle dos demais poderes, que só podem ser exercidos por quem detém independência, e não precisa se submeter a nenhum compromisso de campanha eleitoral. Deste modo, a “Justiça constitucional se revela extraordinariamente eficaz para proteger as minorias marginalizadas da sociedade, bem como para corrigir os abusos da maioria parlamentar,” assim reconduzindo a “atividade dos diversos poderes públicos aos limites traçados pela Constituição”, preservando os mecanismos capazes de assegurar que “a maioria não sufocará os correlatos direitos das minorias, alcançados após uma longa evolução histórica de conquistas”.

Neste mesmo sentido pondera Geraldo Ataliba¹⁶, ao ressaltar que nas “democracias, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias, que os elegeram e a elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis, nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos. Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional”, assim impedindo que a maioria possa subverter regras constitucionais que foram erigidas com garantias de cláusulas pétreas.

Tal observação adquire importância peculiar para o direito do trabalho, notadamente quanto se trata de delimitar o alcance das ações coletivas, em relação aos direitos individuais. Se, por um lado, é preciso reconhecer que a matriz do direito trabalhista detém forte conotação coletiva, por outro lado, não se pode esquecer que há direitos individuais intransponíveis, pois garantidores da própria *humanitas*, sem os quais o homem perde sua condição de pessoa, sujeito de direitos e deveres, que não podem ser afastados por nenhum interesse coletivo, por mais relevante que se apresente.

¹⁵TAVARES, André Ramos - *Teoria da Justiça Constitucional* - Editora Saraiva - 2005 - pág. 509 e seguintes.

¹⁶ATALIBA, Geraldo - *Judiciário e Minorias*.

Com a lucidez que lhe é peculiar, Paulo Bonavides¹⁷ constata que o “ocaso das regras e dos códigos teve por seguimento a aurora dos princípios e das Constituições. Em termos rigorosamente doutrinários, ocorre o primado do princípio sobre a regra, da Constituição sobre a lei, do direito sobre a norma, da justiça sobre a segurança; esta em sede de razão do Estado, que é instância de abuso, onde se absolvem e se canonizam os atos de força dos governantes desviados do bem-comum”. Em suma, é preciso que o sistema esteja calcado na “legitimidade da letra constitucional, e não unicamente na legalidade dos códigos ou das regras”, a fim de se preservar a identidade da nação.

Reflexão percuciente esboça Luiz Werneck Vianna¹⁸, ao lembrar que há duas leituras distintas para definir o conceito de república. Uma, considera que “o direito deveria apenas assegurar as regras do jogo democrático, intervindo para franquear oportunidades iguais de participação no processo de formação da vontade soberana”, assim preservando a arquitetura clássica de separação dos poderes. Outra, valoriza a forte presença do direito na vida contemporânea, e se enraíza “na própria organização da mentalidade cívica constitutiva do *self*, como nos países de *common law*. A razão, ali, não provém apenas de um *fiat* da vontade do soberano, porque também se realiza no domínio da experiência compartilhada e renovada ao longo do tempo, em que já se teriam consagrado os princípios instituidores do homem democrático”. Conclui que, nesta circunstância, o Judiciário, porque “livremente aberto à exposição da controvérsia entre as partes, pode-se apre-

“Em suma, é preciso que o sistema esteja calcado na legitimidade da letra constitucional, e não unicamente na legalidade dos códigos ou das regras”, a fim de se preservar a identidade da nação.”

sentar, à falta de um outro, como um espaço republicano para o homem comum brasileiro, ainda sujeito ao estatuto da dependência pessoal.”

Ressalta que a constituição de 1988 seguiu a tradição republicana brasileira de “ter o direito como recurso de modelagem social, à diferença de que não o concebeu mais como *administração política* da cidadania e, sim, como um dos lugares favoráveis ao seu exercício. A sua verdadeira inovação consistiu em fazer dele um instrumento de mobilização à participação, orientando-o segundo uma pauta cívica centrada no tema da liberdade e da cidadania ativa”.

Portanto, embora a duras penas, não se pode deixar de reconhecer que está em marcha um processo de gestação da nação brasileira que, sem negar suas raízes ibéricas, procura construir uma identidade própria, para tanto valorizando a via constitucional como importante instrumento não só político, como também jurídico, no direcionamento da conduta social.

Ao comentar as particularidades da cultura ibérica, Rubem Barboza Filho¹⁹ explica que os “ibéricos exploraram as possibilidades de uma civilização que tinha no espaço... sua categoria básica fundante... O conjunto de instituições que estabeleceram, no plano político, econômico e cultural, obedecia às necessidades e à lógica desta movimentação permanente, incorporada como elemento de estabilidade das próprias sociedades ibéricas, de legitimação de seus centros de poder”, que atuaram na priorização do territorialismo como critério de demarcação dos centros decisórios.

¹⁷BONAVIDES, Paulo - *Do estado liberal ao Estado social* - 7ª edição - São Paulo - Malheiros Editores Ltda - prefácio - págs. 8 e seguintes

¹⁸VIANNA - Luiz Werneck et alii - *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* - Rio de Janeiro 1999 - Editora Revan - págs. 257 e seguintes.

¹⁹BARBOZA FILHO, Rubem - *Tradição e Artífico - Iberismo e Barroco na Formação Americana* - Belo Horizonte - Editora UFMG págs 101 e seguintes - 2000

Ora, este vértice se torna ultrapassado quando o modo de produção capitalista passa a priorizar o tempo, no lugar do espaço, como critério de fixação de controle do processo. Quem detém o controle do tempo da produção passa a monitorar todo o processo econômico, independentemente do espaço em que ocorre a atividade. Tal formatação atinge limites extremos nos dias de hoje, em que a produção de bens ocorre em diferentes lugares, desde que garantida a rapidez e o encurtamento dos processos. Esta mudança de paradigma acarreta profundas alterações na formatação do conflito trabalhista, de modo que não pode ser desconsiderada na construção de um novo padrão de normatividade.

Importante registrar, ademais, que no Brasil o controle da constitucionalidade não se opera apenas de forma concentrada, mas também difusa, de modo que os efeitos desta perspectiva não operam apenas pela atuação do STF, mas em todos os Juízos.

Assim, como conseqüências práticas mais importantes da constitucionalização, podem ser destacadas:

- 1 - a impossibilidade de continuar a aplicar normas infraconstitucionais, que disciplinavam a matéria de forma diversa da estabelecida na Constituição Federal de 1988. Nesta ordem, podem ser lembrados alguns dispositivos postos na lei 5.889/73, que disciplinavam o trabalho dos trabalhadores rurais de forma diferente da norma agasalhada no artigo 7º da CF/88, que estendeu aos rurícolas os mesmos direitos dos trabalhadores urbanos, ressaltando apenas os que visem a melhoria de sua condição social, assim alijando todos os preceitos anteriores em sentido contrário.
- 2 - a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, pelo controle concentrado e também pelo controle difuso, das normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando forem com ela incompatíveis.

- 3 - a necessidade de proceder à interpretação da norma infraconstitucional de forma que melhor realize o sentido, bem como o alcance dos valores e fins postos pela Constituição.

Como exemplo, pode ser mencionada a questão da natureza jurídica do pagamento estipulado no parágrafo 4º do artigo 71 da CLT, referente ao período correspondente ao intervalo para refeição que deixou de ser concedido, matéria que vem suscitando amplos e calorosos debates. Nesta esteira de raciocínio, se o artigo 7º da CF/88 estabeleceu como fundamental, o direito à observância das regras de saúde e higiene do trabalho, como considerar menos grave, e portanto sujeito a um pagamento em valor inferior de simples indenização, a conduta patronal que mantém o empregado trabalhando em jornada superior a 6 horas, sem lhe conceder o intervalo mínimo de 1 hora, necessário para descansar e alimentar-se? Acaso seria menos grave manter alguém 8 horas trabalhando, sem intervalo para comer, do que manter alguém trabalhando por 9 horas seguidas, com intervalo de 1 hora para refeição? Então, por que a primeira situação só enseja o pagamento de "indenização" sem nenhum reflexo, e a segunda uma restituição mais ampla, como horas extras e reflexos?

Observa-se que, ao analisar o disposto no artigo celetista em consonância com a norma constitucional, e avaliar a eficiência dos resultados que provoca, as dúvidas e incertezas se dissipam, pois é preciso interpretar a norma como parte de um sistema regido por princípios constitucionais, que sustentam sua estrutura.

12 CONCLUSÃO

A crescente complexidade do conflito trabalhista, permeando questões de justiça comutativa, com as que envolvem justiça distributiva, vem apresentando desafios significativos, cuja solução não pode ser obtida pela via do jusnaturalismo, nem do positivismo. O neoconstitucionalismo surge como superação destes extremos, identificando um conjunto amplo de transformações ocorridas na organização estatal e no direito constitucional, que resultaram num processo extenso e profundo de Constitucionalização do Direito, cujo

conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema.

Ademais, importante registrar que na área trabalhista esse movimento de constitucionalização do Direito, e das instituições que procedem à sua aplicação, alçou um novo patamar, alavancado pelas alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45/2004, cujas conseqüências ainda estão sendo digeridas. Entretanto, já se afigura com clareza a centralidade dos direitos fundamentais, e a reaproximação entre direito e ética, entre direito e eficiência.

Este conjunto de mudanças, pautadas pelo reconhecimento da força normativa e expansão da jurisdição constitucional, exige a edificação de um novo modelo de normatividade, fundado na supremacia material e axiológica da Constituição, que vai atuar como bússola de navegação de todo o sistema. Deste modo, a conceituação dos valores e comportamentos, indicados nos princípios e regras consignados em seu texto, vão condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como conseqüência, a constitucionalização baliza a atuação dos três poderes constituídos, suas relações entre si, suas relações com os cidadãos.

Assim sendo, o aumento da demanda por Justiça, numa sociedade exposta a altos níveis de conflito, só poderá ser atendido se houver mais assertividade institucional do Poder Judiciário, notadamente na seara trabalhista, em que há uma constante interlocução e imbricamento entre as questões afetas à justiça comutativa, com as relacionadas à justiça distributiva. Portanto, necessário reconhecer não só que é inafastável a judicialização crescente dos conflitos, mas também que é preciso oferecer respostas em consonância com a diretriz constitucional, a fim de preservar a justiça das decisões e a segurança jurídica, que constituem a razão de ser de um ordenamento jurídico.

Descarte, cabe ao Poder Judiciário a urgente tarefa de manter a supremacia da Constituição, especialmente num momento de acentuada disfuncionalidade, que compromete a atuação eficaz do Legislativo e do Executivo no cenário brasileiro. Neste sentido, insustentável um Estado despartado do Direito, devendo assim submeter sua atuação, inclusive política, às diretrizes constitucionais, para que possa ter reconhecida sua legitimidade.

A consolidação das leis trabalhistas forneceu um ferramental importante para solução de conflitos que envolveram questões de justiça comutativa,

numa sociedade que em meados do século passado começava a industrializar-se. Porém, tem se revelado insuficiente para apresentar soluções aos novos conflitos, que envolvem também questões de justiça distributiva e detêm acentuado grau de complexidade.

O futuro do direito do trabalho passa inequivocamente pela intensificação da constitucionalização, apta a apresentar caminhos, a fim de preservar a justiça das decisões e a segurança jurídica, imprescindíveis para a manutenção do Estado

Democrático de Direito.

Tal diretriz está em consonância com a especificidade e a própria razão de ser deste direito especializado que, ao erigir o princípio da proteção como alicerce de sua fundação, infiltrou na dogmática jurídica o conceito de justiça como critério integrante da própria norma positivada, assim inaugurando o caminho de reaproximação do direito com a ética, que vem sendo trilhado pelos ordenamentos jurídicos da atualidade.

Num país marcado por profundas diferenças culturais, econômicas e sociais, a constitucionalização dos direitos trabalhistas representa inequívoco avanço institucional, ao erigir o trabalho como valor estruturante da república brasileira.

"O futuro do direito do trabalho passa inequivocamente pela intensificação da constitucionalização, apta a apresentar caminhos, a fim de preservar a justiça das decisões e a segurança jurídica, imprescindíveis para a manutenção do Estado Democrático de Direito."

É preciso ter presente a dimensão, o significado e a sua importância para promover a edificação de uma verdadeira nação brasileira, principalmente no momento em que algumas vozes começam a clamar pela instalação de uma nova Constituinte, ou pela reforma constitucional dos direitos trabalhistas.

Reduzi-los ao regramento infraconstitucional pode levar ao enfraquecimento dos marcos regulatórios e à intensificação da precarização. Com isso, perde o país, perde o cidadão, perde a nação. E os ganhadores, os mesmos de sempre.

BIBLIOGRAFIA

STIGLITZ, Joseph E. - *Globalization and its discontents* - New York - USAW.W. Borton & Company

POSNER, Richard A. - *The problematics of Moral and legal theory* - Harvard University Press - edition 2002

STANLEY, Morgan "A pressão impiedosa sobre a renda do trabalho nos 3 ricos" - *Jornal O Estado de São Paulo*

DEBORD, Guy - *A sociedade do espetáculo* - Rio de Janeiro - Contraponto Editora Ltda - 1997

DAL ROSSO, Sadi - *A jornada de trabalho na sociedade* - O castigo de Prometeu - São Paulo - Editora LTR

BARROSO, Luis Roberto - *O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito* - Temas de Direito Constitucional - tomo III - Editora Renovar

CASTELAR PINHEIRO, Armando e SADDI, Jairo - *Direito, Economia e Mercados* - Editora Campus

PERELMAN, Chaim - *Ética e Direito* - São Paulo - Martins Fontes Editora - 2000

ALONSO, Fernando H. Llano - *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant* - Madrid - Instituto de Derechos Hu-

manos "Bartolomé de las Casas" - Universidade Carlos III - Dykinson - 2002

GARCIA, Eusébio Fernandez - *Dignidad Humana y Ciudadania Cosmopolita* - Madrid - Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" - Universidade Carlos III - Dykinson - 2002

KANT, Immanuel - *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* - São Paulo - Editora Martin Claret - 2004

Barroso, Luis Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil - *Revista de Direito Administrativo* - Editora Renovar Ltda - Rio - abril/junho 2005

_____ Dez anos da Constituição de 1988 - Foi bom pra você também - *Revista de Direito Administrativo* - volume 214 - outubro/dezembro de 1998

_____ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil - *Revista de Direito Administrativo* - Rio - Editora Renovar Ltda - abril/junho 2005

STRECK, Lenio Luiz - A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia - *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* - Curitiba - vol 2 - ano 2002

TAVARES, André Ramos - *Teoria da Justiça Constitucional* - Editora Saraiva - 2005

ATALIBA, Geraldo - *Judiciário e Minorias*

BONAVIDES, Paulo - *Do estado liberal ao Estado social* - 7ª edição - São Paulo - Malheiros Editores Ltda

VIANNA - Luiz Werneck et alii - *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* - Rio de Janeiro - Editora Revan - 1999

BARBOZA FILHO, Rubem - *Tradição e Artificio - Iberismo e Barroco na Formação Americana* - Belo Horizonte - Editora UFMG - 2000

“O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PENHORA DE SALÁRIO – ALGUMAS OUTRAS CONSIDERAÇÕES”

FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI*

Resumo: A nova mudança de paradigma, com proeminência para a constituição; a revolução copernicana de que fala o professor Jorge Miranda; a garantia conferida pelo patrimônio aos que negociam com o devedor. O direito fundamental à tutela executiva. Crítica ao nosso amplo sistema de impenhorabilidade do salário. Legislação de países que a admitem, o que parece ser a tendência preva-
lente.

Palavras-chave: Constituição. Impenhorabilidade. Patrimônio. Salário. Penhora de Salário.

Há algum tempo, apresentei algumas reflexões (01) acerca da possibilidade da penhora de salário, o que encontraria sustentação no princípio da proporcionalidade, de envergadura constitucional, logo, com base na própria Lei Maior.

Continuei estudando a questão e fui me convencendo, mais e mais, de que, realmente, é plenamente possível a penhora de salário, o que me motivou a apresentar mais alguns adinículos com esse objetivo, os quais devem ser vistos a partir do que, sobre essa questão, foi desenvolvido no artigo anterior referido nas linhas transatas.

A dificuldade, para quem a sente, em admitir a penhora de salário pode decorrer

de uma insuficiente compreensão de que está tendo lugar uma nova mudança de paradigma, por meio da qual se está saindo daquela visão que confere uma absoluta proeminência ao texto legal, para realçar mais a Constituição.

Como diz Thomas S. Kuhn, “no seu uso estabelecido, um paradigma é um modelo ou padrão aceitos”(02); desenvolvendo as idéias do citado autor, José Jorge da Costa Jacintho esclareceu que:

“O termo paradigma surgiu com Thomas S. Kuhn, na epistemologia pós-popperiana, para designar as conquistas feitas pela ciência e universalmente aceitas. Cumprem a função dos paradigmas os

*Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani é juiz titular da Vara do Trabalho de Campo Limpo Paulista

manuais científicos passados nos bancos escolares. Para ele, o conceito de ciência não é unívoco na história. Em cada época, houve sempre um esforço de um grupo de pensadores para construir o que se denomina ciência, segundo o contexto histórico em que ele estava inserido e o consenso sobre o que é ciência, que se instaura quando os cientistas desenvolvem suas pesquisas a partir de um mesmo paradigma. Ou seja, falar de mudança de paradigma, significa referir-se a determinados momentos históricos em que ocorrem profundas rupturas no processo cumulativo da cultura humana”(03).

Realmente, não é fácil aprender nos bancos da Faculdade que os estípidos são impenhoráveis, formar-se e sustentar esse posicionamento na vida profissional, que correspondia ao paradigma então vigente, da observância, sem maiores temperos, do texto legal, próprio do positivismo, e depois ouvir que, com base em um princípio constitucional – não mais uma lei – há a possibilidade de se penhorar salário; entretanto, para que o quadro hodierno não provoque tanta hesitação, útil o evocar a leitura feita pelo preclaro Prof. Antonio Junqueira de Azevedo, para quem, “atualmente, se o mundo jurídico, ao invés de se alarmar com o que se passa, procurasse entender que estamos, outra vez, simplesmente, a mudar de paradigma, talvez não se revoltasse tanto e passasse, singelamente, a perguntar: e hoje, qual é a situação?” (04).

Talvez parte da dificuldade esteja também no fato de que a Constituição e seu estudo, entre nós, não esteja no mesmo patamar, em termos de importância, do que a atenção dedicada a outros ramos da ciência jurídica; como superiormente dito por André Karam Trindade e Roberta Magalhães Gubert: “resta indiscutível que o Direito Constitucional ainda não assumiu o papel de destaque que merece perante o ensino jurídico e a prática dos foros e tribunais”(05).

Por seu turno, observou Lenio Luiz Streck que: “acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualistas, e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os operadores do Direito não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora. Dizendo de outro modo: a revolução copernicana ocorrida no direito constitucional e na ciência política ainda não foi suficientemente compreendida/recepcionada pelos juristas brasileiros”(06).

No que atine a revolução copernicana do direito constitucional, no respeitante estudo grafada como copernicana, o grande constitucionalista lusitano Professor Jorge Miranda, dilucidou tratar-se da “passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da interpositio legislatoris a uma fase em que se aplicam (ou são susceptíveis de se aplicar) directamente nas situações da vida...”(07)

Como quer que seja, a realidade está aí, e com ela vivemos uma nova mudança de paradigma, que questiona e retira o cetro que antes ostentava a lei, transferindo-o à Constituição, don-

de pertinente a aguda observação de Paulo Bonavides, no sentido de que: “Ontem, os códigos hoje, as Constituições”(08), ou, na dicação de Gabriel Menna Barreto Von Gehlen: “O primado exclusivo da lei era princípio do Estado liberal, hoje preocupação exclusiva dos historiadores”(09), os quais poderão, inclusive, confirmar a visão de que a lei, historicamente, sempre foi “instrumento das camadas dominantes”(10).

Estabelecida essa premissa, a de que a lei não tem mais aquela proeminência incontrastável que outrora possuía, e que hoje o primeiro passo há de ser cedido à Constituição, no nosso caso, por meio do princípio da proporcionalidade, que a Carta Política alberga em seu seio, é hora de prosseguir,

“Talvez parte da dificuldade esteja também no fato de que a Constituição e seu estudo, entre nós, não esteja no mesmo patamar, em termos de importância, do que a atenção dedicada a outros ramos da ciência jurídica;...”

ou como já disse Jean Paul Sartre, pela voz de personagem de um de seus célebres livros: "Eis o momento da agonia. Eu gostaria de abreviá-lo"(11), assim, é chegado o momento de ferir o ponto crucial, objeto deste estudo. Continuemos, pois.

Para fazê-lo, é preciso, no entanto, recordar, fixando, que é o patrimônio de uma pessoa que, respondendo por suas obrigações, dá uma certa garantia aos que com ela negociam, de maneira que exceções a essa possível destinação do patrimônio de alguém devem ser fixadas com a maior parcimônia, de maneira e com alcance muito restritos.

Assim a impenhorabilidade, por representar séria "restrição ao princípio de que o

patrimônio do devedor responde por suas obrigações" (12), deve ser admitida em situações excepcionais, sem ampliações que possam comprometer as relações entre os indivíduos, porquanto, vale insistir, "o patrimônio do devedor representa para o credor a garantia de poder conseguir, em caso de inadimplemento, satisfação coativa pelos meios executivos"(13), e tanto assim é que o preclaro jurista Caio Mário assevera: "Ligada à idéia de patrimônio, está a noção da garantia. O patrimônio da pessoa responde pelas suas obrigações. A noção é singela e exata. Pelos débitos, assumidos voluntariamente ou decorrentes da força da lei, respondem os bens do devedor, tomado o vocábulo 'bens' em sentido genérico, abrangente de todos os valores ativos de que seja titular"(14); daí a pertinência – como sempre-, da observação de Ovídio A. Baptista da Silva, um dos maiores processualistas pátrios, de que: "Como afirma Von Tuhr (Tratado de las obligaciones, I, p. 10), 'o crédito encerra um dever para o devedor e uma responsabilidade para seu patrimônio'(15), indubitável, então, que deve ser permitida, de maneira muito restrita, qualquer situação que leve a uma irresponsabilidade patrimonial.

Por certo, não será despiendo recordar que, quando um devedor, após per-

correr todo o trâmite processual necessário para ter reconhecido um seu direito, vê chegado o momento, para ele magno, de receber o que lhe é devido, tem frustrado esse seu direito fundamental, a frustração não é só sua, mas também do Estado, impotente para fazer atuar o direito de maneira integral, na situação que lhe foi submetida à apreciação, eis que a ninguém basta o mero reconhecimento de um direito, mas sim a completa satisfação decorrente de sua violação; Flávio Luiz Yarshell, com a sensibilidade que só os profundos conhecedores do assunto que abordam possuem, bem frisou: "tem sabor de lugar-comum a assertiva de que na execução reside o momento da atuação do direito e, quando se frustra a satisfação do credor, não é este apenas quem perde, mas igual e especialmente o Estado"(16).

"Apesar da indiscutível relevância de se tornar concreta/completa a satisfação do direito reconhecido ao credor, a situação mais confortável fica com o devedor, nomeadamente com aquele que não pretende cumprir com suas obrigações, mormente nos dias que correm, nos quais parece que estar "im" é não pagar o que se deve, atitude que, para alguns e infelizmente, até parece motivo de orgulho e satisfação, diploma de "esperteza" (em certas situações, com pós-graduação)"

No parágrafo imediatamente anterior, referi-me ao direito fundamental do credor de receber o que foi reconhecido como a ele devido, e assim me expressei face à existência de um direito fundamental à tutela executiva, expressão essa que, como superiormente apontado por Marcelo Lima Guerra, "designa uma daquelas exigências ou valores relativos ao processo judicial, inseridas no âmbito (ou campo semântico) do direito fundamental ao processo devido"(17); o aludido

processualista, parágrafos mais adiante, na mesma obra, dilucida mais seu sentir, *verbis*:

"Em face do que já se expôs sobre os direitos fundamentais, nomeadamente sobre o seu regime jurídico próprio e a força especial das normas que o definem, é fácil compreender a importância de se identificar a existência de um direito fundamental à tutela executiva, nos termos acima. É que a exigência de um sistema completo de tutela executiva passa a gozar desse regime especial dos direitos fundamentais, devendo ser concretizado pelos órgãos jurisdicionais, independentemente de qualquer intervenção legislativa"(18).

Apesar da indiscutível relevância de se tornar concreta/completa a satisfação do

direito reconhecido ao credor, a situação mais confortável fica com o devedor, nomeadamente com aquele que não pretende cumprir com suas obrigações, mormente nos dias que correm, nos quais parece que estar "in" é não pagar o que se deve, atitude que, para alguns e infelizmente, até parece motivo de orgulho e satisfação, diploma de "es- perteza" (em certas situações, com pós-graduação), enquanto que pagar o que é devido, pode encaixar homens probos, na visão dos que se enquadram no perfil que acabei de traçar, de "out". E, de frisar, não se cuida de quadro pintado com cores demasiado fortes para a cena que retrata, tanto que prestigiados processualistas estão denunciando essa realidade; assim, Roger Perrot, mencionado pelo festejado Leonardo Greco, assim se expressou: "há um novo ambiente sociológico. Ser devedor não é mais uma vergonha e não pagar os débitos não é mais um sinal de desonra. A exacerbação do respeito à liberdade individual e à vida privada tornaram vantajosa a posição de devedor"(19).

Não poder pagar uma dívida, principalmente num País como o nosso, não é algo que possa, por si só, resultar num labéu ao então devedor; o desdouro advém do poder e não querer pagar, ainda que parcialmente, a dívida; fere a questão, com muita objetividade, Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, afirmando: "Dever sem poder pagar não é desonra punível com o exílio. Mas dever, poder e não querer cumprir sua obrigação é comportamento censurável"(20).

A autorizada voz de Calmon de Passos bem coloca que as mentalidades mudaram, e novas práticas e situações fizeram - fazem - com que o ser devedor não incomode mais, e tanto menos ainda quanto mais se conseguir postergar a satisfação da dívida, vale conferir:

"Em um século, as mentalidades coletivas mudaram. Ser devedor, em nossos dias, não é mais uma pecha, e deixar de pagar suas dívidas deixou de ser um sinal de opróbrio. O crédito ao consumidor, dispensado a torto e a direito, e a inflação constante nos habituaram a ser devedor e nos fizeram compreender que essa posição é a mais confortável, contanto que, em contraposição retardemos, quanto possível, a execução de nossas dívidas"(21).

Ainda que considerando e saudando as mudanças que processualistas de escol reclamam e as alterações recentes, bem como projetos de lei em andamento com os quais o legislador espera agilizar a execução, nem por isso menos pertinente a lúcida observação do conceituado Luiz Rodrigues Wambier, no sentido de que há "um enorme conforto oferecido pelo sistema ao devedor"(22) e que "talvez de modo desequilibrado, muito provavelmente em razão da grande novidade que ainda representa entre nós (vitimados por sucessivas quebras da estabilidade institucional, ao longo do século XX), a defesa dos direitos fundamentais trouxe 'efeitos colaterais', como, por exemplo, o da intangibilidade cada vez mais acentuada (e, ao nosso ver, exagerada) do patrimônio do devedor" (23).

Irrecusável que, até como meio de humanizar a execução, há garantir ao devedor a preservação de um mínimo patrimonial (24), que lhe propicie uma vida digna (25), eis que, na palavra abalizada de Eduardo Cambi, "a concepção da garantia de um patrimônio mínimo visa resguardar "à pessoa humana condições suficientes para poder levar uma vida digna"(26) e isso porque, ainda pela voz do brilhante processualista por último citado: "a tutela jurídica do patrimônio mínimo tem respaldo na Constituição Federativa do Brasil (art. 1º, III), além de contemplar o direito à vida (art. 5º, caput) e à existência digna (art. 170, caput)"(27).

O eminente Luiz Carlos de Azevedo, em notável monografia, recorda que, "o que acentua Wilhelm Kisch, citado por José de Moura Rocha: 'contra o direito ilimitado de apreensão, há algumas exceções, pois algumas coisas e direitos do devedor não podem ser penhorados. Esta conclusão se inspira na idéia de que é preciso deixar ao devedor o indispensável que necessita para viver. Quando a execução implica na apreensão total dos bens do devedor, mais estritamente, na apreensão, também, dos meios mais elementares de vida, o interesse do credor há de ceder ante o devedor, porque assim o exige a humanidade" (28), talvez, da humanidade se deva, conforme o caso concreto, excluir o credor e os que dele dependem diretamente...

Todavia, de todos deve ser a preocupação de Daniel Amorim Assumpção Neves, no sentido de que: "O que nos preocupa é se não estaríamos exagerando na tal 'humanização' da execução esquecendo-se por muitas vezes que o credor também é humano, e sofre ao não receber seu crédito diante da ineficácia do processo executivo"(29), inquietação essa plenamente justificável, atento a que "ressalta-se uma acentuada preocupação com o grau mínimo de garantias invioláveis reconhecidas a quem sofre as medidas executivas, não havendo correspondência proporcional aos valores de quem promove a execução"(30).

Além disso e lembrando que linhas acima foi referido o princípio do devido processo legal, há salientar que o mesmo "não é princípio que atue apenas a favor do devedor"(31), havendo mesmo quem sustente que, se entre um devedor e seu credor, se colocar a questão de que inevitável algum sacrifício à dignidade de uma delas, quem deverá sofrer as respectivas conseqüências é o devedor, pois foi ele quem se obrigou, assumindo uma dívida que cumpre-lhe saldar (32).

Destarte, como dito pela ilustre Professora Carolina Tupinambá: "uma vez devedor, o executado deve pagar. Proteger em demasia o executado contra o exequente é privilegiar uma parte em detrimento de outra, em desobediência à isonomia e aos escopos do Processo" (33).

E a necessidade de se restringir a irresponsabilidade patrimonial deve atingir, em certas situações, os estipêndios, designadamente nos casos em que o devedor, outrora um dador de serviço, depois não mais, deve a um seu ex-empregado determinado importe judicialmente fixado; não se pode admitir que, em situação assim, os salários fiquem imunes a alguma constrição judicial, se não integralmente, o que, realmente, não se deve admitir, pois isso, certamente, representaria uma agressão à dignidade

da pessoa humana do devedor, ao menos parte do mesmo pode ser objeto de penhora, parte essa normalmente estabelecida no percentual de 30%; em assim não procedendo, estaremos na contra-mão da história, da evolução, aceitando proteção excessiva ao devedor, o que, inelutavelmente, pela lei de equilíbrio que rege as coisas humanas e — por que não? — a natureza mesma, leva a uma equivalente menor proteção ao credor, o que se procura evitar em países outros, alguns dos quais cujo direito muito influenciou — e influencia — o direito pátrio.

Para exemplificar, de lembrar o quanto exposto por Leonardo Greco, em seu já mencionado trabalho, de muito interesse, no qual apontou o renomado processualista países que admitem a penhora de salário; disse, então, que:

"Na **Alemanha**, a impenhorabilidade dos vencimentos é limitada no tempo até o próximo pagamento, e na quantidade porque alcança apenas uma parte da remuneração, não a totalidade...

Na **França**... A impenhorabilidade dos salários é parcial....

Nos **Estados Unidos**... Há limites para a impenhorabilidade do salário.

Na **Espanha**, a par de reduzido o rol de bens impenhoráveis, a remuneração está excluída da penhora apenas até o limite do salário mínimo profissional.

Em **Portugal**... Somente um terço dos salários, aposentadorias ou pensões, são impenhoráveis..."(34)(negritos não constam do original).

O culto Luiz Carlos de Azevedo, já citado neste estudo e na época em que fez o seu, observou "que, no direito Comparado, a vedação não traz caráter absoluto, tanto que a penhora pode incidir sobre determinada parte do salário, atendidas certas condições, destinadas a preservar um mínimo às necessidades vitais e imediatas do devedor: assim, na **ZPO alemã**, parágrafo 811, n.8,

uma quantia do salário, capaz de suprir o tempo que medear entre a penhora e o próximo pagamento; na **Ley de Enjuiciamiento Civil Española**, artigo 1.451, uma 'escala' de valores penhoráveis, estabelecida de acordo com os ganhos do devedor, no **Código de Processo Civil Português**, artigo 823, n.º 1, letra 'c', dois terços são impenhoráveis, ficando o terceiro livre à constrição" (35)(negritos acrescentados).

Pela reconhecida grande influência em nosso direito, por certo úteis algumas observações a mais sobre a possibilidade de penhora de salário na Pátria-Mãe.

Com esse objetivo, início invocando os ensinamentos do célebre processualista lusitano José Lebre de Freitas, que, após fixar que "a impenhorabilidade não resulta apenas da indisponibilidade (objectiva ou subjectiva) de certos bens ou convenções negociais que especificamente a estipulem. Resulta também da consideração de certos interesses gerais, de interesses vitais do executado ou de interesses de terceiro que o sistema jurídico entende deverem-se sobrepor aos do credor exequente" (36), acrescenta que "impenhoráveis por estarem em causa interesses vitais do executado são aqueles bens que asseguram ao seu agregado familiar um mínimo de condições de vida (...), constituem uma parte do rendimento do seu trabalho por conta de outrem" (37).

Das linhas retro-transcritas logo se depreende a preocupação em equalizar os direitos do credor, que não pode ficar "a ver navios" (um singelo tributo aos insuperáveis descobrimentos marítimos dos portugueses, atento a que do direito desse heróico povo cuidou nesse passo), com os do devedor que, como o credor, têm, também, a sua dignidade de pessoa humana.

Por outras águas não singra a pena de mestre de Fernando Amâncio Ferreira; naveguemos com ele, então:

"Os bens parcialmente penhoráveis, ou sejam, aqueles que só podem ser penhorados em parte, encontram-se mencionados no art.º 824.º. A razão desta impenhorabilidade parcial baseia-se em razões que se prendem com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos de Portugal como República soberana, nos termos do art.º 1.º da CRP.

Assim, não podem ser penhorados dois terços dos vencimentos e salários auferidos pelo executado, como igualmente dois terços das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante" (38)

Então, o que se dá, no direito português, é que, como observa Bernardo da Gama Lobo Xavier: "quando uma dívida não é paga voluntariamente, o respectivo credor pode, depois de preenchidos determinados pressupostos, recorrer ao tribunal para forçar o devedor a cumprir, designadamente através da apreensão de bens do devedor, os quais serão vendidos para que com o seu produto o credor seja pago, bem como mediante a apreensão de direitos ou créditos que, porventura, o devedor possua. Designa-se esta apreensão como penhora (de bens ou direitos).

No nosso caso, o credor de qualquer trabalhador só pode esperar que o tribunal penhore o direito à retribuição até um terço, uma vez que a lei considera, como regra, impenhoráveis dois terços dos vencimentos e salários de quaisquer empregados ou trabalhadores" (39).

Mudando de idioma, mas não de modo de ver a possibilidade de penhora de salário, tanto que o grande Leonardo Prieto-Castro y Ferrandiz pode asseverar que "se comprenden, por tanto, em la ejecución los derechos de toda clase, nacidos o em expectativa, ora sean sueldos, remuneraciones, derechos de crédito, valores, títulos, saldos de cuentas corrientes, participaciones, derechos de propiedad industrial, derechos de autor, em general, frutos, cosechas, bienes gananciales y semejantes" (40), da maior relevância a reprodução do artigo 607, da **Ley de Enjuiciamiento Civil Española**, que dispõe:

"607. Embargo de sueldos y pensiones.

1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional (593).

2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:

1º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100.

2º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100.

3º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100

4º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100.

5º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100..." (41)

Dúvida não pode haver acerca da atualidade e relevância do reproduzido dispositivo legal, no tocante à preocupação já mencionada de fazer com que o credor receba o que lhe foi reconhecido como de direito, respeitando, porém, as necessidades mínimas do devedor, que, nem por ser devedor, pode ver aviltada sua dignidade de pessoa humana, mas também não pode, por óbvio, ignorar e/ou jogar sobre os ombros (*rectius*: bolso) de outrem, as conseqüências de algo que fez e o levou à condição de devedor, à vista de que, enquanto tentar melhor sorte é um direito de todos, honrar as conseqüências das tentativas então feitas, é já uma obrigação de todos também.

Interessante, também, dentro do objeto de nossa atenção de momento, a leitura do art. 619 do Código de Procedimientos Civiles de El Salvador, que tem a seguinte redação:

"En los casos en que el embargo deba trabarse en sueldos, pensiones o salários, solamente deberá embargarse el 20% de éstos y será nulo el que se practique sobre mayor cantidad, aun cuando sea con el consentimiento del deudor, nulidad que el Juez de la causa deberá declarar de oficio sobre tal excedente" (42).

No Uruguay, a regra é a impenhorabilidade dos salários, salvo para pagamento de tributos e pensão alimentícia, art. 381,1, do "Código General Del Proceso" (43), tornando curiosa a questão: se é possível a penhora para pagamento de tributos, não o seria para pagamento de salários?

Na Argentina, tão querida!-, consoante Daniel Amorim Assumpção Neves, "existe previsão expressa de possibilidade de penhora em até 20% do valor do salário que exceder o valor estritamente necessário para a subsistência do alimentante. A porcentagem no caso concreto encontra um teto máximo na legislação, devendo o juiz levar

em consideração as circunstâncias do caso concreto para fundamentar sua decisão" (44); respeitado processualista, em abono do quanto afirma, menciona a palavra de Lino Enrique Palácio, contida na 14ª edição de seu "manual", na 16ª edição, a que tenho em mãos, o citado autor, sem alteração, diz: "Em matéria de sueldos, salários, jubilaciones y pensiones rige la ley 14.443, cuyo art. 1º excluye del embargo los salários, sueldos, jubilaciones y pensiones que no excedan de determinada cantidad, com la salvedad de las

cuotas por alimentos y litisexpensas, que deben ser fijadas dentro de um mínimo que permita la subsistencia del alimentante. En el caso de los sueldos, jubilaciones y pensiones que excedan de aquella suma, el embargo podrá efectuarse, de acuerdo con el art. 2º de dicha ley, hasta llegar a un porcentaje del 20% sobre el importe mensual percibido. En lo que respecta a sueldos y salarios de la actividad privada, las proporciones fueron modificadas por el decreto 484/87, reglamentario de la ley 20.744 (ley de contrato de trabajo)" (45)

Essa pequena amostra deixa firme que a tendência que se verifica nas diversas legislações é a de permitir a penhora de salário, respeitados certos limites que, se invadidos, acarretariam agressão à dignidade da

"Essa pequena amostra deixa firme que a tendência que se verifica nas diversas legislações é a de permitir a penhora de salário, respeitados certos limites que, se invadidos, acarretariam agressão à dignidade da pessoa humana do devedor, cabendo atender à realidade da cada País, para fins de se fixar quais seriam esses limites."

pessoa humana do devedor, cabendo atender à realidade da cada País, para fins de se fixar quais seriam esses limites. Bem é de ver, então, que a nossa legislação, designadamente, o artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, não está em harmonia com essa tendência, acabando por proteger o devedor, de maneira um tanto generalizada e sem limites, o que chegou até a provocar crítica de respeitado processualista português, como lembrado por Daniel Amorim Assumpção Neves, *verbis*: "A penhorabilidade parcial do salário é encarada com tamanha naturalidade no direito português que José Alberto dos Reis assim se manifestou sobre o nosso sistema de isenção total: "O sistema brasileiro parece-nos inaceitável. Não se compreende que fiquem inteiramente isentos os vencimentos e soldos, por mais elevados que sejam. Há aqui um desequilíbrio manifesto entre o interesse do credor e do devedor; permite-se a este que continue a manter o seu teor de vida, apesar de não pagar aos credores as dívidas que contraiu" (46); não precisamos, porém, atravessar um oceano para saber de críticas ao nosso sistema; processualistas pátrios e de escol, fizeram-nas, como, *exempli gratia*, a de Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, o qual, após, de maneira muito clara, asseverar que: "Lugar comum do discurso pela eficácia do processo de execução, o rol de bens impenhoráveis no Brasil apresenta evidentes excessos, em uma palmar injustiça que não conseguiu despertar ainda a atenção do Congresso Nacional, se de crime doloso não se está a cuidar" (47), acrescentou: "A lista de privilégios prossegue com a cristã impenhorabilidade de salários, soldos e vencimentos, sob a parcial justificativa de que se deve proteger a pessoa do devedor, não mais sujeito às humilhações do passado. Dever não é desdouro ou motivo de execração pública, mas um acidente de percurso do qual ninguém está livre.

Mas por que manter a impenhorabilidade sobre a integralidade destas importâncias, em vez de respeitar somente a fração necessária a uma digna sobrevivência do devedor?" (48).

Para comprovar que não precisamos mesmo saber de críticas alienígenas, lembro que o Professor J.J. Calmon de Passos

manifestou já o seguinte sentir: "Teremos regulado com excessiva liberalidade o rol de bens impenhoráveis? Não o creio, com ressalva apenas para os salários, considerados insuscetíveis de constrição sem atender ao seu valor, o que gera, na prática, privilégios" (49).

O inesquecível mestre Orlando Gomes, já nos idos de 1947, dizia que "a impenhorabilidade absoluta é condenada por várias razões. Seus adversários alegam, principalmente, que é contra-producente, constituindo um excesso de protecção, que prejudica aqueles mesmos a quem quer beneficiar" (50).

Ainda quanto à impenhorabilidade absoluta, tem-na o juslaborista Messias Pereira Donato, como uma "tese criticável, porque não atenta para o *quantum* remuneratório. Dá tratamento igual a quem auferir salário mínimo ou polpuda remuneração. Na realidade, enfraquece o crédito do empregado, ao colocar seus credores no desamparo" (51); a mesma senda é trilhada por Luiz Carlos de Azevedo, ao defender que mais corretos os posicionamentos em prol da penhorabilidade do salário, o que faz por entender que os mesmos "mais se ajustam à realidade, permitindo não se vejam frustradas as execuções: se o salário mínimo deve ficar integralmente resguardado, o mesmo não se diga a respeito de salários dos grandes executivos das empresas, muitas vezes estabelecidos com base em moeda estrangeira, sequer na nacional; ademais, se aqueles são alcançados em percentagens extremamente significativas pelo fisco, não se compreende não possam ser submetidos, embora em parte, à constrição judicial, em execução movida por particular" (52).

Acredito que a questão não se resume ao *quantum* remuneratório, mas se estenda à necessidade, de fazer com que o credor, efetivamente, receba o que foi reconhecido como sendo-lhe devido, por decisão judicial, mormente quando se cuidar de empregado que não recebeu seus haveres trabalhistas.

A par da preocupação acima expressada, cabe observar que a possibilidade de se proceder à penhora de salário poderá

contribuir, em não pequena porcentagem, para minimizar a crise da execução, ou, como consistentemente dito por Guilherme Freire de Barros Teixeira, "admite-se, portanto, que a penhora de salários possa servir como um dos vários instrumentos para contribuir na luta para minimizar a crise do processo de execução, sem que isso importe em diminuição das garantias asseguradas ao executado" (53), mas, para tanto, necessário não olvidar de que o norte não deve, nem pode, ser a manutenção do padrão de vida que o devedor possuía; na dicção de Luiz Rodrigues Wambier, "a manutenção do padrão de vida pessoal do devedor é critério absolutamente inadequado para nortear o regramento sobre a impenhorabilidade, pois, como é sabido, é crescente e constante, especialmente nas classes média e alta, a pressão exercida pelos meios de comunicação, que, lançando mão da técnica publicitária das necessidades criadas faz com que se incorporem ao sentimento de bem-estar do ser humano sempre mais e mais bens" (54).

Do quanto vem de ser exposto, de inferir que não se pode mais falar em impenhorabilidade absoluta e/ou total do salário, a mesma só pode ter lugar no limite do necessário à preservação da dignidade da pessoa humana do devedor, fixada tendo como parâmetro a realidade social, porquanto ao credor deve ser assegurado receber o que foi-lhe reconhecido como sendo um direito seu; em chegando a esse ponto, fácil perceber que uma dificuldade se apresenta, e se apresenta com ânimo de ser tida como incontornável, a saber: não existiria, no ordenamento jurídico pátrio, lei que autorizasse a penhora de salário, nos moldes em que permitida nos países suso-apontados, de modo que o direito brasileiro não comportaria semelhante solução, é dizer, a penhora de salário.

Entrementes, tal conclusão, se irretorquível nos tempos áureos do

positivismo, hoje não tem mais lugar, pelas razões que aponte em artigo anterior e ao qual peço vênica para remeter o tolerante e bondoso leitor, pois que neste singelo trabalho, minha preocupação maior foi a de demonstrar que está havendo uma mudança de paradigma entre nós, dando-se um maior (*rectius*: devido) valor à Constituição, e que a tendência das legislações contemporâneas é a de admitir a penhora de salário, ultrapassados certos limites, enquanto naquele me esforcei mais por indicar o caminho pavimentado pelo pós-positivismo, o qual, trilhado, autoriza, plenamente, a penhora de salário, lá fazendo, também, referência ao maior

peso que, nos dias que correm, deve ser emprestado à Magna Carta, bem como ao princípio da proporcionalidade, que a nossa Lei Maior indiscutivelmente abriga.

Gostaria, porém, de lembrar que a Convenção nº 95, da OIT, em seu artigo 10º, não condena a penhora de salário (55), bem como que o quanto estatuído no artigo 7º, X, da Carta Política, *verbis*: "proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa", não se constitui em intransponível óbice à penhora de salário, o que fica

claro com a utilização do citado princípio da proporcionalidade, o qual existe mesmo para resolver, harmonizando, situações em que há uma aparente colisão de normas (gênero do qual os princípios e a regras são espécies), lembrando, aqui, do artigo 5º, XXXV, da CF, bem como do direito fundamental do credor à tutela executiva, "um direito fundamental à exigência de que haja meios executivos adequados a proporcionar uma integral tutela executiva de qualquer direito consagrado em título executivo" (56), com base no qual, inclusive:

"A) o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure maior proteção e

"...cabe observar que a possibilidade de se proceder à penhora de salário poderá contribuir, em não pequena porcentagem, para minimizar a crise da execução, ou, como consistentemente dito por Guilherme Freire de Barros Teixeira, "admite-se, portanto, que a penhora de salários possa servir como um dos vários instrumentos para contribuir na luta para minimizar a crise do processo de execução"

efetividade ao direito fundamental à tutela executiva:

B) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição – a qual melhor caracteriza-se, insista-se, uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva – não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva;

C) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos” (destaques do original) (57).

De resto e ainda quanto ao artigo 7º, X, da Lei Maior, parece claro que o mesmo não pode servir como broquel ao que, tentando um negócio próprio, na condição de empregador, contratou empregado, assumindo os riscos da atividade econômica e, depois, não tendo dado certo sua iniciativa, transfere os ônus do malogro ao empregado; isso seria conseguir por vias oblíquas o que o direito veda, seria agir contrariamente aos mais comezinhos princípios do direito. A proteção de um, não deve levar à absoluta falta de proteção do outro, salvo nos limites necessários à preservação da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA:

(01) “O Princípio da Proporcionalidade e a Penhora de Salário”, Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, Revista Ltr, 70-05/563-573.

(02) “A Estrutura das Revoluções Científicas”, Thomas S. Kuhn, Editora Perspectiva, 1975, página 43.

(03) “A Crise dos Paradigmas e as Ciências Sociais”, José Jorge da Costa Jacintho, in “Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica”, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, abril-julho/2000, página 322.

(04) “Estudos e Pareceres de Direito Privado”, Antonio Junqueira de Azevedo, Saraiva, 2004, página 59.

(05) “(Neo)Constitucionalismo – Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições”, Revista do Instituto Hermenêutica Jurídica, PA, 2004, página 07.

(06) “A Revolução Copernicana do (Neo) Constitucionalismo e a (Baixa) Compreensão do Fenômeno no Brasil – uma Abordagem à Luz da Hermenêutica Filosófica”, Lenio Luiz Streck, in “Tratado de Direito Constitucional Tributário – Estudos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho”, obra coletiva, coordenador Heleno Taveira Tôres, Saraiva, 2005, página 742.

(07) “Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Rui Medeiros”, Jorge Miranda, “Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa”, v. 13, 1999, e também em “A Revolução Copernicana do (Neo)Constitucionalismo e a (Baixa) Compreensão do Fenômeno no Brasil – uma Abordagem à Luz da Hermenêutica Filosófica”, Lenio Luiz Streck, in “Tratado de Direito Constitucional Tributário – Estudos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho”, obra coletiva, coordenador Heleno Taveira Tôres, Saraiva, 2005, página 733.

“...quanto ao artigo 7º, X, da Lei Maior, parece claro que o mesmo não pode servir como broquel ao que, tentando um negócio próprio, na condição de empregador, contratou empregado, assumindo os riscos da atividade econômica e, depois, não tendo dado certo sua iniciativa, transfere os ônus do malogro ao empregado”

- (08) apud André Karam Trindade e Roberta Magalhães Gubert, in “(Neo) Constitucionalismo— Ontem, os Códigos, Hoje, as Constituições”, Revista do Instituto Hermenêutica Jurídica, PA, 2004, página 08, dilucidando os autores tratar-se as reproduzidas de “Palavras proferidas durante o discurso de agradecimento, ao receber a Medalha Teixeira de Freitas do Instituto dos Advogados Brasileiros, no ano de 1998”
- (09) “O Chamado Direito Civil Constitucional”, Gabriel Menna Barreto Von Gehlen, in “A Reconstrução do Direito Privado”, obra coletiva, organizadora Judith Martins-Costa, RT, 2002, página 182.
- (10) “A Revolução Copernicana do (Neo)Constitucionalismo e a (Baixa) Compreensão do Fenômeno no Brasil — uma Abordagem à Luz da Hermenêutica Filosófica”, cit., Lenio Luiz Streck, in “Tratado de Direito Constitucional Tributário— Estudos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho”, obra coletiva, coordenador Heleno Taveira Tôrres, Saraiva, 2005, página 753.
- (11) “O Diabo e o bom Deus”, Jean Paul Sartre, Difusão Européia do Livro, SP, 2ª edição, 1965, página 49.
- (12) “Execução Cível e Trabalhista”, Amaro Barreto, Edições Trabalhistas S/A, RJ, 1962, página 131.
- (13) “Fraude Contra Credores”, Yussef Said Cahali, RT, 1ª Edição, 2ª Tiragem, página 17.
- (14) “Instituições de Direito Civil”, II, n. 127, páginas 17/8; IV, n. 346, página 263, apud Yussef Said Cahali, “Fraude Contra Credores”, RT, 1ª Edição, 2ª Tiragem, página 17.
- (15) “Curso de Processo Civil”, Ovídio A. Baptista da Silva, RT, 4ª Edição, 2º volume, 2000, página 68.
- (16) “Efetividade do Processo de Execução e Remédios com Efeito Suspensivo”, Flávio Luiz Yarshell, in “Processo de Execução”, obra coletiva, coordenadores Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier, “Série Processo de Execução e Assuntos Afins”, volume 02, RT, 2001, página 382.
- (17) “Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil”, Marcelo Lima Guerra, RT, 2003, página 101.
- (18) “Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil”, citado, Marcelo Lima Guerra, RT, 2003, página 103.
- (19) “A Execução e a Efetividade do Processo”, Leonardo Greco, Repro n. 94, abril-junho/1999, página 36.
- (20) “Execução, Novas Tendências, Velhos Problemas. Uma Never Ending Story”, Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, in “Execução no Processo Civil — Novidades e Tendências”, obra coletiva, coordenação Sérgio Shimura e Daniel A. Assumpção Neves, Editora Método, SP, 2005, página 98.
- (21) “A Crise do Processo de Execução”, J.J. Calmon de Passos, in “O Processo de Execução — Estudos em Homenagem ao Professor Alcides Mendonça Lima”, organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Sergio Antonio Fabris Editor, PA, 1995, página 194.
- (22) “A Crise da Execução e Alguns Fatores que Contribuem para a sua Intensificação”, Luiz Rodrigues Wambier, Repro n. 109, ano 28, jan-mar/2003, página 139.
- (23) “A Crise da Execução e Alguns Fatores que Contribuem para a sua Intensificação”, cit., Luiz Rodrigues Wambier, Repro n. 109, ano 28, jan-mar/2003, página 134.
- (24) Supondo-se que ele o possua, o que com muita frequência, não é o que sucede neste Brasil varonil...
- (25) Atento, ainda aqui, à realidade pátria, o que significa dizer que não se pode entender como tal algo que, conquanto ideal, vá muito além do quadro vivido pela grande maioria dos brasileiros, mas, fique claro, com isso não se propugna por uma visão restritíssima do que seja vida digna, pois, a torcida é para que a

- totalidade ou, quando não, a maioria possível dos brasileiros tenha uma vida digna, o que não se pode aceitar é que, com base nesse ideal (o da vida digna) se pretenda para um devedor um padrão de vida não usufruído, nem pelo seu credor, nem pelos brasileiros, de um modo geral.
- (26) “Tutela do Patrimônio Mínimo Necessário à Manutenção da Dignidade do Devedor e da sua Família”, Eduardo Cambi, in “Processo de Execução”, coordenação Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, 2001, página 253.
- (27) “Tutela do Patrimônio Mínimo Necessário à Manutenção da Dignidade do Devedor e da sua Família”, cit., Eduardo Cambi, in “Processo de Execução”, coordenação Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, 2001, página 253.
- (28) “Da Penhora”, Luiz Carlos de Azevedo, co-edição FIEO-Fundação Instituto de Ensino para Osasco e Editora Resenha Tributária, SP, 1994, página 140/1.
- (29) “Impenhorabilidade de Bens – Análise com Vistas à Efetivação da tutela Jurisdicional”, Daniel Amorim Assumpção Neves, in “Execução no Processo Civil”, obra coletiva, coordenadores, Sérgio Shimura e o próprio articulista mencionado, Editora Método, 2005, página 52.
- (30) “A Penhora de Salários e a Efetividade do Processo de Execução”, Guilherme Freire de Barros Teixeira, in “Execução no Processo Civil”, obra coletiva, coordenadores, Sérgio Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves, Editora Método, 2005, página 122.
- (31) “A Efetividade da Multa na Execução de Sentença que Condena a Pagar Dinheiro”, Luiz Guilherme Marinoni, in “Processo Civil – Aspectos Relevantes”, coordenadores Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte, Editora Método, 2005/06, página 169.
- (32) Daniel Amorim Assumpção Neves, sem refulhos, expõe seu forte e consistente posicionamento, *verbis*: “Estando diante de uma situação de inevitável sacrifício à dignidade de uma das partes, não nos resta qualquer dúvida que o sacrificado deva ser o devedor, já que esse se encontra em posição desprivilegiada na relação de direito material. Se a dignidade humana de uma das partes vai ser agredida, que seja então a do devedor, que, afinal, contraiu a dívida e deve nesse caso honrar seu compromisso”, “Impenhorabilidade de Bens – Análise com Vistas à Efetivação da tutela Jurisdicional”, in “Execução no Processo Civil”, obra coletiva, coordenadores Sérgio Shimura e o próprio autor do excerto ora reproduzido, Editora Método, 2005, página 52.
- (33) “A Nova Execução do Processo Civil e o Processo Trabalhista”, Carolina Tupinambá, Revista LTr 70-08/977.
- (34) “A Execução e a Efetividade do Processo”, cit., Leonardo Greco, Repró n. 94, abril-junho/1999, página 43.
- (35) “Da Penhora”, cit., Luiz Carlos de Azevedo, co-edição FIEO-Fundação Instituto de Ensino para Osasco e Editora Resenha Tributária, SP, 1994, página 145/6.
- (36) “A Ação Executiva – à luz do Código Revisto”, José Lebre de Freitas, Coimbra Editora, 2ª Edição, 1997, página 179.
- (37) “A Ação Executiva – à luz do Código Revisto”, cit., José Lebre de Freitas, Coimbra Editora, 2ª Edição, 1997, página 180.
- (38) “Curso de Processo de Execução” Fernando Amâncio Ferreira, 2ª edição, Livraria Almedina-Coimbra, página 138.
- (39) “Iniciação ao Direito do Trabalho”, Bernardo da Gama Lobo Xavier, com a colaboração de P. Furtado Martins e A. Nunes de Carvalho, Editorial Verbo, 1994, página 224.
- (40) “Derecho Procesal Civil”, Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz, Editorial Tecnos S.A., 1989, página 466.

- (41) "Legislación sobre Enjuiciamiento Civil", Civitas Biblioteca de Legislación, 28ª edición, actualizada a septiembre de 2005, Thomson-Civitas.
- (42) "Constitución- Leyes Civiles y de Familia", 2000, Editor Lic. Luis Vásques López, Editorial Lis.
- (43) Euros Editores S.R.L., 2005.
- (44) "Impenhorabilidade de Bens – Análise com Vistas à Efetivação da tutela Jurisdicional", cit., Daniel Amorim Assumpção Neves, in "Execução no Processo Civil", obra coletiva, coordenadores, Sérgio Shimura e o próprio articulista mencionado, Editora Método, 2005, página 59.
- (45) "Manual de Derecho Procesal Civil", Lino Enrique Palácio, Abeledo-Perrot, 16ª edición, 2001, página 679.
- (46) "Impenhorabilidade de Bens – Análise com Vistas à Efetivação da tutela Jurisdicional", cit., Daniel Amorim Assumpção Neves, in "Execução no Processo Civil", obra coletiva, coordenadores, Sérgio Shimura e o próprio articulista mencionado, Editora Método, 2005, página 58.
- (47) "Execução, Novas Tendências, Velhos Problemas. Uma Never Ending Story", cit., Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, in "Execução no Processo Civil – Novidades e Tendências", obra coletiva, coordenação Sérgio Shimura e Daniel A Assumpção Neves, Editora Método, SP, 2005, página 87.
- (48) "Execução, Novas Tendências, Velhos Problemas. Uma Never Ending Story", cit., Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, in "Execução no Processo Civil – Novidades e Tendências", obra coletiva, coordenação Sérgio Shimura e Daniel A Assumpção Neves, Editora Método, SP, 2005, página 88.
- (49) "A Crise do Processo de Execução", J.J. Calmon de Passos, in "O Processo de Execução – Estudos em Homenagem ao Professor Alcides Mendonça Lima", organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Sergio Antonio Fabris Editor, PA, 1995, página 198.
- (50) "O Salário no Direito Brasileiro", Orlando Gomes, José Konfino-Editor, RJ, 1947, página 175.
- (51) "Curso de Direito do Trabalho", Messias Pereira Donato, Saraiva, 2ª edição, 1977, página 228.
- (52) "Da Penhora", cit., Luiz Carlos de Azevedo, co-edición FIEO-Fundação Instituto de Ensino para Osasco e Editora Resenha Tributária, SP, 1994, página 146.
- (53) "A Penhora de Salários e a Efetividade do Processo de Execução", Guilherme Freire de Barros Teixeira, in "Execução no Processo Civil", obra coletiva, coordenadores, Sérgio Shimura e Daniel Amorim Assumpção Neves, Editora Método, 2005, página 131.
- (54) "A Crise da Execução e Alguns Fatores que Contribuem para a sua Intensificação", Luiz Rodrigues Wambier, Repro n. 109, ano 28, jan-mar/2003, página 146.
- (55) "Convenções da OIT", Arnaldo Sussekind, LTr, 2ª edição, página 188.
- (56) "Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil", Marcelo Lima Guerra, RT, 2003, página 103.
- (57) "Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil", Marcelo Lima Guerra, RT, 2003, página 103/4.

REVISÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR*

Resumo: O presente texto trata da proposta de revisão constitucional que tem se difundido, ultimamente, no meio jurídico por influência de intenções políticas determinadas. O texto tenta demonstrar o quanto é equivocada tal proposta, sobretudo quando tendente a eliminar direitos sociais. Busca, ainda, demonstrar como é equivocada a separação estanque entre os diversos ramos do conhecimento, vez que isto pode acabar provocando que alguém, em razão do cargo que ocupe, se ache no “direito” de negligenciar a ordem jurídica, a qual, por sua vez, sem a compreensão exata do seu alcance, deixa de ser instrumento para regular o próprio poder.

Palavras-chaves: Constituição; Revisão Constitucional; Direitos Sociais; Poder; Imperatividade da Ordem Jurídica.

Tramita pelo Congresso Nacional a PEC 157/03, de autoria do deputado Luiz Carlos Santos (PFL-SP), já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em agosto de 2005, que prevê a realização de uma Assembléia de Revisão Constitucional, formada por deputados e senadores, a ser instalada em 1º de fevereiro de 2007. Nos termos do substitutivo do deputado Michel Temer (PMDB-SP), o “quorum” para aprovação do texto “revisional” seria por votação da maioria absoluta dos membros de cada Casa, em votações separadas, em dois turnos de

discussão e votação. Ainda nos termos do substitutivo, o texto aprovado deve ser submetido a um referendo popular, no primeiro domingo de junho de 2007, e só depois poderá ser promulgado. Finalmente, a PEC determina a realização da revisão constitucional a cada dez anos.

A este respeito pronunciou-se (em 08 de fevereiro de 2006, na audiência pública da comissão especial da Câmara dos Deputados, que analisa a Proposta de Emenda Constitucional), o então ministro do STF, Nelson Jobim, no sentido de que a Constituição

* Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí, SP. Professor livre-docente de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito da USP.

Federal deve mesmo sofrer uma "lipoaspiração", para eliminar, do texto, o detalhamento de temas que são meramente de Direito infraconstitucional, como a regulamentação do ICMS. A medida, afirmou, contribuiria para que o debate político se encerrasse no Congresso Nacional e não se estendesse ao Judiciário. Com a autoridade do chefe supremo do Judiciário, Jobim disse que o processo de revisão constitucional é político. "Sou contrário a outorgar-se o poder de elaborar uma Constituição a juristas ou acadêmicos", proclamou. E completou, dizendo: "Isso é função exclusiva da perspectiva política da nação e não, da percepção acadêmica a partir de teses de mestrado".

Mas, disse mais o Ministro Jobim: "Quando se constitucionalizam temas de competência de lei, os senhores [parlamentares] outorgam poder à magistratura", advertiu, sobretudo quando o texto aprovado no Congresso, exatamente, para conseguir aprovação, contém ambigüidade: "Essa ambigüidade transfere, aos juizes, o poder de decidir o que os senhores não decidiram", constatou. "Os senhores deixam um leque imenso de interpretação e, aí, começam a se estabelecer os conflitos, que são decorrentes da falta de entendimento no corpo parlamentar; imaginem isso transferido para a Constituição", alertou.

Coincidência, ou não, recentemente, no STJ, proferiu-se decisão no seguinte sentido:

"Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Fran-

cisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja". (Trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, a respeito da "doutrina" - AgReg, em ERESP n. 279.889-AL).

"...na solução dos conflitos sociais o juiz aplica o direito, que é um conceito muito mais amplo do que a lei, em sentido restrito, e que, portanto, está muito acima das forças políticas de grupos, ainda mais quando se pensa no direito social."

Duas manifestações aparentemente sem nenhuma ligação e até de certo modo contrastantes, mas que revelam, em comum, um profundo desprezo pelo trabalho acadêmico (doutrinário), como se o estudo não gerasse nenhum benefício para a sociedade e para a construção do direito ou que pudesse ser desprezado pelo simples poder de fazê-lo.

A diferença entre os dois reside no fato de que para o Ministro Jobim, deve-se limitar o poder dos juizes, enquanto para o Ministro Humberto Gomes, o poder dos juizes não deve nenhuma explicação a ninguém, visto advir do poder constitucional de julgar.

Por razões distintas, os dois, no entanto, "data venia", cometem o mesmo equívoco, qual seja, o de desprezarem o trabalho acadêmico e o seu papel essencial na construção do direito. Ao assim agirem, entretanto, cometem um erro ainda maior, o de esquecerem que na solução dos conflitos sociais o juiz aplica o direito, que é um conceito muito mais amplo do que a lei, em sentido restrito, e que, portanto, está muito acima das forças políticas de grupos, ainda mais quando se pensa no direito social.

O entendimento do que vem a ser o direito, ademais, só pode ser obtido pelo estudo metódico e cuidadoso da doutrina, aliado a exames de ordem histórica, sociológica, filosófica e, sobretudo, humanista. Quem sabe só o texto da lei, não conhece o direito. E quem decide um conflito apenas com o argumento do poder, na verdade, despreza o direito e, por conseguinte, desrespeita a própria ordem constitucional que lhe confere tal poder. O poder de julgar não é personalíssimo. Não é atributo da personalidade. É o exercício de uma função constitucionalmente estabelecida, para que se aplique o direito ao caso concreto.

Aliás, equívoco de igual natureza, embora em sentido inverso, é o de considerar que o estudo acadêmico possa desprezar o que se passa na vivência prática do direito que se verifica nos juízos de primeiro grau e nos tribunais, como aludiu, recentemente, o Diretor da Faculdade de Direito da USP, Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi, em entrevista publicada na Folha de São Paulo, até porque, não se pode negar, um dos pontos mais marcantes de toda teoria jurídica é o do seu acaatamento pela jurisprudência.

O fato é que, ao desprezar a doutrina, para afirmar o seu poder, o juiz, paradoxalmente, acaba limitando o seu próprio poder. E o acadêmico, que não considera as particularidades das condições existenciais de sua teoria, sobretudo nas questões de natureza processual, acaba pregando no deserto.

Além disso, tentar negar, como fez o Ministro Jobim, o poder dos juízes de preferirem de forma independente suas decisões e buscar diminuir a importância da atividade jurisdicional na construção do direito, o que implica valorar as regras em conformidade com a realidade social, podendo mesmo significar interferência nas políticas públicas de Estado, no que tange ao cumprimento dos preceitos contidos nas normas jurídicas, constituem graves atentados ao Estado Democrático de Direito.

Lembre-se, a propósito, que a divisão de poderes é organizacional. O poder do Estado é um só. O cumprimento dos direitos sociais é dever do Estado e não de uma ou de outra de suas divisões organizacionais. Na inércia de uma deve agir a outra e, principalmente, o Judiciário.

Só o desprezo ao estudo acadêmico, aliás, é que pode motivar manifestações como estas, que não resistem sequer, como se diz no meio rural, "a um dedo de prosa" jurídica.

Analisemos, uma a uma, as manifestações.

Primeiro, a do Ministro Humberto Gomes.

De sua decisão, é possível extrair a idéia de que qualquer decisão vale, desde que tenha sido proferida por um juiz. O juiz decide conforme seu pensamento e ponto. Não deve satisfação a ninguém.

Não é bem assim.

Mesmo tendo poderes para interpretar a lei, o juiz possui como limite o ordenamento jurídico. O juiz pode ultrapassar o limite da lei, mas deve fundamentar, juridicamente, sua decisão.

Esta fundamentação se fará com base em linguagem jurídica, extraída da concepção do direito enquanto ordenamento. Desse modo, quanto maior o domínio da linguagem jurídica e, portanto, da idéia do direito como ciência, construção tipicamente doutrinária, maior o leque de atuação do juiz, pela via da jurisprudência.

Claro, a doutrina não é uma exclusividade dos acadêmicos. Uma decisão judicial pode ser uma referência doutrinária, mas assim será não pelo atributo do poder de decidir, e sim pelo domínio da técnica jurídica.

Partindo da idéia do direito como ciência, todos que trabalham com o direito devem conferir a este ramo do conhecimento uma necessária coerência sistêmica e, por consequência, somente as decisões que a

respeitam, segundo uma avaliação tipicamente acadêmica, são, então, fontes do direito, embora possam ter validade para a solução do caso concreto. Esta autoridade da decisão judicial, para ser reconhecida, doutrinariamente, como fonte do direito, depende, evidentemente, dos argumentos jurídicos utilizados, extraídos da própria lógica do sistema. Não sendo assim, a decisão tem valor como técnica de solução do conflito, mas não tem a força de integrar o sistema como uma de suas fontes. Este, ademais, é o aspecto democrático que envolve a atuação jurisdicional.

Elemento importante, portanto, da consideração da jurisprudência como fonte do direito é o da receptividade.

As decisões judiciais, mesmo as do Supremo Tribunal Federal, embora tenham autoridade para a solução do caso concreto, não se revertem em autênticas fontes do direito, no sentido científico e mesmo da “praxis”, quando se reconhece, publicamente, que as razões políticas da decisão sobrepujaram as razões jurídicas, desprezando frontalmente a realidade social e os princípios fundamentais de direito, sobretudo quando ligados aos direitos humanos, agasalhados pelas Declarações e Tratados Internacionais e, por consequência, são rechaçadas pelo mundo jurídico (ex. Súmula 330, do TST).

Quando se pensa o direito como dado histórico, principalmente no aspecto constitucional, esta visão é essencial, para que a cultura de um povo, que se consagra como direito fundamental, mesmo sem uma lei que a assegure, seja respeitada, valendo lembrar que lhe devem respeito também os legisladores e políticos em geral.

O fato é que a formação de um “direito jurisprudencial”, que tem por base o advento de uma decisão judicial, baseada no mero argumento da autoridade, desprezando os aspectos jurídicos que se lhe apresentam, e que, unicamente pelo prisma da autoridade se impõe no meio jurídico, sendo, assim, seguida de forma irrefletida pelos de-

mais membros do Judiciário e acatada, sem avaliação crítica, pela doutrina, como fonte do direito, impede a evolução da ciência jurídica, ainda que em termos da “praxis” possa ter algum efeito aparentemente benéfico, representando, por outro lado, a limitação do poder do juiz, pois o mesmo resultado, com bons argumentos jurídicos, poderia ser produzido, contribuindo, assim, para o aprimoramento do direito.

Ademais, olvida o Ministro Gomes de Barros que se deve à doutrina a transmutação do juiz, de mero “escravo da lei” (“la bouche de la loi”, como se dizia na época de Napoleão) em verdadeiro “intérprete do direito” com poderes para reconhecer a normatividade dos princípios e fazer valer normas constitucionais no caso concreto, em vez de simplesmente “aplicar um silogismo” típico do positivismo acrítico, que se reduzia a “afirmar que as leis válidas devem ser obedecidas incondicionalmente, ou seja, independentemente do seu conteúdo”.

O Ministro Gomes de Barros, portanto, volta-se contra a relevante fonte de seu poder, valendo, pois, a crítica construtiva que se faz à sua decisão, para que o Judiciário, como um todo, não se deixe influenciar por uma tal “doutrina”, pois que isto representaria grande diminuição do poder dos juízes, afinal, sob o aspecto jurídico formal, as leis e as Constituições não se alteraram de um estágio do direito para o outro, tendo sido as teorias elaboradas, discutidas e consolidadas, que garantiram ao magistrado o poder de “fazer justiça” no caso concreto, ao invés de atuar como “burocrata” ou “batedor de carimbos”, como era o juiz na visão positivista clássica do direito.

Vejamos, agora, o argumento do Ministro Jobim.

Ao desprezar a ciência acadêmica, o Ministro Jobim escorregou no conceito fundamental do que é uma Constituição (e pensar que ele é o chefe da instituição guardiã da Constituição), atribuindo-lhe apenas um caráter político.

¹Norberto Bobbio, *Jusnaturalisme et positivisme juridique* (trad. Michel Guéret), in. *Essais de Théorie du Droit*. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 44, *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 13.

Durante muito tempo, com base na teoria de Lassale, dizia-se que a Constituição não significava mais que um pedaço de papel. Acreditava-se que as questões constitucionais não seriam questões jurídicas, e sim problemas de ordem política.

Como diz Konrad Hesse², no entanto, o "Direito Constitucional não está obrigado a abdicar de sua posição enquanto disciplina científica. Se a Constituição jurídica possui significado próprio em face da Constituição real, não se pode cogitar de perda de legitimidade dessa disciplina enquanto ciência jurídica".

O próprio Hans Kelsen incorporou a Constituição ao ordenamento jurídico, fixando-a como fundamento de validade de todas as demais normas e vinculando-a ao dado histórico do qual ela adveio, que seria, assim, a norma fundamental.

Pode-se, é verdade, discutir se na Constituição existem, ou não, normas de caráter programático, que dependeriam, assim, para sua eficácia, da existência de condições econômicas necessárias para sua viabilidade (corrente à qual não me filio), mas não se pode negar que, mesmo sem eficácia plena, as normas constitucionais, sobretudo os seus princípios, possuem força normativa dentro do ordenamento, impulsionando tanto a atividade jurisdicional como a do próprio legislador infraconstitucional.

Como explica Konrad Hesse, "a concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões do poder, mas quando envia esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*). Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e

preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa."³

Além disso, no Estado Democrático de Direito o acesso à justiça e, conseqüentemente, o poder que se confere aos juízes para aplicarem, com independência, o direito (constituído, fundamentalmente, pelas normas constitucionais e seus princípios) é essência da identificação de um povo consigo mesmo, ou, em outras palavras, da preservação das conquistas da humanidade na construção de um mundo em que o respeito aos valores de uma sociedade mais justa não esteja na dependência da vontade política de grupos dominantes.

Uma revisão constitucional, portanto, com base na necessidade de diminuição do alcance das decisões judiciais é duro golpe às conquistas sociais.

Vale acrescentar que ao defender uma proposta de revisão constitucional, fora dos parâmetros fixados pela Constituição, que se faria, pura e simplesmente, em votação por maioria absoluta dos membros de ambas as casas do Congresso (o que facilita, sobremaneira, a retirada de direitos), mais uma vez, o Ministro Jobim (pois que já o fizera por ocasião da publicação do texto da Constituição, ao inserir artigo não aprovado pela Constituinte, conforme reconheceu, recentemente) faz pouco caso da Constituição, e, por conseguinte, do povo brasileiro e do próprio Poder Judiciário.

A proposta por si só, sem adentrar o seu mérito, é inconstitucional, pois uma vez promulgada a Constituição, as suas alterações devem seguir os trâmites fixados na própria Constituição.

A Constituição pode sofrer alteração, seguindo-se os requisitos fixados no seu artigo 60, ou seja, por Emenda Constitucional, que exige votação em dois turnos em cada Casa do Congresso e aprovação por três quintos dos votos dos respectivos membros (§2º).

²HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991, p. 26.

³Ob. cit., pp. 26-27.

Além disso, não se pode por Emenda Constitucional remoer questões tratadas nas chamadas cláusulas pétreas, dentre elas os direitos e garantias fundamentais, nos termos, do inciso IV, do § 4º, do art. 60.

A Constituição somente previu possibilidade de Revisão nos termos do art. 3º, do ADCT, o que já se consumara em 1993, com a edição de seis Emendas de Revisão.

Lembre-se, ademais, de que além das proibições expressas de alteração da Constituição, menciona a doutrina a existência de limitações implícitas, incluindo-se nestas últimas a impossibilidade de lei infraconstitucional, de qualquer espécie, modificar o procedimento fixado na Constituição para a sua modificação.

Neste sentido, têm-se, curiosamente, as lições do próprio Michel Temer, que é o autor do substitutivo à proposta revisional que tramita no Congresso:

"Finalmente, é proibição implícita aquela atinente ao procedimento de criação da norma constitucional, em nível derivado. Isto porque o constituinte estabeleceu procedimento rígido para a reforma e em grau determinado. Não pode o órgão a quem se atribui a competência reformadora modificar o critério de rigidez estabelecido pelo legislador constituinte"⁴

Assim, alterar a Constituição fora dos parâmetros estabelecidos na Constituição não tem outra designação possível: é golpe; um atentado contra a ordem jurídica constitucional.

O Poder Judiciário tem o dever de impedir que isto venha a acontecer e não se colocar em sua defesa, como fez o Ministro Jobim, pois que isto representa deixar a sociedade sem ter como se defender, juridicamente, de um assalto à Constituição.

O Congresso, vale lembrar, não possui poder constituinte originário (ao qual se poderia atribuir uma feição política, mas nunca irrestrita, pois o dado histórico, principiológico, que se integra, naturalmente, ao direito, mesmo sem norma expressa, sobretudo na perspectiva dos direitos humanos, constitui limite intransponível à vontade do próprio constituinte originário e este limite não é político, é jurídico). O poder do Congresso, de criar normas constitucionais, é derivado e, portanto, deve seguir os padrões jurídicos fixados na própria Constituição, estando, por isto mesmo, sujeito ao controle de constitucionalidade, que é, como diz Paulo Bonavides, "fruto de uma feliz reflexão acerca da supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias"⁵.

Mas alguém poderia contra-argumentar: e não se poderia instituir uma nova assembleia constituinte? Sim, mas para que isto aconteça devem existir situações fáticas que requeiram e justifiquem a reformulação do próprio Estado. As razões dessa nova Constituição devem, portanto, ser amplamente discutidas no âmbito da população (na qual se incluem, por óbvio, os acadêmicos).

Uma revisão constitucional não se pode instituir fora dos padrões constitucionais. A proposta neste sentido, no fundo, tenta disfarçar o seu real objetivo de refazer por completo a Constituição, sem obedecer aos parâmetros necessários para tanto.

A alegação de que a Constituição "possui regras demais" é apenas retórica para se escamotear um propósito obscuro. Mesmo desconsiderando a Constituição, se fosse para discutir seriamente a proposta de revisão, seria essencial que os seus defensores colocassem as cartas abertas na mesa e dissessem quais as normas que pretendem

⁴Elementos de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 36.

⁵Curso de Direito Constitucional, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 275.

extrair da Constituição, para que isto ficasse claro nos debates. Um cheque em branco para o Congresso (com votação de maioria, ainda que absoluta) mexer livremente na Constituição é dos maiores absurdos jurídicos que já se ouviu falar.

De todo modo, mesmo sem afirmar quais seriam os verdadeiros propósitos da revisão, mas desconfiando, deixa-se aqui, desde já, para os revisionistas, um recado: as cláusulas pétreas da Constituição não podem ser alteradas e nelas se incluem os direitos fundamentais, dentre os quais encontram-se os direitos sociais (arts. 6º. a 9º.) da Constituição Federal, pois conforme bem pontua Paulo Bonavides, “só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º., 3º. e 170) e que, con-

forme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, 4º., IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais”⁶.

Assim, para se passar por cima da Constituição não bastarão argumentos políticos retóricos, ter-se-á, primeiro, que ter muita força policial para reprimir a defesa corporal pela população de sua Constituição e, segundo, o apoio institucional para a imposição de atos arbitrários contra juízes e acadêmicos que neguem, em concreto, qualquer efeito jurídico a eventual assalto formal aos direitos sociais. Para esta luta, no entanto, é essencial que se unam juristas de todos os níveis (juízes, advogados, procuradores, promotores, acadêmicos). Não há lugar, neste momento, para uma distensão, da qual alguns políticos mal-intencionados de plantão se valerão, para tentar levar adiante esta proposta indecente da revisão constitucional.

São Paulo, 2 de março de 2006.

“...as cláusulas pétreas da Constituição não podem ser alteradas e nelas se incluem os direitos fundamentais, dentre os quais encontram-se os direitos sociais (arts. 6º. a 9º.) da Constituição Federal...”

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1997.

6. Ob. cit., p. 597.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL E SUA REALIZAÇÃO POR MEIO DO SISTEMA DE REPARTIÇÃO

ANDRÉ LUIZ MENEZES AZEVEDO SETTE

Resumo: A Constituição de 1988, rompendo com o modelo oitocentista-liberal, inaugurou um novo marco para o Direito positivo brasileiro, dando especial atenção a valores consagrados pelo pacto jus-político que a antecedeu. O Direito, por consequência, perde o caráter meramente repressivo e, em contrapartida, ganha novas funções, sobretudo a promocional.

Neste cenário, os direitos sociais, também conhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão, crescem em importância, porque se traduzem em um *facere* por parte do Estado, que assume agora uma função verdadeiramente promocional dos valores que a Carta de 1988 elegeu como sustentáculo de toda a ordem jurídica brasileira.

A Seguridade Social e, em especial, a Previdência Social tornam-se direitos fundamentais do homem, tendo por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de ações do Estado e da sociedade para o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. O Estado passa a ter o dever de prestar ações nas áreas por elas englobadas, sendo que as pessoas passam a poder exigir o efetivo cumprimento delas.

Quanto à Previdência Social, o atendimento aos valores constitucionais só se torna possível por meio da adoção do sistema de repartição, opção, inclusive, manifestada pelo legislador constituinte.

Sumário: 1 Intróito; 2 Dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais; 3 A Seguridade Social como direito social; 4 Da Previdência Social como direito fundamental; 5 Sistemas de previdência social: de repartição, de capitalização ou mistos; 6 Da opção constitucional pelo sistema de repartição; 6 Conclusão.

Palavras-chave: direito, seguridade, social, previdência, sistema, repartição, custeio.

1 INTRÓITO

A Constituição de 1988 inaugurou um novo marco para o Direito brasileiro, pois, ao positivizar valores que a sociedade brasileira havia consagrado, rompeu definitivamente com o modelo legalista então predominante, instituindo o chamado Estado de Direito democrático.¹

Tal objetivo fica evidente quando da análise do preâmbulo da Carta, que fez expressa menção a estes valores: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". O preâmbulo da Car-

ta de 1988 deixa, pois, evidente que o Estado Democrático, por ela inaugurado, tem por objetivo a realização dos valores ali indicados.

Passa-se a falar em *solidarismo constitucional*, em referência a esta nova forma de pensar o Direito, que claramente se opõe ao *individualismo*. Este, do ponto de vista jurídico e político, significa uma clara "tendência a colocar as instituições políticas, jurídicas e sociais de um país ao serviço dos interesses particulares dos indivíduos que compõem a população, de preferência aos coletivos"², sendo o fundamento do liberalismo. Por sua vez, o solidarismo constitucional traduz-se na busca do bem comum, da justiça social, da dignidade da pessoa humana, ou seja, na realização dos valores consagrados pelo legislador constituinte, sendo a base do Estado de Direito democrático.

Opera-se, assim, o fenômeno chamado de despatrimonialização das relações jurídicas ou de funcionalização dos direitos, em que o centro das atenções passa a ser a pessoa (enquanto ser) e não mais o objeto

¹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 105-107. O autor, fazendo a transposição do Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático de Direito, passando pelo Estado Social, comenta sobre este: "[...] ainda é insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, ainda que, como 'Estado Material de Direito', revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambigüidade, porém é manifesta. Primeiro, porque a palavra 'social' está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão 'social' e do 'Direito', podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 [...]. Em segundo lugar, o importante não é o 'social', qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito. Talvez até por isso se por dar razão a Forsthoff quando exprime a idéia de que Estado de Direito e Estado Social não podem fundir-se no plano constitucional. O próprio Elias Díaz, que reconhece a importância histórica do Estado Social de Direito, não deixa de lembrar a suspeita quanto a 'saber se e até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrendo uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do grande capital, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofascismo'. [...] Por tudo isso, a expressão Estado Social de Direito manifesta-se carregada de suspeição, ainda que se torne mais precisa quando se lhe adjunta a palavra 'democrático' como fizeram as Constituições da República Federal da Alemanha e da República Espanhola para chamá-lo 'Estado Social e Democrático de Direito'. Mas aí, mantendo o qualificativo 'social' ligado a Estado, engasta-se aquela tendência neocapitalista e a petrificação do 'Welfare State', com o conteúdo mencionado acima, delimitadora de qualquer passo à frente no sentido socialista." E continua, o autor comentando sobre o Estado Democrático de Direito: "As considerações supra mostram que o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza 'Estado Democrático'. Este se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não exaure, [...], na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento". Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana." BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 16, comenta a respeito: "a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito".

²WALLINE, Marcel. *L'individualisme et le droit*, p. 14, 18 e 20, apud Francisco Amaral, *Direito Civil: introdução*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 333.

de direito.³ O direito perde o caráter meramente repressivo e, em contrapartida, ganha novas funções. Esta moderna concepção significa considerar que o interesse social sobrepõe-se ao particular, com o fito de se acabar com as injustiças sociais, sem se anular, contudo, a pessoa humana. Considera-se assim que todo direito só pode ser exercido de acordo e em harmonia com as finalidades para o qual foi instituído, que é sempre social, e desde que sejam observados os valores que foram prestigiados pela Constituição. O direito funcionalizou-se em busca da efetiva realização dos direitos e valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Neste contexto, deve-se buscar extrair a máxima efetividade da ordem jurídica, a fim de se garantir verdadeiro acesso dos cidadãos aos direitos subjetivos.

Enfim, pode-se afirmar que está em vigor nova ordem constitucional, cuja preocupação maior é o ser humano, promovendo uma mudança de paradigma (*do ter para o ser*).

“Enfim, pode-se afirmar que está em vigor nova ordem constitucional, cuja preocupação maior é o ser humano, promovendo uma mudança de paradigma (do ter para o ser).”

E não é por outra razão que a Carta indicou, em seu artigo 1º, como fundamentos do Estado de Direito democrático: a dignidade da pessoa humana⁴ e a cidadania, esta vista como possibilidade de a pessoa exercer efetivamente a constelação de direitos postos à sua disposição pela ordem jurídica.⁵ Como bem lembra BEZERRA LEITE: “A cidadania, portanto, deixa de ser considerada simples emanção do direito subjetivo do indivíduo para se transformar na idéia que, por sua extensão, pela abertura interdisciplinar, pela conotação política que exhibe e pela multiplicidade de suas dimensões, pode servir de sustentáculo para a superação das contradições que gravitam em torno de temas como liberdade e justiça social, igualdade e solidariedade, universalismo e nacionalismo, direitos fundamentais e direitos sociais e econômicos, nesta fase de transição para o século XXI”⁶.

³PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 33: “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individualiza-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta e expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”.

⁴PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, op. cit., p. 156: “a personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas e proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício das relações humanas.”

⁵TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 247. Para o autor em questão, a cidadania pode ser definida como “o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, só a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo ‘status’. A cidadania já não está ligada à cidade nem ao Estado nacional, pois se afirma também no espaço internacional e supranacional. Apenas as idéias de direitos humanos e de justiça podem constituir-la no sentido ontológico”.

⁶LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*, São Paulo: LTR, 2001, p. 32.

Neste cenário, os direitos sociais⁷, também conhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão⁸, crescem em importância, porque se traduzem em um *facere* por parte do Estado, que assume agora uma função verdadeiramente promocional dos valores que a Carta de 1988 elegeu como sustentáculo de toda a ordem jurídica brasileira⁹. Sobre a questão, BASTOS é categórico: "No entendimento de Estado Democrático de Direito devem ser levados em conta o perseguir certos fins, principalmente sociais, guiando-se por certos valores"¹⁰. No mesmo sentido, e ainda mais incisiva, é a lição de SILVA: "A Constituição de 1988, ao indicar o Estado Democrático de direito, abre às perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências

"Neste cenário, os direitos sociais⁷, também conhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão, crescem em importância, porque se traduzem em um facere por parte do Estado, que assume agora uma função verdadeiramente promocional dos valores que a Carta de 1988 elegeu como sustentáculo de toda a ordem jurídica brasileira"

de um Estado de Justiça Social, fundado na dignidade da pessoa humana"¹¹. Em outros termos, não basta que a ordem jurídica assegure meros direitos subjetivos (abstratos), ela tem de se preocupar com a efetividade destes, ou seja, que os cidadãos possam efetivamente exercê-los. Como bem registra BASTOS: "Ao lado dos direitos individuais, que têm por característica fundamental a imposição de um não fazer ou abster-se do Estado, as modernas Constituições impõem aos Poderes Públicos a prestação de diversas atividades, visando o bem-estar e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade conquistá-lo pelo seu trabalho. Pelos direitos sociais tornam-se deveres do Estado o assistir à velhice, aos doentes, aos

⁷RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 155. O autor, nesta obra obrigatória para os estudiosos, registra que "O direito social designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações apesar das diferenças de fortunas, regras que socorrem os mais fracos, desarmam os mais poderosos (...)"

⁸LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Op. cit.*, p. 30, explica com maestria as vantagens do termo dimensão: "tem-se admitido que o termo 'dimensão' poderia substituir, com vantagem lógica e qualitativa, o vocábulo 'geração'. E essa substituição não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas, na medida em que o mais importante é que os direitos nascidos em uma geração, quando surgem em um dado ordenamento jurídico, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada, o que propicia a sua melhor realização". Para mais adiante concluir: "A questão terminológica ora focalizada é extremamente importante, uma vez que os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões se fundem, abrindo caminho para uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, (...)". (*Op. cit.*, p. 31)

⁹PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, *op. cit.*, p. 54: "O Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquele de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (arts. 2 e 3, § 2, Const), removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado (cfr., *infra*, cap. 10, § 176). Ele assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito - direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todo cidadão - e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação de sua intervenção".

¹⁰BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 147.

¹¹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 106/107.

deficientes de toda a sorte etc.”¹². E é o texto constitucional que consigna, no art. 6º, que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, e, no art. 193, estabelece que a ordem social tem como objetivo “o bem-estar e a justiça sociais”.

A efetividade dos direitos sociais e dos valores consagrados pelo legislador constituinte é questão de grande importância para a ciência do Direito e de extremada preocupação para os juristas, pois como BOBBIO sublinhou: “o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-lo, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹³.

2 DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Embora não haja um consenso sobre a doutrina dos direitos humanos fundamentais, quiçá sobre sua definição, MEDEIROS NETO traz importante contribuição ao defini-los como “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio da proteção

contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”¹⁴.

Aliás, as expressões direitos humanos e direitos fundamentais não são sinônimas, o que vem sendo assinalado por importante parcela da doutrina. Em autorizada obra sobre o tema, LUÑO apresenta algumas distinções, afirmando que “derechos humanos”, termo mais amplo e impreciso, corresponde ao “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional”, enquanto que os direitos fundamentais referem-se “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”¹⁵. Também CANOTILHO, embora reconheça que no mais das vezes as expressões são usadas como sinônimas, ensina que “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”¹⁶. Conclui-se das lições trazidas ao debate, que os direitos fundamentais seriam espécies do gênero direitos humanos, decorrentes, pois, da positivação destes.

¹²BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 259.

¹³BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 24-25.

¹⁴MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *A fundamentação e o reconhecimento dos direitos humanos*. Procuradoria Regional do Trabalho 21ª. Região, Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://www.prt21.gov.br/doutr16.htm>>. Acesso em: 11 de julho de 2006.

¹⁵LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Temas Clave de la Constitución Española, colección dirigida por Pedro de Vega. 6. edición. Madrid: Tecnos, 1995, p. 46.

¹⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra-Portugal: Almedina, 1998, p. 369.

A Constituição brasileira de 1988 inovou também neste aspecto, pois, em seu Título II, instituiu 5 (cinco) categorias de “direitos e garantias fundamentais”: I) direitos e garantias individuais e coletivos; II) direitos sociais; III) direitos de nacionalidade; IV) direitos políticos; V) direitos relacionados aos partidos políticos. Resta, pois, inequívoco que o legislador constituinte atribuiu aos direitos sociais, a nota de fundamentalidade, mostrando a opção também por instituir um Estado de Direito democrático, pautado na promoção da pessoa humana e do bem comum.

3 A SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO SOCIAL

A Seguridade Social, de acordo com o texto constitucional (art. 194), “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”. Segundo MARTINS¹⁷, seria “um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

No nosso sentir, a Seguridade Social é verdadeira instituição despersonalizada, que compreende um sistema integrado pelos Poderes Públicos e pela sociedade com fins de implementar ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social¹⁸, tendo como princípios¹⁹ aqueles consignados no art. 194, parágrafo único, da Constituição Federal:

“I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

Como visto, a Seguridade Social engloba um conjunto de prestações positivas do Estado (diretamente ou indiretamente) nas áreas de saúde, assistência e previdência social, com vistas à promoção do bem-estar e da justiça social (art. 193, da Constituição), inserindo-se, portanto, dentro da chamada segunda dimensão dos direitos constitucionais, cuja finalidade é a busca pela realização da plenitude do ser humano.

Basta, pois, uma análise perfunctória do art. 6º. da Constituição: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, para ficar claro que a Seguridade Social, vista conglobadamente, é um direito social. Não sendo outra a razão que levou o constituinte a inseri-la no Título VIII, da Constituição Federal: Da Ordem Social.

Como bem lembra BALERA, “essa base estrutural exige que o sistema de seguridade social implante a justiça distributiva, proporcional, geométrica,

¹⁷MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*, 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 41.

¹⁸Vale registrar que é competência privativa da União legislar sobre seguridade social como estabelecido no art. 22, XXIII, da CF, podendo lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas de seguridade social (parágrafo único, do art. 22, da CF).

¹⁹SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito Previdenciário Avançado*, 2ª. edição, Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 70: “Embora a Constituição fale em objetivos, seria mais técnico falar-se em princípios, porque servem de paradigma para a construção de todo o sistema de Seguridade Social, como, aliás consigna o ‘caput’ do parágrafo único, do artigo 194”.

que permite maior amparo à parcela da população cujas necessidades são maiores. Nada mais conforme com os termos do art. 3º, da Lei das Leis, que quer a construção d'uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), combinada com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (III), culminando com a promoção do bem de todos (IV)²⁰.

A Seguridade Social, neste contexto, passa a ser um verdadeiro direito fundamental do homem, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de ações do Estado e da sociedade para o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. O Estado passa a ter o dever de prestar ações nas áreas por ela englobadas, sendo que as pessoas passam a poder exigir o efetivo cumprimento delas.

4 DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Sendo a Previdência Social um tomo da Seguridade, tal como conteúdo e continente, as duas guardam idêntica natureza jurídica, qual seja, de direito social e, portanto, no contexto da Carta de 1988, fundamental.

Neste supedâneo, a Previdência Social ganha em importância, pois tem por objetivo garantir a dignidade das pessoas que, por fatores diversos, encontram-se *incapacitadas* para o trabalho. Tem, assim, por objetivo último, a garantia da dignidade do ser humano, enquadrando-se indubitavelmente como direito fundamental deste (art. 6º, da CF), pois não se concebe um Estado de Direito democrático que não tenha ações efetivas na área de Previdência Social.

5 SISTEMAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: DE REPARTIÇÃO, DE CAPITALIZAÇÃO OU MISTOS

Basicamente os sistemas de previdência social dividem-se em dois grandes mo-

delos: os de repartição (SR – sistemas de repartição) ou de capitalização (SC – sistemas de capitalização). Claro que há subdivisões dos sistemas, mas pela complexidade do tema e por não ser o objetivo do nosso trabalho, vamos nos ater a tecer maiores comentários apenas sobre os modelos de repartição e capitalização.

a) Sistema de Repartição (SR)

Este é o sistema adotado pelo Brasil quanto aos regimes públicos, sendo também conhecido como *sistema público* (nomenclatura imprecisa, porque este sistema não precisa ter essencialmente esta característica).

Normalmente o sistema de repartição adota o regime de *benefícios definidos*, também conhecido como *de contribuições não definidas*, em que os benefícios têm seus valores definidos por lei ou contrato (no RGPS decorrem da aplicação de uma fórmula sobre os salários-de-contribuição dos segurados).

No sistema de repartição (SR), a atual geração de segurados (trabalhadores) financia os benefícios previdenciários pagos. Na medida em que a população envelhece e conseqüentemente aumenta o número de beneficiários do sistema, surge

uma necessidade de se aumentar as contribuições, elevando-as a níveis extremamente altos e intoleráveis, o que, mais cedo ou mais tarde, forçará o Estado a financiar o déficit do sistema. Contudo, é justamente neste fato que reside a solidariedade do sistema de repartição (SR), porquanto os atuais segurados sustentam os atuais beneficiários (solidariedade entre gerações), além de provocar uma solidariedade entre grupos sociais, forçando as classes mais abastadas a suportar contribuições maiores a fim de financiar os benefícios pagos, tornando-se, indubitavelmente, importante instrumento de justiça social e distribuição de renda.

"A Seguridade Social, neste contexto, passa a ser um verdadeiro direito fundamental do homem, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de ações do Estado e da sociedade para o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana."

²⁰BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 21.

Neste sistema, os benefícios previdenciários são regulamentados por Lei, que normalmente estabelece os riscos sociais abrangidos (normalmente este sistema é mais abrangente), níveis mínimo e máximo do valor dos benefícios, fórmulas para o cálculo da renda dos segurados, oferecendo, portanto, uma segurança jurídica aos seus filiados. No SR – sistema de repartição –, nem sempre o benefício guarda uma proporção com as contribuições pagas (como é o caso no Brasil do salário-maternidade), por vezes sequer as exigindo, haja vista, tomando como exemplo o Brasil, a situação dos segurados especiais e dos trabalhadores rurais filiados ao RGPS – Regime Geral de Previdência Social – antes de 1991 (§ 2º, do art. 55, c/c o art. 143, da Lei nº 8.213/91), tornando-se, também por este aspecto, um importante instrumento de distribuição de renda e justiça social.

As relações jurídicas entre o segurado e o Estado, no sistema de repartição, normalmente estabelecem-se em decorrência de previsão legal e independentemente da vontade dos segurados, os quais obrigatoriamente deverão contribuir para o sistema.

O sistema de repartição caracteriza-se também pela indefinição das contribuições, pois estas tendem a aumentar na medida em que ele amadurece. Ou seja, quando o sistema e a população são jovens, as contribuições normalmente são pequenas, tendendo a aumentar à medida que o sistema e a população envelhecem. Este aumento de contribuição pode acarretar um sério problema que é a evasão e sonegação das contribuições, além de forçar o Estado a suportar o déficit. Por outro lado, como já dito, incentivam a solidariedade entre gerações e grupos sociais.

Verifica-se, pois, que o sistema de repartição apresenta um caráter eminentemente social e coletivo em detrimento do econômico.

b) Sistema de Capitalização (SC)

É o sistema adotado no Brasil quanto aos regimes privados de caráter complementar, sendo também conhecido como *sistema privado* (embora esta não seja uma verda-

de absoluta, vez que estes sistemas podem ser prestados por entes estatais). Normalmente adotam o regime de *benefícios não definidos* ou de *contribuições definidas*, embora possam também adotar o modelo de *benefícios definidos*. Têm um caráter eminentemente econômico e individualista em detrimento do social.

Este sistema assemelha-se muito aos seguros privados e tem por fundamento contribuições (prêmios) definidas (quando adotado o regime de contribuições definidas), sendo que os segurados financiam seus futuros benefícios, mediante o depósito mensal das contribuições em contas individuais, cujo saldo é aplicado e o rendimento acrescido à conta corrente. Na ocorrência do risco social (sinistro), o segurado fará jus ao recebimento de uma quantia mensal vitalícia a título do benefício (aposentadoria, pensão, etc.) ou ao saque do montante integral acumulado. Os valores dos benefícios ou do acumulado poderão variar de acordo com a quantia mensal depositada a título de prêmio e com tempo de contribuição.

Quando adotado o sistema de benefícios definidos, o segurado faz a opção pela renda do benefício, sendo que as contribuições serão recalculadas temporariamente de forma a se implementar o valor do benefício ou do montante integral acumulado (que são previamente ajustados). Também há, nesta hipótese, a formação de uma conta corrente vinculada ao segurado.

As relações jurídicas decorrem da vontade das partes contratantes, tendo eminentemente natureza contratual, embora possa haver a intervenção do Estado nas relações havidas (*dirigismo contratual*).

O sistema de capitalização (SC) apresenta nítidas desvantagens em relação ao sistema anterior por privilegiar o individualismo, não atendendo aos anseios de justiça social e coletividade. Note-se, por exemplo, a situação de determinado segurado que fica desempregado longo período de sua vida produtiva, seu benefício (de aposentadoria, por exemplo), em vista do reduzido período de contribuição, será pequeno, para não dizer insuficiente para garantir-lhe uma vida com dignidade na velhice ou eventual incapacidade para o trabalho.

No mais, neste modelo, os riscos (objeto de cobertura) são bem reduzidos em relação ao anterior (SR), a saber: tempo de contribuição e idade, morte e incapacidade.

Este sistema, adotado um ou outro regime, é injusto com as classes mais desfavorecidas, que não podem contribuir com grandes montas mensais, nem por longos períodos.

O Chile na reforma promovida no início da década de 80 adotou este modelo (SC), privatizando todo o sistema previdenciário, respeitando, contudo, os direitos adquiridos dos beneficiários que estivessem em gozo de benefícios previdenciários.

c) Sistemas mistos

Há inúmeras possibilidades de combinação entre os sistemas de capitalização e de repartição, que podem formar infinitas variáveis de sistemas previdenciários. O modelo mais comum é o baseado no método de contribuições escalonadas, que apresenta critérios mais rígidos para a concessão de benefícios (normalmente exigindo os requisitos de idade e tempo de contribuição cumulativamente), além de acumular reservas das contribuições de segurados e empregadores de forma que possa subvencionar as aposentadorias futuras. Pode, ou não, prever a criação de contas individuais. Devem ser realizadas avaliações atuariais periódicas de forma a determinar se os valores das contribuições atuais (acrescidas da reserva) serão suficientes para cobertura dos benefícios futuros, hipótese em que os valores daquelas poderão ser mantidos ou majorados. Este modelo congrega aspectos de ambos os sistemas acima analisados, podendo tender para um ou outro dependendo do caso concreto.

O sistema previdenciário brasileiro, tanto para os trabalhadores da iniciativa privada e, após a reforma, para os servidores civis, analisado sob um aspecto global (englobando o RGPS e o regime de previdên-

cia privado complementar), pode ser tido como um sistema misto, vez que no RGPS congrega elementos do sistema de repartição e no privado complementar, elementos do sistema de capitalização.

A bem da verdade, não existe um modelo puro de repartição ou de capitalização, pois sempre haverá elementos de um sistema no outro.

6 DA OPÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SISTEMA DE REPARTIÇÃO

O legislador constituinte optou pela constituição de um Estado de Direito baseado na solidariedade (doutrina do *solidarismo constitucional*), tendo por objetivos a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193, da Constituição), em busca de maior amparo à parcela da população cujas necessidades são maiores. Nada mais conforme com os objetivos do Estado brasileiro, traçados no art. 3º, da Constituição, a saber: (I) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (II) a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, e (IV) a promoção do bem de todos.

Portanto, só o sistema de repartição é capaz de realizar em toda a amplitude os valores abraçados pela Constituição de 1988, porque é baseado na solidariedade entre gerações e classes sociais. Aliás, a solidariedade, que foi alçada ao patamar de princípio do direito previdenciário brasileiro, é elemento essencial ao conceito de repartição.

Neste supedâneo, o entendimento do conceito de repartição de benefícios deve ser o mais amplo possível, compreendendo não apenas o aspecto econômico, mas também outras facetas, como a social. A política de repartição de benefícios deve visar a redução de desigualdades sociais, a distribuição de renda, o reconhecimento de direitos a povos tradicionais (v.g., os indígenas) e a determinada categoria de pessoas (como

"Neste supedâneo, o entendimento do conceito de repartição de benefícios deve ser o mais amplo possível, compreendendo não apenas o aspecto econômico, mas também outras facetas, como a social."

os empregados domésticos e rurais)¹, bem como o acesso democrático à informação relevante para a conservação dos direitos. Só assim estar-se-á realizando plenamente os valores consagrados pela Carta de 1988. Ao contrário do que ocorre no sistema de capitalização (calcado na doutrina do *individualismo*), em que cada partícipe do sistema forma sua própria conta, o sistema de repartição é baseado na solidariedade, em que toda a sociedade e também o Estado são responsáveis pela sua manutenção. Privilegia-se o social, em detrimento do individualismo.

Nesse sentido, é também necessário que o Estado crie mecanismos de repartição de benefícios que extrapolem meras diretrizes para arranjos contratuais de acesso e repartição, dentro do marco formal contratualista privado, com efetivo controle estatal. É importante criar políticas mais universais de repartição de benefícios voltadas ao interesse público, como, por exemplo, o estabelecimento de um fundo público voltado à garantir futuros benefícios, formado a partir de contribuições de órgãos governamentais, da sociedade, dos beneficiários e principalmente do setor privado (*empresas*). Outro exemplo de política universal de repartição de benefícios seria a obrigatoriedade de investimentos em pesquisa científica de interesse público, voltada à solução de problemas concretos de assistência social e saúde pública da população brasileira, independentemente de seu retorno econômico.

Diga-se, por oportuno, que o sistema de repartição não tem por objetivo o lucro

ou a ausência de prejuízo, porque seu objetivo é a realização de justiça social e do bem-estar de todo cidadão. Tome-se o exemplo do trabalhador rural, que tem garantidos inúmeros direitos previdenciários independentemente de contribuição para o sistema. O sistema de repartição, calcado no bem-estar e na justiça sociais, foi uma opção do legislador constituinte e, por isso, o *déficit* da Previdência deve ser visto não como prejuízo, mas como *investimento* na área social.

Falar-se em reforma da Previdência Social para acabar com o *déficit* do sistema é violentar os preceitos constitucionais mais básicos, porque é a própria ordem constitu-

cional que privilegia o sistema de repartição em detrimento ao de capitalização. Em outros termos, privilegia o social em detrimento do individual.

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra é o sistema de repartição, e, quando o legislador constituinte quis excepcioná-la, ou seja, adotar outro sistema (por exemplo, de capitalização), ele o fez expressamente, como no caso da previdência complementar do servidor público²².

7 CONCLUSÃO

Conclui-se, em breve síntese, que apenas o sistema de repartição é capaz de atender aos valores consagrados pela Constituição de 1988, sobretudo a solidariedade, a justiça social e a igualdade, realizando as necessidades de assistência integral do ser humano. Em outros termos, o efetivo acesso ao sistema previdenciário só é garantido a todos os cidadãos quando se adota o sistema de repartição.

"Falar-se em reforma da Previdência Social para acabar com o déficit do sistema é violentar os preceitos constitucionais mais básicos, porque é a própria ordem constitucional que privilegia o sistema de repartição em detrimento ao de capitalização. Em outros termos, privilegia o social em detrimento do individual."

¹A Emenda Constitucional de n. 47 acrescentou o § 12 ao art. 201 da Carta, o qual está assim redigido: "*Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo*", e também o § 13: "*O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social*".

²²§ 15, do art. 40. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

E, nos dias atuais, a efetiva realização dos direitos sociais (e, portanto, da Previdência Social) é uma constante preocupação do Direito (enquanto ciência), pois não basta se assegurar meros direitos abstratos na ordem jurídica, sem se ater ao acesso efetivo a estes. O Estado de Direito democrático busca reavaliar a ordem jurídica instaurada e, porque não dizer, a forma de enxergar o Direito.

Neste contexto, como já disse, apenas o sistema de repartição é capaz de atender aos mais modernos reclames de solidariedade e justiça social, garantindo efetivo acesso de todos ao sistema previdenciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Saraiva, 1961
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra-Portugal: Almedina, 1998.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*, São Paulo: LTr, 2001.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Temas Clave de la Constitución Española, colección dirigida por Pedro de Vega. 6. edición. Madrid: Tecnos, 1995.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*, 11 ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *A fundamentação e o reconhecimento dos direitos humanos*. Procuradoria Regional do Trabalho 21ª. Região, Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://www.prt21.gov.br/doutr16.htm>>. Acesso em: 11 de julho de 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo: Max Limonad, 1952.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito Previdenciário Avançado*, 2ª. edição, Belo Horizonte, Mandamentos, 2005.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. "A cidadania multidimensional na era dos direitos". In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

III - DOUTRINA NACIONAL

O DEVER DE NEGOCIAR: UMA VISÃO BRASIL / ESPANHA

HENRIQUE DAMIANO*

Resumo: A Emenda Constitucional nº 45/2004 traz à tona a discussão sobre o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, com posicionamentos prós (Liberdade Sindical) e contra (Inafastabilidade da Jurisdição Estatal, Ubiquidade da Jurisdição, condição potestativa) ao comum acordo exigido para a propositura do dissídio coletivo.

Efetivamos uma breve análise jurídica sobre o dever de negociar, no Brasil, na Espanha e no Tratado da Constituição Européia.

Constatamos que a Constituição Brasileira reconhece as convenções e os acordos coletivos, mas não diretamente a negociação coletiva. Da mesma forma, a Constituição Espanhola (artigo 37) determina que a lei reconheça a negociação coletiva, sem reconhecê-la diretamente.

Considerando os direitos fundamentais, como os reconhecidos e positivados no mais alto nível normativo, concluímos que o dever de negociar, tanto no Brasil como na Espanha, não é um direito fundamental.

As violações ao dever de negociar pelo Direito Espanhol podem implicar na violação do direito fundamental à Liberdade Sindical consagrado no artigo 28.1 da Constituição Espanhola.

O texto refundido sobre infrações e sanções (Real Decreto Legislativo nº 5/2000) caracteriza em seus artigos 7º e 8º, como graves as infrações ao dever de negociar e os artigos 151 a 160 da Lei de Procedimentos Laborais estabelecem regras processuais para tornar eficaz o cumprimento do dever de negociar.

Palavras-chave: Negociação coletiva; dever de negociar; comum acordo na negociação coletiva; liberdade sindical; Espanha - Negociação coletiva.

Os conflitos nas diversas etapas da história foram solucionados por meios diferentes. Segundo os estudos de ALCALÁ-ZAMORA E CASTILLO¹, nas sociedades

primitivas prevaleceu a autotutela, imposição do mais forte ao mais fraco, influenciada pelos juízos de Deus. Os conflitos eram solucionados por duelos, combates, liças,

*Henrique Damiano é Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e doutorando pela Universidade Castilla - La Mancha - Espanha

¹MASCARO NASCIMENTO, Amauri - *Compêndio de Direito Sindical*, Ed. LTr, 2ª edição, 2000.

ordálias, com a exposição física a toda sorte de atrocidades para que, se resistissem, tornarem-se vitoriosos, tendo na época aceitação social. O direito procurou afastar tais modalidades de solução dos conflitos. Em um segundo período passaram a ser resolvidos pelo processo, com o aperfeiçoamento das técnicas de solução jurídica e desenvolvimento do conceito de jurisdição. Desenvolveu-se com relevância a solução dos conflitos diretamente pelas partes, não pela imposição do mais forte ao mais fraco e sim pelo entendimento ou a negociação.

Com pequenas divergências, os doutrinadores concordam com a divisão da solução dos conflitos coletivos de trabalho em autocompositivas e heterocompositivas.

A observação da experiência européia evidencia que as relações entre sistema judicial e modos não jurisdicionais de composição dos conflitos coletivos jurídicos podem agrupar-se em dois grandes modelos teóricos ou tipos ideais. O elemento de diferenciação, entre um e outro, não decorre nem depende da maior ou menor centralidade institucional do sistema judicial, que em ambos se configura como o método dominante de satisfação dos conflitos de trabalho. A elaboração de referidos modelos está construída sobre a vinculação funcional dos meios não jurisdicionais, respeitando a tutela judicial.

A elaboração destes modelos baseia-se na observação do tipo de conexão funcional que os meios não jurisdicionais de solução de conflitos mantêm com o sistema judicial. O sistema judicial é a fonte matriz que serve, de um lado, para a definição dos modelos propostos e, de outro, para a atribuição ou filiação tendencial dos distintos ordenamentos a um ou outro.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) os conflitos, em geral, são resolvidos com base em três grandes métodos baseados na intervenção de terceiros: 1 - o judicial, 2 - o que reúne conciliação e mediação e 3 - o da arbitragem².

A recomendação nº 92 da Organização Internacional do Trabalho, sobre conciliação e arbitragem voluntárias, datada de

29 de junho de 1951, dispõe em seu artigo 1º que:

Deverão ser estabelecidos organismos de conciliação voluntária, apropriados às condições nacionais, com o objetivo de contribuir para a prevenção e solução dos conflitos de trabalho entre empregadores e trabalhadores.

Por seu turno, a convenção nº 98 da mesma Organização em seu artigo 4º estabelece que:

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

Reafirmando a passagem da Declaração de Filadélfia, na qual se reconhece a obrigação solene da Organização Internacional do Trabalho de estimular, entre todas as nações do mundo, programas que permitam alcançar o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva e, levando em consideração que tal princípio é plenamente aplicável a todos os povos, determina a convenção nº 154 que deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

IVES GANDRA MARTINS FILHO, em monografia, alinha os países que adotam a arbitragem obrigatória e aqueles que adotam formas voluntárias de solução dos conflitos trabalhistas. Relaciona países que adotam as formas voluntárias e a arbitragem facultativa: Argentina, Grã-Bretanha (tem, desde 1964, uma Justiça Especializada do Trabalho e, a partir de 1968 e 1971, leis específicas sobre as relações de trabalho), Estados Unidos (não tem Justiça Trabalhista especializada; os conflitos de interesses são resolvidos na esfera administrativa), Japão (não existe Justiça do Trabalho, os conflitos coletivos, que não supõem confronto, são solucionados através da

²*Conciliación Y Arbitraje en los Conflictos de Trabajo: Estudio Comparativo. Primera Edición, segunda impresión. Ginebra - Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 1987, p. 3.*

negociação coletiva, dentro das empresas, firmando-se convenções coletivas de trabalho), Panamá (existe tribunal laboral, sem poder normativo; as partes firmam acordos ou recorrem à arbitragem); países que admitem a arbitragem obrigatória como medida de exceção: Chile (conciliação obrigatória, arbitragem facultativa e, em circunstâncias extremas, obrigatória); Espanha (conciliação e arbitragem facultativas, e no caso de greve que produza prejuízo grave à economia nacional, arbitragem obrigatória), República Dominicana, Colômbia, Egito, Itália, Malásia, Paquistão, Senegal, Venezuela; e países que contemplam as formas impositivas em caráter geral: Austrália (possui Cortes Laborais com Poder Normativo para dirimir conflitos coletivos de trabalho), México (Juntas de Conciliação e Arbitragem, instância única para dirimir conflitos trabalhistas, com poder normativo), Peru (o Ministério do Trabalho tem o monopólio da solução de conflitos coletivos de trabalho)³.

O Dissídio Coletivo, como processo, foi adotado inicialmente na "Carta del Lavoro", na Itália fascista, a qual conferiu à magistratura do Trabalho o poder de dirimir os conflitos de trabalho, mediante fixação de regras gerais, abstratas e obrigatórias para a categoria.

No Brasil, o Decreto-Lei 1.237, de 02 de maio de 1939, instituiu o Dissídio Coletivo, sendo competente para conciliação e julgamento a Justiça do Trabalho, que, na época, pertencia à estrutura administrativa do Poder Executivo na esfera do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Surgiu também o chamado Poder Normativo da Justiça do Trabalho, um instituto originado no Estado Novo, durante o governo de Getúlio Vargas, assim como nossa Consolidação das Leis do Trabalho, a

qual, principalmente em matéria coletiva, deixa sensíveis rastros do pensamento político de Getúlio e do fascismo consagrado por Mussolini.

Trata-se de competência conferida à Justiça do Trabalho para decidir, interpretar, criar e modificar normas, em matéria de dissídios coletivos.

As decisões coletivas em dissídios de natureza econômica e declaratória em dissídios coletivos de natureza jurídica, têm natureza jurídica constitutiva.

O poder normativo da Justiça do Trabalho é considerado atípico, tanto que só existe no Brasil e, de forma análoga, na Austrália, Nova Zelândia, Peru e México⁴.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO enumera as desvantagens do poder normativo sob os seguintes argumentos: enfraquecimento da liberdade negocial; desconhecimento real das condições do setor; demora nas decisões; generalização das condições de trabalho; incompatibilidade com a democracia pluralista e representativa; e maior índice de descumprimento da norma coletiva. Ressalta como vantagens a ausência de um

sindicalismo forte no Brasil e a necessidade social de superar o impasse na ausência de autocomposição⁵.

A competência da Justiça do Trabalho, prevista no artigo 114 da Constituição Federal, no que se refere aos dissídios coletivos, foi objeto de alteração introduzida, especificamente, em seus §§ 2º e 4º, através do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 96-E, atualmente Emenda Constitucional nº 45/2004.

A grande inovação do § 2º do art. 114, introduzida pela Emenda Constitucional

"A grande inovação do § 2º do art. 114, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, foi a inclusão da expressão de comum acordo no texto constitucional, como condição de ajuizamento da ação de dissídio coletivo."

³apud Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, in artigo publicado na Revista de Direito do Trabalho, RT-99, p. 87 a 96.
⁴MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1996, p. 33-34.
⁵MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Ob. Cit., p. 35-39.

n. 45, de 8 de dezembro de 2004, foi a inclusão da expressão de comum acordo no texto constitucional, como condição de ajuizamento da ação de dissídio coletivo. Isto é, o dissídio coletivo somente poderá ser instaurado se todas as partes envolvidas estiverem de comum acordo.

Em decorrência desta exigência constitucional, diversos princípios foram invocados, prós e contra a exigência de comum acordo, para o ingresso com a ação de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho Brasileira.

Assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal estaria previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 ao dispor que "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Por força do referido princípio, impede-se a pretendida terceirização da atividade estatal concernente à solução dos litígios, ressalvada a hipótese dos conflitos coletivos laborais e julgamento pelo Senado Federal do Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros de Estado e comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica nos crimes de responsabilidade, por haver menção expressa no mesmo diploma (artigos 114, § 1º e 52, I da Constituição Federal, respectivamente). Seria cláusula pétrea, pois, na forma do artigo 60, § 4º, IV, vedada a deliberação da proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Por via de consequência, impossível que a lei ordinária afronte tais normas constitucionais.

O princípio constitucional da ubiquidade da jurisdição, significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto a sua constitucionalidade nem poderá dizer que ela seja invocável pelos interessados perante o

Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação⁶.

Como condição potestativa, partindo da definição inserta no art. 121 do Código Civil brasileiro de 2002, considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Pelo art. 122, primeira parte, do mesmo código, são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. No entanto, consoante os subseqüentes arts. 123 e 124, o negócio jurídico (verbete que substitui a anterior figura de ato jurídico) resulta inválido, quando estiver subordinado a condições suspensivas física ou juridicamente, e inexistente quando sujeito a condições impossíveis resolutivas. A segunda parte do mencionado art. 122 inclui entre as condições defesas, aquelas identificadas como potestativas, ou seja, as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Logo, há de ser tida como inexistente a condição (da ação) que obriga ao impossível (e contraria o antigo e consagrado brocardo segundo o qual *ad impossibilia nemo tenetur*), entendendo-se como impossível, na hipótese, o utópico assentimento explícito do poder econômico, que as partes submetam voluntariamente ao crivo do Judiciário Trabalhista, as novas pretensões da categoria profissional que impliquem conquistas para a classe trabalhadora ou as rotineiras reivindicações de reajuste salarial, englobando a recomposição das perdas e um ganho como produtividade. Ainda que assim não fosse, a distribuição, entre as partes litigantes, de um requisito de admissibilidade que, se não satisfeito, prejudicará apenas uma delas, e precisamente

"Em decorrência desta exigência constitucional, diversos princípios foram invocados, prós e contra a exigência de comum acordo, para o ingresso com a ação de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho Brasileira."

⁶BASTOS, Celso e GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. II, p. 171.

aquela que fica submetida ao exclusivo arbítrio da outra, tipifica a condição potestativa.

Como cláusula potestativa, o Tribunal do Trabalho poderá, desde que visualizada má-fé, abuso de direito ou ilicitude por parte da categoria econômica, outorgar o suprimento judicial suplicado, quando sua decisão terá a mesma eficácia jurídica do consentimento denegado, possibilitando assim a tramitação normal do dissídio coletivo de natureza econômica, até seu final julgamento. Neste contexto poderiam ser aplicadas regras tanto de direito civil, que regulam o suprimento judicial em casos que especifica, como também regras processuais próprias da execução de obrigação de fazer, sendo que neste aspecto o artigo 641 do CPC, enfatiza que condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida. No caso do dissídio coletivo de natureza econômica, como a recusa de declaração de vontade (outorga de consentimento da categoria econômica) pode ser fruto de má-fé ou de ilicitude, a simples decisão incidental dessa circunstância produziria desde logo todos os efeitos da declaração não emitida, ficando atendida assim a condição de procedibilidade do dissídio coletivo de natureza econômica, tal como exigida no parágrafo segundo do artigo 114 da Magna Carta, com a nova redação impressa pela EC n. 45/04, quando o Tribunal, frustrada que seja qualquer negociação, instruirá normalmente o dissídio coletivo.

Em sentido oposto, posicionando-se pela constitucionalidade da exigência do comum acordo, já que não se extinguiu a fascista instituição, afirmam que o legislador constitucional buscou uma conciliação: o Estado só intervirá na liberdade sindical - que também é um bem constitucional -, art. 8º, *caput*, da Constituição Federal, se as partes de comum acordo quiserem. Neste caso, a violência deixa de existir, pelo menos em sua força originária, porque a intervenção se deu a pedido e não por iniciativa do Tribunal. Demonstra-se a intenção do legislador constitucional em compatibilizar o dissídio coletivo com a liberdade sindical.

Por este posicionamento, não se pode comparar o acesso ao Judiciário, previsto no

art. 5º, XXXV, da CF com a restrição do § 2º do art. 114. No primeiro caso, trata-se de princípio genérico, dirigido a todo cidadão que tenha um direito lesado ou ameaçado.

Esse dispositivo tem duas dimensões. A primeira é de direito material. Quando se fala em "direito", no sentido subjetivo que foi o empregado pelo texto, pergunta-se também pela lei que o criou, gerando um dever ao obrigado que o violou.

O segundo sentido é de ordem formal. Se houve violação ou ameaça a direito, a parte pode procurar o remédio, ou seja, o acesso ao Judiciário. Como este acesso presume o processo, a proteção dar-se-á na forma prevista na lei processual.

O Processo Civil, enquanto ciência, tem regras formais, pelas quais regula o fluxo da composição do conflito: a inicial, a defesa, a produção de prova, o recurso aos tribunais superiores. Tudo se faz segundo regras que, não satisfeitas, impedem o acesso ou o prosseguimento da relação processual.

Portanto, o princípio do acesso ao Judiciário não é absoluto. Tem restrições na prática cotidiana, aliás, como todo princípio. Nunca houve princípio, jurídico ou não, que dividisse o mundo sem deixar resto. Isso vale, evidentemente, para o acesso ao Judiciário, que se verifica mediante normas e prescrições estabelecidas pela lei processual.

Se a parte não escolher a jurisdição correta e não obedecer às regras de competência, não terá acesso ao Judiciário. Se não houver possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse, a petição não satisfará aos requisitos da lei. Será, então, indeferida, e este acesso será barrado no início. Para recorrer, a parte tem de pagar as custas, obedecer aos prazos, depositar um valor calculado sobre a condenação e usar o recurso próprio. Se assim não agir, não terá acesso à instância superior.

Para chegar aos tribunais superiores, tem de suscitar questão de direito, fora da matéria de fato discutida nos autos. Caso contrário, ficará impedida de ascender aos tribunais de cúpula.

Há, e sempre houve, condições para a ação em todos os sistemas processuais, cujas normas têm por finalidade exatamente

regular o acesso ao Judiciário e o desenvolvimento do processo, dentro dele. Conforme salienta o processualista português Miguel Teixeira de Souza:

*A garantia de acesso aos tribunais não é incompatível com certas restrições, desde que estas não sejam arbitrárias ou injustificadamente discriminatórias*⁷.

No caso do dissídio coletivo, foi exatamente o que se deu. O legislador constitucional impôs condição para o acesso ao Judiciário, que não limitou o direito da parte. Apenas exigiu que houvesse acordo para a proposição, em razão da natureza especialíssima deste tipo de ação no sistema processual.

O novo texto não impediu nem restringiu o exercício do direito constitucional de ação, como vem sendo alegado por alguns autores. Os sindicatos poderão continuar a servir-se do processo para estabelecerem normas e condições de trabalho. Apenas o adaptou às finalidades do instituto de que a ação é instrumento.

Impedir é uma coisa, limitar e condicionar é outra.

Na ação coletiva para fixar normas e condições de trabalho, a legitimidade e o interesse não se medem apenas em função do autor e do réu, porque não se trata de reivindicação ou de contestação de um direito subjetivo, mas da criação de normas, em que predomina o interesse de toda uma categoria profissional.

São, pois, absolutamente diferentes os objetivos pretendidos em ambas as ações:

a) pela ação civil comum, pleiteia-se um direito subjetivo, derivado de lei. Pela ação coletiva, pretende-se a criação de normas;

b) pela ação civil comum, o interesse defendido é individual e, mesmo quando cole-

tivo ou difuso, por ela não se criam normas e condições;

c) na ação civil, há o reconhecimento de um direito, mesmo que transindividual. Na ação de dissídio coletivo, há a criação de um direito por atividade anômala do Judiciário, com grave intervenção e restrição à liberdade sindical.

Atendendo a essas peculiaridades, já que o interesse coletivo transcende o interesse das partes (ou seja, dos sindicatos em disputa), porque envolve interesse de toda a categoria (profissional e econômica), o legislador exigiu que a via judiciária só fosse acionada por comum acordo das partes.

A intenção é evidente: resguardar a liberdade sindical, bem jurídico constitucionalmente reconhecido e defendido - art. 8º da Constituição Federal.

Aqui, se o legislador reconhecesse as condições da ação apenas em função do autor, romperia com o equilíbrio da disputa coletiva, porque submeteria a outra parte, contra sua vontade, a renunciar à liberdade sindical e a submeter-se a julgamento compulsório de reivindicação coletiva, o que significaria agressão à liberdade sindical.

Essa era a anomalia da ação de dissídio coletivo, que só sobreviveu por todo esse tempo porque tinha âncora constitucional. Se tivesse sido instituída pela lei ordinária, jamais teria sobrevivido em razão de sua flagrante inconstitucionalidade, pois se chocaria com a interdependência e harmonia dos Poderes da República - art. 2º da Constituição Federal -, em razão da competência legislativa atribuída ao Judiciário, em prejuízo do Parlamento.

Esta seria a razão que explica a inexistência do instituto em todo o mundo.

"A intenção é evidente: resguardar a liberdade sindical, bem jurídico constitucionalmente reconhecido e defendido - art. 8º da Constituição Federal."

⁷SOUZA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 2000, p. 25.

Por se tratar de um tipo especial e anômalo de ação, que não se forma com base na pretensão do autor contra um réu, fundado no direito posto, mas sim na criação de normas que vão reger os interesses de ambos, o legislador considerou que a intervenção do Estado só seria legítima se se verificasse de acordo com a vontade de ambos os sindicatos. Daí a exigência do acordo, para resguardar a vontade de ambos, que é, em última análise, a própria liberdade sindical.

Ora, se são diferentes os objetos do processo comum e coletivo, andou certo o legislador em tratá-los diferentemente. Não há pior erro em qualquer ciência do que pretender a solução de um problema pelo método errado, pois o resultado será necessariamente um desacerto que o agravará em vez de resolvê-lo.

Também não se há de evocar a distinção entre poder constituinte e derivado para resolver a questão.

A Constituição brasileira pertence ao modelo rígido e, esta rigidez se mostra exatamente na técnica de sua reforma. Para que não se torne uma simples lei, reformável segundo a maioria dos parlamentos e os interesses políticos do momento, estabelecem-se normas para sua modificação⁸. Na Constituição brasileira, elas se encontram no art. 60 e se centram na qualificação do *quorum*: discussão em dois turnos e aprovação de três quintos dos votos dos respectivos membros.

Porém, a reforma da Constituição não poderia ir ao extremo de mudar seus núcleos ideológicos mais significativos, pois, se assim fosse, ela se descaracterizaria em sua mensagem política básica, podendo tornar-se até mesmo anti-democrática. Por isso, no § 4º do art. 60, estabeleceu-se um núcleo duro, que não pode receber nenhum tipo de emendas:

- a) forma federativa;
- b) voto direto, secreto, universal e periódico;
- c) separação de Poderes;
- d) direitos e garantias individuais.

Pelo voto, direto, secreto, universal e periódico, garante-se a manifestação do povo, como base de qualquer democracia.

Pela separação de Poderes, garante-se seu funcionamento e equilíbrio.

Pelos direitos e garantias, estabelece-se a relação cidadão-estado, com os marcos e limites de cada um.

Em função dessas possibilidades de reforma, fixou-se o conceito de poder constituinte e de poder constituído. O primeiro cria a Constituição, como contrato social básico de um povo. Como ela não pode ser permanente e eterna, sujeita-se ao processo histórico de modificações, que o tempo exige de todas as instituições humanas. Há então o poder constituído ou derivado, que se opera por meio das emendas constitucionais, que se exerce até o ponto permitido na própria Constituição, cujo limite é o núcleo duro imodificável, por ela mesmo tido como imodificável.

O poder constituinte originário é a redução de todas as instituições ao povo, em que todo poder repousa. O processo de estabelecimento deste poder constituinte originário ou básico pode ser por vias normais, delegando o povo aos seus legisladores o poder de criação de uma nova ordem constitucional ou por processos violentos ou revolucionários, nos quais se destrói a ordem vigente e se estabelece uma outra em sua substituição.

Porém, tão logo se pacifique a agitação política, predomina a força inercial do Direito, cuja finalidade em todos os tempos é exatamente estabilizar e dar forma aos fatos políticos, sociais e econômicos. A Constituição acolhe a nova ordem e nela se instituem as bases do novo Estado.

As revoluções não são violações do Direito, mas a sua criação em padrões novos e radicais. Não se admite uma ordem jurídica que reconheça um direito à revolução. O tema pertence à História, não à Filosofia do Direito, como acentuou corretamente HERRFAHRDT⁹. Citando JHERING, afirma: "num confronto entre o Direito e a

⁸SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65.

⁹HERRFAHRDT, Heinrich. *Revolución y ciencia del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1932, p. 89.

vida, salve-se a vida, pois é nela que repousa o cerne de tudo que criamos”.

No momento da revolução, a ordem jurídica anterior se quebra e o novo direito se firma. Perante a nova ordem, qual vai ser o núcleo imodificável da Constituição e quais as partes que podem submeter-se ao crivo da atualização histórica? Tudo dependerá da opção política que nela se acolher.

A EC nº 45/04 não feriu o direito de ação, não violentou o direito de acesso ao Judiciário, não violou direitos fundamentais, não restringiu nada. Apenas condicionou o direito de ação de dissídio coletivo a peculiaridades inerentes à sua própria natureza.

Não se pode usar o método exegético do processo comum no processo do trabalho, pois um abismo os separa. Também, internamente, não se pode aplicar ao Processo Coletivo do Trabalho (instrumento das normas de Direito Coletivo) as regras do Direito Processual do Trabalho, destinadas a fazer valer direitos individuais trabalhistas, porque são absolutamente diferentes as finalidades de cada um. Logo, a interpretação tem também de ser diversa.

É indispensável que se estabeleça, com firme diferenciação, o Direito Processual do Trabalho para aplicar as normas de dissídio individual e as de Direito Processual Coletivo para aplicar as normas referentes aos conflitos que provêm do Direito Coletivo. Uma parte comum os unificará e uma parte específica os diferenciará.

A regra do art. 5º, XXXV, da CF garante o direito de acesso ao Judiciário, em relação a um direito positivo, concreto, existente na lei ou nos códigos. Se este direito é lesado ou ameaçado, quem o possui poderá recorrer ao Judiciário para reparar a lesão ou prevenir-se da ameaça. Se lhe fosse retirada esta via, não teria a quem recorrer e a Justiça lhe seria negada. Onde ficaria o Estado Democrático de Direito?

Já no Direito Coletivo do Trabalho, a situação é diferente e precisa ser analisada de outro ângulo. Quem trata de modo igual coisas diversas erra necessariamente na análise que faz. Distinguir, quando necessário, é fundamental à obtenção da verdade.

Em primeiro lugar, uma afirmativa fundamental: o acesso não foi negado, mas apenas condicionado. E a restrição nada tem de discriminatória ou arbitrária, pois atendeu a um princípio fundamental em Direito Coletivo, pelo qual a intervenção do Estado tem caráter excepcional.

Mas a porta não lhes foi absolutamente fechada. Os sindicatos continuam ainda com três vias para a solução do conflito: a negociação coletiva, a arbitragem e a greve. Se, entretanto, preferirem o Judiciário, só podem utilizar-se desta via mediante acordo, o que é uma condição, não uma vedação, feita para atender à natureza específica do instituto do dissídio coletivo.

O legislador pensou, primeiro, na livre composição do conflito pelos próprios sindicatos. Visou, teleologicamente, a resguardar a liberdade sindical e a autonomia privada coletiva, bens constitucionais protegidos pela Constituição no art. 8º. Agiu, portanto, com acerto e comedido, compatibilizando o acesso ao judiciário com a natureza especial do Direito Coletivo.

Portanto, a arguição de que os sindicatos, de empregados ou empregadores, foram prejudicados no acesso ao Judiciário é errônea e tem origem meramente corporativista.

Nossos sindicatos se acostumaram a entregar tudo ao Estado, assentados comodamente no monopólio da representação e com a mão no cofre, onde entra o fácil dinheiro da contribuição sindical.

Como a questão agora mudou e a Constituição dificultou o acesso para

“O legislador pensou, primeiro, na livre composição do conflito pelos próprios sindicatos. Visou, teleologicamente, a resguardar a liberdade sindical e a autonomia privada coletiva, bens constitucionais protegidos pela Constituição no art. 8º.”

incentivar a negociação, a grita se levanta dos dois lados, para se manter privilégios anacrônicos e insustentáveis.

O valor restritivo que a Constituição agora criou repousa na concepção filosófica de que a negociação coletiva é o melhor caminho para a solução de conflitos coletivos. Por isso deu aos sindicatos a liberdade necessária para este fim. Se são fracos, pequenos, inoperantes, esta carência não se deve ao Direito nem pode ser obtida por via jurídica, mas, sim, por representatividade, capacidade de ação, independência e trabalho.

Trata-se, pois, de uma opção do legislador constitucional, que não pode ser avaliada pelo Judiciário, já que não houve contrariedade a nenhum princípio ou norma expressa da Constituição.

O princípio do acesso ao Judiciário, visto pelo plano do direito individual, é completamente diferente, quando se trata de Dissídio Coletivo.

Quando se trata de direito individual, o acesso se dá para garantir um direito que já existe, que foi ameaçado ou violado. Quando se trata de acesso em Direito Coletivo, a situação é outra, porque aqui se vai fazer ou criar a norma. Portanto, há uma profunda diferença de propósitos, que não pode ser esquecida pelo intérprete.

Limitar esta atividade anômala de acesso ao Judiciário para criar normas, em nome de outros princípios maiores da liberdade sindical e da autonomia coletiva, nada tem, absolutamente nada, de inconstitucional.

A confusão dos dois planos leva a conseqüências lastimáveis na prática. Já ouvimos o seguinte argumento: "Uma pessoa deve uma determinada quantia. Imagine-se se o credor, para exigí-la, tivesse que contar com a concordância da outra parte. Esta naturalmente não concordaria e o credor não teria acesso ao Judiciário."

O erro é manifesto e o argumento conduz ao absurdo, porque se pensou no acesso ao Judiciário do art. 5º, XXXV, que pressupõe a norma e o direito violado. Aqui, sim, a exigência de acordo seria de fato intolerável restrição do acesso ao Judiciário.

Mas, quando se trata de conflito coletivo, para criar a norma, a restrição do acordo é plenamente justificável, porque as partes continuam com o direito à negociação coletiva, à arbitragem e à greve. Têm, portanto, instrumentos muito maiores e muito mais eficientes para resolver o conflito. Não houve restrição, mas sim ampliação.

O legislador constitucional pensou na liberdade sindical - art. 8º, no direito à negociação coletiva - art. 7º, XXVI, e no direito de greve - art. 9º. Só depois é que previu a intervenção do Estado no art. 114, § 2º. Será que, com uma interpretação incoerente e absurda, vamos destruir todos estes princípios constitucionais?

Convém lembrar que, em matéria constitucional, há uma regra fundamental de hermenêutica: se a Constituição acolheu dois ou mais valores, não se deve interpretar um excluindo os outros. O intérprete há de procurar um lugar para todos, pois foi esta a vontade da Constituição.

Este é o panorama da atual realidade brasileira. Passamos, agora, a analisar a questão do dever de negociar pela legislação Européia, especialmente na Espanha, ressaltando de início que a legislação espanhola conta com dispositivos que procuram dificultar a solução heterônoma, notadamente aquela por parte do Estado-juiz, como o denominado "poder normativo do judiciário".

Não há dúvida de que a negociação coletiva trata-se de uma obrigação imposta por lei, pois dispõe o artigo 89 do Estatuto dos Trabalhadores:

A parte receptora da comunicação só poderá negar-se à iniciação das negociações por causa legal ou convencionalmente estabelecida, ou quando não se trate de revisar um convênio já vencido, sem prejuízo do estabelecido nos artigos 83 e 84; em qualquer caso deverá contestar por escrito e motivadamente.

O dever de negociar decorrente da teoria geral do negócio jurídico é obrigação legal ou convencional, através da qual se pretende fazer incidir, de forma indireta, no sistema de regulação das condições de trabalho e, qualitativa e diretamente, no

processo de negociação, de forma que mediando a conduta das partes legitimadas intervenientes, se facilite a consecução de um acordo ou seu correto e efetivo desenvolvimento.

O Tribunal Constitucional Espanhol sedimentou seu posicionamento, para declarar reiteradamente que o direito à negociação coletiva reconhecido no artigo 37.1 da Constituição Espanhola, não é suscetível de tutela através do recurso de amparo, salvo quando resulte afetado o direito à liberdade sindical, pressuposto que ocorre quando se nega ou impede a atividade negociadora que o ordenamento atribui ao sindicato.

No tocante à obrigação de negociar imposta por convênios coletivos, o Estatuto dos Trabalhadores (artigos 83.2 e 85) dá cobertura legal à possibilidade de que a autonomia coletiva venha a regular determinados aspectos do processo negociador do convênio posterior ou do contemporâneo. Resulta esta, uma prática não muito comum, à exceção do referente à especificação dos requisitos formais de denúncia e renegociação, que vierem a completar ou especificar o já disposto na lei.

Sua importância é destacável, não só pelo fato de que permite a configuração de instrumentos adicionais para adequar-se à realidade econômica, laboral ou negocial do setor ou da empresa, erigindo-se em verdadeiro "método de governo das relações laborais", mas também facilita o trabalho interpretativo de certas passagens da lei com referência ao dever de negociar, dando conteúdo, clareza e maior coerência à segunda e a terceira das causas previstas no artigo 89.1 do Estatuto dos Trabalhadores.

Com relação às medidas de eficácia na aplicação do dever de negociar, podemos afirmar que nos últimos anos, tanto a doutrina como a jurisprudência, e mais recentemente o próprio legislador, têm avançado na

construção dogmática do dever de negociar e paralelamente a esta evolução, o que não evita, porém, um certo sentimento de insatisfação.

A utilização obrigatória dos meios de solução extrajudiciais configura-se como uma medida necessária e preferível à tutela judicial, reiterando a precisão de que sua conveniência não pode obviar que o recurso ao processo judicial não oferece uma solução globalmente satisfatória.

Em todo caso e à margem da conveniência de não descuidar do papel dos meios de solução extrajudiciais como mecanismo para dotar de efetividade prática o dever de negociar, desde uma perspectiva mais linear, um dos primeiros elementos a considerar é a necessidade de incorporar, de forma generalizada e permanente ao processo, um terceiro na dinâmica negocial, que independentemente de funções propriamente condutoras, assuma um papel informador, assessor, dirimemente ou em definitivo, gestor do processo.

A tendência do sistema de relações laborais parece evoluir no sentido de circunscrever a incidência da administração a uma atuação *ad extra* e de ordem meramente normativa. Em ordenamentos jurídicos com tradição negociadora há uma evoluída articulação de um futuro corpo especializado de mediadores e árbitros de dedicação exclusiva.

São fundamentalmente dois os preceitos que se pode invocar para a proteção estrutural da negociação coletiva: o artigo 95.7 do Estatuto dos Trabalhadores, segundo o qual será infração grave "a transgressão dos direitos de informação, audiência e consulta dos representantes dos trabalhadores e dos delegados sindicais, nos termos legais ou convencionalmente estabelecidos" e o artigo 95.10, do mesmo diploma legal, que atribui igual sanção em caso de "atos ou omissões que forem contrários aos

"O Tribunal Constitucional Espanhol sedimentou seu posicionamento, para declarar reiteradamente que o direito à negociação coletiva reconhecido no artigo 37.1 da Constituição Espanhola, não é suscetível de tutela através do recurso de amparo, salvo quando resulte afetado o direito à liberdade sindical, pressuposto que ocorre quando se nega ou impede a atividade negociadora que o ordenamento atribui ao sindicato."

direitos dos trabalhadores reconhecidos no artigo 4 do Estatuto dos Trabalhadores”.

O processo de conflito coletivo, regulado nos artigos 151 a 160 da Lei de Procedimentos Laborais, surge como instrumento que, de modo desordenado, pode dar cobertura geral ao não cumprimento do dever de negociar e, em especial, ao conjunto de práticas que, embora censurável a partir de uma perspectiva sócio-laboral, é inimputável de um ponto de vista jurídico. Trata-se, em qualquer caso, de uma alternativa um tanto forçada, porquanto não parece se ajustar à lógica administradora e bipolar ou contraposta delineada pelo legislador.

Admite-se a possibilidade da sentença declaratória no processo de conflito coletivo ou nas que se determine um importe líquido ao objeto de sua proteção.

A lógica imposta pelo ressurgimento do dever de negociar deve dar lugar ao restudo de seus mecanismos de tutela sob uma base renovada, que supere a errônea identificação da figura com as construções jurídicas pré-constitucionais e que, inclusive reclamando dos interlocutores um papel principal em sua regulação e solução, assumam a consecução de um sistema maduro de relações laborais.

Temos, pois, que nos textos constitucionais dos distintos ordenamentos e nas declarações internacionais extrai-se uma definição de direito fundamental da pessoa do trabalhador.

Nesta ordem de coisas, deve-se ao mérito do italiano LUIGI FERRAJOLI¹⁰ haver elaborado a noção formal e lógica mais acabada, da categoria dos direitos fundamentais, entendendo por tal “aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar”.

Três são as linhas estruturais “independente do conteúdo das expectativas que tutelam” que distingue esse tipo de direito

dos demais. O primeiro é a forma universal de sua imputação; tratam-se de direitos “universais” no sentido deontológico e não valorativo da qualificação universal da classe de sujeitos que como pessoas, cidadãos ou capazes de trabalhar são seus titulares. A segunda característica é sua indisponibilidade, tanto ativa, pois são inalienáveis por seu titular, como passiva, já que não são expropriáveis por outros sujeitos, começando pelo Estado. A terceira e última característica, consiste em que os direitos fundamentais têm em seu conteúdo regras gerais e abstratas; isto é, confere-se mediante normas gerais de categoria habitualmente constitucional, que são normas téticas e não hipotéticas, já que dispõem de maneira imediata as situações jurídicas expressadas por elas.

Conceituando tais direitos, diz SANDRO DE MELO, na trilha de GOMES CANOTILHO, que “direitos do homem” são “direitos válidos para todos povos em todos os tempos”, ou seja, derivados da natureza humana e por isso com caráter inviolável, intemporal e universal, enquanto “direitos fundamentais” são inerentes ao homem jurídico, institucionalmente garantidos e limitados “espaço-temporalmente”, isto é, seriam os “objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”¹¹.

É oportuna a transcrição do escólio de CANOTILHO, para melhor compreensão da distinção apontada: “Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exato desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e inalienáveis do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica “os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até por vezes, mera retórica

¹⁰VALDES DAL-RÉ, Fernando. *Revista de Relações Laborais*, nº 18, setembro/2003, Ed. La Ley, p. 5.

¹¹MELO, Sandro Nahmias. *Meio Ambiente do Trabalho: Direito fundamental*. São Paulo, LTR 2001, p. 53.

política” mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grenndrechtsnormem*)”¹². Por outras palavras, que pertencem a CRUZ VILLALON: “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá enfim coisas distintas como foros ou privilégios”. E conclui “Os direitos fundamentais são, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivam consequências jurídicas”¹³.

No Conselho Europeu de Colônia, de junho de 1999, resolveram redigir uma Carta de Direitos Fundamentais para a União Européia. Tal carta encontra-se incorporada na Constituição Européia, parte II, sob o título “CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO”. No dia 07 de dezembro de 2000, no transcurso da conferência de Niza, a Carta foi firmada e proclamada pelos Presidentes do Parlamento Europeu¹⁴.

O direito ao trabalho encontra-se previsto no capítulo dedicado às Liberdades, porém, no capítulo dedicado à Solidariedade enunciam-se os efetivos direitos relacionados com o âmbito laboral, como o de informação e consulta aos trabalhadores na empresa (artigo II-27), direito de negociação e ação coletiva (artigo II-28), direito de acesso aos serviços de colocação (artigo II-29), proteção em caso de despedida injustificada (artigo II-30), direito a condições de trabalho justas e equitativas (artigo II-31), proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho (artigo II-32), que recorda as discriminações positivas anteriormente apontadas e a proteção da vida familiar e sua conciliação com a vida profissional (artigo II-33).

Na efetividade dos direitos fundamentais pode ocorrer colisão entre eles; assim

é que o trabalhador tem direitos (proibição de discriminação, intimidade, honra, livre expressão, informação, própria imagem, liberdade de informação, liberdade sindical, greve,...) e também os tem o empresário, (propriedade privada, livre empresa, imagem,...).

Doutrina e jurisprudência têm se valido do princípio da proporcionalidade; princípio que originariamente regia ou media as limitações resultantes da atuação dos poderes públicos no âmbito dos direitos de liberdade dos cidadãos e também dos direitos específicos dos trabalhadores.

Esse princípio de proporcionalidade atua segundo três condições: a) da adequação da medida objetivamente proposta (juízo de idoneidade); b) da necessidade da medida para alcançar seu objetivo e não existindo outra mais moderada com igual eficácia (juízo de necessidade); c) da ponderação da medida por derivar-se dela mais benefícios ou vantagens para o interesse geral do que prejuízo sobre outros bens ou valores em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido estrito).

Em linhas gerais, são qualificados como “fundamentais” aqueles direitos que, por estarem diretamente enraizados na condição da dignidade humana, têm de ser reconhecidos no mais alto nível normativo e sempre respeitados como base que legitime a organização de poder em qualquer estado de direito.

A Constituição Européia reconhece que os trabalhadores e os empresários, ou suas organizações respectivas, têm direito a negociar e celebrar convênios coletivos nos níveis adequados e a empreender, em caso de conflito de interesses, ações coletivas para a defesa de seus interesses, incluída a greve (art. II-28)

A Constituição brasileira reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º XXVI) no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, que por sua vez faz parte do título referente aos direitos e garantias fundamentais. Não há referência

¹²CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed. Coimbra, Ed. Almedina, 2000.

¹³CRUZ VILLALON *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed. Coimbra, Ed. Almedina, 2000, p. 371.

¹⁴Jornal *El Mundo*, 15 de outubro de 2000.

na Constituição brasileira sobre o reconhecimento da negociação coletiva. O procedimento sobre negociação coletiva está regulado nos artigos 611 e seguintes da CLT quando trata das convenções coletivas de trabalho.

Como se vê, pela Constituição brasileira há o direito fundamental ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos e trabalho, mas não há o direito fundamental à negociação coletiva. A Constituição espanhola reconhece o direito à negociação coletiva na seção segunda referente aos direitos e deveres dos cidadãos, que por sua vez faz parte do capítulo referente aos direitos e liberdades. Devemos analisar o artigo 37 da Constituição Espanhola e saber qual sua natureza e significado.

Assim dispõe referido artigo:

A lei garantirá o direito à negociação coletiva laboral entre os representantes dos trabalhadores e empresários assim como a força vinculante dos convênios.

Existe uma certa aquiescência em considerar que a redação do artigo 37 da Constituição Espanhola obedeceu a uma clara e consciente vontade do constituinte de romper com o modelo de negociação projetado nas últimas décadas pelo regime franquista e é nesta linha que deve ser interpretado. Assim, entende-se que o artigo 37 da Constituição Espanhola não reconhece um direito subjetivo à negociação coletiva, não se tratando de direito fundamental, mas um direito de liberdade e uma garantia institucional¹⁵, com o alcance de redistribuir o poder normativo com trabalhadores e em-

...pela Constituição brasileira há o direito fundamental ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos e trabalho, mas não há o direito fundamental à negociação coletiva."

presários e preservar a atividade convencional de potenciais ingerências ou intromissões dos poderes públicos. Em que pese a ambigüidade que em um primeiro momento possa haver¹⁶, concretiza-se a possibilidade de fazer derivar do artigo 37.1 da Constituição Espanhola, os componentes básicos que configuram a estrutura do dever subjetivo. A existência de um dever não pode ser deduzida por meras conjecturas e presunções, mas de um texto que a imponha de forma totalmente clara.

VALDES DAL-RÉ questiona se a negociação coletiva é um verdadeiro direito fundamental e, portanto, estabelece correlativamente a obrigação de negociar ou simplesmente trata-se de um direito de liberdade "esfera de liberdade frente aos poderes públicos" reconhecido aos representantes dos trabalhadores e empresários, para que possam exercitá-la livremente, sem interferência dos poderes públicos e cujo exercício não possa obstaculizar e sim facilitar¹⁷.

Resta analisar a possível vinculação do dever de negociar ao artigo 28 da Constituição Espanhola, como conseqüência de sua relação com o direito fundamental à negociação coletiva. E isto porque, como reconhece a doutrina, "a linha histórica de tendência por que circula o movimento constitucional é a de situar o centro de gravidade do modelo de negociação coletiva no reconhecimento e consagração do princípio da liberdade sindical"¹⁸. Assim se posicionou o Tribunal Constitucional ao distinguir, dentro do conteúdo essencial do direito, a liberdade sindical entre uma vertente organizativa ou institucional e outra instrumental ou dinâmica.

¹⁵RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. - *A Negociação Coletiva*. AAVV, Coleção Fomento e Formação. 1989, pp. 48/49

¹⁶SUAREZ GONZALES, F. - *O Direito do Trabalho na Constituição*, Leitura sobre a CE, tomo II, Madrid, UNED, 1978, pp. 195/239)

¹⁷REGUERO CELADA, Justo. *O dever de negociar: considerações sobre sua natureza jurídica*. Estudos sobre Negociação e Convênios coletivos. Editorial Centro de Estudos Ramón Areces S.A.: Madri, p. 414.

¹⁸VALDES DAL RÉ, F. - *A Negociação Coletiva na Constituição*. Revista Política Social, n° 121, 1979, pp. 469/470.

Posteriormente o Tribunal Constitucional foi sedimentando seu posicionamento, para declarar reiteradamente, que o direito à negociação coletiva reconhecido no artigo 37.1 da Constituição Espanhola não é suscetível de tutela através do recurso de amparo, salvo quando resulte afetado o direito à liberdade sindical, pressuposto que ocorre quando se nega ou impede a atividade negociadora que o ordenamento atribui ao sindicato¹⁹.

Para determinar se a ação ou omissão no dever de negociar resulta lesiva ao direito de liberdade sindical, basta verificar a tendência do Tribunal Constitucional que declara, reiteradamente, que o direito à liberdade sindical (artigo 28.1 da Constituição Espanhola) compreende o direito à negociação coletiva dos sindicatos. Assim o reconhece, também expressamente, a Lei Orgânica de Liberdade Sindical nº 11/1985 (LOLS) ao dizer na alínea "d", de seu artigo 2.1 que "a liberdade sindical compreende o direito à atividade sindical" e que o exercício desta atividade, na empresa ou fora dela, compreende "em todo caso", entre outros direitos, "o direito à negociação coletiva". Isto é assim por erigir a negociação coletiva em um meio para o exercício da ação sindical que reconhece os artigos 7 e 28.1 da Constituição Espanhola²⁰ porque a liberdade sindical compreende também aqueles meios de ação sindical, entre eles a negociação coletiva, que contribui para que o sindicato possa desenvolver a atividade que lhe é atribuída pela Constituição.

"Negar, obstaculizar ou desvirtuar o exercício desta faculdade negociadora dos sindicatos implica numa violação do direito fundamental à liberdade sindical que consagra o art. 28.1 Constituição Espanhola."

Negar, obstaculizar ou desvirtuar o exercício desta faculdade negociadora dos sindicatos implica numa violação do direito fundamental à liberdade sindical que consagra o art. 28.1 da Constituição Espanhola²¹.

A negociação coletiva de condições de trabalho converge não só para a dimensão subjetiva da liberdade sindical em relação ao sindicato afetado, mas alcança também o sindicato enquanto representação institucional a que constitucionalmente se reconhece a defesa de determinados interesses²².

A liberdade sindical compreende o direito dos sindicatos realizarem as funções que deles são possíveis esperar, de acordo com o caráter democrático do Estado e com as coordenadas cabentes a essa instituição. A negociação coletiva de condições de trabalho, parte do núcleo do artigo 28.1 da Constituição Espanhola, uma vez que resulta inimaginável que sem ela logre desenvolver eficazmente as finalidades reconhecidas no artigo 7 da mesma Carta²³.

A vontade individual dos trabalhadores não pode modificar o conteúdo do pactuado com caráter geral no convênio coletivo, "pois do contrário, se prevalecer a autonomia da vontade individual dos trabalhadores sobre a autonomia coletiva estabelecido em um convênio legalmente pactuado entre os sindicatos e a representação empresarial, quebraria o sistema de negociação coletiva configurado pelo legislador..."²⁴

¹⁹GARCIA MURCIA, J. – Direitos Fundamentais e Negociação Coletiva: uma aproximação a partir da Jurisprudência Constitucional. *Revista Espanhola de Direito Constitucional*, nº26. 1989, p. 191.

²⁰STC 98/1985 de 29 de julho e STC 39/1986 de 31 de março.

²¹SSTC 187/1987, 108/1989, 184/1991, 105/1992, 208/1993, 74/1996, 107/2000, entre outras.

²²SSTC 3/1981, 70/1982, 23/1984, 75/1992 e 18/1994.

²³SSTC4/1983, 73/1984, 98/1985, 39/1986, 187/1987, 9/1988, 51/1988, 127/1989, 30/1992, 75/1992, 105/1992, 173/1992, 164/1993, 145/1999.

²⁴STC 105/1992.

Nem toda limitação da capacidade de atuação de um Sindicato, determina, necessariamente, uma vulneração ao princípio da liberdade sindical, só se verificando tal violação quando a redução incida realmente no direito à atividade sindical e tenha lugar de modo arbitrário, antijurídico e carente de justificação, como sucede nas exclusões ou impedimentos da presença sindical nas comissões criadas pelos convênios coletivos com facultades negociadoras²⁵, ou no caso de utilização das maiorias legais para alcançar um convênio estatutário com exclusão de outro sindicato legitimado²⁶, ou quando a atuação unilateral do empresário, amparado pelas facultades diretivas implicitamente reconhecidas pela liberdade de empresa (art. 38 da Constituição Espanhola), afete a posição negociadora do sindicato, atingindo substancialmente a liberdade sindical²⁷. Neste sentido, afirmou-se na STC 208/1993, de 28 de junho, que "...nem a negociação coletiva supõe negar virtualidade à liberdade de empresa reconhecida no art. 38 da Constituição Espanhola, ... nem a negociação coletiva pode anular a autonomia individual, pois esta garantia da liberdade pessoal, deve contar com uma certa margem de atuação inclusive em alguns âmbitos da empresa em que exigências de índole econômica, técnica ou produtiva reclamam uma conformação coletiva de condições uniformes".

A capacidade de incidência e prevalência do convênio coletivo sobre o contrato individual de trabalho é o condicionamento que se impõe sobre a vontade unilateral do empregador, impedindo que a vontade individual prevaleça sobre a coletiva. Isso, porém, não exclui um espaço próprio para a autonomia individual e para o exercício dos poderes empresariais²⁸.

Pela doutrina constitucional exposta, depreende-se que não pode a autonomia individual ou a decisão unilateral da empresa, proceder à regulamentação das condições de trabalho quando, atendendo à

transcendência, importância e significado das condições laborais, subtraia a presença dos representantes sindicais na função negociadora²⁹.

Neste sentido, partindo da própria dinâmica do Tribunal Constitucional nesta matéria e da doutrina sobre o estabelecimento das obrigações jurídicas estipuladas no Código Civil Espanhol, a natureza jurídica do dever de negociar não pode vir condicionada pelos efeitos jurídicos que a violação extrema de algumas de suas manifestações pode acarretar. Trata-se de uma questão de intensidade na configuração, desenvolvimento e exercício da própria liberdade sindical. Esta não está condicionada à existência prévia de um dever de negociar, da qual dependa o exercício da atividade sindical.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso e GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2000.

CRUZ VILLALON *apud* CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, 4ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2000.

GARCIA MURCIA, J. – Direitos Fundamentais e Negociação Coletiva: uma aproximação a partir da Jurisprudência Constitucional. *Revista Espanhola de Direito Constitucional*, nº26. 1989.

HERRFAHRDT, Heinrich. *Revolución y ciencia del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1932.

IRIGOYEN PEDUZZI, Maria Cristina. *Revista de Direito do Trabalho*, RT-99.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo Coletivo do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1996.

²⁵SSTC 73/1984, 9/1986,39/1986, 184/1991, 213/1991.

²⁶SSTC 187/1987, 137/1991.

²⁷SSTC 58/1985, 105/1992 e 208/1993.

²⁸STC 58/1985.

²⁹STC 208/1993.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri - *Compêndio de Direito Sindical*, Ed. LTr, 2ª edição, 2000.

MELO, Sandro Nahmias. *Meio Ambiente do Trabalho: Direito fundamental*. São Paulo, LTR 2001.

REGUERO CELADA, Justo. *O dever de negociar: considerações sobre sua natureza jurídica*. Estudos sobre Negociação e Convênios coletivos. Madri: Editorial Centro de Estudos Ramón Areces S.A.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *A Negociação Coletiva*. AAVV, Coleção Fomento e Formação, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 2000.

SUAREZ GONZALES, F. *O Direito do Trabalho na Constituição*, Leitura sobre a CE, tomo II, Madrid: UNED, 1978.

VALDEZ DAL RÉ, F. A Negociação Coletiva na Constituição. *Revista Política Social*, nº 121, 1979, pp. 469/470.

_____. *Revista de Relações Laborais*, nº 18, setembro/2003, Ed. La Ley.

EFEITOS POSITIVOS DOS CONTRATOS NULOS DE EMPREGO PÚBLICO: DISTINGUIR O JOIO DO TRIGO*

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO*

Resumo: O artigo advoga a revisão da Súmula n. 363/TST, propondo um novo modelo para o tratamento dos casos de contratação ilegal de empregados públicos, menos casuístico, com foco na coerência científica e no compromisso com o primado da dignidade humana.

Abstract: The paper suggests the revision of Abridgement n. 363/TST, considering a new model for the treatment of the cases of illegal contracts of public officers, less casuistic, with focus in the scientific coherence and also in the commitment with the supremacy of the human dignity.

Sumário: I. Introdução. II. O joio e o trigo. Trabalho ilícito e trabalho proibido. III. Conclusão. IV. Bibliografia.

Palavras-chave: 1. Emprego público; 2. Nulidades no Direito do Trabalho; 3. Trabalho proibido; 4. Enunciado n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho.

I INTRODUÇÃO

1. Já começam a ser uníssonas, nas primeiras instâncias das diversas Regiões da Justiça do Trabalho brasileira, as vozes que

pedem uma modificação radical no teor exegético da Súmula n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho. Esse sentimento comum reverberou nas primícias de maio (2006), por ocasião do XIII Congresso Nacional de

*O presente artigo corresponde à tese homônima *aprovada* pelo Autor no 2º Encontro Científico dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (II Pré-CONAMAT – Bauru/SP, 31/03/2006), na 4ª Comissão do XIII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho (XIII CONAMAT – Maceió/AL, 04/05/2006) e, finalmente, na Plenária do XIII CONAMAT (Maceió/AL, 05/05/2006). A ementa conclusiva aprovada em Plenária corresponde às alíneas «c», «d» e «e» da Conclusão (*infra*).

**GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (15ª Região), é Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor-Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Diretor Cultural da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2003-2005. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

Magistrados da Justiça do Trabalho, realizado na cidade de Maceió/AL. Três Juízes do Trabalho encaminharam teses nessa precisa direção, todas aprovadas na respectiva Comissão Temática e, ao depois, na Plenária do XIII CONAMAT.

2. Há, realmente, algum "non sense" na inteligência ali sufragada. Reconhece-se a nulidade, obstativa da formação do vínculo empregatício, mas se concedem, paradoxalmente, direitos típicos daquele vínculo, como o respeito ao salário-mínimo/hora e a obrigação de depositar o FGTS. Isso é mais que simplesmente prevenir o enriquecimento sem causa. Afinal, qual o critério científico dessa "seletividade" pretoriana?

3. Parece-nos, em verdade, estar faltando. Daí se pretender, com este trabalho, propugnar uma nova construção dogmática para o problema, conferindo-lhe tratamento mais sistemático e racional, comprometido com os princípios maiores da ordem constitucional em vigor.

II O JOIO E O TRIGO. TRABALHO ILÍCITO E TRABALHO PROIBIDO

4. Em sede jurisprudencial, a celeuma em torno da contratação irregular de empregados públicos, ao arpejo das regras constitucionais e legais de investidura, foi resolvida pela Seção de Dissídios Individuais do C.TST no final da década de noventa. Para tanto, editou-se a Orientação Jurisprudencial n. 85 (SDI-1), depois transformada, por ato do Pleno, na Súmula n. 363¹. Nada obstante, a "vexata quaestio" reclama novo dimensionamento, pelas próprias contradições inerentes à inteligência da referida súmula.

5. No Direito Civil, põe-se a "summa divisio" entre atos nulos e anuláveis, sen-

do nulos os atos jurídicos praticados por pessoas absolutamente incapazes; os atos jurídicos cujo objeto é ilícito, indeterminado ou impossível; os que não revestem a forma prescrita em lei (incluídas as solenidades "ad substantiam tantum"); os de motivo determinante comum e ilícito; os que objetivarem fraudar lei imperativa; e, finalmente, os que a lei ou a Constituição declararem nulos, ou proibirem sem cominar sanção, ou aos quais negarem efeitos (artigo 166, I a VII, do NCC). *Anuláveis*, de sua parte, são os atos jurídicos emanados por agente relativamente incapaz e os eivados por vícios de consentimento (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo) ou por vícios

sociais, i.e., simulação ou fraude (artigo 171, I e II, do NCC). À luz dessas considerações, e por força do artigo 37, II e §2º, da Constituição Federal, o contrato de trabalho do servidor não-concursado, abstraídas as exceções constitucionais (artigo 37, II, "in fine", V e IX), é nulo "ab ovo". Os efeitos dessa nulidade, contudo, não podem ser os mesmos divisados na perspectiva civilista, porque a teoria das nulidades comporta adequações nos lindes do Direito do Trabalho (*diversidade relativa dos efeitos das nulidades*). No plano constitucional, chega-se à mesma or-

dem de conclusões pela interpretação sistemática das normas constitucionais de nulidade: quando o constituinte originário pretendeu obstar qualquer efeito jurídico ao ato nulo, declarou-o expressamente, como se lê no artigo 231, §6º, da CRFB (acerca das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios):

São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a

"Reconhece-se a nulidade, obstativa da formação do vínculo empregatício, mas se concedem, paradoxalmente, direitos típicos daquele vínculo, como o respeito ao salário-mínimo/hora e a obrigação de depositar o FGTS. Isso é mais que simplesmente prevenir o enriquecimento sem causa."

¹"Contrato nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS".

exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (g.n.).

Não o declarou, porém, no parágrafo 2º do artigo 37, conquanto pudesse fazê-lo – donde se entender que a regulação dos efeitos da nulidade ali predisposta foi reservada para o legislador infraconstitucional (cabendo ao Poder Judiciário, à míngua de lei ordinária, colmatar a lacuna correspondente).

6. Tradicionalmente, os que se guiavam pela O.J. n. 85 e que seguem, agora, a Súmula n. 363 do C.TST evocavam, para amparar seu entendimento, o artigo 158 do Código Civil de 1916 (atual artigo 182 do NCC²)³. O referido preceito estabelece que, não sendo possível restituir as partes ao “*status quo ante*”, deve-se indenizá-las com o equivalente. Ocorre que o equivalente ao trabalho prestado, em sede trabalhista, não são apenas os salários, mas todos os títulos decorrentes do vínculo empregatício; caso contrário, o trabalho pessoal e não-eventual prestado sob subordinação e mediante salários, na forma do artigo 3º da CLT, não diferiria da mera locação de serviços (“*locatio conductio operarum*”), disciplinada pelos artigos 1.216

“...é na “*locatio conductio operarum*” e nas figuras afins que a prestação de serviços preordena tão somente uma contraprestação pecuniária simples (“*retribuição*”), sem outros acessórios e à míngua de quaisquer garantias sociais (ut artigos 594 “*in fine*”, 597 e 603 do NCC). Eis a primeira razão pela qual as reflexões clássicas sobre a nulidade do contrato de trabalho nos casos de servidores não-concursados desafiam reparos.”

e ss. do CC/16 e pelos artigos 594 e ss. do NCC/2002. Com efeito, é na “*locatio conductio operarum*” e nas figuras afins que a prestação de serviços preordena tão somente uma contraprestação pecuniária simples (“*retribuição*”), sem outros acessórios e à míngua de quaisquer garantias sociais (ut artigos 594 “*in fine*”, 597 e 603 do NCC). Eis a primeira razão pela qual as reflexões clássicas sobre a nulidade do contrato de trabalho nos casos de servidores não-concursados desafiam reparos.

7. A Emenda Constitucional n. 19/98 (Reforma Administrativa) trouxe consigo modificações relevantes para o tema em comento. Ao introduzir o princípio da eficiência (artigo 37, *caput*), o legislador colimou, entre outros objetivos, legitimar ações institucionais impopulares inspiradas no artigo 41, §1º, III (perda de cargo em procedimento de avaliação periódica de desempenho) e no artigo 169, §4º (perda de cargo para contensão de despesa pública com pessoal), ambos da CRFB. Nada obstante, cabe ao intérprete conferir sentido socialmente útil ao novel princípio, para que dele se possam extrair conseqüências práticas e injunções à própria

Administração Pública. «Eficácia» é noção mais cara à Ciência da Administração que ao Direito. Ganha relevo, por isso, o célebre escólio de PETER DRUCKER⁴ sobre *eficácia e eficiência*. *Eficiência* significa “*fazer as coisas certo*”; corresponde à

²Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente”.

³Nesse sentido, confira-se: “Servidor público admitido sem concurso. A admissão de servidor público sem observação de concurso público fere frontalmente o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição, quando não se tratar de nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Em se tratando de nulidade absoluta, opera retroativamente, por expressa disposição da lei, atuando como se o ato malsinado jamais houvesse existido. Todavia, a contratação irregular de servidor público torna impossível a recondução das partes ao estado anterior e, neste caso, o trabalhador tem direito aos salários do período trabalhado e mais a nenhuma outra parcela de natureza trabalhista. *Interpretação do artigo 158, do Código Civil Brasileiro*” (TST, RR 165.897/95.3, ac. 1ª T. 4.608/96, Min. Ursulino Santos – g.n.).

⁴Cfr., de PETER DRUCKER, “*Managing of Results*” (Nova York, Harper & Row, 1964) e “*The Effective Executive*” (Nova York, Harper & Row, 1967), *passim*. Cfr., ainda, James A. F. Stoner, R. Edward Freeman, *Administração*, trad. Alves Calado, 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Prentice Hall do Brasil, 1995, p. 136.

capacidade de minimizar o uso de recursos para alcançar os objetivos da organização (que, no caso do Estado e de suas administrações, é o bem comum). Nessa medida, se a exoneração de servidores públicos (por «baixo desempenho» ou por questões orçamentárias) comprometer o bom funcionamento dos serviços públicos ou o próprio equilíbrio social (que se ressent de demissões massivas quando grassam a recessão e o franco desemprego), não estará a Administração primando pela satisfação do bem comum e, desse modo, desatenderá ao princípio da eficiência. Noutras palavras, de nada vale reduzir custos e não atingir os objetivos selecionados pelo constituinte originário – entre os quais a solidariedade social, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e a promoção do bem comum (artigo 3º, I, II, III e IV da CRFB). Estado Mínimo, porém deficiente na consecução dos serviços públicos essenciais, atenta contra o “telos” constitucional, que não contempla os superávits primários ou tampouco a contenção do déficit público (esse último é um objetivo valioso, inclusive de traço legal-constitucional – *ut* Lei Complementar n. 101/2000 e artigos 163 a 169 da CRFB –, mas não é um fundamento

da ordem constitucional e democrática em vigor). O princípio da eficiência pode, portanto, ser evocado em favor do cidadão: não há **eficiência administrativa sem responsabilidade social**. Isso há de valer, *e.g.*, para as demissões massivas de “não-concursados”.

8. Em face do artigo 37 da Constituição Federal, há pelo menos três hipóteses de contratação *nula* de servidores públicos: (a) nulidade por violação pura e simples à

norma do artigo 37, II, 1ª parte, da CRFB (investidura para cargos, empregos ou funções públicas, por tempo indeterminado, sem aprovação prévia em concurso público, reservados os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração); (b) nulidade por violação oblíqua à norma permissiva do artigo 37, inciso II, “*in fine*”, *c.c.* inciso V, “*in fine*”, da CRFB (contratação sem concurso público a pretexto de ocupação de cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração, em funções cujas características técnicas ou estratégicas não envolvem direção, chefia ou assessoramento⁵); (c) nulidade por violação à norma permissiva do artigo 37, IX, da CRFB (contratação por prazo determinado, sem concurso público, a pretexto de atender necessidade temporária de excepcional interesse público, à míngua de lei específica regulando a matéria ou em desacordo com seus preceitos). Nesse último caso, desde o momento em que se protraem ao desamparo da lei municipal, estadual ou federal, os contratos de trabalho viciam-se irremediavelmente por nulidade absoluta – o que, todavia, não fulmina direitos adquiridos no lapso contratual anterior ao exaurimento do interstício legal ou à nota de irregularidade (“*utile per inutile non*

“O princípio da eficiência pode, portanto, ser evocado em favor do cidadão: não há eficiência administrativa sem responsabilidade social. Isso há de valer, e.g., para as demissões massivas de “não-concursados”.”

vitiatur”).

9. Em todas as hipóteses *supra*, se houve trabalho subordinado, oneroso, pessoal e não-eventual, houve **relação de emprego** (artigo 3º, *caput*, da CLT), à despeito do elemento subjetivo que informou o comportamento das partes. Daí porque, nesses casos, todos os consectários da relação de emprego são em princípio devidos (inclusive anotação em CTPS, contagem do tempo de serviço para fins previdenciários, horas

⁵Ou seja, cargos, empregos e funções públicas que não reclamam *especial confiança administrativa* (reservada, na expressão constitucional, “*apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*”). É o caso, *e.g.*, de funções públicas de *portaria* ou de *limpeza* de prédios públicos, declaradas em lei de livre nomeação e exoneração: evidenciase, pela quebra ostensiva do princípio da razoabilidade, o logro dissimulado aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, não raro com vistas ao favorecimento de apaniguados ou ao empreguismo público.

extraordinárias, verbas resilitórias e FGTS), apesar da nulidade do contrato de trabalho. Isso se explica, a uma, pela incidência, na espécie, do **princípio da primazia da realidade** (que realiza, nessa medida, o princípio da dignidade da pessoa humana)⁶. À duas, explica-se porque ato jurídico *nulo* é algo diverso de ato jurídico *inexistente*, assim como *nulidade* e *ineficácia* são conceitos ontologicamente distintos. A Constituição Federal impinge a nulidade à contratação de servidor sem concurso público, mas *não a declara de nenhum efeito* – e a interpretação das normas constitucionais deve primar pela **máxima efetividade** das normas de direitos fundamentais⁷ (como são as normas do artigo 7º da CRFB, que definem os **direitos sociais**⁸, típicos direitos humanos de segunda geração). Logo, a inteligência da Súmula n. 363/TST no mínimo desconsidera um princípio hermenêutico elementar na aplicação das normas constitucionais. Ademais, as chamadas verbas resilitórias, assim como o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e o próprio direito à segurança social têm, todos, “*status*” constitucional, eis que previstos nos artigos 7º e 194 da Constituição (respectivamente, “*Dos Direitos Sociais*” e “*Da Seguridade Social*”); por força de uma simples *interpretação sistemática*

“Logo, a inteligência da Súmula n. 363/TST no mínimo desconsidera um princípio hermenêutico elementar na aplicação das normas constitucionais.”

(válida para qualquer espécie normativa), não seria razoável imaginar que a regra do artigo 37, §2º, da Constituição Federal pudesse, por si só, elidir as garantias sociais constitucionais em alguma situação concreta.

10. Por tudo isso, melhor partir-se da conhecida dicotomia entre **trabalho ilícito** e **trabalho proibido**⁹ para proceder à análise dos efeitos das nulidades no âmbito da relação de emprego. Em ambos os casos, o vício do contrato está em seu *objeto*. No primeiro caso, porém, esse objeto é **ilícito**, enquanto, no segundo caso, é **juridicamente impossível**. Conquanto na órbita do Direito Civil, o efeito final de uma e outra nulidade seja idêntico, no Direito do Trabalho, identificam-se conseqüências diversas. Têm objeto ilícito os contratos de trabalho que visem a préstimos inconciliáveis com o núcleo essencial e irreduzível da dignidade humana (como, e.g., a prestação de favores sexuais ou a plena disponibilidade corporal ou biológica à pessoa do contratante); também são ilícitos os contratos que visem à realização de condutas penalmente típicas (crimes ou contravenções penais “*in tesse*”). Nessas hipóteses, não há qualquer direito em favor do “trabalhador”, como tem reconhecido o C. TST em casuísticas específicas (cfr., e.g., a O.J.

⁶Princípio jurídico que também é valor constitucional imanente e fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, CRFB). Sobre a correlação entre o princípio da primazia da realidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, cfr., por todos, Américo Plá Rodríguez, *Princípios de Direito do Trabalho*, trad. Wagner Giglio, 4ª tiragem, S.Paulo, LTr, 1996, p.233: “Dado que o efeito principal do contrato é a prestação da atividade humana, parece claro que esse fato – que, em certo grau, participa da dignidade procedente da natureza humana – deve primar sobre um elemento puramente intelectual e especulativo, como pode ser o texto de um contrato” (ou, acresça-se, o «acordo de vontades» em um ajuste verbal).

⁷A isso se denomina **princípio da máxima efetividade**. Veja-se, por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p.1151: “Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou **princípio da interpretação efectiva**, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais [...] sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)” (g.n.).

⁸Sobre o caráter fundamental dos direitos humanos sociais, que nos parece indiscutível, cfr., por todos, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, pp.454-472; no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp.56-57.

⁹Sobre essa distinção, leia-se, por todos, Octavio Bueno Magano, *Direito Individual do Trabalho*, 4ª ed., São Paulo, LTr, 1993, pp.202-203.

n. 199 da SDI-I/TST¹⁰). Já por trabalho juridicamente impossível (*proibido*) compreende-se aquele em que o objeto do contrato, em si mesmo, não contém qualquer ilicitude, porque a atividade empreendida pelo laborista é intrinsecamente incensurável; nada obstante, circunstâncias extrínsecas ao próprio trabalho têm o condão de torná-lo *proibido* (v.g., a idade do trabalhador, a sua condição de imigrante ilegal ou o não-cumprimento de formalidades exigidas pela legislação). Nesses casos, **até que a nulidade seja declarada, o pacto laboral deve surtir todos os efeitos legais**, exatamente porque é impossível restituir-se ao trabalhador o "*status quo ante*" (artigo 182 do NCC). Tal compreensão é pacífica quando se trata, p. ex., de empregado menor de dezesseis anos (vide artigo 7º, XXXIII, da CRFB).

11. As três hipóteses de contratação nula junto à Administração (item 8, *supra*) configuram, em princípio, hipóteses de **trabalho proibido**, já que as funções exercidas geralmente não são, em si mesmas, ilícitas (magistério, vigilância, portaria, assessoramento, direção veicular, serviços gerais etc.¹¹). Diante disso, todos os consectários do contrato são devidos ao trabalhador, até que se declare a nulidade. Já não será assim, porém, se o contrato celebrado for concretamente **ilícito** (caso dos «funcionários-fantasmas»

e das atividades escusas financiadas com dinheiro público).

12. A casuística demonstra, de outra parte, que ao dispensar servidores admitidos sem prévio concurso público, as prefeituras municipais usualmente se limitam a romper o contrato de trabalho, sem justa causa do empregado (**resilição unilateral**). É que se a Administração não declara a nulidade da contratação (Súmula n. 346/STF) mediante ato administrativo de igual ou superior hierarquia à daquele pelo qual investiu o servidor ("*inimquodque dissolvitur eo modo quod fuerit colligatum*"), tecnicamente não terá **rescindido** o contrato (a **rescisão** é a modalidade de extinção contratual própria dos casos de nulidade¹²), mas, antes, ter-se-á cingido à **resilição** (= denúncia vazia); e se simplesmente **resile** o contrato de trabalho, é porque o pacto prossegue surtindo seus integrais efeitos até o fim 3/4 inclusive os decorrentes da resilição unilateral por iniciativa do empregador (títulos resilitórios: aviso prévio indenizado, verbas proporcionais, indenização de 40% sobre o F.G.T.S. depositado etc.).

"A boa-fé do trabalhador deve ser sempre presumida (artigo 113 do NCC), mas à Administração Pública abre-se a possibilidade de comprovar que houve, na contratação irregular, conluio entre o servidor contratado e o administrador improbo."

13. A boa-fé do trabalhador deve ser sempre presumida (artigo 113 do NCC), mas à Administração Pública abre-se a possibilidade de comprovar que houve, na contratação irregular, **conluio** entre o servidor contratado e o administrador improbo.

¹⁰Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito. Arts. 82 e 145 do Código Civil" (08.11.2000). Mas, em alguns Regionais, já se julgou em sentido contrário.

¹¹São todos serviços concretamente prestados ao ensejo de contratos de trabalho nulos celebrados em diversos Municípios do Estado de São Paulo. A informação provém da experiência pessoal do Autor, na condição de Juiz do Trabalho da Décima Quinta Região, ao longo de nove anos de carreira.

¹²GOMES e GOTTSCHALK chegaram a sustentar que "em Direito do Trabalho não oferece interesse a distinção que a doutrina faz entre rescisão e resilição, já que a nulidade determinante da rescisão não se opera retroativamente no contrato de trabalho" (Orlando Gomes, Elson Gottschalk, *Curso de Direito do Trabalho*, 14ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996, p.356, nota n. 2). Como se vê, isso não é verdadeiro: saber se a hipótese é de **resilição** (denúncia vazia) ou de **rescisão** (em virtude de nulidade) tem interesse para aferir o direito do trabalhador a, p. ex., receber certos títulos resilitórios (aviso prévio indenizado, indenização de 40% sobre FGTS), que só seriam devidos em caso de resilição espontânea e não-motivada. Com efeito, não haveria sentido em se admitir que a Administração declare a nulidade dos contratos celebrados (Súmula n. 346/STF) e, ao mesmo tempo, exigir-lhe que mantenha esse contrato por mais trinta dias (artigo 487, II, da CLT), apesar dos vícios. Feriria o princípio da moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, da CRFB).

Se lograr prová-lo, elidindo a presunção de boa-fé, eximir-se-á da obrigação de quitar os direitos trabalhistas, já que se configura um tipo de *fraude* muito comum, apta a contaminar o objeto mesmo do contrato. Isso porque, amiúde, a conduta concertada do servidor e do administrador ímprobo admite subsunção à tipologia do Direito Penal (notadamente artigos 171, 317, 319, 321, 328, 332 e/ou 333 do Código Penal). Nessas circunstâncias, impõe-se negar qualquer efeito trabalhista típico ao pacto laboral, aplicando “*in totum*” a inteligência da Súmula n. 363 do C.TST na redação original (prevenindo, no limite, o enriquecimento sem causa), ou mesmo – a depender da hipótese – recusando a própria retribuição pecuniária dos supostos serviços (como, e.g., no caso dos «funcionários-fantasmas»).

14. O administrador que, por dolo ou culpa (negligência/imprudência), contrata servidores sem lhes exigir a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, fazendo tábula rasa da norma constitucional inserta no artigo 37, II, incorre em ato de improbidade administrativa (artigo 11 da Lei n. 8.429 de 2.6.1992¹³). Cabe ao magistrado trabalhista, em atenção ao artigo 37, §§ 2º e 4º – que determina a punição das autoridades públicas pelos atos de improbidade em geral e pela inobservância “*in specie*” das formalidades do artigo 37, II e III –, oficiar aos órgãos do Ministério Público Estadual (se se tratar de autoridade administrativa municipal ou estadual) ou Federal (se se tratar de autoridade federal), com cópia da sentença condenatória e dos demais elementos de convicção amealhados, visando ao ajuizamento, pelo “*Parquet*”, da competente ação civil pública de improbidade. Poder-se-á obter, assim, o ressarcimento do erário.

III CONCLUSÃO

15. A Administração Pública, na forma da Súmula n. 346 do STF, pode declarar

a nulidade de seus próprios atos. No caso de contratação pública sem concurso (fora dos casos permitidos), a nulidade que se verifica pertence àquela segunda espécie do item 10 (= impossibilidade jurídica do objeto): trata-se de trabalho proibido por ausência de formalidade, não de trabalho ilícito. Dessarte, o contrato de trabalho deve produzir efeitos regulares até que sua nulidade seja decretada pela Administração (efeitos “*ex nunc*”), ou se estaria sufragando enriquecimento sem causa do empregador público, em detrimento da legislação em vigor (artigos 884 a 886 do NCC). Com efeito, eventuais reflexos “*ex tunc*” da declaração de nulidade jamais aproveitariam ao empregado, que não pode ter de volta a força de trabalho despendida (artigo 182 do NCC). Ser-lhe-ão devidos, portanto, todos os consectários do contrato de emprego, o que abrange o pagamento de horas normais e extraordinárias, o FGTS, os adicionais de remuneração (insalubridade, periculosidade, transferência, etc.), as contribuições sociais de empregador e inclusive as verbas resilitórias (exceto quando a Administração Pública rescindir o contrato de trabalho com fundamento na nulidade, mediante ato administrativo de hierarquia igual ou superior àquela da investidura: nesse caso, deixam de ser devidos o aviso prévio indenizado e a indenização de 40% sobre o FGTS). Há que distinguir, ademais, entre as contratações meramente irregulares (nas quais não há a figura do “apaniguado” e tampouco interferem elementos de corrupção, advocacia administrativa ou tráfico de influência) e as contratações maliciosas (eivadas de má-fé e amiúde criminosas).

16. Por conseguinte, e na mesma esteira, convém concluir, em síntese e arremate, que:

(a) a inteligência da Súmula n. 363 do TST merece reparos, pois trata indiscriminadamente de duas situações

¹³Em todos os casos, o administrador obra com improbidade por violação aos deveres de honestidade e imparcialidade, que correspondem, respectivamente, aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, visados pelo artigo 11 da Lei n. 8.429/92. Assim, p. ex., se o administrador contrata uma leva de servidores sem ao menos realizar o concurso público, deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício (artigo 11, II da Lei n. 8.429/92). Se, por outro lado, realiza o certame, mas admite pessoas que não foram aprovadas ou classificadas, ou as admite ao arrepio da classificação geral, ou se, ademais, permite o vazamento de informações para favorecer alguns inscritos, frustra-se a licitude de concurso público (artigo 11, V, da Lei n. 8.429/92).

substancial e axiologicamente diversas, a saber, a do contratado de boa-fé e a do «apaniguado»;

(b) O tratamento dado pela Súmula n. 363 a tantos quantos são, de boa-fé, admitidos sem concurso, não atende ao seu alegado fundamento (artigo 182/NCC), uma vez que não há indenização pelo “equivalente”, mas antes pelo que seria devido em uma “*locatio conductio operarum*”, tisonando o princípio da primazia da realidade;

(c) Os contratos de emprego público celebrados sem concurso são nulos de pleno direito. Mas não são nulos por engendram trabalho *ilícito* e sim por engendram trabalho meramente *proibido* (ausência de formalidade essencial à investidura). Logo, a nulidade só pode gerar efeitos “*ex nunc*”;

(d) Em vista disso, e ante a necessária concordância prática entre o princípio da eficiência administrativa e o primado da responsabilidade social, conclui-se que os contratos nulos de emprego público devem produzir seus efeitos regulares até a decretação da nulidade pela própria Administração (Súmula n. 346/STF) ou pelo Poder Judiciário, mas sempre com efeitos “*ex nunc*”. São devidos ao trabalhador de boa-fé todos os consectários do contrato de emprego, o que abrange o pagamento de horas normais e extraordinárias, o FGTS, os adicionais de remuneração, as contribuições sociais de empregador e inclusive as verbas resilitórias;

(e) O erário deve ser ressarcido pelo administrador público que, violando o princípio da acessibilidade à função pública mediante concursos isentos, perpetrar ato de improbidade (artigo 11 da Lei n. 8.429/92) e deve ser acionado pelo Ministério Público, no foro próprio, mediante provocação do Juiz do Trabalho;

(f) Nos casos de má-fé (como, e.g., nos “apadrinhamentos”), tratando-se de *trabalho ilícito* (que tende a consubstanciar, direta ou indiretamente, crime ou contravenção penal), eventual direito do favorecido restringe-se à mera contraprestação do trabalho, sem vinculação ao salário mínimo ou incidência de FGTS; e, não raro, tal direito sequer existirá (como, e.g., na hipótese de «funcionários-fantasmas»).

IV. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DRUCKER, Peter. *Managing of Results*. Nova York: Harper & Row, 1964.

_____. *The Effective Executive*. Nova York: Harper & Row, 1967.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 1996.

MAGANO, Octavio Bueno. *Direito Individual do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1993.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner Giglio. 4ª tiragem. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STONER, James A. F. FREEMAN, R. Edward. *Administração*. Trad. Alves Calado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Prentice Hall do Brasil, 1995.

POSTULADOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DO TRABALHO

ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA*

Resumo: O papel do Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, é o de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, utilizando-se, como instrumento, da hermenêutica jurídica Constitucional. Assim, não se pode mais estudar qualquer ramo do direito sem que se indague sobre o papel do Poder Judiciário sob o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo-se, necessariamente, que se fazer uma releitura de todos os institutos jurídicos à Luz do texto Constitucional. Daí a importância do estudo da hermenêutica jurídica Constitucional em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito do Trabalho.

Este artigo visa estudar os princípios da hermenêutica jurídica Constitucional, denominados por alguns de postulados, no âmbito do Direito do Trabalho, a saber: supremacia da Constituição, unidade da Constituição, máxima efetividade das normas constitucionais, concordância prática ou harmonização, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, razoabilidade, proporcionalidade – nas suas vertentes proibição do excesso ou proibição da proteção deficiente, não retrocesso social, interpretação conforme a Constituição, inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e ponderação de bens.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica Constitucional; Postulados da interpretação Constitucional; Concretização das normas constitucionais; Força normativa das regras e princípios.

*Juíza do Trabalho titular da 2ª Vara do Trabalho de Jaú, Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP.

1 INTRODUÇÃO

A concretização da Constituição exige o estudo da hermenêutica jurídica Constitucional, ciência que trata das regras de interpretação das normas constitucionais (princípios e regras), aplicáveis aos diversos ramos do direito.

A distinção entre princípios e regras constitui a base da compreensão dogmática do Direito Constitucional contemporâneo. A teoria da metodologia jurídica tradicional fazia distinção entre normas e princípios,¹ ou seja, os princípios não eram considerados normas jurídicas, mas meras diretrizes na aplicação do direito. Com RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, dentre outros autores, tomou-se a concepção de que a norma é o gênero do qual os princípios e as regras são uma espécie, ou seja, as regras e princípios são duas espécies de normas.

A importância da natureza normativa dos princípios repercute em todo o ordenamento jurídico. Assim, as regras e princípios já não podem ser interpretadas isoladamente, nem confundem-se com seus enunciados, sendo que a compreensão das normas jurídicas deve ser feita através da apreensão do sentido das mesmas em conformidade com a Constituição, ou seja, segundo os valores emanados do Estado Democrático de Direito.

A jurisdição compatível com os objetivos do Estado democrático de Direito é aquela que procura dar efetividade aos princípios e regras (valores) consagrados na Constituição, concebendo ambos como normas jurídicas.

O papel do Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, é o de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, utilizando-se, como instrumento, da hermenêutica jurídica Constitucional. Assim, não se pode mais estudar qualquer ramo do direito sem que se indague sobre o papel do Poder Judiciário sob o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo-se, necessariamente, que se fazer uma releitura de todos os institutos jurídicos à luz do texto Constitucional. Daí a importância do estudo da hermenêutica jurídica Constitucional em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito do Trabalho.

Este artigo visa abordar os princípios da hermenêutica jurídica Constitucional, denominados por alguns de postulados, no âmbito do Direito do Trabalho.

2 POSTULADOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL

É preciso distinguir os princípios que têm natureza de norma jurídica, dos princípios hermenêuticos constitucionais – que são pressupostos para uma interpretação válida, desempenhando uma função argumentativa.² Estes, denominados de postulados, não são propriamente originários da Constituição, mas sim da experiência, da lógica, da evolução histórica, do surgimento e desenvolvimento do próprio constitucionalismo. São axiomas que se caracterizam pelo aspecto cogente com que se apresentam ao intérprete.³ Os princípios que expressam regras de interpretação Constitucional são denominados por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO de

“A jurisdição compatível com os objetivos do Estado democrático de Direito é aquela que procura dar efetividade aos princípios e regras (valores) consagrados na Constituição, concebendo ambos como normas jurídicas.”

¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

²CANOTILHO, 2003, p. 1161: “Os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição (Cfr. *Infra*, Cap. 3, cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, Analogia juris*)”.

³BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 171.

princípios tópicos da interpretação Constitucional, conforme exposto a seguir.

Muito ilustrativa e oportuna a explanação de HUMBERTO ÁVILA para distinguirmos os princípios constitucionais dos postulados (ou princípios hermenêuticos):

[...] as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas, não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo é oportuno tratá-las como metanormas. E como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo *postulado*, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras. Os postulados se diferenciam das normas cuja aplicação estruturam em várias perspectivas: quanto ao nível (os postulados situam-se no metanível ou no segundo nível e as normas objeto de aplicação situam-se no nível objeto ou no primeiro nível), quanto ao objeto (os postulados indicam a estrutura de aplicação de outras normas e as normas descrevem comportamentos, se forem regras, ou instituem a promoção de fins, se forem princípios) e quanto ao destinatário (os postulados se dirigem aos aplicadores e as normas a quem deve obedecê-las).⁴

Oportuno repetir as lições de CANOTILHO, ao ressaltar que na distinção das regras jurídicas com os princípios jurídicos não estão abrangidos os "princípios hermenêuticos",⁵ que desempenham uma função argumentativa.

CELSO BASTOS frisa que a interpretação, para se considerar válida, deve respeitar os postulados no seu todo, não podendo proceder à escolha de um ou outro.

Destaca, ainda, a distinção entre os postulados – por serem de aplicação cogente –, dos instrumentais hermenêuticos – assim compreendidos como expedientes, procedimentos e recursos de interpretação fornecidos pela teoria do Direito, cuja aplicação é optativa, sendo estes, muitas vezes, excluídos entre si.⁶

Dentre os postulados da hermenêutica jurídica Constitucional citados pela doutrina, destacamos:

2.1 Postulado da supremacia da Constituição:

Por força da supremacia Constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. A legislação infraconstitucional deve conformar-se à Lei Magna. Assim, a interpretação do ordenamento jurídico deve partir da Constituição e não da lei.

O STF, ao julgar Medida Cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 9.783/99 que instituiu contribuição aos servidores públicos federais inativos, tendo sido relator o Min. Celso de Mello, invocando o postulado da Supremacia da Constituição, assim se manifestou:

A CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL POSSUI DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL ESPECÍFICA. A contribuição de seguridade social não só se qualifica como modalidade autônoma de tributo (RTJ nº 143/684), como também representa espécie tributária essencialmente vinculada ao financiamento da seguridade social, em função de específica destinação constitucional. A vigência temporária das alíquotas progressivas (Art. 2º da Lei nº 9.783/99), além de não implicar concessão adicional de outras vantagens, benefícios ou serviços – rompendo, em conseqüência, a necessária vinculação causal que deve existir entre

⁴ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, nº 5 (Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional – 2003). Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004, p. 524.

⁵CANOTILHO, 2003, p. 1161.

⁶BASTOS, 2002, p. 167-170.

contribuições e benefícios (RTJ nº 147/921) – constitui expressiva evidência de que se buscou, unicamente, com a arrecadação desse *plus*, o aumento da receita da União, em ordem a viabilizar o pagamento de encargos (despesas de pessoal) cuja satisfação deve resultar, ordinariamente, da arrecadação de impostos. RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impõe-se a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

CA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

2.2 Postulado da unidade da Constituição:

Segundo este postulado, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre as suas normas, devendo o intérprete considerar a Constituição na sua globalidade e a “procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.⁷ Isto porque a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irredutível. Assim, uma norma Constitucional não pode ser interpretada isoladamente.

Nenhum direito é absoluto. A própria Convenção de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1966, diz em seu Art. 18 que os direitos humanos devem ter as limitações que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde, a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros. Esses são os limites de cada um dos direitos fundamentais expressos no texto Constitucional. A Constituição brasileira relativizou praticamente todos os direitos: o direito de propriedade

⁷CANOTILHO, 2003, p. 1223.

– que está relativizado pela função social da propriedade –; o direito de ir e vir – que admite limites em casos de guerra –, e até o direito à vida – que podemos imaginar ser o mais forte de todos – também admite limites, é relativizado, pois permite o aborto em determinados casos e se admite também a pena de morte em casos de guerra declarada; a própria Constituição prevê isso. Os direitos fundamentais também têm essa função de servir como limitação externa aos poderes públicos.

Em todo ordenamento jurídico há pontos de tensão normativa a serem harmonizados pelo intérprete, podendo-se citar os seguintes casos na Constituição brasileira:

- a) a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em geral (Art. 5º, IV e X), sendo que tais liberdades encontram limites no direito à honra e à intimidade (Art. 5º, XI);
- b) a livre iniciativa (Arts. 1º, IV e 170, caput) e as restrições ao capital estrangeiro (Arts. 172 e 176, § 1º), a possibilidade de exploração da atividade econômica pelo Estado (Art. 173) e mesmo alguns casos de monopólio estatal (Art. 177);
- c) o direito de propriedade (Art. 5º, XXII) e o princípio da função social da propriedade (Arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, §2º, e 186).

As normas de uma Constituição, frutos de uma vontade unitária e geradas simultaneamente, não podem estar em conflito, cabendo ao intérprete buscar a harmonização e conciliação daquelas aparentemente contrastantes, cuidando para não

anular integralmente uma em favor da outra, lembrando-se da premissa que não existe hierarquia normativa entre as normas constitucionais, nem qualquer distinção entre as normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra.

2.3 Postulado da máxima efetividade das normas constitucionais:

Através deste axioma, também designado por postulado da eficiência ou da interpretação efetiva, a interpretação da norma Constitucional deve ser feita no sentido que lhe atribua “máxima efetividade, determinando, pelo controle da constitucionalidade (da ação e da omissão), o aproveitamento maximizado de todos os comandos constitucionais”,⁸ não sendo aceitável a nulificação da norma Constitucional (princípio ou regra) diante da colisão com outra, ainda que parcial.

O postulado da máxima efetividade atualmente é sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, havendo colisão entre um direito fundamental e um direito Constitucional não-fundamental, a interpretação deve ser feita no sentido de se dar a maior amplitude possível ao direito fundamental, cuidando para que não haja supressão

do outro direito Constitucional em colisão.

Eis um relato sobre acórdão em que o Supremo Tribunal Federal analisa o conflito entre o Direito fundamental à vida do nascituro (Art. 5º, caput e 227, caput da Constituição Federal de 1988) e o reconhecimento dos acordos coletivos (Art. 7º, XXVI da Constituição Federal de 1988), decidindo que a estabilidade da gestante não depende de aviso à empresa, ainda que assim condicionado em acordo coletivo:

01.03.2004 – 18:54 – Estabilidade da gestante não depende de aviso à empresa, afirma STF.

⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57.

O ministro Celso de Mello deu provimento ao Agravo de Instrumento (AI nº 448572) interposto por Dinorah Molon Wenceslau Batista contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST). O ministro entendeu que a gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no Art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Transitórias (ADCT), sem a necessidade de comunicação prévia do estado de gravidez ao empregador. Para Celso de Mello, a empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória no emprego, sendo suficiente para obtenção dessa garantia social constitucional a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez. Não dependeria de sua prévia comunicação ao empregador, mesmo quando pactuada em negociação coletiva. **Observou que o constituinte, ao dispensar proteção à maternidade, estava consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.821/66, Art. VI), e estabeleceu a garantia de caráter social concedendo à trabalhadora gestante estabilidade provisória, nos termos do Art. 10, inciso II, alínea 'b', do ADCT.** O debate sobre o tema começou quando o TST negou provimento ao Recurso de Revista interposto por Dinorah Batista, por entender que não houve o cumprimento de norma coletiva que exigia a comunicação da gravidez da empregada ao empregador. Dessa decisão o advogado de Dinorah interpôs Recurso Extraordinário (sic) (RE), ao qual foi negado seguimento pelo presidente do TST. Ante tal decisão, houve a interposição de Agravo de Instrumento no Supremo Tribunal Federal (STF). O relator, ministro Celso de Mello, conheceu do AI, e deu provimento ao RE, de acordo com a possibilidade prevista no Art. 544, § 4º, do Código de Processo Civil. Segundo o Art. 544, § 4º, do CPC,

o relator do AI poderá, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, conhecer do Agravo para dar provimento ao Recurso Especial (RE); e, se o AI contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, o relator pode determinar sua conversão em RE, observando-se daí em diante o procedimento relativo ao Recurso Extraordinário.

Ministro Celso de Mello, relator do AI. (g.n).

2.4 Postulado da concordância prática ou harmonização:

Este postulado busca a conformidade das diversas normas ou valores em conflito no texto Constitucional, de forma que se evite a necessidade de exclusão total de um ou alguns deles. É centrado na:

[...] idéia de igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.⁹

Para CELSO RIBEIRO BASTOS, o postulado da harmonização impõe que a um princípio ou regra Constitucional não se deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se lhe deve atribuir um significado tal que reste incoerente com os demais princípios ou regras.¹⁰

Como campo de sua aplicação temos a colisão de direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Exemplificando, a Constituição pátria ampara o direito à honra e à intimidade (Art. 5º, inciso XI) e ao mesmo tempo o direito de informação jornalística (Art. 220, § 1º). A interpretação de tais normas deve ser feita de maneira harmônica, de modo a não se excluir qualquer delas e preservá-lhes a essência.

⁹CANOTILHO, 2003, p. 1098.

¹⁰BASTOS, 2002, p. 178.

2.5 Postulado da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público:

Segundo tal axioma, uma norma não deve ser declarada inconstitucional: quando a invalidade não seja manifesta e inequívoca, militando a dúvida em favor de sua preservação; quando, entre interpretações plausíveis e alternativas, exista alguma que permita compatibilizá-la com a Constituição.

Este postulado está em conexão com o da interpretação conforme a Constituição, adiante analisado.

2.6 Postulado da razoabilidade:

Segundo o postulado da razoabilidade, a interpretação não pode levar o estudioso do texto a uma posição absurda, destoante da realidade.

No Direito Brasileiro, a técnica da verificação da razoabilidade pode ser admitida como presente no texto Constitucional sob duas óticas diversas. Primeiramente, pode-se considerar o postulado da razoabilidade como implícito no sistema, revelando-se assim como um postulado Constitucional não escrito, decorrente do Estado democrático de Direito. Por outro lado, poder-se-ia extraí-lo da cláusula do devido processo legal, mais especificamente como decorrente da noção substantiva que se vem imprimindo à dita cláusula.¹¹

Humberto Ávila¹² destaca algumas das exigências emanadas do postulado da razoabilidade, sendo esta utilizada em vários contextos e com várias finalidades, fazendo uma reconstrução analítica das decisões dos Tribunais Superiores:¹³

Em primeiro lugar, a *harmonização da norma geral com os casos individuais*, no sentido de que a interpretação das normas seja feita com a *presunção daquilo que normalmente acontece*, como no caso em que o Supremo Tribunal Federal considerou irrazoável presumir a falta de procuração quando um procurador do Estado apresenta defesa escrita em

papel timbrado da procuradoria.

Em segundo lugar, a razoabilidade impõe a *harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação*, traduzida por Humberto Ávila na exigência de *uma causa real justificante* para a adoção de qualquer medida, ou da relação de congruência entre o fundamento para a diferenciação entre sujeitos e a norma que estabelece a diferenciação. Exemplificando com leis consideradas irrazoáveis pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo autor cita: a que instituiu um adicional de férias de um terço para os inativos, por tratar-se de vantagem destituída de causa, já que só deve ter adicional de férias quem tem férias, e a lei que aumentou o prazo para interposição de ação rescisória somente para o Poder Público, por não existir nenhuma diferença real que autorizasse a distinção, e a lei que contava em dobro o prazo de aposentadoria somente para os secretários de Estado, por não existir qualquer particularidade que justificasse a diferenciação.

Em terceiro lugar, a observância do postulado da razoabilidade requer uma relação de *equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona*, a exemplo da criação de taxa judiciária em percentual fixo, considerada irrazoável pelo Supremo Tribunal Federal por não ser equivalente ao serviço prestado.

Em quarto lugar, a razoabilidade exige uma relação de *coerência lógica*, quer no sentido de *consistência interna* entre as normas jurídicas (p. ex. não é razoável uma lei municipal que estabelece uma obrigação para um sujeito e direciona a punição para outro, quer no sentido de *consistência externa* da norma com circunstâncias necessárias a sua aplicação (p. ex., não razoável uma lei que impõe uma obrigação que não poderá ser tecnicamente cumprida, desde a edição, porque o

¹¹Ibidem, p. 235-236.

¹²ÁVILA, 2004, p. 506 e ss.

¹³Idem. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94 e ss.

órgão incumbido de cumpri-la não é capacitado nem competente para tanto).¹⁴

HUMBERTO ÁVILA bem pontua que todas essas exigências podem ser traduzidas na necessidade de relação de *equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona*, asseverando que qualquer ato legislativo ou executivo que não leve em consideração a relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, viola o postulado da razoabilidade por desrespeitar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal.¹⁵

Dentre algumas decisões em que os tribunais superiores utilizaram a razoabilidade como parâmetro de validade de atos emanados do Poder Público, podemos citar:

- a) a que considerou inaceitável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper), haja vista que são os agentes, e não o delegado, que de regra desempenham as missões;
- b) a que considerou ensejadora de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas intelectuais;
- c) a que também considerou inconciliável com o princípio do concurso público o chamado *juízo de consciência*, em que o candidato à magistratura podia ser excluído do certame com base em julgamento secreto sobre sua vida pública e privada.¹⁶
- d) Exemplo claro do princípio da razoabilidade, há muito aplicado no Direito Penal, é o estado de necessidade. Cita-se, a título de ilustração, o caso de um naufrágio em que duas pessoas lutam por uma *tábua de salvação*. Ambas defendem o direito à vida, sendo os bens colidentes de igual valor, não havendo como se fazer a ponde-

ração entre ambos. Entretanto não é razoável exigir a qualquer deles que deixe de lutar pelo direito à vida, sendo eventual homicídio, nesta situação, inimputável.

O postulado da razoabilidade também foi consagrado pela legislação trabalhista, não sendo razoável que um empregado permita ser tratado com rigor excessivo, o que levou o legislador a caracterizar tal ato como justa causa para o empregado rescindir o contrato (Art. 483, 'b' da CLT).

Outro exemplo é o enunciado do Art. 444 da CLT:

Art. 444: As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

HUMBERTO ÁVILA atenta que **no exame de razoabilidade não há um conflito entre princípios constitucionais** surgido em razão de uma medida adotada para atingir um fim, em razão do qual seja preciso investigar se a medida eleita é adequada em relação ao fim pretendido e se o meio utilizado era realmente necessário e proporcional em relação a outros meios disponíveis para a consecução do fim, como ocorre no controle de proporcionalidade, ao passo que no exame de razoabilidade-equivalência:

O aplicador precisa tão só investigar – utilizando o exemplo da imposição de uma multa – se o montante da multa guarda relação de equivalência com a gravidade do comportamento que se quer punir, não se avaliando nem a proporcionalidade nem a excessividade. Uma multa pode, em princípio, ser razoável, porque seu montante mantém relação de equivalência com a gravidade da falta cometida (por exemplo: uma multa elevada aplicada para

¹⁴ÁVILA, 2004, p. 508.

¹⁵Ibidem, mesma página.

¹⁶BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 224.

uma falta grave), mas, ao mesmo tempo, ser excessiva, porque restringe o núcleo de um direito fundamental, e desproporcional, porque a finalidade almejada poderia ser atingida de forma mais suave aos princípios fundamentais.¹⁷

2.7 Postulado da proporcionalidade: proibição do excesso ou proibição de proteção deficiente:

Consoante o princípio da proporcionalidade:

[...] o intérprete deve colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão na hora de escolher os diversos significados da norma. Por esse princípio, que muitos chamam de razoabilidade-proporcionalidade, podemos identificar a necessidade de o intérprete verificar uma correspondência equitativa entre o sacrifício do direito e a regra em questão. Constitui medida de adequação dos meios aos fins perseguidos pela norma, sendo que esta deve ser aplicada em sua *justa medida*.¹⁸

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO destaca que o princípio da proporcionalidade é decomposto pela doutrina alemã em três aspectos:

[...] *proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade*. 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 resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a *exigibilidade* do meio quando esse se mostra como o *mais suave* dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem

com aquele consagrado na norma interpretada. 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, que a eles se contraponham, observando-se, ainda, que não haja violação do mínimo em que todos devem ser respeitados.¹⁹

LUÍS ROBERTO BARROSO trata os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade indistintamente:

O princípio da razoabilidade (sic) 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.²⁰

Entretanto, a *razoabilidade distingue-se da proporcionalidade, conforme os conceitos supradecritos, referindo-se a primeira à equidade e a segunda à comparação de grandezas (dos vários meios alternativos): adequação dos meios ao fim, exigibilidade do meio eleito e perdas e ganhos dos meios alternativos*. Assim, seguindo esta distinção, o exemplo supracitado refere-se à aplicação do postulado da proporcionalidade.

Como exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade, citamos um acidente automobilístico sofrido por pessoa adepta de religião que expressamente proíba qualquer tipo de intervenção cirúrgica. No hospital, o médico responsável no atendimento desta pessoa terá que optar entre o direito à vida e o direito de liberdade de crença (convicção religiosa). Havendo possibili-

¹⁷ÁVILA, 2004, p. 509.

¹⁸ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 1999, p. 57.

¹⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 183.

²⁰BARROSO, 1999, p. 234.

dade de salvar a vida do paciente sem intervenção cirúrgica, deve-se fazê-lo (adequação dos meios ao fim), para posteriormente dar ao paciente a opção de escolha no seu tratamento. Assim, o postulado da proporcionalidade implica na ponderação entre bens de grandezas diversas.

GILMAR FERREIRA MENDES destaca a possibilidade de vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso do poder legislativo:

Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.²¹

O autor ressalta que o postulado da proporcionalidade ou da proibição de excesso não significa invasão de seara própria do Legislativo, tendo sido erigido à qualidade de norma Constitucional não escrita no Direito Alemão, derivada do Estado de Direito. Ensina que a utilização deste postulado envolve a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa, lembrando decisão proferida em março de 1971 em que “o *Bundesverfassungsgericht* assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins”,²² tendo o Tribunal Constitucional posteriormente explicitado que:

os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não

dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.²³

GILMAR FERREIRA MENDES conclui que “a aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador”.²⁴

O postulado da proporcionalidade é utilizado tanto para proibir o Poder Legislativo de exceder em sua função legislativa, como também de coibir-lhe a omissão (*proibição de proteção deficiente*), assim bem observado por LENIO LUIZ STRECK.²⁵

STRECK bem assinala que a Constituição de 1988 é dirigente e compromissária, apresentando uma direção vinculante para a Sociedade e para o Estado e reitera que, tendo a Constituição força normativa, todas as suas normas, inclusive as denominadas *normas programáticas* – como as que estabelecem a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc. – comandam a atividade do legislador, buscando alcançar o objetivo do constituinte, o que leva à conclusão de que o ato de legislar “não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas”.²⁶

A doutrina alemã denomina de *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*) o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental. Segundo Carlos Bernal Pulido, este conceito refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção.²⁷

STRECK assevera que não há liberdade (absoluta) de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas

²¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 246.

²²Ibidem, p. 248.

²³Ibidem, mesma página.

²⁴Ibidem, mesma página.

²⁵STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*übertmassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2002, p. 243-284.

²⁶Ibidem, p. 249.

²⁷PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: s.e., 2003, p. 798 e ss.

consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nessa linha de raciocínio, se de um lado há a proibição de excesso, de outro há a proibição de proteção deficiente, ou seja, além de um garantismo negativo, a partir de proibição de excesso, o Direito Penal deve ser examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Para esclarecer a questão, o autor cita a discussão da descriminalização do aborto na Alemanha, Espanha e Portugal.

Assim, o controle da constitucionalidade deve ser feito tanto formalmente, quanto materialmente, de acordo com as regras e princípios constitucionais, que têm natureza de norma jurídica:

Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, a sonegação fiscal (de certo modo isto já ocorre, desde a Lei nº 9.249/95, confirmada agora pela Lei nº 10.684/03), os crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) em face do casamento da vítima com terceira pessoa (Art. 107, VIII, do CP), tudo em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse, automaticamente, a sua validade, problemática que, paradoxalmente, coloca do mesmo lado penalistas dogmático-normativistas e liberais-iluministas.²⁸

Cabe aqui fazer uma análise do postulado da proporcionalidade, na sua versão de *proibição de proteção deficiente* – segundo as lições de STRECK –, referente ao Direito do Trabalho.

A Constituição brasileira de 1988 erigiu os direitos fundamentais à sua máxima importância, tanto é que os posicionou em primeiro plano, antes de dispor sobre a

organização do Estado, além de atribuir-lhes a condição de cláusula pétrea (Art. 60, §4º, IV). Estabeleceu, ainda, em seu Art. 5º, §§ 1º e 2º, a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como o reconhecimento de outros direitos e garantias que não estejam nela expressos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela mesma ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A dignidade da pessoa humana, adotada como fundamento da República Federativa do Brasil no Art. 1º, III de sua Constituição, exprime a essência dos direitos fundamentais, da qual todos os outros decorrem. Nas judiciosas lições de DANIEL SARMENTO, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima Kantiana, segunda (sic) a qual **“o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio.** O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele”. (g.n.).²⁹

A Constituição, portanto, tem a finalidade de tutelar a pessoa humana, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser aplicado em sua plenitude, inclusive nas relações privadas, uma vez que:

[...] a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna imperativo incontornável.³⁰

A aplicação imediata dos direitos fundamentais torna-se cada vez mais necessária diante desse mundo globalizado, em que se terceiriza a produção para qualquer dos continentes do planeta em que a mão-de-obra estiver mais barata, muitas vezes sem se importar com os direitos sociais dos

²⁸STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 250.

²⁹SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59.

³⁰Idem. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-194.

trabalhadores, visando exclusivamente ao maior lucro, sem qualquer responsabilidade social.

Sem se falar no alto número de trabalhadores no mercado informal, ainda com resquícios de trabalho escravo em pleno século XXI, presenciando-se constantemente a burla dos direitos dos trabalhadores, que, diante do alto índice de desemprego, baixa escolaridade, e, até mesmo, por desinformação, assistem passivamente à violação de seus direitos.

Nesta época de constitucionalização do direito privado, com imposição de limites à autonomia privada para se preservar a dignidade da pessoa humana, é um paradoxo falar-se em desregulamentação do Direito do Trabalho, quando, no dia-a-dia, nem o mínimo legal é assegurado aos trabalhadores.

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR bem observa que as técnicas de flexibilização do Direito do Trabalho, (cujo início deu-se em 1967, com a criação da opção do regime do FGTS e paulatina eliminação da estabilidade no emprego; as diversas modalidades de contrato determinado – modalidades de contratação precária, reduzindo direitos do trabalhador –, como o contrato temporário – Lei nº 6.019/74, o contrato provisório – Lei nº 9.601/98, contornando a previsão do contrato a prazo do Art. 443 da CLT, a revitalização das cooperativas de trabalho e a nova roupagem para a contratação por empresa interposta, na forma de terceirização):

[...] ao contrário de atacarem o problema do desemprego têm alimentado a própria lógica do desemprego e provocado uma crescente desvalorização do trabalho humano, o que, por certo, está gerando o agravamento de nosso maior problema social: a má distribuição de renda (há uma camada cada vez maior de miseráveis e uma camada cada vez menor de pessoas cada vez mais ricas). Em outras palavras, aqueles que hoje prestam serviços mediante a utilização desses mecanismos são os empregados de ontem (vide o exemplo das cooperativas

de trabalho). Ou seja, as referidas técnicas não geraram empregos, eliminaram os empregos que existiam (com prejuízos, é claro, para o próprio custeio da Seguridade Social).³¹

Assim, segundo o postulado da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção deficiente, deverá ser (a princípio) considerada materialmente inconstitucional qualquer lei que vier a desregulamentar direitos dos trabalhadores, ainda que sob alegação de gerar empregos, aumentando a contratação e a produtividade, uma vez que tais fins não justificam os meios, a redução dos encargos sociais não é o meio mais exigível, nem o menos oneroso para trabalhadores, seus contratantes e à sociedade de forma geral.

Isto porque não se pode suprimir direitos fundamentais dos trabalhadores, inerentes à sua dignidade, devendo-se combater os “reais problemas que geram obstáculos ao avanço social e econômico do país, especialmente, a má distribuição de renda e a falência do ensino público”.³²

LENIO LUIZ STRECK bem sintetiza a dupla face do postulado da proporcionalidade – de proteção positiva ou de proteção de omissões estatais:

Ou seja, a inconstitucionalidade pode decorrer de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade por advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.³³

³¹SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O juiz entre a razão e a sensibilidade*. Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2004, p. 14.

³²Ibidem, p. 14.

³³STRECK, 2004, p. 254.

2.8 Postulado do não retrocesso social:

No Estado democrático de Direito, em que a atribuição de sentido à norma deve ir ao encontro da realidade, elevamos o princípio do não-retrocesso social a nível de postulado, ou seja, princípio vetor da interpretação Constitucional.

CANOTILHO conceitua a proibição de retrocesso social como um direito subjetivo das pessoas de não terem suprimidos os direitos sociais e econômicos que lhes foram concedidos, como por exemplo o direito dos trabalhadores, o direito à assistência, o direito à educação, os quais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir uma garantia institucional, além de um direito subjetivo.³⁴

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial.³⁵

Assim, o não-retrocesso social se assemelha ao postulado da proibição da proteção deficiente, no qual, numa de suas vertentes, é vedado ao Estado suprimir proteção já existente em relação a direitos fundamentais.

Na Justiça do trabalho o postulado do não-retrocesso social é expresso, em menor dimensão, nos Arts. 468, *caput* e 620 da Consolidação das Leis Trabalhistas, respectivamente:

Art. 468: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por

mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Art. 620: As condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo.

Com o intuito de se evitar um retrocesso social, foi editada a Lei nº 9.300, de 29 de agosto de 1996, inserindo o § 5º no Art. 9º da Lei nº 5.889, de 1973, referente ao trabalho rural, dispondo que a cessão pelo empregador, de moradia e de sua infraestrutura básica, assim como bens destinados à produção para a sua subsistência e de sua família, não integra o salário do trabalhador rural, desde que caracterizados como tais, em contrato escrito celebrado entre as partes, com testemunhas e notificação obrigatória ao respectivo sindicato de trabalhadores rurais.

Também negando a natureza salarial de vários benefícios concedidos ao empregado, como por exemplo auxílio à educação, assistência médica, hospitalar, odontológica, prestada diretamente ou por meio de plano de saúde, seguro de vida, etc., foi editada a Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001, que deu nova redação ao § 2º do Art. 458 da CLT.

A declaração legal expressa no sentido de que benefícios como moradia, auxílio à educação, assistência médica, participação nos lucros (Art. 7º, XI da Constituição Brasileira) etc, não têm natureza salarial é interpretada por Alice Monteiro de Barros como *recorte ao princípio protetor*, chamando tal fenômeno de flexibilização *normatizada*.³⁶ Entretanto, sob a ótica do princípio da livre iniciativa e considerando-se a dificuldade econômica dos tempos atuais, a inexistência de tais normas retirando expressamente o caráter salarial desses benefícios acarretariam na inviabilização dos mesmos, com o conseqüente não-fornecimento pelo empregador, em prejuízo da classe operária.

³⁴CANOTILHO, 2003, p. 338-339.

³⁵Ibidem, p. 339-340.

³⁶BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 171.

2.9) Postulado da interpretação das leis conforme a Constituição:

O postulado da interpretação conforme a Constituição impõe a busca de uma interpretação que, embora não seja a mais óbvia do dispositivo, a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita, excluindo-se outras interpretações possíveis que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.

Poder-se-ia denominar este postulado de *postulado da concretização das normas jurídicas*, que, nada mais é que a compreensão da norma jurídica de acordo com o contexto do ordenamento jurídico em que se situa, considerando-se, portanto, a supremacia e a unidade da Constituição. Ou seja, é a aproximação da norma à realidade, estando a compreensão da norma diretamente ligada tanto à *pré-compreensão* do intérprete como ao *problema* concreto que se vai resolver.³⁷

Conforme KONRAD HESSE, segundo esse postulado, uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição.³⁸

A interpretação conforme a Constituição funciona também como um mecanismo de controle de constitucionalidade. O texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal.

Conforme ressalta CANOTILHO, a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão onde são admissíveis várias possibilidades interpretativas. Para salvar a lei não se admite uma interpretação *contra legem*. Tampouco será legítima uma linha de entendimento que prive o preceito legal de qualquer função útil, não podendo o Judiciário, ao interpretar a lei, criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo, sob pena de ofensa ao Princípio da Separação de Poderes.³⁹

Com a edição da Lei nº 9.868/99 – que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – houve a institucionalização dos mecanismos da interpretação conforme a Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto como formas de controle de constitucionalidade e, mais do que isso, houve o reconhecimento do Poder Legislativo de que a função do Poder Judiciário não se restringe, no plano do exame da constitucionalidade, a agir como *legislador negativo*, reconhecendo (explicitamente) que o Poder Judiciário “possa exercer uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos”.⁴⁰ Nesse sentido, o parágrafo único do Art. 28 da Lei da Ação direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99):

Art. 28: Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

LENIO LUIZ STRECK bem assevera que *o processo hermenêutico é sempre produtivo*:

Quando se adiciona sentido ou se reduz o sentido (ou a própria incidência de uma norma), estar-se-á fazendo algo que vai além ou além do texto da lei, o que não significa afirmar que o Tribunal estará legislando. Pelo contrário. Ao adaptar o texto

³⁷BONAVIDES, 2003, p. 604.

³⁸HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, apud, STRECK, 2004, p. 573.

³⁹CANOTILHO, 2003, p. 1227.

⁴⁰STRECK, 2004, p. 574.

legal à Constituição, a partir dos diversos mecanismos interpretativos existentes, o juiz ou o tribunal estará tão-somente cumprindo sua tarefa de guardião da constitucionalidade das leis.⁴¹

STRECK distingue a hermenêutica clássica – que se limita a *reproduzir um sentido* que acredita estar *acoplado* ao texto, como se a lei tivesse um sentido em si mesmo –, da filosofia hermenêutica que dá um salto em direção à *produção de sentido*, onde o intérprete adjudica sentido, a partir de sua condição de ser no mundo, numa dada situação hermenêutica e sua consciência dos efeitos da história. Assim, reputa mais indicado falar em atribuição de sentido conforme a Constituição e não meramente em interpretação conforme a Constituição.⁴²

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO distingue a interpretação conforme a Constituição dos postulados anteriores, dizendo que a mesma deve ser aplicada somente quando os vários elementos interpretativos não permitem a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma.⁴³ LENIO LUIZ STRECK discorda do mestre português, afirmando que não há sentido contido intrinsecamente na norma, que não há que se falar em *espírito do legislador* (corrente subjetivista) ou em *espírito da lei* (corrente objetivista), sendo que, aliado à pré-compreensão do intérprete, o sentido necessariamente exurgirá na conformidade do texto Constitucional, entendido no seu todo principiológico, ressaltando que o mecanismo (princípio) da interpretação conforme (assim como o da nulidade parcial sem redução de texto) *permite não somente redefinir o conteúdo do texto, como também adaptá-lo à Constituição*. É o que acontece frequentemente com as decisões que têm por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁴⁴

⁴¹Ibidem, p. 575.

⁴²Ibidem, p. 580-581.

⁴³CANOTILHO, 2003, p. 1226.

⁴⁴STRECK, 2004, p. 583.

⁴⁵Ibidem, p. 592.

⁴⁶Ibidem, p. 593-594.

STRECK destaca que o limite da interpretação é a Constituição e que, sendo esta mecanismo contra o desejo de maiorias eventuais, haverá ocasiões em que a intervenção do Judiciário será condição de possibilidade da própria validade do texto Constitucional. Cita como exemplo norma em que o legislador claramente deseja um determinado efeito, colidente, entretanto, com o texto Constitucional, sendo que a simples expunção do texto do universo normativo poderia gerar situações que representariam um retrocesso social. Ensina que, neste caso, uma interpretação conforme poderá ser o remédio que adapte a nova lei ao sentido da Constituição, “mesmo que isto contrarie o desejo da maioria parlamentar”.⁴⁵

Com efeito, no plano da filosofia hermenêutica (Nova Crítica do Direito), creio que está superado o debate sobre se os Tribunais criam ou não Direito. Parece não restar dúvidas sobre o fato de que as decisões/sentenças interpretativas, aditivas, ou redutivas *são criadoras de Direito*. Isto porque toda norma é sempre resultado da interpretação de um texto, com o que há sempre um processo de produção/adjudicação de sentido (*Sinngebung*), e não de reprodução de sentido (*Auslegung*). Esse aspecto é o que diferencia fundamentalmente a nova hermenêutica da hermenêutica clássica. A impossibilidade de reprodução do sentido querido pelo legislador está assentada na historicidade e temporalidade ínsita a todo ato de interpretação, sob pena de resvalar em direção a uma espécie de historicismo jurídico-hermenêutico. Ou seja, não há um sentido imanente à lei, pois isto seria admitir um sentido-em-si-mesmo dos textos jurídicos.⁴⁶

Transcreve-se, a seguir, parte do acórdão da ADIn nº 1946-5-DF, em que o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição, mantendo o Art.

14 da Emenda Constitucional nº 20, referente ao salário maternidade, considerando inconstitucional sua limitação pela previdência e o pagamento do excesso pelo empregador sob pena de ofensa ao direito de igualdade na contratação entre homens e mulheres:

LICENÇA-GESTANTE –

Salário. Limitação. ADIn. Art. 14 da EC nº 20, de 15.12.1998, e do Art. 6º da Portaria nº 4.883, de 16.12.1998, baixada a 16.12.1998, pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Alegação de violação ao disposto nos Arts. 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, e 60, § 4º, IV, da CF.

Estando preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da ação (*fumus boni iuris*) e do *periculum in mora*, é de ser deferida a medida cautelar. Não, porém, para se suspender a eficácia do Art. 14 da EC 20/98, como, inicialmente, pretende o autor. Mas, como alternativamente pleiteado, ou seja, para lhe dar, com eficácia *ex tunc*, interpretação conforme à Constituição, no sentido de que tal norma não abrange a licença-gestante, prevista no Art. 7º, XVIII, da CF/88, durante a qual continuará percebendo o salário que lhe vinha sendo pago pelo empregador, que responderá também pelo quantum excedente a R\$ 1.200,00, por mês, e o recuperará da Previdência Social, na conformidade da legislação vigente (STF – ADIn nº 1.946-5 (ML) – DF – TP – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 14.09.2001).

LICENÇA-GESTANTE –

Salário. Limitação. Ação direta de inconstitucionalidade do Art. 14 da EC 20, de 15.12.1998. Alegação de violação ao disposto nos Arts. 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, e 60, § 4º, IV, da CF. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador)

e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a CF de 05.10.1988, cujo Art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada na forma desta Constituição, ou seja, nos termos previstos em seu Art. 7º, XVIII: '*licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias*'. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda nº 20/98, mais precisamente em seu Art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do Art. 7º, XVIII, da CF originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a EC nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do Art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do Art. 14 da EC 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará, sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a CF buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (Art. 7º, XXX, da CF/88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do Art. 5º da CF. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença.

Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da medida cautelar, com adesão de todos os demais ministros, ficou agora ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da PGR. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos e, nessa manifestação do MPF, a ADIn é julgada procedente, em parte, para se dar, ao Art. 14 da EC 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença-gestante, a que se refere o Art. 7º, XVIII, da CF (STF – ADIn nº 1946-5 – DF – TP – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 16.05.2003) g.n..⁴⁷

O Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Nelson Jobim, concedeu liminar, fundamentando-a numa interpretação conforme a Constituição, numa Ação Direta de Inconstitucionalidade com a finalidade de impedir a interpretação da Emenda Constitucional nº 45 no sentido de se entender competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de servidores públicos estatutários.

Trascreve-se o texto da EC 45 enviado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal:

Art. 114: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Senado Federal modificou o texto, acrescentando a exceção quanto aos seguintes servidores:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação.** (g.n.).

Entretanto, para agilizar a reforma do Judiciário, ao invés da Proposta de Emenda à Constituição retornar à Câmara dos Deputados para análise das alterações feitas, o mesmo foi promulgado sem as alterações promovidas pelo Senado Federal, as quais retornariam à Câmara por meio de PEC Paralela. Assim, a exceção introduzida pelo Senado Federal ainda deve retornar à Câmara para definir a competência para julgar ações relativas a questões trabalhistas de servidores públicos estatutários, incluídos os de autarquias e fundações, não se podendo, portanto, compreender que a expressão “toda e qualquer relação de trabalho” contida no enunciado 114 da CF, conforme redação da EC nº 45, abranja as relações de trabalho dos servidores públicos estatutários.

Ressalta-se que o STF não se limitou à apreciação do vício formal, dizendo que a mera inserção da exceção em relação aos servidores estatutários não autoriza a dedução de que tais servidores estariam compreendidos na expressão “relação de trabalho”, uma vez que a mesma não abrange as relações de direito administrativo.

Tratando-se de dispositivo específico sobre a Competência da Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal não poderia simplesmente julgá-lo inconstitucional, eis que a simples expunção do texto do universo normativo esvaziaria a Competência da Justiça do Trabalho, em total afronta aos valores registrados nos princípios e regras constitucionais. Assim, não se limitou o STF ao papel de legislador negativo (declarando normas inconstitucionais), ou simplesmente à função reprodutiva da norma (confirmando sua constitucionalidade), agindo, pois, de forma

⁴⁷Acórdãos extraídos do CD Síntese Trabalhista, nº 8, sob nºs: 17354 e 19667.

criadora, atribuindo à norma um sentido conforme à Constituição:

DESPACHO: A ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE – propõe a presente ação contra o inciso I do Art. 114 da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela EC nº 45/2004. Sustenta que no processo legislativo, quando da promulgação da emenda constitucional, houve supressão de parte do texto aprovado pelo Senado. 1. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Informa que a Câmara dos Deputados, na PEC nº 96/92, ao apreciar o Art. 115, aprovou em dois turnos, uma redação [...] que [...] ganhou um inciso I [...] (fls. 4 e 86). Teve tal dispositivo a seguinte redação: Art. 115: ‘Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’. 2. **SENADO FEDERAL**. A PEC, no Senado Federal, tomou número 29/200. Naquela Casa, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania manifestou-se pela divisão da [...] proposta originária entre a) texto destinado à promulgação e b) texto destinado ao retorno para a Câmara dos Deputados (Parecer nº 451/04, fls. 4, 177 e 243). O SF aprovou tal inciso com acréscimo. O novo texto ficou assim redigido: ‘Art. 114: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, EXCETO OS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS CRIADOS POR LEI, DE PROVIMENTO EFETIVO OU EM COMISSÃO, INCLUÍDAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS DOS REFERIDOS ENTES DA FEDERAÇÃO’ (fls. 4 e 280). Informa,

ainda, que, na redação final do texto para promulgação, nos termos do parecer nº 1747 (fl. 495), a parte final acima destacada foi suprimida. Por isso, remanesceu, na promulgação, a redação oriunda da **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, sem o acréscimo. No texto que voltou à **CÂMARA DE DEPUTADOS** (PEC nº 358/2005), o SF fez constar a redação por ele aprovada, com o referido acréscimo (Parecer nº 1748/04, fls. 502). Diz, mais, que a redação da EC nº 45/2004, nesse inciso, trouxe dificuldades de interpretação ante a indefinição do que seja relação de trabalho. Alega que há divergência de entendimento entre os juízes trabalhistas e os federais, [...] ausente a precisão ou certeza, sobre a quem coube a competência para processar as ações decorrentes das relações de trabalho que envolvam a União, quando versem sobre servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas (fl. 7). Em face da alegada violação ao processo legislativo constitucional, requer liminar para sustar os efeitos do inciso I do Art. 114 da Constituição Federal de 1988, na redação da EC nº 45/2004, com eficácia *ex tunc*, ou que se proceda a essa sustação, com interpretação conforme (fl. 48). 3. **DECISÃO**. A Constituição Federal, em sua redação dispunha: ‘Art. 114: 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’. O STF, quando dessa redação, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo

da Lei nº 8.112/90, pois entendeu que a expressão 'relação de trabalho' não autorizava a inclusão, na competência da Justiça trabalhista, dos litígios relativos aos servidores públicos. Para estes, o regime é o – estatutário e não o contratual trabalhista (CELSO DE MELLO, ADI 492). Naquela ADI, disse mais CARLOS VELLOSO (Relator): [...] Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o Art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente [...]. O SF, quando após o acréscimo referido acima e não objeto de inclusão no texto promulgado, meramente explicitou, na linha do decidido na ADI nº 492, o que já se continha na expressão 'relação de trabalho', constante da parte inicial do texto promulgado. A REQUERENTE, porque o texto promulgado não contém o acréscimo do SF, sustenta a inconstitucionalidade formal. Entendo não ser o caso. A não inclusão do enunciado acrescido pelo SF em nada altera a proposição jurídica contida na regra. Mesmo que se entendesse a ocorrência de inconstitucionalidade formal, remanesceria vigente a redação do *caput* do Art. 114, na parte que atribui à Justiça trabalhista a competência para as 'relações de trabalho' não incluídas as relações de direito administrativo. Sem entrar na questão da duplicidade de entendimentos levantada, insisto no fato de que o acréscimo não implica alteração de sentido da regra. A este respeito o STF tem precedente. Destaco do voto por mim proferido no julgamento da ADC nº 4, da qual fui relator: 'O retorno do projeto emendado à Casa iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado. Só retornará se, e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídi-

ca. Ou seja, se a emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada. Tal ocorrerá quando a modificação produzir alterações em qualquer dos âmbitos de aplicação do texto emendado: material, pessoal, temporal ou espacial. Não basta a simples modificação do enunciado pela qual se expressa a proposição jurídica. O comando jurídico – a proposição – tem que ter sofrido alteração' [...]. Não há que se entender que justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei nº 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Leio GILMAR MENDES, há oportunidade para interpretação conforme à Constituição [...] sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica. É o caso. A alegação é fortemente plausível. Há risco. Poderá, como afirma a inicial, estabelecer-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito *ex tunc*. Dou interpretação conforme ao inciso I do Art. 114 da Constituição Federal, na redação da EC nº 45/2004. Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do Art. 114 da Constituição Federal, na redação dada pela EC nº 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Pú-

blico e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. 1. Publique-se. Brasília, 27 de janeiro de 2005. Ministro Nelson Jobim, Presidente. Voto de Celso de Mello, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492, fls. 157-158 (STF – ADIn nº 3.395 – Relator: Cezar Peluso) (g.n.).

2.10 Postulado da inconstitucionalidade/nulidade parcial sem redução de texto:

GILMAR FERREIRA MENDES distingue este postulado do anterior dizendo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é Constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.⁴⁸

LENIO LUIZ STRECK classifica a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto como espécies do gênero *decisões interpretativas*, para distingui-las daquelas nas quais o sentido não causa perplexidades no seio da comunidade jurídica, ressaltando que “o sentido de um texto somente é claro quando há um determinado consenso acerca do mesmo”.⁴⁹

Surgindo discrepâncias, nasce a divergência de cunho interpretativo. As decisões interpretativas constituem, em última ratio, uma espécie de decisões em que há um aditamento explícito de sentido ou uma redução de uma das hipóteses aplicáveis ao texto. Dizendo de outro modo, as decisões assim

denominadas interpretativas surgem no interior de um processo hermenêutico-corretivo do texto normativo, agregando-se acepções muitas vezes aquém ou além do explicitado ou querido pelo legislador.⁵⁰

Da análise dos postulados da hermenêutica Constitucional, conclui-se que o intérprete deve se valer das regras de hermenêutica na busca da justa aplicação da norma. A observância das regras de hermenêutica legitimam a concretização das normas jurídicas. A Hermenêutica Jurídica Constitucional tem peculiaridades próprias, servindo seus postulados como vetores na opção do método de interpretação a ser utilizado.

“Da análise dos postulados da hermenêutica Constitucional, conclui-se que o intérprete deve se valer das regras de hermenêutica na busca da justa aplicação da norma. A observância das regras de hermenêutica legitimam a concretização das normas jurídicas. A Hermenêutica Jurídica Constitucional tem peculiaridades próprias, servindo seus postulados como vetores na opção do método de interpretação a ser utilizado.”

A concretização de qualquer norma jurídica deve obedecer aos postulados da supremacia da Constituição, unidade da Constituição, máxima efetividade e harmonização das normas constitucionais. Ainda assim, não sendo possível o alcance da solução de um conflito de normas constitucionais, deve se fazer a ponderação dos bens em conflito, considerando-se a hierarquia axiológica entre os mesmos no caso concreto, utilizando-se do postulado da proporcionalidade. Sendo os bens jurídicos em conflito de igual

valor, deve-se aplicar o postulado da razoabilidade. Nos casos em que a expunção da norma do ordenamento jurídico (através da declaração de sua inconstitucionalidade) representar um retrocesso social, deve-se atribuir à mesma um sentido conforme à Constituição, ou expressamente declarar sua inconstitucionalidade em determinado sentido (nulidade parcial sem redução de texto).

2.11 Ponderação de bens:

Considerando-se o Estado democrático de Direito, DWORKIN procura uma teoria que legitime as decisões do Poder Judiciário

⁴⁸MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 286.

⁴⁹STRECK, 2004, p. 614-615.

⁵⁰Ibidem, p. 615.

pautada em argumentos jurídicos e não no mero arbítrio de cada Juiz, de aplicar ou não certos princípios invocando um poder discricionário, defendido pelos positivistas, nos casos de lacunas legais.

Os *hard cases* sempre geram controvérsias jurídicas. Tanto DWORKIN quanto ALEXY questionam se é possível um controle racional sobre o exercício da ponderação de princípios ou se ela está sujeita ao arbítrio de quem a realiza.

DWORKIN ressalta que as decisões judiciais geradas por políticas são menos aceitas do que as fundamentadas em princípios. Não cabe ao juiz decidir um caso de tal forma sob o fundamento de que assim se estará regulando o mercado financeiro (utilitarismo jurídico). Por exemplo, uma ação que pede a fixação de um salário maior, por não atender o salário mínimo às exigências constitucionais, não cabe ao Juiz julgá-la improcedente sob o fundamento do impacto econômico que tal medida traria no mercado, inviabilizando o funcionamento de pequenas empresas (além de se tentar evitar um número infundável de ações com o mesmo pedido), visto que o Judiciário não tem legitimidade para estabelecer políticas públicas. Se a improcedência da ação for fundamentada em princípios jurídicos, a exemplo dos princípios da Separação de Poderes e da Igualdade – uma vez que o salário mínimo é fixado a nível nacional –, sob a mesma não recairiam questionamentos sob o aspecto da legitimidade.

Uma fundamentação com base em princípios jurídicos tem maior legitimidade do que a feita sob argumentos políticos uma vez que evita alegação de discriminações que normalmente os argumentos políticos ensejam. Ademais, a argumentação de princípios não sofre qualquer objeção quanto à originalidade da decisão judicial:

Mas um argumento de princípio nos leva a considerar sob uma nova luz, a reivindicação do réu de que é injusto surpreendê-lo com a decisão. Se o demandante tem de fato o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito. Se

for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio da publicação em uma lei.⁵¹

Há casos em que o próprio texto Constitucional prevê a solução para um aparente conflito de normas constitucionais, como no caso do direito à propriedade e o instituto da desapropriação, ao dizer que esta se fará mediante indenização.

Entretanto, a Constituição não prevê a solução para todos os casos de normas contrastantes, cabendo ao intérprete buscá-la. Como se interpretar o direito à imagem de uma empresa e o direito à informação jornalística (Art. 220, §1º da CF), quando a empresa pretende impedir a veiculação de reportagem que diz sobre a reprovação de um de seus produtos nos testes de qualidade de produtos de várias empresas oferecidos ao consumidor? Ou o direito à honra da pessoa citada em noticiário como autora de crime? Qual o critério a ser utilizado na busca da **harmonização entre as normas constitucionais aparentemente antagônicas?**

A doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderação de bens ou valores. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte. A doutrina tem rejeitado, todavia, a predeterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição *in dubio pro libertate*. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade de segurança e de proteção da coletividade.⁵²

⁵¹DWORKIN, 2002, p. 134-135.

⁵²BARROSO, 1999, p. 192.

Segundo CANOTILHO, os intérpretes se valem do método de ponderação ou balanceamento quando não encontram nos *princípios vetores da interpretação Constitucional* a solução justa para o conflito de direitos. Assim, o método da ponderação ou balanceamento tem sido utilizado para a solução de conflitos de normas constitucionais.

Conforme JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, há colisão ou conflito sempre que a Constituição proteger, simultaneamente, dois valores ou bens em contradição concreta.⁵³

O método de balanceamento, assim como toda interpretação jurídica, deve ser analisado de acordo com o caso concreto (direitos em conflito), pois o bem que prevalecer num determinado caso pode ser relegado para segundo plano diante das circunstâncias de outro caso. Nos dizeres de CANOTILHO:

Aqui o *balancing process* vai recortar-se em termos autónomos para dar relevo à ideia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um *significado normativo* ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.⁵⁴

O mestre português ressalta que os pressupostos para a utilização da pondera-

ção ou do *balanceamento ad hoc* para obter uma solução dos conflitos de bens constitucionais são, concomitantemente: a) a existência, pelo menos, de dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de protecção de duas normas jurídicas que não podem ser realizadas ou otimizadas em todas as suas potencialidades; b) a inexistência de regras abstratas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstrato feito pela norma Constitucional.⁵⁵

Em continuidade, bem distingue a ponderação de princípios da harmonização de princípios:

Ponderar princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflitantes. **Harmonizar princípios** equivale a uma temporização ou transacção entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito. Por isso, a ponderação reconduz-se, no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. *Hierarquia*, porque se trata de estabelecer um *peso* ou *valor* maior ou menor entre princípios. *Móvel*, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso.⁵⁶

Mister se faz ressaltar as lições de CANOTILHO quanto à necessidade de *justificação e motivação* da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica, sendo o apelo à metódica de ponderação uma exigência de *solução justa de conflitos entre princípios*.⁵⁷

⁵³ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 220.

⁵⁴CANOTILHO, 2003, p. 1237.

⁵⁵Ibidem, p. 1240.

⁵⁶Ibidem, p. 1241.

⁵⁷Ibidem, p. 1240-1241.

Considerando-se o postulado da unidade, o intérprete deve conservar a identidade de todos os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sendo cauteloso na utilização de fórmulas como a ponderação de bens e valores. Pelo postulado da unidade da Constituição é necessário estabelecer o limite dos bens aparentemente em conflito a fim de que cada um deles alcance uma efetividade ótima.

O método da ponderação de bens ou valores deve ser aplicado em conjunto com os postulados da unidade da Constituição, da razoabilidade e da proporcionalidade. Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade devem orientar o juízo de ponderação na distribuição dos custos do conflito, no sentido de que o sacrifício imposto a uma das partes seja razoável e não seja proporcionalmente mais intenso do que no benefício auferido pela outra parte.

Conforme jurisprudência enfocada pela Juíza Federal Liliane Roriz, no Painel sobre *Colisão de direitos fundamentais* havido no IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do TRT da 15ª Região, realizado nos dias 27 e 28 de junho de 2002, o Supremo Tribunal Federal, utilizando o método de ponderação de valores, nos casos referentes à realização de exame de DNA, tem entendido que não se pode obrigar o pai a ter a sua integridade física violada, ainda que esteja em jogo o direito da criança à sua real identidade. Em caso peculiar, o STF determinou a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da cantora Glória Trevi e fez a ponderação dos valores constitucionais contrapostos inerentes ao caso, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda e o direito à honra e à imagem dos servidores da Polícia Federal como instituição, atingidos pela declaração da extraditanda de ter sido vítima de estupro carcerário, amplamente divulgado pelos meios de co-

municação. O Supremo Tribunal Federal afirmou que naquele caso concreto deveria prevalecer o esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta ainda que o exame de DNA aconteceria sem a invasão da integridade física da extraditanda ou do seu filho, uma vez que seria feita através da placenta.⁵⁸

Na área trabalhista podemos citar, como caso em que se impôs a utilização do método de ponderação de bens, a concessão de liminar em Ação Civil Pública⁵⁹ decretando a intervenção na administração de empresa para forçá-la ao cumprimento da legislação trabalhista que vinha desrespeitando reiteradamente, tendo como um de seus argumentos o não-cumprimento de sua função social e o aviltamento à dignidade dos trabalhadores, argumentos que prevaleceram sobre o direito de propriedade da empresa.

Nota-se, no exemplo acima, a presença dos pressupostos para a utilização do método de ponderação, quais sejam, o conflito de bens (propriedade x dignidade dos trabalhadores e credibilidade das decisões do Poder Judiciário) protegidos por normas jurídicas que não poderiam, no caso, ser otimizadas em todas as suas potencialidades e a inexistência de regras abstratas de prevalência.

CONCLUSÃO

Ao estudar qualquer ramo do direito, é preciso apresentar os métodos de interpretação, pois o ensino dos institutos jurídicos e do direito posto por si só equivale a um ensinamento isolado, fragmentado, distante da prática e que não exercita o raciocínio do intérprete.

O sentido comum teórico dos juristas continua assentado nos postulados da hermenêutica clássica, de cunho reprodutivo.⁶⁰ Entretanto, a jurisdição atual requer

⁵⁸ ANAIS, IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do TRT da 15ª Região. Campinas/SP, 2002.

⁵⁹ Decisão proferida pelo MM. Juiz do Trabalho Levi Rosa Tomé, nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público da União em face de Sobar S/A Álcool e Derivados, Sobar S/A Agropecuária, Agrobau Prestação de Serviços S/C Ltda. (sucessora de Agrobau – Agropecuária Ltda.), Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda., e outros. Vara de Trabalho de Ourinhos/SP.

⁶⁰ STRECK, 2004, p. 35.

que o operador do Direito lhe dê efetividade, cumprindo um papel transformador da sociedade, qual seja, de aproximar a norma da realidade, atendendo aos objetivos do Estado democrático de Direito.

Aqueles que se isolam em sua prática jurídica, apenas aplicando a lei ao caso concreto, sem sequer indagar se o direito, da forma como se aplica, está cumprindo sua função social, ou seja, se atende aos princípios e às regras constitucionais (valores constitucionais) – votadas por um Poder Constituinte Democrático –, não reconhece a que veio a Constituição, nem sua leitura atual, e desconhece sua força no papel da construção do discurso jurídico.

Podemos exemplificar com a norma que veda a concessão de liminar em Mandado de Segurança contra a Fazenda Pública. Pelo método hermenêutico-clássico, o intérprete se restringiria à sua análise semântica, não encontrando qualquer hipótese de contrariedade ao seu próprio texto. Entretanto, os novos métodos hermenêuticos consideram o contexto em que a mesma é aplicada e enxergam os possíveis conflitos com outras normas jurídicas. Assim, num Mandado de Segurança em que o impetrante é portador do vírus HIV e pleiteia liminar para que o Estado forneça o medicamento necessário para que tenha dignidade no tempo de vida que lhe resta, provavelmente irá prevalecer o direito fundamental à vida. Observa-se que à luz da hermenêutica clássica, aplicar-se-ia a subsunção do fato à norma jurídica, vedando-se a concessão de liminar em Mandado de Segurança em face do Estado (Fazenda Pública), resultado da simples reprodução da lei. Já, através da hermenêutica Jurídica Constitucional, de caráter produtivo, ou seja, transformador, os princípios são reconhecidos como normas jurídicas, devendo ser assegurada sua efetividade, diante do que surgem os conflitos de direitos, havendo que se fazer a ponderação dos bens protegidos pelo ordenamento jurídico para verificar, no caso concreto, qual tem peso maior, o qual irá, conseqüentemente, prevalecer.

A teoria material da Constituição parte da premissa de que o Judiciário deve assumir uma postura intervencionista, no sentido de se dar cumprimento aos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988.⁶¹

Verifica-se, pois, que a jurisprudência trabalhista (decisões reiteradas dos tribunais) está em dia com a discussão metodológica contemporânea, aplicando as atuais teorias da norma e da hermenêutica jurídica Constitucional ao Direito do Trabalho.

Como exemplo deste avanço jurisprudencial, citamos a decisão da ADIN 1946-5-DFM, em que o STF, mantendo o Art. 14 da Emenda Constitucional nº 20 – referente ao salário maternidade – interpretou-o conforme a Constituição, considerando sua limitação pela previdência e o pagamento do excesso pelo empregador inconstitucionais por ofensa ao princípio da igualdade, que deve ser observado na contratação entre homens e mulheres. As cortes trabalhistas também têm aplicado a nova dogmática jurídica Constitucional para solucionar colisões de princípios, tais como: princípio diretivo do empregador e os princípios da dignidade humana e da privacidade do trabalhador; monitoramento de e-mails *versus* privacidade do trabalhador etc.

De nada adianta um ordenamento jurídico, se não lhe for dada efetividade. A recepção e estudo da dogmática do Direito Constitucional pela doutrina trabalhista, antes de um teor filosófico, tem caráter pragmático, visando auxiliar os operadores do Direito na concretização da Constituição, contribuindo com o desempenho do Poder Judiciário em seu papel transformador, ou seja, efetivando os direitos à luz do Estado Democrático de Direito, o que importa na defesa dos valores constitucionais, inclusive, contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.

⁶¹Ibidem, p. 185.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANAIS. *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do TRT da 15ª Região*. Campinas/SP, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, nº 5. Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. A "principalização" da jurisprudência através da Constituição. In: *Revista de Processo*, vol. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EMATRA XV – *Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região*. Conclusões na íntegra dos grupos de estudo do seminário Ampliação da competência da justiça do trabalho, promovido por EMATRA XV.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: s.e., 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O juiz entre a razão e a sensibilidade*. Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 2. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2002.

_____. Análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades

hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais. In: *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Fernando Facury Scaff (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

IV - DOCTRINA INTERNACIONAL

VALORES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO: VIGENCIA ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

MARIO GARMENDIA ARIGÓN¹

Abstract: El surgimiento y evolución del Derecho del Trabajo siempre estuvo acompañado de cuestionamientos. A pesar de los mismos, logró desarrollarse históricamente con un sentido protector, consolidándose incluso en las Constituciones nacionales. La crisis mundial de la década del '70 y los grandes cambios que comienzan a operar en el mundo del trabajo a partir de ese momento, acompañados de la prédica neoliberal que logra imponerse con firmeza en la legislación de los diversos países de América latina, llevan a plantearse si el Derecho del Trabajo tiene un futuro asegurado. Más allá de las coyunturas desfavorables, los valores esenciales que consagra el Derecho del Trabajo (el trabajo no es una mercancía, protección especial de la dignidad del trabajador) aún continúan siendo esenciales a la conciencia jurídica global. La tarea del jurista consiste en detectar los mecanismos para hacerlos prevalecer más allá de su carácter declarativo.

Palabras-clave: Surgimiento y evolución del Derecho del Trabajo. Constitucionalización de los derechos sociales. Flexibilidad. Crisis del Derecho del Trabajo. Valores fundamentales del Derecho del Trabajo. Efectividad de los valores inherentes a la persona humana.

1 EL SINUOSO DERROTERO HISTÓRICO DEL DERECHO DEL TRABAJO

1) El Derecho del Trabajo siempre ha estado signado por los cuestionamientos. Su vocación interventora, la fuerte impregnación social que posee, su

estrecha vinculación con la economía y la política, su impronta fuertemente protectora del trabajador y la introducción de limitaciones a la autonomía de la voluntad, son algunas de las características que explican sin demasiadas dificultades este destino natural. Simultáneamente con la aprobación de las primeras normas laborales,

¹Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo).

surgieron los impugnadores, la mayoría de los cuales dirigían sus críticas a señalar la contradicción que encerraban dichas normas, que pretendían sustentarse en argumentos de índole moral (protección del más débil), pero incurrían en la incongruencia de limitar la libertad de este último, provocando así la *colonización del comportamiento del trabajador*².

2) Es evidente que la legislación laboral es una hija no deseada de la industrialización, aceptada a regañadientes y como un mal necesario por la ideología liberal prevaleciente en la época. El sentido intervencionista y protector de sus normas - como expresa Russomano - estaban claramente fuera del "espíritu de la época"³. De este modo, debe asumirse que la inspiración sustancial en la que abreva el Derecho del Trabajo está basada en pautas que, en buena medida, contradicen frontalmente los paradigmas del capitalismo liberal. En tal sentido, el enunciado "el trabajo no es

"Es evidente que la legislación laboral es una hija no deseada de la industrialización, aceptada a regañadientes y como un mal necesario por la ideología liberal prevaleciente en la época."

una mercancía", declaración fundamental que constituye basamento esencial de la disciplina⁴, encarna una de las más flagrantes contradicciones entre la teoría jurídica laboral y la práctica cotidiana de la economía de mercado. A nadie pasa inadvertido que la mencionada declaración, está muy lejos de describir lo que acontece en la realidad (donde el trabajo *sí es asumido como una mercancía*) y que en realidad, la misma no es otra cosa que una afirmación de tenor ético-jurídico (que indica la manera en que debería ser concebida la regulación del trabajo humano)⁵ y que ha servido de guía esencial para la construcción del Derecho del Trabajo.

3) El nacimiento del Derecho del Trabajo representó un correctivo, una expresión de "contracultura", una excepción a las reglas que naturalmente procuran regir el funcionamiento de la economía de mercado⁶. Incluso es muy probable que su origen no haya sido más que una concesión transaccional que dicho

²SIMITIS, Spiros, "Il Diritto del Lavoro e la riscoperta dell'individuo", in *Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 45, año XII, 1990, I, p. 90; Supiot, Alain, "Pourquoi un Droit du Travail?", in *Droit Social*, N° 6, junio 1990, p. 485; Edelman, "La déjuridicisation du fait de la loi (regards un peu sombres sur les lois Auroux)", *Droit Social*, N° 5, mayo 1984, p. 291; Jeammaud, Antoine, "Droit du travail 1988: des retournements, plus qu'une crise", en *Droit Social*, N° 7-8, julio-agosto 1988.

³RUSSOMANO, Mozart Victor, "Sistematização e constitucionalização do Direito do Trabalho", in *El Trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Prof. Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2003, p. 97.

⁴GARMENDIA ARIGÓN, Mario, *Ordem pública e Direito do Trabalho*, LTr, 2004, p. 63 y 120.

⁵GRANDI, Mario, "El trabajo no es una mercancía". Reflexiones al margen de una fórmula para volver a meditar", in *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbágelata*, FCU, Mdeo., 1997, p. 192.

⁶Refiriéndose al Derecho mexicano del trabajo, pero aludiendo a cuestiones que resultan perfectamente extensibles al Derecho del Trabajo en general, De la Cueva advierte sobre la calidad esencialmente polémica de la disciplina, la que atribuye al hecho de que su nacimiento se produjo "...frente a un sistema jurídico que tenta dos milenios de existencia y que había sido declarado la razón jurídica universal. Para afirmarse, tuvo que romper los muros de aquel sistema e invadir y adueñarse de los campos en los que aún se consideraba al trabajo del hombre como una mercadería y en los que no se permitía la entrada al pensamiento nuevo". "Pero -agrega el ilustre maestro mexicano- el derecho mercantil no se rinde fácilmente, por el contrario, defiende palmo a palmo la libra de carne que el mercader de Venecia le ofreció a Shylock". De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 19ª ed., Porrúa, México 2003, p. 532.

sistema realizó ante el riesgo de resultar desplazado⁷, pues en el esquema de capitalismo liberal que vio nacer al Derecho del Trabajo, la preocupación por contemplar la suerte de los trabajadores no alcanzaba a constituirse en un valor cuya relevancia resultara equiparable a la recompensa (moral y material) que, según el paradigma liberal, se derivaba del hecho de alcanzar el éxito económico⁸. En buena medida, el Derecho del Trabajo siempre ha sido un *corpo extraño* en el sistema capitalista y *su ética* incluye determinados valores fundamentales que contradicen, traban, o que no dejan desplegar suficientemente algunos de los pilares sobre los que se construyen los paradigmas del capitalismo liberal.

4) Pero a pesar de estas críticas, el Derecho del Trabajo evolucionó con un impulso ascendente, logrando imponer la idea de que sus valores resultan merecedores de una tutela jurídica especial. A tal punto esto fue así, que ya en la segunda década del siglo XX, las Constituciones nacionales co-

menzaron a incluir dentro de sus contenidos, disposiciones relativas a la materia social y, muy especialmente, normas fundamentales en materia laboral. Esta nueva tendencia (a la que se le dio el nombre de "constitucionalismo social") significó un cambio sustancial con relación a la concepción liberal que había predominado en las Constituciones del siglo XIX⁹. Como se sabe, la misma fue inaugurada por México (a través de la Carta adoptada en Querétaro en febrero de 1917¹⁰), y fue seguida muy de cerca por la Constitución alemana de 1919, conocida como la Constitución de Weimar¹¹. Esta última, en particular (y a pesar de su corto y trágico destino), tuvo gran repercusión en todo el mundo, siendo reiteradamente citada en las exposiciones de motivos de diversas reformas constitucionales de varios países en la primera mitad del siglo XX. En América Latina, la tendencia del constitucionalismo social fue seguida de manera generalizada durante la primera mitad del siglo XX¹².

⁷Algunos autores ven en la esencia de la gestación del nuevo Derecho, una ulterior motivación protectora de los medios de producción, que resultaba amenazada por la fuerza emergente de la unión de los trabajadores; de forma tal que la ecuación planteada habría sido: «Derecho del Trabajo a cambio de paz». Se ha señalado la «ambivalencia» de la disciplina, caracterizada por una parte por un sentido protector del trabajador y por otra, por una vertiente de signo contrario que supone el reconocimiento de ciertos elementos que se derivan de las características del modo de producción capitalista: subordinación, reconocimiento del poder disciplinario, y las necesarias e inevitables limitaciones que supone la propia definición de ciertas libertades (sindicato, huelga, etc.). En este sentido, ver por ejemplo: JAVILLIER, Jean Claude, *Manuel du Droit du Travail*, 2ª edición, París, 1988, p. 29; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 16.

⁸En este sentido, Baylos y Terradillos, advierten acerca de "...la alta valoración social de la figura del empresario que corre riesgos y obtiene éxitos, aun moviéndose en la frontera confusa de lo ilegal...", BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan, *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1990, p. 37. RÚSSOMANO, Mozart Víctor, "Sistematização e constitucionalização do Direito do Trabalho", in VV.AA., *El trabajo y la Constitución, Estudios en Homenaje al Prof. Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Madrid, 2003, p. 97 y ss.

¹⁰La Constitución de Querétaro reconoce como antecedente el alzamiento campesino liderado por Emiliano Zapata, contra la dictadura del General Porfirio Díaz. Luego de expulsar al dictador en 1914, en 1916 se convocó a una Asamblea Constituyente que con una fuerte presencia de "diputados obreros", logró adoptar el texto constitucional que incluyó el mítico artículo 123, norma que, al decir de M.V. Russomano, se constituyó en factor fundamental para la ampliación de los derechos de los trabajadores en América Latina. Vid: RÚSSOMANO, M. V., op. cit. p. 97 y ss. Asimismo, en la misma obra: De Buen, Néstor, "El artículo 123 de la Constitución mexicana y sus reformas", p. 253 y ss.

¹¹El 11 de noviembre de 1918 se firmó el armisticio que puso fin a la primera guerra mundial. Luego de una vertiginosa sucesión de acontecimientos políticos, el 19 de enero de 1919 se reunió la Asamblea Constituyente en Weimar, con mayoría Socialdemócrata y Demócrata Cristiana (que conjuntamente conformaron la llamada "coalición de Weimar"). El 11 de agosto de 1919 se aprobó el texto constitucional que reconoció la vigencia del capitalismo a cambio de mejores condiciones de trabajo, en una suerte de pacto que plasmó el denominado "espíritu de Weimar".

¹²Chile (1925); Perú (1933), Uruguay y Brasil (1934), Colombia y Venezuela (1936); Bolivia (1938); Nicaragua y El Salvador (1939); Cuba (1940), Guatemala y Ecuador (1946), Argentina (1949). Reformas posteriores han mantenido las referencias a la materia laboral y han ganado en detalle: Venezuela (1961 y 1999); Ecuador (1979), Perú (1980 y 1993), Honduras (1982), Nicaragua (1986), Colombia y Paraguay (1991). En particular, cabe mencionar la reforma constitucional brasileña de 1988, la que, al decir de Cássio Mesquita Barros, consagró una "celetización" de la Constitución, "...ya que las principales reglas del Derecho del Trabajo, reunidas en la CLT, han sido copiadas en el art. 7º de la Ley Magna", BARROS, Cássio Mesquita, "El derecho del trabajo en las Constituciones brasileñas", in VV.AA., *El trabajo y la Constitución, Estudios en Homenaje al Prof. Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Madrid, 2003, p. 80.

5) De este modo, es notorio que han existido épocas en que los principios inspiradores del Derecho del Trabajo lograron imponerse sobre los paradigmas del capitalismo liberal y ello se vio reflejado en un determinado sentido evolutivo de la disciplina (mayor generosidad a sus normas), tendencia que, en especial caracterizó las tres décadas posteriores a la finalización de la segunda guerra mundial¹³. Incluso, hacia fines de la sexta década del siglo XX, los pronósticos más razonables sólo podían augurar una acentuación de la tendencia progresiva¹⁴, al influjo de la búsqueda constante de una mayor justicia social.

6) Sin embargo, en la década de los setenta el escenario mundial se vio sacudido por el comienzo de una crisis económica que con el tiempo demostraría poseer ciertos rasgos estructurales. La conjunción de otros factores - sociales, culturales, ideológicos - comienza a socavar las bases sobre las que se asentaba el paradigma del Estado de bienestar y determina el inicio de una etapa de hipervaloración de lo económico, en detrimento de lo social. Profundas y aceleradísimas transformaciones tecnológicas, completaron el círculo, al provocar el surgimiento de nuevas formas de organización del trabajo y determinaron una globalización del mercado de dimensiones y fluidez sin precedentes. El mundo del trabajo sufrió directamente el impacto de estos revolucionarios cambios, y a su vez comenzó a dejar de manifiesto sus

...han existido épocas en que los principios inspiradores del Derecho del Trabajo lograron imponerse sobre los paradigmas del capitalismo liberal y ello se vio reflejado en un determinado sentido evolutivo de la disciplina (mayor generosidad a sus normas), tendencia que, en especial caracterizó las tres décadas posteriores a la finalización de la segunda guerra mundial."

propias y drásticas transformaciones. Así, por ejemplo, el ingreso masivo a la oferta de trabajo de contingentes otrora apartados del mismo - como mujeres y jóvenes -, la proliferación de contrataciones atípicas, la generalización del trabajo a tiempo parcial, la preferencia por las contrataciones a término, las nuevas modalidades de trabajo parasubordinado constituyen fenómenos provocadores de una fuerte segmentación del mercado laboral¹⁵.

7) Los procesos de fuerte desindustrialización y el surgimiento y desarrollo de actividades de otro tipo (por ejemplo, en el sector terciario de la economía), determinaron, o bien el desplazamiento hacia los mismos de aquellos trabajadores en condiciones de insertarse en ellos, o directamente la exclusión de quienes no lograron hacerlo. Cualquiera de estas dos alternativas, sumadas a la marcada tendencia hacia la desconcentración empresarial¹⁶, han provocado la desestructuración de la clase trabajadora clásica, que fuera el insumo básico de los sindicatos y eslabón indispensable de la estructura del Derecho del Trabajo¹⁷.

8) Nuevas relaciones de fuerza comienzan a suscitarse entre los sindicatos y las empresas. Estas últimas, en una posición de predominio bastante evidente, están en condiciones de utilizar - algunas veces, por ineludible necesidad y otras por simple conveniencia - diversos argumentos que hacen aflorar los temores más profundos de

¹³Período al que Fourastié llamó "los treinta gloriosos". Fourastié, Jean, Les trente glorieuses ou La Révolution invisible de 1946 à 1975, París, Librairie Arthème Fayard, 1979, cit. por BRONSTEIN, Arturo, "La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles para un debate", in rev. Derecho Laboral, t. XXXII, N° 153, Mdeo., 1989.

¹⁴SARTHOU, Helios, "Aspectos de la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo", in rev. Derecho Laboral, t. XV, N° 86-87-88, 1972, p. 375.

¹⁵GIUGNI, Gino, "Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano", in Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, N° 30, Milán, 1986, p. 329.

¹⁶VV.AA., La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo, FCU, Mdeo., 2000.

¹⁷SPYROPOULOS, Georges, "Problemas actuales del sindicalismo en el mundo", Revista del Trabajo, Bs. As., 1991.

los trabajadores: riesgos de cierre, pérdida del trabajo, desempleo, oferta de trabajo que supera holgadamente a la demanda, etc. Esto les permite conservar y mejorar una posición notoriamente prevaleciente en el escenario de las relaciones laborales¹⁸.

9) Hacia el final de lo que Eric Hobsbawm ha llamado el "siglo XX corto" (que según este historiador, coincide con la caída del muro de Berlín¹⁹), el paradigma de la ética laboral comenzó a ser todavía más desplazado por el predominio de una ética mercantil descarnada que impuso el *modelo neoliberal* o *posmoderno* en el sistema de relaciones laborales y en el Derecho del Trabajo²⁰. Este éxito del modelo neoliberal implicó el triunfo de una serie de valores asociados al mismo (*antivalores*, en la perspectiva laboralista) que alcanzaron a provocar un efecto cultural de *desconsideración, desvalorización o descentramiento social* del "valor trabajo" y a su vez, este efecto ideológico provocó consecuencias en el plano jurídico: la flexibilización o desregulación del Derecho laboral²¹.

10) La conformación de este escenario hace que el Derecho del Trabajo quede ubicado - una vez más, pero probablemente, como nunca antes - en el centro de la polémica. Algunos lo acusan de haber sido uno de los factores que propiciaron el estancamiento económico. Otros lo definen como un obstáculo que impide una salida más rápida de la crisis. En cualquier caso, la flexibilización o

desregulación de la disciplina, se visualiza como un camino imperativo, como premisa necesaria de cualquier intento de reconstrucción económica. Los instrumentos que el Derecho del Trabajo generó con la finalidad de proteger al trabajador de las condiciones inhumanas de las factorías surgidas con el desarrollo de la revolución industrial, son presentados como atavismos carentes de sentido, y como elementos contraproducentes respecto de cualquier intento por mejorar los niveles de empleo, tema este último, que se erige con rasgos especialmente dramáticos, si se tiene en cuenta la grave escasez que de esta materia tan apreciada se evidencia en todas las regiones del globo. Así, se menciona que la meta de generar nuevos empleos es incompatible con el mantenimiento de reglas jurídicas que obstaculizan la posibilidad de acudir a formas atípicas de contratación laboral, que entre otras cosas, impiden acceder a regímenes dinámicos para la determinación del tiempo de trabajo, conspiran contra la posibilidad de obtener una reducción en los costos de la *mano de obra*, o no permiten a la empresa desprenderse con mayor facilidad -o con menos gastos económicos- de los

trabajadores que ya no requiere²². Por lo demás, tal ordenamiento jurídico, surgido y desarrollado para un determinado sistema de organización del trabajo, habría dejado de poseer aptitud para ser aplicado a las nuevas realidades, en la que predominan conceptos tales como fábrica flexible, producción *just*

"Así, se menciona que la meta de generar nuevos empleos es incompatible con el mantenimiento de reglas jurídicas que obstaculizan la posibilidad de acudir a formas atípicas de contratación laboral..."

¹⁸ERMIDA URIARTE, Oscar, "El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo" in rev. Derecho Laboral, t. XXXIV, N° 164, Mdeo., 1991, p. 615 y ss.

¹⁹HOBBSBAM, Eric, *Historia del siglo XX*, 2ª edición, Biblioteca E.J. Hobsbawm de Historia Contemporánea, Grupo Editorial Planeta, Bs. As., 2001, p. 7.

²⁰ERMIDA URIARTE, Oscar, "Ética y Derecho del Trabajo", in Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez, FCU, 2004, p. 19.

²¹ERMIDA URIARTE, Oscar, *La flexibilidad*, FCU, Mdeo., 2000, p. 21 y ss.

²²BOYER, E., *La flexibilité du travail en Europe*, Paris, 1986; Bronstein, Arturo, "La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate", en rev. Derecho Laboral, t. XXXII, N° 153, Mdeo., 1989, p. 3 y ss.; Ermida Uriarte, O., *La flexibilidad*, op. cit., p. 10 y ss.

in time, círculos de calidad, grupos de trabajo semiautónomos, etc.²³

11) Si bien los mecanismos mediante los cuales estas nuevas corrientes proponen alcanzar la meta de la flexibilización, son muy variados²⁴, es posible advertir que uno de los que con mayor eficacia logra este efecto, consiste en reducir a una mínima expresión la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo y, como contrapartida, revalorizar el rol otorgado a la autonomía de la voluntad en dicho ámbito²⁵. La alternativa que se propone, consiste en erradicar la existencia de reglas uniformes para disciplinar las relaciones de trabajo, y suplirlas por reglas particulares y a la medida de cada circunstancia del mercado. Se dice que solamente así será posible recrear una modalidad *más libre* de vinculación jurídica y económica entre trabajador y empleador, al margen de factores heterónomos que enturbian el funcionamiento natural del mercado, al incidir en el juego de la oferta y la demanda de la mano de obra. De este modo, el paradigma del planteamiento consiste en que cada trabajador individual pueda negociar eficazmente y sin limitaciones, todas las condiciones del relacionamiento con su empleador, incluida la determinación del tipo contractual que los unirá en el futuro²⁶.

12) Este tipo de prédicas ha rendido sus frutos, logrando que determinados planteamientos (inimaginables hace no mucho tiempo) hayan pasado a ser objeto

de debates y de intercambio de opiniones. Así, la doctrina laboralista ha comenzado a aclimatarse a ideas que, por ejemplo, propugnan asignar a las normas laborales, un carácter supletorio respecto de la autonomía de la voluntad²⁷. La eficacia flexibilizadora de este tipo de fórmulas ya ha sido *testeada* en la práctica, donde ha demostrado sus virtudes²⁸, en especial, la que deriva de su sigilo, que hace innecesaria la discusión acerca de la modificación o derogación del contenido de las normas laborales. Al influjo de estos mecanismos jurídicos, las normas laborales continúan exhibiendo una misma apariencia exterior y sin embargo pierden su sustancia, al carecer de un mecanismo que en la práctica determine la obligatoriedad de su aplicación a las relaciones de trabajo. La liberalización de los obstáculos para que las disposiciones contractuales sustituyan a las normas legales, habilitaría en definitiva, la pérdida de eficacia de todo ordenamiento laboral supra-individual.

13) Ya no sorprenden las afirmaciones de quienes defienden la aplicación de una hermenéutica estrictamente civilista a la relación individual de trabajo ni la difusión de posturas que aluden a la necesidad de abandonar la idea de una disciplina "cerrada y vinculante", proponiendo la reducción del Derecho del Trabajo a una "porción congrua"²⁹, que le permita conservar sus lineamientos más elementales, pero con normas estrictamente limitadas a definir algunas pautas mínimas (muy mínimas, debería

²³ERMIDA URIARTE, O., La flexibilidad, cit., p. 17 y ss.; JEAMMAUD, Antoine, "La flexibilización del Derecho laboral en Francia", in Revista de Trabajo, Año I, N° 4, MTSS, set.-oct. 1994, p. 80; Soubic, R., "Après les négociations sur la flexibilité (III)", Droit Social, N° 4, Paris, 1985, p. 291.

²⁴ERMIDA URIARTE, O., La flexibilidad, cit., p. 10 y ss.; Lyon-Caen, Gerard, "La bataille truquée de la flexibilité", Droit Social, N° 7-8, julio-agosto 1988, p. 802.

²⁵ROMAGNOLI, Umberto, "La desregulación y las fuentes del Derecho del Trabajo", in Reflexiones sobre el Derecho del Trabajo y la flexibilidad, Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 1994. Señala el autor: "...la desregulación comporta no tanto una disminución de reglas, cuanto antes bien una calidad diferente de las relaciones entre sus fuentes, las cuales -haciendo disponible, derogable y flexible lo que el Derecho del Trabajo tradicional ha hecho indisponible, inderogable y rígido- se disponen a escribir su anti-historia".

²⁶MENGONI, Luigi, "L'influenza del Diritto del Lavoro su Diritto Civile, Diritto Processuale Civile, Diritto Amministrativo", in Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, N° 45, año XII, 1990, 1; 8; Rivas, Daniel, "La flexibilidad y la autonomía privada del trabajador", en La Justicia Uruguaya, t. 116, 1997, p. 65 y ss.

²⁷SEÑALA LYON-CAEN, G.: "Actualmente el objetivo parece ser la creación de un Código de Trabajo supletorio. Darle total soberanía al contrato de trabajo individual. Esto nunca ha existido, y difícilmente exista. El proyecto de 'contrato colectivo de empresa' enteramente libre de todo contacto exterior, y que no se perfecciona con sindicatos, sino con representantes elegidos por el persona a estos efectos, constituye una nueva presentación de esta vieja aspiración" (...), en "La bataille...", cit., p. 810.

²⁸ROSENBAUM, Jorge y GARMENDIA, Mario, "El discreto proceso de reforma laboral el Uruguay", rev. Judicatura, N° 40, agosto 1999, p. 165 y ss.

²⁹LYON-CAEN, G., "La bataille...", cit., p. 810.

decirse), que no obstaculicen el desarrollo de la autonomía de la voluntad³⁰. En la defensa de este tipo de planteamientos incluso se utilizan fundamentos de tipo ético-jurídico, pues, por ejemplo se señala que la alternativa permitiría eliminar los obstáculos y presiones que el grupo ejerce sobre el trabajador individual, proscribiendo el efecto perverso que se deriva del hecho de obligar al trabajador individual a interiorizar las reglas de comportamiento en cuya elaboración no ha participado personalmente y revalorizando, en cambio, los instrumentos que permitan la reflexión y la decisión individual³¹.

14) El paradigma de la individualización plena sólo puede ser alcanzado luego de recorrer una serie de instancias previas, de "individualización gradual", consistentes en privilegiar y promover los niveles de negociación colectiva cada vez más cercanos al puesto de trabajo concreto (negociación colectiva de empresa, o aún, de sectores de empresa), a expensas del debilitamiento de los niveles superiores (de oficio o de rama de actividad)³².

2 EL DERECHO DEL TRABAJO ¿TIENE UN FUTURO?

15) Tal era la interrogante que hace exactamente diez años, en setiembre de 1996, se planteaba

"Frente al panorama de profundas transformaciones que por entonces (y actualmente) afectaban (y afectan) al mundo del trabajo, muchos respondieron a dicha interrogante en forma negativa: la disciplina no parecía tener asegurado un futuro y, al contrario, podía ser visto como atravesando una irreversible fase de virtual desaparición."

Spiros Simitis en ocasión de celebrarse el 5º Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social³³. Frente al panorama de profundas transformaciones que por entonces (y actualmente) afectaban (y afectan) al mundo del trabajo, muchos respondieron a dicha interrogante en forma negativa: la disciplina no parecía tener asegurado un futuro y, al contrario, podía ser visto como atravesando una irreversible fase de virtual desaparición.

16) Por lo demás, el panorama que ofrecía el Derecho positivo comparado finisecular no hacía otra cosa que confirmar tales presagios, en particular (aunque no exclusivamente) en América Latina. En este continente, el quiebre institucional que se presentó con características de pandemia durante las décadas de los '70 y '80, provocó un fortísimo impacto en el Derecho del Trabajo, generando un notorio retroceso en la protección otrora otorgada a nivel legislativo, el que se vio muy facilitado por la severa represión ejercida sobre todas las expresiones colectivas (libertad sindical, sindicatos, negociación colectiva, huelga). El continente se convirtió así en un adecuado laboratorio para ensayar casi ilimitadamente las recetas neoliberales³⁴, lo que llevó a

³⁰SIMITIS, S., op. cit., p. 96.

³¹SIMITIS, S., op. cit., p. 92; Supiot, A., "Pourquoi...", cit., p. 490; Borrajo Dacruz, E., Introducción al Derecho del Trabajo, Tecnos, 5a. ed., Madrid, 1988, p. 73 y ss..

³²GARMENDIA, M., "Los efectos jurídicos de un nuevo modelo de negociación colectiva en Uruguay. Primera aproximación", in libro de ponencias a las XII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, FCU, Mdeo., 2000.

³³SIMITIS, Spiros, "Le droit du travail a-t-il un avenir?", 5º Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 17-21 de setiembre de 1996, Leiden, Países Bajos.

³⁴La crítica que el neoliberalismo dirige al Derecho del Trabajo apunta a la sustancia más profunda de la disciplina y así se constituyó en el sustrato ideológico que sirvió de respaldo a la flexibilización. La doctrina iniciada por Friedrich Von Hayek (Premio Nobel de Economía en 1974) fue aplicada como un rito por diversos regímenes dictatoriales en América Latina, al punto que el propio Hayek fue asesor de Augusto Pinochet. Este tipo de actitudes no pueden sorprender cuando corresponden a quien escribía que "El uso corriente e indiscriminado de la palabra "democrático" como término general de alabanza no carece de peligro. Sugiere que, puesto que la democracia es una cosa buena, su propagación significa una ganancia para la comunidad. Esto pudiera parecer absolutamente cierto, pero no lo es". Hayek concibe a la democracia como "...un medio antes que un fin" (...) "...la democracia no entraña un valor último o absoluto y ha de ser juzgada por sus logros (...) Si bien el apelar a métodos democráticos parece lo más aconsejable cuando no haya duda alguna de que debe actuarse en el plano colectivo, el problema referente a si es o no deseable una actuación de índole colectiva no puede resolverse apelando a la democracia" (Los Fundamentos de la Libertad, Unión Editorial, Madrid, 1998, p. 144 y ss.).

implantar un modelo de flexibilización que Ermida Uriarte no ha dudado en definir como salvaje: impuesto unilateralmente por el Estado, siempre a la baja, sin contrapartida de especie alguna y todo ello, invocando como finalidades, la necesidad de atraer la inversión, crear empleos y mejorar la competitividad³⁵.

17) Bajo este influjo fueron cayendo sucesivamente las legislaciones laborales de la mayor parte de los países de América Latina: Chile³⁶, Panamá³⁷, Colombia³⁸,

Ecuador³⁹, Perú⁴⁰, Argentina⁴¹, Brasil⁴², etc. Tampoco fue una excepción Uruguay, donde contrariamente a lo que sucedió en el resto de los países, se puso en práctica un esquema de "flexibilización discreta" o "a la uruguaya", es decir, un proceso que no tuvo características abruptas ni demasiado estructuradas, sino que fue progresivo y desordenado, y que tampoco se presentó como frontalmente desprotector, sino que tuvo un desarrollo zigzagueante, en el que normas manifiestamente flexibilizadoras se

³⁵ERMIDA URIARTE, Oscar, *Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI*, Justicia Viva, Sociedad Peruana de DTSS, Lima, 2003, p. 13 y ss.

³⁶Proceso que se vio ampliamente facilitado por la dictadura militar de Pinochet, que puso en práctica un modelo económico francamente neoliberal, que desató un proceso de verdadero desmontaje del sistema protector laboral de gran raigambre y antigüedad en América Latina.

³⁷Que al decir de Arturo Bronstein, constituía un "paradigma de la legislación laboral garantista de América Latina" ("*Avances y retrocesos en la evolución de la legislación laboral latinoamericana*", XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Panamá, 1998, T. III) y que a partir de la reforma introducida por la ley 1/86, puso en práctica un proceso de flexibilización que si bien fue más limitado que en el caso de Chile, su severidad no fue para nada desdeñable.

³⁸En 1990 se aprobó la Ley N° 50, que modificó el Código Sustantivo de Trabajo colombiano, favoreciendo la contratación precaria; flexibilizando la limitación de la jornada, cambiando el concepto de "salario", introduciendo el instituto del "salario integral" (aquellos trabajadores que percibieran una retribución superior a diez salarios mínimos podrían convenir la percepción de una suma única como remuneración total comprensiva todos los beneficios salariales accesorios). En materia de extinción de la relación de trabajo: se eliminó la protección de la estabilidad de los trabajadores con una antigüedad superior a diez años; se varió el cálculo de la indemnización por cesantía, que dejó de tener en cuenta el salario vigente al momento del cese, para pasar a ser salario de cada año y se paga a través de fondos privados. Como contrapartida de estas medidas flexibilizadoras, se adoptaron normas protectoras de la libertad sindical, atendiendo algunas observaciones que había realizado la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Hernández Álvarez, Oscar, "*El sistema de las fuentes como medio de obtener una visión general del Derecho del Trabajo en América Latina. Especial referencia a las fuentes internacionales, constitucionales y legislativas*", in XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Gobierno de Puebla, Puebla, 2002.

³⁹Donde en el año 1991 se reformó el Código de Trabajo, introduciendo diversas formas de contratación precaria y limitaciones al ejercicio del derecho de huelga.

⁴⁰En 1991 se adoptó la Ley de Fomento del Empleo, que introdujo diversas reformas flexibilizadoras: reformó la compensación por tiempo de servicio, eliminando su cálculo a partir del último salario y limitando el tiempo de antigüedad a considerar; introdujo contratos precarios, fomentó la exteriorización del trabajo y de la subcontratación; flexibilizó la jornada de trabajo; introdujo el concepto de remuneración integral para los empleados de confianza; introdujo restricciones al derecho de huelga y a la negociación colectiva. Por otra parte, la reforma constitucional de 1993 a su vez provocó otras repercusiones negativas en materia de estabilidad y en la protección de los créditos laborales, que perdieron la anterior condición de privilegio absoluto. Además se restringió la participación de los trabajadores y los derechos colectivos en general. ERMIDA URIARTE, O., *La flexibilidad*, cit., p. 44 y ss.

⁴¹En 1991 se aprobó la Ley Nacional Empleo, que promovió los denominados "contratos flexibles", flexibilizó la jornada y previó un amplio campo para la flexibilización negociada. En 1995 se introdujeron otras reformas flexibilizadoras: trabajo a tiempo parcial, modalidades de aprendizaje y nuevas formas de contratación atípica. Otras leyes posteriores (N° 25.013, 25.165 y 25.250, de 1998 y 2000, respectivamente) fueron adoptadas en un clima de dura discusión y conflicto y presentan un cruce de tendencias contradictorias (flexibilizadora y garantista). En materia individual se introduce un mayor garantismo (se reduce la contratación precaria, se limita el contrato de aprendizaje y el plazo determinado). Pero al mismo tiempo, se incorpora mayor flexibilidad en otros aspectos: se generaliza el período prueba, se reduce la base de cálculo de la indemnización por despido. La ley N° 25.250 flexibilizó la estructura de la negociación colectiva. Al respecto puede consultarse, GONZÁLEZ, Mariana L., "*Transformaciones de hecho y de derecho en las relaciones laborales en los 90'*", in LINDENBOIM y DANANI, Claudia (coordinadores), *Entre el trabajo y la política. Las reformas de las políticas sociales argentinas en perspectiva comparada*, Ed. Biblos, Bs.As., 2003, p. 89 y ss.

⁴²Mediante la reforma de la CLT de 1998, que habilitó la contratación precaria, facilitó el despido, eliminó el derecho al preaviso y la noción del despido injustificado, flexibilizó la jornada de trabajo (creando un "banco de horas" en el que se compensan los períodos de alta y baja actividad). Incluso se ha señalado que la Constitución de 1988, "...a pesar de su detallismo, rigidez y extensión en la protección de los derechos de los trabajadores, contiene dos "válvulas de escape" flexibilizadoras: se permite flexibilizar la jornada y el salario por convención o acuerdo colectivo habilitando, en esas materias, la flexibilización propiamente dicha a través de la negociación colectiva"; ERMIDA URIARTE, O., *La flexibilidad*, cit., p. 43 y 44.

alternaron con otras protectoras que matizaron las asperezas más duras del fenómeno⁴³. En Uruguay, los mayores cambios no provinieron de la producción de normas legales, sino que prosperaron especialmente en otras esferas, como la actividad administrativa⁴⁴ y, especialmente el de las decisiones judiciales⁴⁵.

18) Este desalentador panorama legislativo no podía hacer predecir otra cosa que la desaparición (más o menos rápida) del Derecho del Trabajo. Es decir, si conceptualmente la disciplina debiera ser analizada como estrictamente dependiente del veleidoso tratamiento que el Derecho positivo le otorga a los bienes jurídicos que le son concernientes, la tendencia evidenciada por el Derecho comparado necesariamente debía conducir a dicha conclusión: la desarticulación del Derecho del Trabajo sólo podía ser visualizada como una cuestión de tiempo.

3 EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LOS VALORES QUE LE SON INHERENTES

19) Pese a lo antedicho, no parece correcto apresurarse a presagiar la

desaparición del Derecho del Trabajo. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los valores fundamentales que forman parte del núcleo central de la disciplina representan los ideales del colectivo social, conformando la conciencia jurídica universal o global. Su análisis no puede reducirse al simple estudio de la forma (correcta o incorrecta, completa o parcial) en que han sido recogidos por las normas legales. Las particularidades y potencialidad aplicativa que presentan estos valores han jerarquizado a la materia laboral, elevándola a un nivel fundamental, del que su constitucionalización se presenta como una clara evidencia histórica⁴⁶. Esos valores especialmente significativos, presentan una fuerte impregnación ética y constituyen el sustrato del sistema normativo. Se trata de valores o principios que se desprenden o son recogidos por la parte dispositiva de las Constituciones o sus preámbulos, de los instrumentos internacionales y de las doctrinas generalmente admitidas en los regímenes democráticos de derecho⁴⁷.

20) La protección del trabajo humano, aparece así, como una expresión específica del más amplio amparo jurídico de la

⁴³Entre las normas de tenor flexibilizador, pueden mencionarse, por ejemplo: la reforma del proceso judicial civil (Código General del Proceso), que eliminó el proceso laboral especial; la ley N° 15.996 (1988) sobre horas extras (que flexibilizó la posibilidad de realizarlas); la ley N° 16.246 (1992) que reformó el régimen del trabajo portuario; la ley N° 16.127 (que habilitó a la Administración Pública para celebrar contratos de arrendamiento de obra con personas físicas); la ley N° 16.713 (1995), que modificó el sistema jubilatorio, implantando un régimen mixto (público y privado), al tiempo que fomentó las modalidades de trabajo no subordinado ("empresas unipersonales", etc.). La ley N° 16.906 (1998), introdujo a través del artículo 29, una importante modificación al régimen de prescripción de los créditos laborales, reduciendo significativamente los plazos para exigir judicialmente su pago. La ley N° 16.873 (1997), que promovió figuras contractuales destinadas a los jóvenes. Pero también es posible señalar algunas normas protectoras: la ley N° 15.996, sobre horas extras, (ya referida), en la medida que incrementó la tasa del recargo del trabajo extraordinario; la ley N° 16.045 (sobre igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos), la ley N° 16.074 (que incrementó la protección asistencial y laboral del trabajador accidentado); la ley N° 16.101 (que extendió a todos los trabajadores privados y de las empresas públicas no estatales, el beneficio del salario vacacional y elevó el monto del beneficio al 100% del jornal líquido de vacaciones); la ley N° 16.320 (que creó nuevas estructuras administrativas para el fomento del empleo), etc. En el período 1985-1989 también se ratificaron trece convenios internacionales de trabajo (100; 111; 141; 144; 148; 150; 151; 153; 154; 155; 156; 159 y 161). A mayor abundamiento: ROSENBAUM, Jorge y GARMENDIA ARIGÓN, Mario, "El discreto proceso de la reforma laboral uruguaya", op. cit.

⁴⁴Entre los más significativos por su impacto, se encuentra la decisión del Poder Ejecutivo (1991) de dejar de convocar a los Consejos de Salarios, liberalizando la política salarial. Esta decisión tuvo gran impacto negativo en el movimiento sindical uruguayo y la negociación colectiva. En materia de actividad administrativa, también se hizo notoria la tendencia flexibilizadora en aspectos concernientes a las formas documentales y procedimientos, así como en la tolerancia demostrada frente a las prácticas apartadas de las soluciones legales.

⁴⁵Como tendencia general es posible señalar que, por ejemplo, los criterios sobre la aplicación de principios tales como el protector o el de irrenunciabilidad, evidenciaron una clara tendencia hacia la disminución de su eficacia práctica, aumentando significativamente los márgenes de admisibilidad de la autonomía de la voluntad individual y colectiva. "in pejus".

⁴⁶DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, N° 64, Madrid, 1998, p. 29.

⁴⁷BARBAGELATA, Héctor-Hugo, "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales", in rev. Derecho Laboral, t. XLVII, N° 214, abr.-jun. 2004.

dignidad del hombre⁴⁸ y forma parte, indiscutiblemente, de ese complejo entramado de valores superiores. La constitucionalización de estos bienes jurídicos vinculados con la materia laboral, constituye una expresión de la elevada consideración que los mismos merecen en la conciencia jurídica colectiva, y los acerca a una concepción más profunda del Derecho que aquélla a la que el llamado "positivismo legislativo" los había reducido, al identificar todo lo que pertenece al mundo del Derecho, con lo establecido explícitamente en la ley⁴⁹. Estos principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, se integran "en bloque" a las Constituciones y se les reconoce la más alta jerarquía y fuerza normativa. Esto permite reconocer un Derecho de los derechos humanos, con potencialidad para prevalecer incluso sobre la noción de soberanía estatal, de tal suerte que ya no es derecho interno o internacional, sino un derecho universal⁵⁰.

21) La protección del ser humano que trabaja, que se encuentra centrada en el núcleo principal del Derecho del Trabajo, sitúa a la finalidad de la disciplina en el corazón mismo de los derechos humanos fundamentales, y le reconoce el merecimiento de una tutela jurídica privilegiada⁵¹. Naturalmente, este amparo jurídico dirigido al

trabajador, no puede ser considerado un valor meramente perteneciente al Derecho del Trabajo, sino que forma parte del acervo de la teoría general del Derecho. Las bases y fundamentos esenciales del Derecho del Trabajo constituyen uno de los aspectos sobre los que se sustenta la estructura de la sociedad, en la medida que forman parte de los derechos del hombre, fin último de toda vida social.

22) El carácter *trascendente* o *supra-positivo* de estos valores inherentes a la condición humana, determina que su efectiva vigencia no dependa de su explicitación normativa⁵². La admisión de

"Esto permite reconocer un Derecho de los derechos humanos, con potencialidad para prevalecer incluso sobre la noción de soberanía estatal, de tal suerte que ya no es derecho interno o internacional, sino un derecho universal."

este característico sentido *trascendente* o *supra-positivo* que poseen los valores propios a la condición humana y pertenecientes al Derecho del Trabajo, aporta un inestimable componente ético a esta disciplina, que queda ubicada en una dimensión conceptual superior a la meramente dimanante de la normativa legal. La profundidad de esta nueva perspectiva jurídica se ahonda todavía más si se alcanza a comprender que estos valores quedan situados incluso más allá de la disponibilidad del propio constituyente, puesto que su superlativa esencia merece

una estabilidad que podría no resultar compatible ni siquiera con las acotadas posibilidades de variación que posee este

⁴⁸BARBAGELATA, H.-H., "Perspectiva de una Carta de derechos fundamentales para el MERCOSUR" y "Papel de una Carta Social y de las Declaraciones y Pactos Internacionales en el MERCOSUR. Contenido de la Carta Social", VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Costos laborales. Carta de derechos fundamentales, FCU, Mdeo., 1993.

⁴⁹ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, p. 33 y 39.

⁵⁰BARBAGELATA, H.-H., "El bloque...", op. cit.

⁵¹PLÁ RODRÍGUEZ, Américo., "Los derechos humanos para el Derecho Laboral", in Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 1, Mdeo., 1968, p 68; "Los derechos humanos y el derecho del trabajo", in rev. Debate Laboral, N° 6, Costa Rica, 1990, p. 11.

⁵²FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*. La ley del más débil, Trotta, p. 20 y 21.

último⁵³. En el caso de la Constitución brasileña de 1988 esta característica se encuentra claramente recogida en las denominadas "cláusulas pétreas". Tal como enseña Russomano, la propia Carta establece que algunas de sus normas no pueden ser alteradas por mera enmienda posterior, lo que implica que su alteración depende de la discusión y aprobación, en Asamblea Nacional Constituyente, de un nuevo e integral texto básico. Dentro de las normas que poseen esta naturaleza *pétreas*, se encuentran los preceptos que aseguran garantías y derechos individuales (art. 60, § 4º, inc. IV), pero también "...os direitos sociais (art. 7º e 8º), de natureza individual e colectiva, porquanto esse direitos são sociais pela sua natureza e por seus fins, mas individuais pela titularidade dos sujeitos que os exercem"⁵⁴.

23) Además, los bienes jurídicos que forman parte del esquema de los derechos humanos fundamentales -entre los cuales están ubicados los atinentes al ser humano en cuanto trabajador- evolucionan al impulso de una fuerza que tiende a dotarlos de una cada vez más elevada consideración jurídica. Desde luego, esta tendencia ascendente sólo puede apreciarse si se parte de la comprensión de que la vigencia y existencia

"...los bienes jurídicos que forman parte del esquema de los derechos humanos fundamentales -entre los cuales están ubicados los atinentes al ser humano en cuanto trabajador- evolucionan al impulso de una fuerza que tiende a dotarlos de una cada vez más elevada consideración jurídica."

de los mismos no necesariamente coincide por su efectiva recepción en las normas legales. De lo contrario, el jurista que comience el análisis de estos valores a partir del estudio particular de la legislación -y sin alcanzar a concebirlos en su verdadera dimensión suprallegal- sólo llegará a percibir una evolución zigzagueante, propia de las normas que integran el Derecho positivo.

24) La admisión de esta línea evolutiva ascendente, se presenta actualmente como una constante en la doctrina de los derechos humanos y se erige en guía inestimable para la interpretación y aplicación del Derecho en tal ámbito⁵⁵. La vocación de "irreversibilidad" que se vislumbra en los niveles tutelares que alcanzan estos bienes jurídicos, deja entrever en su propia concepción, la presencia de la dogmática juslaboralista, que desde siempre ha enfatizado el "sentido unidireccional" del orden público social o laboral; constantemente enfocado hacia la superación de los umbrales de protección. Del mismo modo, la prevalencia del criterio del *favor al interés del trabajador* -regla hermenéutica básica que en el Derecho del Trabajo permite determinar cuál habrá de ser la norma aplicable entre dos que tienen vocación de serlo⁵⁶-, también constituye una pauta a seguir en la

⁵³BARBAGELATA, H.-H., *Derecho del Trabajo*, tomo 1, vol. 1, 2ª ed. actualizada, Mdeo., 1995, p. 122. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el primer caso contencioso en el que interviniera (caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 20 de julio de 1988. Secretaría de la Corte, Serie C. 1988, § 165, p. 69) señalaba: "El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión (...), la protección de los derechos humanos, en especial de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal". URIOSTE BRAGA, Fernando, *Naturaleza jurídica de la protección internacional de los derechos humanos*, FCU, Mdeo., 1992, p. 18.

⁵⁴RUSSOMANO, Mozart Víctor, op. cit. p. 102 y 103.

⁵⁵Ver sentencia argentina publicada en la rev. *Derecho Laboral*, t. XXI, N° 191, p. 843 y ss., con comentario de H.-H. Barbajelata.

⁵⁶PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1998, p. 99 y ss.

aplicación de los derechos humanos en general, ámbito en el que tiene acogida la llamada interpretación *pro cives* o *pro libertatis*, que supone la primacía de la norma que resulte más favorable a la persona⁵⁷.

25) Teniendo presente lo que se viene diciendo y si se comparte lo señalado en cuanto al carácter *trascendente* o *supra-positivo* de los valores inherentes a la condición humana, la respuesta que auguraba el fin del Derecho del Trabajo seguramente comience a difuminarse. En este sentido, si bien es posible que por diversas circunstancias un determinado ordenamiento positivo pueda comenzar a incorporar normas reductoras de la tutela de los bienes jurídicos atinentes al Derecho del Trabajo (o incluso sin necesidad de consagrar normas de tal tenor pueda comenzar a variar en sentido peyorativo la forma de aplicación práctica del Derecho del Trabajo⁵⁸) sin embargo, dicha tendencia no debe asumirse como un síntoma infalible de una afectación de la sustancia y vigencia de dichos valores esenciales. En otros términos: la norma jurídica positiva que consagre una disminución en la tutela de un determinado valor integrante de la sustancia del orden público social, lejos de condicionar la conclusión de que ha variado la consideración jurídica colectiva que merece dicho bien, debería ser objeto de un análisis extremadamente estricto, debido a que la ya mencionada *presunción de progresividad*, estaría determinando, o bien una conclusión negativa en cuanto a su legitimidad (por tratarse de una norma positiva en contradicción con los valores superiores que conforman el orden público), o en el mejor de los casos, la conclusión de que se trata de una norma excepcional, que basa

su legitimidad para marcar una inflexión en la línea de principio, en razones de interés general. La retracción de la tutela positiva de cierto bien jurídico no supone una mengua de la valoración esencial que el mismo merece, la que en un estado de derecho y en condiciones normales, seguramente terminará prevaleciendo.

26) Es a partir de estas premisas que debe analizarse la crisis del Derecho del Trabajo y estudiar si la misma afecta la sustancia de sus valores o si solamente se hace evidente en el plano de las normas legales. La ideología neoliberal sin dudas responderá lo primero, puesto que su principal aspiración a este respecto consiste en identificar al trabajo con una mercancía y darle así, el mismo tratamiento que al resto de los elementos que comparten esta condición⁵⁹. Y relegar el trabajo a la mera condición de mercancía, provoca inevitablemente la consecuencia de que el trabajo ya no merecería ser objeto de una tutela especial. Sin embargo, en el actual estadio de la evolución del Derecho, y sin desconocer el éxito que estas corrientes sin dudas han obtenido a nivel legislativo, no puede considerarse que las mismas hayan logrado socavar la preeminente ubicación que en la esencia de la conciencia jurídica universal ostenta la máxima ética que declara la improcedencia de otorgar al trabajo el tratamiento de una mercancía. El impulso hacia la desregulación del Derecho del Trabajo, no parece hasta el momento poseer la energía necesaria como para enervar la *sustancia conceptual* de los valores esenciales que forman su naturaleza, los que permanecen a salvo, en un sitial superior al alcanzable por la norma de nivel legislativo.

⁵⁷AYALA CORAO, C.M., "El derecho de los derechos humanos (La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los derechos humanos)" E.D., 9.12.94, p. 11, citado en la sentencia argentina dictada por el Dr. Oscar Zás y publicada en rev. Derecho Laboral, cit.

⁵⁸Como aconteció claramente en caso de Uruguay. ROSENBAUM, J. y GARMENDIA, M., "El discreto proceso...", cit.

⁵⁹Al respecto, señala Barbagelata: "El Derecho del Trabajo aparece como un obstáculo para la concreción absoluta del paradigma del 'mercado global' que postula. Desde esta óptica, la solución no podría ser otra que llevar la flexibilización de la normativa laboral hasta sus últimos extremos, o sea una desregulación tan amplia como sea posible, es decir, hasta el extremo que el propio sistema constitucional y la opinión pública lo permitan, que era el límite que reconocía - aunque a regañadientes- el propio Hayek para su política de volver atrás las agujas del reloj". BARBAGELATA, H.-H., "Hablemos de flexibilidad y globalización", in rev. Derecho Laboral, t. XLII, N° 194, abril-junio 1999, p. 254.

27) Los valores inmanentes a la condición humana poseen vida propia y esto les permite alcanzar operatividad jurídica inmediata y una calidad trascendente respecto del Derecho Positivo.

28) La norma positiva debe adecuarse y contemplar debidamente la tutela de dichos valores, pero las omisiones que en tal sentido presenten las normas positivas no pueden ser obstáculo para llevar tutela efectiva a dichos valores sustanciales. Esto significa que debe descartarse que en las Constituciones existan disposiciones meramente programáticas y la doctrina reconoce que tales disposiciones no solamente obligan a los Estados a legislar, sino que además, son un criterio de interpretación del Derecho interno vigente e, incluso, ante la ausencia de norma de Derecho interno en la materia, poseen un valor supletorio y pueden ser aplicados en forma inmediata.

28) "Desgraciadamente -decía Carnelutti- la norma ética sólo habla a la conciencia y no todos los hombres (...) son sensibles a su voz. En esta materia, no se debe ser ni escéptico ni iluso. La Humanidad avanza en todas las direcciones, mas en la dirección de la ética lo hace con gran lentitud. Sin embargo - proseguía esperanzadamente el gran jurista italiano - los hombres se hacen mejores en esta dirección, pero sus pasos son imperceptibles, como si la manilla del reloj se moviera sobre un cuadrante de siglos"⁶⁰.

Y hasta tanto la humanidad no alcance ese estadio de dominio absoluto de la norma ética (sea porque el mismo todavía está lejos en el largo camino histórico al que alude Carnelutti, sea porque en realidad es distinto del escogido por la humanidad el sendero que lleva a ese destino) resulta

imprescindible contar con un instrumento que haga prevalecer (incluso forzadamente, si fuera menester) los valores considerados colectivamente trascendentes o relevantes respecto de los intereses egoístas, individuales o antisociales que impulsan la conducta de muchos sujetos. "Se necesita, pues, mientras no la adquiera de otro modo, proporcionar a la norma ética la fuerza de que carece naturalmente" y aquí es, dice una vez más Carnelutti, donde aparece el derecho, cuya misión consiste en someter la economía a la ética o, dicho de otro modo: imponer la ética a la economía⁶¹.

29) El surgimiento del Derecho del Trabajo es claramente una de las manifestaciones históricas más evidentes del cumplimiento de esta misión o función que Carnelutti le atribuye al Derecho. Se trata de un ejemplo de la imposición de la ética a la economía, a través de la norma jurídica. Sin embargo, quizás como ningún otro ámbito de la vida humana, la norma jurídica laboral debe proporcionar sustento a la norma ética, por carecer esta última de la fuerza que, de otro modo, la haría prevalecer naturalmente, es decir, sin necesidad de contar con un tutor. La reivindicación del sentido

antropocéntrico del Derecho del Trabajo y de los valores básicos de esta disciplina (inspirados en la idea de que el trabajo no es una mercancía y que debe ser objeto de una protección jurídica especial) constituye una tarea que queda destinada a los juristas, que deberán encontrar los mecanismos adecuados para dar exigibilidad y justicia a las disposiciones "declarativas" relativas a los derechos económicos, sociales y culturales.

Montevideo, setiembre de 2006

⁶⁰CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 56.

⁶¹Op. cit., p. 56.

V - ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

PORTARIA GP N. 22/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 30.06.06 - DOE 10.07.06, p.58.

Retoma prazos e pagamentos suspensos em razão do movimento grevista.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 53/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 07.07.06

Comunica, conforme o decidido pelo Egrégio Tribunal Pleno em Sessão Administrativa realizada em 06.07.06, o horário de funcionamento do Plantão Judiciário.

PROVIMENTO GP-CR N. 04/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 07.07.06 - DOE 12.07.06, p.1

Modifica o Capítulo "PET" da Consolidação das Normas da Corregedoria.

PORTARIA GP-CR N. 23/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 07.07.06 - DOE 12.07.06, p.3

Determina que o impresso em papel tamanho A4 relativo aos registros de autuação deve conter os seguintes dados: classe, número do processo e o respectivo código de barras; número de volumes do processo, de volumes de documentos e quantidade de apensos; a expressão, com destaque, "TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL", quando for o caso, identificando-se o moti-

vo (Lei n. 10.741/03, Massa Falida e Procedimento Sumaríssimo), as expressões "Segredo de Justiça", "Menor" e "RA n. 874/02", quando for a hipótese; data de autuação do processo, número do processo e, se for o caso, a indicação da dependência, prevenção e tramitação conjunta, e nome das partes ou interessados e dos respectivos advogados. E que os impressos relativos aos registros de autuação do processo serão confeccionados em cores que identifiquem as classes processuais, sendo que os embargos de declaração manterão a cor referente à classe do processo em que foi proferida a decisão embargada.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 54/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 11.07.06 - DOE 13.07.06, p. 1

Comunica a escala de Juízes e Servidores de plantão no Fórum de Presidente Prudente, nos finais de semana e feriados dos meses de julho a setembro/06, conforme Resolução Administrativa n. 05/06, publicada no DOE 22.06.06, retificada devido a alterações significativas. Observando que podem ocorrer outras modificações de acordo com a necessidade.

PORTARIA GP N. 27/06, do TRT da 15ª REGIÃO, de 28.07.06 - DOE 01.08.06 - p.1
Fixa, a partir de 1º.01.06, o valor do

Programa de Auxílio-Alimentação em R\$ 396,00 mensais, para todos os servidores.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 07/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 02.08.06 - DOE 04.08.06, p.1

Dispõe sobre o plantão judiciário no âmbito do TRT da 15ª Região.

ATO REGULAMENTAR GP N. 06/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 04.08.06 - DOE 08.08.06, p.1

Altera o artigo 2º do Ato Regulamentar GP n. 02/02.

COMUNICAÇÃO CR N. 02/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 14.08.06 - DOE 17.08.06, p.1

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Ato GDGCJ.GP n. 215/06, do Tribunal Superior do Trabalho, publicado no Diário da Justiça da União, seção 1, do dia 17.07.06 (2ª feira) (novos valores alusivos aos limites de depósito recursal).

ASSENTO REGIMENTAL N. 05/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.08.06 - DOE 21.08.06, p.1

Cria o artigo 57-A do Regimento Interno.

ASSENTO REGIMENTAL N. 06/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.08.06 - DOE 21.08.06, p.1

Altera a redação do *caput* do art. 103 e respectivos incisos do Regimento Interno.

ASSENTO REGIMENTAL N. 07/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.08.06 - DOE 21.08.06, p.1

Altera a redação do art. 61, do art. 311, II, e do art. 312 do Regimento Interno.

ASSENTO REGIMENTAL N. 08/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.08.06 - DOE 21.08.06, p.1

Altera a redação do inciso I do art. 110 do Regimento Interno.

ASSENTO REGIMENTAL N. 09/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.08.06 - DOE 23.08.06, p.1

Acrescenta o inciso XIII ao art. 47, o inciso X ao art. 49, o inciso IX ao art. 51 e altera a

redação do inciso III do art. 20 do Regimento Interno.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 08/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.08.06 - DOE 21.08.06, p.1

Altera a competência territorial das Varas do Trabalho de Itapeva e Capão Bonito.

PORTARIA GP N. 29/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 21.08.06 - DOE 23.08.06, p.1
Fixa o valor da bolsa-auxílio para estagiários no TRT da 15ª Região.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 09/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 24.08.06 - DOE 01.09.06, p.1

Revoga os Precedentes Normativos do Tribunal e dá outras providências.

RESOLUÇÃO GP-EM N. 01/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 05.09.06 - DOE 06.09.06, p.1

Dispõe sobre o Curso de Formação Inicial de Juízes.

ASSENTO REGIMENTAL N. 10/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 04.09.06 - DOE 11.09.06, p.1

Altera o inciso XI do art. 47 e acrescenta o inciso VI ao art. 110 do Regimento Interno.

ASSENTO REGIMENTAL N. 11/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 04.09.06 - DOE 11.09.06, p.1

Altera o § 1º do art. 81 do Regimento Interno.

PORTARIA GP N. 28/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 31.08.06 - DOE 13.09.06, p.1

Dispõe sobre o termo de declaração a ser firmado pelo servidor, quando de sua indicação para exercício de função comissionada ou cargo em comissão, de que não incorre nas incompatibilidades previstas no art. 10 da Lei n. 9.421/96 e Resolução n. 07/05 do Conselho Nacional de Justiça.

PORTARIA GP N. 31/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 08.09.06 - DOE 13.09.06, p.1
Individualiza os imóveis que compõem a administração do TRT da 15ª Região.

ASSENTO REGIMENTAL N. 12/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 11.09.06 - DOE 13.09.06, p.1

Altera artigos do Regimento Interno.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 75/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 14.09.06 - DOE 18.09.06, p.1

Comunica, em virtude de alteração, a nova escala de juízes e servidores que estarão de plantão na 2ª Instância do TRT da 15ª Região, nos dias 23, 24 e 30 de agosto de 2006.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 77/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 14.09.06 - DOE 15.09.06, p.1

Publica os Precedentes Normativos da Seção de Dissídios Coletivos.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 86/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 22.09.06 - DOE 26.09.06, p.1

Comunica a escala de juízes e servidores que estarão de plantão na 2ª Instância do TRT da 15ª Região, nos finais de semana e feriados do período de 1º de outubro a 17 de dezembro de 2006.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 87/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 22.09.06 - DOE 26.09.06, p.1

Comunica a escala de juízes e servidores que estarão de plantão nas sedes das Circunscrições (Fóruns de Campinas, Sorocaba, São José dos Campos, Ribeirão Preto, Araçatuba, Presidente Prudente, São José do Rio Preto e Bauru), nos finais de semana e feriados do período de 1º de outubro a 17 de dezembro de 2006.

PORTARIA N. 32/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 26.09.06 - DOU 29.09.06, p.195

Retifica, por recomendação da Portaria STN n. 692/06, de 18.09.06, o relatório de Gestão Fiscal desta Corte, com demonstrativo da despesa com pessoal em relação à Receita Corrente Líquida referente ao período maio/05 a abril/06, publicado no Diário Oficial da União do dia 26.05.06 à fl. 134.

COMUNICAÇÃO CR N. 04/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 21.09.06 - DOE 06.10.06, p.1

Comunica que os órgãos de primeira instância deverão observar os procedimentos citados nesta Comunicação para as ações em andamento e para as ações novas, na hipótese de ações que não encontrem correspondência com as classes de processos fixadas pelo TST.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 92/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 02.10.06 - DOE 05.10.06, p.1

Comunica a efetiva escala de juízes que atuaram no Plantão Judiciário, nas sedes das Circunscrições (Fóruns de Campinas, Sorocaba, São José dos Campos, Ribeirão Preto, Araçatuba, Presidente Prudente, São José do Rio Preto e Bauru) nos finais de semana e feriados, dos meses de julho a setembro de 2006.

COMUNICADO DO DIRETOR-GERAL DE COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 10.10.06 - DOE 17.10.06, p.2

Divulga o calendário de eventos e prazos a serem rigorosamente observados pelos Servidores da Justiça do Trabalho da 15ª Região, uma vez que serão integralmente obedecidos quando da confecção da folha de pagamento normal de dezembro de 2006 e de férias e seus consequentes no exercício de 2007.

Fica revogado o Comunicado de outubro de 2005, publicado no DOE-PJ de 07.11.05.

PORTARIA GP-CR N. 35/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.10.06 - DOE 19.10.06, p.1

O feriado de 1º de novembro, disposto no inciso IV do art. 62 da Lei n. 5010, de 30.05.66, com alteração dada pela Lei n. 6.741/79, fica transferido para o dia 3 subsequente, sexta-feira.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 99/06, do TRT/SP 15ª REGIÃO, de 26.10.06 - DOE 27.10.06, p.1

Publica alterações promovidas nos Precedentes Normativos da Seção de Dissídios Coletivos.

VI - JURISPRUDÊNCIA

ÍNTEGRAS DE ACÓRDÃOS E SENTENÇAS

Acórdão 2ª Câmara 1.384/06-PATR
RECURSO ORDINÁRIO
Processo TRT/15ª Região 399-2000-094-15-85-9
Origem: 7ª VT de Campinas

ADVOGADO. EMPREGADO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. JORNADA CONTRATUAL DE OITO HORAS.- O trabalho em regime de exclusividade decorre da jornada de oito horas, previamente contratada, inexistindo óbice à sua configuração o fato de o advogado, se compatível com suas obrigações, como empregado, atuar em outros casos alheios ao contrato de trabalho. Nessa hipótese, não há que se falar em jornada especial de quatro horas, sendo indevido, portanto, o pagamento, como extraordinárias, das horas excedentes à quarta diária. Inteligência do disposto no art. 20 da Lei n. 8.906, de 04.07.94, e no art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Contra a r. sentença de fls. 1127/1133, que julgou procedente em parte a ação ajuizada por J.J.M. em face de Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL, recorrem ordinariamente as partes.

O reclamante, às fls. 1135/1147, alega, em síntese, que deve ser deferido o pedido de diferenças salariais por equiparação, pois faltou à alegação da reclamada, de que havia quadro de pessoal organizado em carreira, a prova da devida homologação pelos órgãos competentes, formalidade legal imprescindível. Acrescenta que a

reclamada não comprovou que o paradigma possuía qualificação técnica mais apurada que o reclamante e que, ao contrário do que constou da r. sentença, o documento de fl. 297 foi devidamente impugnado, não podendo, portanto, sustentar a decisão. Prossegue, dizendo que os documentos por ele juntados, às fls. 279/295, confirmam a identidade absoluta de funções entre recorrente e paradigma, ou, em última análise, caso assim não se entenda, alega que o paradigma jamais percorreu os diversos níveis da carreira, ocupando um "cargo político". Cita jurisprudência em abono de sua tese. Requer ainda a reforma da r. sentença de primeira instância para o fim de ver deferido o pedido de diferenças de PDI. Alega que, ao contrário do sustentado pelo Juízo *a quo*, tal pedido não foi objeto de análise, nem em primeira nem em segunda instância, abrindo possibilidade para o recorrente sustentá-lo no momento processual oportuno, pois as decisões limitaram-se a fundamentar uma transação, porém nada disseram dos moldes indenizatórios do programa de demissão incentivada confeccionados pela reclamada. Em assim sendo, sustenta a existência de uma diferença em seu favor, tal como definida no manual juntado com a inicial, que, inclusive, prevê uma fórmula para o caso de reconhecimento do direito à equiparação salarial. Sustenta, também, que tem direito à verba honorária advocatícia, à base de 20% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), sob o fundamento de que a legislação em vigor não vincula tal vindicação à existência de assistência sindical, tomando sem sentido, portanto, a manutenção

da atual redação das Súmulas ns. 219 e 329 do C. TST. Por fim, alega ser possível a **aplicação do Instituto da Compensação** ao presente caso, pois seu crédito é maior que o seu débito para com a reclamada. Requer o total acolhimento de suas razões recursais.

A reclamada, às fls. 1151/1156, resumidamente, alega que merece ser reformada a r. sentença de origem no tocante ao deferimento de **horas extraordinárias e reflexos** ao autor, assim consideradas aquelas excedentes da quarta diária, com adicional de 100%, deferidas com base no § 2º do art. 20 da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), pois o mencionado dispositivo de lei deve ser interpretado restritivamente, não tendo o condão de atingir atos jurídicos perfeitos, como é o caso sob exame, na medida em que o reclamante desempenhava, desde a sua contratação, jornada de oito horas e semana de quarenta horas, ao que o legislador ressalvou da jornada reduzida aqueles que mantêm contrato prevendo dedicação exclusiva. Cita jurisprudência em abono de sua tese. Pugna pelo integral provimento de seu recurso, nos termos em que formulado.

Contra-razões da reclamada às fls. 1161/1165.

Contra-razões do reclamante às fls. 1166/1171.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos dos arts. 110 e 111 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos, porque regularmente processados.

DAS DIFERENÇAS SALARIAIS POR EQUIPARAÇÃO.

O reclamante alega ser de direito o deferimento do pedido de diferenças salariais por equiparação.

Sem razão.

A pretensão do reclamante, fundamentada no art. 461 e parágrafos da CLT, deve obter sustentação através do preenchimento de todos os requisitos autorizadores da equiparação, quais sejam: identidade de funções, igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, e diferença de tempo de serviço não superior a dois anos.

Vale dizer, a matéria pertinente à equiparação de salários é de natureza restritiva, eis que a regra geral é a diversidade remuneratória, ainda mais em se tratando de trabalho intelectual,

como é a hipótese dos autos. Acrescente-se que, de acordo com o inciso VII da Súmula n. 6 do C. TST, "Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos".

Da análise do processo, porém, constata-se que não restou implementado um dos requisitos constantes do art. 461, § 1º, da CLT, pois a reclamada comprovou, conforme lhe competia (Súmula n. 6, inciso VIII, do C. TST), a desigualdade na capacidade técnica entre reclamante e paradigma, apresentando o documento de fl. 297, consistente em "Bônus por Desempenho" concedido ao paradigma Dr. José Fernando Bueno de Moraes por sua efetiva participação no desenvolvimento de novas teses e defesas em Direito de Energia e Direito Administrativo, relevando-se que tal documento **não restou impugnado em seu conteúdo** (confira-se às fls. 307/324), ao contrário do que o que afirma o recorrente.

Nessas condições, ausentes os requisitos ensejadores da perseguida equiparação salarial, correta a r. sentença de origem, quanto ao indeferimento do pedido.

DAS DIFERENÇAS DE PDI.

As diferenças salariais vindicadas decorrem do pedido de letra "h" da inicial (fl. 15), cuja causa de pedir, às fls. 5/6, refere-se ao tempo de serviço do empregado para apuração do valor da indenização por dispensa incentivada, ao que a reclamada não teria computado o período em que o reclamante laborou na condição de contratado por obra certa.

A primeira sentença (fls. 919/923 e 969/979) - embargos de declaração - atribuiu validade à transação extrajudicial (quitação ampla de todos os direitos provenientes do contrato de trabalho) sobre todo o período laborado, incluindo o período em que ocorreu a suposta lesão cuja reparação pretende o autor.

Tal decisão foi confirmada pelo v. Acórdão de fls. 1035/1042 que, posteriormente, e **especificamente quanto à questão atinente à transação**, foi objeto de reforma pelo C. TST (decisão às fls. 1093/1095), tendo em vista o Recurso de Revista interposto pelo reclamante, às fls. 1044/1061.

Ocorre que, como o próprio recorrente afirma em suas razões recursais, tal pedido não foi objeto de análise por parte da r. sentença recorrida (fls. 1127/1133), que entendeu que essa questão já havia sido analisada, inclusive com trânsito em julgado (fl. 1129).

Portanto, resta preclusa a oportunidade do recorrente, que deveria ter se servido do remédio jurídico adequado para sanar eventual omissão ou contradição na r. sentença de origem, e não o fez.

Nada a deferir.

RECURSO DA RECLAMADA

DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS EREFLEXOS.

A reclamada alega que deve ser reformada a r. sentença de primeira instância, que concedeu ao reclamante horas extraordinárias a partir da quarta diária, e reflexos. Afirma que a dedicação exclusiva prevista na Lei n. 8.906/94 não é só aquela decorrente da prestação de serviços a um único empregador, mas também a dedicação que o indivíduo devota ao seu empregador quando sujeito a uma carga de oito horas diárias ou quarenta semanais, ainda mais quando havia um contrato expresso estabelecendo tal jornada.

Assiste razão.

A condenação teve suporte no art. 20 da Lei n. 8.906/94, *verbis*:

“Art. 20 - A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.” (grifei).

Por sua vez, disciplina o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB:

“Art. 1º - A atividade da advocacia é exercida com observância da Lei n. 8.906/94 (Estatuto), deste Regulamento Geral, do Código de Ética e Disciplina e dos Provimientos.”

“Art. 12 - Para os fins do art. 20 da Lei n. 8.906/94, considera-se dedicação exclusiva o regime de trabalho que for expressamente previsto em contrato individual de trabalho.

Parágrafo único - Em caso de dedicação exclusiva, serão remuneradas como extraordinárias as horas trabalhadas que excederem a jornada de oito horas diárias.” (*ipsis litteris* - grifei).

Conclui-se, pois, a partir de uma interpretação sistemática dos dispositivos acima transcritos, que a jornada de trabalho do advogado empregado é de 4 (quatro) horas, salvo em caso de dedicação exclusiva, quando serão remuneradas, como extraordinárias, aquelas que excederem a 8 (oito) horas.

Com efeito, o parágrafo único do art. 12 do Regulamento Geral da Advocacia, complementando o disposto no *caput*, deixa claro que o regime de dedicação exclusiva decorre da fixação da jornada de 8 (oito) horas de trabalho. Assim, havendo estipulação dessa jornada no contrato de trabalho, deve ela ser tomada à conta de previsão expressa do regime de dedicação exclusiva.

No caso dos autos, é incontroverso que o contrato de trabalho firmado entre as partes fixou em 8 (oito) horas a jornada de trabalho, mediante pagamento de salário mensal.

Com efeito. O reclamante, efetivado no quadro funcional da reclamada em 1º.08.93, como auxiliar administrativo (fls. 212/213), mediante pagamento mensal de salário, foi promovido ao cargo de advogado a partir de 1º.02.96, mediante processo seletivo interno, sendo que, desde a admissão, ele cumpria jornada de 8 horas e semana de 40 horas. Vale dizer, o contrato laboral firmado em 1º.08.93 continuou prevalecendo após a promoção do reclamante (fato incontroverso), inclusive com pagamento mensal de salário, disso decorrendo inequivocamente o caráter de dedicação exclusiva.

Esse entendimento, aliás, encontra amparo na jurisprudência do C. TST, valendo citar as seguintes decisões:

“HORAS EXTRAS. ADVOGADO EMPREGADO. JORNADA DE TRABALHO - O art. 20, *caput*, da Lei n. 8.906/94 estabelece a jornada de trabalho do advogado empregado em duração máxima de 4 horas diárias ou 20 horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho ou em caso de dedicação exclusiva. Entende-se por dedicação exclusiva a limitação da duração do trabalho a quarenta horas semanais, ou oito horas diárias (art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil). (RR 804.226/2001. Rel. Min. João Oreste Dalazen. DJU 11.11.05).”

“ADVOGADO EMPREGADO. JORNADA DE TRABALHO - A edição da Lei n. 8.906/94 colocou os advogados empregados em situação especial dentre as outras profissões, com jornada de trabalho estabelecida em seu art. 20, de quatro horas diárias, ressalvada a jornada firmada em acordo coletivo, ou comprovada a dedicação exclusiva. O TRT de origem concluiu que a exclusividade deflui dos próprios termos da contratação, consignando que o reclamante, em seu contrato de trabalho obrigou-se a laborar 8 horas por dia. Nesse passo, a decisão recorrida encontra-se em consonância com o entendimen-

to majoritário desta colenda Corte Superior, conforme precedentes recentes da SDI-1. (RR 746.888/2001. Rel. Juíza Convocada Maria Doralice Novaes. DJU 21.10.05).”

Por sua vez, o fato de o advogado empregado, se compatível com as obrigações laborais decorrentes do vínculo empregatício, atuar eventualmente num ou noutro caso alheio ao contrato de trabalho, não se afigura como impeditivo ao reconhecimento da exclusividade, mesmo porque, assim agindo sem o conhecimento do empregador, não poderia o reclamante disso se beneficiar, como decorrência do princípio *nemo creditur turpitudinem suam allegans*.

Por tais motivos, o reconhecimento do regime de exclusividade se faz de rigor, merecendo provimento o recurso da reclamada para absolvê-la da condenação ao pagamento de horas extraordinárias e reflexos.

Reforma-se.

A ação, portanto, é improcedente.

DA VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA E DA COMPENSAÇÃO DE VALORES (RECURSO DO RECLAMANTE).

Prejudicada a análise das questões em tela, constantes do recurso do reclamante, tendo em vista a improcedência da ação.

CONCLUSÃO

Isso posto, decide-se conhecer dos recursos e, no mérito, **negar provimento** ao recurso do reclamante e **dar provimento** ao recurso da reclamada para excluir da condenação as horas extraordinárias e reflexos, culminando na **improcedência da ação**, tudo consoante os termos da fundamentação.

Custas em reversão.

ANTÔNIO MIGUEL PEREIRA
Juiz Relator

DOE 20.01.06, p. 24.

Acórdão 2ª Câmara 14.296/06-PATR
RECURSO ORDINÁRIO
Processo TRT/15ª Região 01119-2004-052-15-00-9
Origem: VT de Ituverava

DANOS MORAIS. DOENÇA OCUPACIONAL.-
É devida a indenização por danos morais se o trabalhador, acometido de doença ocupacional

que culminou com sua aposentadoria por invalidez, sofreu constrangimento e abalo psicológico que ultrapassaram o campo meramente patrimonial, devendo a empresa ressarcir o trabalhador em montante a ser fixado pelo magistrado, observando-se a extensão do dano, nos termos preconizados no art. 944 do CC.

Inconformadas com a r. sentença (fls. 253/258) da lavra da MMª. Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, recorrem as partes (fls. 262/270 e 272/282).

O Reclamante pretende, em síntese, o reconhecimento da doença profissional e, como decorrência, a pensão mensal e a indenização por dano moral.

A Reclamada, por sua vez, argúi julgamento *extra e ultra petita* quanto ao restabelecimento de assistência médica e pretende a sua exclusão.

Requer também o afastamento da determinação de reembolso das despesas com mensalidades pagas ao plano de saúde do Autor.

Contra-razões às fls. 288/290 e 292/293.

Os autos não foram encaminhados ao Ministério Público do Trabalho, em face do art. 111 do referido Regulamento.

Relatados.

VOTO

Conheço os apelos, atendidas as exigências legais.

RECURSO DO RECLAMANTE DOENÇA PROFISSIONAL

A princípio, constato que o Reclamante foi admitido pela Reclamada, em 09.06.80, com 20 anos de idade, para o exercício das funções de tratorista de máquina pesada.

Durante a consecução do contrato, mais precisamente a partir de 2000, passou a enfrentar histórico de dores na coluna lombar, osteoartrose cervical nos ombros e joelhos, hérnia discal, espondiloartrose lombo-sacra, alterações degenerativas da articulação acrômio-clavicular com moderado edema ósseo medular, bursite subacromiodeltoideana, e tendinopatia do supra-espinal, ressaltando-se que, até a referida data, todos os exames de saúde ocupacional atestaram a aptidão do trabalhador.

Nesse sentido, é importante relatar que o impressionante histórico acima sempre foi do conhecimento da Reclamada, como demonstram

os documentos de evolução clínica emitidos pela própria empresa que, não obstante a ciência das conseqüências danosas de sua omissão, nenhuma providência tomou para diminuir ou extirpar os danos físicos sofridos por seu empregado.

Por decorrência do agravamento das moléstias constatadas, o Reclamante, após inúmeros exames, depois de longo período afastado de suas funções e após a realização de duas cirurgias que não atenuaram a doença, foi aposentado por invalidez, em 03.09.03.

Como conseqüência, ajuizou a presente ação, pretendendo auferir pensão mensal vitalícia, pagamento de todo tratamento médico/hospitalar e medicamentos necessários para minorar as dores e seqüelas da doença, indenização por danos morais, integração em plano de saúde da Unimed e reembolso do custo pelo ingresso em plano de saúde particular.

A Reclamada, por seu turno, defendeu-se, alegando a inexistência denexo causal pela falta de esforço físico e de serviços pesados, uma vez que o Autor apenas dirigia tratores. Enfatizou que a aposentadoria decorreu de doença degenerativa e que o reconhecimento da doença profissional pelo INSS constitui pressuposto da equiparação ao acidente de trabalho.

Realizada a necessária perícia, concluiu o médico do trabalho tratar-se de doença degenerativa, sem nexo causal com as atividades desenvolvidas na Reclamada e, por ocasião dos esclarecimentos solicitados, afirmou que existe uma relação entre a idade do trabalhador e a doença, sem relação específica com suas atividades, uma vez que se relacionadas ao trabalho "teríamos invalidez permanente em todos os operadores" e que, se não fosse degenerativa a doença, o INSS teria solicitado a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) e aposentado o trabalhador por acidente ou doença profissional.

Em que pese a essa conclusão, acolhida pelo MM. Juízo *a quo*, reputa-a, "concessa vênua", simplista, pois, como supracitado, o trabalhador atuou-se por 20 anos apenas para a Recorrida e sempre no exercício das mesmas funções que, ao contrário do sustentado pela Ré, tratava-se de serviço pesado, aliás, como devidamente registrado no contrato de trabalho.

Por outro lado, o *expert* relatou a existência de doença degenerativa, sem qualquer menção a atividades desenvolvidas fora da empresa e sem relatar a eventual origem genética, hereditária ou mesmo física que pudessem justificar a ausência do nexo causal.

Ademais, as doenças constatadas no trabalhador são, efetivamente, consideradas doen-

ças relacionadas com o trabalho, destacando-se que a tendinite do supra-espinhoso é uma inflamação do tendão do músculo em torno do ombro e que decorre principalmente de atividades repetitivas do braço e de exercício muscular excessivo, assim como a síndrome do túnel do carpo, da qual originou uma das cirurgias, advém de movimentos repetitivos de flexão e também de extensão com o punho, principalmente acompanhados por realização de força.

Além disso, a cervicalgia ocupacional, que acomete os músculos da cintura escapular e cervicais e que se caracteriza pela presença de dor espontânea ou por apalpação, está associada a atividades que envolvem contratura estática ou imobilização por tempo prolongado de segmentos corporais como a cabeça, o pescoço ou os ombros e também decorrem de esforços excessivos, elevação ou abdução de braços acima da altura dos ombros, empregando força e vibrações no corpo e, como é sabido, piora com a repetição de movimentos dos braços.

Essas doenças desenvolvem-se ao longo do tempo e têm como fatores de recidiva a idade, a postura ergonômica inadequada e a fadiga no trabalho e, ao que consta, somente o fator idade foi considerado pelo perito. Ocorre que o trabalhador, quando acometido pela doença, contava apenas com cerca de 40 anos, ou seja, encontrava-se abaixo da média de idade que pode levar à cronicidade da doença.

Não bastasse isso, de acordo com a Resolução n. 1.488/98 do Conselho Federal de Medicina, aplicável a todos os médicos em exercício profissional no país, estabelece que "para o estabelecimento do nexo causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar:

- A história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexo causal;
- O estudo do local de trabalho;
- O estudo da organização do trabalho;
- Os dados epidemiológicos;
- A literatura atualizada;
- A ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas;
- A identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes, e outros;
- O depoimento e a experiência dos trabalhadores;

- Os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área de saúde." (art. 2º da Resolução CFM n. 1.488/98).

Ademais, conforme consta do Manual de Perícia Médica do Ministério da Previdência e Assistência Social (www.mpas.gov.br), recomenda-se, além do supracitado, "incluir nos procedimentos e no raciocínio médico-pericial, a resposta a dez questões essenciais, a saber:

- Natureza da exposição: o "agente patogênico" é claramente identificável pela história ocupacional e/ou pelas informações colhidas no local de trabalho e/ou de fontes idôneas familiarizadas com o ambiente ou local de trabalho do Segurado?

- "Especificidade" da relação causal e "força" da associação causal: o "agente patogênico" ou o "fator de risco" podem estar pesando de forma importante entre os fatores causais da doença?

- Tipo de relação causal com o trabalho: o trabalho é causa necessária (Tipo I)? Fator de risco contributivo de doença de etiologia multicausal (Tipo II)? Fator desencadeante ou agravante de doença pré-existente (Tipo III)?

- No caso de doenças relacionadas com o trabalho, do Tipo II, foram as outras causas gerais, não ocupacionais, devidamente analisadas e, no caso concreto, excluídas ou colocadas em hierarquia inferior às causas de natureza ocupacional?

- Grau ou intensidade da exposição: é ele compatível com a produção da doença?

- Tempo de exposição: é ele suficiente para produzir a doença?

- Tempo de latência: é ele suficiente para que a doença se desenvolva e apareça?

- Há o registro do "estado anterior" do trabalhador segurado?

- O conhecimento do "estado anterior" favorece o estabelecimento do nexo causal entre o "estado atual" e o trabalho?

- Existem outras evidências epidemiológicas que reforçam a hipótese de relação causal entre a doença e o trabalho presente ou progresso do segurado?"

A resposta positiva à maioria dessas questões irá conduzir ao raciocínio em direção ao reconhecimento técnico da relação causal entre a doença e o trabalho, ainda que na forma de **concausa**, o que, infelizmente, sequer foi observado no trabalho técnico.

Ademais, em se tratando de concausa, afastada sem elementos de convicção no laudo, dispõe a Lei n. 8.213/91, *in verbis*:

"Art. 21 - Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;"

Dessa forma, ainda que se considere a idade do trabalhador, em face da ausência de elementos que a caracterizem como causa única da doença, é certo que o trabalho, nas condições em que era praticado, contribuiu de forma concorrente e determinante para a perda de capacidade do Autor.

Ainda com relação à concausa, é relevante citar as lições do Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira, expostas em sua obra *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*, 1.ed., LTr, p. 47/48:

"...a aceitação normativa da etiologia multicausal não dispensa a existência de uma causa eficiente, decorrente da atividade laboral, que "haja contribuído diretamente" para o acidente do trabalho ou situação equiparável ou, em outras palavras, a concausa não dispensa a causa de origem ocupacional. Deve-se verificar se o trabalho atuou como fator contributivo do acidente ou doença profissional; se atuou como fator desencadeante ou agravante de doenças preexistentes ou, ainda, se provocou a precocidade de doenças comuns, mesmo daquelas de cunho degenerativo ou inerente a grupo etário.

As concausas podem ocorrer por fatores preexistentes, supervenientes ou concomitantes com aquela causa que desencadeou o acidente ou doença profissional."

Por derradeiro, ressaltou que o mero descumprimento de formalidade legal - emissão da CAT - pode originar a imposição de multa à empresa omissa, mas não tem o condão de afastar o direito do trabalhador, especialmente quando a doença profissional pode ser reconhecida judicialmente. Acolho, portanto, o Apelo.

PENSÃO MENSAL

Como é cediço, o recebimento de aposentadoria por invalidez não afasta a percepção de pensão mensal a ser imposta ao empregador, que tem previsão legal específica.

Assim, considerando que o valor pretendido na inicial não foi objeto de impugnação, determino que a Reclamada pague ao Reclamante, a partir da data de sua aposentadoria, a pensão mensal e vitalícia, no valor de R\$477,40 (quatrocentos e setenta e sete reais e quarenta centavos), reajustável de acordo com as normas coletivas aplicáveis aos seus empregados.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Em face da comprovação dos atos faltosos da Reclamada, que culminaram com a aposentadoria por invalidez do Autor e considerando que este perdeu grande parte da força nos membros superiores, incapacitando-o não somente para o trabalho, como também para muitas das atividades cotidianas, impondo-lhe um sofrimento indesejável e conseqüente abalo psicológico, reputo demonstrados os prejuízos morais sofridos.

Apenas para ilustrar a questão, trago à colação os ensinamentos do insigne Sílvio de Salvo Venosa, *in verbis*:

"Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com os fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. (...) Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso" (*in Direito Civil, Responsabilidade Civil*, 3. ed., Ed. Atlas, p. 33/34).

Quanto ao montante a ser fixado, por envolver valores abstratos e imensuráveis, é tarefa árdua que exige do julgador uma real e profunda análise das condições inerentes ao caso concreto, examinando não apenas a conduta das partes, mas também sua intensidade e sua repercussão, entre outros elementos.

Na hipótese dos autos, o Autor postulou 200 vezes a sua remuneração, o que foi considerado exorbitante pela Ré, que pretendeu a aplicação analógica da Lei n. 5.250/67 (Lei de Impren-

sa), que determina o valor da indenização entre 02 e 20 salários mínimos.

A princípio, destaco que, não obstante a possibilidade de aplicação analógica da legislação, a aqui mencionada não guarda consonância com o caso sob análise, pois, além de tratar de situação distinta, não é condizente com a atual realidade das relações de trabalho.

Por outro lado, considerando que todos os danos materiais já foram objeto de determinação de reparação, a indenização por danos morais deve atenuar a dor da vítima e representar um meio de coibição à prática de atos faltosos, porém, de forma a não implicar enriquecimento sem causa.

Assim, reputo razoável a indenização no importe de R\$23.870,00, equivalente a 50 vezes a maior remuneração do Autor.

RECURSO DA RECLAMADA

TRATAMENTO MÉDICO - INCLUSÃO EM PLANO DE SAÚDE - REEMBOLSO DE DESPESAS

A princípio, ressalto que o Reclamante sustentou que, com a suspensão do contrato de trabalho decorrente da aposentadoria por invalidez, foi excluído do plano de saúde da Unimed que era mantido pela Reclamada, pretendendo a sua reinclusão, o que foi indeferido em 1º grau, pois nenhuma prova há de que houvesse sido incluído em qualquer plano de saúde particular.

Por outro lado, a r. sentença determinou que a Reclamada preste assistência médica que compreenda a realização de consultas, exames e internações hospitalares enquanto o trabalhador permanecer aposentado, assim como determinou o reembolso das despesas com o plano de saúde particular, como comprovado nos autos, o que encontra perfeita consonância com a legislação e com a pretensão formulada na inicial.

Com efeito, dispõe o art. 927 do CC, de aplicação subsidiária:

"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é 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."

Acrescento o art. 950 do mesmo Código, também aplicável à hipótese:

"Se a ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou

profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

Rejeito, portanto, a irresignação.

Pelo exposto, decido conhecer; dar provimento ao Apelo do Reclamante para acolher a pretensão de reconhecimento da doença profissional, deferir a pensão vitalícia de R\$477,40 e a indenização por danos morais de R\$23.870,00, e negar provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada, tudo na forma da fundamentação. Rearbitro o valor da condenação em R\$40.000,00.

EDUARDO BENEDITO DE OLIVEIRA
ZANELLA

Juiz Relator

DOE 31.03.06, p. 98.

Acórdão SDC 13/06-PADC
DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE
Processo TRT/15ª Região 79-2006-000-15-00-0

Cuida-se de dissídio coletivo de greve, instaurado pela UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP em face do SINDICATO DOS TRABALHADORES DA UNICAMP - STU, ambos qualificados à fl. 2 dos autos. Sustenta que desde o dia 02.01.06 instaurou-se no setor de saúde da Universidade, mais especificamente no Hospital de Clínicas - HC, e no Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher - CAISM, movimento paredista parcial, com o objetivo de frustrar a aplicabilidade da Deliberação da Câmara de Administração, que deu nova regulamentação às jornadas de trabalho dos servidores da área de saúde, a fim de que fossem cumpridas aquelas contratualmente estipuladas, de 8 horas diárias e 40 semanais. Notícia que foram realizadas diversas audiências junto ao Ministério Público do Trabalho, onde a suscitante buscou demonstrar a regularidade do procedimento que pretendia adotar, inclusive respaldada em decisões turmas deste E. Tribunal, mantendo-se, contudo, o suscitado refratário àquelas alterações, sob a alegação de que estava sendo infringido direito adquirido dos servidores, já incorporados aos seus contratos de trabalho, de cumprirem jornada de seis horas diárias. Informa a ocorrência de práticas abusivas, a exemplo colocação de barreiras de sacos plásticos pretos e panfletos da greve na única entrada para pacien-

tes do CAISM e lançamentos de informações em sistema informatizado do HC que inviabilizaram a internação de pacientes, dentre outras, de iniciativa do comando de greve e por representantes do suscitado, prejudicando o atendimento da população. Argumenta que, na qualidade de autarquia estadual, seus servidores carecem de respaldo legal para instauração de greve, não tendo sido, ademais, precedida da regular assembleia. Requer seja concedida medida liminar *inaudita altera pars*, determinando-se ao suscitado que se abstenha da prática dos atos constrangedores que relaciona, sob pena de imposição de multa, assim como que se declare a ilegalidade e abusividade do movimento. Dá à causa o valor de R\$10.000,00 (fl. 2/19). Junta documentos à fl. 20/179.

A análise do pedido de concessão da liminar foi relegada para a audiência inaugural (fl. 181).

Novos documentos foram juntados pela suscitante à fl. 183/191.

Na sessão realizada aos 16.01.06, foi aceita a proposta da Presidência. Restou mantida, até o mês de fevereiro/06, a jornada objeto de acordo perante o Ministério Público do Trabalho (fls. 193/194).

Na audiência em prosseguimento, no dia 23 de janeiro do corrente ano, o Sindicato não aceitou nova proposta oferecida pela Presidência. Aquiesceu, no entanto, com aquela anteriormente ofertada pelo MP (fl. 109/110), no que anuiu a Unicamp, comprometendo-se a levá-la à aprovação da Câmara de Administração - CAD (fl. 195/196). Na mesma oportunidade requereu a juntada de petição e documentos relativos às jornadas cumpridas pelos servidores (fl. 197/617). Foi, ainda, aberta vista ao Ministério Público e ao Sindicato.

Na sessão seguinte, em 30.01 deste ano, o Sindicato ofereceu contraproposta à ofertada anteriormente pela Presidência quanto ao horário noturno, concordando, de outra parte, com as atuais condições de jornada para o diurno (fl. 619/620). Na oportunidade foi juntado um documento pela suscitante (fl. 621).

Apresentada nova proposta pela Universidade à fl. 623/631, dela discordando o Sindicato (fl. 634).

Infrutíferas as tentativas conciliatórias, foi ofertada a peça defensiva com documentos (fl. 636/649 e 650/1008), encerrando-se a instrução processual (fl. 634/635).

Réplica com documentos (fl. 1009/1030 e 1031/1045).

Parecer da douta Procuradoria à fl. 1048/1050, opinando pelo cabimento da ação e procedência dos pedidos.

É o relatório.

VOTO

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SERVIDORES ESTATUTÁRIOS

Trata-se a suscitante de autarquia estadual, de regime especial, sendo certo que dentre os trabalhadores envolvidos no presente dissídio não há apenas empregados contratados pelo regime celetista, mas, também, servidores estatutários. Veja-se, apenas a título exemplificativo, as portarias de nomeações carreadas à fls. 499/510.

Assim sendo, não há como se reconhecer a competência absoluta desta Especializada para conhecer e julgar do presente dissídio de greve em relação a todos os envolvidos, porquanto de natureza administrativa os contratos dos trabalhadores submetidos ao regime estatutário.

Nem se alegue que com o advento da EC n. 45/04, que ampliou a competência desta Justiça, a questão restaria superada, haja vista a concessão de liminar, pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395-6, proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE, suspendendo toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da Magna Carta que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculadas por relação de ordem administrativa.

Decreto, pois, ante o disposto no *caput* do art. 113 do estatuto adjetivo, *ex officio*, a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente dissídio no que concerne aos servidores submetidos ao regime estatutário.

PEDIDO LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS

No despacho de fl. 181 sua análise foi relegada à audiência, deixando de haver, no entanto, pronunciamento a respeito (fl. 193/194). Encontrando-se o processo, de outra parte, devidamente instruído e apto a julgamento, resta prejudicado o intento.

ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE DO MOVIMENTO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. APLICAÇÃO DA LEI N. 7.783/89

Com a promulgação da nova Carta Política que, no *caput* do art. 9º, assegurou aos empregados o direito de greve, facultando-lhes decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender,

seu exercício, alçado a garantia constitucional, passou a ser legítimo.

A inexistência de lei específica, de que cogita o art. 37, VII, da Constituição da República, não pode impedi-lo, atraindo a aplicação da Lei n. 7.783/89, conforme jurisprudência que já havia se consolidado anteriormente à EC n. 19/98, quando a norma constitucional previa que a matéria deveria ser regulamentada por lei complementar.

Assim sendo, não há cogitar-se em ilegalidade do movimento.

Não obstante, essa faculdade, constitucionalmente assegurada aos trabalhadores, não pode ser utilizada de forma ampla, irrestrita e incondicional, na medida em que a Lei n. 7.783/89, que regula o exercício do direito de greve, estabeleceu requisitos de ordem formal e material que, não observados, configuram a abusividade do movimento paredista, a teor do *caput* do art. 14 da citada Lei.

Conquanto o Sindicato tenha se referido à realização de assembléia para deliberar acerca da paralisação nos documentos de fl. 686/694 - fato denunciado, inclusive, na petição inicial (fl. 16) - não há nos autos qualquer comprovação do preenchimento do disposto no art. 4º da Lei n. 7.783/89, relativamente às formalidades de convocação, *quorum*, definição da pauta de reivindicações e autorização para que o movimento fosse deflagrado.

Demais disso, as atividades desenvolvidas pela Unicamp são consideradas essenciais (art. 10, II, da Lei n. 7.783/89), pelo que, nos termos do art. 13 daquele diploma, a entidade sindical representativa dos trabalhadores estava obrigada a comunicar a decisão à empregadora e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação. Não obstante os já referidos documentos de fl. 686/694 comprovem a aludida comunicação àquela, o mesmo não se pode dizer em relação aos usuários.

Reputo, pois, formalmente abusiva a greve, por desrespeito às exigências dos arts. 4º e 10, II da Lei n. 7.783/89.

A abusividade material do movimento paredista restou, igualmente, evidenciada dos autos.

As fotos trazidas à fl. 116/120 evidenciam ter havido obstrução da entrada de pacientes no CAISM, sendo certo que as notícias veiculadas nos jornais "Correio Popular" e "Opinião" (fl. 188/190) denotam a radicalização dos grevistas, inclusive com a retirada de 50 colchões de leitos e 19 colchões de macas, com o objetivo de

impedir a internação de novos pacientes. Note-se, por oportuno, que em ambos os periódicos restou ventilado o fato de que a diretoria do sindicato assumiu a radicalização como diretriz do comando de greve.

Acrescente-se que, conquanto produzidos de forma unilateral, os documentos trazidos pela Unicamp, noticiando a prática de atos abusivos, a exemplo dos acima aludidos, não foram objetiva e expressamente impugnados pelo Sindicato quando da oferta da defesa (fl. 638/640).

Determina-se, em consequência, a imediata regularização dos serviços, devendo o Sindicato abster-se da prática de atos constringedores contra colegas ou usuários relativos ao exercício abusivo do direito de greve, a exemplo dos relacionados à fl. 11/12, bem assim, que não interfira nas atividades assistenciais do Hospital das Clínicas e do CAISM, sob pena de pagamento de multa diária, ora fixada em R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Conquanto esta **relatora**, assim como os Excelentíssimos juízes Drs. Paulo de Tarso Salomão e Nildemar da Silva Ramos, respectivamente, **revisor e digno integrante** da Seção de Dissídios Coletivos deste E. Tribunal, entendessem cabível o **desconto dos dias de greve**, em decorrência da **abusividade do movimento**, que restou declarada, resolveu a **Seção de Dissídios Coletivos**, por maioria de votos, **autorizar a compensação dos dias de paralisação**.

MÉRITO. ALTERAÇÃO DE JORNADA

Em se tratando de autarquia estadual, a reclamada deve pautar-se pela observância do princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Norma Maior; sua vontade, portanto, decorre da lei. E, em razão desse princípio, podem e devem ser alteradas as condições de trabalho com o objetivo de adequá-las às previsões legais.

Dessa forma, a liberalidade daquela ao permitir o cumprimento de jornadas reduzidas por seus servidores, por contrária aos respectivos contratos de trabalho, não se incorpora em definitivo ao pacto laboratório, não havendo cogitar-se, pois, em direito adquirido e em alteração prejudicial aos trabalhadores, como argumenta o Sindicato.

Observe-se que a exigência do cumprimento integral da jornada contratada vem ao encontro dos interesses públicos, não se configurando, pois, repise-se, alteração contratual *in pejus*.

Nesse sentido, inclusive, a OJ n. 308 da SDI-I do C.TST, *verbis*:

“**JORNADA DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. RETORNO À JORNADA INICIALMENTE CONTRATADA. SERVIDOR PÚBLICO.**- Retorno do servidor público (administração direta, autárquica e fundacional) à jornada inicialmente contratada não se insere nas vedações do art. 468 da CLT, sendo a sua jornada definida em lei e no contrato de trabalho firmado entre as partes.”

Oportuna a transcrição parcial do parecer da d. Procuradoria (fl. 1049), no sentido de que a greve deflagrada não possui respaldo jurídico, *verbis*:

“(omissis)... a greve deve ser utilizada para obtenção de cumprimento de lei ou do contrato, para defesa de direito e, no caso, não há direito à jornada de seis horas na quase totalidade dos casos debatidos, seja pelo que consta dos contratos seja, na ausência deste, pelo previsto no ordenamento jurídico.”

In casu, os servidores foram contratados para cumprimento de jornadas diversas, de 20, 24, 30, 35, 40 e 44 horas semanais (fls. 210/322), sendo certo que recebiam salários em decorrência da carga horária contratualmente prevista e não da efetivamente cumprida, de seis horas diárias, de segunda a sexta-feira. Note-se que em alguns dos contratos não houve qualquer previsão da jornada que seria cumprida (fl. 323).

Nesse contexto, ao exigir o cumprimento das jornadas previstas na Deliberação CAD-A 3, de 15.12.05, com o intuito de adequar as cargas horárias efetivamente praticadas por seus servidores com aquelas previstas em seus respectivos contratos de trabalho, a autarquia está agindo em conformidade com a lei e a proteção do interesse público, atendendo aos princípios que regem a Administração Pública.

Conquanto aquela Deliberação estabeleça, por via transversa, regime de compensação de jornada (art. 2º - fl. 25), não há como reputá-la ilegítima, quer em face das peculiaridades do trabalho executado na área de saúde, quer porque os contratos individuais expressamente previram a possibilidade de estabelecimento daquele regime. A título exemplificativo, veja-se as cláusulas 6ª e 8ª do contrato de fl. 398/399.

Tem-se, pois, por legítima a alteração levada a efeito.

A par, no entanto, das considerações supra, que autorizariam a Universidade a implantar as jornadas estabelecidas na Deliberação CAD-A 3/05, prevaleceu a decisão, por voto de desempate do Excelentíssimo Juiz que presidiu regimentalmente, Dr. Antonio Miguel Pereira, de que o processo, nesse específico aspecto, deveria ser

extinto sem análise do mérito, por ausência de expresse requerimento naquele sentido.

Embora lamentável a falha das procuradoras da Unicamp, que deixaram de requerer expressamente a análise da matéria de fundo, esta magistrada, no particular, cuidou de fazê-lo exatamente porque já na inicial a Universidade denuncia o motivo do ilegal movimento paredista instalado: a **tentativa da Universidade de implantar, através da Deliberação CAD - A3, da jornada contratada** (fl. 5, a partir do segundo parágrafo a fl. 11, segundo parágrafo).

Ao se defender (fl. 636/639) o Sindicato, por seu turno, o que requer no item "b" do seu "PEDIDO" (sic)(fl. 648))?

Exatamente, pelas razões que alinhava, que a UNICAMP se abstenha de "aplicar a jornada aprovada na resolução da CAD".

Ora, se todo o embate jurídico tinha como alvo o direito de a Universidade implantar ou não a Deliberação CAD - A3, o vanguardismo e a maneira como vem atuando a SDC levaram à sua análise, **repudiada pelo voto de qualidade**, tendo como único mérito, *data venia*, a postergação do problema.

Atendendo, no entanto, à decisão acima posta, extingue-se o feito sem análise meritória (arts. 267, I c/c 295, I e parágrafo único, I, ambos do CPC).

Descabida a verba honorária vindicada pela Unicamp, eis que o caso não se amolda às hipóteses legais.

Diante do exposto, decide-se **declarar, de ofício, a incompetência absoluta desta Especializada** para conhecer do dissídio relativamente aos servidores estatutários; **julgar parcialmente procedente** o dissídio de greve instaurado pela UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP em face do SINDICATO DOS TRABALHADORES DA UNICAMP - STU, para o fim de **declarar a abusividade** do movimento deflagrado a partir de 02.01.06, determinando a imediata regularização dos serviços, bem assim, que o suscitado se abstenha da prática de atos constrangedores contra colegas ou usuários, relativos ao exercício abusivo do direito de greve, a exemplo dos alinhavados à fl. 11/12, e ainda, que não interfira nas atividades assistenciais do Hospital das Clínicas e do CAISM, sob pena de pagamento de multa diária, ora fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). **Decide-se, ainda, autorizar sejam compensados os dias de paralisação.** No que diz respeito à implantação das jornadas de trabalho estabelecidas na Deliberação CAD-

A 3/05, decide-se **extinguir o processo sem análise do mérito**, com fundamento nos arts. 267, I c/c 295, I e parágrafo único, I, ambos do CPC.

O Sindicato responderá pelas custas do processo, calculadas sobre o valor de R\$100.000,00, ora arbitrado, importando em R\$2.000,00, nos termos do *caput* e parágrafo 4º do art. 789 da CLT, com redação dada pela Lei n. 10.537, de 27.08.02.

VERA TERESA MARTINS CRESPO

Juíza Relatora

DOE 02.05.06, p.3.

Acórdão 2ª Câmara 12.561/06-PATR
RECURSO ORDINÁRIO
Processo TRT 15ª Região 842-2005-046-15-00-0
Origem: VT de Araras

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRONAL RURAL - CNA.- Neste momento de transição, é preciso fazer valer o espírito de reforma constitucional explicitado pela EC n. 45/04, priorizando a natureza trabalhista como *vis atrativa* das matérias elencadas na nova redação conferida ao art. 114 da CF/88. Juros e correção monetária devem ser calculados nos termos do art. 883 da CLT e Lei n. 8.117/91, pois não tem sentido conferir ao débito em questão, critérios mais gravosos de atualização monetária, do que os que são utilizados em relação ao crédito do trabalhador, privilegiado em face de sua natureza alimentar. Inteligência dos princípios de unidade, harmonia e efetividade da Constituição.

Inconformado com a r. sentença de fls. 119/126, proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araras, que julgou a ação **procedente**, recorre a ré (fls. 129/134) alegando ser indevida a condenação pois não há empregados trabalhando na propriedade, nem existe sua filiação à CNA, que por isso não detém legitimidade para efetuar a cobrança. Aduz que não pode ser deferido o valor integral do pedido, pois o cálculo deve observar o disposto no art. 580 da CLT, sendo indevida a aplicação do art. 600 da CLT, pois as cominações ali exaradas só são cabíveis em caso de ocorrer pagamento espontâneo na órbita administrativa.

Contra-razões pela autora (fls. 159/170)

Manifestação do Ministério Público pelo prosseguimento (fls. 176).

Remetido pelo Juízo de Direito da Comarca de Araras a esta Justiça especializada em cumprimento a EC n. 45/04 (fl. 147)

É o breve relatório.

VOTO

DO CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos estabelecidos em lei à época da interposição do apelo, decido conhecer do recurso.

DA COMPETÊNCIA

A competência é determinada no momento em que a ação é proposta, perdurando até o final da demanda, conforme o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, adotado pelo legislador pátrio. Entretanto, o art. 87 do CPC, que rege a matéria, expressamente estabelece que tal critério não pode ser mantido quando houver alteração de competência em razão da matéria, tal como procedeu a EC n. 45/04, que atribuiu a Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as “ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores” (negritei), deste modo suprimindo a anterior competência da Justiça Estadual como reconheceu o Juiz de Origem ao remeter o feito (fls. 147).

Assim sendo, a partir da promulgação da referida Emenda Constitucional, a competência material passou imediatamente para esta Justiça Especializada.

Neste sentido, colaciono o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO NOS AUTOS QUE, NA ORIGEM, REFEREM-SE À AÇÃO DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. ALTERAÇÃO PELA EC N. 45/04 DO ART. 114 DA CF, PASSANDO A JUSTIÇA DO TRABALHO A SER COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES SOBRE REPRESENTAÇÃO SINDICAL, ENTRE SINDICATOS, ENTRE SINDICATOS E TRABALHADORES, E ENTRE SINDICATOS E EMPREGADORES. SUPERVENIENTE INCOMPETÊNCIA DESTE STJ. REMESSA DOS AUTOS AO TST. (AgRg REsp 715.383/PR. 2005/0003752-8. Rel. Min. Denise Arruda)

Ademais, é preciso ressaltar que a matéria em discussão- contribuição sindical- está disciplinada nos arts. 578 e 580 da CLT, e decorre do modelo de representação sindical adotado pelo ordenamento jurídico em vigor, que rege as rela-

ções de trabalho, matéria que se reveste, portanto, de inequívoca natureza trabalhista.

Acrescente-se, por derradeiro, que o disposto no inciso II do art. 575 do CPC não pode ser considerado, pois se refere a execução, e a presente ação ainda se encontra em fase de conhecimento, de sorte que não há como deixar de conferir efetividade ao deslocamento de competência determinado pela norma constitucional, que tem eficácia imediata, inclusive em relação aos processos que estão em curso. Por tais razões, reconheço e declaro a competência da Justiça do Trabalho para apreciar o recurso.

DA LEGITIMIDADE DA CNA

A contribuição sindical, prevista nos arts. 578 e seguintes da CLT, foi recepcionada pelo art. 8º, IV, da Constituição da República de 1988, notadamente quando se refere a “contribuição prevista em lei” (negritei).

A legitimidade para cobrança da contribuição sindical é da entidade sindical correspondente. Entretanto, no que se refere à contribuição sindical rural, há especificidades que devem ser analisadas. O art. 4º do Decreto-lei n. 1.166, de 15.04.71, conferiu ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) a legitimidade para assim proceder, valendo como documento hábil para cobrança judicial da dívida as guias de lançamento por este emitidas (art. 6º). O art. 10º, § 2º, do ADCT da CF/88 estabeleceu que, “até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador”, isto é, pelo INCRA (negritei).

Posteriormente, o art. 1º da Lei n. 8.022/90 transferiu a competência de administração da contribuição sindical rural para a Secretaria da Receita Federal (SRF), compreendendo as atividades de tributação, arrecadação, fiscalização e cadastramento, atribuindo legitimidade à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) para apuração, inscrição e cobrança da respectiva dívida.

Porém, esta competência da SRF e legitimidade da PGFN cessou no dia 31.12.96, razão pela qual, a partir de 1º.01.97 a legitimidade para apuração e cobrança passou a ser da Confederação Nacional da Agricultura (CNA), no que se refere à contribuição sindical rural dos integrantes da categoria econômica, como dispôs o art. 24 inciso I da Lei n. 8.847/94, e ratificou o art. 17 II da Lei n. 9393/96, tendo a jurisprudência majoritariamente corroborado tal entendimento, conforme colacionado aos autos (fls 32 e 55 e 166/167), de modo que nada há para ser reformado quanto a legitimidade da CNA.

DACERTIDÃO PREVISTANO ART. 606 DA CLT

O inciso I, do art. 8º da Constituição Federal de 1988, vedou a intervenção estatal na organização sindical, e a conseqüente monitorização do enquadramento sindical pelo Ministério do Trabalho. Assim sendo, o disposto no art. 606 da CLT perdeu sua eficácia e aplicabilidade desde então (NOTA/MGB/CONJUR/MTE n. 30/03), de modo que não há mais amparo legal para se exigir a expedição de certidão, pelas autoridades administrativas regionais do Ministério do Trabalho e Emprego, para a configuração do débito da contribuição sindical, sendo suficiente para tanto as guias de recolhimento emitidas pela entidade arrecadadora, como as que foram jungidas aos autos (fls.20).

DO DÉBITO

Não assiste razão a recorrente, quando sustenta não ser devedora da contribuição sindical por não possuir empregados, nem explorar as atividades produtivas. Como bem destacou a decisão de 1º grau, os documentos por ela própria carreados aos autos (DIAT- DOCUMENTO DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO ITR) demonstram que suas propriedades- Fazenda Santa Margarida, Sítio Nossa Senhora de Fátima, Sítio Santo Antonio, Fazenda São José da União, Sítio São João e Sítio São José- possuem de 90% a 100% de respectiva área utilizada (fls. 100/105), de modo que não há como acolher a alegação recursal.

Entretanto, tem parcial razão.

Quanto à base de cálculo, deve prevalecer o valor adotado para o lançamento do imposto territorial (fls. 100/105), como estabelece o § 1º do art.4º do Decreto-lei n. 1.166/71. Porém, os critérios de apuração devem observar o disposto no art.580 inciso III da CLT, conforme também fixado pelo referido diploma legal, com redação dada pela Lei n. 7.047/82.

Ademais, não pode prevalecer a aplicação da multa de 10%, além de mais 2% por mês subseqüente de atraso, juros de mora e correção monetária, conforme estabelecidos no art. 600 da CLT, pois a lei prevê tal cominação apenas quando ocorrer recolhimento espontâneo (negritei), o que não é o caso, inexistindo amparo legal para proceder à interpretação por analogia, quando se trata de dispositivo que estipula penalidade. Por outro lado, os critérios estabelecidos pela Lei n. 8.022/90 também não podem ser considerados, pois se restringiram a um período determinado em que a cobrança era efetuada pela União (negritei), o que deixou de ocorrer com a edição da Lei n. 8.847/94.

Assim sendo, face à natureza trabalhista do débito, conforme razões de decidir já consignadas nesta fundamentação, os juros e a correção monetária devem ser apurados de conformidade com o art. 883 da CLT e Lei n. 8.177/91.

Com efeito, não tem sentido conferir ao débito em questão, critérios mais gravosos de atualização monetária, do que os que são utilizados em relação ao crédito do trabalhador, que é privilegiado em face de sua natureza alimentar.

Inegável que a questão é controversa, pois estamos vivendo um momento de transição. Entretanto, precisamente por isso, não se pode perder de vista que o norte traçado pela EC n. 45 aponta para o deslocamento da natureza tributária, e priorização da natureza trabalhista, de uma matéria de identidade híbrida, em face da especificidade de sua gênese, e do modelo sindical existente no país.

Assim, neste momento de transição é preciso fazer valer o espírito da reforma constitucional explicitada pela EC n. 45, priorizando a natureza trabalhista como *vis atrativa*, das matérias elencadas na nova redação conferida ao art. 114 da CF/88.

Acrescente-se, que o art. 39 da Lei n. 8.177/91 estabelece sua aplicação para os débitos trabalhistas de qualquer natureza (negritei), tendo a IN n. 27 do C. TST apontado a diretriz quanto a aplicação das normas inerentes ao processo trabalhista, também em relação às lides que vieram aportar a esta Justiça Especializada, em decorrência da aplicação de competência material trazida pela EC n. 45/04.

Por tais razões, decido dar provimento parcial ao recurso para determinar que a contribuição sindical rural patronal seja calculada nos termos do art. 580 III da CLT, observando-se o art. 883 da CLT e a Lei n. 8.177/91 quanto ao cômputo dos juros e correção monetária, excluindo-se da condenação as cominações previstas no art. 600 da CLT, e mantendo os demais termos da decisão primária, notadamente porque não foram objeto de discordância recursal

ISTO POSTO, decido conhecer, rejeitar as preliminares e dar provimento parcial ao recurso para determinar que a contribuição sindical rural patronal seja calculada nos termos do art. 580 III da CLT, observando-se o art. 883 da CLT e a Lei n. 8.177/91 quanto ao cômputo dos juros e correção monetária, excluindo-se da condenação as cominações previstas no art. 600 da CLT, tudo nos termos da fundamentação.

Rearbitro o valor da condenação em R\$ 1.800,00 e custas no importe de R\$ 36,00 pela ré.

TEREZA APARECIDA AASTA GEMIGNANI
Juíza Relatora

DOE 07.07.06, p.31.

Acórdão 1ª Câmara 14.135/05-PATR
AGRAVO DE PETIÇÃO
Processo TRI/15ª Região 799-1999-057-15-85-0
Origem: VT de Presidente Venceslau

Inconformados com a r. decisão de fls. 2410/2413, complementada às fls. 2479/2485 e às fls. 2521/2522, agravam de petição a executada, Destilaria Dalva Ltda, e o pretendente arrematante, Sr. A.J.M.P.

A agravante executada finaliza suas razões de fls. 2573/2585 com o seguinte conteúdo:

"De todo o exposto, respeitosamente requer a Vossa Excelência, diante do tumulto processual causado pelos despachos em comento, dada a existência de preço vil, *error in procedendo e error in judicando*, que se digne dar provimento ao presente recurso, seja para anular o processo a partir da certidão de fls. 1480 e despacho de fls. 1524/1525, e as r. decisões de fls. 2410/2413, 2521/2522 e do despacho de fls. 2546, não podem prevalecer, vez que a decisão causou tumulto processual, além de criar situação jurídica inexistente, isso sem o devido respeito ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, Direito de propriedade, todos garantidos pela Constituição Federal.

Em consequência, respeitosamente requer que, uma vez já registrada a consumação final do prejuízo (realização do leilão, no qual houve arrematação, adjudicação e posterior pedido de remissão) se digne determinar o imediato cancelamento de atos de alienação de domínio, conseqüente nulidade do leilão (consoante art. 899 da CLT c/c 588, inciso 20 do CPC), portanto, tal ato não poderia ser praticado no período do recesso das férias forenses; haja vista por não estarem inseridas nas exceções do art. 173 do CPC, julgado procedente ainda os demais pedidos constantes nos embargos, dada a ausência de respeito a normas legais que regem e disciplinam a alienação judicial, vez que a Agravante, está amargando prejuízos de veras inimagináveis."

O Sr. A.J.M.P., em seu agravo de petição de fls. 2586/2613, afirma que houve violação ao contraditório e à ampla defesa, alegando que o MM. Juízo de origem não apreciou seus embar-

gos de fls. 1725/1747, nem a impugnação aos demais embargos apresentada às fls. 2308/2344. Aduz que com a interposição dos embargos declaratórios de fls. 2435/2438, o MM. Juízo apreciou parcialmente os embargos do arrematante de fls. 1725/1747, mas continuou sem apreciar as prejudiciais contidas na impugnação aos demais embargos. Demonstra inconformismo com a decisão de que o arrematante "busca procrastinar o regular andamento do processo". Destaca que possui interesse na efetividade da tutela jurisdicional, já que "está com seu capital de giro empatado e sem poder tomar posse do que adquiriu em hasta pública e, conseqüentemente, produzir para poder justificar o investimento." Pleiteia que seja excluída a multa do Parágrafo Único do art. 538 do CPC, liberando-se o depósito judicial respectivo. No mérito sustenta, em síntese, seu direito à arrematação. Alega que "há nulidade da execução com o deferimento da remição às fls. 1696/1698, sendo nulo o auto de fls. 1699 (v. IX), eis que existem três vícios insanáveis que maculam a remição: falta de legitimidade da remitente; inobservância do prazo legal de 24 horas após a praça; efetivação de lance em vez de remir a execução."

Contraminutas às fls. 2651/2666, 2669/2678, 2681/2696, 2699/2701, 2705/2719, 2722/2734, 2735/2736.

Manifestação do Ministério Público à fl. 2751, pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXECUTADA

O agravo de petição é tempestivo, a execução está garantida e o subscritor das razões possui procuração nos autos (fl. 2228). Todavia, em contraminutas há requerimentos de não conhecimento do agravo da executada, que não teria apresentado delimitação justificada da matéria.

Analisando as razões de agravo, verifico realmente a existência de considerações genéricas, como por exemplo a alusão a "ilegalidades", "coincidências", "estranhezas". Todavia, no final do agravo, a executada especifica sua pretensão, o que desautoriza, ao menos a princípio, o não conhecimento do agravo. Conheço, portanto, do apelo.

A agravante tenta rediscutir matérias já sepultadas pela preclusão. Com efeito, conforme consta do acórdão de fls. 2091/2097, em 08.01.03 a executada protocolizou agravo de petição, cujo processamento foi denegado (fl. 1669), sendo certo que contra tal decisão foi interposto

agravo de instrumento, não conhecido por esta Eg. Câmara por ausência de representação processual. Anteriormente a executada protocolara outro agravo de petição (fls. 1451/1476), sendo-lhe determinado que apresentasse as peças necessárias para o processamento do apelo em apartado, a fim de evitar tumulto processual que levasse à procrastinação do feito. Todavia, a executada não cumprira a determinação, deixando de apresentar referidas peças. Assim, de acordo com os fundamentos expostos à fl. 2095, o acórdão de fls. 2091/2097 concluiu pelo não conhecimento do agravo de petição da executada. Esta interpôs recurso de revista, cujo processamento foi denegado (despacho de fls. 2204/2206), tendo oposto, então, agravo de instrumento, ainda pendente de apreciação pelo C. TST.

Portanto, não cabe a esta Câmara apreciar matérias cuja preclusão já foi declarada, concernentes a alegações de nulidades processuais, erros de procedimento e de pronunciamento jurisdicional, todas anteriores à r. decisão de fls. 2410/2413. Verifico que contra essa decisão, a de fls. 2410/2413, a ora agravante nada apresenta de consistente, limitando-se a afirmar "que a decisão causou tumulto processual, além de criar situação jurídica inexistente, isso sem o devido respeito ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, Direito de propriedade, todos garantidos pela Constituição Federal". Ora, a impugnação genérica à decisão, sem que se aponte onde está o desacerto no deferimento da remição, não merece maiores considerações. Não vislumbro nem mesmo a ocorrência do alegado "prejuízo", já que deferida a remição pleiteada pela filha de sócios da executada.

Prejuízos têm os exequentes, que até o momento não viram o cumprimento da conciliação realizada em Juízo. Observemos o que foi pactuado às fls. 163/164:

"a reclamada pagará aos reclamantes a importância de 100% das verbas constantes nos termos da rescisão de contrato de trabalho, conforme vias já juntadas aos autos, em 02 parcelas, sendo a primeira paga no dia 30.07.99 e a segunda parcela paga no dia 30.08.99, e o restante das verbas rescisórias serão pagas no dia 30.07.00 e 30.08.00, ainda como parte do acordo a reclamada pagará aos reclamantes referente ao FGTS sendo 50% em 30.08.99 e o restante em 30.08.00 sendo que a multa de 40% referente ao FGTS também será paga no dia 15.09.00; quanto ao FGTS a reclamada junta cópia do demonstrativo dos valores discriminados acima. (...)"

Trata-se, portanto, de acordo para pagamento de verbas rescisórias em quatro parcelas

(apesar do erro material na ata, apontando "02 parcelas"), até hoje não cumprido.

Quanto à avaliação, mantenho o decidido à fl. 2480, na decisão que apreciou os embargos de declaração da executada. Reitero e adoto os fundamentos expostos pela Exma. Sra. Juíza Eliana Félix Batista, transcrevendo-os:

"A reclamada alega omissão quanto à questão da avaliação do bem levado à praça, que, segundo manifestação, deveria ter ocorrido após julgamento da subsistência da penhora. Nos embargos, assevera que foi determinada a penhora de bens móveis e imóveis e não a avaliação, pelo Oficial de Justiça.

Destarte, sabe-se que o Oficial de Justiça que efetuou o auto de penhora e avaliação de fl. 1246/1249, por exemplo, é funcionário público habilitado para proceder dessa forma, sendo sua atribuição legal, a penhora e avaliação dos bens penhorados, inclusive, no momento da penhora, e não somente à penhora, conforme alega a reclamada.

Mesmo que apresentado laudo pela executada contendo valor diverso, este Juízo entende correta a avaliação levada a efeito pelo Oficial de Justiça Avaliador desta Vara do Trabalho.

Assim, não têm procedência os inconformismos manifestados pela executada, quanto ao valor da avaliação e o momento em que ocorreu. Não há que se falar em avaliação após o julgamento da subsistência da penhora.

Cabe esclarecer que o art. 887, da CLT, que fala em avaliador escolhido de comum acordo entre as partes, segundo ensina Valentim Carrion, foi revogado tacitamente, prevalecendo o disposto no art. 721, § 3º, da CLT, sendo que a avaliação dos bens penhorados compete ao Oficial de Justiça Avaliador. Por sua vez, o § 5º do art. 721 da CLT, dispõe que, na falta ou impedimento do Oficial de Justiça Avaliador, o juiz da Vara poderá atribuir a realização do ato a qualquer serventuário. Assim, não há mais a figura de avaliador nomeado pelas partes, para fins de avaliação de bem penhorado".

Não encontro, em todo o processado, qualquer desrespeito ao devido processo legal. Trata-se de execução definitiva de valor incontroverso e é claro que a agravante-executada poderia ter pago, há muito tempo, os trabalhadores exequentes, mas não o fez. Cabe registrar, ainda, que o direito de propriedade não é absoluto, sendo certo que o patrimônio do devedor é a garantia do credor. O que se viu até agora é um total desrespeito, por parte da executada, à legislação do trabalho, ao cumprimento

da coisa julgada e a direitos constitucionalmente previstos, dentre eles o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos III e IV, da Constituição da República). Até mesmo a inusitada alegação de preço vil é totalmente infundada, já que tanto o lance do arrematante (R\$1.500.000,00) quanto o depósito da remitente (R\$1.5001.000,00) são superiores ao valor da avaliação (R\$1.429.780,00, conforme fl. 1435).

Nego provimento ao agravo da Destilaria Dalva Ltda.

AGRAVO DE PETIÇÃO DO SR. A.J.M.P.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo interposto, que foi regularmente processado. Registro, para que não se alegue omissão, que reconheço ao Sr. A.J.M.P. a condição de terceiro interessado, ainda que não assinada a carta de arrematação, posto que evidente seu interesse jurídico e econômico.

Consigno, ainda, que o equívoco quanto à numeração de folhas, apontado pela remitente em sua petição de interposição de contraminuta (fls. 2703/2704), já foi objeto de correção.

Passo, então, à análise do agravo.

Não há negativa de prestação jurisdicional. As respeitáveis decisões impugnadas, prolatadas pela Exma. Sra. Juíza Eliana Félix Batista, estão extremamente bem fundamentadas, com apreciação de todos os argumentos das partes que eram importantes para o deslinde das controvérsias. Ora, não cabe ao Juízo tecer considerações sobre tudo o que está escrito nos autos, especialmente em se tratando de matérias prejudiciais, apresentadas em impugnações do arrematante aos embargos à remição opostos pelos exequentes e pela executada, quando estes não foram acolhidos. Afasto, pois, a alegação de afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República.

Nada obstante, reconheço razão ao agravante ao demonstrar inconformismo quanto à multa que lhe foi aplicada na r. decisão de fls. 2521/2522. Entendo que os embargos de declaração opostos, apesar de desnecessários, demonstram excesso de zelo de seu digno subscriptor, o que se justifica tendo em vista que se trata de processo já bastante tumultuado e considerando que o arrematante depositara a quantia de R\$1.500.000,00. Não vislumbro, todavia, intuito protelatório na interposição dos embargos de declaração, razão pela qual absolvo o agravante da multa que lhe foi aplicada à fl. 2522 (1% do valor da causa).

O agravante insurge-se contra o deferimento da remição, alegando a existência de três vícios insanáveis: falta de legitimidade da remitente; inobservância do prazo legal de vinte e quatro horas após a praça; efetivação de lance em vez de remir a execução.

LEGITIMIDADE DA REMITENTE

O arrematante alega que a remitente, filha de sócios da pessoa jurídica, não tem legitimidade para remir a execução. Fundamenta sua alegação no art. 13 da Lei n. 5.584/70 que assim dispõe:

“Em qualquer hipótese, a remição só será deferível ao executado se este oferecer preço igual ao valor da condenação.”

A interpretação que o agravante confere ao referido dispositivo legal não é a mais razoável, já que tal texto de lei, ao utilizar o monossílabo “só” não se referiu à possibilidade de somente o executado pessoa física remir a execução; a intenção clara do legislador foi no sentido de possibilitar a remição somente no caso de pagamento total da execução. E isto, é certo, ocorreu nos autos. É evidente que a pessoa jurídica também pode remir a execução, inexistindo impeditivo legal para que um de seus sócios, ascendente ou descendente o faça. As disposições contidas no art. 787 e seguintes do CPC são aplicáveis ao processo do trabalho naquilo em que não forem incompatíveis. Assim, correta a interpretação de que a filha de sócio de pessoa jurídica pode-se valer do instituto da remição, desde que satisfaça o valor condenatório. Aliás, tal entendimento serve mais ao processo do trabalho, onde se privilegiou o pagamento aos credores, de modo que a liberação do bem ao devedor ou a terceiro interessado ocorre somente com a satisfação da execução. Não vejo nesse entendimento nada de teratológico, como alega o agravante, mas verdadeira interpretação razoável.

Não se pode olvidar, ainda, do disposto no *caput* do art. 304 do CC: “qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.”

PRAZO LEGAL

A tese do agravante é a de que o pedido de remição foi realizado extemporaneamente, após vinte e quatro horas contadas do encerramento da praça. A r. decisão impugnada, por sua vez, é no sentido da tempestividade do pedido de remição, pois realizado antes de formalizada a adjudicação ou a arrematação.

Convém fazer um breve relato de fatos:

À fl. 1639 está o AUTO DE PRAÇA E

LEILÃO, datado de 09.01.03, onde compareceu o Sr. A.J.M.P. e ofertou o lance de R\$1.500.000,00, encerrando-se a hasta pública às 15h10. No mesmo dia, às 15h15, os exequentes formularam pedido de adjudicação, conforme petição de fls. 1640/1644. Em 10.01.03, às 14h56 o Sr. A.J.M.P. protocolizou a petição de fls. 1654/1658, pleiteando o indeferimento do pedido de adjudicação, bem como autorização para que o recolhimento do valor de R\$1.200.000,00, "relativos à complementação do valor lançado seja recolhido no prazo de 48 horas após a decisão a ser proferida sobre o resultado do praxeamento do bem". Tal petição recebeu o seguinte despacho, prolatado pelo Exmo. Sr. Juiz Marcos Roberto Wolfgang em 10.01.03: "Tendo em vista o requerimento de adjudicação por parte dos reclamantes, suspende-se o prazo para complementação do valor do lance (CLT, art. 888, § 4º), até ser decidida a questão da adjudicação, que lhe é prejudicial." Segue-se nos autos o pedido de remição dos bens, formulado pela Sra. M.R.V.M. em 10.01.03, às 16h40 (fls. 1663/1664).

Entendo que o pedido de remição é tempestivo. Com efeito, apesar de ultrapassadas mais de vinte e quatro horas contadas do encerramento da praça, é certo que o prazo para complementação do depósito do arrematante estava suspenso em virtude de requerimento do próprio interessado, tendo em vista o pedido de adjudicação formulado pelos exequentes. E havendo interesse dos exequentes na adjudicação, o Juízo não estava obrigado à assinatura da carta de arrematação em 24 horas, mesmo porque não complementado o pertinente depósito. Em síntese, mostra-se acertada, mais uma vez, a r. decisão de origem, ao considerar tempestivo o pedido da remitente. Com efeito, não estava perfeita e acabada, nem a arrematação, nem a adjudicação. Afasto, assim, a alegação de não observância aos arts. 693 e 788, I, do CPC. Não há que se cogitar de ofensa ao art. 132, § 4º do CC atual (art. 125, § 4º, do Código de 1916), pois o prazo estava suspenso.

Cabe registrar, por oportuno, que os exequentes acabaram desistindo da adjudicação.

É certo que todos são iguais perante a lei, tanto como é certo que o devido processo legal se faz com observância ao contraditório e à ampla defesa regulamentados na legislação infraconstitucional. E é a lei quem privilegia o instituto da remição, ante o princípio de que a execução se processa pelo modo menos gravoso ao devedor. Não há, portanto, violação ao art. 5º, II, da Constituição da República.

OFERECIMENTO DE LANÇO

Ao contrário do que alega o agravante, a remitente não ofereceu lance, pois sequer participou da hasta pública. Se o preço ofertado por ela é superior à execução, isto em nada impede o deferimento da remição, pois a lei, ao exigir que o executado ofereça preço igual ao valor da condenação (art. 13 da Lei n. 5.584/70) pretendeu, tão-somente, garantir o pagamento total do crédito. Ora, a oferta de valor superior ao crédito atendeu, sem sombra de dúvida, à finalidade da norma, inexistindo razão para que se apege à literalidade da redação do referido dispositivo. Por óbvio, o art. 13 da Lei n. 5.584/70 foi atendido, jamais violado.

Nessa conformidade, decido conhecer dos agravos de petição interpostos, negar provimento ao da executada e dar provimento parcial ao apelo do Sr. A.J.M.P. apenas para excluir a multa que lhe foi aplicada na r. decisão de fls. 2521/2522, liberando-se o respectivo depósito.

THELMA HELENA MONTEIRO DE TOLEDO
VIEIRA
Juíza Relatora

DOE 15.04.05, p. 8.

Acórdão 3ª Turma 12.795/02-PAIR
RECURSO ORDINÁRIO
Processo TRT/15ª Região 1001-1999-007-15-00-8
Origem: 1ª VT de Americana

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.- O Brasil, gradativamente, vem enquadrando-se na política internacional de proteção dos direitos humanos, inclusive dos direitos das crianças e adolescentes, tendo, para tanto, ratificado a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24.09.90. Na esteira da tendência dos debates internacionais, o Brasil fez incluir importantes dispositivos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais os arts. 203, 227 e 228. Ainda, foram promulgados o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei n. 10.097/00. Todo esse arcabouço jurídico enfatiza a concepção de que crianças e adolescentes devem ter resguardados a primazia na prestação de socorros, a precedência de atendimento nos serviços públicos, preferência na formulação e execução de políticas sociais e, por derradeiro, privilégio da destinação de recursos públicos para a proteção infanto-juvenil. O estímulo à aprendizagem, em termos de formação

técnico-profissional, subordina-se à garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular por parte do adolescente. De consequência, proliferam entidades, ainda que com boas intenções, espalhando o trabalho infantil e realizando verdadeira intermediação de mão-de-obra, sob os auspícios de realizarem atividades filantrópica e social, reduzindo a incidência de menores de rua e de marginalidade infantil, encaminhando-os ao mercado de trabalho, sem qualquer proteção e cumprimento desse arcabouço jurídico. O trabalho educativo é *aquele em que a dimensão produtiva está subordinada à dimensão formativa*. Distingue-se do trabalho *stricto sensu*, subordinado, por não restar configurada, precipuamente, a sua finalidade econômica e, sim, uma atividade laborativa, que se insira no contexto pedagógico, voltada mais ao desenvolvimento pessoal e social do educando. Não encontradas essas características, a entidade está descumprindo os ditames legais, devendo abster-se dessas práticas, pelo que tem pertinência a Ação Civil Pública.

Da R. Sentença de fls. 454/460, cujo relatório adoto, que julgou improcedente o pedido, recorre o Requerente, tempestivamente (fls. 484/508), pretendendo a reforma do julgado, a fim de que a Requerida deixe de intermediar trabalho de adolescentes, abstando-se de encaminhar menores de 16 anos, de despedir menores grávidas, e proceder descontos nos salários, bem como seja excluída da condenação custas processuais.

Fl. 513: Contra-razões pela Requerida, arguindo, preliminarmente, intempestividade do recurso, ilegitimidade ativa do Ministério Público, deserção do recurso pelo não recolhimento das custas processuais e a inépcia da inicial.

Fls. 524/526: Opina o Ministério Público do Trabalho, por parecer, pela reatuação dos autos, visto a inexistência de Remessa Oficial, pelo conhecimento e provimento do apelo.

Representação processual regular.

Alçada permissível.

VOTO

Em contra-razões, a Requerida alega, preliminarmente, a intempestividade do recurso ordinário, aduzindo que a intimação ocorreria com a publicação no Diário Oficial, sendo inadmissível a data aposta pelo MP, quando do recebimento de autos, através de remessa (20.07.01).

Nos termos previstos pela Lei Complementar n. 75/93, art. 18, "h", é prerrogativa processual dos membros do Ministério Público a intimação pessoal. Outrossim, a CNC deste Re-

gional prevê a intimação do Ministério Público mediante a remessa dos autos àquele órgão, o que se dera em 13.07.01.

Insta-se salientar, a despeito das razões veiculadas pela Requerida, que a remessa dos autos se dera da cidade de Americana para a cidade de Campinas, cujo serviço de malote se verifica, somente, uma vez por semana. Portanto, plenamente plausível o prazo transcorrido entre a remessa e o recebimento dos presentes autos pela Procuradoria, não havendo que se falar em intempestividade na interposição.

Invoca, ainda, a Requerida deserção recursal, diante da ausência do recolhimento de custas processuais.

Em que pese a condenação pela R. Sentença, o art. 18 da Lei n. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, expressamente prevê a impossibilidade de tal condenação à Autora, salvo comprovada má-fé.

Assim, incabível a exigência do pagamento de custas processuais por parte do Requerente, como pressuposto de admissibilidade do presente recurso, afastando-se a deserção.

Estabelecidas essas premissas, conheço o recurso interposto, eis que preenchidas as exigências legais.

Argui a Requerida a **ilegitimidade ativa do Ministério Público e inépcia**, matérias essas não abordadas em defesa (fls. 224 e segs.).

Embora as condições da ação se constituam matéria de ordem pública, repita-se, a matéria fora ventilada pela Requerida, somente, em sede de contra-razões. É cediço que o efeito devolutivo dos recursos devolve *ad quem* a totalidade das questões postas em Juízo, inclusive as não analisadas pela Instância inferior, mas discutidas pelas partes. Assim, se a Requerida opõe duas defesas ao pedido, mas o Juiz acolhe somente uma delas, o recurso devolverá à Instância Superior o conhecimento de ambas as defesas, podendo manter a improcedência, por exemplo, pelo outro fundamento.

O que não pode ocorrer é a dilação defensiva, através das contra-razões.

Não conheço, pois, das preliminares de ilegitimidade de parte e inépcia da inicial, arguidas pela Requerida.

No mérito, temos questão de alta indagação, tratada internacionalmente, consistente na tutela e proteção ao menor.

Destacamos que a legislação tutelar do menor remonta ao Século XVIII e encontra sua origem nos países industrializados, onde se

buscou vedar seu trabalho em locais perigosos, insalubres, diminuir a jornada de trabalho, dentre outras normas protetivas.

As Nações Unidas, através da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, ratificada pelo Brasil, demonstrara a preocupação com a preservação, em especial, dos direitos das crianças, em decorrência de sua imaturidade física e mental, anteriormente, objeto de deliberação na Declaração dos Direitos da Criança, em Genebra, de 1924, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança, estabelecendo princípios, dentre os quais:

“A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas.[...]”

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. A sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário.

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.[...]”

A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma.

Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.”

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1934, vislumbrou-se maior preocupação com o menor, estabelecendo-lhe limites para admissão ao trabalho.

A Constituição Federal de 1988, pródiga no que tange aos temas sociais, mas atual nas questões internacionalmente debatidas, sobretudo no que tange aos direitos humanos, trata a questão da criança com respaldo sem precedentes, adotando a teoria da proteção integral. Vários dispositivos destacam o compromisso do Estado com os direitos da criança e do adolescente, principalmente, o art. 227, ao dispor que “...o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais...”.

Assistência está reafirmada no art. 203, ao prever a sua prestação a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, com ênfase no amparo às crianças e adolescentes carentes.

Na mesma linha, como a educação constituiu um ponto nodal de toda e qualquer política infanto-juvenil, a CF detalha, no art. 228, os deveres próprios do Estado:

“I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

III - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”

Para integrar esse arcabouço jurídico, a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.89, adotou a Convenção sobre os Direitos

da Criança, ratificada pelo Brasil em 24.09.90, em cujo art. 28 os Estados-partes se comprometem:

“... ”

a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos;

b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;

c) ...

d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;

e) ...”

Também, no art. 32, o Brasil se comprometeu:

“Art. 32 - 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou seja nocivo para saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

2. Os Estados-partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados-partes deverão, em particular:

a) estabelecer uma idade ou idades mínimas para a admissão em empregos;

b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego;

c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo.”

Na esteira do texto Constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, promulgado pela Lei n. 8.069, de 13.07.90, regula muitas das conquistas consubstanciadas pela Carta Magna em favor da infância e da juventude. O Estatuto introduz inovações importantes no tratamento dessa questão, sintetizando mudanças, deslocando a tendência assistencialista prevalecente em programas destinados ao público infanto-juvenil para o âmbito sócio-educativo, de cunho emancipatório.

Além disso, no campo do atendimento a crianças e adolescentes em condição de risco pessoal e social, o Estatuto rejeita as práticas subjetivas e discricionárias do direito tutelar tradicional e introduz salvaguardas jurídicas, de forma a conferir à criança e ao adolescente a condição de sujeito de direitos, frente ao sistema administrador da justiça para a infância e juventude.

Institucionalmente, o ECA criou os Conselhos Tutelares (art. 131), com o intuito de garantir a aplicação eficaz das propostas estatutárias. Órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, são encarregados pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Sempre que esses direitos forem violados, por ação ou omissão do Estado ou da sociedade, caberá aos ditos Conselhos Tutelares adotar medidas de proteção cabíveis, interpondo, quando necessário, representação junto à autoridade judiciária.

Além de constituir um marco legal inédito sobre a temática em apreço, o ECA buscou assegurar às crianças e aos adolescentes o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Permeia, ainda, o Estatuto, a concepção de que crianças e adolescentes devem ter resguardados a primazia na prestação de socorros, a precedência de atendimento nos serviços públicos, preferência na formulação e execução de políticas sociais e, por derradeiro, privilégio da destinação de recursos públicos para a proteção infanto-juvenil. Essas prioridades reiteraram os preceitos constitucionalmente previstos.

Nessa esteira, o ECA, também, regula o direito à profissionalização e proteção ao trabalho.

O estímulo à aprendizagem, em termos de formação técnico-profissional, subordina-se à garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular por parte do adolescente. Nessa esteira, voltada para a regulamentação do instituto do trabalho educativo previsto no ECA e destinado ao adolescente entre 14 e 18 anos, de modo a conciliar atividades educativas com a inserção desse grupo no mercado de trabalho, foi promulgada a Lei n. 10.097/00.

E, ainda, a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), promulgada em 07.12.93 (Lei n. 8.742), que regulamenta os arts. 203 e 204 da Constituição, estabelece o sistema de proteção social para os grupos mais vulneráveis da população, por meio de benefícios, serviços, programas e projetos.

Em seu art. 2º, estabelece que a assistência social tem por objetivos, dentre outros: I) a

proteção à família, à infância e à adolescência; II) o amparo às crianças e adolescentes carentes.

Integrado ao combate de erradicar o trabalho infantil, o Governo brasileiro tem participado, de forma intensa, de conferências internacionais, que abordam a temática sobre as mais diversas perspectivas. O Ministério do Trabalho esteve presente na Conferência de Amsterdã (fevereiro 1997), na qual se discutiu com mais de 30 países, representantes de empregadores e empregados e organizações não-governamentais, medidas de combate às mais intoleráveis formas de trabalho infantil. Embora o trabalho infantil seja um dado nacional, em alguns ramos de atividades assume uma dimensão internacional. Nessa linha, a Conferência foi um marco fundamental para fortalecer a cooperação internacional e regional em torno da temática.

Por ocasião da Primeira Reunião Ibero-americana Tripartite de Nível Ministerial sobre Erradicação do Trabalho Infantil (Cartagena das Índias, maio de 1997), o Governo brasileiro, representado pelo Ministério do Trabalho, assinou a Declaração de Cartagena, que reitera o compromisso dos países signatários de reconhecer os direitos da infância como fundamentos dos direitos humanos. Para implementar as políticas, todos concordaram a se empenhar em: I) promover o crescimento econômico, que resulte na mitigação da pobreza; II) redobrar os esforços para erradicar o trabalho infantil, através de estratégias que agreguem e comprometam os diversos atores sociais; III) criar comitês nacionais, para desenhar e implementar um Plano Nacional de Ação para Erradicação do Trabalho Infantil; IV) estabelecer um acompanhamento sistemático desses comitês, bem como um sistema regional de informações.

A preocupação do governo brasileiro se encontra lastreada em dados estatísticos a demonstrar mais de 3 milhões de crianças e adolescentes menores de 16 anos (Anuário Estatístico do IBGE) trabalhando durante o dia para garantir o sustento próprio e da família, ao invés de participar de atividades de socialização, brincadeiras e de tempo para o estudo. Trabalham nas mais diversas atividades em prejuízo de sua educação e desenvolvimento físico e psicológico.

O trabalho infantil é um fenômeno complexo, principalmente, quando consideradas as contingências culturais, econômicas e sociais predominantes atualmente em nosso país.

A idéia prevalecente, no âmbito de nossa sociedade, consiste em manter o menor inserido no mercado de trabalho, como forma de contribuir para o aumento da renda familiar e evitar seu ingresso na marginalidade.

De forma alguma, fomentam-se idéias no sentido de uma ação social, que possibilite a essa família uma renda mínima adequada, excetuando-se o atual programa bolsa-escola, e permita manter seus filhos na escola, de modo que nos afigure cada vez mais natural a situação do menor trabalhando.

De conseqüência, proliferam entidades, mesmo com a melhor das intenções, como a Requerida, propalando o trabalho infantil, realizando verdadeira intermediação de mão-de-obra, sob os auspícios de realizarem atividades filantrópica e social, reduzindo a incidência de menores de rua e de marginalidade infantil, encaminhando-os ao mercado de trabalho.

Entretanto, verifica-se, quando de eventual fiscalização, como no caso dos autos, que os preceitos constantes do art. 68, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em hipótese alguma, encontram-se observados.

O trabalho educativo, no dizer de Oris de Oliveira, é *aquele em que a dimensão produtiva está subordinada à dimensão formativa*. Distingue-se do trabalho *stricto sensu*, por não restar configurada, precipuamente, a sua finalidade econômica e, sim, uma atividade laborativa, que se insira no contexto pedagógico, voltada ao desenvolvimento pessoal e social do educando.

Nessa linha, a Recomendação n. 117 da OIT, sobre a formação profissional, estabelece:

“A preparação pré-profissional deverá proporcionar aos jovens que ainda não tenham uma atividade profissional, uma iniciação a uma variedade de tipos de trabalho, nunca, porém, em detrimento da educação geral, nem como substituto da primeira fase de formação profissional.

A jornada completa de oito horas diárias de trabalho é incompatível com o processo de escolarização, que é um direito Constitucionalmente assegurado às crianças e adolescentes, além de ser prejudicial ao seu desenvolvimento cognitivo, afetivo e motor. A aprendizagem profissional não deve substituir a escolarização de primeiro grau, que, inclusive, forma trabalhadores mais aptos a se inserirem no mercado formal de trabalho.”

No caso em tela, foram constatadas e verificadas pelo Conselho Tutelar de Americana a inobservância do estatuído pela Lei n. 8.069/90, no tocante ao trabalho do menor e trabalho educativo, tais como o labor em jornada de 7h30, sem qualquer vínculo empregatício com as chamadas conveniadas, ou, em verdade, tomadoras, inexistência de complementação ou reforço escolar ou de um programa adequado de preparação

e capacitação dos menores, condições de higiene deficitária, o desligamento do programa, quando da gravidez das adolescentes ou quando em idade de alistamento militar, ausência de qualquer contato com a família do adolescente, conforme constante do item "c" do Capítulo I, do seu Estatuto, e, ainda, imposição de multas e penalidades vexatórias aos adolescentes.

Instaurado o Inquérito Civil Público, não se logrou êxito em firmar um termo de ajuste de conduta (fls. 161/164), recusando-se a Requerida-SOMA a providenciar regularização da situação trabalhista e previdenciária dos menores.

Aliás, extrai-se da cópia de Ata de Reunião (fls. 289/291), a relutância da Requerida em reconhecer a necessidade de adequação da instituição aos preceitos do ECA.

Os elementos constantes dos autos demonstram que o labor dos menores ocorria, em verdade, na forma de autêntica relação empregatícia subordinada, nada se vislumbrando acerca dos elementos caracterizadores do trabalho educativo alegado pela Requerida.

Somente a jornada a que se submetem os menores, já impossibilita sua frequência em qualquer outra atividade de cunho educativo ou de capacitação profissional, cujo fornecimento é inerente ao conceito de trabalho educativo.

Demais disso, o labor desses adolescentes se encontra à margem, ante os termos dos convênios estipulados pela Requerida e empresas conveniadas, de qualquer legislação trabalhista, seja na modalidade de aprendizagem ou mesmo na modalidade de estágio profissionalizante.

A situação dos menores, indubitavelmente, é de total desproteção legal, no tangente ao trabalho desempenhado, ao arrepio do Direito Internacional, dispositivos Constitucionais, infraconstitucionais previdenciários e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, as assertivas da Requerida, quanto a promover uma atividade de cunho social, encaminhando menores ao trabalho, recolhendo-os da rua e, mesmo no sentido de possuir um programa educacional, não podem prevalecer.

Outrossim, o argumento sórdido de, diante da realidade social do país, a forma de encaminhamento praticada é preferível à marginalidade, não obstante se revista de forte apelo emocional, não se sustenta juridicamente, sob pena de o Judiciário compactuar com um continuísmo desregrado e desgarrado dos

compromissos internacionalmente firmados pelo nosso País,

Destarte, impõe-se o provimento do recurso interposto, devendo, sim, a Requerida se abster de intermediar o trabalho de adolescentes e com idade inferior a 16 anos ao trabalho, salvo na condição de aprendiz, de desligar adolescentes grávidas, de descontar da remuneração dos adolescentes quantias destinadas a uniforme, salvo autorização legal, de reter salários, para compelir os adolescentes a apresentarem atestado escolar.

Isto posto, decido conhecer o recurso interposto, para **lhes dar provimento** e julgar procedente em parte a Ação Civil Pública, determinando à Requerida que se abstenha de intermediar trabalho subordinado de adolescentes em empresas, inclusive com idade inferior a 16 anos, salvo na condição de aprendiz, sem que lhes assegure todos os direitos trabalhistas e previdenciários, inclusive registro em CTPS, e sem a efetiva formação profissional acompanhada pela entidade-Ré, através de profissionais especializados, abstenha-se, também, de desligar adolescentes grávidas, abstenha-se de efetivar descontos nos salários dos adolescentes, especialmente a título de uniformes, salvo autorização legal, abstenha-se de reter salários, sob a condição de ser apresentado atestado escolar, sob pena de ser cominada multa diária, nos termos da Lei n. 7.347/85, ora arbitrada em R\$ 20,00 por adolescente em situação irregular, reversível ao FAT (Lei n. 7.998/90), devendo ser oficiado o Ministério do Trabalho, para fiscalização do cumprimento da presente. Custas a cargo da Requerida, calculadas sobre o valor ora arbitrado em R\$ 10.000,00, no importe de R\$ 200,00.

LUCIANE STOREL DA SILVA

Juíza Relatora

DOE 08.08.02, p. 23.

Acórdão 5ª Câmara 37.900/05-PATR
AGRAVO DE PETIÇÃO
Processo TRT/SP 15ª Região 556-2004-062-15-00-2
Origem: VT de Lins

AGRAVO DE PETIÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL DE BLOQUEIO DE CONTA - CORRENTE. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE EXECUTÓRIA AO BANCO.

POSSIBILIDADE.- Tendo o banco agravante descumprido ordem judicial de bloqueio de numerários da conta-corrente da executada, correta a r. decisão de origem, ao atribuir responsabilidade executória ao mesmo, a qual encontra amparo nos arts. 671 e 672 do CPC, bem como no art. 312 do atual CC. A r. decisão *a quo* apenas assegurou o resultado prático que se pretendia obter através da ordem descumprida pelo agravante (o pagamento da dívida), evitando que se tornasse inócua a determinação judicial e a própria atividade jurisdicional, o que jamais se poderia admitir.

Agravo de petição a que se nega provimento.

Adoto o relatório da r. decisão de fls. 153/158, que julgou improcedentes os embargos de terceiro, acerca da qual agrava de petição o embargante, apresentando, para tanto, as razões de fls. 164/178.

Alega, em síntese, que não há fundamento legal que possa responsabilizar a ora ré pelos créditos trabalhistas executados, pois é terceira de boa-fé; que a determinação de penhora e inclusão da agravante no pólo passivo da execução trabalhista fere frontalmente a CF/88, visto que não se respeitou a ampla defesa e o contraditório e assim está em descompasso com o Devido Processo Legal Constitucional; que a execução foi totalmente satisfeita e não há mais necessidade de manter os valores penhorados, eis que o objeto da penhora é individualizar bens do devedor no montante da execução e essa já foi satisfeita. Pugna pela inteira reforma da r. decisão de origem para que seja julgada totalmente procedente a presente ação, com a liberação do numerário de sua propriedade.

Representação processual às fls. 13/19.

Contraminuta do primeiro agravado às fls. 186/187, quedando-se silentes os demais (fls. 187 verso).

Manifestação da D. Procuradoria do Trabalho às fls. 193/194, opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Conhece-se do presente agravo, uma vez que estão preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

No mérito, contudo, a insurgência não merece acolhida.

Consoante se verifica dos autos, em 06.11.03 foi expedida a ordem de bloqueio de

numerários das contas da executada Aramefício Contrera Indústria e Comércio Ltda., através do convênio Bacen-Jud (fls. 46). Aludida ordem, porém, não foi cumprida pelo agravante, em que pese a efetivação de inúmeros depósitos na conta-corrente da empresa em questão, a partir da data supracitada, como, por exemplo, nos dias 12, 13, 14, 17, 18, 19 e 20.11.03, de acordo com os extratos bancários acostados às fls. 113/114.

Ante o descumprimento da ordem judicial, o MM. Juízo *a quo* proferiu a r. decisão de fls. 52/53, responsabilizando o recorrente, com fundamento no parágrafo único do art. 14 do CPC, **pelos valores dos créditos efetuados na conta-corrente da executada ocorridos a partir de 10.11.03 até 04.02.04, observado o limite da solicitação de bloqueio (R\$ 3.500,00)**, além de multa de 20% do valor da causa (execução), através de depósito em conta do FAT (fls. 53, 1º parágrafo).

Aduz o agravante que a determinação de penhora e inclusão da agravante no pólo passivo da execução trabalhista fere frontalmente a CF/88, visto que não se respeitou a ampla defesa e o contraditório e assim está em descompasso com o Devido Processo Legal Constitucional (fls. 165).

Nenhuma razão lhe assiste, porém, sendo certo que o mesmo vem exercendo amplamente os direitos constitucionais previstos no art. 5º, incisos LIV e LV da CF, por meio da presente ação, e, inclusive, através do remédio processual *sub examem*.

De outra parte, também não prospera a alegação de que não havia saldo na conta-corrente da executada, no dia 06.11.03, e que a determinação de bloqueio de conta-corrente, não mencionava a obrigatoriedade de penhorar créditos futuros (fls. 172, 3º parágrafo).

A esse respeito, valho-me das palavras do ilustre Juiz José Pedro Camargo Rodrigues de Souza, nos autos do Mandado de Segurança 477-2004-000-15-00-3, cuja decisão foi publicada em 13.08.04, *verbis*:

“Depois de vários meses de notória e pública aplicação do convênio Bacen-Jud nos processos de execução trabalhista e depois de mais de ano vigorando o Provimento TST/CGJT n. 01/03, que estabelece instruções para a utilização prioritária desse referido convênio, é *inacreditável que a ordem de bloqueio de conta corrente de determinada pessoa não seja entendida como todos a entendem, ou seja, geral e irrestrita, para valores atuais e futuros,*

abarcando todas e quaisquer contas, também atuais e futuras (destaques nossos)."

É certo que a atribuição de responsabilidade executória ao agravante encontra respaldo nos arts. 671 e 672 do CPC, bem como no art. 312 do atual CC, não havendo que se falar em ausência de "fundamento legal" para tanto, e, no que concerne à multa prevista no art. 14, parágrafo único do CPC, tem-se que, ao contrário do alegado, a mesma não se dirige apenas às partes do processo.

Como observou o MM. Juízo *a quo*, o art. 14 do CPC impõe os deveres de lealdade, de boa-fé e de colaboração com a autoridade judiciária, às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. *Tal se deu com o embargante, que participou do processo, na qualidade de auxiliar da Justiça, tendo, entretanto, deixado de dar cumprimento à ordem que lhe foi dirigida* (fls. 155, 2º parágrafo, grifo nosso).

Outrossim, como bem ponderado na origem, a conduta do embargante enseja não só a aplicação de multa, como, também, a prática de ato judicial específico que recomponha a situação anterior de possibilidade de concretização da primitiva ordem de penhora, atingindo diretamente aquele que tinha a obrigação legal de colaboração com a Justiça e não o fez (fls. 156, 2º parágrafo).

Com efeito, era imperativa a tomada de providências que assegurassem o resultado prático que se pretendia obter através da ordem descumprida pelo agravante (**o pagamento da dívida**), sob pena de negar-se efetividade às decisões judiciais e tornar inócua a própria atividade jurisdicional, **o que jamais se poderia admitir.**

A propósito da matéria, colacionamos a ementa que sintetiza a brilhante decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança 477-2004-000-15-00-3 anteriormente referido:

"MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM JUDICIAL DE BLOQUEIO DE CONTA CORRENTE. DESCUMPRIMENTO. RESPONSABILIZAÇÃO IMEDIATA DO BANCO DEPOSITÁRIO. COMTEMPT OF COURT. REPOSIÇÃO DA SITUAÇÃO ANTERIOR. APLICAÇÃO DOS ARTS. 14 E 461 DO CPC. É inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões tomadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução dos litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de

força ao Judiciário é o mesmo que negar a sua existência (Profa. Ada Pellegrini Grinover), enfim, do próprio Estado de Direito, que detém o monopólio da jurisdição. Nessa linha de raciocínio, se emitida ordem judicial de bloqueio de conta-corrente e o banco depositário, por culpa ou dolo de seus prepostos, não vem a cumpri-la, há de ser responsabilizado de plano, podendo o juiz praticar atos que reponham a situação anterior e que assegurem o resultado prático equivalente ao do cumprimento da ordem de apreensão do numerário, impondo ao banco o depósito do valor correspondente. Não se pode admitir a existência de um certo tipo de conta-corrente, mesmo que "garantida", que funciona para todos os efeitos comerciais (descontos, cobranças, empréstimos, etc.), mas que estaria imune à atuação jurisdicional, sem a possibilidade de penhora, ou seja, só estaria "vacinada" contra a Justiça ou outros credores. A esta conclusão se chega por interpretação sistemática dos arts. 14 e 461 do CPC e dos demais princípios de direito. Os deveres de lealdade, boa-fé e de colaboração com a autoridade judiciária dirigem-se não só às partes do processo, mas a todos os que, de qualquer forma, dele participam. Espera-se de qualquer instituição bancária, que atua no mercado financeiro com autorização federal (art. 192 da CF) que aja como auxiliar da Justiça, sendo-lhe vedada a prática de atos que frustrem, na prática, a atuação da jurisdição."

Esta E. Turma já decidiu no mesmo sentido, nos autos do Processo 560-2004-062-15-00-0-AP, Agravante: Banco Nossa Caixa S/A, Agravados: INSS, J.C.S.S. e Aramefício Contrera Indústria e Comércio Ltda., cujo voto condutor foi proferido pelo insigne Juiz Jorge Luiz Costa, tendo sido publicado em 24.06.05.

Destarte, nenhum reparo merece a r. decisão de 1º grau, não sendo demais acrescentar-se que o agravante nenhuma prova produziu no sentido de que "a execução foi totalmente satisfeita", razão pela qual também não prospera a pretensão de obter a liberação da penhora, ao argumento de que não há mais necessidade de manter os valores penhorados (fls. 165, 2º parágrafo).

Nega-se provimento.

Diante do exposto, resolve-se conhecer do agravo de petição interposto pelo terceiro embargante, e, no mérito, **negar provimento** ao mesmo, nos termos da fundamentação supra.

Custas processuais pela executada nos autos principais, no importe de R\$ 44,26 (quarenta e quatro reais, vinte e seis centavos), na conformidade do inciso IV do art. 789-A da CLT.

DOE 19.08.05, p. 44.

Sentença
Processo TRT/SP 15ª Região 16-2006-030-15-00-6
VT de Ourinhos

Vistos, etc.

I.

Versam os presentes autos acerca de ação tipicamente acidentária, proposta por F.M.Á.C., em face do Instituto Nacional do Seguro Social, na qual pretende a autora o restabelecimento de sua aposentadoria por invalidez, decorrente de acidente do trabalho (LER – Lesão por Esforços Repetitivos), ao fundamento de que, beneficiária da previdência social governamental há quase 12 (doze) anos, recebendo auxílio doença acidentário, auxílio acidente e por último aposentadoria por invalidez acidentária, teve o seu benefício cancelado, ao fundamento de que apta ao trabalho, sem que nenhum laudo pericial consistente fosse realizado, ou mesmo que lhe fosse respeitado o devido processo legal.

Por conta desses fatos, requer lhe seja mantido o benefício previdenciário até então recebido, inclusive em sede de antecipação de tutela, invocando em seu amparo os termos da Instrução Normativa INSS n. 118/05, que prevê o processo administrativo como veículo de apuração de fatos desta natureza, atestando estar ainda pendente recurso administrativo nessa seara e destacando não possuir capacidade laborativa para reassumir suas funções no banco onde trabalhava, conforme relatórios e atestados médicos trazidos ao feito.

O presente pleito foi ajuizado em face da Justiça Federal local, que baseando-se nos termos do art. 109, I, da atual CF, reconheceu-se incompetente para apreciar a demanda, em face da matéria nela versada, tipicamente acidentária, determinando remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Justiça Estadual nesta comarca (fls. 151).

De sua parte, quando da recepção deste feito no Juízo Estadual, este, através de sua MM. Segunda Vara, também inferiu por sua incompetência *ratione materiae*, já que, segundo asseverou aquele douto magistrado, em substancial decisão, diante dos termos da novel EC n. 45/04, de 31.12.04, e em face da decisão tomada pelo STF, nos autos do Conflito de Competência 7204-1/MG, explicitando o alcance da nova redação

do art. 114 da CF, toda e qualquer ação versando sobre acidente do trabalho, seja aquela fundada no direito civil, em que são partes empregado e empregador, seja esta que aqui se delinea, fulcrada no direito previdenciário, onde contendem o instituto previdenciário e o segurado, seria da competência da Justiça do Trabalho, desta forma homenageando-se o princípio da “unicidade de convicção”, disso decorrendo a remessa dos autos a este Órgão, para conhecer e julgar a presente demanda (fls. 157/158).

2.

Com a devida *venia* das judiciosas ponderações explicitadas na r. decisão tomada pelo Juízo Estadual, não há como se conformar com tal posicionamento.

Em verdade, há disposição legal explícita, o art. 129, inciso II, da Lei n. 8.213/91, no sentido de que as ações acidentárias típicas, versadas entre o segurado e o órgão previdenciário, devam ser dirimidas

“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.”

É certo que a esta conclusão se poderia redarguir com a própria força da CF, que como lei maior a delimitar o alcance de todo o ordenamento jurídico, haverá de restringir e até mesmo neutralizar dispositivos legais que com ela se atrem. É a “interpretação conforme a constituição” ou o “princípio da unidade da constituição” a que se refere J.J. Gomes Canotilho.

Mas o fato é que não há qualquer incompatibilidade entre o preceito contido no art. 129, II, da Lei n. 8.213/91, e a Carta Magna, mesmo considerada a redação que lhe deu a já mencionada EC n. 45/04.

O art. 109, I, da CF, ao disciplinar a competência material da Justiça Federal, foi explícito ao excluir dos juízes federais a apreciação de causas de falência, de **acidentes do trabalho** e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho.

E ao assim estabelecer, tal dispositivo constitucional não relegou à Justiça do Trabalho a apreciação das ações acidentárias típicas, pois tanto estas, quanto as causas sujeitas à apreciação do Judiciário Trabalhista foram alvo da mesma exceção, e **no mesmo dispositivo constitucional**.

Quisesse o constituinte, no art. 109, I, da CF, retirar dos juízes federais a apreciação da ação

acidentária típica, para relegá-la aos juizes do trabalho, e não teria feito menções distintas às causas de acidente do trabalho e àquelas sujeitas à Justiça do Trabalho, pois estas abarcariam aquela.

Com efeito, e mais uma vez com a devida *venia* de entendimentos em contrário, não se pode olvidar que do acidente do trabalho surge a possibilidade de o trabalhador acidentado manejar dois tipos distintos de ação judicial, de buscar duas espécies diferentes de prestação jurisdicional.

O art. 7º, XXVIII, da atual CF, fala do direito do trabalhador ao “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. E nisso estabelece dois direitos distintos afetos ao obreiro – o direito ao seguro contra acidentes do trabalho, este inserido na previdência social governamental (Lei n. 8.213/91, art. 18), e o direito ao ressarcimento por danos morais e materiais, culpa ou dolosamente causados pelo empregador.

Bem por isso, causas sujeitas à Justiça do Trabalho, são apenas aquelas **que têm o empregador no pólo passivo**, quando causador de danos morais ou materiais ao trabalhador, baseando-se no direito civil, pelo fato do acidente de trabalho, e não aquelas tipicamente acidentárias, intentadas em face da previdência social governamental, fundamentadas em normas essencialmente previdenciárias. O art. 114 da CF, tanto na redação atual, como na dicção anterior à própria EC n. 45/04, inequivocamente, trata da primeira situação aqui descrita, e não da segunda. A Súmula STF n. 736 é claríssima a esse respeito:

“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”.

Nessa conformidade, as causas acidentárias mencionadas e excepcionadas no art. 109, I, da CF, referem-se ao direito do trabalhador ao seguro contra acidentes do trabalho, institucionalizado e inserido na previdência pública, pois só estas têm no pólo passivo uma entidade autárquica federal - o Instituto Nacional do Seguro Social.

O fato de esse dispositivo constitucional, o art. 109, I, da CF, excluir da apreciação da Justiça Federal a ação acidentária típica, aquela que tem o INSS no pólo passivo, sem mencionar a que órgão uma tal demanda deva ser encaminhada, não faz inferir que dela deva conhecer a Justiça do Trabalho, pois quem detém “competência residual” é a Justiça Comum.

“Também está na Lei Maior a competência da Justiça Federal (arts. 109 e 110), da Justiça Militar (art. 124), da Justiça Eleitoral (art. 121) e da Justiça do Trabalho (art. 114). Todas as demais causas, não expressamente referidas na Constituição Federal, são de competência dos Tribunais e juizes estaduais (denominados justiça comum, ou ordinária), que assim exercem, pode-se dizer, uma competência residual.” (Athos Gusmão Carneiro, *in*, *Jurisdição e Competência*, Saraiva, 2000, p. 54).

O próprio “princípio da unidade de convicção”, fundamento utilizado por dois dos ministros do STF para sustentar a competência da Justiça do Trabalho também para conhecer da ação acidentária típica, manejada em face do INSS, tal como asseverado no CC 7204-1/MG, não pode ser elevado à categoria de dogma intransponível, mas sim relegado à sua estrita função, de **coadjuvante hermenêutico** na busca do efetivo sentido das regras de competência – nada mais.

Com efeito, se as normas de competência jurisdicional inspiram-se em critérios de política judiciária, observando diretrizes históricas, sociais e políticas (Cintra, Grinover e Dinamarco, *in*, “Teoria Geral do Processo”, Malheiros, 2002, p. 232), quem nelas se inspira primordialmente é o **legislador**, cabendo ao **juiz** tão-somente **complementar o seu sentido**, sempre limitado à *mens legis*.

É verdade que a Justiça do Trabalho tem afinidade com as questões relacionadas ao acidente do trabalho, porque este tema é, de fato, correntio no seu dia-a-dia. Mas correntios, frequentes na realidade trabalhista, são, praticamente, todos os assuntos relacionados à previdência social, até porque o próprio Direito Previdenciário proveio do Direito do Trabalho, e nem por isso se pode sustentar que todas as causas previdenciárias onde se discute a existência de um contrato de trabalho, por exemplo, devam ser dirimidas pela Justiça do Trabalho, em homenagem ao “princípio da unidade de convicção”.

Bem por isso, e ao final desta peça, este magistrado suscitará conflito negativo de competência, a ser dirimido pelo E. STJ, por entender que lhe falta competência material para dirimir definitivamente esta contenda.

3.

Entretanto, há uma questão ainda mais premente a ser enfrentada, que por sua magnitude haverá de ser deslindada por este Juízo, ainda que se dê por incompetente para conhecer o mérito desta contenda.

Não há dúvidas de que, pelo fato da ampliação substancial da competência trabalhista, certa perplexidade haverá de se infiltrar no espírito do operador do direito, que para bem aflorar os novos limites da competência da Justiça do Trabalho, e desassemelhá-los da competência material afeta aos demais ramos judiciais, decerto que terá de aparar arestas, sedimentar posições jurídicas até então voláteis, avançar e retroceder em muitos pontos.

Aliás, mostra inconfundível desse sinuoso, embora necessário caminho, é o fato aqui verificado, em que três ramos de justiça dar-se-ão por incompetentes para o julgamento meritório desta demanda.

O aprimoramento do direito passa, de fato, pela dialética.

Contudo, a despeito de normal e até mesmo necessário que discussões e impasses dessa natureza tenham curso, é preciso considerar que por detrás deles está a parte, o jurisdicionado, razão de existência do próprio judiciário, a quem toca o direito constitucional à "razoável duração do processo" e aos meios que garantam uma tal celeridade (CF, 5º, LXXVIII).

O jurisdicionado não poderá esperar que se sedimente a jurisprudência em torno dos limites da nova competência trabalhista, para só depois ver o bem da vida tutelado, principalmente em questões como esta aqui analisada, de feições previdenciárias, de natureza nitidamente alimentar, que por isso mesmo desafia rápida solução, sob pena de se ver esvaído o próprio direito perseguido.

Dito de outra forma, se por um lado a perfeita compreensão dos novos limites competenciais da Justiça do Trabalho, passa pela discussão ainda embrionária a respeito do exato alcance dos termos da EC n. 45/04, por outro é imperioso reconhecer que uma tal discussão não poderá tirar o foco principal daquele que busca o serviço judiciário, pretendendo ver reparada uma lesão ou afastada uma ameaça a direito seu.

4.

Nesse contexto, nada impede e tudo aconselha, que mesmo aquele juiz que se venha a reconhecer incompetente para apreciar determinada matéria, empreenda tutela de urgência, pelo menos para aplacar situações onde manifestamente este tipo de providência jurisdicional se faça imprescindível, quer em sede cautelar, de forma a assegurar o resultado útil do processo principal, quer em sede antecipatória, onde a salvaguarda se refere ao próprio bem da vida cuja proteção se reclama.

A doutrina parece avaliar um tal posicionamento, como o faz Ovídio A. Baptista da Silva, embora centrado na questão da incompetência relativa, nisso acompanhando Pontes de Miranda (*Comentários*, Forense, Tomo XII, 2003, p. 44) e Athos Gusmão Carneiro (*Jurisdição e Competência*, Saraiva, 2000, p. 106), ao sustentar que, em sede cautelar, a rigor

"todas as regras sobre competência deveriam ser, senão menosprezadas, ao menos relativizadas, a ponto de permitir que as ações cautelares fossem apreciadas até mesmo por juízes incompetentes, como é da tradição do direito luso-brasileiro" (*in*, *Curso de Processo Civil*, vol. 3, 1998, p. 114).

Gelson Amaro de Souza vai ainda mais longe, ao sustentar, percucientemente, que o art. 113 do CPC, no seu § 2º, ao dizer da nulidade dos atos decisórios proferidos por juiz absolutamente incompetente, não abarca "todos" os atos decisórios, mas apenas aqueles não referendados pelo tribunal que apreciar o conflito suscitado (*in*, *Juris Síntese IOB* - CDROM, 057/06) - no que, aliás, tem absoluta razão, pois assim expressamente disposto no art. 122 do CPC:

"Ao decidir o conflito, o tribunal declarará qual o juiz competente, pronunciando-se também sobre a validade dos atos do juiz incompetente".

De sua parte, a jurisprudência já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, inferindo que a incompetência do juiz não é óbice ao empreendimento de tutelas de urgência, máxime quando a situação se afigurar imperiosa.

"PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ACOLHIDA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONCEDIDA PELO JUIZ DECLARADO INCOMPETENTE. VALIDADE. SUSPENSÃO DO PRAZO PARA APRESENTAR CONTESTAÇÃO.- 1. Acolhida a exceção de incompetência e remetidos os autos ao juízo competente, o prazo para a resposta voltará a fluir após cientificado o réu, por seu advogado, de que os autos ali se encontram (precedente do STJ). 2. Os atos praticados pelo juiz antes de declarar-se incompetente estão amparados pela jurisprudência dos tribunais superiores e se insere no poder geral de cautela do magistrado. Além disso, a ratificação desses atos pelo juízo declarado competente os torna válidos e está em consonância com o princípio da celeridade processual. 3. No tocante ao mérito da antecipação dos efeitos da tutela, a própria agravante afirma que é objeto de outro agravo de instrumento, razão pela qual deixo de apreciá-lo. 4. Agravo de instrumento parcialmente provido." (TRF 3ª Região AG 2003.03.00.033369-3 (181281) - 1ª Turma.

Rel. Desemb. Fed. Vesna Kolmar. DJU 15.02.06, p. 142). (in, "Juris Síntese IOB" – CDR0M 057/06).

"MANDADO DE SEGURANÇA. - Autoridade coatora. Reconhecimento de sua incompetência. Reapreciação posterior de liminar. Matéria *sub judice* que deveria ser apreciada pelo juízo competente, com a desconsideração da decisão proferida pela autoridade incompetente. **Situação fática, todavia, que comporta tratamento diferenciado, mantido o *status quo*, tendo-se em vista os interesses da menor.** Revogação da liminar a ser reexaminada pelo juízo reconhecido como competente. Segurança parcialmente concedida. Se o próprio Juiz reconhece a sua incompetência, deverá ele, após esse reconhecimento, submeter a matéria, objeto da controvérsia, à apreciação do juízo para o qual declinou sua competência, a fim de que, se aceita esta, seja mantida ou anulada a decisão ora impugnada." (Rel. Donald Armelin - MS 217.166-1/SP - 26.04.94) (Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – grifo nosso).

E de fato outro não deve ser o comportamento do juiz que se vê diante de situação premente, onde periclitante a higidez do processo principal ou o próprio direito perseguido. Haverá de exercer jurisdição, mais do que competência, empreendendo a necessária tutela de urgência, ainda que relegue a sua manutenção ao tribunal ou ao juiz que este entender por competente. Do contrário estaria fazendo letra morta da própria indeclinabilidade característica deste poder-dever de dizer o direito.

Em linha de conclusão para este tópico, ainda que incompetente para conhecer o mérito da demanda, de forma definitiva, pode e deve o juiz que assim se reconhecer, empreender todas as medidas de urgência que se façam necessárias a afastar situação de grande periclitção do processo ou do direito perseguido.

É de jurisdição e não de mera competência uma tal imperiosidade.

5.

E este é, exatamente, o caso dos autos.

Primeiro porque uma alteração da magnitude descrita na peça de abertura, com o próprio cancelamento do benefício previdenciário recebido por vários anos, como se vê à fl. 18, somente seria factível depois de observado o "devido processo legal" a que se refere o inciso LIV, do art. 5º constitucional, ali possibilitada a "ampla defesa", inclusive em termos administrativos, como estabelece o inciso LV do mesmo dispositivo constitucional, nisso inspirando o art. 69 da Lei n. 8.212/91 e a própria Instrução Normativa INSS/DC n. 118/05 - na qual pautou-se o Órgão

Previdenciário para a cessação do benefício (fl. 97) -, que aliás, no seu art. 103, § 3º, **condiciona uma tal supressão imediata do benefício previdenciário até então fruído, à não apresentação de recurso dentro do prazo previsto no mesmo dispositivo legal.**

Aliás, assim também entende a doutrina mais abalizada, como se vê, por exemplo, do escólio de Vladimir Novaes Martinez, a respeito do mencionado art. 69 da Lei n. 8.212/91:

"Se o segurado comparece à convocação a que alude o preceito, descabe a suspensão do benefício, só cabível se ele se desinteressar pela solução. De qualquer forma, o cancelamento só poderá ocorrer diante do não comparecimento do interessado ou após decisão de último nível do CRPS." (in, "Comentários à Lei Básica de Previdência Social", LTr, 2003, p. 708).

Ocorre que, na hipótese aqui tratada, **tal cancelamento se deu na pendência de recurso formulado à 15ª Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social**, tempestivamente interposto, conforme se vê à fl. 23 - no que afrontado o devido processo legal, que por óbvio não se circunscreve à fase inicial do processo administrativo, mas sim a todo o procedimento cabível.

"A suspeita de fraude na concessão de benefício previdenciário não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá de apuração em procedimento administrativo" (Súmula TFR n. 160).

Por outro lado, e ainda que assim não fosse, mesmo que ultimadas todas as fases do processo administrativo de cancelamento do benefício previdenciário em testilha, o fato é que os fundamentos pelos quais inferiu o INSS pelo cancelamento da aposentadoria por invalidez conferida à autora, não se afiguram consistentes.

Afinal, há nos autos recente relatório médico firmado por especialista (fl. 26), secundado por substancial exame ultrassonográfico (fl. 27), dando conta da incapacidade laborativa irreversível de que é portadora a requerente, acometida de "tendinopatia de ombros e membros, associada a esforço repetitivo", o que autoriza a manutenção do benefício previdenciário até então recebido.

Além disso, há dois "atestados de saúde ocupacional", emitidos posteriormente ao cancelamento do benefício previdenciário, pelo departamento médico do banco empregador da autora, dizendo de sua inaptidão para as funções contratadas, conforme se vê às fls. 174 e 176.

Em contrapartida, não se vê do feito nenhum elemento probatório com consistência capaz de infirmar tais constatações. O relatório de exame médico-pericial de fls. 136/137, no qual amparou-se o requerido para o cancelamento da aposentadoria concedida à requerente, baseia-se tão-somente nas informações prestadas pela autora, algo subjetivas, e que, por isso mesmo, desacompanhado de exames mais circunstanciados, não poderá suplantar a prova técnica produzida pela obreira e principalmente as próprias conclusões periciais anteriores, que levaram à concessão da aposentadoria hoje cancelada.

“Os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, que operam também em favor dos administrados, impedindo sua revogação sem observância do devido processo legal.” (TRF 4ª Região, MAS 97.04.52882-5, Rel. Des. Antonio Albino Ramos de Oliveira, 4ª Turma, DJ, 05.01.00). (in, *Jurisprudência Previdenciária*, Roberto Luis Luchi Demo, LTr, 2003, p. 43)”

Esses dois aspectos, nitidamente aflorados nestes autos, a desconsideração do recurso administrativo interposto pela autora e a existência de elementos probatórios razoáveis nos autos, dizendo da persistência da incapacidade laborativa da requerente, se constituem em elementos de convicção do Juízo quanto à verossimilhança das alegações obreiras, do *fumus boni juris* autorizador do provimento antecipatório, tal como definido nos arts. 273 e 461, § 3º, do CPC.

Além disso, a natural demora na solução desta demanda, de cognição plenária, aliada ao fato da própria celeuma criada em torno da ampliação da competência material desta Justiça Especializada, certamente farão com que a autora sofra prejuízos de grande monta, senão irreparáveis, decerto que de difícil reparação, dado o caráter alimentar de que se reveste este pleito – nisso presente o *periculum in mora* a que se referem os mesmos dispositivos legais acima indicados, tudo a autorizar a antecipação de tutela requerida.

Com tais ponderações, inferindo-se que a Justiça do Trabalho tem competência material para conhecer de questões acidentárias onde se discute dolo ou culpa do empregador, este colocado no pólo passivo da demanda, mas não sendo possível atribuir-lhe competência material para a ação acidentária previdenciária, à qual deva responder o Instituto Nacional do Seguro Social; ao mesmo tempo considerando a gravidade da situação aqui desenhada, onde três ramos de justiça deram-se por incompetentes para apreciar a presente matéria, no que prejudicada a auto-

ra sobremaneira, dada a natureza alimentar do direito perseguido, resolve-se:

1- antecipar os efeitos da tutela meritória, para determinar o restabelecimento da aposentadoria por invalidez à autora, nos exatos moldes então praticados, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária por tempo de atraso, no importe equivalente a R\$ 100,00 por dia, vertidos a favor da autora;

2- suscitar conflito negativo de competência, nos termos dos arts. 115 e seguintes do CPC, determinando, após cumprida a deliberação acima, a remessa deste feito ao E. STJ, conforme prevê o art. 105, I, “d”, da atual Carta Magna, de forma a que este declare a que órgão jurisdicional haverá de ser conferido o conhecimento desta contenda e disponha sobre a convalidação do provimento antecipatório ora exarado.

Expeça a Secretaria o competente mandado, para cumprimento urgente. Após o cumprimento do mandado, remetam-se como acima determinado.

Intimem-se.

LEVI ROSA TOMÉ

Juiz do Trabalho

Data do Julgamento 08.02.06.

Sentença
Processo TRT/SP 15ª Região 397-2006-093-15-00-6
6ª VT de Campinas

Trata-se de ação movida pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO – SINDIQUINZE em face do SINDICATO DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL NO ESTADO DE SÃO PAULO – SINTRAJUD, na qual o autor pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, para que os dirigentes do reclamado se abstivessem de dirigir o movimento grevista dos servidores da Justiça do Trabalho da 15ª Região, eclodido em março de 2006 por conta da insatisfação dos servidores com o teor da Resolução n. 03/06 do E. TRT local, sob pena de multa diária. Pleiteou, ainda, a declaração de nulidade dos efeitos da assembléia de greve realizada pelo reclamado em 11.03.06.

Atribuiu à causa o valor de R\$1.000,00.

Juntou instrumento de procuração e documentos (fls. 07/91).

Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, conforme decisão de fls. 94/99.

Regularmente notificado, o reclamado apresentou defesa escrita (fls. 118/138), arguindo preliminares e impugnando o mérito.

Juntou procuração e documentos (fls. 139/218).

À fl. 221, em 28.03.06, o reclamante alega que a decisão que antecipou a tutela estaria sendo descumprida pelo reclamado. Instado a esclarecer suas alegações, juntou os documentos de fls. 236/243. O reclamado se manifestou às fls. 244/298.

A matéria é exclusivamente de direito, o que dispensa a produção de outras provas.

É o relatório.

DECIDO

DO ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL

Conforme é cediço, o E. TRT da 15ª Região, em Sessão Plenária, houve por bem suspender os efeitos da Resolução n. 03/06, com o que findou o movimento grevista que lastreia essa demanda.

Com isso, não há falar-se em descumprimento da ordem judicial emanada às fls. 94/99, pois a greve a que se referia aquela decisão, como se deduz claramente, era exatamente a que teve seu ocaso após a suspensão do ato contra o qual se insurgiam os servidores.

Os documentos de fls. 236/242, juntados pelo reclamante, não provam a existência de atos de direção da greve deflagrada contra a referida Resolução por parte do réu, pois deveras não se pode dirigir o que mais não existe no mundo dos fatos para tanto. Meras tratativas acerca do assunto (discussões acerca de propostas de solução do impasse) não podem ser vistas como atos de direção coletiva de greve. Não houve nenhuma assembléia ou direção de reuniões sobre aquela greve, pois a mesma já não mais existia. A greve findou-se em março e os documentos são de maio e junho.

Lembre-se de que o juiz se limita ao postulado (arts. 128 e 460 do CPC).

Nada a deferir, portanto, a respeito, não merecendo agasalho o pleito do reclamante nesse aspecto.

PRELIMINARMENTE DA COMPETÊNCIA

Reitera-se, por oportuno, que esta Especializada é competente para apreciar a questão, tendo em vista cuidar-se de questão que se as-

senta na representação sindical, conforme inciso III do art. 114 da Constituição da República de 1988. Conquanto os integrantes da categoria sejam servidores estatutários, o objeto da demanda não envolve discussão entre aqueles servidores e o Poder Público. Não se cuida, nos autos, de eventuais direitos daqueles funcionários públicos, mas de matéria que tem por fundamento a representatividade sindical de sua categoria, de molde a legitimar ou não efeitos de assembléia realizada. Portanto, não há falar-se em aplicação do quanto decidido na ADIN 3.395/DF, a qual, dando interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da Constituição da República, afastou a competência da Justiça do Trabalho para as causas entre o Poder Público e seus servidores a ele vinculados estatutariamente. Além disso, não se está a tratar aqui de direitos assegurados no estatuto dos servidores públicos federais (Lei n. 8.112/90) e no direito administrativo em face da Administração Pública, mas tão-somente de questão vinculada à representação sindical, regulada pela CLT.

O inciso I do art. 114 do Texto Magno cuida de "ações oriundas da relação de trabalho", ou seja, que envolvam as relações jurídicas e os direitos relacionados diretamente ao labor humano. E aí houve a exclusão da competência relativamente aos servidores estatutários. Mas o inciso III do aludido artigo cuida, dentre outros, de "ações sobre representação sindical", sem excepcionar a categoria que o sindicato representa, razão pela qual agasalha também os sindicatos dos servidores públicos - frise-se - no que tange às questões atinentes à representação ou que em torno dela gravitem.

Logo, para o fim a que se destina esta lide, a Justiça do Trabalho é competente, reafirma-se.

DA INÉPCIA DA INICIAL

O reclamado entende que a petição é inepta, porque não houve pedido de confirmação da antecipação de efeitos da tutela jurisdicional.

Sem razão, pois isso não gera a inépcia pretendida. É evidente que se greve estivesse em curso, na sentença, o juiz automaticamente decidiria a respeito da manutenção ou cassação da medida concedida *in initio litis*.

Todavia, sequer a greve ainda persiste, o que torna a preliminar inócua.

Rejeito-a.

DA LITISPENDÊNCIA

O réu afirma que a demanda está ligada à questão da representatividade sindical e que já existem duas ações, com esse mesmo objeto, em tramitação, o que geraria a litispendência.

Ocorre que, nestes autos, a questão da representatividade sindical é tratada apenas incidentalmente, porquanto não há pedido específico sobre o tema, que constitui apenas fundamento da causa de pedir.

Por isso, a preliminar deve ser rechaçada.

Afasto-a.

DA CARÊNCIA DA AÇÃO

O réu sustenta que o autor é carecedor da ação, por faltar-lhe o interesse processual na modalidade necessidade, uma vez que a Resolução que deu causa ao movimento paredista foi suspensa.

Todavia, o que busca o autor é a nulidade dos efeitos da assembléia realizada pelo reclamado. Vale dizer, busca-se um efeito *ex tunc*, que não é obstado pelo fim do movimento aludido.

Face ao exposto, rejeito a preliminar.

DO MÉRITO

Conforme já se constatou, alega o reclamante ser o legítimo representante da categoria dos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e que o reclamado, ao agir na direção do movimento paredista eclodido no mês de março nesta urbe, capitaneando a assembléia que decidiu pela eclosão do movimento, feriu-lhe as prerrogativas insculpidas no estatuto da entidade autora. Por essa razão, entende o reclamante que os efeitos daquela assembléia devem ser declarados nulos.

O sindicato é a associação de indivíduos, com fundamentos na solidariedade humana, cuja finalidade é a luta em prol dos legítimos interesses que melhor atendam às suas necessidades enquanto integrantes de uma categoria profissional. E é exatamente a similitude das condições de vida derivadas da profissão ou trabalho comum que compõe, une e mantém os laços dessa categoria. Por conseguinte, mais intensa será a conexão dos interesses quanto mais análogas forem as características do *modus vivendi*, da cultura e dos valores humanos enfeixados pelos grupos sociais nas diferentes regiões em que vivem.

Ora, o reclamante congrega os servidores federais do TRT da 15ª Região, conforme comprova o disposto no art. 6º de seu Estatuto (fl. 15), cuja base territorial vem expressa nos documentos de fls. 08/11. Tal fato é público e notório, o que torna sem sentido a alegação do reclamado de que a certidão de fls. 08/11 não teria o condão de provar o registro do reclamante no Ministério do Trabalho. O que importa não é a

data em que expedida a certidão, mas que o seu conteúdo seja verídico. E o réu nada provou que pudesse afastar a real existência do registro ou o seu cancelamento, ônus que a ele competia, já que fato extintivo do direito do autor (art. 333, II, do CPC). A data da declaração pode estar vencida, mas se o conteúdo continua verdadeiro, pouco importa a data. A forma é, sim, inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade, mas o excesso de formalismo é um Titã que a tudo destrói e provoca ruínas.

Já a base territorial do reclamado, consoante art. 4º de seu Estatuto (fl. 61), não alcança os servidores deste Regional.

O Sindicato reclamante, de conformidade com os documentos de fls. 08/53, foi devidamente registrado nos órgãos competentes, pelo que atende ao disposto no art. 45 do CC e no art. 119 da Lei n. 6.015/73. Consigne-se que em 17.05.90, conforme documento de fls. 08/11, o reclamante já lograra seu arquivamento no Ministério do Trabalho. Por sua vez, o art. 71 do Estatuto do reclamado dá conta de que o instrumento foi aprovado nos dias 08 e 09.12.95. Assim, até pelo critério cronológico, prevalece a representatividade do autor, haja vista que, conforme ensina reiteradamente a doutrina, se já existir sindicato representativo da mesma categoria na base territorial pretendida, o novo não poderá ser registrado para o mesmo fim.

Aduza-se que o registro visa exatamente a garantir a unicidade sindical, ainda prevalecente em nosso país, conforme interpretação sistemática dos incisos I e II do art. 8º da Constituição da República de 1988.

Portanto, as provas documentais juntadas pelo reclamante têm o condão de caracterizar sua legitimidade para representar os servidores da Justiça do Trabalho da 15ª Região.

Se há algum descontentamento dos servidores representados, compete a eles destituir o representante, mediante os meios próprios, pois ninguém é obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato, conforme dispõe o inciso V do art. 8º da *Lex Legum*, o que é um direito fundamental, de caráter nitidamente sociológico, consoante o título II, capítulo II, da Carta de Outubro.

Mas, enquanto legalmente constituído e em vigor seus estatutos, ao autor compete o direito de representar os integrantes da categoria profissional que ostenta, consoante arts. 2º e 3º (fl. 13). Qualquer ato que venha a obstar o exercício desse direito causa lesão aos interesses do reclamante, uma vez que é o legítimo representante dos grevistas.

A ambigüidade representativa certamente acarretaria maiores gravames aos servidores, legítimos interessados no bom andamento da defesa coletiva de seus direitos.

A tese do reclamado de que o exercício do direito de greve independe de qualquer formalidade é insustentável. Certas formalidades existem e não de ser respeitadas, sob pena de se insuflar a insegurança na sociedade, com incommensuráveis prejuízos aos seus integrantes, notadamente quando se trata de greve de servidores públicos. A ausência de regras gera a balbúrdia, que inflama os ânimos e provoca a desestabilização social, terreno fértil para brotar os rompantes dos déspotas, que, sob o pálio da defesa da ordem, passam a oprimir e explorar seus semelhantes. É preocupante um sindicato defender tal tese, que somente pode ser imputada a um infeliz descuido de expressão.

Relevante, ainda, destacar que a quizília representativa precisa ter um fim, pois fere a ética que entidades de classe se digladiem entre si. De fato, cabe a todas as instituições sociais lutar em prol da paz social. E os sindicatos têm grande relevância nesse aspecto, não podendo, com atitudes destoantes aos princípios do Estado Democrático de Direito, infringir normas, invadir espaços alheios, fazer ouvidos moucos aos comandos constitucionais e infraconstitucionais, sendo exemplos negativos aos integrantes da sociedade, já tão cansada de fraudes, corrupções e falcatruas.

A alegação do réu de que a assembléia do dia 14.03.06, realizada pelo reclamante teria convalidado a sua, realizada em 11.03.06, não prospera. O fato de o reclamante ter realizado uma assembléia e nela deliberado o que quer que seja não significa que tenha ratificado assembléia do reclamado.

Da análise dos autos, conclui-se que os efeitos da assembléia realizada pelo reclamado em 11.03.06, que, frise-se, não pode representar os servidores da Justiça do Trabalho da 15ª Região sem ferir a Constituição da República de 1988, as leis e a ética, são nulos de pleno direito, o que se declara.

De fato, o ato é nulo quando celebrado sem se revestir da forma prescrita em lei, confor-

me o inciso IV do art. 166 do CC. E aquela assembléia inobservou a Lei Maior, no que tange ao princípio da unicidade sindical, consoante inciso II do art. 8º constitucional.

Não se trata – reitere-se por relevante – de obstar a liberdade sindical ou a livre adesão ou filiação a sindicato por parte dos titulares desses direitos, os servidores. Mas cuida-se de observar a lei enquanto necessidade de se garantir o próprio exercício das liberdades. Tudo que, não obstante em princípio parece muito salutar, mas é feito nas trevas da ilegalidade e nos escombros da inconstitucionalidade, acaba por voltar-se contra os participantes, por vezes inocentes, porquanto ludibriados por holofotes e fosforescências insustentáveis, que levam a precipícios onde pululam a ruína e a desintegração social.

DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Com o fim do movimento paredista objeto da concessão da medida, nada há a ser apreciado a respeito, pois já se esgotaram os efeitos da decisão.

Posto isso, afasto as preliminares e, no mérito, julgo procedente o pedido deduzido pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO – SINDIQUINZE na ação que move em face do SINDICATO DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL NO ESTADO DE SÃO PAULO – SINTRAJUD, para declarar nulos os efeitos da assembléia de greve realizada pelo reclamado em 11.03.06.

Custas pelo reclamado no importe de R\$20,00, equivalente a 2% sobre o valor da causa.

Intimem-se.

Cumpra-se.

JOÃO BATISTA DE ABREU

Juiz do Trabalho

Data do Julgamento 14.07.06.

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

01 - INTERDITO PROIBITÓRIO. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO PELO EMPREGADOR NA JUSTIÇA DO TRABALHO. HIPÓTESES RESTRITAS

O interdito proibitório, também denominado de ação de força iminente, é ação possessória com o objetivo de evitar esbulho ou turbação da posse, ou a ameaça da prática destes e pode ser ajuizado pelo empregador na Justiça do Trabalho. Contudo, a medida judicial em testilha não se constitui remédio adequado para tratar de pontos, situações e outras ocorrências pertinentes e específicas ao tema: greve. Sua utilização não pode representar uma frustração ao movimento paredista e somente é cabível nas estritas hipóteses, efetivamente verificadas, em consonância com os dispositivos constantes no art. 932 do CC. TRT/SP 15ª Região 1593-2005-000-15-00-2 - Ac. 1ªSDI 345/06-PDI1. Rel. Mariane Khayat. DOE 07.07.06, p. 11.

02 - MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA ENTE PÚBLICO QUE CONTRATA PELA CLT. MODIFICAÇÃO DE TURNO, DE JORNADA (NOTURNO PARA DIURNO). CONFIGURAÇÃO DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE TRABALHO

Nos termos do art. 468 da CLT, a alteração unilateral do contrato de trabalho não é permitida, encontrando limites o poder potestativo do empregador. Note-se que o direito do empregador de alterar unilateralmente as condições de trabalho (*jus variandi*) tem limites, sendo vedada a alteração de cláusulas importantes do contrato de trabalho, entre elas a que define a jornada de trabalho do empregado. Portanto, se a impetrante não demonstrou, no caso, a desnecessidade do trabalho noturno e nem a concordância do obreiro, não pode ela, simplesmente, preterir a situação daquele empregado que, de longa data, vem laborando naquele turno, mormente quando este não concorda com a alteração. A via eleita pelo reclamante, no caso a antecipação de tutela, se mostra adequada para a perseguição do seu direito, não havendo de classificá-la como ilegal. Por fim, não é incabível a tutela antecipada em face do Poder Público, pois as leis mencionadas pela impetrada, além de inconstitucionais, não se aplicariam ao presente caso, que trata de manutenção de situação existente até a mudança que se pretende seja declarada ilegal, não configurando concessão de vantagem pecuniária nova ao empregado público, além do que não traz qualquer prejuízo econômico à fundação pública, pois, conforme salientado pelo ilustre Representante do Ministério Público do

Trabalho “esta somente pagará o adicional noturno pelo serviço que será efetivamente prestado neste horário, sendo que ao final, dependendo do resultado do julgamento, poderá ocorrer a reversibilidade do provimento”. Logo, verifica-se que o procedimento adotado pelo MM. Juízo de origem não está eivado de qualquer abuso ou ilegalidade. TRT/SP 15ª Região 458-2006-000-15-00-0 - Ac. 1ªSDI 541/06-PDII. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 15.09.06, p. 34.

03 - MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE 30% DO SALÁRIO DO RECLAMADO. COLISÃO DE NORMAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O CPC (art. 649, IV), preocupado com a manutenção da dignidade mínima do devedor, prevê que créditos de natureza civil não podem prejudicar o recebimento de salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia. Por outro lado, a CF incluiu como um dos princípios norteadores os valores sociais do trabalho (1º, IV), e, o da natureza alimentícia do salário (100, § 1º-A). Como se não bastasse, a CLT está ancorada no princípio da proteção. Frente a tal aparente colisão de normas, não pode o Julgador proteger o devedor, mediante a proibição da penhora sobre qualquer parcela salarial, e, em contrapartida, virar as costas para um desprotegido empregado que obteve judicialmente um direito de natureza alimentar, estando assim numa situação extremamente indigna. Pelo contrário, amparando-se no princípio da proporcionalidade, deve avaliar e permitir a coabitação das diversas normas,

encontrando uma solução harmônica que melhor se aplique aos casos concretos, diferentes e dinâmicos. Razoável, assim, que a penhora recaia sobre 30% do salário, até que sejam pagos os direitos de natureza alimentar do reclamante. TRT/SP 15ª Região 383-2006-000-15-40-2 - Ac. 1ªSDI 303/06-PDII. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 07.07.06, p. 09.

04 - MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ FEDERAL E ACÓRDÃO PROFERIDO POR TRIBUNAL DA JUSTIÇA FEDERAL ANTES DA EC N. 45/04. CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O Excelso STF, no Conflito de Competência 7.204/MG, fixou como regra que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho que tramitam perante a Justiça Comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC n. 45/04, lá devem prosseguir até o trânsito em julgado e correspondente execução. A regra inspiradora do referido entendimento da Excelsa Corte também se aplica, com muito mais razão, às ações de mandado de segurança aforadas na Justiça Federal, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC n. 45/04. Assim, os embargos de declaração interpostos contra acórdão devem ser julgados pelo próprio Egrégio TRF da 3ª Região. Conflito de competência suscitado. TRT/SP 15ª Região 300-2006-151-15-00-1 - Ac. 1ªSDI 507/06-PDII. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 25.08.06, p. 16.

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

01 - AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO FORMULADO NA PENDÊNCIA DE RECURSO. INCOMPATIBILIDADE DE ATOS. DESISTÊNCIA DO APELO. CONSAGRAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. TRÂNSITO EM JULGADO DECORRENTE

Ao encetar entendimento visando a composição amigável, sinaliza a parte a desistência do recurso por ela interposto, eis que pratica ato incompatível com esse expediente processual, revigorando a força ordinatória contida na decisão recorrida, com o seu conseqüente trânsito em julgado. COISA JULGADA. SENTENÇA DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA DE DIREITO. TRANSAÇÃO PROCESSUAL POSTERIOR. LIMITES DE DISPONIBILIDADE DAS PARTES.- Não é dado às partes, no âmbito processual, conciliarem-se, após a pronúncia judicial sobre reconhecimento de relação empregatícia, em sentido oposto. A desistência de recurso interposto leva à permanência dessa decisão, facultando-se às partes tão só transacionarem sobre os valores daí decorrentes. Extrajudicialmente, "podem as partes consensualmente reconhecer a existência (pretérita) do direito ou relação jurídica de caráter disponível já declarada inexistente pela sentença, assim como podem ter por inexistente (desde a origem)

o direito ou relação disponível declarado existente pelo juiz. Não poderão, todavia, pretender do juiz declaração ou qualquer outra providência no sentido oposto à declaração que ele já emitiu" (conferir *Coisa Julgada e sua revisão* - Marcelo Talamini, RT/2005).- AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, IV, CPC. COISA JULGADA. ACORDO JUDICIAL FIRMADO APÓS DECISÃO SOBRE A QUAL PENDE RECURSO. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL. REVOGAÇÃO POSTERIOR DO ATO JUDICIAL. OFENSA À COISA JULGADA CARACTERIZADA.- Explícito se revela o equívoco procedimental do juiz que, mediante provocação, revoga decisão homologatória de acordo firmado entre as partes proferida por seu antecessor. Por força das orientações contidas no art. 831 da CLT e na Súmula n. 259 do C. TST, apenas por meio da ação rescisória é possível a desconstituição do termo de conciliação. TRT/SP 15ª Região 451-2004-000-15-00-7-Ac. 2ªSDI 242/06-PDI2. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DOE 21.07.06, p. 3.

02 - AÇÃO RESCISÓRIA. ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS, AUSÊNCIA DE LEALDADE E BOA-FÉ E FORMULAÇÃO DE PRETENSÕES DESTITUÍDAS

DE FUNDAMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA

Vislumbra-se claramente, no caso em tela, a intenção de alterar a verdade dos fatos, a ausência de lealdade e boa-fé e a formulação de pretensões destituídas de fundamento, o que denota o descumprimento, pelas autoras (ou pelo grupo econômico), dos deveres estabelecidos pelo art. 14 e as enquadra nas hipóteses previstas pelos incisos I, II, IV, V e VI do art. 17, ambos do CPC. Assim, em decorrência das transgressões constatadas, ficam as autoras condenadas nas penas decorrentes da litigância de má-fé, devendo responder pela multa de 1% e pela indenização de 10% sobre o valor da causa, em favor da ré, nos moldes do art. 18 do diploma legal supracitado. **AÇÃO RESCISÓRIA. ATRIBUIÇÃO DE VALOR IRRISÓRIO À CAUSA. EVIDÊNCIA DE OPORTUNISMO, EM FACE DA GRANDE PROBABILIDADE DE INSUCESSO DA TESE. NECESSIDADE DE ARBITRAMENTO.**- Não obstante esta Relatora aceite a estipulação de valor da causa distinto do conteúdo econômico em disputa (este último geralmente expresso na execução do julgado que se pretende desconstituir), a atribuição de valor irrisório (R\$100,00 - cem reais) à presente ação rescisória impõe seu arbitramento, seja porque completamente dissociado da realidade, seja porque calcado em evidente oportunismo, pois conscientes as autoras da grande probabilidade de insucesso de sua tese. Assim, ainda que excepcionalmente, aplicam-se os termos da Orientação Jurisprudencial n. 147 da SDI-2 do C. TST. **AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IRRELEVÂNCIA.**- Em que pesem os respeitáveis argumentos da D. Procuradoria do Trabalho, entendo que a ausência de prequestionamento não constitui óbice ao cabimento da ação: tratando-se a rescisória de uma ação autônoma, que instaura uma nova relação jurídico-processual e que, muitas vezes, baseia-se em motivos diversos daqueles que foram suscitados e debatidos nos autos do processo que deu origem à decisão rescindenda, não há que se falar em prequestionamento como requisito. **AÇÃO RESCISÓRIA. CARENÇA DE AÇÃO.**

ARGÜIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, EM DECORRÊNCIA DO CARÁTER RECURSAL DA DEMANDA. IMPOSSIBILIDADE DA EXTINÇÃO PRECOCE DA AÇÃO.- Em que pese o zelo demonstrado pela Procuradoria do Trabalho, o fato de as autoras eventualmente utilizarem a rescisória como meio recursal não autoriza a extinção precoce da ação. Havendo formulação de pedido de rescisão da sentença que a autora reputa nula, a aferição acerca da ocorrência de violação de literal disposição de lei é matéria ínsita ao mérito da via especialíssima ora utilizada e, caso realmente constatada, resultará na improcedência da ação. **AÇÃO RESCISÓRIA. COMPOSIÇÃO DO PÓLO PASSIVO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DE TODOS AQUELES QUE COMPUSERAM A RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DE ORIGEM.**- Na ação rescisória, todos aqueles que compuseram a relação jurídico-processual de origem devem ser chamados a integrar o feito, sob pena de formação irregular do pólo passivo e comprometimento da eficácia decisória, na medida em que o juízo rescindendo poderá irradiar consequências a todos os envolvidos. **AÇÃO RESCISÓRIA. RECONVENÇÃO. COMPATIBILIDADE.**- A reconvenção é ação aforada pelo réu, em face do autor, no mesmo processo em que este o demanda, na qual há concentração dos atos procedimentais relativos a ambas, tendo em conta o princípio da economia processual. Tem, por isso, como característica, a existência de conexão com a causa principal ou com o fundamento da defesa, sendo perfeitamente compatível com a ação rescisória. **AÇÃO RESCISÓRIA. RECONVENÇÃO. REQUISITOS DA COMPATIBILIDADE.**- Embora compatível a utilização da Reconvenção em Ação Rescisória, imprescindível se demonstra que a matéria que dá conteúdo àquela pudesse ser, isoladamente, objeto de ação rescisória. Consoante elucidativa exposição de Manoel Antonio Teixeira Filho, *in Ação rescisória no processo do trabalho*, "Não se requer, portanto, a simples identidade de procedimentos: na espécie, é imprescindível também uma identidade de eficácia teleológica. Demais, a reconvenção, para ser aceita, deverá fundar-se em uma das causas enunciadas pelos

incisos I a IX do art. 485 do CPC". AÇÃO RESCISÓRIA. RECONVENÇÃO. UNIDADE PROCEDIMENTAL. ANÁLISE NA MESMA SENTENÇA.- Considerando-se que, em decorrência da unidade procedimental a que se subordinam (art. 318 do CPC), a ação rescisória e a reconvenção devem ser apreciadas pela mesma sentença, ratifica-se o despacho que, com fulcro no art. 295, inciso III, do CPC, indeferiu a reconvenção, extinguindo-se a mesma, sem resolução do mérito, nos termos do inciso I do art. 267 do CPC. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI ARTS. 5º, INCISO LV, DA CF, 8º E 841, § 1º, DA CLT, E 214 E 247 DO CPC.- A ação rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC só se demonstra cabível quando há ofensa manifesta a dispositivo de lei, o que se faz possível, pelo menos em tese, na hipótese relatada pelas autoras: como se depreende dos termos da inicial, teria decorrido de atos havidos durante a instrução do processo em que proferida a decisão rescindenda, mais especificamente na irregularidade na citação e no acolhimento precoce da tese de formação de grupo econômico, demonstrando-se aplicável, de pronto, a hipótese de que trata a Súmula n. 412, do C. TST. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI ARTS. 5º, INCISO LV, DA CF, 8º E 841, § 1º, DA CLT, E 214 E 247 DO CPC.- Embora não se desconheça o teor da Súmula n. 410 do C. TST, que veda o reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda, a aferição de violação dos dispositivos invocados, de natureza constitucional e processual, demanda uma análise criteriosa dos acontecimentos que teriam impedido, ao menos em tese, o exercício do direito de defesa das autoras. NULIDADE DE CITAÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. INOCORRÊNCIA.- O contexto probatório afasta a hipótese de violação dos dispositivos de lei invocados: consoante se verifica das cópias das ações anexadas aos autos, a notificação das autoras em endereços diversos daqueles que constam em seus contratos sociais decorreu da discussão acerca da existência de grupo econômico entre as empresas Auto Posto Marília Ltda, Ecolmar Petróleo Marília Ltda, Supermercado Serve Todos Pirajuí Ltda, Auto Posto E. A. Ortega

de Pirajuí Ltda e Erlon Carlos Godoy Ortega, que foi travada em diversas reclamações trabalhistas, que culminaram em consistentes decisões, todas afirmando a solidariedade entre as já citadas empresas. Não se vislumbra, portanto, qualquer irregularidade na citação das ora autoras no endereço de uma das demais empresas componentes do grupo econômico, nada havendo que autorize a desconstituição da r. sentença. TRT/SP 15ª Região 823-2004-000-15-00-5 - Ac. 2ªSDI 325/06-PDI2. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 15.09.06, p. 37

03 - AÇÃO RESCISÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO TOMADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARÊNCIA DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO (ART. 267, VI, DO CPC)

O comando judicial contido no agravo de instrumento não enfrenta a matéria de mérito da ação principal. Restringe-se ao exame dos pressupostos de admissibilidade do apelo ao qual se denegou processamento, sem formação da coisa julgada material, característica inarredável do julgado objeto do pleito rescisório. Afigura-se, por conseguinte, juridicamente impossível o pedido de desconstituição da decisão recursal. Processo que se extingue sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC). TRT/SP 15ª Região 588-2005-000-15-00-2 - Ac. 2ªSDI 230/06-PDI2. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DOE 21.07.06, p. 1.

04 - AÇÃO RESCISÓRIA. MEDIDA PROCESSUAL IMPRÓPRIA À OBTENÇÃO DO PROVIMENTO JURISDIÇÃO RECLAMADO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO, DE ACORDO COM O ART. 267, VI, CPC

O pedido dirigido diretamente à condenação no pagamento de haveres trabalhistas, sem antes submeter o reclamo ao *judicium rescindens*, com flagrante impropriedade da medida processual utilizada para obtenção do provimento requerido, revela o desinteresse processual da parte, o que leva à extinção do processo, a teor do art. 267, VI, do CPC. TRT/SP 15ª Região 1439-2003-000-15-00-9 - Ac. 2ªSDI 238/06-PDI2. Rel.

Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DOE 21.07.06, p. 2.

05 - AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO

Indefere-se a petição inicial da ação

rescisória quando a pretensão do autor é rescindir acórdão que manteve integralmente a sentença que extinguiu a ação sem julgamento do mérito, em face do óbice contido no *caput* do art. 485 do CPC. TRT/SP 15ª Região 1922-2005-000-15-00-5 - Ac. 2ªSDI 273/06-PDI2. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 28.07.06, p. 4.

DIREITO MATERIAL

01 - ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE CULPA NO SINISTRO. HIPÓTESE DE AUTO-MUTILAÇÃO. INCABÍVEL

Restando comprovado nos autos que não apenas o reclamado observava as normas de segurança do trabalho, fornecendo equipamentos de proteção aos empregados e ministrando a orientação técnica devida, como também que o reclamante andava alardeando pela empresa que “se cortasse o dedo, receberia uma vultosa indenização”, resta absolutamente afastada a hipótese de responsabilidade civil do empregador, impondo-se, isto sim, a cabal repulsa desta Corte em face da prática adotada pelo obreiro, o qual pretendia locupletar-se ilícitamente, através da auto-mutilação. TRT/SP 15ª Região 1479-2005-004-15-00-8 - Ac. 6ª Câmara 50.853/06-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 27.10.06, p. 37.

02 - ACIDENTE DO TRABALHO. CULPA CONCORRENTE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

A discussão de alegada culpa do empregado no acidente do trabalho deve ser examinada partindo-se da premissa de que cabe

ao empregador a implementação, treinamento e vigilância das normas de segurança do trabalho, inclusive porque o empregado tem o direito constitucional à saúde e ao meio ambiente do trabalho sadio (arts. 196 e 205). Conseqüentemente, milita contra o empregador a presunção de sua culpa exclusiva no acidente. Nesse contexto, eventual participação culposa do empregado (que também está obrigado a cumprir as normas de segurança impostas pela empregadora) não exime o empregador de qualquer culpa no evento, a quem caberá inclusive o ônus da respectiva prova. Cabe ao Judiciário examinar prudentemente o grau de participação do empregado no acidente, para concluir se ocorreu a hipótese de culpa exclusiva da vítima, que não poderia ser evitada por qualquer norma de segurança (inexistindo assim qualquer responsabilidade civil do empregador), ou, se a participação do empregador foi tão intensa que excluiu a culpa obreira (sendo assim devida a totalidade da indenização), ou, finalmente, se ocorreu culpa concorrente (atraindo a aplicação do disposto no art. 945 do CC, devendo a indenização se fixada após a dedução proporcional da quota de responsabilidade do empregado). TRT/SP 15ª Região 609-2004-029-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 43.868/06-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 22.09.06, p. 44.

03 - ADICIONAL. DE SEXTA-PARTE. ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

A norma contida no art. 129 da Constituição Estadual Paulista assegura o direito ao benefício da sexta-parte dos vencimentos integrais aos seus servidores, desde que contem com 20 anos de efetivo exercício no cargo ou emprego público, sem estabelecer distinção quanto ao regime jurídico de admissão (estatutário ou celetista). Recurso Ordinário desprovido. TRT/SP 15ª Região 813-2005-067-15-00-9 - Ac. 2ª Câmara 40.135/06-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 1º.09.06, p. 34.

04 - APOSENTADO DO BANESPA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO

Não há como reconhecer ao aposentado do Banespa que não optou pela adesão ao Banesprev os critérios utilizados por esta entidade de previdência privada para a atualização do complemento de sua aposentadoria, pois o pagamento de sua parcela observa, em vista da opção pela não vinculação, o regime previsto no Regulamento de Pessoal do banco que, em seu art. 107, prescreve que a suplementação representará a diferença entre os proventos decorrentes do jubileamento e a remuneração do pessoal da ativa. Inteligência do disposto na Súmula n. 51, item II, do C. TST. TRT/SP 15ª Região 2085-2005-052-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 50.864/06-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DOE 27.10.06, p. 25.

05 - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INDENIZAÇÃO POR DANO PATRIMONIAL. MUTILAÇÃO DE DEDOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE

Não há qualquer óbice para a cumulação do benefício previdenciário por invalidez e a indenização por dano patrimonial, decorrente do acidente de trabalho, na medida em que aquele tem natureza alimentar, sendo assegurado pela autarquia federal, enquanto perdure a incapacidade para o trabalho, enquanto a deficiência patrimonial, a cargo do empregador, ostenta natureza reparatória. TRT/SP 15ª Região 589-2005-035-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 39.380/06-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 25.08.06, p. 73.

06 - CAIXA LOTÉRICO. INTERVALOS PRÓPRIOS DO DIGITADOR. INAPLICABILIDADE

Atividades de digitação, de modo a render intervalos periódicos que suprimidos resultam em tempo à disposição, consoante NR 17 e art. 72, da CLT (Súmula n. 346), devem ser habituais e permanentes; a função de caixa, bancário ou lotérico, ainda que umbilicalmente relacionada a serviços de digitação, traduz intermitência, afastando, pois, a continuidade e a ininterruptividade próprios do profissional digitador. Vale dizer, caixas não atuam mecânica e sistematicamente no processamento eletrônico de dados, até porque, não se descarta, exercem outras atividades, como a exemplo da contagem de dinheiro, atendimento ao público, conferência de documentos, etc, aqui lhes rendendo pausas não condizentes com o árduo trabalho do digitador permanente. TRT/SP 15ª Região 650-2004-019-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 39.394/06-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 25.08.06, p. 73.

07 - CARGO DE CONFIANÇA. GERENTE GERAL DE AGÊNCIA BANCÁRIA. HORAS EXTRAS. RECURSO DO EMPREGADO CONHECIDO E DESPROVIDO

Houve preenchimento da condição resolutive expressa do inciso II do art. 62 da CLT eis que o autor era gerente comercial e de produção de agência bancária com poderes de gestão não estando sujeito a controle de jornada. O exercício de cargo de confiança em sentido amplo é definido por padrão salarial diferenciado, exercício de tarefas relacionada aos interesses de maior relevância do empregador e desenvolvimento de atividades cujos mandatários se incluem na superestrutura hierárquica das entidades bancárias com natureza jurídica dissociada das funções meramente burocráticas. Aplicação da Súmula n. 287 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 871-2003-036-15-00-2 - Ac. 12ª Câmara 34.273/06-PATR. Rel. Eurico Cruz Neto. DOE 21.07.06, p. 66.

08 - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. ACORDO. QUITAÇÃO

Não havendo defeito ou vício de consentimento, o acordo firmado perante as Comissões de Conciliação Prévia, que dá quitação

específica aos objetos transacionados, possui eficácia liberatória quanto aos mesmos, nos termos do art. 625-E, parágrafo único, da CLT. Recurso do reclamante ao qual se nega provimento para manter a improcedência do pedido de horas extras que foram objeto de transação. TRT/SP 15ª Região 1284-2004-012-15-00-1 - Ac. 7ª Câmara 48.142/06-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 11.10.06, p. 29.

09 - COMISSÕES. ESTORNO SOBRE VENDAS NÃO CONCRETIZADAS. LEGALIDADE. ART. 466 DA CLT. DESNECESSÁRIA A AUTORIZAÇÃO ESCRITA DO EMPREGADO OU PRÉVIA ANOTAÇÃO NA CPTS OU NO REGISTRO DO EMPREGADO

O estorno das comissões já pagas por vendas que depois não venham a se concretizar é legal, ante o disposto no art. 466 da CLT: "Art. 466 - O pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem". Existindo expressa previsão no citado art. 466 da CLT, é desnecessária a autorização escrita do empregado com esse fim, ou prévia anotação dessa possibilidade em sua CPTS ou, ainda, no registro do empregado, para a efetivação do estorno das comissões. TRT/SP 15ª Região 1141-2002-007-15-00-2 - Ac. 7ª Câmara 32.144/06-PATR. Rel. Desig. I. Renato Buratto. DOE 07.07.06, p. 56.

10 - CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PELO RÉGIME CELETISTA. PISO SALARIAL PROFISSIONAL. DEFERIMENTO

Ao contratar servidor público pelo regime da CLT, a administração pública despe-se de seu poder de império, equiparando-se ao empregador comum, devendo, pois, remunerá-lo de acordo com a legislação vigente. TRT/SP 15ª Região 132-2005-110-15-00-8 - Ac. 6ª Câmara 42.144/06-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 15.09.06, p. 70.

11 - CONTRATO DE ESTÁGIO. FRAUDE À LEI

Não há que se falar em contrato de estágio, quando não propicia o empregador, ao educando, tarefas relativas à complementação de seus estudos, mas sim tarefas nitidamente pertinentes aos empregados do seu qua-

dro funcional. TRT/SP 15ª Região 381-2005-002-15-00-0 - Ac. 6ª Câmara 32.971/06-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 21.07.06, p. 44.

12 - CONTRATO DE TRABALHO. TEMPORÁRIO. LEI N. 6.019/74. NULIDADE

Nos termos do disposto no art. 9º da Lei n. 6.019/74, é requisito primordial para a validade do contrato de trabalho temporário, a previsão expressa do motivo justificador da demanda de trabalho temporário. A sua ausência, caracteriza fraude à lei, importando em declarar sua nulidade, nos termos do art. 9º da CLT. Assim, só pode ser reconhecida como sendo contratação por prazo indeterminado, com as consequências legais dela decorrentes. Na hipótese, o contrato não especifica o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, ou mesmo explica sua finalidade, não atendendo ao disposto no art. 9º da Lei n. 6.019/74. A defesa, por sua vez, limita-se a alegar que houve necessidade excepcional de mão-de-obra, mas não comprova tal alegação, ônus processual que lhe pertencia na forma do art. 818 da CLT. Ademais, em se tratando de atividade da construção civil, o contrato por prazo determinado é disciplinado pela Lei n. 2.959 de 17.11.56, que rege o contrato por obra ou serviço certo, não se justificando a contratação por empresa interposta. Assim, não encontra respaldo legal a contratação temporária de mão-de-obra praticada pela recorrente, traduzindo fraude à legislação consolidada, porque não demonstrado nem comprovado o acréscimo extraordinário de serviços alegado na defesa. Recurso conhecido e desprovido. TRT/SP 15ª Região 1937-2005-075-15-00-6 - Ac. 10ª Câmara 47.369/06-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 06.10.06, p. 46.

13 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. HORAS DE INTERVALO SUPRIMIDO (ART. 71, § 4º, DA CLT). HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA

Os valores pagos pela supressão do intervalo intrajornada têm, na verdade, natureza nitidamente indenizatória e punitiva, já que não destinados à remuneração do trabalho, mas, num primeiro momento, a coagir o empregador ao cumprimento do art. 71, *caput*, da CLT e, num segundo, a puni-lo

com o pagamento da hora acrescida de 50%, caso não cumpra a determinação legal, convertendo-se, o valor respectivo, em indenização em favor do empregado (art. 71, § 4º, da CLT). Logo, sobre eles não incide a contribuição previdenciária. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 1023-2003-077-15-00-6 - Ac. 6ª Câmara 42.164/06-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 15.09.06, p. 71.

14 - DANO MORAL. ANOTAÇÕES EM CPTS

Comete dano moral o ex-empregador que anota a CPTS do trabalhador consignando que o vínculo empregatício foi reconhecido em processo judicial. Anotação ilegal e desnecessária. Dano ao empregado consistente na dificuldade maior de obtenção de nova colocação do mercado de trabalho. TRT/SP 15ª Região 386-2005-034-15-00-8 - Ac. 7ª Câmara 35.623/06-PATR. Rel. Andrea Guelfi Cunha. DOE 04.08.06, p. 24.

15 - DANO MORAL. GERENTE. CONSTRANGIMENTO. DEMORA INJUSTIFICADA DO BANCO NO ATENDIMENTO DE INFORMAÇÕES SOLICITADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sofre dano moral, gerente de banco que, cumprindo determinação superior, deixa de prestar informações requisitadas pelo Ministério Público, recebendo ameaças de prisão e outros constrangimentos afins, sobretudo quando a demora no atendimento da requisição decorre da burocracia do Banco, ainda sobrando para o reclamante indiciamento em Inquérito Policial. O sigilo bancário é uma garantia constitucional do cidadão, mas não pode servir de escudo para delongas no atendimento de informações solicitadas pelos órgãos competentes. O setor financeiro é um dos mais eficientes em termos de lucratividade, a mesma eficiência deve ser empregada na colaboração com os órgãos investigativos, mormente envolvendo verba pública. Dano moral configurado. Recurso do reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 1088-2004-044-15-00-1 - Ac. 11ª Câmara 41.573/06-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 15.09.06, p. 101.

16 - DANO MORAL. NEGLIGÊNCIA PATRONAL. BANCÁRIO COM AS CHAVES DO COFRE. FAMILIARES FEITOS REFÉNS

O dano de ordem psicológica e material sofrido por empregado responsável pelo cofre de agência bancária, em razão de assalto à sua residência com objetivo de obtenção das chaves do cofre, implica em pagamento de indenização por danos morais, pois traduz total incúria do banco em não providenciar melhorias no seu sistema de segurança. TRT/SP 15ª Região 1326-2004-066-15-00-6 - Ac. 1ª Câmara 34.451/06-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 28.07.06, p. 27.

17 - DELIMITAÇÃO DO DANO ESTÉTICO. SEGUNDO SEUS EFEITOS

Considerando que o dano estético pode implicar sofrimento e, menos freqüentemente, perda material, sua indenização deve ser analisada isoladamente em face de tais efeitos, para que se evite eventual cumulação com outra indenização de igual significado. TRT/SP 15ª Região 1482-2003-052-15-00-3 - Ac. 5ª Câmara 41.739/06-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 15.09.06, p. 62.

18 - DIREITO CIVIL. DIREITO DO TRABALHO. DANO MATERIAL E MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO LATU SENSU. CORTADOR DE CANA

Quando se analisa a responsabilidade civil, faz-se mister apurar a existência de conduta dolosa ou culposa do agente causador do dano, bem como o nexo causal, o que, por conseguinte, vai determinar a reparação, ou não, do dano (art. 186, CC). No que concerne ao dano decorrente de acidente de trabalho, a responsabilidade do empregador encontra respaldo na Carta Maior, nos termos do art. 7º, XXVIII. Portanto, impõe-se considerar da aplicação, ou não, do art. 927, CC, dada a atividade desenvolvida, se de risco. A conjugação da NRR3, com a NR 5 e NRR4, leva à conclusão de enquadramento da empregadora no Grau de risco 3. Conseqüentemente, a atividade da Reclamada está enquadrada como atividade de risco, cuja responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 927, parágrafo único, CC, bem como arts. 12 e 18, CDC, por aplicação subsidiária. O fornecimento unicamente de luvas para o desempenho da função de cortador de cana não exime a Reclamada da culpa objetiva. Recurso provido no particular. TRT/SP 15ª Região 1123-2005-103-15-00-6 - Ac.

3ª Câmara 47.343/06-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 06.10.06, p. 34.

19 - DISPENSA DE EMPREGADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REQUISITOS DO ATO NÃO CONFIGURADOS. DIREITO À REINTEGRAÇÃO

O ato da dispensa de empregado pela Administração Pública deve preencher os requisitos básicos do ato administrativo - legalidade, impessoalidade, finalidade pública, devida forma, moralidade e motivação. Assim, configurada a ausência de motivação para o ato da dispensa e a impessoalidade tem-se que ele foi praticado com desvio de finalidade, razão pela qual não poderá ser considerado, fazendo jus, o empregado, à reintegração. TRT/SP 15ª Região 1959-2004-017-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 38.067/06-PATR. Rel. Edna Pedroso Romanini. DOE 18.08.06, p. 35.

20 - DOENÇA OCUPACIONAL. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. CONTRATO DE TRABALHO ROMPIDO. PRAZO DE 02 ANOS DA EXTINÇÃO DO PACTO LABORAL OU DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE LABORAL

Exatamente porque decorre da relação de trabalho, mais precisamente de um contrato de trabalho, o exame de pedido fundado em doença profissional, que se equipara ao acidente do trabalho, se insere na competência desta Justiça Especializada. Por isso mesmo, tratando-se de direito ou crédito resultante da relação de labor, há de se observar, quanto ao prazo prescricional para pleitear sua reparação, aquele fixado no inciso XXIX do art. 7º da CF. Por sua vez, se a doença foi diagnosticada na vigência do contrato de trabalho, o trabalhador deve ajuizar a ação visando a reparação dos danos até dois anos da extinção da relação de emprego. Na hipótese de vir a tomar conhecimento inequívoco da incapacidade laboral somente após a ruptura do pacto laboral, o trabalhador deverá ajuizar a respectiva ação trabalhista até no máximo 02 anos da data dessa ciência, sob pena de se considerar prescrito seu direito a eventual reparação. TRT/SP 15ª Região 1855-2005-120-15-00-1 - Ac. 4ª Câmara 45.703/06-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 29.09.06, p. 89.

21 - EMPRESAS PÚBLICAS OU SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. INAPLICABILIDADE

Não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista a parte final do inciso II, do art. 37, da CF, que autoriza a nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, porque o art. 173, § 1º, inciso II da Constituição determina sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, do que resulta não existirem em suas estruturas "cargos" criados e regulados por lei, mas apenas empregos livremente gerados. Salvo a admissão por concurso, para atender aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, seus empregados não são regidos pelas normas que disciplinam os servidores públicos. TRT/SP 15ª Região 716-2003-067-15-00-4 - Ac. 3ª Câmara 32.420/06-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 14.07.06, p. 16.

22 - ENQUADRAMENTO SINDICAL. TRABALHADOR ELEITO COMO DIRIGENTE SINDICAL DE ENTIDADE NÃO REPRESENTATIVA DE SUA CATEGORIA PROFISSIONAL. GARANTIA DE EMPREGO INDEFERIDA. ART. 8º, VIII, DA CF/88 E ART. 543, § 3º, DA CLT

Trabalhador eleito como membro da diretoria do sindicato que não representa sua categoria profissional não faz jus a garantia provisória de emprego nos moldes do art. 8º, VIII da CF/88 e art. 543, § 3º, da CLT. Com exceção das categorias diferenciadas, é a atividade do empregador que caracteriza a similitude de condições de trabalho (categoria), razão pela qual o enquadramento sindical será determinado pela atividade principal do empregador e não pelos atos praticados pelos trabalhadores em suas atividades diárias. TRT/SP 15ª Região 1429-2005-084-15-00-9 - Ac. 10ª Câmara 36.841/06-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 10.08.06, p. 40.

23 - ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. ADMINISTRADORES. RESPONSABILIDADE

Os agentes políticos que, mercê da prática de atos de administração, sejam reputados responsáveis pela contratação irregular de trabalhadores, respondem solidariamente pelos direitos destes, sem o limite estipulado pela Súmula n. 363 do C. TST. Aplicação dos arts. 927 e 942 do CC. TRT/SP 15ª Região 180-2005-124-15-00-9 - Ac. 4ª Câmara 48.292/06-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 11.10.06, p. 16.

24 - FERROBAN. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Tratando-se de diferença salarial decorrente de natural evolução personalíssima, combinada com a necessidade de reorganização da Empresa, decorrente da privatização, excepcionalmente, deve-se afastar o rigor literal do art. 461 da CLT, uma vez que a lei é criada para disciplinar situações de normalidade. TRT/SP 15ª Região 635-2005-126-15-00-9 - Ac. 12ª Câmara 37.679/06-PATR. Rel. José Pitas. DOE 18.08.06, p. 55.

25 - GRATIFICAÇÃO DE CAIXA. INTEGRAÇÃO

Não pode a reclamada suprimir gratificação concedida ao autor, que por ter sido paga mais de dez anos teve a respectiva parcela incorporada ao seu patrimônio, assim devendo ser preservada a estabilidade econômica do contrato de trabalho (incidência do item I da Súmula n. 372 do C. TST). Logo, a supressão unilateral deste pagamento constitui alteração lesiva nos termos do *caput* do art. 468 da CLT. TRT/SP 15ª Região 1166-2005-132-15-00-7 - Ac. 2ª Câmara 40.196/06-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 1º.09.06, p. 36.

26 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os honorários advocatícios são devidos quando presentes os requisitos do art. 14 da Lei n. 5.584/70, porquanto permanece em vigor o art. 791 da CLT, vez que o art. 133 da Carta Política de 1988 apenas reconheceu a natureza de direito público da função de advogado, conforme as Súmulas de números 219 e 329 do TST, tendo em vista a suspensão liminar dos efeitos do art. 1º da

Lei n. 8.906/94 pelo C. STF, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn n. 1.127-8. Na hipótese, porque ausentes os requisitos previstos pelo art. 14 da Lei n. 5.584/70, indevida a verba honorária. Recurso conhecido e não provido. TRT/SP 15ª Região 2083-2005-024-15-00-2 - Ac. 10ª Câmara 32.932/06-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 14.07.06, p. 31.

27 - HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. CARTÃO DE PONTO. ANOTAÇÃO. VALIDADE

Cartões de ponto de bancário que contêm marcações de horários de entrada e de saída sempre muito próximos daquelas horas contratuais, também devem ser considerados inválidos para fins de prova da jornada real por ele vivida, por representarem a mais típica mutação genética decorrente da constante aplicabilidade do item III da Súmula n. 338 do TST. Tais marcações nada mais são do que uma forma de 'jornada britânica abasileirada'; a pitada do 'jeitinho brasileiro' para, mais uma vez, tentar escapar do cumprimento da regra. Assim sendo, e tendo a reclamante, bancária, trazido depoimento testemunhal em que igualmente ficou atestado o fato de que a gerência do banco reclamado não permitia a marcação das reais jornadas cumpridas, faz jus ao recebimento de horas extras, com reflexos. TRT/SP 15ª Região 1448-2004-066-15-00-2 - Ac. 9ª Câmara 46.220/06-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 29.09.06, p. 105.

28 - HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. ÔNUS DA PROVA. TESTEMUNHA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EM LOCAL DE TRABALHO DIVERSO AO DO RECLAMANTE. INAPLICÁVEL A OJ N. 233 DA SDI-I DO C. TST

Há de se limitar, *incontinenti*, a condenação ao pagamento de horas extras, com base em declarações feitas por testemunha, estritamente ao período em que ela laborou conjuntamente com o autor, na mesma agência bancária, pois só assim poderão ser consideradas suas assertivas. Ressalte-se que, quando a prestação de serviços ocorrer em locais de trabalho diversos, não há como se dar a extensão de que trata a OJ n. 233, da SDI-I do C. TST, pois cada qual possui suas próprias peculiaridades, realidades

e conjunturas. **IMPOSTO DE RENDA. INCLUSÃO DOS JUROS NA BASE DE CÁLCULO.**- Ineficaz a tentativa de excluir os juros da base de cálculo do imposto de renda, uma vez que a legislação aplicável à espécie (Decreto n. 3.000, de 26.03.99, que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza) é suficientemente clara ao estipular, no inciso XIV, do art. 55, serem tributáveis os juros compensatórios ou moratórios de qualquer natureza, inclusive os que resultarem de sentença, e quaisquer outras indenizações por atraso de pagamento, exceto aqueles correspondentes a rendimentos isentos ou não tributáveis. **HORAS EXTRAS. ADICIONAL DE 100% (CEM POR CENTO).** **INAPLICABILIDADE.**- O autor pretende sustentar a aplicação genérica do adicional de 100% (cem por cento), com base tanto no disposto no art. 59 da CLT, que trata apenas da duração normal do trabalho e do adicional mínimo de 50% (cinquenta por cento), como no art. 225 da CLT, que trata, especificamente, da jornada dos empregados que trabalham em bancos; não se pode, somente por isso, inferir-se que se deva pagar o adicional de 100% para as horas laboradas além das duas extras normais. **PRECEDENTE NORMATIVO ORIUNDO DE OUTRO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. INAPLICABILIDADE.**- Pretende, o autor, a observância de Precedente Normativo oriundo do E. TRT da 4ª Região. Tal pedido não se justifica, caracterizando-se em indevida interferência, pois cada Tribunal rege suas próprias súmulas, precedentes, independentemente, já que são órgãos autônomos. A única exceção ao caso refere-se a certas súmulas oriundas do STF, que, na forma especificada no art. 103-A da Constituição da República (incluído pela EC n. 45/04), possam ser imbuídas de caráter vinculante. **HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. DIVISOR 180.**- Para se encontrar o divisor a ser utilizado na apuração das horas extras, deve-se dividir a jornada semanal do empregado mensalista (44 horas semanais - art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República) pelo número de dias trabalhados na semana, multiplicando este resultado pelos 30 dias do mês. Assim, ao dividir a jornada semanal específica do re-

clamante (30 horas) - que é a do bancário - , pelos 05 (cinco) dias trabalhados na semana (consoante acordo coletivo, o sábado era considerado repouso semanal remunerado) e, ao se multiplicar o resultado dessa divisão por 30 (trinta), encontra-se o divisor 180, que deverá ser utilizado para o cálculo das horas extras, e não o de 150, como quer fazer crer o reclamante. Frise-se, ademais, que, consoante o disposto na Súmula n. 124 do C. TST, o divisor utilizado para o bancário é exatamente o de 180. **TRIBUTOS. IMPOSIÇÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA À RECLAMADA. INDEVIDA.**- A princípio, a dedução das parcelas previdenciárias deve ser efetivada em função do disposto nas Leis de n. 8.541 e n. 8.212/91, inexistindo previsão legal para que a reclamada venha a arcar integralmente com os valores previdenciários. Ademais, há de se considerar que os recolhimentos previdenciários devem ser efetuados observando-se o disposto no art. 3º do Provimento n. 02, de 18.08.93, da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho. E no que diz respeito aos recolhimentos fiscais, não se pode olvidar que a parte vencedora da demanda não está isenta do recolhimento tributário, visto que estará percebendo valores concernentes à sua própria remuneração, reconhecida no r. julgado. Não há previsão legal que isente o autor de tal tributação, nem amparo legal para imputar à reclamada o ônus exclusivo de tal recolhimento. TRT/SP 15ª Região 1275-2002-105-15-00-1 - Ac. 12ª Câmara 46.576/06-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 06.10.06, p. 57.

29 - HORAS EXTRAS. REMUNERAÇÃO POR PRODUTIVIDADE. BASE DE CÁLCULO

Hoje em dia já não dá mais para negar que a remuneração com base na produtividade funciona como elemento que se contrapõe àqueles princípios protetivos à saúde e à higidez do trabalhador, inseridos na norma do inciso XII do art. 7º da CF/88. A remuneração do trabalho por produção deve ser vista como cláusula draconiana. Afinal, seu intuito é exatamente o de constranger o trabalhador a estar sempre prorrogando suas jornadas em troca de algumas migalhas salariais a mais, renda extra essa que, no final, acaba incorporada em seu orçamento mensal,

criando, com isso, uma relação de dependência tal qual a da droga ou da bebida. Trata-se de situação que faz do trabalhador escravo de sua própria produtividade; sem perceber, essa sua necessidade em manter constante determinado nível de produtividade já alcançado gera o maior desgaste de sua própria saúde, assim como compromete, aos poucos, sua plena capacidade física para o próprio trabalho. Correto, assim, reconhecer que trabalhador que ganha por produtividade deve receber suas diferenças de horas extras também com base no valor do salário normal, acrescido do respectivo adicional (constitucional ou normativo). TRT/SP 15ª Região 1352-2005-106-15-00-0 - Ac. 9ª Câmara 46.147/06-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 29.09.06, p. 103.

30 - HORAS EXTRAS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO

Não é necessário o cumprimento de três (03) turnos de trabalho para que o trabalhador tenha direito à jornada especial, bastando que se verifique a alternância habitual de horários, a influir no relógio biológico do mesmo. Portanto, laborando o obreiro em dois turnos, alternados a cada três (03) dias, essa circunstância não o excepciona da condição de laborar em turno ininterrupto de revezamento. A diversidade habitual de horários está caracterizada, importando em maior desgaste físico e psicológico do trabalhador, além de acarretar prejuízos à sua vida social e familiar. IMPOSTO DE RENDA. TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO TRIBUTÁRIO. INCABÍVEL.- A tributação relativa ao Imposto de Renda - como o próprio nome sugere -, incide sobre quem recebe os rendimentos e não sobre quem os paga, ainda que tardiamente. Portanto, ainda que se reconheça que o recebimento de todas as verbas de uma só vez faz com que o trabalhador supere o limite de isenção, ou seja enquadrado em alíquota superior, não é admissível a transferência do encargo tributário. Ao empregador incumbe a tarefa de calcular, deduzir e recolher ao Tesouro Nacional o valor devido a esse título, mas o pagamento do imposto constitui-se, exclusivamente, em ônus do trabalhador - único beneficiário dos rendimentos -, que terá o valor deduzido no momento em que o crédito lhe for disponibilizado. ADICIONAL

NOTURNO. JORNADA MISTA. PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NOTURNO NÃO CONFIGURADA.- Ativando-se o trabalhador em jornada mista, ou seja, laborando parcialmente no horário diurno e parcialmente no horário noturno, não há que se falar em "prorrogação" do trabalho noturno, sendo devido o adicional tão-somente no período compreendido entre as 22 e às 5 horas. Inteligência do § 4º do art. 73 da CLT (Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos (destaque nosso). Ou seja, às horas de trabalho noturno (das 22 às 5 horas), aplica-se o adicional e a redução da hora noturna, restando afastada, portanto, a hipótese de que trata o § 5º do mesmo dispositivo supracitado e a Súmula n. 60, II do C. TST. TRT/SP 15ª Região 177-2005-121-15-00-6 - Ac. 6ª Câmara 47.989/06-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 11.10.06, p. 25.

31 - HORAS EXTRAS. VENDEDORES. TRABALHO EXTERNO

A inclusão na exceção prevista no art. 62, da CLT, diz respeito à impossibilidade concreta e plena de se quantificar a jornada trabalhada, bem como ao trabalho incompatível com a fixação de horário pela sua própria natureza. Para a aplicação do referido dispositivo, no entanto, não se pode olvidar a regra geral, insculpida no art. 7º, da CF, no sentido de que a limitação da jornada de trabalho é um direito fundamental do trabalhador, há muito consagrado. Os vendedores que estão sujeitos à realização de grande número de visitas (de pleno conhecimento da empresa) e dos quais, em consequência, é exigida vasta jornada, não se encaixam na previsão do dispositivo inicialmente citado. TRT/SP 15ª Região 1265-2000-021-15-00-2 - Ac. 3ª Câmara 38.376/06-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 25.08.06, p. 38.

32 - INADIMPLEMENTO. DE VERBAS RESCISÓRIAS. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO

O dano moral é a lesão imaterial que fere a personalidade, o bom nome do ofendido ou o sentimento de estima da pessoa, provocado por fato de outrem. O inadimplemento

do empregador, quanto aos títulos rescisórios, não pode ser visto como um fator de culpa aos eventuais transtornos pessoais do empregado no que se refere as suas obrigações pessoais. TRT/SP 15ª Região 383-2005-057-15-00-8 - Ac. 5ª Câmara 47.123/06-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 06.10.06, p. 38.

33 - INTERVALO INTRAJORNADA. DESRESPEITO AO LIMITE DE SEIS HORAS DOS TURNOS ININTER- RUPTOS DE REVEZAMENTO. DURAÇÃO PROPORCIONAL À JORNADA EFETIVA E NÃO À PREVISTA EM LEI

O art. 71 da CLT estipula o descanso na proporção mínima de uma hora em face da ocorrência de "qualquer trabalho contínuo" que exceda de seis horas diárias, e não a partir da duração do labor diário estabelecida em lei ou contrato. Em outras palavras, confere o direito em função da realidade, observando o que foi praticado pelas partes. Sendo a vontade do legislador ou dos contratantes suplantada habitualmente mediante a prática de jornadas superiores a seis horas, como previsto no § 1º, do art. 71 da Consolidação, o intervalo a ser considerado é aquele correspondente ao *caput* do mesmo artigo, ou seja, de no mínimo uma hora. TRT/SP 15ª Região 1238-2003-085-15-00-1 - Ac. 3ª Câmara 44.151/06-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 22.09.06, p. 34.

34 - INTERVALO INTRAJORNADA. NATUREZA SALARIAL

O art. 71, § 4º, da CLT estabelece que o empregador ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% sobre o valor da hora normal de trabalho. Incorreto, pois, o raciocínio de que o título ostenta natureza indenizatória, pois houve efetivo trabalho no período destinado ao descanso e ele não pode ser puramente indenizado, mas remunerado como efetiva contraprestação. Essa é a interpretação que se extrai do mencionado preceito quando o legislador insere o vocábulo "remunerar". A obrigatoriedade de concessão tem por escopo a proteção do trabalhador contra os danos à sua saúde decorrentes do desgaste físico e mental que uma jornada superior ininterrupta poderia lhe acarretar. Não concedido o intervalo por

parte do empregador, compelido está a remunerar tal lapso temporal como hora extraordinária, com os respectivos reflexos. TRT/SP 15ª Região 2294-2004-024-15-00-4 - Ac. 2ª Câmara 31.970/06-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 07.07.06, p. 30.

35 - JUSTA CAUSA. ABANDONO DE EMPREGO

Cessada a prestação de serviço e não demonstrando a ré o *animus abandonandi* da obreira e considerando-se o princípio da continuidade da relação de emprego, segundo o qual é de se presumir que o empregado pretende a continuação do vínculo, já que é dele que retira o seu sustento, correta a decisão de primeiro grau ao reconhecer que o contrato de trabalho foi encerrado por iniciativa da empregadora. *In casu*, porém, como não logrou a reclamante demonstrar o cometimento de falta grave pelo empregador, deve ser afastada a rescisão indireta, com o reconhecimento de dispensa imotivada, que gera, entretanto, as mesmas verbas da dispensa indireta. Recurso parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 2239-2004-048-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 38.567/06-PATR. Rel. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 25.08.06, p. 49.

36 - LICENÇA-PRÊMIO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. LEI MUNICIPAL (LEI N. 1.169/70) QUE DISPÕS SOBRE O REGIME JURÍDICO DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE EMPREGADO PÚBLICO E SERVIDOR PÚBLICO. PAGAMENTO DEVIDO

Devidos o adicional por tempo de serviço e a licença-prêmio ao empregado público, ainda que esses benefícios estejam previstos em regime jurídico próprio (Lei n. 1.169/70), já que genérico o conceito de "funcionário público" dado pelo legislador municipal, além de os arts. 29, § 1º e 31, § 1º da mencionada lei, de forma expressa, assegurarem esses benefícios "seja qual for a forma de provimento", o que só pode levar à conclusão de que não houve qualquer intenção de restringir esses direitos aos servidores estatutários. TRT/SP 15ª Região 2040-2004-010-15-00-3 - Ac. 10ª Câmara 36.942/06-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 10.08.06, p. 43.

37 - MORTE DE TRABALHADORA EM ASSALTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. NECESSIDADE DE DOLO OU CULPA DO EMPREGADOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, XXVIII, DA CF/88

Salvo nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo empregador implicar, por sua natureza, risco aos direitos de outrem, para que haja responsabilidade civil é imprescindível a existência de dolo ou de culpa por parte da empresa ou de seus prepostos. Assalto ocorrido na pizzaria em que a empregada prestava serviços, ainda que lamentavelmente seguido de morte, constitui caso fortuito e não enseja obrigação do empregador em pagar indenização por danos morais ou materiais. TRT/SP 15ª Região 1879-2003-043-15-00-4 - Ac. 11ª Câmara 40.792/06-PATR. Rel. Hélio Grasselli. DOE 1º.09.06, p. 59.

38 - MOTORISTA. INFRATOR. CULPA DA EMPRESA QUE NÃO ZELOU PELA CONSERVAÇÃO DO VEÍCULO UTILIZADO EM SERVIÇO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA

Parece-me intuitivo que não é nada confortável a qualquer cidadão ver-se compelido a se submeter a aulas específicas e a novos exames destinados à reabilitação de carteira de motorista - CNH. Os sentimentos de vergonha e, na hipótese, o prejuízo do trabalhador que desenvolve a função de motorista profissionalmente, são patentes. Apurada que foi a culpa da empregadora, que não conservou adequadamente o veículo que era dirigido pelo autor em razão do contrato de emprego, reconhece-se a sua responsabilidade pelo ressarcimento do prejuízo de ordem moral, sendo devida a indenização correlata. TRT/SP 15ª Região 2119-2004-016-15-00-2 - Ac. 1ª Câmara 38.198/06-PATR. Rel. Adriene Sidnei de Moura David Diamantino. DOE 25.08.06, p. 33.

39 - MULTA DO ART. 477, DA CLT. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO EM PERÍODO ANTERIOR AO DO REGISTRO EM CTPS. DEVIDA

A multa estatuída no art. 477, do Diploma Consolidado, é devida na hipótese, eis que o reconhecimento da existência de vinculação

empregatícia em período anterior ao de registro na CTPS apenas em juízo não basta para afastá-la, ainda que tenha havido o pagamento das verbas rescisórias, com base no lapso temporal em que reconhecida a existência de relação empregatícia, eis que efetuado de modo sabidamente incorreto, pena de premiar o empregador que descumpra a legislação obreira; dito de outro modo: em situações como a dos presentes autos, em que patente a existência de relação empregatícia, e o descaso da empregadora em relação ao empregado, a litigiosidade então decorrente não pode servir para afastar a imposição da referida multa, pena de premiar aquele que não cumpre, corretamente, as normas legais aplicáveis, interpretação que não pode prosperar, pois, como se não desconhece, o "direito não pode conduzir a situações desarrazoadas ou ilógicas, ao contrário, deve pautar-se por coerência, bom senso e sentimento de justiça" (Luiz Edmundo Appel Bojunga, *in* Repro n. 55, p. 67), bem como porque "...o ilogismo e a aberração jurídica jamais estiveram nas cogitações do legislador e na finalidade objetiva da norma" (Galeno Lacerda, *in* Revista da Ajuris n. 23, p. 14). TRT/SP 15ª Região 799-2005-109-15-00-0 - Ac. 6ª Câmara 50.886/06-PATR. Rel. Desig. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 27.10.06, p. 37.

40 - MULTA DO § 8º DO ART. 477 DA CLT. VERBAS RESCISÓRIAS QUITADAS DE FORMA INDISCRIMINADA E EM DATA ALEATÓRIA MEDIANTE DEPÓSITO BANCÁRIO. HOMOLOGAÇÃO POSTERIOR. CABIMENTO

A quitação de verbas rescisórias, mediante depósito em conta bancária, sem que ao trabalhador seja dada prévia ciência da data do referido depósito, significando que ao mesmo não foi dado conhecimento do momento em que os títulos eminentemente de natureza alimentar passaram a estar ao seu dispor, bem como, sem a necessária prévia discriminação dos títulos rescisórios efetivamente quitados por tal forma, macula a formalidade legalmente exigida para o pagamento sob tal rubrica, especialmente o disposto no Capítulo IV, da Instrução Normativa MTPS/SNT n. 02/92 e no § 2º, do art. 477, da CLT, significando que a homologação rescisória assistida *a posteriori* fere o

disposto no § 6º, do art. 477 consolidado e exige a imposição da multa estabelecida no § 8º do mesmo dispositivo legal. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 347-2004-091-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 46.397/06-PATR. Rel. Desig. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 29.09.06, p. 95.

41 - PERICULOSIDADE. OPERADOR DE EMPILHADEIRA. CONTATO EVENTUAL. ADICIONAL INDEVIDO

O contato intermitente com inflamável é aquele que se repete por diversas vezes numa mesma jornada de trabalho e a "intermitência" é "a interrupção momentânea" (Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira), enquanto "intermitir" significa "parar por intervalos" (Grande Dicionário Larousse Cultura da Língua Portuguesa). Nas normas técnicas, a intermitência está regulada na Portaria MTb n. 3.311, de 29.11.89, e nela exige-se a repetição do mesmo acontecimento por diversas vezes numa mesma jornada de trabalho para a sua caracterização. O operador de empilhadeira que cuida do abastecimento do veículo por ele dirigido, por apenas três (3) ou cinco (5) minutos e uma ou duas vezes ao dia, não faz jus ao adicional de periculosidade. TRT/SP 15ª Região 799-2001-097-15-00-1 - Ac. 4ª Câmara 43.522/06-PATR. Rel. Desig. Paulo de Tarso Salomão. DOE 15.09.06, p. 60.

42 - PRESCRIÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DE REAJUSTE SONEGADO, PREVISTO EM LEI EXPRESSA E INTEGRALMENTE REVOGADA

A Súmula n. 294 do E. TST, ao afastar a prescrição total em relação às prestações sucessivas decorrentes de alteração do pactuado, quando o direito à parcela esteja também assegurado por lei, pressupõe a existência de lei vigente e não de lei revogada. Assim, se a Lei que concede reajuste salarial for expressa e integralmente revogada, entendo que o interessado terá até cinco anos contados da vigência da norma revogadora para postular as diferenças salariais pertinentes, pois estas não encontram mais fundamento em Lei vigente. TRT/SP 15ª Região 958-2004-018-15-00-9 - Ac. 2ª Câmara 41.993/06-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 15.09.06, p. 47.

43 - PROCESSO ELEITORAL SINDICAL. PUBLICIDADE DO EDITAL DE CONVOCAÇÃO DE ELEIÇÃO

O Edital de Convocação de Eleição Sindical deve ter ampla divulgação no seio da categoria, como forma democrática e de dar efetiva transparência ao processo eleitoral sindical. Não basta a mera formalidade de publicação do Edital no Diário Oficial do Estado e afixação na sede da entidade. Afinal operário dificilmente lê jornal; quiçá Diário Oficial! Também não tem o costume de frequentar a sede do sindicato e acompanhar o quadro de avisos instalado no local. Aliás, o Estatuto do Sindicato determina que o Edital de Convocação deverá ser levado ao conhecimento dos associados em todos os Municípios da base territorial do sindicato. Logo, o expediente engendrado na divulgação do processo eleitoral sindical, fere norma estatutária e os princípios da democracia, da liberdade e da representatividade sindical. Antecipação de tutela acertadamente concedida para reabertura de prazo de inscrição de chapa concorrente na eleição sindical. Sentença mantida integralmente. TRT/SP 15ª Região 87-2006-040-15-00-6 - Ac. 12ª Câmara 33.168/06-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 14.07.06, p. 35.

44 - RECEPCIONISTA. JORNADA REDUZIDA. ART. 227 DA CLT. INAPLICABILIDADE

As recepcionistas não se beneficiam da jornada de seis horas preconizada no art. 227 da CLT, aplicável apenas àqueles que operam, permanentemente, mesas telefônicas ou equipamentos telegráficos, radiotelegráficos ou radiotelefônicos. TRT/SP 15ª Região 1880-2005-077-15-00-8 - Ac. 2ª Câmara 37.344/2006-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 18.08.06, p. 26.

45 - RECONVENÇÃO. PRESCRIÇÃO

Não obstante possua natureza jurídica de ação autônoma, inexistente prescrição da reconvenção sempre que essa for conexa com os fundamentos da defesa e o réu deduzir fato novo extintivo ou impeditivo do pedido do autor, seja por meio de exceção ou de objeção, fazendo uso da via reconvenção a fim de obter provimento jurisdicional próprio para si, consistente no

atendimento de uma pretensão sua. Nessa hipótese, incide o princípio da *actio nata*, eis que a oportunidade para reconvir surge apenas com o ajuizamento da ação em face da qual a defesa é oferecida. TRT/SP 15ª Região 298-2005-101-15-00-3 - Ac. SDC 113/06-PADC. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 29.09.06, p. 76.

46 - RELAÇÃO DE EMPREGO. ESTÁGIO PROFISSIONAL DE BACHAREL EM DIREITO

Necessidade do cumprimento do art. 9º, da Lei n. 8.906/94 e credenciamento do escritório de advocacia pela OAB. Inexistindo estágio profissional supervisionado pela OAB, a prestação de serviços não pode ser reconhecida como estágio ou locação de serviços. Vínculo empregatício reconhecido. TRT/SP 15ª Região 1186-2005-007-15-00-0 - Ac. 8ª Câmara 34.696/06-PATR. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DOE 28.07.06, p. 54.

47 - RELAÇÃO JURÍDICA. MANTIDA ENTRE AS PARTES. CONTRATO DE FRANQUIA X CONTRATO DE EMPREGO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO CONFIGURADO

Não se desconhece que o art. 2º da Lei n. 8.955/94 diz textualmente que não implica a responsabilidade do franqueador pelo passivo trabalhista do franqueado. Contudo, no presente caso, a prova oral indica que houve total ingerência do tomador dos serviços nas atividades desenvolvidas pelo reclamante. Prevalece, portanto, a realidade dos fatos, qual seja, de que houve prestação de serviços por parte do autor em proveito das reclamadas na forma dos arts. 2º e 3º da CLT. Como é cediço, o Direito do Trabalho rege-se pelo chamado princípio da primazia da realidade. Segundo Américo Plá Rodriguez, "(...) importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle (...)" (*Princípios de Direito do Trabalho*, LTr, 1997, 2.ed., p. 227). De tal sorte, a verificação de que a relação jurídica havida entre as empresas-reclamadas ultrapassou os limites do contrato de franquia tradicional e que, em verdade, o recla-

mante foi mero empregado subordinado, há suporte para que se mantenha a conclusão adotada na Vara de Trabalho de origem. Recurso Ordinário desprovido, no particular. TRT/SP 15ª Região 706-2004-017-15-00-3 - Ac. 10ª Câmara 39.301/06-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 25.08.06, p. 70.

48 - REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. X VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Em se tratando de representação comercial, observe-se que esta tem semelhança com a relação de emprego, nos termos da Lei n. 4.886/65, nos seguintes artigos: art. 27, "c" (prazo certo ou indeterminado); art. 27 "d" (indicação da zona ou zonas); art. 27 "e", "g" (exclusividade ou não de zona); 27 "i", 41 e 42 (exclusividade de representação); art. 27 §§ (disciplina sobre contrato a prazo ou indeterminado); art. 28 (prestar informações detalhadas sobre o andamento dos negócios, dedicar-se a representação de modo a expandir os negócios do representado e promover os produtos); art. 29 (disciplina sobre abatimento de produtos); art. 31 (direito à comissão de produto vendido por terceiro na zona exclusiva); art. 35 (justa causa pelo representado); art. 36 (justa causa pelo representante); art. 38 (atividade diversa não prevista no contrato); art. 43 (*clausula del credere*, semelhante ao disposto no art. 462 § 1º da CLT). Observe, também, que o decreto judicial que reconhece a fraude da representação comercial, deve implicar o delito, como previsto no art. 203 do CP. TRT/SP 15ª Região 1304-2005-073-15-00-5 - Ac. 12ª Câmara 45.421/06-PATR. Rel. José Pitas. DOE 29.09.06, p. 115.

49 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ATO E O DANO EXPERIMENTADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

Verificado que o infortúnio decorreu, exclusivamente, da atitude da vítima, com ausência de nexo de causalidade entre o ato de superior hierárquico e o dano experimentado pelo empregado, não há se falar em responsabilidade do empregador pela indenização por danos morais, materiais e estéticos, uma vez que a culpa exclusiva da vítima se classifica como excludente desta responsabilização. *Quo quis ex culpa sua*

damnum sentit, non intelligitur damnum sentire (a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade). TRT/SP 15ª Região 605-2005-054-15-00-3 - Ac. 7ª Câmara 43.130/06-PATR. Rel. I. Renato Buratto. DOE 15.09.06, p. 77.

50 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE O MUNICÍPIO E AS CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE CAMPINAS S.A. - CEASA, VISANDO À OPERACIONALIZAÇÃO DO PROGRAMA MUNICIPAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

A celebração de convênio não exclui a responsabilidade subsidiária do Município, por tratar o programa de alimentação escolar de dever do Estado (art. 208, VII, da CF). Ademais, *in casu*, o convênio expressamente prevê a “conjugação de esforços dos partícipes” na gestão e operacionalização do “Programa Municipal de Alimentação Escolar”, sendo que a gestão da CEASA compete à Prefeitura Municipal de Campinas, de sorte que patente é a responsabilidade subsidiária do Município pelas obrigações trabalhistas. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 1242-2004-094-15-00-1 - Ac. 2ª Câmara 40.171/06-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 1º.09.06, p. 35.

51 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA

“Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora”. (OJ n. 191, da SDI-I, do C. TST). Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 1289-2003-113-15-00-8 - Ac. 10ª Câmara 39.321/06-PATR. Rel. Ricardo Antonio de Plato. DOE 25.08.06, p. 70.

52 - REVISTA. LIMITES

Exerce regular direito a Empresa que procede à revista de seus funcionários. Contudo, na forma do art. 5º, X, da CF, sujeita-se ao pagamento de indenização o Empregador que viola o direito à intimidade do Trabalhador, fato que, evidentemente, não precisa gerar prejuízo social. TRT/SP 15ª Re-

gião 1407-2005-058-15-00-2 - Ac. 12ª Câmara 40.428/06-PATR. Rel. José Pitas. DOE 1º.09.06, p. 65.

53 - SINDICATO. BASE TERRITORIAL. DESMEMBRAMENTO

Os incisos I e II do art. 8º da CF afastam a necessidade de autorização do Estado para a criação de sindicato, bem como garantem a não interferência e a não intervenção na organização sindical, mas exigem o registro dos respectivos atos constitutivos no órgão competente, bem como o respeito ao princípio da unicidade, o qual veda a coexistência de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, não podendo esta ser inferior à área de um Município. Por outro lado, compete, exclusivamente, aos trabalhadores ou empregadores interessados, deliberar a respeito da base territorial da respectiva entidade sindical representativa. Desse modo, embora haja garantia quanto à não intervenção estatal na organização do ente sindical, impõe-se, a observância aos requisitos e às formalidades legais, não podendo haver vícios em seus atos constitutivos. Assim, inexistindo prova concreta da manifestação válida e legítima da categoria interessada em favor do desmembramento da base territorial, não há como reconhecer a sua legalidade. TRT/SP 15ª Região 398-2005-118-15-00-1 - Ac. SDC 115/06-PADC. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 29.09.06, p. 76.

54 - SÓCIO RETIRANTE. REQUISITOS MÍNIMOS DE VALIDADE DO DESLIGAMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A mera propositura de ação de dissolução de sociedade perante a Justiça Comum, não basta para afastar a responsabilidade trabalhista supletiva do sócio retirante, consoante exegese que se extrai da aplicação combinada dos arts. 28, § 2º, do CDC, e 1023, 1024, 1032 e 1053 do CC, responsabilidade esta que, ademais, não depende, para a sua plena caracterização, da prática de atos fraudulentos ou de gestão. Recurso desprovido neste particular. TRT/SP 15ª Região 1333-2004-105-15-00-6 - Ac. 4ª Câmara 34.852/06-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 28.07.06, p. 38.

55 - TRABALHADOR DOMÉSTICO. PRESCRIÇÃO BIENAL. APLICAÇÃO. INCISO XXIX DO ART. 7º DA CF

Os créditos trabalhistas dos empregados domésticos prescrevem em 02 anos após a ruptura do respectivo contrato de trabalho. Em se tratando de prazos prescricionais, a única distinção que constava da redação original do inciso XXIX do art. 7º da CF era relativa ao trabalhador rural. Portanto, conclui-se que para todos os demais empregados, qualquer que fosse a natureza da relação de emprego, o prazo prescricional foi fixado em 02 anos após a extinção do contrato de trabalho. Para a correta interpretação do dispositivo constitucional em comento, deve-se atentar para o fato de que o legislador constituinte fez referência a créditos resultantes da relação de trabalho [subentendendo-se relação de emprego pelo contexto] em sentido geral, o que alcança todos os empregados, excluídos obviamente aqueles alcançados pela exceção inicialmente prevista. Sendo assim, o prazo de 02 anos também é aplicável aos domésticos, pois estes, em que pese a relação reduzida de direitos legalmente assegurados, mantêm com os respectivos empregadores relação de trabalho de natureza contratual, ou seja, contrato de trabalho. TRT/SP 15ª Região 850-2004-075-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 33.444/06-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 21.07.06, p. 40.

56 - TRABALHO AOS DOMINGOS. USINA DE AÇÚCAR E ALCOOL E ATIVIDADES CORRELATAS DO CORTE DA CANA. PERMISSÃO PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM MATÉRIA DE TRABALHO (CLT, ART. 68)

A CF garante aos trabalhadores, urbanos e rurais, descanso semanal preferencialmente aos domingos (CF, art. 7º, XV). Na esfera infraconstitucional prevê a Lei n. 605/49 o descanso preferentemente aos domingos. Nesse sentido, evidente a possibilidade de exceção, isto é, de se conceder o descanso remunerado em outro dia da semana. Sendo assim, legítimos se mostram os arts. 67 e 68, da CLT, bem como o art. 6º, Decreto n. 27.048/49, mesmo na vigência da presente ordem constitucional, ao possibilitarem o trabalho nos dias de repouso em que a execução dos serviços seja imposta pelas exigên-

cias técnicas das empresas, de modo a tornar indispensável a continuidade do trabalho. É certo, não se olvida, que o trabalho nos descansos semanais deve ser precedido de prévia permissão ministerial (CLT, art. 68, *caput*), esta de maneira transitória ou permanente, sendo a última para as atividades que, por sua natureza ou pela conveniência pública, devam ser exercidas aos domingos, cabendo ao Ministro do Trabalho especificá-las (CLT, art. 68, parágrafo único). No caso das usinas de açúcar e de álcool, situação da recorrida, excluídas oficinas, almoxarifados e escritórios, essa permissão se fez permanente pelo Ministro do Trabalho, através do regulamento do art. 7º, do Decreto n. 27.048/49. Se se permitiu o trabalho à usina para o processamento da cana-de-açúcar, não se mostra lógico nem razoável que a permissão não se estenda ao fornecedor dessa matéria-prima, àquele que labuta na respectiva colheita. Aliás, bem por isso, referido setor (o de colheita) não foi excluído do aludido permissivo, como se infere do item 17 da aludida relação. TRT/SP 15ª Região 427-2005-004-15-00-4 - Ac. 10ª Câmara 39.397/06-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 25.08.06, p. 73.

57 - TRANSAÇÃO E RENÚNCIA DE DIREITOS TRABALHISTAS. CC DE 2002

Em virtude dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, a transação de direitos, assim como a sua renúncia, devem ser admitidas como exceção. Por isso mesmo, não se admite, na doutrina e na jurisprudência, a interpretação extensiva do ato pelo qual o trabalhador se despoja de direitos que lhe são assegurados (renúncia) ou mediante o qual transaciona sobre os mesmos. Este entendimento firmou-se nos tribunais com esteio no art. 1.027 do CC de 1916, cuja redação é semelhante ao do art. 840 do CC de 2002, que é explícito ao dispor: "A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou se reconhecem direitos". Esse dispositivo, aplicável ao Direito do Trabalho (CLT, art. 8º) e mais o art. 9º da CLT seriam afrontados, se acatada tese em contrário. Ferir-se-ia, ainda, o princípio doutrinário, também adotado pela jurisprudência, de que a transação (assim como a renúncia) não pode ser

manifestada tacitamente, mas exige ato explícito, tal como exige o art. 842 do CC de 2002. Como ensina Arnaldo Süssekind, “a renúncia e a transação devem, portanto, corresponder a atos, não podendo ser presumidas”. TRT/SP 15ª Região 1748-2004-076-15-00-9 - Ac. 7ª Câmara 50.369/06-PATR. Rel. I. Renato Buratto. DOE 27.10.06, p. 42.

58 - USO DA INTERNET. EM LOCAL DE TRABALHO

O empregador pode fiscalizar o uso da Internet por seus funcionários, sem que isto viole qualquer direito do empregado, pois o local de trabalho não é um ambiente com expectativa de privacidade. O acesso à Internet e o computador são de propriedade da empresa e caracterizam-se como ferramentas de trabalho. Assim, não há problema no fato de o empregador fiscalizar o uso que os funcionários estão fazendo da sua propriedade. Em tendo a empresa prova do uso irregular da Internet, esta é apta para justificar a rescisão contratual do empregado. TRT/SP 15ª Região 2036-2004-058-15-00-5 - Ac. 1ª Câmara 36.471/06-PATR. Rel. Wilton Borba Canicoba. DOE 10.08.06, p. 22.

59 - USP. HOSPITAL DAS CLÍNICAS DE RIBEIRÃO PRETO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO. VENCIMENTOS. DEVIDAS DIFERENÇAS VENCIDAS E VINCENDAS

O adicional por tempo de serviço, previsto na Constituição paulista (art. 129), regulado pela LC n. 712/93 (art. 11), tem por base de cálculo os vencimentos do servidor celetista. Compreendendo por vencimentos todas as parcelas de natureza salarial pagas com habitualidade, por exemplo: salário-base; GEA-grat. especial de atividade; gratificação fixa; gratificação extra; gratificação executiva; GASS-grat. assistência suporte saúde; gratificação geral; designação em cargo vago; etc. Afinal essas gratificações têm composto o “salário-base” para efeito de determinação do “salário mínimo” do pessoal da autarquia (OJ n. 272 da C. SDI-1-TST). Entendimento em sentido contrário seria fazer uma leitura desfocada do art. 457 da CLT, na medida em que no serviço público a terminologia “vencimentos” tem o mes-

mo sentido de “salários” na iniciativa privada. Diferenças devidas do período imprescrito, parcelas vencidas e vincendas, até a efetiva incorporação em folha de pagamento. TRT/SP 15ª Região 2085-2003-066-15-00-1 - Ac. 11ª Câmara 44.583/06-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 22.09.06, p. 68.

60 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. COOPERATIVA DE TRABALHO. CARACTERIZAÇÃO

Uma vez demonstrada a prestação pessoal de serviços, de modo oneroso, e em atividade-de-fim da real tomadora dos serviços, com possibilidade de controle do horário de trabalho, deve ser reconhecido o vínculo empregatício, ainda que presente qualquer intermediação por Cooperativa de Trabalho. SEGURO-DESEMPREGO. HABILITAÇÃO. INDENIZAÇÃO. CONVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE.- A Justiça do Trabalho não pode ser transformada em simples balcão de pagamento do seguro-desemprego, até porque já atravancada por problemas mais importantes e que exigem soluções mais rápidas. 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, das Resoluções CODEFAT n. 252, de 04.10.00, n. 392, de 08.06.04, e n. 467, de 21.12.05), de modo que a conversão da obrigação de entrega de guias em indenização substitutiva do seguro-desemprego não pode mais ser autorizada. Nesse particular, o verbete da Súmula n. 389-II, do C. TST, está superado pela alteração das normas que regem o benefício em questão. Em segundo lugar, a Justiça do Trabalho, enquanto integrante do Poder Judiciário, não pode determinar, ao empregador, a prática de ato inútil (entrega das guias respectivas), porque, uma vez ultrapassado o prazo de 120 dias, a habilitação somente pode ser feita mediante a “apresentação da sentença judicial transitada em julgado, acórdão ou certidão judicial”. TRT/SP 15ª Região 298-2005-077-15-00-4 - Ac. 4ª Câmara 43.299/06-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 15.09.06, p. 54.

61 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SEGURANÇA PARTICULAR DE SÓCIO DA EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE O TRABALHADOR E A PESSOA JURÍDICA DA QUAL O TOMADOR DOS SERVIÇOS É SÓCIO.

Restando demonstrado que a prestação laboral se dava em benefício da pessoa física, na condição de segurança e motorista particular, inviável o reconhecimento de reconhece vínculo empregatício entre o trabalhador e pessoa jurídica da qual o tomador dos serviços é sócio. Outrossim, revela-se irrelevante a circunstância de que no desenvolvimento de suas atividades o trabalhador tenha transitado pelo estabelecimento da empresa demandada, uma vez que não há prova nos autos de que esta tenha se beneficiado de sua prestação laboral. Sentença confirmada. TRT/SP 15ª Região 857-2005-080-15-00-9 - Ac. 5ª Câmara 33.388/06-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 21.07.06, p. 38.

62 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SUBORDINAÇÃO. EMPREGADO DIRETOR

Para definir os limites do estado de subordinação é necessário valorar o trabalho prestado em termos qualitativos vez que quanto maior a importância do prestador técnica e

intelectualmente mais tênues são as vinculações ao tomador. *Contrario sensu* empregado diretor que cumpre ordens do proprietário da empresa e não exerce cargo de confiança em sentido amplo se caracteriza como empregado que se enquadra ao art. 3º da CLT. Recurso da empresa conhecido e provido parcialmente apenas em relação aos honorários advocatícios. TRT/SP 15ª Região 1588-2004-049-15-00-5 - Ac. 12ª Câmara 45.388/06-PATR. Rel. Eurico Cruz Neto. DOE 29.09.06, p. 114.

63 - VÍNCULO. MONTADOR DE MÓVEIS. PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO

A montagem de móveis, quando prometida pela empresa que efetuou a comercialização, está diretamente relacionada com a atividade-fim por ela explorada, o serviço respectivo não pode ser considerado como meramente eventual e o vínculo empregatício deve ser reconhecido quando comprovada a personalidade, a subordinação decorrente da obrigação de cumprimento de horários previamente agendados com o cliente para a montagem na casa deste último e o pagamento dos serviços prestados diretamente pela empresa. TRT/SP 15ª Região 1015-2005-051-15-00-9 - Ac. 4ª Câmara 45.860/06-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 29.09.06, p. 93.

DIREITO PROCESSUAL

01 - ADIAMENTO DE AUDIÊNCIA POR CONVENÇÃO DAS PARTES. HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 453, I, DO CPC. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 122 DO C. TST

O art. 453, I, do CPC, autoriza a providência uma única vez, não exigindo justificativa e nem prazo para sua apresentação. Impossibilidade de indeferimento - com vistas ao aproveitamento da pauta - por se tratar de ato não sujeito ao crivo judicial. A comprovação exigida no referido verbete só é necessária quando o adiamento tenha sido requerido por apenas uma das partes, sem a anuência da outra. Decisão causadora de gravame ao reclamado que ficou impossibilitado de apresentar contestação e teve a sua revelia decretada. Anulação do processo a partir da audiência irregularmente realizada. TRT/SP 15ª Região 1519-2005-034-15-00-3 - Ac. 8ª Câmara 50.679/06-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 27.10.06, p. 43.

02 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NÃO-CONHECIDOS POR IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. INTERRUÇÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE

Embargos Declaratórios não conhecidos em razão de irregularidade na representação processual da parte embargante não são capazes de interromper a contagem do prazo para interposição de recurso ordinário, visto que tal hipótese atentaria às normas contidas nos arts. 13 e 37, ambos do CPC, subsidiários, alinhados com a inteligência do item I da Súmula n. 383 do TST. Agravo de Instrumento não provido. TRT/SP 15ª Região 1149-2003-079-15-00-3 - Ac. 9ª Câmara 46.197/06-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 29.09.06, p. 104.

03 - AGRAVO DE PETIÇÃO. RAZÕES RECURSAIS INOVADORAS. NÃO CONHECIMENTO

A parte, ao propor recurso, deve demonstrar seu legítimo interesse na reforma do julgado, apresentando, em suas razões, motivações quanto aos eventuais erros ou equívocos perpetrados pelo órgão *a quo*. Insurgência inovadora que se distancia dos argumentos lançados nos embargos à execução implica ausência de interesse em recorrer, o que leva ao não conhecimento do recurso. Agravo de petição não conhecido. TRT/SP 15ª Região 1167-1999-015-15-00-9 - Ac. 4ª Câmara 32.592/06-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 14.07.06, p. 22.

04 - AGRAVO REGIMENTAL. RAZÕES INADEQUADAS OU DISSOCIADAS DO QUE SE DECIDIU. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE RECORRER. NÃO CONHECIMENTO

Na processualística moderna, somente poderá ser conhecido o recurso que se revestir dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, atentando-se, na espécie, para a regularidade formal da irresignação, que, dentre outros aspectos, se traduz na exigência de que a parte recorrente alinhe os fundamentos de fato e de direito que respaldam o seu pedido de reforma do julgado (art. 514, II, do CPC), à vista da decisão *in concreto* proferida. A elaboração de agravo regimental com razões ininteligíveis, logicamente incompatíveis entre si ou em relação ao pedido, genéricas ou dissociadas do que se decidiu compromete sobremaneira a boa atividade revisional, tornando impossível o julgamento do recurso. TRT/SP 15ª Região 374-1999-124-15-00-5 - Ac. Tribunal Pleno 70/06-PPLJ. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 28.07.06, p. 3.

05 - ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. INTERESSE ECONÔMICO E VINCULAÇÃO À RELAÇÃO JURÍDICA DEBATIDA. IMPOSSIBILIDADE

No caso proposto, a pretensa assistente litisconsorcial tem interesse econômico no desfecho da lide, pois, não tendo a devedora principal condições financeiras para arcar com o passivo trabalhista, caberá a ela o pagamento das verbas trabalhistas deferidas pela r. sentença impugnada, em dissonância com os termos da Súmula n. 82 do C. TST. Ressalte-se, outrossim, que há a vinculação da recorrente à relação jurídica colocada em debate, até porque poderia ter sido incluída pelos reclamantes-recorridos no pólo passivo da demanda. Portanto, a recorrente é assistente litisconsorcial ilegítima para figurar na presente demanda. Recurso não conhecido. TRT/SP 15ª Região 744-2004-105-15-00-4 - Ac. 11ª Câmara 44.841/06-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 22.09.06, p. 75.

06 - AUTARQUIA. DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE RIO CLARO. AUTARQUIA QUE EXER-

CE ATIVIDADE ECONÔMICA. PRERROGATIVAS PROCESSUAIS PREVIS-TAS NO DECRETO-LEI N. 779/69 C/C ART. 790-A DA CLT. NÃO CABIMENTO

A criação de uma Autarquia por lei busca, sempre, que certas atividades permaneçam sendo exercidas pelo próprio Estado, porém de forma descentralizada, a fim de melhorar o funcionamento, a gestão administrativa, a eficiência e a presteza na atividade, pela própria especialização na execução da mesma. Contudo, a legislação processual concede isenção de preparo e prazo em dobro para recorrer, excepcionalmente, dentre outros Entes, às Autarquias municipais, desde que não explorem atividade econômica. Evidentemente, porquanto a lei não deve conter disposições inúteis, parece relevante aceitar a premissa de que há Autarquias que exploram atividades econômicas e que, assim agindo, não foram contempladas com tais prerrogativas processuais. A agravante exerce atividade econômica, porquanto presta serviço de interesse público mediante contraprestação diretamente paga pelos municípios (tarifa), inclusive, auferindo lucro na exploração dessa atividade. Assim sendo, não goza dos benefícios processuais previstos no Decreto-Lei n. 779/69, e no inciso I do art. 790-A da CLT. Agravo de instrumento que se conhece para negar provimento. TRT/SP 15ª Região 868-2004-010-15-01-0 - Ac. 11ª Câmara 44.710/06-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 22.09.06, p. 72.

07 - COMUNICAÇÃO. AUSÊNCIA DA FORMA DA RUPTURA CONTRATUAL. AFASTAMENTO DA JUSTA CAUSA APLICADA. ENCERRAMENTO DA INSTRUIÇÃO PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. CARACTERIZAÇÃO

Não há, na CLT, dispositivo que determine que conste da comunicação da dispensa a forma da ruptura contratual e, naqueles efetivados por justa causa, nem mesmo o fato específico, bem como seu enquadramento legal. Admite-se, inclusive, que a questão possa ser resolvida verbalmente, pois até mesmo o contrato de trabalho pode ser feito dessa forma. A ausência da forma da ruptura contratual - no caso proposto, realizado por justa causa - na comunicação da dispensa não prejudica a defesa do direito do reclamante, haja vista que apresentada a

contestação, com a alegação da ruptura por justa causa e a apresentação do seu fato ensejador pela reclamada, é plenamente oportunizado o contraditório e a ampla defesa pelo trabalhador. Não pode o Magistrado se apegar a um formalismo exacerbado, até porque no Direito do Trabalho vigora o princípio da primazia da realidade, onde os fatos são muito mais importantes que os documentos. Portanto, ao afastar a justa causa pelo fato de o telegrama juntado aos autos não fazer menção ao motivo da dispensa, encerrando, assim, a instrução processual, acabou por cercear o direito de defesa da reclamada-recorrente. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 368-2005-138-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 44.840/06-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 22.09.06, p. 75.

08 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MASSA FALIDA. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DA FALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE

As contribuições previdenciárias que são executadas na Justiça do Trabalho constituem mero acessório do crédito trabalhista oriundo da condenação, razão pela qual o tratamento diferenciado pretendido pela Autarquia, no sentido de que se proceda diretamente à penhora do crédito previdenciário no rosto dos autos do processo falimentar, implicaria flagrante violação aos dispositivos legais que asseguram preferência ao crédito trabalhista sobre o crédito tributário, em face da natureza alimentar do primeiro. Portanto, o decreto de falência da empresa executada faz cessar a competência desta Justiça Especializada para prosseguir na execução, devendo o INSS providenciar a habilitação do seu crédito junto à massa, onde será observada a ordem legal de preferência. Agravo de petição ao qual se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1810-2001-076-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 47.410/06-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 06.10.06, p. 48.

09 - DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PROVA INDICIÁRIA DO ASSÉDIO SEXUAL. ADMISSIBILIDADE

De uma maneira geral, os atos que configuram o assédio sexual são praticados secretamente pelo agressor, o que dificulta sobremaneira a prova da vítima. Daí porque

a prova não precisa ser cabal e ocular, na medida em que, não sendo praticado em locais públicos e à vista de todos, há de se considerar que a prova indiciária, que tem previsão legal, é suficiente para caracterizá-lo na esfera Trabalhista. No presente caso, extrai-se, após análise detalhada e cuidadosa do conjunto probatório, indícios suficientes para convencer esse órgão julgador de que o assédio sexual anunciado pela reclamante efetivamente ocorreu, eis que o comportamento inadequado do agressor restou reconhecido até mesmo na decisão criminal que julgou improcedente a queixa-crime. Recurso ordinário provido parcialmente para reduzir o valor da indenização. TRT/SP 15ª Região 859-2005-002-15-00-2 - Ac. 5ª Câmara 43.832/06-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 22.09.06, p. 43.

10 - DANO MORAL. ÔNUS DA PROVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO

O comportamento abusivo do empregador, causando gravame à dignidade do trabalhador pode ensejar a indenização por dano moral. Contudo, na hipótese destes autos, não há prova de qualquer atitude do empregador que tenha lesado a honra e a boa fama da autora, causando-lhe prejuízo moral. Com efeito, a dispensa do trabalhador é direito potestativo do empregador, não sendo óbice ao exercício desse direito a existência de tratativas entre as partes acerca de vantagem econômica ou crescimento profissional. Quanto à alegada garantia de emprego, não se pode olvidar que a dispensa da autora teve origem na insatisfação do empregador quanto aos serviços prestados, pois, como alegado em defesa, a reclamante não teria correspondido às expectativas da empresa, uma vez que nenhum resultado prático alcançou, pois constatou o reclamado que a reclamante não tinha familiaridade com a atividade relacionada a vendas de convênios. Quanto às alegações iniciais de que teria sido chamada de "burra" e "antiga" e que foi dispensada após abrir campo comercial para o reclamado em Pinhalzinho, nenhuma prova produziu a autora, cujo ônus era seu. TRT/SP 15ª Região 120-2005-038-15-00-0 - Ac. 6ª Câmara 38.101/06-PATR. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 18.08.06, p. 39.

11 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INACABÍVEIS. INTERRUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE

A interposição de embargos declaratórios sem a presença de pressuposto específico de admissibilidade, qual seja: tempestividade, se mostra incabível e, por isso, não interrompe o prazo recursal, conforme pacificado na Excelsa Corte Suprema. Precedente. TRT/SP 15ª Região 718-2004-096-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 35.520/06-PATR. Rel. Hélio Grasselli. DOE 28.07.06, p. 65.

12 - EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA APRECIAR AÇÃO DE INDENIZAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS TOMADORA DOS SERVIÇOS E FORNECEDORA DO TRABALHO TEMPORÁRIO, DECORRENTE DE CONTRATO COMERCIAL, CONQUANTO CALCADO NA LEI N. 6.019/74

A Justiça do Trabalho, mesmo após a alteração de sua competência, em face da EC n. 45/04, não é competente para apreciar demanda que trata dos efeitos patrimoniais decorrentes da relação jurídica comercial mantida entre as empresas tomadora de serviços e fornecedora de mão-de-obra temporária, porque a matéria não guarda correspondência com a relação de trabalho em si, nos termos do art. 114, VI, da CF. TRT/SP 15ª Região 262-2006-003-15-00-5 - Ac. 3ª Câmara 36.668/06-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 10.08.06, p. 26.

13 - EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO

Continuidade da execução após a declaração de falência da executada. Impossibilidade. Art. 6º da Lei n. 11.105/05 (nova Lei de Falências) e precedentes jurisprudenciais. Agravo de petição improvido. TRT/SP 15ª Região 1148-1984-024-15-85-0 - Ac. 11ª Câmara 39.059/06-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 25.08.06, p. 85.

14 - EXISTÊNCIA JURÍDICA DA RECLAMADA. COMPROVAÇÃO

Uma vez fornecido, na inicial, o nome fantasia da reclamada, compete à parte e não

ao Juízo comprovar a existência jurídica da empresa, sob pena de extinção do feito sem resolução de mérito. TRT/SP 15ª Região 273-2004-016-15-00-0 - Ac. 9ª Câmara 50.431/06-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 27.10.06, p. 44.

15 - EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

Expedição de ofícios insere-se no poder discricionário do magistrado. Por oportunidade e conveniência, não se submetendo, por decorrência, ao crivo meritório da instância recursal. TRT/SP 15ª Região 838-2004-013-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 32.067/06-PATR. Rel. Veva Flores. DOE 07.07.06, p. 54.

16 - MASSA FALIDA. AUSÊNCIA DE SÍNDICO. POSSIBILIDADE DO FEITO TRAMITAR SEM ESTE. INTIMAÇÃO PESSOAL DOS SÓCIOS

Considerando que, nos termos do art. 103 da Nova Lei de Falências, os sócios podem intervir no feito, interpondo as medidas e recursos cabíveis, e tendo em vista os princípios da celeridade processual e da efetividade do processo, sem esquecer-se do caráter alimentar das verbas em discussão, revela-se imperioso que o feito tramite, mesmo sem síndico nomeado. No caso, infrutíferas as tentativas de nomeação de síndico, deve o processo seguir em face dos sócios da empresa (fl. 122/125). Estes devem ser intimados dos atos, até que se nomeie representante para a Massa. TRT/SP 15ª Região 876-2000-040-15-85-4 - Ac. 8ª Câmara 34.072/06-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 21.07.06, p. 54.

17 - MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA FUNCIONAL

Não é da competência funcional do Tribunal Regional do Trabalho a concessão de medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso ordinário que ainda nem mesmo foi objeto do juízo de admissibilidade na origem (Súmulas ns. 634 e 635 do E. STF). Competência declarada do juízo de primeira instância. TRT/SP 15ª Região 2031-2005-000-15-00-6 - Ac. 10ª Câmara 32.898/06-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 14.07.06, p. 30.

18 - MULTA POR EMBARGOS PROTETÓRIOS. PERTINÊNCIA

A insurgência patronal deixou patente que não se conformou com o resultado do julgamento e, reforma, sabe-se, tem cabimento noutra seara, que não nos embargos de declaração. O intuito da famigerada multa é coibir ao espírito dos que litigam, mormente na pessoa dos seus causídicos, que detêm a técnica do manejo do Direito, a formulação de atitudes despropositadas; é despertar na consciência daquele que se utiliza abusivamente da máquina judiciária o enorme prejuízo que causa a si, à parte contrária e ao Erário Público, que é de todos nós; é fomentar no seu ser o desejo de que a Justiça seja célere e, só assim, plenamente eficaz. TRT/SP 15ª Região 1868-2003-095-15-00-3 - Ac. 6ª Câmara 35.239/06-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 28.07.06, p. 45.

19 - NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO

Recurso que copia *ipsis litteris* as razões dos embargos de terceiro, ignorando a fundamentação da sentença recorrida e não se insurgindo contra a mesma, não pode ser conhecido, com fundamento no art. 514, II, do CPC, aplicado subsidiariamente de acordo com os arts. 8º, parágrafo único, e 769, ambos da CLT. TRT/SP 15ª Região 1843-2004-046-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 41.622/06-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 15.09.06, p. 103.

20 - PRESCRIÇÃO. ARGÜIDA EM CONTRA-RAZÕES. INVIABILIDADE

Não aproveita a um litigante a argüição de prescrição em sede de contra-razões. Quando vencida a parte, relativamente à prejudicial de mérito alegada em contestação, cumpre à mesma, ainda que a decisão lhe tenha sido favorável na questão de fundo, interpor o competente recurso ordinário. No caso de faltar apreciação da prejudicial, ainda que favorável a decisão no mérito, são cabíveis embargos de declaração e, se necessário, sucessivamente, recurso ordinário, dada a manifesta permanência de interesse, não se afigurando viável agitar essa questão - argüir a prescrição -, em sede de contra-razões, retirando da parte adversa a possi-

bilidade de contrapor argumentos, o que não é de aceitar-se. TRT/SP 15ª Região 1076-2005-005-15-00-5 - Ac. 5ª Câmara 43.631/06-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 22.09.06, p. 42.

21 - PROCESSO CIVIL E DO TRABALHO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE QUE SE RESOLVE PELA PREVENÇÃO

O art. 2º da Lei n. 7.347/85 fixa a competência do Juízo em face do local de ocorrência do dano, prevenindo a jurisdição em relação às ações posteriores. A OJ n. 130, SBDI-2, C. TST, aplicando subsidiariamente o Código de Defesa do Consumidor, art. 93, II, fixa o entendimento de que se a extensão do dano a ser reparado for de âmbito regional, a competência será de uma das Varas do Trabalho da Capital do Estado; se for de âmbito supra-regional ou nacional, será do Distrito Federal. Trata-se, ante a especialidade da Lei da Ação Civil Pública, de competência territorial concorrente, que se resolve pela prevenção, *in casu*, do Juízo local, em face de não se tratar propriamente de dano de âmbito regional, mas, sim, de dano local que espraia por mais de uma comarca. Recurso provido, para afastar a incompetência em razão do local. TRT/SP 15ª Região 1863-2004-055-15-00-2 - Ac. 3ª Câmara 33.106/06-PATR. Rel. Luciane Strel da Silva. DOE 14.07.06, p. 21.

22 - PROCESSO DO TRABALHO. RECURSO ADESIVO

O recurso adesivo, nos termos do art. 500, CPC, aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho, dispõe que deve aderir ao recurso da outra parte. Portanto, a parte não poderá aderir a recurso de Recorrente que se localize no mesmo pólo da demanda, não havendo contraposição. Ainda que pudesse invocar o princípio da fungibilidade recursal, o recurso estaria intempestivo. Recurso não conhecido, por falta de preenchimento do requisito próprio do art. 500, CPC. TRT/SP 15ª Região 2156-2003-084-15-00-8 - Ac. 3ª Câmara 35.044/06-PATR. Rel. Luciane Strel da Silva. DOE 28.07.06, p. 34.

23 - PROVA TESTEMUNHAL. MENSAGEM VERBAL. CUIDADOS AO RECEBÊ-LA E MESMO COMO PASSÁ-LA

A recepção/compreensão de uma mensagem verbal é de ser dividida, atribuindo-se metade da responsabilidade de seu êxito a quem a emite e a outra metade a quem a recebe, o que pode gerar alguma confusão/precipitação tanto na emissão da resposta, quanto na sua formulação. TRT/SP 15ª Região 2550-2003-082-15-00-3 - Ac. 6ª Câmara 48.059/06-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 11.10.06, p. 27.

24 - PROVA TESTEMUNHAL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. RELEVÂNCIA DAS IMPRESSÕES CONSIGNADAS PELO MAGISTRADO PROLATOR DA SENTENÇA

Ao julgar, submete-se o Magistrado à legislação vigente e ao seu livre convencimento. O pronunciamento jurisdicional não deve, portanto, estar fundamentado em mera verdade formal, se a chamada real - a rigor, a que se busca com a instrução processual - emanar das provas apresentadas pelas partes, especialmente aquela produzida em audiência. Aferindo-se da leitura do depoimento da testemunha do autor que não há coerência de informações com a inicial, não há como proceder ao reconhecimento de vínculo empregatício, especialmente na hipótese em que o Magistrado que presidiu a oitiva e prolatou a sentença consignou expressamente sua conclusão em sentido contrário. TRT/SP 15ª Região 744-2005-032-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 32.516/06-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DOE 14.07.06, p. 20.

25 - RECURSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA

O § 1º do art. 636 da CLT, ao impor o depósito da multa administrativa como pressuposto recursal, em nada afronta o princípio do contraditório e da ampla defesa, mas apenas disciplina o seu regular exercício, devendo ser rigorosamente observado pela parte interessada. TRT/SP 15ª Região 3636-2005-131-15-00-0 - Ac. 1ª SDI 383/06-PDII. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 07.07.06, p. 12.

26 - RECURSO ORDINÁRIO. CONHECIMENTO DAS PRELIMINARES E OB-

JEÇÕES SUSCITADAS EM SEDE DE CONTRA-RAZÕES. POSSIBILIDADE

Uma leitura mais restrita do disposto no art. 499, *caput*, do CPC, mostra que a legitimidade para recorrer cinge-se à parte, quando vencida, e ao terceiro, quando a decisão lhe causar algum gravame. De outro lado, as regras estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC confirmam o entendimento doutrinário segundo o qual, regra geral, inexistente interesse recursal em impugnar somente a motivação do ato judicial ou a sua fundamentação. Conquanto a doutrina ainda se dedique à idealização de um "princípio da lesividade da decisão" com o escopo de dar contornos mais nítidos aos limites da devolutividade e translatividade dos chamados recursos ordinários, consoante referência que faz o Professor Júlio César Beber em sua obra "Recursos no Processo do Trabalho" (LTr, 2000, p. 90), rendo-me aos argumentos do Reclamado quando clama por prestação jurisdicional mais completa, apta a aproximar o processo do perene ideal de efetividade. Com efeito, cumpre ao magistrado, invocando o senso de justiça e a humildade que deve pautar a sua atuação, afastar da atividade jurisdicional os debates estéreis, de interessante conteúdo para os bancos acadêmicos e pouca pertinência prática para os atores do conflito. Prejudicial de prescrição total acolhida. TRT/SP 15ª Região 1415-2004-113-15-00-5 - Ac. 9ª Câmara 42.769/06-PATR. Rel. Marcos da Silva Pôrto. DOE 15.09.06, p. 85.

27 - RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. SÚMULA N. 393 DO TST. ALCANCE

Ao referir-se à desnecessidade de que o fundamento de defesa não examinado pela sentença seja renovado em contra-razões para que se opere o efeito devolutivo em profundidade, a Súmula n. 393 do TST trata da hipótese em que apenas uma das argumentações defensivas bastara à rejeição do pleito exordial em 1ª Instância, vindo a ser repelida em grau de recurso, a exemplo do que ocorre, por via de regra, com a prescrição nas ações dos expurgos inflacionários. Outra situação se verifica quando no recurso ordinário a acionada faz mera remissão aos termos da defesa, sem especificá-los, o

que não compele o julgador à sua análise. Obrigação há de que o magistrado aprecie todas as questões suscitadas e discutidas nos autos, mesmo que a sentença não as tenha julgado por inteiro (art. 515, § 1º, CPC), assim como conheça de fundamento não acolhido na r. sentença originária (art. 515, § 2º do mesmo código), mas tudo isso se dará desde que a matéria esteja inserida no apelo. Incidência da regra *tantum devolutum quantum appellatum*. DANO MORAL E MATERIAL. PERDA AUDITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A MOLÉSTIA E O TRABALHO. Não configuração do vínculo etiológico entre a moléstia auditiva e as condições de trabalho, em face das características das perdas, embora ruidoso o ambiente laborativo, basta, por si só, para afastar a indenização por danos morais e materiais, dispensados outros fundamentos que também poderiam constituir óbice ao pleito. TRT/SP 15ª Região 44-2004-127-15-00-7 - Ac. 8ª Câmara 41.135/06-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 06.09.06, p. 25.

28 - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS NA FASE DE CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE

Não há que se falar em responsabilidade dos sócios integrantes da empresa constante no pólo passivo da demanda no que se refere à fase de conhecimento. A cobrança do débito da empresa contra os sócios, para que respondam com seus patrimônios, é afeta à fase de execução, quando houver comprovação da inexistência de bens da sociedade passíveis de constrição. TRT/SP 15ª Região 60-2006-016-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 46.680/06-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 06.10.06, p. 37.

29 - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. PEDIDO DE HORAS EXTRAS. NÃO CABIMENTO

As horas extras são, por excelência, direito

personalíssimo e dependente da situação específica de cada empregado, não se qualificando como direito individual homogêneo da categoria representada pelo sindicato. Portanto, não cabe substituição processual neste caso, sendo o sindicato parte ilegítima para pleitear, em nome próprio, direito de um grupo de empregados. Entendimento que se extrai da aplicação dos arts. 6º do CPC, 8º, III da CF e 81, III da Lei n. 8.078/90. TRT/SP 15ª Região 1425-2003-126-15-00-6 - Ac. 7ª Câmara 50.388/06-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 27.10.06, p. 42.

30 - SÚMULA N. 331, IV, DO TST. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ART. 71 DA LEI N. 8.666/93

Embora o art. 71 da Lei n. 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à Administração Pública, real beneficiária da força de trabalho, a responsabilidade subsidiária, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*. Inteligência do Enunciado n. 331, IV, atual Súmula n. 331 do TST. TRT/SP 15ª Região 1370-2004-094-15-00-5 - Ac. 5ª Câmara 46.595/06-PATR. Rel. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 06.10.06, p. 35.

DIREITO RURAL

01 - EMPREGADO RURAL. PRESCRIÇÃO QUÍNQUENAL. EC N. 28

A nova norma, que equiparou o prazo prescricional dos direitos dos empregados rurais ao dos empregados urbanos, não pode ser aplicada retroativamente, considerando-se prescritos os eventuais direitos lesados antes de 29.05.00, porque isso implica viola-

ção ao art. 5º, inciso XXXVI, da CF. O novo prazo de cinco anos deve ser contado da data da promulgação da Emenda Constitucional n. 28, sendo eficaz somente a partir de 29.05.05. TRT/SP 15ª Região 159-2004-054-15-00-6 Ac. 3ª Câmara 32.500/06-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 14.07.06, p. 19.

EXECUÇÃO

01 - AGRAVO DE PETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DEPÓSITO JUDICIAL. DIFERENÇA DEVIDA

Nos termos do art. 39, da Lei n. 8.177, de 1º.03.91, a atualização monetária é devida até "o seu efetivo pagamento". Portanto, somente o efetivo pagamento quita o débito trabalhista. A garantia da execução não exime o devedor dos acréscimos supervenientes, porquanto o credor não se apossa, efetivamente, do valor de seu crédito quando do depósito. Agravo de petição que se dá provimento para determinar o prosseguimento da execução. TRT/SP 15ª Região 2924-1998-051-15-00-4 - Ac. 3ª Câmara 33.084/06-PATR. Rel. Edison Giurno. DOE 14.07.06, p. 21.

02 - AGRAVO DE PETIÇÃO. DA EXECUTADA. NÃO RECONHECIMENTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO. CONFISSÃO DA EMPRESA SOBRE A TITULARIDADE DO BEM PENHORADO EM NOME DE SEU SÓCIO

A MM. Juíza de 1ª Instância concluiu que os sócios-proprietários da executada utilizaram-se da força de trabalho da reclamante, tendo, portanto, responsabilidade em relação aos créditos resultantes do respectivo contrato de trabalho. Correto o entendimento acima esposado, pois o contrato de trabalho

entre exequente e executada se desenvolveu no período de 16.03.92 a 07.12.95 e a venda do imóvel ocorreu em 20.03.95, ou seja, o sócio Lázaro auferiu vantagem com o trabalho da exequente que o possibilitou comprar o bem penhorado. E não é só: apesar do referido imóvel estar em nome de terceiro estranho à lide, que pelo nome é parente do sócio-proprietário, pela forma como foram redigidos os embargos à execução, verifica-se que o bem permanece sob a propriedade do sr. Lázaro, tendo textualmente sido afirmado nos referidos embargos que "foi constrito todo o bem imóvel **pertencente aos sócios proprietários** da empresa Executada" (grifei). Logo, considero legítima a penhora efetuada pelo MM. Juízo *a quo*, sendo certo que o bem em comento não mais está penhorado no Processo n. 1.115/94. TRT/SP 15ª Região 339-1996-016-15-85-3 - Ac. 6ª Câmara 32.177/06-PATR. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 07.07.06, p. 50.

03 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXECUÇÃO. COBRANÇA AUTOMÁTICA DO TÍTULO JUDICIAL, INDEPENDENTEMENTE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA

Com a edição da EC n. 20, de 15.12.98, deslocou-se à Justiça do Trabalho a competência para executar, *ex officio*, as contribui-

ções sociais previstas no art. 195, inciso I, "a" e inciso II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. É inequívoco que, ao estabelecer que a execução das contribuições sociais decorrentes de suas sentenças seria de ofício, o legislador constituinte, automaticamente, dispensou a certidão de dívida ativa e legitimou a própria sentença trabalhista como título executivo hábil a instruir e a realizar o processo de execução. Precedentes do Colendo STJ. Agravo de petição do INSS a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 801-2004-099-15-00-8 - Ac. 5ª Câmara 46.670/06-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 06.10.06, p. 37.

04 - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO

Submetido o conflito à Comissão de Conciliação Prévia, o termo de conciliação é título executivo extrajudicial, com eficácia liberatória geral. Descumprido o acordo, o empregado tem direito de iniciar o processo de execução, o qual obedecerá às prescrições pertinentes ao Processo do Trabalho e, portanto, o prazo prescricional começará a fluir da data em que não houve o pagamento da primeira parcela da avença. Agravo não provido. TRT/SP 15ª Região 243-2004-044-15-00-2 - Ac. 7ª Câmara 46.003/06-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 29.09.06, p. 99.

05 - EXECUÇÃO. FALÊNCIA. SUSPENSÃO E NÃO ENCERRAMENTO DE AÇÕES SINGULARES CONTRA O FALIDO. POSSIBILIDADE DE SEREM RETOMADAS, NA JUSTIÇA DO TRABALHO E CONTRA OS EX-SÓCIOS, APÓS O ENCERRAMENTO DO PROCESSO DE FALÊNCIA, AS RECLAMAÇÕES ANTERIORMENTE PROPOSTAS

As ações singulares contra o devedor ficam suspensas, desde a abertura até o encerramento do processo falimentar, segundo o disposto no art. 6º da Lei n. 11.101/05 e não extintas. Destarte, com o encerramento da falência cessa a referida suspensão, podendo ser retomada nessa Justiça Especializada e contra os ex-sócios a execução do crédito reconhecido e ainda não satisfeito do obreiro. TRT/SP 15ª Região 180-2001-093-

15-00-1 - Ac. 6ª Câmara 47.971/06-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 11.10.06, p. 24.

06 - FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E FORMA DE CÁLCULO DOS VALORES DEVIDOS

O fato gerador das contribuições previdenciárias é o pagamento, nos termos do art. 195, I, a, da CF. Se o pagamento decorre de acordo elaborado entre as partes, nele deve haver a indicação das verbas salariais sobre as quais recaem as contribuições previdenciárias, sob pena de elas incidirem sobre a integralidade do montante quitado (parágrafo único do art. 43 da Lei n. 8.212/91). Outrossim, operado o fato gerador das contribuições previdenciárias e não quitado o valor devido, a atualização de tais valores se dá na forma prevista nos arts. 34 e 35 da Lei n. 8.212/91, conforme determinação expressa do § 4º, do art. 879, da CLT. TRT/SP 15ª Região 1327-2001-115-15-00-3 - Ac. 4ª Câmara 45.822/06-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 29.09.06, p. 92.

07 - PENHORA DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. INADMISSIBILIDADE

Afronta o direito constitucional da dignidade da pessoa humana a penhora de proventos de aposentadoria. Ademais, o art. 649, IV e VII, do CPC veda a penhora de salários e benefícios percebidos pelos institutos de previdência. Assim, não há que se falar que os interesses do empregado devem ser priorizados em relação aos financeiros do executado. TRT/SP 15ª Região 2072-1996-106-15-00-7 - Ac. 5ª Câmara 34.120/06-PATR. Rel. Edna Pedroso Romanini. DOE 21.07.06, p. 43.

08 - PENHORA. NO ROSTO DOS AUTOS. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. EXCEÇÃO À REGRA

A impenhorabilidade dos créditos trabalhistas - salários - é excepcionada pela própria lei quando o crédito for de natureza alimentar, neste incluído o também decorrente de outra sentença trabalhista, como preconizado no § 1º-A do art. 100 da Constituição da República, podendo ser expropriados na forma de penhora no rosto dos autos. TRT/SP

15ª Região 742-1990-013-15-00-5 - Ac. 2ª Câmara 31.877/06-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 07.07.06, p. 26.

09 - RECURSO DO INSS CONTRA DECISÕES HOMOLOGATÓRIAS DE ACORDOS QUE CONTENHAM PARCELAS INDENIZATÓRIAS QUE NÃO CONSTEM DO ROL DE PEDIDOS DA EXORDIAL

A inclusão de verbas de natureza indenizatória, em acordo homologado em

Juízo, que não constem do rol de pedidos da inicial, ou que, se presentes, sejam fixadas em valores significativamente superiores, recai sobre a hipótese de fraude, sendo necessário, para se falar em transação, que se mantenha a correspondência entre pedido e espécie, posto que, de forma contrária, o que se vê é simples tentativa de se beneficiar da elisão fiscal. TRT/SP 15ª Região 884-2005-131-15-00-0 - Ac. 9ª Câmara 33.938/06-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 21.07.06, p. 58.

MATÉRIA NOVA

01 - AGRAVO DE PETIÇÃO. AUTOS DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À APRECIÇÃO DO RECURSO. NÃO-CONHECIMENTO

Tratando-se de recurso interposto contra decisão proferida pela Justiça Federal, a análise dos pressupostos recursais deve ser efetivada, em observância às regras processuais e procedimentais pertinentes àquela Justiça, órgão competente para o julgamento do recurso à época de sua interposição. Na Justiça Federal, os embargos à execução fiscal são autuados em apartado e apensados aos principais, sendo que, na hipótese de serem rejeitados ou julgados improcedentes, o recurso será recebido no efeito meramente devolutivo (art. 520, V, do CPC), ensejando o prosseguimento da execução, razão pela qual os autos incidentais (autos de embargos à execução) serão desapensados dos autos principais (autos de execução fiscal) para remessa à instância superior. Por essa razão, a Justiça Federal outrora competente exigia que fossem acostados aos autos dos embargos à execução todos os documentos necessários à solução da lide, considerando ser dever das partes instruir os autos com

esses documentos. Considerando-se que, no presente caso, não foi juntado aos autos o instrumento de procuração tampouco o ato de intimação da embargante da penhora, circunstância que inviabiliza averiguar-se o cumprimento dos pressupostos recursais e a apreciação do mérito do recurso (tempestividade dos embargos à execução), não se deve conhecer do agravo de petição interposto. TRT/SP 15ª Região 2047-2005-011-15-00-2 Ac. 5ª Câmara 38.637/06-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 25.08.06, p. 51.

02 - PRESCRIÇÃO. DANO MORAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO NA JUSTIÇA COMUM ANTES DA EC N. 45/04

A par da discussão acerca da natureza do direito material perseguido (natureza trabalhista ou natureza civil), é certo que a presente ação foi proposta perante a Justiça Comum à época em que ainda não havia sido editada a EC n. 45/04 que veio a definir a competência dessa Justiça Especializada para julgamento de ações de indenização por dano moral decorrente de relação de trabalho. Considerando-se que à época do ajuizamento da ação havia controvérsia acerca da competência material para julgamen-

to das ações de indenização por dano moral decorrente de relação de emprego, prevalecendo, na maioria das vezes, a competência da Justiça Comum, há de se reconhecer que, tendo o autor ajuizado a ação perante a Justiça Comum antes da vigência da EC n. 45, o prazo prescricional a ser aplicado é o pre-

visto no CC vigente à época do ajuizamento, ou seja, o prazo de 20 anos previsto no art. 177 do CC de 1916. Recurso ordinário provido neste aspecto. TRT/SP 15ª Região 1298-2003-008-15-00-5 - Ac. 5ª Câmara 41.871/06-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 15.09.06, p. 66.

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

01 - AÇÃO DECLARATÓRIA. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. JULGAMENTO DE MÉRITO PELA JUSTIÇA COMUM. PRECEDENTES DO EXCELSO STF. COMPETÊNCIA DAQUELA JUSTIÇA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO

O Plenário do Excelso STF fixou entendimento definitivo de que a competência para tais ações é da Justiça do Trabalho, a teor do que dispõe o art. 114, VI da CF, com a redação da EC n. 45/04. Nesta orientação a Excelsa Corte, porém, excepcionou as ações em curso na Justiça Comum com sentença de mérito anterior à promulgação da EC n. 45/04, que devem lá permanecer até o trânsito em julgado e correspondente execução. Assim, somente devem ser remetidos à Justiça do Trabalho os processos em cujas ações ainda estejam pendentes de julgamento de mérito ou cuja sentença de mérito na Justiça Comum tenham sido proferidas após a EC n. 45/04. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. (CC 7.204/MG - Minas Gerais. Conflito de Competência Rel. Min. Carlos Britto. Julgamento 29.06.05 Órgão Julgador Tribunal Pleno - Publicação DJ 09.12.05). Havendo nos autos sentença de mérito da Justiça Comum estadual e tendo o E. TJ/SP remetido os autos a esta Justiça Especializada, suscita-se conflito negativo de

competência perante o Colendo STJ, nos termos do art. 105, I, d da Constituição. TRT/SP 15ª Região 103-2006-011-15-00-5 - Ac. SDC 127/06-PADC. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 29.09.06, p. 76.

02 - AMPLITUDE DA SENTENÇA. COLETIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Na jurisdição coletiva o termo competência territorial (art. 16, Lei n. 7.347/85) se alarga para evitar multiplicidade de ações individuais, pelo critério da prevenção, conforme o art. 2º e parágrafo único, da LACP. A aplicação analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor não se ajusta à hipótese vertente, de direito coletivo, de natureza indivisível. Assim, não se pode entender que uma mesma norma coletiva se aplique de determinada forma, dentro da jurisdição da Vara do Juiz sentenciante e, de outra forma, no âmbito dos demais sindicatos pactuantes da convenção coletiva, em outras localidades. TRT/SP 15ª Região 876-2006-000-15-00-8 - Ac. SDC 140/06-PADC. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 29.09.06, p. 78.

03 - CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-) EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA.

REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EC N. 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA

Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o STF entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. Nada obstante, como imperativo de política judiciária - haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa -, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC n. 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC n. 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, não de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. O STF, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudan-

ça formal do Magno Texto. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula n. 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao TST. (CC 7.204/MG - Minas Gerais. Conflito de Competência. Rel. Min. Carlos Britto. Julgamento 29.06.05 Órgão Julgador Tribunal Pleno - Publicação DJ 09.12.05, p. 05 Ement. Vol. 2217-2, p. 303). (Site do STF - entrada em 02.02.06). TRT/SP 15ª Região 229-2006-040-15-00-5 - Ac. SDC 133/06-PADC. Rel. Ricardo Antonio de Plato. DOE 29.09.06, p. 77.

04 - REDUÇÃO DE JORNADA. E SALÁRIOS MEDIANTE AUTORIZAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE

Com o advento da Constituição de 1988 deu-se a hierarquização do princípio da irredutibilidade salarial, estabelecendo o seu art. 7º, inciso VI, que a redução de salários somente é admissível no âmbito da negociação coletiva. Igual perspectiva foi fixada para a redução da jornada, conforme dicação do inciso XIII. O art. 2º da Lei n. 4.923, de 23.11.65, invocado pela Suscitante, não foi recepcionado pela vigente Constituição, que previu expressamente que a autocomposição é a única forma de solução do conflito autorizada pelo ordenamento jurídico nacional. O diploma legal em referência constitui, aos olhos deste Relator, verdadeiro "entulho autoritário", inerente ao regime político vigente à época de sua edição e incompatível com o regime de liberdade econômica que se pretendeu imprimir com a nova e democrática ordem constitucional. Reforça este remate a circunstância de que dita legislação jamais autorizou a Justiça do Trabalho a atender pleito da classe trabalhadora por aumento de salários na situação inversa, ou seja, num cenário de grande desenvolvimento da atividade lucrativa do empregador. O caminho da negociação coletiva não se faz pela imposição de condições, mas sim pela troca ou pelo estabelecimento de uma comutatividade mínima. Sendo esta a vontade do legislador constituinte, não há outro caminho a ser trilhado pela parte. Processo extinto sem apreciação de mérito por impossibilidade jurídica do pedido. TRT/SP 15ª Região 1808-2005-000-15-00-5 - Ac. SDC 34/06-PADC. Rel. Marcos da Silva Pôrto. DOE 07.07.06, p. 17.

TRIBUNAL PLENO

01 - AGRAVO INTERNO. DECISÃO COLEGIADA. DESCABIMENTO

Cabe agravo interno contra decisões monocráticas, em processos de competência recursal (art. 278 do Regimento Interno). Incabível contra decisão colegiada proferida por Câmara do Tribunal. TRT/SP 15ª Região 315-2004-119-15-40-4 - Ac. Tribunal Pleno 104/06-PPLJ. Rel. Antonio Miguel Pereira. DOE 22.09.06, p. 15.

02 - AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. ATO CONTRÁRIO À BOA ORDEM PROCESSUAL. PETIÇÃO DE ACORDO FIRMADA PELAS PARTES EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. INEXISTÊNCIA DE DELIBERAÇÃO EXPRESSA E FUNDAMENTADA ACERCA DAQUELE EXPEDIENTE, COM PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. TUMULTO PROCESSUAL CARACTERIZADO. PROVIMENTO

Nos termos do art. 35 do Regimento Interno do TRT da 15ª região, a reclamação correicional somente é cabível para corrigir erros, abusos e atos atentatórios à boa ordem processual, ação ou omissão que importe erro de procedimento. Vale dizer, não compete à Corregedoria intervir administrativamente para corrigir eventuais erros de julgamento, pois a medida correicional deve ser utilizada apenas com o fito de restabelecimento da boa ordem

do processo. Entretanto, se escapa do alcance da corregedoria a justiça ou a injustiça das decisões, o mesmo não ocorre quanto à obrigação constitucional de se decidir, de forma expressa e fundamentada, toda vez que, ao juiz natural do processo, lhe venha a ser submetido pedido ou expediente. O dever de julgar, oferecendo sempre aos jurisdicionados uma resposta estatal clara e fundamentada a uma pretensão que lhe venha a ser submetida, constitui tarefa indeclinável de qualquer órgão do Poder Judiciário. Uma vez provocado, não pode o julgador se negar a entregar às partes, de forma completa e expressa, a devida prestação ou resposta jurisdicional. O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, inserto no art. 5º, inciso XXXV, CF ("a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito") há de ser entendido, assim, não só como direito de acesso ao Poder Judiciário, mas também como contraposta obrigação do Estado de fornecer uma resposta (de mérito ou terminativa) a qualquer pedido que lhe tenha sido dirigido. Ademais, a partir da CF de 1988, o legislador entendeu por bem elevar o dever de fundamentar as decisões ao patamar constitucional, à luz dos princípios basilares da Magna Carta (art. 93, inciso IX). Portanto, os atos decisórios prolatados pelo Judiciário deverão vir, impreterivelmente, acompanhados de fundamentação expressa, sob pena de se incorrer

em flagrante nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Por isso, não admite o ordenamento jurídico pátrio decisão implícita, presumida - que arranha frontalmente o texto constitucional, malferindo a norma do art. 93, inciso IX, da Carta Republicana. Apresentada pelas partes, em sede de execução trabalhista, petição comum de acordo, deve o juiz deliberar a seu respeito, constituindo tumulto processual o prosseguimento do processo sem manifestação judicial expressa e fundamentada a respeito daquele expediente. Agravo regimental provido. TRT/SP 15ª Região 1851-2000-113-15-00-0 - Ac. Tribunal Pleno 59/06-PPLJ. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 28.07.06, p. 2.

03 - AGRAVO REGIMENTAL. IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO PROLATADA EM RECLAMAÇÃO CORREICIONAL

O agravo regimental é o recurso apropriado para impugnar decisão proferida pelo Corregedor Regional (RITRT, arts. 39 e 281, I, "d") em reclamação correicional. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE PROCESSUAL. NÃO-APRECIÇÃO JURISDICIONAL. OMISSÃO SANADA POSTERIORMENTE AO OFERECIMENTO DA RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. ARQUIVAMENTO DA MEDIDA EXCEPCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE A GRATUIDADE SER CONCEDIDA PELA CORREGEDORIA REGIONAL NA RECLAMAÇÃO CORREICIONAL OU PELO PLENO DO TRIBUNAL EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL.- Segundo o Regimento Interno deste Egrégio Tribunal (art. 35), a reclamação correicional, não havendo recurso específico, é cabível para corrigir erros, abusos e atos contrários à boa ordem processual, ação ou omissão que importe erro de procedimento. No caso, a reclamação destina-se ao suprimento de omissão, posto que, como exposto na prefacial, "a presente correição tem o condão de obter do juízo monocrático uma decisão quanto ao pedido de Gratuidade de Justiça formulado na petição de interposição do recurso de agravo de petição". Todavia, posteriormente ao oferecimento da presente reclamação, a questão re-

lacionada à gratuidade processual foi apreciada e rejeitada pela MD. Juíza Substituta em exercício na Vara do Trabalho. Portanto, sanada a omissão (RITRT, art. 35), a reclamação correicional oferecida foi corretamente arquivada, por perda de objeto (RITRT, parágrafo único do art. 38). RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. INIMPUGNABILIDADE DE *ERROR IN JUDICANDO*.- Deve ser esclarecido que não compete à Corregedoria Regional (ou, então, ao Pleno do Tribunal, na apreciação deste agravo regimental) conceder aos agravantes o benefício perseguido na ação principal (gratuidade processual), não só por extrapolar os limites expostos na causa de pedir apresentada na petição da reclamação correicional oferecida, mas, também, por exceder os limites jurídicos reservados à presente medida excepcional. A decisão prolatada pela MD. Juíza, por revestir-se de conteúdo eminentemente jurisdicional, somente pode ser revista, na hipótese de *error in judicando*, pelo órgão jurisdicional competente, através do recurso adequado, e não pela Corregedoria Regional, em cujas atribuições se insere, exclusivamente, o julgamento de reclamação correicional contra *error in procedendo* praticado pelo Magistrado. Deve ser mantida, pois, a decisão que determinou o arquivamento da reclamação correicional (RITRT, parágrafo único do art. 38). Agravo regimental conhecido mas não provido. TRT/SP 15ª Região 753-2005-099-15-00-9 - Ac. Tribunal Pleno 68/06-PPLJ. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 28.07.06, p. 3.

04 - MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CABIMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS NS. 269 E 271 DO STF

Não se presta a ação de mandado de segurança ao pleito de pagamento de verbas pretéritas que, embora reconhecidas por decisão administrativa, podem ser discutidas e cobradas pela via judicial, pois é condição para a impetração do *mandamus* a exequibilidade ou operatividade do ato a ser impugnado, o que, *in casu*, não se verifica. TRT/SP 15ª Região 1999-2005-000-15-00-5 - Ac. Tribunal Pleno 108/06-PPLJ. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 27.10.06, p. 15.

ÍNDICE DAS EMENTAS

1ª Sessão de Díssídios Coletivos

Ementa	Referência	Ementa	Referência
INTERDITO PROIBITÓRIO			
- Possibilidade de ajuizamento pelo empregador na justiça do trabalho. Hipóteses restritas.....	01	- Art. 485, IV, CPC. Coisa julgada. Acórdão judicial firmado após decisão sobre a qual pende recurso. Homologação parcial. Revogação posterior do ato judicial. Ofensa à coisa julgada caracterizada	01
MANDADO DE SEGURANÇA			
- Cabimento de tutela antecipada contra ente público que contrata pela CLT. Modificação de turno de jornada (noturno para diurno). Configuração de alteração unilateral do contrato de trabalho	02	- Atribuição de valor irrisório à causa. Evidência de oportunismo, em face da grande probabilidade de insucesso da tese. Necessidade de arbitramento.....	02
- Penhora sobre 30% do salário do reclamado. Colisão de normas. Princípio da proporcionalidade.....	03	- Ausência de prequestionamento. Irrelevância	02
- Sentença prolatada por Juiz Federal e acórdão proferido por Tribunal da Justiça Federal antes da EC n. 45/04. Conflito de competência	04	- Carência de ação. Arguição pelo Ministério Público do Trabalho, em decorrência do caráter recursal da demanda. Impossibilidade da extinção precoce da ação	02
2ª Sessão de Díssídios Coletivos			
AÇÃO RESCISÓRIA			
- Acordo formulado na pendência de recurso. Incompatibilidade de atos. Desistência do apelo. Consagração da decisão recorrida. Trânsito em julgado decorrente	01	- Composição do pólo passivo. Necessidade de citação de todos aqueles que compuseram a relação jurídico-processual de origem.....	02
- Alteração da verdade dos fatos, ausência de lealdade e boa-fé e formulação de pretensões destituídas de fundamento. Litigância de má-fé caracterizada	02	- Desconstituição de decisão tomada em sede de agravo de instrumento. Carência da ação. Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC).....	03
		- Medida processual imprópria à obtenção do provimento jurisdicional reclamado. Falta de interesse processual. Extinção do processo, de acordo com o art. 267, VI, CPC.....	04

Ementa	Referência	Ementa	Referência
- Reconvenção. Compatibilidade.....	02	Horas extras. Recurso do empregado conhecido e desprovido.....	07
- Reconvenção. Requisitos da compatibilidade.....	02	COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA	
- Reconvenção. Unidade procedimental. Análise na mesma sentença.....	02	- Acordo. Quitação.....	08
- Violação literal de lei. Arts. 5º, inciso LV, da CF, 8º e 841, § 1º, da CLT, e 214 e 247 do CPC.....	02	COMISSÕES	
AGRAVO REGIMENTAL		- Estorno sobre vendas não concretizadas. Legalidade. Art. 466 da CLT. Desnecessária a autorização escrita do empregado ou prévia anotação na CPTS ou no registro do empregado.....	09
- Ação rescisória. Recurso ordinário. Manutenção da sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito.....	05	CONTRATAÇÃO	
COISA JULGADA		- de servidor público pelo regime celetista. Piso salarial profissional. Deferimento.....	10
- Sentença declaratória de existência de direito. Transação processual posterior. Limites de disponibilidade das partes.....	01	CONTRATO	
NULIDADE DE CITAÇÃO		- de estágio. Fraude à lei.....	11
- Grupo econômico. Inocorrência.....	02	- de trabalho. Temporário. Lei n. 6.019/74. Nulidade.....	12
Direito Material		CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA	
ACIDENTE DE TRABALHO		- horas de intervalo suprimido (art. 71, § 4º, da CLT). Hipótese de não incidência.....	13
- Responsabilidade civil da empresa. ausência de culpa no sinistro. Hipótese de auto-mutilação. Incabível.....	01	DANO MORAL	
- Culpa concorrente. Culpa exclusiva da vítima. Fixação da indenização.....	02	- Anotações em CTPS.....	14
ADICIONAL		- Gerente. Constrangimento. Demora injustificada do banco no atendimento de informações solicitadas pelo Ministério Público.....	15
- de sexta-parte. Art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo.....	03	- Negligência patronal. Bancário com as chaves do cofre. Familiares feitos reféns.....	16
- noturno. Jornada mista. Prorrogação do horário noturno não configurada.....	03	DELIMITAÇÃO	
APOSENTADO		- do dano estético. Segundo seus efeitos.....	17
- do Banespa. Complementação de aposentadoria. Critério de atualização.....	04	DIREITO CIVIL	
BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO		- Direito do Trabalho. Dano material e moral. Acidente de trabalho <i>latu sensu</i> . Cortador de cana.....	18
- Aposentadoria por invalidez. Indenização por dano patrimonial. Mutilação de dedos. Cumulação. possibilidade.....	05	DISPENSA	
CAIXA LOTÉRICO		- de empregado pela administração pública. Requisitos do ato não configurados. Direito à reintegração.....	19
- Intervalos próprios do digitador. Inaplicabilidade.....	06		
CARGO DE CONFIANÇA			
- Gerente geral de agência bancária.			

Ementa	Referência	Ementa	Referência
DOENÇA OCUPACIONAL		INADIMPLEMENTO	
- Prescrição trabalhista. Contrato de trabalho rompido. Prazo de 02 anos da extinção do pacto laboral ou da ciência inequívoca da incapacidade laboral.....	20	- de verbas rescisórias. Dano moral. Não configuração.....	32
EMPRESAS PÚBLICAS		INTERVALO INTRAJORNADA	
- ou sociedades de economia mista. Cargo em comissão de livre nomeação e exoneração. Inaplicabilidade.....	21	- Desrespeito ao limite de seis horas dos turnos ininterruptos de revezamento. Duração proporcional à jornada efetiva e não à prevista em lei.....	33
ENQUADRAMENTO SINDICAL		- Natureza salarial.....	34
- Trabalhador eleito como dirigente sindical de entidade não representativa de sua categoria profissional. Garantia de emprego indeferida. Art. 8º, VIII, da CF/88 e art. 543, § 3º, da CLT.....	22	JUSTA CAUSA	
ENTE PÚBLICO		- Abandono de emprego.....	35
- Contratação irregular. Administradores. Responsabilidade.....	23	LICENÇA-PRÊMIO	
FERROBAN		- Adicional por tempo de serviço. Lei Municipal (Lei n. 1.169/70) que dispôs sobre o Regime Jurídico do Município. Ausência de distinção entre empregado público e servidor público. Pagamento devido.....	36
- Equiparação salarial.....	24	MORTE	
GRATIFICAÇÃO DE CAIXA		- de trabalhadora em assalto. Indenização por danos morais e materiais. Necessidade de dolo ou culpa do empregador. Inteligência do art. 7º, XXVIII, da CF/88.....	37
- Integração.....	25	MOTORISTA	
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	26	- infrator. Culpa da empresa que não zelou pela conservação do veículo utilizado em serviço. Indenização por danos morais devida.....	38
HORAS EXTRAS		MULTA	
- Adicional de 100% (cem por cento). Inaplicabilidade.....	28	- do art. 477, da CLT. Reconhecimento da existência de vínculo de emprego em período anterior ao do registro em CTPS. Devida.....	39
- Bancário. Cartão de ponto. Anotação. Validade.....	27	- do § 8º do art. 477 da CLT. Verbas rescisórias quitadas de forma indiscriminada e em data aleatória mediante depósito bancário. Homologação posterior. Cabimento.....	40
- Bancário. Divisor 180.....	28	PERICULOSIDADE	
- Bancário. Ônus da prova. Testemunha: Prestação de serviço em local de trabalho diverso ao do reclamante. Inaplicável a OJ n. 233 da SDI-I do c. TST.....	28	- Operador de empilhadeira. Contato eventual. Adicional indevido.....	41
- Remuneração por produtividade. Base de cálculo.....	29	PRECEDENTE NORMATIVO	
- Turnos ininterruptos de revezamento.....	30	- oriundo de outro Tribunal Regional do Trabalho. Inaplicabilidade.....	28
- Vendedores. Trabalho externo.....	31		
IMPOSTO DE RENDA			
- Inclusão dos juros na base de cálculo.....	28		
- Transferência do encargo tributário. Incabível.....	30		

Ementa	Referência	Ementa	Referência
PRESCRIÇÃO		TRABALHADOR DOMÉSTICO	
- Diferenças salariais decorrentes de reajuste sonogado, previsto em lei expressa e integralmente revogada	42	- Prescrição bienal. Aplicação. Inciso XXIX do art. 7º da CF.....	55
PROCESSO ELEITORAL SINDICAL		TRABALHO AOS DOMINGOS	
- Publicidade do edital de convocação de eleição.....	43	- Usina de Açúcar e Alcool e atividades correlatas do corte da cana. Permissão prévia da autoridade competente em matéria de trabalho (CLT, art.68).....	56
RECEPCIONISTA		TRANSAÇÃO	
- Jornada reduzida. Art. 227 da CLT. Inaplicabilidade.....	44	- e renúncia de direitos trabalhistas. CC de 2002	57
RECONVENÇÃO		TRIBUTOS	
- Prescrição.....	45	- Imposição de responsabilidade exclusiva à reclamada. Indevida.....	28
RELAÇÃO		USO DA INTERNET	
- de emprego. Estágio profissional de bacharel.....	46	- em local de trabalho.....	58
- jurídica. Mantida entre as partes. Contrato de franquia x contrato de emprego. Vínculo	47	USP	
REPRESENTAÇÃO		- Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto. Adicional por tempo de serviço. Base de cálculo. Vencimentos. Devidas diferenças vencidas e vincendas.....	59
- comercial x Vínculo empregatício.....	48	VÍNCULO	
RESPONSABILIDADE		- empregatício. Cooperativa de trabalho. Caracterização.....	60
- civil do empregador. Ausência de nexo de causalidade entre o ato e o dano experimentado. Culpa exclusiva da vítima.....	49	- empregatício. Segurança particular de sócio da empresa. Inexistência de relação de emprego entre o trabalhador e a pessoa jurídica da qual o tomador dos serviços é sócio	61
- subsidiária. Convênio celebrado entre o Município e as Centrais de Abastecimento de Campinas S.A. - Ceasa, visando à operacionalização do programa municipal de alimentação escolar. Serviços terceirizados.....	50	- empregatício. Subordinação. Empregado diretor.....	62
- subsidiária. Dono da obra.....	51	- montador de móveis. Pessoaalidade e subordinação	63
REVISTA		Direito Processual	
- Limites.....	52	ADIAMENTO DE AUDIÊNCIA	
SEGURO-DESEMPREGO		- por convenção das partes. Hipótese prevista no art. 453, I, do CPC. Inaplicabilidade da Súmula n. 122 do c. TST	01
- Habilitação. Indenização. Conversão. Impossibilidade.....	60	AGRAVO	
SINDICATO		- de instrumento. Embargos declaratórios não-conhecidos por irregularidade na representação processual. Interrupção da contagem do prazo para recurso ordinário. Impossibilidade	02
- Base territorial. Desmembramento	53		
SÓCIO RETIRANTE			
- Requisitos mínimos de validade do desligamento. Responsabilidade subsidiária.....	54		

Ementa	Referência	Ementa	Referência
- de petição. Razões recursais inovadoras. Não conhecimento		EXECUÇÃO	
- regimental. Razões inadequadas ou dissociadas do que se decidiu. Ausência de interesse de recorrer. Não conhecimento	04	- Agravo de petição.....	13
ASSISTENTE LITISCONSORCIAL		EXISTÊNCIA JURÍDICA DA RECLAMADA	
- Interesse econômico e vinculação à relação jurídica debatida. Impossibilidade.....	05	- Comprovação.....	14
AUTARQUIA		EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS	15
- Departamento Autônomo de Água e Esgoto de Rio Claro. Autarquia que exerce atividade econômica. Prerrogativas processuais previstas no Decreto-lei n. 779/69 c/c art. 790-A da CLT. Não cabimento	06	MASSA FALIDA	
COMUNICAÇÃO		- Ausência de síndico. Possibilidade do feito tramitar sem este. Intimação pessoal dos sócios	16
- Ausência da forma da ruptura contratual. Afastamento da justa causa aplicada. Encerramento da instrução processual. Cerceamento de defesa. Caracterização	07	MEDIDA CAUTELAR	
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS		- Competência funcional	17
- Massa falida. Penhora no rosto dos autos da falência. Impossibilidade	08	MULTA	
DANO MORAL		- por embargos protelatórios. Pertinência.....	18
- e material. Perda auditiva. Impossibilidade de concessão. Ausência de nexo causal entre a moléstia e o trabalho	27	NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO	19
- Indenização. Prova indiciária do assédio sexual. Admissibilidade	09	PRESCRIÇÃO	
- Ônus da prova. Não caracterização.....	10	- Argüida em contra-razões. Inviabilidade.....	20
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INCABÍVEIS		PROCESSO	
- Interrupção do prazo recursal. Impossibilidade.....	11	- Civil e do Trabalho. Competência territorial em Ação Civil Pública. Competência concorrente que se resolve pela prevenção	21
EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45		- do Trabalho. Recurso adesivo	22
- Ampliação da competência da justiça do trabalho. Ausência de competência para apreciar ação de indenização entre as empresas tomadora dos serviços e fornecedora do trabalho temporário, decorrente de contrato comercial, conquanto calcado na Lei n. 6.019/74.....	12	PROVA TESTEMUNHAL	
		- Mensagem verbal. Cuidados ao recebê-la e mesmo como passá-la	23
		- Princípio do livre convencimento. Relevância das impressões consignadas pelo Magistrado prolator da sentença	24
		RECURSO	
		- Administrativo. Depósito prévio da multa.....	25
		- Ordinário. Conhecimento das preliminares e objeções suscitadas em sede de contra-razões. Possibilidade.....	26
		- Ordinário. Efeito devolutivo em profundidade. Súmula n. 393 do TST. Alcance	27

Ementa	Referência	Ementa	Referência
RESPONSABILIDADE		RECURSO	
- dos sócios na fase de conhecimento. Impossibilidade	28	- do INSS contra decisões homologatórias de acordos que contenham parcelas indenizatórias que não constem do rol de pedidos da exordial.....	09
SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL		Matéria Nova	
- Pedido de horas extras. Não cabimento.....	29	AGRAVO DE PETIÇÃO	
SÚMULA N. 331, IV, DO TST		- Autos de embargos à execução fiscal. Ausência de documentos indispensáveis à apreciação do recurso. Não-conhecimento	
- Administração pública. Responsabilidade subsidiária. Art. 71 da Lei n. 8.666/93.....	30	01	
Direito Rural		PRESCRIÇÃO	
EMPREGADOR RURAL		- Dano moral. Ajuizamento da ação na Justiça Comum antes da EC n. 45/04.....	
- Prescrição quinquenal. EC n. 280.....	01	02	
Execução		Seção de Dissídios Coletivos	
AGRAVO DE PETIÇÃO		AÇÃO DECLARATÓRIA	
- Correção monetária. Depósito judicial. Diferença devida	01	- Representação sindical. Julgamento de mérito pela justiça comum. Precedentes do excelso STF. Competência daquela justiça. Conflito negativo de competência suscitado	
- Da executada. Não reconhecimento da fraude à execução. Confissão da empresa sobre a titularidade do bem penhorado em nome de seu sócio.....	02	01	
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS		AMPLITUDE DA SENTENÇA	
- Execução. Cobrança automática do título judicial, independentemente de inscrição em dívida ativa	03	- Coletiva na ação civil pública	
EXECUÇÃO		02	
CONSTITUCIONAL		- Competência judicante em razão da matéria. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, proposta pelo empregado em face de seu (ex-) empregador. Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da Magna Carta. Redação anterior e posterior à EC n. 45/04. Evolução da jurisprudência do STF. Processos em curso na Justiça comum dos estados. Imperativo de política judiciária.....	
- de título executivo extrajudicial. Prescrição	04	03	
- Falência. Suspensão e não encerramento de ações singulares contra o falido. Possibilidade de serem retomadas, na justiça do trabalho e contra os ex-sócios, após o encerramento do processo de falência, as reclamatórias anteriormente propostas	05	REDUÇÃO DE JORNADA	
FATO GERADOR		- E salários mediante autorização da justiça do trabalho. Impossibilidade.....	
- da contribuição previdenciária e forma de cálculo dos valores devidos	06	04	
PENHORA		Tribunal Pleno	
- de proventos de aposentadoria. Inadmissibilidade.....	07	AGRAVO	
- No rosto dos autos. Crédito de natureza alimentar. Exceção à regra	08	- interno. Decisão colegiada. Descabimento	
		01	

Ementa	Referência	Ementa	Referência
- regimental em reclamação correicional. Ato contrário à boa ordem processual. Petição de acordo firmada pelas partes em execução trabalhista. Inexistência de deliberação expressa e fundamentada acerca daquele expediente, com prosseguimento da execução. Tumulto processual caracterizado. Provimento	02	RECLAMAÇÃO CORREICIONAL	
- regimental. Impugnação da decisão prolatada em reclamação correicional	03	- Inimpugnabilidade de <i>error in judicando</i>	03
MANDADO DE SEGURANÇA		REQUERIMENTO	
- Não-cabimento. Aplicação das Súmulas ns. 269 e 271 do STF.....	04	- de concessão dos benefícios da gratuidade processual. Não-apreciação jurisdicional. Omissão sanada posteriormente ao oferecimento da reclamação correicional. Arquivamento da medida excepcional. Impossibilidade de a gratuidade ser concedida pela Corregedoria Regional na reclamação correicional ou pelo Pleno do Tribunal em sede de agravo regimental	03

