



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

# REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO CAMPINAS

Direção e coordenação da Escola Judicial  
Repositório Oficial de Jurisprudência

n. 33  
2008



ISSN 1679-8694



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

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL  
DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Repositório Oficial de Jurisprudência

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**

Rua Barão de Jaguará, 901- 13015-927 - Campinas/SP

Fone (19) 3236-2100

www.trt15.jus.br

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**

Rua Barão de Jaguará, 901- 3º andar - 13015-927 - Campinas/SP

Fone (19) 3031-4183 - Fax (19) 3236-0585

e-mail: ematra@trt15.jus.br

Catálogo na Publicação (CPI) elaborada pelo  
Setor de Biblioteca/TRT 15ª Região

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região /  
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Escola da  
Magistratura - n.1, jul./dez. 1991-. Campinas/SP, 1991

n. 33, jul./dez. 2008

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Direito Processual do Trabalho -  
Brasil. 3. Jurisprudência - Brasil. 4. Atos Normativos - Brasil. I.  
Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Escola da  
Magistratura.

CDU - 34:331 (81)

347.998.72 (81)

Os textos doutrinários e de jurisprudência desta Revista são de estrita  
responsabilidade dos seus autores.

Supervisão: Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani

Capa: Patrícia Izumi da Silva

Colaboradoras da organização desta edição:

Andréa Valle Maia Magnusson

Débora Eliana de Oliveira Battagin

Elaine de Paula Michelatto

Elizabeth Aparecida Nespolon Bertazzoli

Elizia Maria Ferraresi de Andrade

Laura Regina Salles Aranha

Maria Auxiliadora Ortiz Winkel

Marisa de Menezes de Assis Gomes

Mônica de Oliveira Jurgensen

Regina Mari Enomoto Tabarini

Samuel Jesus de Oliveira

Silvia Regina Guerino

**A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**  
**é indexada nos seguintes órgãos, instituições e bibliotecas:**

- Superior Tribunal Federal  
Superior Tribunal de Justiça  
Superior Tribunal Militar  
Tribunal Superior do Trabalho  
Tribunais Regionais do Trabalho  
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região  
Tribunal Regional Federal da 2ª Região  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região  
Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ  
Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC  
Escola Superior do Ministério Público - ESMP  
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA  
Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região - AMATRA XV  
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 1ª Região  
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 2ª Região  
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região  
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região  
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região  
Escola Regional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho da 7ª Região  
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 8ª Região  
Escola de Administração Judiciária do TRT da 9ª Região  
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região  
Escola Judicial e de Administração Judiciária do TRT da 12ª Região  
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região  
Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 16ª Região  
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 17ª Região  
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 18ª Região  
Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 19ª Região  
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região  
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região  
Escola da Magistratura Trabalhista do Mato Grosso do Sul  
Biblioteca Nacional  
Biblioteca da Câmara dos Deputados  
Biblioteca do Senado Federal  
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de São Paulo  
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Campinas  
Biblioteca da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDC  
Biblioteca da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo  
Biblioteca da Universidade Federal de Juiz de Fora  
Biblioteca da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG  
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande - UFRG  
Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC  
Biblioteca da Universidade de Brasília - UNB  
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS  
Biblioteca da Universidade de Pernambuco - UPE  
Biblioteca da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE  
Biblioteca da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ  
Biblioteca da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES  
Biblioteca do Instituto Superior de Ciências Aplicadas - Isca de Limeira  
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Biblioteca da Faculdade Adamantina Integrada  
Biblioteca da Faculdade de Filosofia e Letras de Catanduva  
Biblioteca da Faculdade Municipal de Direito de Franca  
Biblioteca da Universidade Bandeirante de São Paulo  
Biblioteca da Universidade Braz Cubas de Moji Mirim  
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco de Descalvado  
Biblioteca da Universidade Católica do Santos  
Biblioteca da Universidade Cidade de São Paulo  
Biblioteca da Universidade Cruzeiro do Sul - São Paulo  
Biblioteca da Universidade de Franca - UNIFRAN  
Biblioteca da Universidade de Marília  
Biblioteca da Universidade de Moji das Cruzes  
Biblioteca da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP  
Biblioteca da Universidade de Santo Amaro - São Paulo  
Biblioteca da Universidade de São Paulo - USP  
Biblioteca da Universidade de Sorocaba  
Biblioteca da Universidade do Grande ABC - Santo André  
Biblioteca da Universidade do Oeste Paulista - Presidente Prudente  
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho - UNESP - São Paulo  
Biblioteca da Universidade de Guarulhos  
Biblioteca da Universidade Ibirapuera de São Paulo  
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba  
Biblioteca da Universidade Metropolitana de Santos  
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São Paulo  
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo  
Biblioteca da Universidade Santa Cecília de Santos  
Biblioteca da Universidade São Francisco - Bragança Paulista  
Biblioteca da Universidade São Judas Tadeu - São Paulo  
Biblioteca da Universidade São Marcos de São Paulo  
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Lorena  
Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista - UNORP - São José do Rio Preto  
Biblioteca da Faculdade Módulo de Caraguatatuba  
Biblioteca da Faculdades Claretianas de Rio Claro  
Biblioteca da Fundação de Ensino Octávio Bastos - São João da Boa Vista  
Biblioteca da Sociedade Unificada Paulista de Ensino Renovado Objetivo - UNIP - Araçatuba  
Biblioteca da Sociedade Unificada Paulista de Ensino Renovado Objetivo - UNIP - São José do Rio Preto  
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Campinas  
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - Franca  
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - Unicastelo - Fernandópolis  
Biblioteca da Universidade de Taubaté - UNITAU  
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - São José dos Campos  
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - Jacareí  
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Piracicaba  
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Santa Bárbara D'Oeste

Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba  
- UNIMEP - Lins

Biblioteca da Universidade Federal de Pelotas

Biblioteca da Universidade Católica de Pelotas

Biblioteca da Faculdade de Minas - FAMINAS

Biblioteca do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal

Biblioteca do Centro Universitário Anhanguera de Leme

Biblioteca do Centro Universitário Capital - São Paulo

Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Batatais

Biblioteca do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo

Biblioteca da Associação São Bento de Ensino de Araraquara  
- UNIARA

Biblioteca do Centro Univ. de Rio Preto - UNIRP

Biblioteca da Fundação Educacional de Votuporanga

Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista de São José do Rio Preto

Biblioteca do Centro Universitário Fico de Osasco

Biblioteca do Centro Universitário Monte Serrat de Santos

Biblioteca do Centro Universitário Moura Lacerda de Ribeirão Preto

Biblioteca da Faculdade de Direito de Araras

Biblioteca do Centro Universitário Nove de Julho - São Paulo

Biblioteca da Faculdade de Direito da Alta Paulista - Tupã

Biblioteca da Faculdade de Direito da Faap - São Paulo

Biblioteca da Faculdade de Direito de Itú

Biblioteca da Faculdade de Direito de Marília - UNIMAR

Biblioteca da Faculdade de Direito de Presidente Prudente

Biblioteca da Faculdade de Direito de São João da Boa Vista  
- Fundação de Ensino Octávio Bastos

Biblioteca da Fundação Educacional Sorocabana - FADI

Biblioteca da Faculdade de Direito e Administração de Barretos

Biblioteca da Faculdade de Direito Padre Anchieta - Jundiá

Biblioteca do Instituto Toledo de Ensino de Bauru

Biblioteca da Faculdades Integradas Cantareira - São Paulo

Biblioteca da Faculdades Integradas de Guarulhos

Biblioteca da Faculdades Integradas Itapetininga  
- F. Karnig Bazarian

Fundação Educacional Dr. Raul Bauab-Unimar - Jati

Biblioteca da Instituição Paulista de Ensino Superior Unificado de São Carlos

Biblioteca da Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba

Biblioteca da Faculdades Radial de São Paulo

Biblioteca da Faculdades Unificadas São Luís de Jaboticabal

Biblioteca do Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto

Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis

Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul

Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Ribeirão Preto

Biblioteca da Universidade Salesiana - UNISAL - Americana

Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
- IMESA

Biblioteca da Faculdade de Direito da Prefeitura do Município de São Bernardo do Campo

Biblioteca da Faculdade Comunitária de Campinas - FAC

Biblioteca da Faculdade Metropolitana de Campinas  
- METROCAMP

Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo  
- UNISAL - Campinas

Biblioteca da Faculdade de Campinas - FACAMP

## Exterior

Fundação Calouste Gulbenkian - Lisboa - Portugal

Ordem dos Advogados - Lisboa - Portugal

Ministério da Educação - Lisboa - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal

Faculdade de Direito Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa  
- Porto - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Internacional  
- Portela, Scavem - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Internacional Figueira da Foz - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Lusitana de Lisboa - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Lusitana do Porto - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Lusitana  
- Vila Nova Amalição - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade do Minho - Braga - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Moderna de Lisboa  
- Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Moderna Setúbal - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Moderna do Porto  
- Portugal

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa - Portugal

Faculdade de Direito da Universidade do Porto - Portugal

Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique - Porto - Portugal

Cônsul-Geral do Brasil em Portugal

Embaixador do Brasil em Lisboa - Portugal

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid  
- Espanha

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid - Espanha

Département des Etudes Internationales, Européennes et Comparatives de L'université Paris I  
- Panthéon-Sorbonne - Paris - França

Universidad de Sevilla - Espanha

Universidad Pablo de Olavide - Sevilla - Espanha

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires  
- Argentina

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo - Uruguai

Universidad de la Republica - Facultad de Derecho  
- Montevideo - Uruguai

Université Cergy Pontoise - Cergy - França

Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau - China

# ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper - Diretor  
Des. Lorival Ferreira dos Santos - Coordenador

## CONSELHO EDITORIAL

Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani - Presidente

Juiz José Roberto Dantas Oliva

Juiz Guilherme Guimarães Feliciano

Juiz Henrique Macedo Hinz

Juíza Luciana Caplan

Exterior:

Professor Jorge Miranda - Universidade Clássica de Lisboa - Portugal

Professor Joaquim Herrera Flores

- Universidad Pablo de Olavide - Sevilha - Espanha

Professor Mario Garmendia Arigón

- Universidad de la Republica - Montevideo - Uruguai

Professor Carlos Miguel Herrera - Université Cergy Pointoise - Cergy - França

Juiz Mauricio César Arese - Universidad de Cordoba - Argentina

## CONSELHO TÉCNICO - SUBCOMISSÕES

### DOCTRINA NACIONAL

Juíza Olga Regiane Pilégis - Presidente

Juiz Firmino Alves Lima

Juíza Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

### DOCTRINA INTERNACIONAL

Juiz Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo - Presidente

Juiz Marco Antônio de Souza Branco

Juiz José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva

## TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO

Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira - Presidente

Juíza Laura Bittencourt Hinz

Juíza Candy Florencio Thome

## JURISPRUDÊNCIA

Juiz José Otávio de Souza Ferreira - Presidente

Juiz Flávio Landi

Juíza Fernanda Cristina de Moraes Fonseca

## COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

### PRESIDENTE

Luiz Carlos de Araújo

### VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO

Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

### VICE-PRESIDENTE JUDICIAL

I. Renato Buratto

### CORREGEDORA REGIONAL

Carlos Roberto do Amaral Barros

### DESEMBARGADORES

José Pedro de Camargo R. de Souza

Eurico Cruz Neto

Ernesto da Luz Pinto Dória

Luiz Carlos de Araújo

Luís Carlos Cândido M. Sotero da Silva

Laurival Ribeiro da Silva Filho

Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Carlos Roberto do Amaral Barros

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

Flavio Nunes Campos

Elency Pereira Neves

Gerson Lacerda Pistori

Mariane Khayat

Ana Maria de Vasconcellos

Helena Rosa Mônaco da Silva L. Coelho

Gisela Rodrigues M. de Araújo e Moraes

Edmundo Fraga Lopes

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Ana Amarylis Vivacqua de O. Gulla

Thomas Malm

Susana Graciela Santiso

Samuel Hugo Lima

**1ª TURMA**

**1ª CÂMARA**

Des. Luiz Antonio Lazarim  
(Presidente da 1ª Câmara)  
Des. Luiz Roberto Nunes  
Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani

**2ª CÂMARA**

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho  
(Presidente da Turma e da 2ª Câmara)  
Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella  
Des. Mariane Khayat

**2ª TURMA**

**3ª CÂMARA**

Des. Edmundo Fraga Lopes  
(Presidente da 3ª Câmara)  
Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla  
Des. Susana Graciela Santiso

**4ª CÂMARA**

Des. Paulo de Tarso Salomão  
(Presidente da Turma e da 4ª Câmara)  
Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva  
Des. Samuel Hugo Lima

**3ª TURMA**

**5ª CÂMARA**

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

**6ª CÂMARA**

Des. Henrique Damiano  
(Presidente da Turma e da 6ª Câmara)  
Des. Luiz Carlos de Araújo  
Des. Ana Maria de Vasconcellos

**4ª TURMA**

**7ª CÂMARA**

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita  
(Presidente da Turma e da 7ª Câmara)

Des. Laurival Ribeiro da Silva Filho

Des. I. Renato Buratto

**8ª CÂMARA**

Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper  
(Presidente da 8ª Câmara)

Des. Vera Teresa Martins Crespo

Des. Thomas Malm

**5ª TURMA**

**9ª CÂMARA**

Des. Nildemar da Silva Ramos  
(Presidente da 9ª Câmara)

Des. Carlos Roberto do Amaral Barros

Des. Gerson Lacerda Pistori

**10ª CÂMARA**

Des. Fernando da Silva Borges  
(Presidente da Turma e da 10ª Câmara)

Des. José Antônio Pancotti

Des. Elency Pereira Neves

**6ª TURMA**

**11ª CÂMARA**

Des. Flavio Nunes Campos  
(Presidente da Turma e da 11ª Câmara)

Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Des. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

**12ª CÂMARA**

Des. Eurico Cruz Neto

(Presidente da 12ª Câmara)

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri

Des. José Pitas

### SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

- Des. Luiz Carlos de Araújo (Presidente)
- Des. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite
  - Des. Henrique Damiano
- Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper
  - Des. Nildemar da Silva Ramos
- Des. Lorival Ferreira dos Santos
  - Des. José Antônio Pancotti
- Des. Fernando da Silva Borges
  - Des. Paulo de Tarso Salomão
- Des. Flavio Nunes Campos
  - Des. Elency Pereira Neves
- Des. Gerson Lacerda Pistori

### 1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

- Des. Carlos Roberto do Amaral Barros (Presidente)
- Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
  - Des. Luiz Antonio Lazarim
- Des. Luiz Roberto Nunes
  - Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
- Des. Mariane Khayat
  - Des. Ana Maria de Vasconcellos
- Des. Helena Rosa Mônica da Silva Lins Coelho
- Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes
  - Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani
- Des. Ana Amaryllis Vivacqua de Oliveira Gulla
  - Des. Samuel Hugo Lima

### 2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

- Des. I. Renato Buratto (Presidente)
- Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza
  - Des. Eurico Cruz Neto
- Des. Ernesto da Luz Pinto Dória
  - Des. Laurival Ribeiro da Silva Filho
- Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
- Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
  - Des. José Pitas
- Des. Vera Teresa Martins Crespo
  - Des. Edmundo Fraga Lopes
- Des. Thomas Malm
- Des. Susana Graciela Santiso

# JUIZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

Em 19/12/2008

JUIZ(IZA)	Vara do Trabalho	JUIZ(IZA)	Vara do Trabalho
Maria Cristina Mattioli	4º Bauru	Mari Angela Pelegrini	Rancharia
Maria Madalena de Oliveira	3º Bauru	Maria da Graça Bonança Barbosa	4º São José dos Campos
Noise Vicentini	1º Lençóis Paulista	Ricardo Regis Laraia	1º Paulínia
Ana Lúcia Pereira	São Sebastião	Eliane de Carvalho Costa Ribeiro	Hortolândia
Suzana Monreal Ramos Nogueira	Amparo	Renan Ravel Rodrigues Fagundes	Sia. Bárbara d'Oeste
Fábio Grasselli	Avaré	Wilton Borba Canicoba	3º Campinas
Erodito Ribeiro dos Santos de Biasi	Capivari	Andrea Guelfi Cunha	Itapira
Valdevir Roberto Zanardi	Votuporanga	Edna Pedrosa Romanini	Mogi Mirim
Dagoberto Nishina de Azevedo	5º São José dos Campos	Regina Dirce Gago de Faria Monegatto	Atibala
Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira	Salto	Silnei Garrido Lage	Olimpia
Manoel Carlos Toledo Filho	10º Campinas	Hélio Grasselli	1º São José do Rio Preto
Antonio Francisco Montanagna	2º Limeira	Marcelo Garcia Nunes	Cravinhos
Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza	2º São José do Rio Preto	Marcos da Silva Pôrto	5º Ribeirão Preto
Carlos Augusto Escanfella	4º São José do Rio Preto	Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	8º Campinas
Édison Giorno	5º Campinas	Adriene Sidnei de Moura David Diamantino	2º Piracicaba
Luiz José Dezena da Silva	Indaiatuba	Marcelo Magalhães Rufino	3º São José do Rio Preto
Francisco Alberto da Moita Pexoto Giordani	Campo Limpo Paulista	Jorge Luiz Costa	1º Franca
João Alberto Alves Machado	2º Araçatuba	Margarete Aparecida Gulmaneti Solcia	2º Catanduva
Claudinei Sapata Marques	Penápolis	Antonia Sant'Ana	3º São José dos Campos
Fábio Allegretti Cooper	6º Ribeirão Preto	Ana Cláudia Torres Vianna	2º Campinas
Luciane Storel da Silva	Itatiba	Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi
Ricardo Antonio de Plato	2º Jundiá	Cinthia Mariada Fonseca Espada	Garça
Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa	2º Paulínia	Mônica Aiex	1º Marília
Fábio Prates da Fonseca	Aparecida	Renato Henry Sant'Anna	1º Ribeirão Preto
Paulo Augusto Ferreira	Batatais	Isabel Cristina Torrizella Périgo	São José do Rio Pardo
José Carlos Ábile	2º Lençóis Paulista	Carlos Eduardo Oliveira Dias	1º Campinas
Rosemeire Uehara Tanaka	4º Jundiá	Adolinda Maria do Prado Ferreira	Tatuf
Jorge Luiz Souto Maior	3º Jundiá	Regiane Cecília Lizi	2º Bauru
João Batista da Silva	2º Taubaté	Maria de Fátima Vianna Coelho	9º Campinas
Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo	4º Campinas	Cláudia Cunha Marchetti	Sumaré
José Otávio de Souza Ferreira	Mogi Guaçu	Olga Regiane Pilégis	2º Americana
Orlando Amâncio Taveira	Caçapava	Julio Cesar Roda	Araras
Keila Nogueira Silva	2º Marília	Jorge Antonio dos Santos Cota	7º Campinas
Edison dos Santos Pelegrini	1º Bauru	Eliana Félix Batista	Presidente Venceslau
Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim	1º Jundiá	Tárcio José Vidotti	4º Ribeirão Preto
Nora Magnólia Costa Rolondaro	Tietê	Oséas Pereira Lopes Junior	2º Assis
Ana Paula Pellegrina Lockmann	11º Campinas	Walney Quadros Costa	2º Ribeirão Preto

JUIZ(IZA)	Vara do Trabalho	JUIZ(IZA)	Vara do Trabalho
Ronaldo Oliveira Sjandela	Capão Bonito	Elana dos Santos Alves Nogueira	Ituverava
Wilson Pociônio da Silva	Bragança Paulista	Sandra de Poli	1ª Jacaré
Flávio Gaspar Salles Vianna	6ª Campinas	Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté
Alberto Cordero Donha	2ª Franca	Rosana Fantini Nicolini	2ª Jacaré
Levi Rosa Tomé	Ourinhos	Renata dos Reis D'ávila Calil	Mococa
Claudia Giglio Veltri Corrêa	1ª São Carlos	Maria Angélica Mineto Pires	Botucatu
Edson Silva Trindade	Taquaritinga	Luís Martins Junior	Itu
Marco Antonio Macedo André	Andradina	Juliana Benatti	3ª Piracicaba
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis	Luciana Nasr	3ª Sorocaba
Maurício Takao Fuzila	3ª Araçatuba	Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima	2ª Jaú
Luís Fernando Lupato	Ubatuba	Alexandre Vieira dos Anjos	São Joaquim da Barra
Amauri Vieira Barbosa	Cajuru	Gisele Pasotti Fernandes Flora Pinto	Santa Cruz do Rio Pardo
Wellington César Paterlini	2ª Sorotãozinho	Marcelo Schmidt Simões	Itapeva
André da Cruz e Souza Wenzel	Lorena	Odair Rodrigues da Rocha	Guaratinguetá
Sérgio Milito Barêa	3ª Araraquara	Fernanda Cavalcanti Varzim Gaelano	Bebedouro
Roberto Nicácio	Caraguatatuba	Maria Cristina Brizotti Zamuner	1ª Sorocaba
José Roberto Dantas Oliveira	1ª Presidente Prudente	Mauro César Luna Rossi	Registro
Sérgio Cardoso e Silva	1ª Araçatuba	Walter Gonçalves	2ª São Carlos
Marcelo Carlos Ferreira	4ª Sorocaba	José Guido Teixeira Júnior	Itararé
Renê Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho	Kátia Liriam Pasquini Braiani	Adamantina
José Roberto Thomazi	1ª Jaú	Cristiane Montenegro Rondelli	Porto Ferreira
Hamilton Luiz Scarabelim	2ª Sorocaba	Eliane Aparecida Aguado Moreno	Itapetininga
Wagner Ramos de Quadros	1ª Catanduva	André Luiz Alves	Itápolis
Maria Helena Falco Salles	Pederneiras	Angela Maria Bermudes	Matão
Jai de Souza Rizzo	Birigüi	Ismar Cabral Menezes	1ª Jaboticabal
André Augusto Ulpiano Rizzardo	12ª Campinas	Leandra da Silva Guimarães	São João da Boa Vista
João Vieira de Moraes	2ª Jaboticabal	Patrícia Glugovskis Perna Martins	Rio Claro
Luiz Antonio Zanqueta	Lins	Lúcia Zimmermann	Pindamonhangaba
Lúcio Salgado de Oliveira	1ª São José dos Campos	Luís Rodrigo Fernandes Braga	1ª Araraquara
Luciana Moro Loureiro	Pirassununga	Laura Bittencourt Hinz	Cruzeiro
Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto	Adriana Fonseca Perin	Fernandópolis
Robson Adilson de Moraes	2ª Araraquara	Ana Paula Alvarenga Martins	Barretos
Dora Rossi Góes	2ª São José dos Campos	Evandro Eduardo Maglió	José Bonifácio
José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva	Orlândia	Júlio César Trevisan Rodrigues	Votuporanga
Flávio Landi	1ª Americana	Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Tupã
Marina de Siqueira Ferreira Zerbinatti	São Roque	Alexandre Garcia Müller	Teodoro Sampaio
Renato de Carvalho Guedes	1ª Limeira	Léo Minoru Ozawa	2ª Presidente Prudente
Firmino Alves Lima	1ª Piracicaba	Arlida Cristiane Silva de Paula Calisto	Dracena
Inez Maria Jantália	Itanhaém		

# JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Em 19/12/2008

Nome	Circunscrição	Nome	Circunscrição
Paulo César dos Santos	Campinas	Marcos Roberto Wolfgang	Presidente Prudente
José Adilson de Barros	Campinas	Azael Moura Junior	Campinas
Álvaro dos Santos	Campinas	Márcia Cristina Sampaio Mendes	Ribeirão Preto
Luiz Antonio de Campos Grain	São José dos Campos	Carlos Eduardo Vianna Mendes	São José dos Campos
Sandro Valério Bodo	Bauru	Danielle Bertachini Monteleone	Campinas
Júlio César Marin do Carmo	Bauru	Josefina Regina de Miranda Geraldi	Campinas
Cássia Regina Ramos Fernandes	São José dos Campos	Cleber Antonio Grava Pinto	Araçatuba
José Eduardo Bueno de Assumpção	Ribeirão Preto	Kathleen Mecchi Zarins Stamato	Campinas
Denise Ferreira Bartolomeucci Mulato	São José dos Campos	Afrânio Flora Pinto	Bauru
Nelma Pedrosa Godoy Sant'Anna Ferreira	Presidente Prudente	João Baptista Cilli Filho	Ribeirão Preto
Andréia de Oliveira	São José dos Campos	Renato César Trevisani	Ribeirão Preto
Marcus Menezes Barberino Mendes	Campinas	Fernanda Cristina de Moraes Fonseca	Campinas
Andréia Alves de Oliveira Gomide	Ribeirão Preto	Daniela Macia Ferraz Giannini	Campinas
Gislene Aparecida Sanches	São José dos Campos	Rosana Alves Siscari	Campinas
Fernando Lucas Uliani Martins dos Santos	Campinas	Rodrigo Penha Machado	Ribeirão Preto
Adhemar Prisco da Cunha Neto	São José dos Campos	Marcelo Bueno Pallone	Campinas
Henrique Macedo Hinz	Campinas	Marcelo Siqueira de Oliveira	Bauru
Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan	Campinas	Candy Florencio Thome	São José dos Campos
Tânia Aparecida Claro	São José dos Campos	Lucineide Almeida de Lima Marques	Bauru
José Antônio Gomes de Oliveira	Campinas	Sandra Maria Zironi	São José do Rio Preto
Aldore Maria dos Santos Costa Gonçalves	Araçatuba	Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto
Pedro Edmilson Pilon	Campinas	Elen Zoraide Módolo Jucá	Araçatuba
Valdir Rinaldi Silva	Sorocaba	Ana Maria Eduardo da Silva	Sorocaba
Alessandro Tristão	São José do Rio Preto	Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente
Daniela Renata Rezende Ferreira Borges	São José do Rio Preto	Regina Rodrigues Urbano	Campinas
Alan Cezar Runho	Ribeirão Preto	Manoel Luiz Costa Penido	São José dos Campos
Wilson Cândido da Silva	São José dos Campos	Paulo Bueno C. de Almeida Prado Bauru	Bauru
Valdoniro Ribeiro Paes Landim	Bauru	Ana Paula Silva Campos Miskulin	São José do Rio Preto
Conceição Ap. Rocha de Petribu Faria	São José do Rio Preto	Déborah Beatriz Ortolan Inocência Nagy	Sorocaba
Isabela Tófano de Campos Leite Pereira	Campinas	Teresa Cristina Pedrasi	Campinas
Valéria Cândido Peres	Campinas	Diovana Bethânia Ortolan Inocência Fabeli	Sorocaba
Mônica Muniz Barretto Volasco	Sorocaba	Priscila de Freitas Cassiano Nunes	Ribeirão Preto
Renato da Fonseca Janon	Ribeirão Preto	Ana Flávia de Moraes Garcia Cuesta	Campinas
Eucymara Maciel Oliveto Ruiz	Presidente Prudente	Ana Maria Garcia	Ribeirão Preto
Décio Umberto Mateso Redovalho	Campinas	José Antônio Dosualdo	São José dos Campos
Antonia Rita Bonardo	Campinas	Rodarte Ribeiro	São José do Rio Preto
Luciana Caplan	Campinas	Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	Araçatuba

Nome	Circunscrição	Nome	Circunscrição
Alexandre Chedid Rossi	Sorocaba	Antonio Carlos Cavalcante de Oliveira	Bauru
Maurício de Almeida	Bauru	Mauro César Moreli	São José do Rio Preto
Flávio Henrique Garcia Coelho	Bauru	Ricardo Luis Valentini	Ribeirão Preto
Andrea Maria Pfrimer Falcão	São José dos Campos	Rogério Princivalli da Costa Campos	Bauru
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto	Paulo Eduardo Bellofi	Bauru
Ana Lúcia Cogo Casari Castanho Ferreira	Campinas	Roberto dos Santos Soares	Ribeirão Preto
Maria Flávia Roncal de Oliveira Alalte	Campinas	Sérgio Polastro Ribeiro	Presidente Prudente
Alexandre Alliprandino Medeiros	Ribeirão Preto	Rosana Nubiato Leão	São José do Rio Preto
Adriana de Jesus Pita Colella	Campinas	Fabiano de Lima Caetano	Ribeirão Preto
Sidney Xavier Rovida	Araçatuba	Tony Everson Simão Carmona	Ribeirão Preto
Wellington Amadeu	São José dos Campos	Tiago Brasil Pita	Ribeirão Preto
Sandra Carla Simamoto da Cunha	Ribeirão Preto	Rodrigo Adelio Abrahão Linares	Ribeirão Preto
Carlos Roberto Ferraz de Oliveira Silva	Bauru	Paulo Henrique Cojado Martinez	Ribeirão Preto
João Dionísio Viveiros Teixeira	Campinas	Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto
Débora Wust de Prouença	São José dos Campos	Mercio Hideyoshi Sato	Presidente Prudente
Cecy Yara Tricca de Oliveira	Campinas	Camila Moura de Carvalho	Ribeirão Preto
Marco Antonio Folegatti de Rezende	São José dos Campos	Nadia Pelissari	Ribeirão Preto
Carmen Lucia Couto Taube	Campinas	Valtair Noschang	São José do Rio Preto
João Batista de Abreu	Campinas	Alexandre Klimas	Ribeirão Preto
Clóvis Victório Júnior	Araçatuba	Roberto Joaquim de Souza	São José do Rio Preto
André Luiz Menezes Azevedo Sette	Campinas	Siumara Junqueira de Oliveira	Ribeirão Preto
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas	Carlos Alberto Frigieri	Ribeirão Preto
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas	Milena Casacio Ferreira Beraldo	Campinas
Cícero Alanio Tenório de Melo	Campinas	Ricardo José Fernandes de Campos	Campinas
Lenita Aparecida Pereira Corbanezi	Campinas	Camila Ceroni Scarabelli	Campinas
Christina Feuerharmel Ribeiro	Campinas	Paula Maria Amado de Andrade	À disposição do TRT
Maurício Matsushima Teixeira	Sorocaba	Thiago Henrique Ament	Ribeirão Preto
Solange Denise Belchior Santaella	Campinas	Edbio Natali Costa	Ribeirão Preto
Saint-Clair Lima e Silva	Campinas	Newton Cunha de Sena	Ribeirão Preto
Ronaldo Capelari	Campinas	Polyanna Sampaio Candido da Silva	Ribeirão Preto
Mauricio Bearzotti de Souza	Campinas	Amanda Barbosa	Ribeirão Preto
Adriana Custódio Xavier de Camargo	Campinas	Fernanda Guedes Pinto	Ribeirão Preto
Thiago Barbosa de Andrade	Campinas	Moacir Antonio Olivo	À disposição do TRT
Saete Yoshie Honma Barreira	Campinas	Vivian Chiamonte	À disposição do TRT
Vinicius Magalhães Casagrande	Sorocaba	Elaine Pereira da Silva	À disposição do TRT
Aparecido Batista de Oliveira	Sorocaba	Maria Teresa de Oliveira Santos	São José do Rio Preto
André Luiz Tavares de Castro Pereira	Sorocaba	Andrea Carla Zani	À disposição do TRT
Letícia Gouveia Antoniloli	Sorocaba	Ticiana Orlovicin Gonçalves	À disposição do TRT

## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

### SEÇÃO ESPECIAL

- Discurso de posse do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região ..... 21  
SILVA, Luís Carlos Cândido Martins Sotero da
- Discurso de saudação ao recém-empossado Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região ..... 29  
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta
- Discurso proferido no 8º Congresso de Direito do Trabalho ..... 33  
SÜSSEKIND, Arnaldo

### ARTIGOS

#### DOCTRINA NACIONAL

- Problemática ordinária trabalhista ..... 45  
PITAS, José
- Súmula vinculante n. 4: *tertius genus* no controle da constitucionalidade? ..... 55  
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta
- O vigor, a atualidade e a força normativo-constitucional do princípio da proteção no Direito do Trabalho ..... 89  
OLIVA, José Roberto Dantas
- Sobre a criminalização da violação de prerrogativas do advogado - paleorrepressão de sentido impróprio ..... 113  
FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho e FELICIANO, Guilherme Guimarães
- Pequena história da magistratura trabalhista brasileira no período colonial ..... 133  
CAPLAN, Luciana

Juízes para o mercado? .....	153
CANDEAS, Ana Paula Silva	

## **DOCTRINA INTERNACIONAL**

O Direito do Trabalho e os direitos fundamentais .....	175
BRAIN, Daniel Horacio	

## **TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO**

A contratação coletiva no Direito do Trabalho italiano .....	197
FONSECA, Fábio Prates da	

Dignidade humana e o trabalho penoso .....	221
PRIOSTE, Suzana	

## **ATOS NORMATIVOS**

ATOS NORMATIVOS .....	241
-----------------------	-----

## **JURISPRUDÊNCIA**

1ª Seção de Dissídios Individuais .....	247
2ª Seção de Dissídios Individuais .....	249
Direito Material .....	251
Direito Processual .....	271
Direito Rural .....	287
Execução .....	291
Matéria Nova .....	297
Seção de Dissídios Coletivos .....	299
Índice de Jurisprudência .....	301

## **ÍNDICE**

ONOMÁSTICO .....	311
------------------	-----

## APRESENTAÇÃO

**P**rezado Leitor,

A Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região apresenta-lhe novo número de sua Revista. A exemplo dos anteriores, a análise de aspectos jurídicos, econômicos e sociais foi a tônica dos trabalhos escolhidos, embora à época da elaboração dos mesmos não tivesse eclodido a grave crise econômica que assola atualmente o mundo todo.

O presente número, diferentemente dos anteriores, apresenta uma Seção Especial, onde são transcritos os discursos de posse do atual Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Desembargador Federal do Trabalho Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, o discurso de saudação ao mesmo proferido pela também Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani, Presidenta do Conselho Editorial da Revista bem como aquele proferido pelo Ex Ministro Arnaldo Süssekind quando de sua apresentação no 8º Congresso de Direito do Trabalho deste Tribunal, verdadeira aula de história sobre o Direito do Trabalho em nosso país.

Na seção Doutrina Nacional, o Desembargador José Pitas analisa a problemática ordinária trabalhista, onde quatro temas básicos são abordados: as horas extras, os adicionais pelo trabalho insalubre e perigoso, a terceirização de mão de obra e a representação da empresa em juízo; a também Desembargadora e Presidenta do Conselho Editorial da Revista discorre sobre a Súmula Vinculante como um *tertius genus* no controle da constitucionalidade, atrelada à observância da matriz constitucional, o que leva à exigência de implementação de novas regras de hermenêutica da Lei Maior; o juiz titular José Roberto Dantas Oliva trata, em seu artigo, sobre o vigor, a atualidade e a força normativo-constitucional do princípio da proteção no Direito do Trabalho, onde defende a intervenção do Estado na regulação do trabalho, principalmente numa época em que tanto se defende a flexibilização do mesmo. Ainda nesta seção, os juízes Guilherme Guimarães Feliciano (15ª Região) e Saulo Fontes(X Região) tratam da criminalização da violação de prerrogativas do advogado à luz dos projetos

legislativos 4.915 e 5.762, ambos de 2005 (lei ordinária) e 83/08 (lei complementar) que pretendem tipificar como crime a violação de direitos do advogado por diversas autoridades públicas; a juíza Luciana Caplan, em estudo de caráter histórico, traz uma pequena história da magistratura trabalhista brasileira no período colonial; o também magistrado Rodrigo Garcia Schwarz, em seu artigo, aborda os limites do combate à escravidão no Brasil e, por fim, a pesquisadora Ana Paula Silva Candeas traz artigo em que, tratando dos impactos da globalização sobre o Judiciário, indaga: Juízes para o mercado?

Na seção Doutrina Internacional o juiz camerista da Justiça do Trabalho da Província de Córdoba, Argentina, Daniel Horacio Brain faz uma análise dos resultados da 86ª Conferência Internacional da OIT.

Na seção relativa a Trabalhos do Meio Científico, o juiz do trabalho Fábio Prates da Fonseca discorre sobre a contratação coletiva no Direito do Trabalho italiano e a analista judiciária Suzana Prioste aborda a intrincada questão da dignidade humana e o trabalho penoso.

No mais, a exemplo de números anteriores, a presente revista destaca recentes atos normativos e decisões paradigmáticas deste Tribunal Regional, separadas tanto por Seções (1ª e 2ª Seção de Dissídios Individuais e Seção de Dissídios Coletivos) como por temas (Direito Material, Direito Processual, Direito Rural, Execução e Matéria Nova.

Boa leitura!

Juiz Henrique Macedo Hinz  
pelo Conselho Editorial

**SEÇÃO ESPECIAL**



**DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR  
LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA  
POR OCASIÃO DE SUA ASSUNÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE  
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO,  
EM 9 DE DEZEMBRO DE 2008**

**ORAÇÃO DE POSSE**

Exmo. Sr. Ministro Milton de Moura França, Vice-Presidente do TST, representando o Exmo. Sr. Ministro Rider Nogueira de Brito, Presidente daquele Colendo Tribunal;

Exmo. Sr. Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey, Secretário de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, representando o Exmo. Sr. Governador do Estado - José Serra, a quem agradeço pela honrosa presença em Campinas - sede de nosso Tribunal, cidade onde nasci e que hoje, diante de tantas autoridades aqui reunidas, reafirma sua importância histórica, política, econômica e social para a Nação, revelando-se não menos merecedora do prestígio das grandes capitais;

Exmo. Sr. Deputado Federal João Dado e Sra. Deputada Estadual Célia Leão, cujas presenças demonstram a importância do estreitamento de laços com os demais Poderes Públicos, sobretudo com o Congresso Nacional e com a Assembléia Legislativa, na constante busca pela realização do bem-comum ao povo brasileiro e paulista;

Exmos. Sr. Presidente da OAB-SP, Dr. Luiz Flávio Borges D'Urso e Sra. Presidenta da OAB, Subseção Campinas - Dra. Tereza Nascimento Rocha Dóro, representando a nobre classe dos advogados, indispensáveis à boa Administração da Justiça;

Exmos. Sr. Procurador-Seccional da União em Campinas, Dr. Paulo Soares Hungria Neto e Sr. Procurador-Chefe do Escritório da Representação da Procuradoria Regional da 3ª Região, Dr. Fábio Munhoz, representando suas importantes instituições, das quais a Justiça do Trabalho, a cada dia, mais se aproxima;

Exma. Sra. Procuradora-Chefe do MPT - Dra. Eleonora Bordini Coca, representando esta indispensável instituição para a defesa da ordem jurídica, democrática e republicana;

Permitam-me cumprimentar as demais autoridades em nome das nominadas;

Advogados, Servidores, queridos parentes, amigos. Senhoras e Senhores.

Nesta data, finda um mandato e outro se inicia. Renova-se a administração do TRT/15ª Região. É uma nova partida; é aurora de novas realizações, de novas experiências e, notadamente, nova etapa de doação e de abnegação, frutificantes indispensáveis do crescimento.

Frei Valfredo Tepe nos diz – “no eterno envolver das coisas neste mundo, vão os homens e as instituições periodicamente se renovando. Seres e fórmulas, tudo está sujeito às leis imperiosas do passar dos tempos. Tudo cumpre a sua missão e cede o lugar que ocupava...”

Hoje, recebo a alta Administração desta Corte das mãos do ilustre Des. Luiz Carlos Araújo, que a dirigiu com maestria, muito fez e trabalhou pelo Regional. Nosso muito obrigado.

Recebo a Presidência pela graça de Deus e pela generosidade e confiança de meus colegas.

Bem sei quanto é árduo e delicado o seu desempenho, mormente na atualidade, dado o brilho que lhes emprestaram as administrações anteriores.

Sei também das minhas limitações – que não são poucas, mas que, talvez, possam ser em parte compensadas pela sincera vontade de acertar. A vontade de bem servir à nossa instituição e a certeza de ter a devida compreensão e o apoio de todos os dignos Magistrados, como inspiração e força para a adoção das medidas e providências necessárias à manutenção, em alto nível, dos trabalhos peculiares ao cargo.

Espero, sinceramente, não desmerecer a confiança em mim depositada – e, répito, conto com a compreensão e não dispense a colaboração dos eminentes Desembargadores, Magistrados de 1ª Instância e Servidores, a fim de que todos, juntos, possamos engrandecer cada vez mais o Poder Judiciário, a Justiça do Trabalho, o TRT/15ª Região.

Pretendo, pois, servir à instituição que generosamente me acolheu; prestigiá-la e, antes de mais nada, defendê-la. “Se não posso servi-la o quanto devo, quero ao menos amá-la o quanto posso”, nos versos de Martins Fontes, seguindo o “Credo da Justiça”.

O valor das instituições está nos homens que as integram e a qualidade da Justiça depende mais dos homens que aplicam a lei do que do conteúdo da lei que eles aplicam. Por isso, somos todos indispensáveis e responsáveis por esta Corte, comungando dos desafios que lhe são inerentes.

Desembargadores Lazarim, Zanella e Cooper: acredito que a nossa responsabilidade é incomensurável, porquanto passamos a exercer uma importante parcela da chefia do Poder Judiciário, sabedores do que representa o TRT/15ª Região no cenário nacional.

Infelizmente, o Judiciário ainda é pouco conhecido do povo, parecendo a alguns uma organização “misteriosa”, não bem compreendida. Exatamente por conta disso, ocorrem, às vezes, distorções que levam à desinformação, em marcante prejuízo do conceito e da importância da Magistratura.

É nossa a responsabilidade de alterar esse quadro - e o momento histórico é este. Basta nos lembrarmos dos êxitos obtidos nos últimos anos, como revelam a criação e a atuação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, dentre outros.

Critica-se o acúmulo de processos; critica-se a falta de celeridade, que eleva os custos sociais, perenizando o litígio... Porém, esse quadro negativo, mesmo se verdadeiro, não pode ser concentrado exclusivamente sobre os ombros de Juízes e Servidores, que trabalham no limite de suas forças; no limite da capacidade de seus corpos, mente e alma.

E em nosso Tribunal essa afirmação ganha contornos de realidade! Em sua última visita à Corte, neste ano de 2008, o Exmo. Sr. Min. Corregedor-Geral reconheceu que somos o segundo em movimento processual no país, exibindo produtividade impressionante, sobretudo considerado o insuficiente número de Magistrados e Servidores nos quadros atuais. Até o mês de outubro, por exemplo, conseguimos, superar a elevada marca de 191.000 (cento e noventa e um mil) processos conciliados e sentenciados em 1ª Instância - e, no mesmo período, mais de 74.000 (setenta e quatro mil) causas foram solucionadas nesta Corte.

Esse é o resultado de um trabalho duro, sério e comprometido daqueles que integram - e se entregam - a Administração da Justiça. Magistrados e Servidores da melhor qualidade, tenham os senhores certeza, não nos faltam. O TRT/15ª Região é rico em patrimônio humano - de sabedoria, de experiência, de valor moral e, sobretudo, de devotamento ao serviço público.

Mas, ainda assim, é preciso responder, com mais eficiência e celeridade, aos reclamos do nosso povo, com uma população de aproximadamente de 20 milhões de habitantes espalhados pelos 599 (quinhentos e noventa e nove) municípios que compõem nossa vasta extensão territorial.

Sabemos que a conquista de um Judiciário ideal ainda exige um longo caminho a percorrer. Temos que rever muitos procedimentos; reduzir, sem o sacrifício da defesa, os recursos; desestimular a protelação e estimular a presteza; aumentar o contingente de Magistrados e Servidores; melhorar as condições gerais de trabalho...

Mas, como disse, esse é um longo caminho e, para percorrê-lo, é preciso acreditar, persistir, ter fé, confiar em si mesmo e no semelhante, a fim de, juntos nessa caminhada, superarmos os obstáculos, vencendo os desafios.

A vida nos apresenta, não raras vezes, situações imprevisíveis. No entanto, nos cabe examinar, cuidadosamente, o que elas representam para, em seguida, tomarmos as melhores decisões. Tudo isso não é apenas um desafio à nossa coragem, mas um paciente e equilibrado exercício de compreensão e humildade que nos permitirá nos adaptarmos às circunstâncias, na medida de nossas necessidades e possibilidades.

Vale lembrar que nenhuma caminhada será frutuosa se não caminharmos juntos; mas não basta estarmos lado-a-lado... É preciso compreender que, ao longo da jornada, sacrifícios serão exigidos. Mas tenham a certeza que serão muito maiores se estivermos sozinhos ou desunidos.

Hoje é dia de lembranças, por isso é bom lembrar também que ninguém obterá êxito em destruir a concórdia que nos une - porque como já disse São Tomás de Aquino, "concórdia não é uniformidade de opiniões; é concordância de vontades". E a vontade que nos une é uma só: levarmos dignidade, Justiça e democracia ao povo da nossa região.

Essa não é a tarefa de um, mas o desafio de todos. Magistrados de 1ª e 2ª Instâncias; Servidores; Advogados; Procuradores; Membros do Ministério Público e integrantes dos demais Poderes: eis o nosso caminho e essa é a nossa concórdia!

A Administração que ora é empossada não olvidará do seu dever e viabilizará a propositura de um programa de ação que, com o indispensável cronograma, inclua não apenas o biênio que se inicia, mas, num sentido de maior profundidade, também os exercícios posteriores.

O diálogo solidário e cooperativo com Magistrados e Servidores, internamente, e, externamente, com as entidades de classe, a Ordem dos Advogados do Brasil, as Procuradorias Regionais, os Poderes Legislativo e Executivo, marcará uma gestão transparente, integrada e participativa, indispensável à boa consecução dos seus fins.

Por esse motivo, já determinei e, a partir de amanhã, dia 10 de dezembro, os srs. Desembargadores e o mais breve possível os srs. Magistrados e Servidores contarão, por meio da extranet, com uma via de comunicação direta com a Presidência, que também divulgará, diariamente, sua agenda, a fim de que todos possam acompanhar a efetiva consecução do cronograma de metas e ações institucionais propostas.

Do mesmo modo, é preciso melhorar a Ouvidoria do Tribunal, de modo a melhor servir a comunidade interna e externa, inclusive mediante atendimento pessoal ao público, além de conferir a mais ampla divulgação e destaque a esse democrático canal de comunicação.

De outro turno, além do diálogo cooperativo, é preciso prosseguir nos avanços estruturais já conquistados. Nesse sentido, impende reconhecer que as atuais instalações do Fórum Trabalhista de Campinas atendem muito melhor às suas finalidades do que aquelas antes ocupadas. Houve um avanço. Mas, é certo, ainda há problemas.

Devemos cuidar, com urgência, de questões internas e externas - e, desde já, algumas medidas são necessárias, para as quais não prescindiremos do imediato auxílio da Administração Municipal.

Ao Sr. Prefeito e Srs. Vereadores, digo que precisamos revisar e ampliar as linhas de transporte coletivo que passam pelo Fórum de Campinas, interligando-as aos principais terminais urbanos e rodoviários de nossa

cidade, além das questões envolvendo o trânsito local e o estacionamento de veículos. Isso também é, em última análise, acesso à Justiça.

Do mesmo modo, é indispensável o esforço conjunto de todas as instâncias - municipal, estadual e federal - para concretizarmos o projeto Complexo Jurídico-Administrativo Federal de Campinas (Cidade Judiciária Federal em Campinas), que beneficiará os munícipes e o jurisdicionado da nossa metrópole - metrópole, como já dito, com "status" de capital.

E, nesse sentido, Sr. Secretário de Justiça do Estado - Dr. Marrey, Sra. Deputada Estadual Célia Leão merecemos o mesmo tratamento conferido a outros Tribunais para pagamento dos precatórios não solucionados, mediante o aumento do aporte financeiro disponibilizado mensalmente para os processos que aqui aguardam o juízo de conciliação.

A jurisprudência regional e sua uniformização, de outro lado, devem ganhar a mais ampla divulgação, sobretudo às partes, na medida em que conhecerão o direito que se aplica nos Tribunais. É preciso, assim, retomar com urgência os procedimentos de revisão e criação de novas súmulas e que, embora não retirem dos Magistrados a indispensável liberdade de julgar, muito contribuem para a segurança jurídica e a resolução antecipada de conflitos. Por isso, concito meus nobres colegas Desembargadores a essa importante e esperada tarefa.

É imperioso, do mesmo modo, encontrarmos, pelo diálogo aberto com a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria da Fazenda, caminhos de prevenção e resolução de conflitos referentes à arrecadação e ao recolhimento de tributos e contribuições sociais incidentes nas causas aqui decididas. É chegada a hora de buscarmos, pelo consenso, critérios mais objetivos que possam desinflacionar os órgãos de 1ª e 2ª Instâncias, possibilitando maior segurança aos contribuintes e às partes em litígio sem prejuízo da arrecadação.

Pela via de um debate maduro, é preciso também que se encontre o meio adequado para a valoração do trabalho do Juiz de 1ª Instância, que é fator de inegável estímulo na laboriosa carreira.

O aprimoramento da formação técnico-científica dos Magistrados e Servidores é, do mesmo modo, questão prioritária. A complexidade dos problemas que nos afloram está a exigir um preparo sempre crescente e renovado, nos variados ramos do saber.

Nesse sentido, é incondicional o nosso apoio à Escola da Magistratura, a fim de que possa prosseguir no constante aprimoramento intelectual da comunidade interna e, por que não, também externa, integrando, por meio de convênios, os diversos atores da Justiça: o Ministério Público do Trabalho, a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da sua Escola Superior da Advocacia (ESA), o Sindicato de Servidores da 15ª Região.

Planejamento, em suma, deve ser a palavra-chave. Metas e objetivos da melhoria da qualidade e transparência da informação nos Tribunais.

Meios de desenvolvimento de celeridade processual. O TRT/15ª Região decididamente se preocupará com isso.

A Justiça do Trabalho - o TST e o TRT/15ª Região - superaram a timidez e a fase do mero discurso, realizando essas sugestões e outros projetos com muito êxito: informatização, digitalização, capacitação de Magistrados e Servidores, JARI, Varas Itinerantes - tudo isso esboçando um Judiciário que sempre sonhamos e que outrora jamais tivemos.

Acreditamos que estamos no caminho certo. O momento é de transformações e temos plena consciência disso. Os tempos são outros.

Como diz Augusto Cury, "o passado é uma cortina de vidro. Felizes os que observam o passado para poder caminhar no futuro."

Sigamos adiante nesse caminho, com união e boa vontade, pois só assim teremos forças para completá-lo a contento.

Em nome dos integrantes da nova Administração, nossa gratidão aos ilustres oradores que nos saudaram; por certo suas palavras foram ditas com a generosidade dos seus corações, pela amizade que nos une e como homenagem ao Poder Judiciário do qual muito nos orgulhamos de pertencer.

A meus colegas Desembargadores, minha gratidão pela confiança depositada.

Aos admiráveis e elogiosos Juízes de 1º Grau, a minha reverência plena e o desejo de dias tão virtuosos como, sem dúvida alguma, merecem.

Aos Servidores dessa Casa, incansáveis trabalhadores em prol da Justiça do Trabalho, meus sinceros agradecimentos.

Agradeço a presença das dignas autoridades civis, militares e eclesiásticas, dos membros do MP, dos Advogados, das senhoras e senhores, amigos, parentes, que aqui vieram dar um colorido todo especial a essa solenidade.

Agradeço a minha querida e amada mãe Alaíde, pela dedicação e sacrifício de sua vida aos filhos e a família, a memória do meu pai José Bartolomeu, que tinha muito orgulho e muito amor para dar à sua família, com forte formação moral. Meus irmãos Zulmira, José Carlos e Antonio Carlos, que sempre estiveram comigo.

A minha mulher Désia, dedicadíssima e companheira de todos os momentos, incentivadora, propícia e propiciou ao longo de mais de 25 anos um lar tranqüilo e feliz, ambiente ideal para todas as situações. Não poderia deixar de destacar também a minha sogra - Terezinha, a quem devo tantas atenções e carinho.

Meus filhos, minha vida - Muriel e Leonardo, co-participantes das alegrias desse momento, merecem igualmente meu reconhecimento pela compreensão e pela cota-parte de sacrifício que lhes couberam, pelo meu afastamento do lar por conta do meu trabalho em Brasília-DF e sobretudo pelas minhas andanças pelo interior, quando do exercício da Corregedoria Regional no biênio 2004-2006.

E finalmente, agradeço a Deus rogando-lhe que me conceda a inteligência para conhecer a Justiça, a angústia para procurá-la, a sabedoria para encontrá-la e a equidade para distribuí-la. E, peço-LHE AINDA, muita paz, amor e alegria dentro das famílias e, em especial da família forense trabalhista.

**A todos um abraço carinhoso.**

**Meu muito obrigado.**



**DISCURSO PROFERIDO PELA DESEMBARGADORA  
TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI EM SAUDAÇÃO AO  
RECÊM-EMPOSSADO PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL  
DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, DESEMBARGADOR  
LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA,  
EM 9 DE DEZEMBRO DE 2008**

Exmo. Sr. Desembargador Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, novo presidente desta Corte, na pessoa de quem cumprimento os demais integrantes da Mesa de Honra e todas as autoridades presentes.

Senhoras e senhores.

Hoje o Tribunal está em festa com a posse dos seus novos dirigentes.

A Escola da Magistratura terá como coordenador o Des. Fernando da Silva Borges, que integra esta Corte há 6 anos, milita na 5ª Turma e anteriormente atuava no Conselho Consultivo. Como diretor o Des. Lorival Ferreira dos Santos, que integra a 3ª turma e no biênio anterior ativou-se como coordenador da Escola

O Des. Flavio Alegretti de Campos Cooper, que assume como Corregedor, é professor universitário e integra a 4ª Turma. Está no Tribunal há 10 anos e atuou no biênio anterior como diretor da Escola da Magistratura.

Como vice-presidente judicial foi eleito o Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella, que desempenhou as funções de fiscal do trabalho, procurador do trabalho e juiz no estado do Paraná, antes de ser aprovado em concurso público como juiz deste Regional. Já atuou como coordenador, diretor da Escola da Magistratura e membro da Comissão Executiva das Escolas de Magistratura do Trabalho. Integra a 2ª instância há 11 anos e atua na 1ª Turma.

Escolhido como vice-presidente administrativo, o Des. Luiz Antonio Lazarim começou sua vida trabalhando como cortador de cana, por 10 anos exerceu inúmeras atividades no setor privado e nos 10 anos seguintes como advogado. Ingressou na magistratura em 1985 e na 2ª instância há 10 anos, tendo sido convocado para atuar junto ao TST por mais de 3 anos, estando atualmente na 1ª Turma.

São diferentes correntes de pensamento e diversas experiências de vida, que hoje se unem com o mesmo objetivo, de bem servir a causa da justiça. Porém é preciso dizer que hoje não só esta Casa, mas a cidade de Campinas também está em festa, porque depois de 22 anos de sua instalação o Tribunal finalmente elege um campineiro para presidir esta Corte, honrando as tradições desta terra, da qual também sou filha.

O Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva nasceu em Campinas, e na sua família foi o primeiro a fazer curso superior. Seu pai, sapateiro, e sua mãe, dona de casa, tiveram 4 filhos, que foram educados

para respeitar os valores éticos e o compromisso com o trabalho. Aos 12 anos acordava às 3 horas da manhã e ajudava seu pai a entregar pães, a fim de completar a renda para atender às necessidades da família. Aos 14 anos de idade já trabalhava como Auxiliar do Primeiro Cartório de Notas de Campinas e aos 18 anos teve que ser emancipado quando foi promovido para Escrevente Habilitado do Primeiro Ofício desta cidade. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC de Campinas, atuou como professor-orientador da Assistência Judiciária da Faculdade e exerceu advocacia com banca própria por 7 anos. Aprovado em concurso como Procurador do Ministério Público do Trabalho, na 1ª promoção de âmbito nacional procedida pelo MP em 1994, foi nomeado Procurador Regional do Trabalho por seus méritos, motivo de grande orgulho até hoje, por se tratar de reconhecimento pelo bom trabalho que realizava.

Neste mesmo ano foi nomeado Juiz Togado deste Tribunal pelo Quinto Constitucional do Ministério Público. Atuou como Coordenador e Diretor da Escola da Magistratura. Integrou banca examinadora de Concursos, além de participar como palestrante, debatedor e conferencista em diversos congressos jurídicos, sendo autor de vários artigos publicados em revistas e livros de direito.

É especialista em Direito Processual Civil pela PUC Campinas, tendo obtido o título de Mestre em Direito do Trabalho, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Também tem experiência como professor universitário na pós-graduação em Direito do Trabalho, tendo assim atuado na UNISAL - Universidade Salesiana de Campinas

Na qualidade de Juiz Convocado julgou no Tribunal Superior do Trabalho, e por este foi condecorado com a Ordem do Mérito Judiciário, no grau de Comendador.

Presidente da 2ª Turma deste Tribunal em dois biênios foi eleito Corregedor e Presidente da 1ª Seção de Dissídios Individuais de 2004 a 2006.

Vindo de família humilde, o Des. Sotero percebeu desde cedo que tinha que lutar muito para realizar seus sonhos. Também descobriu que as conquistas duradouras são construídas passo a passo, com respeito ao necessário tempo de maturação, porque o tempo sempre desintegra, e com muita facilidade, o que se faz sem ele. Como bem pontuava o escritor Guimarães Rosa,

*O correr da vida embrulha tudo*

*A vida é assim: esquentada e esfria,*

*Aperta e daí afrouxa,*

*Sossega e depois desinquieta.*

*Entretanto o que ela quer da gente é mesmo coragem.*

Coragem, eu diria, coragem para agüentar a pressão e esperar a hora certa. Coragem para mudar. Coragem para agir. Coragem para construir.

**São coragens, Des. Sotero, que sabidamente não lhe faltam !**

Honrando a estirpe dos cidadãos de nossa querida Campinas, V. Exa. sempre fez valer seu espírito bandeirante, abrindo trincheiras e ultrapassando os limites que a vida tentava lhe apresentar, conquistando novos territórios profissionais com muita luta e trabalho árduo. Seguiu pelos caminhos de Cesarino Júnior, campineiro ilustre, que deu nova identidade ao Direito do Trabalho no Brasil, formatando conceitos jurídicos próprios, que muito contribuíram para sua autonomia científica.

Aprendeu a lição de seus pais e acreditou no poder do trabalho como fator de superação das condições adversas de necessidade, conseguindo assim entrar no espaço da liberdade. Conheceu a luta pela sobrevivência não pelo que lhe contaram, nem pelo que leu nos livros, mas por ter vivido seus desafios, o que lhe deu considerável bagagem e sensibilidade para entender os conflitos humanos que permeiam o mundo do trabalho.

Seu caráter forjado na ética, na decência e no trabalho como valor se revela decisivo para enfrentar as novas dificuldades que surgirão, pois como bem pontuava conhecido jurista uruguaio, **o direito só valerá em um dado momento histórico, e em um determinado país, o que possam valer os seus juízes como homens.**

Quando estamos enfrentando uma fase de turbulência econômica, que trará conseqüências para o mundo do trabalho, o Direito se torna cada vez mais necessário como dique de contenção e muro de resistência às novas formas de precarização e barbárie, que insidiosamente fragmentam o trabalhador por dentro e usurpam sua esperança, levando-o a viver como um autômato, sem sentido e sem rumo.

Neste cenário, é preciso ir além da autonomia científica e fazer valer a autonomia operacional do direito do trabalho, a fim de preservar a legalidade constitucional, que visa garantir o processo civilizatório da nação.

Tendo vencido com engenhosidade e perspicácia as situações de dificuldade que a vida lhe apresentou, adicionando para tanto doses de bom senso, perseverança e determinação, V. Exa. adquiriu notória capacidade para superar as adversidades e desenvolveu seu talento para construir os pontos de consenso necessários à obtenção de soluções para os problemas que terá que enfrentar.

Parafraseando o poeta Vinicius de Moraes, que definia a vida como a arte do encontro, **o direito é, sabidamente, a arte do equilíbrio na diversidade e no conflito.**

Equilíbrio, é preciso ressaltar, que se alcança com a preservação dos valores éticos, não só dos fins colimados, mas também dos meios, molas propulsoras das mudanças necessárias para oxigenar as artérias do corpo jurídico e garantir a supremacia de Têmis, a deusa da justiça, que agora de olhos bem abertos, como manda a tradição grega, dará as diretrizes para superar as situações de instabilidade e insegurança, que têm paralisado nossa sociedade.

A credencial de uma vida inteira dedicada ao trabalho lhe deu a chave da paixão pelo Direito, mas também lhe deu régua e compasso para transformar esta paixão em diretrizes concretas e objetivas que fará implementar, vencendo os obstáculos com sua garra bandeirante.

Por tais qualidades V. Exa. foi escolhido para dirigir o 2º tribunal em movimento processual do país, situado numa das regiões mais desenvolvidas do Brasil, cuja jurisdição abrange 599 cidades e quase 95% do território do Estado de São Paulo, com sede em Campinas, pólo irradiador de desenvolvimento econômico e científico de ponta.

Dotado de sólido preparo intelectual e substanciosa experiência de vida, sua presença nos dá a certeza de que esta Corte será comandada com engenho e arte, será dirigida com habilidade e segurança.

Por isso, tenho certeza de que V. Exa. prestará inestimável contribuição ao aprimoramento deste Tribunal e ao engrandecimento da nossa cidade de Campinas.

Como dizia o dramaturgo Bertold Brecht

*Há homens que lutam um dia e são bons*

*Há outros que lutam um ano e são melhores*

*Há aqueles que lutam muitos anos e são muito bons.*

*Mas há aqueles que lutam toda a vida.*

*Estes são imprescindíveis!*

Cumprimento e presto minhas homenagens a V. Exa. e aos demais desembargadores ora empossados na direção desta Corte, desejando as bênçãos de Deus para guiar os caminhos, que certamente serão marcados pelo sucesso e realizações no desempenho das novas atribuições.

Parabéns a todos!

**DISCURSO PROFERIDO PELO MINISTRO ARNALDO SÜSSEKIND  
APÓS RECEBER HOMENAGEM FEITA PELO TRIBUNAL  
REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO,  
DURANTE O 8º CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO  
DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO,  
REALIZADO EM PAULÍNIA - SP, EM 19 E 20 DE JUNHO DE 2008**

Exmo. Sr. Desembargador LUIZ CARLOS DE ARAÚJO DD  
Presidente deste Congresso e do egrégio TRT da 15 Região.

Exmo. Sr. Professor AMAURI MASCARO NASCIMENTO

Exmo. Sr. Professor SAYÃO ROMITA. Exmos. Srs. Prefeito de  
Paulinea e doutos Magistrados, Professores, Membros do Ministério Público  
e Advogados que abrilhantam este conclave.

Confesso-me sensibilizado com a homenagem que ora me presta  
este auspicioso congresso, neste magnífico teatro, que hoje se inaugura,  
construído pela competente Prefeitura desta encantadora cidade.

Muito me tocaram as palavras dos renomados juristas e meus diletos  
amigos, LUIZ CARLOS ARAÚJO, AMAURI MASCARO NASCIMENTO e  
ARION SAYÃO ROMITA.

O primeiro, desde que assumiu a presidência de um dos mais  
conceituados tribunais do trabalho do país, vem dando provas das suas  
qualidades de administrador, a par da reiterada revelação dos seus  
conhecimentos jurídicos.

MASCARO NASCIMENTO e o ilustre professor CASSIO  
MESQUITA BARROS JUNIOR foram os meus dois primeiros amigos neste  
Estado e durante cerca de cinqüenta anos mantemos renovados encontros.

Desnecessário enfatizar, neste ensejo, que AMAURI é um dos mais  
notáveis conhecedores do Direito do Trabalho em língua latina.

Injustiçado em três promoções como Juiz do Trabalho, ele largou a  
magistratura e espraiou sua cultura jurídica como professor, escritor,  
conferencista e advogado. Aposentado como titular de Direito do Trabalho  
na Faculdade de Direito da USP, passou a lecionar em cursos de pós-  
graduação, sem reduzir sua atividade nos precitados setores.

ARION SAYÃO ROMITA, aposentado como membro do Ministério  
Público do Estado do Rio de Janeiro, empreende, igualmente, intensa  
atividade, especialmente no campo do Direito do Trabalho.

Poliglota, tem feito brilhantes palestras no Brasil e em diversos  
países, sem prejuízo da sua impressionante atividade como professor de  
pós-graduação na Universidade Gama Filho, advogado militante e autor  
de excelentes livros de direito e de filosofia.

A nossa amizade é tão inabalável que não é afetada por uma  
divergência ideológica no campo do Direito. Aliás, a beleza do Direito

resulta, em grande parte, das controvérsias doutrinárias que engrandecem os respectivos debates.

Por solicitação de um dos organizadores deste Congresso, procurarei referir os principais eventos que marcaram a história do Direito Brasileiro do Trabalho, correlacionados com a minha carreira profissional.

Quando, em janeiro de 1938, passei para o 4º ano da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, fui contratado, a pedido do meu pai, então Desembargador, para o cargo de Auxiliar de Escrita do Conselho Nacional do Trabalho. Um ano depois passei a Subassistente Técnico e em 1940, já bacharel, fui nomeado Assistente Jurídico.

O Presidente do Conselho, FRANCISCO BARBOZA DE REZENDE, lotou-me então no seu Gabinete, com o encargo de elaborar parecer nos pedidos de advocatória para o Ministro do Trabalho — apelo esdrúxulo que só acabou com a instalação da Justiça do Trabalho em 1º de maio de 1941.

O Ministro do Trabalho, WALDEMAR FALCÃO elogiava, repetidamente, os meus pareceres e, ao ser criada a Justiça do Trabalho, propôs ao Presidente GETULIO VARGAS a minha nomeação para Procurador-Chefe do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, com sede na cidade de São Paulo. Nessa ocasião eu tinha apenas 23 anos. De janeiro a março de 1941 preparei, junto com o Delegado Regional do Trabalho, LUIZ MEZAVILLA, a instalação dos órgãos da ampla 2ª Região, que se estendia aos Estados de São Paulo, Paraná e Mato Grosso. Depois, fui designado para substituir um Procurador do CNT, que fôra nomeado diretor do IPASE, e em 1944 fui promovido a esse cargo. O Procurador do TRT da 3ª Região, FROTA MOREIRA, foi para o meu lugar em São Paulo e ali fez, inclusive, carreira política.

Pessoalmente, ou em comissões, elaborei inúmeros projetos convertidos em leis, dentre os quais destaco: salário- enfermidade (1944), contrato de aprendizagem (1952), salário- família (1963), parcelamento do 13º salário (1965), salário- maternidade (1974), relações de trabalho e previdência social da binacional ITAIPU (1974 e 1975), novos capítulos da CLT sobre férias e segurança e medicina do trabalho (1977), trabalhador transferido provisoriamente para o estrangeiro (1982).

Quanto ao parcelamento do 13º salário, LUIZ VIANA FILHO narra o que se passou

“os ministros responsáveis pela situação financeira e econômica do país, depois de exporem ao Presidente o ônus representado pelo 13º salário, que dobrava, em dezembro, as folhas de pagamento das empresas, obrigando-as a empréstimos bancários, com repercussão no custo da produção, propuseram que o assunto fosse reexaminado.(...)”

Disposto a enfrentar a realidade, ele a comunicou a SUSSEKIND. “Sei que essa medida vai criar-lhe embaraços na área sindical, pois não é fácil explicá-la aos trabalhadores; mas não é possível dobrar os encargos salariais dos empregadores no mês de dezembro. Se o senhor conseguir uma fórmula que substitua o 130 salário

*sem os inconvenientes mencionados, eu a adotarei."*

Nasceu assim o parcelamento daquela gratificação em duas quotas iguais, uma em dezembro, outra por ocasião das férias do trabalhador se requeridas em janeiro, ou entre fevereiro e novembro, a critério do empregador. SÜSSEKIND descobriu a fórmula almejada (Governo CASTELLO BRANCO, Rio, José Olímpio, 1975, pág. 119).

Também no concernente à Previdência Social, o Chefe do Gabinete Civil do Presidente CASTELLO BRANCO destaca a minha atuação:

"A situação financeira da Previdência Social, por exemplo, mercê da corrupção, do empreguismo e da desordem administrativa era um descalabro. A própria União não pagava as suas contribuições, o que estimulava os empregadores a também atrasarem as suas prestações, daí acarretando déficit crescente e completa desorganização dos serviços. Em muitos casos os remédios precisaram ser drásticos, e provocaram reações. Os resultados, porém, não demoraram. Quando se chegou ao fim do ano, a arrecadação de 1964 superara em mais de 100% a do ano anterior, permitindo reajustarem-se os benefícios, ampliarem-se os serviços médicos e concluírem-se hospitais, aumentando o número de leitos para os associados. E mais de doze mil concursados obtiveram as nomeações a que tinham direito" (Ob. cit. §ág. 120).

Por não ter parado de estudar, ser autor de dezenas de livros e palestrar em inúmeros congressos nacionais e internacionais, sou titular da Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo e de la Seguridad Social, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia Brasileira de Previdência e Assistência Social, além de diversos institutos e associações nacionais e internacionais.

A minha designação para a Comissão da CLT foi uma grande surpresa. O jurista e político paulista ALEXANDRE MARCONDES FILHO era o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e tratava dos assuntos do trabalho, previdência, indústria, propriedade industrial (marcas e patentes), comércio e migração. Para cada um desses setores havia um assessor e um ou dois auxiliares. Eu era o assessor para as questões do trabalho e, porque nessa função me relacionava diariamente com o Ministro, ele me designou para a Comissão da CLT, incumbindo-me de colocá-lo a par dos trabalhos e transmitir aos demais membros as suas ponderações. Também o Diretor Geral do DNT, LUIZ AUGUSTO DO REGO MONTEIRO, recebera iguais encargos relativamente ao direito coletivo do trabalho – organização sindical e negociação coletiva.

Completavam a comissão destinada à legislação do trabalho os juristas OSCAR SARAIVA – Consultor Jurídico do Ministério, JOSE DE SEGADAS VIANNA – Diretor da DOAS e o Procurador DORVAL LACERDA. Nós elaboramos o anteprojeto e, depois de publicado para sugestões, o projeto final, sem prejuízo das nossas funções no Ministério. Muito comumente nos reuníamos, à noite, na residência do SEGADAS e

na casa do meu pai, com quem ainda eu morava. Na fase final, SARAIVA foi deslocado para a Comissão da Previdência Social.

Afigura-se-me conveniente assinalar que o objetivo do Ministro MARCONDES, logo autorizado pelo Presidente GETÚLIO VARGAS, era o de juntar numa só lei, corrigindo algumas normas superadas e certos antagonismos: a) os decretos legislativos de 1930 a 1934; b) as leis do Congresso Nacional até 10 de novembro de 1937; c) os decretos-leis do período subsequente. A Consolidação alcançaria as disposições concernentes ao Direito do Trabalho e à Previdência Social. Todavia, em nossa primeira reunião, OSCAR SARAIVA, em nome da Comissão, ressaltou que as finalidades e princípios peculiares aos dois ordenamentos, com a previdência social tendendo a ampliar o seu campo de aplicação independente de relação de emprego, justificavam a divisão da Comissão visando à preparação de duas Consolidações. No que tange à Previdência Social, entretanto, somente em 1960 foi aprovada a sua Lei Orgânica uniformizando o sistema, para a qual colaborei como assessor especial do Senado.

Desde logo a Comissão da CLT evidenciou que não seria possível armar um ordenamento sistematizado sem complementar as disposições vigentes. Assim, por exemplo, seria indispensável uma introdução com definições e princípios; um amplo título sobre o contrato individual de trabalho, porquanto a Lei nº 62, de 1935, só tratava da sua rescisão e da estabilidade; um capítulo referente a salário, pois só vigorava legislação sobre o salário mínimo. Estes são apenas alguns exemplos. GETULIO autorizou, mas pediu ao Ministro que fosse previamente informado das inovações de relevo.

As fontes materiais do texto consolidado foram as conclusões do 1º Congresso Brasileiro de Direito Social (São Paulo, 1941), as convenções da OIT, a encíclica "Rerum Novarum" e os pareceres do Consultor Jurídico do Ministério OLIVEIRA VIANA e do seu sucessor OSCAR SARAIVA. Quanto à infâmia de que copiamos a "Carta dei Lavoro", acredito que 99% das pessoas que afirmam, por ignorância, que a CLT é uma cópia dela, na verdade nunca a leram. A Carta de MUSSOLINI possuía apenas 17 itens sobre o Direito do Trabalho, consagrando princípios tradicionais (justo salário, adicional de trabalho noturno, repouso semanal, férias anuais, indenização por despedida injusta, sucessão empresarial, contrato experiência, trabalho a domicílio e poder hierárquico do empregador) — instituições estas já adotadas em outros países. É certo que a "Carta" consagrava a unicidade sindical compulsória por categoria; mas são menos certo é que dez anos antes esse sistema fôra adotado pela União Soviética. Trata-se de um princípio de direito sindical, bom ou mal, e não de um princípio comunista ou fascista que, surpreendentemente foi mantido pela Constituição de 1988 com disposições similares às da Carta Política de 1937.

A CLT representou — e ainda representa — um dos mais importantes títulos da minha vida profissional, que concorreu, sem dúvida,

para que eu decolasse exitosamente no mundo do Direito. Para o Brasil, ela ampliou e consagrou direitos fundamentais do trabalhador e concorreu para o sucesso da industrialização do país.

Numa das vezes que acompanhei o Ministro MARCONDES FILHO para explicar ao Presidente certas inovações que se pretendia inserir no anteprojeto, GETÚLIO sublinhou que, a seu ver, a complementação do sistema legal trabalhista atenderia aos objetivos de justiça social da Revolução de 1930, exerceria uma função educativa das leis que se antecipam aos fatos e evitaria que, terminada a guerra em curso, eclodissem greves talvez violentas, reivindicatórias de novos direitos que, certamente, atrasariam a desejada industrialização. Nessa oportunidade MARCONDES lembrou que, para a consecução desse objetivo, no mesmo período, GETÚLIO criara a Companhia Vale do Rio Doce, para extrair o ferro; a Companhia Siderúrgica Nacional, para transformá-lo em aço; o SENAI, para profissionalizar os jovens na atividade industrial; e, no mesmo contexto, estava promovendo a uniformização e ampliação dos direitos trabalhistas.

Nas comemorações do 25º aniversário da CLT, o saudoso mestre ORLANDO GOMES, adversário confesso de VARGAS, escreveu:

“A Consolidação das Leis do Trabalho deu generoso passo para a integração dos trabalhadores no círculo dos direitos fundamentais do homem, sem o qual nenhuma civilização é digna desse nome” (Rev. LTR, nº 32, SP, 1968, pág. 660).

E o emérito economista CELSO FURTADO, acentuou que

“Nessa fase, a atividade industrial diversificou-se, o mercado interno ampliou-se e cresceu consideravelmente o número de assalariados. Assinale-se que, entre 1949 e 1964, a produção industrial brasileira multiplicou-se três vezes e meia, diminuindo em 30% a importação de produtos industrializados” (Rev LTr. n. cits., pág. 657).

É evidente – como acabamos de acentuar – que a CLT cumpriu papel histórico de relevo nas relações de trabalho em nosso país. Mas o mundo mudou, sobretudo em conseqüência da globalização da economia resultante da evolução tecnológica acelerada, da implosão do império soviético e do consenso de Washington. Países e empresas procuram reduzir custos para melhorarem sua posição no mercado internacional. Na Europa, como registrou recente relatório da OIT, a preocupação é aumentar a produtividade pela flexibilização de algumas normas aplicadas às relações de trabalho, o que tem proporcionado o crescimento médio anual de 0,16% da respectiva taxa, até o sétimo ano de emprego, quando então estaciona em relação a cada trabalhador. Na América Latina, inclusive no Brasil, o caminho preferido é o da redução dos direitos trabalhistas. Para os neoliberais mais radicais, com o apoio de parte da mídia, o desejável seria a desregulamentação, como se fosse possível romper com a tradição romano-germânica do nosso Direito. E culpam a CLT pelo elevado custo

dos encargos sociais, esquecidos, por ignorância ou má fé, que eles correspondem à inadequada incidência na folha de salários das contribuições para o sistema "5" (Sesi, Sesc, Senat, Senai, Senac), o Sebrai, o Incra e o salário-educação. Não somos contra as referidas entidades, que têm prestado bons serviços; mas é preciso encontrar outra base de incidência. E, para os que insistem em criticar a "era VARGAS", cumpre registrar que os mais elevados encargos trabalhistas não foram criados ou adotados pela CLT, nem nos governos do político gaúcho.

As revisões da CLT de 1967 (CASTELLO BRANCO) e 1977 (GEISEL) foram oportunas. Contudo, a meu ver, a CLT e sua legislação complementar ainda carecem de atualização, a fim de que seja permitida, por meio da negociação coletiva, flexibilizar a aplicação de normas legais acima do nível de proteção irrenunciável, visando à implementação de nova tecnologia ou novos métodos de trabalho, ao atendimento de peculiaridades regionais, à preservação da saúde da empresa e dos respectivos empregos. Isso complementaria a ampla flexibilização, propositadamente esquecida pelos neoliberais, que já vigora no Brasil: liberdade patronal para despedir empregados (FGTS), redução salarial por convenção ou acordo coletivo; flexibilização das jornadas de trabalho; contrato de trabalho provisório com redução de direitos; trabalho a tempo parcial etc., etc. Aliás, quanto ao exagerado direito potestativo de despedir, afigura-se-me oportuno o acatamento à Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que condiciona a rescisão do contrato de trabalho, pelo empregador, a alguns fatores ou causas que a justifiquem.

A Conferência Geral da OIT, que se realiza anualmente em Genebra, além de outras atribuições, adota as Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho. Dela participam dois delegados governamentais, um patronal e um operário de cada Estado-membro, além de conselheiros técnicos. GETÚLIO me designou conselheiro das delegações de 1951, 1952, 1953 e 1954; e, como sempre fui muito responsável e nunca me omiti na discussão dos temas, acabei sendo designado para mais treze Conferências, sendo nove delas como delegado e duas como chefe da delegação. De 1970 a 1975 fui eleito pelo Conselho de Administração da OIT, como jurista independente, para a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações, mandato que voltei a exercer, de 1982 a 1990, depois de representar o Brasil no citado Conselho da entidade. Nesse órgão, que é a diretoria colegiada da OIT, obtive a maior vitória da minha vida pública: em 1978 os Estados Unidos, que exerciam um dos dez cargos permanentes do Conselho (não eletivos) retirou-se da Organização. Depois de intensa batalha jurídica, consegui que o Conselho designasse o Brasil para o seu lugar. Em 1980, o país norteamericano retornou à OIT e ao citado lugar de membro permanente; e, depois de três dias de discussão, quando impugnei o laudo estatístico que alterara o peso dos elementos computados, para deslocar o Brasil

para 110 colocado, o nosso país foi mantido na categoria de membro permanente, onde se encontra até hoje.

Em 1981, com o coração sangrando, tive de renunciar ao meu mandato no Conselho. É que, como representante do Governo Brasileiro, tinha de defendê-lo na reclamação apresentada pela Confederação Internacional das Organizações Sindicais Livres (CIOSL), em razão das intervenções determinadas pelo Ministro MURILO MACEDO em alguns sindicatos do ABC paulista. Para tal mister, entretanto, teria de contrariar os meus votos na Comissão de Peritos, onde atuei como jurista independente.

Essa renúncia teve grande repercussão no seio da OIT, p que levou o seu Diretor Geral, FRANCIS BLANCHARD, a convidar-me, cinco meses depois, para retornar à Comissão de Peritos.

Na publicação, agora distribuída, sobre a história dessa importante Comissão, verifica-se que fui o único jurista que voltou a integrá-la depois de um período de afastamento.

A OIT foi criada em 1919 pelo Tratado de Versailles para universalizar os princípios nele consagrados. E o seu desempenho foi tão auspicioso que, após a guerra de 1939 – 1945, foi o único organismo internacional que, tendo pertencido à extinta Liga das Nações, passou a integrar a família das Nações Unidas.

Depois que aprofundou o abismo entre os Estados plenamente desenvolvidos, os em vias de desenvolvimento e os subdesenvolvidos, a Conferência passou a aprovar convenções de princípios, salvo em se tratando de direitos humanos fundamentais, como trabalho forçado, liberdade sindical, discriminação no emprego, idade mínima para o trabalho etc. E ampliou os programas de cooperação técnica visando, principalmente, ao acatamento a esses direitos. Atualmente, a OIT tem dado ênfase à implantação de trabalho decente e à abolição das piores formas de trabalho infantil.

Senhor Presidente, Senhoras e Senhores.

O pretendido desmonte dos sistemas legais de proteção ao trabalho é um subproduto da face desumana da globalização da economia, fundada na prevalência das leis do mercado, que incrementou a concorrência comercial entre países e entre empresas. Mas, é inadmissível que a política econômica substitua o direito constitucional como centro das relações humanas e da vida pública.

Como bem ponderou o renomado internacionalista ERMIDA URIARTE

“O fato é que o verdadeiro problema do emprego não é o Direito do Trabalho nem o sistema de relações de trabalho, cuja incidência no emprego é muito relativa. O verdadeiro problema é um sistema econômico que

destrói mais do que gera postos de trabalho. A solução não pode ser uma progressiva degradação das condições de trabalho, porque seria suicida e porque, além disso, nenhum empregador contrata trabalhador de que não precisa, só porque é mais barato, e nenhum empregador deixa de contratar trabalhador de que precisa, porque é um pouco mais caro".(Conferência Internacional sobre Flexibilização do Direito do Trabalho – Brasília, 11.05.2003).

Para os que pretendem reduzir os direitos do trabalhador, convém recordar, com JOHN STEIBECK, que

“Quando uma luz se apaga, fica muito mais escuro do que se ela jamais houvesse brilhado”.

Se não é possível conceber a civilização a margem do Direito, certo é que vulnera o conceito de civilizado um mundo com muitos países em que o Direito seja iníquo:

Urge pôr o direito e a economia a serviço da humanidade.

## ARTIGOS





**DOCTRINA NACIONAL**



# PROBLEMÁTICA ORDINÁRIA TRABALHISTA

## COMMON ISSUES IN LABOR LAW

José Pitas\*

**Resumo:** O presente artigo aborda quatro questões: 1) horas extras; 2) Adicional de insalubridade e de periculosidade; 3) terceirização e 4) representação da empresa em juízo. Estas, parecem ser as questões comuns do dia-a-dia de uma Empresa. Na questão das horas extras, a preocupação principal é a exceção do art. 62 da CLT. Na questão do Adicional, a preocupação central é o impasse gerado em relação à base de cálculo da insalubridade. Quanto à terceirização, a tese do artigo é a garantia dos débitos da prestadora de serviços pela tomadora, independentemente, de ser terceirização ou não. E quanto à representação da empresa, em juízo, o importante é a inovação criada pela Lei Complementar n. 123/2006, pelo art. 54, que autoriza a representação por pessoa que não seja empregada.

**Palavras-chave:** Empregado doméstico. Trabalho externo. Jornada de trabalho. Adicional de insalubridade. Terceirização.

**Abstract:** These seem to be the common issues on the day-to-day of a company. On the Extra time subject, the main worry is the exception to article 62 of the CLT. On the subject Additional for Unhealthiness and Dangerousness the main worry is the impasse generated in relation to the calculation base for Unhealthiness. Regarding Outsourcing the thesis of the article is the guarantee of debts the third party rendering services by the company taking the services, independently of being outsourcing or not. Regarding Representation in the proceedings the important issue is the innovation created by the Additional Law, n. 123/2006, in the article n. 54, which authorizes representation per person not being employed.

**Key words:** Domestic Work. External work. Administration of own working journey. Base for calculating unhealthiness. Outsourcing. Representing micro or small company in proceedings.

\* JOSÉ PITAS é Desembargador do Trabalho, titular da 12ª Câmara do TRT de Campinas, Professor Universitário e Membro da Academia Francana de Letras.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Das horas extras; 2.1 Trabalhador doméstico; 2.2 Trabalho externo - CLT, 62-I; 2.3 Cargo de confiança do art. 62-II, da CLT; 3 Do adicional de insalubridade e de periculosidade; 3.1 Base de cálculo do adicional de insalubridade; 3.2 Precauções em relação às condições insalubres ou perigosas; 4 Da terceirização; 5 Da representação da empresa em juízo – preposto.

## 1 INTRODUÇÃO

Observem um fato histórico.

O Mundo, hoje, tem cerca de sete bilhões de entes humanos, divididos por cerca de 300 países, o que daria cerca de 23 milhões para cada um. Cifra que seria boa para a administração. Contudo, temos país com um bilhão e trezentos milhões de pessoas (China) e país com menos de uma centena de pessoas (Vaticano).

Apesar disso, constata-se, o que é bom, que o Mundo vem evoluindo de regimes centralizados, ditatoriais, com o poder concentrado numa pessoa, geralmente o Rei, aquele que é o dono do executivo, do legislativo e do judiciário, para regimes democráticos, ou seja, aqueles em que o que vale não é o administrador, mas os administrados: o povo.

Hoje, o juiz, o parlamentar, o presidente, não são mais pessoas que se colocam à distância, como se fossem distintos, divinos, e, sim, são, na verdade, servidores do povo, funcionários públicos.

O primeiro conselho, se me permitem, falar, nestes termos, é que, o trabalhador deve ser tratado

com respeito à sua dignidade. Trabalhador e Empregador são faces de uma mesma moeda: são agentes unidos, igualmente, para o desenvolvimento econômico.

Na prática, isso significa que o desleixo no bom tratamento ao trabalhador pode desaguar na chamada "indústria das indenizações".

## 2 DAS HORAS EXTRAS

### 2.1 Trabalhador doméstico

Antes de tudo, é bom observar que o parágrafo único do art. 7º da

Constituição Federal excluiu o Trabalhador Doméstico do direito às horas extras. Ainda que haja revelia, o julgador não pode condenar o empregador nesse título, porque a revelia faz presumir verdadeiros os fatos, mas não o direito, que deve ser livremente aplicado pelo julgador e, pensa o articulista, tratar-se-á de extinção do feito, sem resolução do mérito (é um dos casos de impossibilidade jurídica do pedido, por proibição tácita).

Dispõe a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhado-

"...o trabalhador deve ser tratado com respeito à sua dignidade. Trabalhador e Empregador são faces de uma mesma moeda: são agentes unidos, igualmente, para o desenvolvimento econômico.

Na prática, isso significa que o desleixo no bom tratamento ao trabalhador pode desaguar na chamada "indústria das indenizações"."

res urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

Isso significa que a regra ordinária é pela existência de limitação da sobrejornada, sob a consequência de aplicação do inciso XVI respectivo (XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento a do normal;).

Outra consequência dessa constatação é que o ônus de eventual inexistência de horas deve pertencer ao interessado, no caso, o empregador.

A exceção ao disposto no inciso supra está assentada no art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, nos seguintes termos:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (In-

cluído pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)

## 2.2 Trabalho externo - CLT, 62 - I

Primeiramente vejam que, infelizmente, observa-se na prática que alguns empregadores, valendo-se do disposto no art. 62, inciso I, da CLT, exploram o trabalhador em sobrejornada, principalmente no caso de motoristas de transporte, para trabalho semelhante ao de escravo, sem a remuneração das horas extras. O problema não está só na exploração do trabalho extra, e sim, no dano à coletividade social, pelo perigo que vem a representar um motorista esgotado, dirigindo um caminhão.

Principalmente por esse quadro, a Justiça do Trabalho vem reconhecendo as sobrejornadas desses motoristas, com fundamento nos argumentos supra e no fato de que se torna possível exercer o controle das horas trabalhadas com base em monitoramento, por exemplo, por satélites ou por meios equivalentes, para os motoristas que viajam à distância e, por meio da quantidade de serviços, para os que viajam próximo.

É importante observar que a Lei estabelece para a exceção do tra-

balho externo os seguintes requisitos: a) atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho; b) tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados.

Como já explanado, o primeiro requisito fica neutralizado pela conduta de o empregador colocar nas mãos do trabalhador quantidade de trabalho que exija mais de oito horas diárias ou que o empregador possa, de alguma forma, controlar o trabalho externo. E, é claro, a existência de cartões de ponto ou anotações semelhantes.

O importante, que se deve aplicar também para o inciso II do art. 62 da CLT, é o fato elementar de que o trabalhador deve administrar sua própria jornada, trabalhando 2 horas num dia, trabalhando 14 horas noutro dia, ou coisa parecida. Claro é que nesta hipótese deve-se aplicar a exceção da inexistência de horas extras.

Acrescente-se mais que a exigência da segunda parte da CLT (Anotação na CTPS) referê-se a requisito de valor relativo, pois deve-se fazer prevalecer o Princípio da Realidade. Quer dizer, que não é só por isso que o trabalhador terá direito às horas extras. Isso significa que se não houver anotação na CTPS, no caso de dúvida o trabalhador terá direito às horas extras, com o devido respeito aos entendimentos diversos.

### 2.3 Cargo de confiança do art. 62-II, da CLT

A exceção do art. 62-II da

CLT prevê os seguintes requisitos:

a) gerente, diretor, chefe de departamento ou de filiais exercente do cargo de gestão;

b) salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função [se houver], superior ao salário dos subordinados em pelo menos 40%;

c) puder o exercente do cargo de confiança administrar sua própria jornada.

Chega-se às seguintes conclusões:

1ª - O cargo de confiança, submetido à exceção constitucional, será aquele pelo qual o trabalhador também tem a faculdade de administrar a própria jornada.

2ª - Diverge-se, *data venia*, daqueles que entendem que a exceção supra deve ser inaplicável aos bancários, por força da especialidade do § 2º do art. 224 c.c. art. 57 da CLT, pois, além do Princípio da Realidade, constata-se que o § 2º do art. 224 da CLT foi concebido estritamente em relação a seu *caput*. O 'cargo de confiança' é um requisito que, em tese, aplica-se a todo trabalhador. Depois, uma coisa é ser "gerentão" e outra coisa é ser simplesmente "gerente técnico".

## 3 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE

### 3.1 Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade

Antes de tudo, é bom salientar que havia polêmica na Jurisprudência sobre a aplicação do salário

mínimo ou não, como base de cálculo da insalubridade.

Dispõe a última parte do inciso IV do art. 7º da Constituição Federal:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo (...) sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

A questão foi parcialmente resolvida pela Súmula Vinculante n. 4 do STF, que assim enunciou:

Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Bem, não seria o caso de aplicação, no Direito do Trabalho, pois, como o STF estava decidindo ser base de cálculo de adicional de insalubridade, não correspondia, nem à vantagem, nem a fator de contribuição à inflação.

Contudo, o entendimento geral foi no sentido de que a Súmula n. 4 aboliu do Ordenamento Jurídico pátrio o uso do salário mínimo, como base de cálculo do adicional de insalubridade, pelo menos, nos termos da Súmula n. 228, com a nova redação dada pelo TST:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.  
BASE DE CÁLCULO

(Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do STF, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Para se cumprir a Súmula Vinculante n. 4 foi adotado o salário-base, ante os seguintes fatos e fundamentos: a) não se trata de vantagem; b) o salário base está previsto em lei (CLT, 193, § 1º), ainda que por analogia; c) o julgador não pode deixar de decidir; d) a conversão do salário mínimo em reais contraria o *caput* do art. 7º da Constituição Federal, que garante direitos e não diminuição de direitos.

Contudo, houve mais confusão.

Com base na Súmula n. 4, juízes passaram a adotar a Súmula n. 228 do TST e quatro entidades de nível nacional conseguiram, por liminar, suspender a aplicação da Súmula n. 228 do TST, sob o fundamento de que a Justiça do Trabalho estava desobedecendo a Súmula Vinculante n. 4.

Em razão disso, há movimento, por exemplo da ANAMATRA, pedindo ao Presidente da República a edição de uma MP para definir a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade.

"...há movimento, por exemplo da ANAMATRA, pedindo ao Presidente da República a edição de uma MP para definir a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade, ante a presumível demora de solução do caso."

dade, ante a presumível demora de solução do caso.

### 3.2 Precauções em relação às condições insalubres ou perigosas

A Jurisprudência, pela Súmula n. 80, firmou entendimento de que:

INSALUBRIDADE - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

Isso importa em dizer que a Jurisprudência não tem dado o mesmo tratamento em relação à periculosidade.

Em relação à insalubridade tem-se, ainda, a dizer:

1ª. Não basta entregar os EPIs (Equipamentos de Proteção Individual). O Empregador tem a obrigação de ordenar o uso dos aparelhos, pelo trabalhador, sob pena de ele cometer falta trabalhista. Confira a Súmula n. 289 do TST:

INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO - Res. 121/2003, DJ 19 e 20, de 21.11.2003. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

2ª - Não é o que de iato possa existir de insalubridade ou peri-

culosidade que definirá o direito, e, sim, o que o Ministério do Trabalho tenha afirmado por meio das Normas Regulamentadoras (NRs), por força do disposto nos art. 154 e seguintes da CLT.

3ª - Ao trabalho intermitente, em condições de periculosidade não se observará o disposto no Decreto Regulamentador da respectiva lei, na forma da Súmula n. 361 do TST, *in verbis*:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ELETRICITÁRIOS. EXPOSIÇÃO INTERMITENTE - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei n. 7.369, de 20.09.1985, não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento.

4ª - Examinem, cuidadosamente, as NRs para cada caso.

## 4 DA TERCEIRIZAÇÃO

Observe-se que a Súmula n. 331 do TST, que introduziu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, encontra legitimidade, primeiramente, no art. 8º da CLT, que autoriza a aplicação da jurisprudência como fonte subsidiária na hipótese de lacuna de lei.

Veja, também, que o objetivo da Súmula não foi só o de dar amparo aos serviços terceirizados, em relação às tomadoras de serviços, que possam ter agido com culpa na escolha ou na fiscalização da prestadora de serviços, mas em re-

lação às situações em que não haja terceirização, também, bastando que haja a prestação de serviços, incluindo, com isto: vigilantes, trabalhadores em limpeza, trabalhadores em transporte, trabalhadores em obras, etc. Estas, com exceção, como vem decidindo a jurisprudência, em relação ao tomador individual, que não tenha finalidade de lucro, sem aplicação literal da OJ n. 191, *in verbis*:

**DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE.** Inserida em 08.11.00. 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.

Há notícias de que a Súmula n. 331 está para ser alterada substituindo a responsabilidade subsidiária por responsabilidade solidária.

Entende o articulista ser importante, também, na hipótese da responsabilidade subsidiária, que se discuta, na fase de conhecimento, o esgotamento do patrimônio integral da responsável principal, inclusive de seus sócios, pois, alguns juízes de execução entendem que basta haver a primeira frustração em relação ao devedor principal para se executar o subsidiário e alguns prestadores

de serviços são formados para dar "o calote".

## 5 DA REPRESENTAÇÃO DA EMPRESA EM JUÍZO - PREPOSTO

Assim dispõe o art. 54 da Lei Complementar n. 123/2006:

É facultado ao empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário(gn).

Esse artigo é importante ante o que dispõe a Súmula n. 377, *in verbis*:

**PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO** (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 99 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e

25.04.2005. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT. (ex-OJ nº 99 da SBDI-1 - inserida em 30.05.1997)

## 6 REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Vocabulário ortográfico da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Bloch, 1981. 795 p.

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT**

comentada. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 303-306

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Dicionário de questões vernáculas**. 4. ed. São Paulo: Ática, 1988. 522p.

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum Universitário de Direito**. 5. ed. São Paulo: Jurídica Brasiliense, 2002. 1.322p.

AROUCA, José Carlos. Comissões de Conciliação Prévias - Uma visão crítica. *Revista LTr*, São Paulo, ano 64, p. 1.517-1.520, 2000.

AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. **Dicionário Analógico da Língua Portuguesa: idéias afins**. Brasília: Thesaurus, 1983. 685 p.

BRASIL. Lei n. 8.966, de 27 de dezembro de 1994. Altera a redação do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8966.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8966.htm#art1)>.

CAMPANHOLE, Lobo. **Todas as constituições do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1976. 597p.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 480-482.

COSTA, Armando Casimiro; Ferrari, Irany; Martins, Melchíades Rodrigues. **CLT-LTRr**. 34. ed. São Paulo: Ltr, 2007. 846p.

CUNHA, Antonio Geraldo da. Di-

cionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. 839 p.

CUVILLIER, Armand. **Pequeno vocabulário da língua filosófica**. Tradução e adaptação de Lólio Lourenço de Oliveira e J.B. Damasco Penna. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961. 197 p. (Atualidades pedagógicas ; v. 82).

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa.: Meridiano, 1972, 672 p.

DICIONÁRIO JURÍDICO: planejado e organizado por J.M. Othon Sidou ; com a colaboração dos acadêmicos: A. Machado Paupério ... [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária; Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1990. 601 p. (Biblioteca jurídica).

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 1.390 p. (3 v.)

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. coordenação e edição Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128 p.

FIGUERÔA JÚNIOR, Narciso. As comissões de Conciliação Prévia e a Solução dos Conflitos Individuais

- de Trabalho. São Paulo, *Revista LTr*, v. 66, p. 1.056-1.064, 2002.
- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (org.). **CLT interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri-SP: Manole, 2007, p. 553-559.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 674-680.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 342 p.
- NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 2.289p.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1.536 p.
- OLIVA, José Roberto Dantas. **Comissões de Conciliação Prévia: submissão obrigatória afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, p. 956-961, 2002.
- PITAS, José. **Lei de Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. 224p.
- RUSS, Jacquesline. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Scipione, 1994. 382 p.



SUMULA VINCULANTE N. 4:  
TERTIUS GENUS NO CONTROLE DA  
CONSTITUCIONALIDADE?

STF BINDING DECISION N. 4:  
IS THERE A TERTIUS GENUS IN CONTROL  
OF CONSTITUTIONALITY?

Tereza Aparecida Asta Gemignani\*

“Aprendi com a primavera a deixar-me cortar e voltar  
sempre inteira.”

Cecília Meirelles

**Resumo:** O artigo se propõe a explicitar que a redução dos riscos inerentes ao trabalho, visando preservar a saúde e a higidez física, constitui direito fundamental albergado expressamente do inciso XXII do art. 7º da CF/88, que assim deve balizar o ordenamento infra-constitucional. O controle da constitucionalidade tem o escopo de conferir estabilidade e segurança jurídica ao marco normativo. Nesse contexto, a Súmula Vinculante surge como uma nova ferramenta, um *tertius genus* no controle da constitucionalidade, de modo que sua legitimidade está atrelada à observância da matriz constitucional, o que exige a implementação de novas regras de hermenêutica para que se revista de eficácia. A Súmula Vinculante n. 4 objetiva fazer valer a norma constitucional que garante melhores condições de saúde e segurança no local de trabalho e assim deve ser interpretada a fim de assegurar a maturidade institucional do direito trabalhista.

**Palavras-chave:** Hermenêutica constitucional. Controle da constitucionalidade. Súmula vinculante. Adicional de insalubridade.

**Abstract:** The article aims to explain that the reduction of risks inherent in the work, aimed at preserving the health and the physical healthy,

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

is a fundamental right explicitly hosted by the item XXII of Article 7 of CF/88, therefore distinguishing the infra-constitutional order. The control of constitutionality has the scope of providing stability and certainty to the regulatory framework. In this context, the STF binding decision n. 4 emerges as a new tool, a *tertius genus* in control of constitutionality, so that its legitimacy is tied to compliance with the constitutional matrix, which requires the implementation of new rules of hermeneutics to be reviewed for effectiveness. The STF binding decision n. 4 aims to assert the constitutional standard that ensures better conditions of health and safety at work, and thus should be interpreted to ensure the institutional maturity of labor law.

**Key words:** Constitutional hermeneutics. Control of constitutionality. Binding decision. Unhealthiness additional.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Novos tempos, novos desafios; 3 A ambivalência; 4 A constitucionalização do Direito; 5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 6 Da insalubridade; 7 Do adicional; 8 Da Súmula Vinculante n. 4; 9 Da reclamação e da liminar; 10 Da extensão do efeito vinculante; 11 Dos diferentes critérios; 12 O cálculo do adicional; 13 Da eficácia; 14 Da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; 15 A Súmula vinculante como *tertius genus* no controle da constitucionalidade; 16 Uma nova hermenêutica; 17 O risco do retrocesso; 18 Conclusão; 19 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das características de nossa contemporaneidade, por alguns denominada de pós-modernidade, é que não há mais espaço para um discurso excludente entre progresso econômico e padrão normativo constitucional. Ambos têm que correr juntos pois estão imbricados, e assim devem ser considerados quando se trata de assegurar o desenvolvimento sustentável da nação.

Vinte anos depois de sua promulgação, se apresenta cada vez mais explícita a impressionante sintonia da Constituição de 1988 com essa nova perspectiva trazida pela realidade fática, tornando

incabível a leitura reducionista dos que pretenderam relegá-la à menoridade. Editada num momento de transição, entre a ordem autoritária que estava em vigor havia mais de duas décadas e o regime democrático, a nova Carta fez mais do que isso, ao construir vias de acesso à obtenção da maturidade institucional.

Entre essas vias, o elenco de direitos trabalhistas se reveste de significativa relevância, pois ante uma realidade fática tão complexa e plural, que caracteriza um país com dimensão continental, aponta as diretrizes necessárias para preservação dos direitos fundamentais, notadamente os que se referem a preservação da saúde e hígidez física do trabalhador, para tanto exigindo a

manutenção da salubridade no local de trabalho

Por isso, sem esquecer as idas e vindas, não se pode negar a importância da Carta Constitucional como garantidora da normalidade democrática assentada sobre o Estado de Direito. Nesse cenário, se revela paradigmática a grande celeuma desencadeada pela edição da Súmula Vinculante n. 4, notadamente em face da extensão dos seus efeitos em relação ao marco normativo posto pelo sistema jurídico, como passarei a demonstrar.

Trata-se de empreitada de risco, pois encetada no calor dos acontecimentos, já que este artigo está sendo escrito em outubro de 2008, quando toda a matéria ainda constitui objeto de intensa discussão. Entretanto, não me furtarei à tarefa, porque é precisamente neste momento que se deve contribuir para o debate.

## 2 NOVOS TEMPOS, NOVOS DESAFIOS

Nesta fase peculiar que estamos vivendo, em que novas técnicas laborais vem sendo implementadas e a atividade é exigida num ritmo acelerado, o que aumenta consideravelmente os riscos, mais do que nunca se torna necessário compreen-

der que o desenvolvimento sustentável da nação só pode ser atingido se houver investimento na melhoria das condições de trabalho, a fim de se obter maiores índices de produtividade sadia. Como explica Carlos Eduardo Soares Gonçalves<sup>1</sup>:

[...] mais produtividade gera mais investimentos, ou, dito de outro modo, a direção da causalidade corre da produtividade para o investimento, e não o contrário. Por isso, mais frutífero do que defender maiores taxas de investimento é defender melhoras institucionais que au-

mentem a produtividade econômica e, consequentemente, o investimento e o PIB. Para quem acha essa inversão de causalidade estranha, chamamos atenção para o fato de que a correlação estatística entre crescimento e investimento futuro é, nos dados, mais forte que a correlação entre cresci-

mento e investimento passado.

Daí se pode concluir como insustentável a tese de que os gastos despendidos na melhoria das condições de trabalho redundariam num custo insuportável para a atividade econômica, pois na verdade atuam como investimento propulsor do desenvolvimento da nação como um todo, além de equalizar as condições de concorrência entre os segmentos que exploram atividade produtiva.

“...insustentável a tese de que os gastos despendidos na melhoria das condições de trabalho redundariam num custo insuportável para a atividade econômica, pois na verdade atuam como investimento propulsor do desenvolvimento da nação como um todo, além de equalizar as condições de concorrência entre os segmentos que exploram atividade produtiva.”

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo Soares. Produtividade e instituições no Brasil e no mundo: ensinamentos teóricos e empíricos. In: GLAMBIAG, Fábio; BARROS, Octávio de (Org.). *Brasil Globalizado: o Brasil em um mundo surpreendente*. Rio de Janeiro: Elsevier Ed, 2008. p. 197-223.

### 3 A AMBIVALÊNCIA

Discorrendo sobre a sociedade contemporânea, Zygmunt Bauman<sup>2</sup> ressalta que, ao contrário da modernidade, pautada por marcos unívocos e bem definidos, a atualidade se concretiza como um estado de ambivalência, em que tudo vale e ao mesmo tempo nada vale, o que causa uma crise de valores entre as alternativas, que se apresentam em número cada vez mais elevado.

Na área jurídica a questão da ambivalência se torna particularmente relevante quando o marco normativo, posto para disciplinar comportamentos, entra em xeque e passa para a sociedade uma sensação de impotência e perda de controle. Neste contexto, ressalta Bauman, as conseqüências “se tornam imprevisíveis, enquanto o acaso, de que supostamente nos livramos com o esforço estruturador, parece empreender um retorno indesejável”, com o aumento do nível de contingência, que pode levar o grupo social à desagregação.

Por isso, quando há ambivalência de valores em situação de conflito, a aplicação singela da regra se torna insuficiente para apresentar soluções, o que leva à necessidade de se guiar pelos princípios constitucionais postos pelo ordenamento maior que, ademais, também terão que ser interpretados de forma concomitante e não excludente, e sem perder a percep-

ção de que sua aplicação deve ser pautada pela máxima eficiência em debelar a insegurança, um dos fenômenos mais angustiantes de nosso tempo.

Como bem define Bauman, a luta:

[...] pela ordem não é a luta de uma definição contra outra, de uma maneira de articular a realidade contra uma proposta concorrente. É a luta da determinação contra a ambigüidade, da precisão semântica contra a ambivalência, da transparência contra a obscuridade, da clareza contra a confusão.

Ademais, quando os níveis de ambivalência são aumentados, como ocorre na contemporaneidade, o Parlamento, sozinho, se torna incapaz de fixar a completude dos parâmetros de um padrão ordinatório, pois o modelo unívoco não oferece mais respostas satisfatórias num ambiente de multiplicidade crescente, abrindo espaço para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário.

Ou seja, o Parlamento estabelece as regras gerais e traça as diretrizes, porém o faz em cláusulas abertas, não mais em *numerus clausus*, abrindo caminho para uma atuação jurisdicional mais ampla, não apenas para interpretar, mas também para complementar o próprio enunciado da norma.

Entretanto, esta atuação só terá legitimidade se for pautada pela aplicação dos princípios constitucionais.

<sup>2</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel, p. 10-15. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

## 4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A constitucionalização dos direitos se revela imprescindível, portanto, para garantir a funcionalidade do próprio sistema e, para que se revista de eficácia, deve observar determinados princípios, entre os quais merecem destaque:

### 4.1 Princípio da unidade da Constituição

O ordenamento é constituído por preceitos integrados num sistema unitário e não um feixe de normas isoladas. O sentido de cada norma é intercambiante com o sentido do todo, como enfatiza Gilmar Mendes, ressaltando que sob tal perspectiva a Constituição:

[...] só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta [...] que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque relembre-se o círculo hermenêutico - o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes[...]<sup>3</sup>

de modo que a vedação estabelecida no inciso IV do art. 7º da CF/88 não pode ser interpretada sem considerar o disposto nos incisos XXII e XXIII do mesmo artigo.

### 4.2 Princípio da concordância prática ou harmonização

Em caso de aparente divergência entre normas constitucionais

deve ser adotada a solução que as harmonize de tal modo, que resulte na otimização de ambas e no menor sacrifício possível dos bens e valores envolvidos.

### 4.3 Princípio da correção funcional

Tem por finalidade orientar o intérprete no sentido de que o ordenamento coerente e previamente ponderado não pode levar a um resultado que desatenda tais parâmetros. A aplicação desse princípio tem especial relevo no controle da constitucionalidade, a fim de resguardar a estrita fidelidade à Constituição. Nesse contexto, insistir na utilização do salário-mínimo, como base de cálculo do adicional de insalubridade, leva ao descumprimento do preceituado nos incisos XXII e XXIII do art. 7º da CF/88, prejudicando a funcionalidade do sistema, que fica travado pela indefinição como estamos verificando no caso concreto.

### 4.4 Princípio da máxima efetividade

Tem o escopo de otimizar a eficácia da norma constitucional, preservando sua inteireza a fim de garantir a utilidade do ordenamento para reger os atos / fatos concretos da vida. A interpretação da norma deve evitar que a aplicação de uma redunde em negativa de outra. Se a norma constitucional institui

<sup>3</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 114-121.

um direito, o sistema deve garantir sua efetividade.

#### 4.5 Princípio da eficácia integradora

Orienta o intérprete no sentido de que, ao construir soluções procure dar preferência àqueles critérios que favoreçam a integração social e a unidade, porque ao atuar como coluna vertebral que sustenta a ordem jurídica, a observância da Constituição deve produzir e manter a coesão social, pré-requisito e condição de viabilidade do próprio sistema, a fim de conduzir a soluções “pluralisticamente integradoras” como ressalta Canotilho.<sup>4</sup>

Assim, a interpretação dos incisos IV, XXII e XXIII do art. 7º da CF/88 deve ser pautada pela eficácia integradora, que resulta na preservação do direito à saúde e higidez física, porque é o bem maior a ser protegido.

A finalidade do Direito consiste em ser propositivo e atuar como balizador de conduta, cuja importância cresce num ambiente de ambivalência. Na era contemporânea a Constituição se tornou o:

[...] centro em torno do qual giram várias ordens normativas fragmentadas, [...] esfaçalhadas, envolvendo inclusive um processo de inflação normativa. É exatamente essa

gravidade que consegue fazer com que nós possamos compreender o papel da Constituição....dando unidade a um direito dilacerado que haverá de ser construído pelo operador jurídico... como uma espécie de fio de ouro capaz de costurar os fragmentos.

como explica Clémerson Mérlin Cléve.<sup>5</sup>

Ademais, nessa:

[...] renovada ciência todas as normas constitucionais possuem uma utilidade no ordenamento, estando vedada a interpretação que culmine numa supressão ou transmutação constitucional indevida, seja pela omissão estatal, seja pela ação contrária aos direitos fundamentais.

como bem enfatiza Luciano Arlindo Carlesso.<sup>6</sup>

Considerando tais parâmetros, ante o disposto nos incisos IV, XXII e XXIII do art. 7º e XXXV do art. 5º da CF/88, como interpretar os dispositivos que regem a questão referente ao adicional de insalubridade, tendo os princípios supra referidos como bússola?

### 5 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesse contexto, é possível considerar o pagamento do adicional de insalubridade apenas como

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra-Portugal: Almedina, p. 1208.

<sup>5</sup> CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

<sup>6</sup> CARLESSO, Luciano Arlindo. Direito Humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado: um direito de todos os seres humanos trabalhadores. *Revista LTR*. São Paulo, ano 72, n. 02, p. 209-220. fev. 2008.

verba de natureza contratual, atrelada ao vínculo empregatício existente entre as partes?

Penso que não.

O direito à saúde desborda os estreitos limites da contratualidade, e se constitui numa autêntica garantia institucional que se espraia por todo o sistema.

Nesse sentido se posicionou a Carta de Manaus, expedida no XIV CONAMAT- Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho,<sup>7</sup> ao consignar em seu item 4 o reconhecimento de que "o direito a um meio ambiente de trabalho saudável e seguro se constitui em direito fundamental do trabalhador, assegurado pela Constituição Federal".

Além disso, mesmo em se considerando que a questão surge numa relação de natureza privada, o conceito de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de matriz alemã, é matéria já amadurecida na doutrina e detém inequívoca aplicabilidade no sistema brasileiro. Como bem salienta Virgílio Afonso da Silva<sup>8</sup>, a aplicação dos direitos fundamentais extrapola "o âmbito da relação entre Estado e indivíduo para irradiar efeitos, direta ou indiretamente, por todo o ordenamento jurídico", atin-

gindo também as relações entre particulares, assim atuando em cumprimento aos princípios constitucionais, que devem ser realizados "na maior medida possível", diante das situações fáticas e jurídicas existentes, operando nas "relações entre particulares com base na idéia de otimização". Ademais, "é na atividade judiciária, especialmente na aplicação, na interpretação e no controle dos atos entre particulares que envolvam direitos fundamentais, que todas as dificuldades e peculiaridades da constitucionalização do

direito se revelam com clareza e profundidade". O pensamento de Jorge Reis Novais<sup>9</sup> também caminha nessa direção, enfatizando os benefícios sociais proporcionados pela "segurança jurídica que resulta da proteção dos direitos fundamentais".

Tal ocorre porque o feixe de direitos fundamentais postos pela Constituição atua não só como limite, mas constitui verdadeira bússola, traçando marcos orientadores da ordem jurídica que assim "se expandem para todo o direito positivo". Esta dimensão objetiva "decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais consagram os mais importantes valores partilhados

<sup>7</sup> Carta de Manaus expedida no XIV Conamat- Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho- abril/maio de 2008- Amazonas

<sup>8</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. 2. Tiragem. p. 10 e 146.

<sup>9</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra- Portugal: Almedina, 2006. p. 210.

numa comunidade política”, de modo que não se referem apenas ao Estado mas a toda a sociedade, como explica Daniel Sarmiento.<sup>10</sup>

É preciso reconhecer que há um anseio social crescente por segurança e repúdio à existência de decisões conflitantes sobre a mesma matéria, que redundam em situações de injustiça em que uns obtêm o bem da vida e outros não, embora esteja em jogo o mesmo direito, de modo que pouco importa a natureza jurídica do ato ilícito, quando perpetrado com violação dos direitos fundamentais.

## 6 DA INSALUBRIDADE

A prestação laboral em condições de insalubridade tem se revelado, cada vez mais, como a grande responsável pelo número crescente de afastamentos/faltas ao trabalho, bem como concessão de licenças e aposentadorias por invalidez, comprometendo a empregabilidade futura do trabalhador e precarizando a qualidade de vida de toda sua família, pois reduz as chances dos filhos serem mantidos na escola por mais tempo, chamados que são para completar a baixa renda familiar.

Ademais, aquele que fica incapacitado de trabalhar tem grandes chances de desenvolver quadros de depressão, com aumento do consumo de álcool, que via de regra leva

aos fatos notórios de violência doméstica e desagregação familiar.

Como uma bola de neve os fatos vão se sucedendo, com sensível aumento da gravidade das conseqüências, que poderiam ter sido evitadas com atitudes de prevenção.

Ao analisar o tempo perdido com doença e o impacto que isso causa ao país, em recente pesquisa Milko Matijascic, do IPEA, apurou<sup>11</sup> em 13,5 anos o período que os homens passam doentes e 11,5 as mulheres, explicando que as “pessoas passam mais de uma década em condição de vida precária, o que tem impacto nas finanças públicas, com perda de produtividade e custos hospitalares”, sendo que na comparação com outros países “a situação só é pior na Índia, Rússia e África do Sul”. Ressalta que investir na “prevenção é mais barato do que tratar os pacientes depois da doença instalada” e os “investimentos sociais podem mudar o atual quadro, que tem reflexos diretos na capacidade produtiva e na competitividade do país”, ressaltando que a “desigualdade é diminuída não só com programas de transferência de renda, mas com investimentos em serviços sociais, como saúde.”

Em recente artigo, o prof. José Pastore<sup>12</sup> noticia que além dos 300 mil casos de pessoas que adoecem, acidentam-se ou morrem, o “número dos não notificados é maior, po-

<sup>10</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 254 e 308.

<sup>11</sup> O estado de São Paulo, São Paulo, 29 set. 2008. p. A20.

<sup>12</sup> O estado de São Paulo, São Paulo, 23 jul. 2008. p. B2.

dendo chegar a casa de 1 milhão". Menciona que, de conformidade com dados por ele levantados em 2004, os "acidentes e as doenças profissionais custam quase 25 bilhões por ano". Explica que as "campanhas de prevenção de acidentes dão resultado, sem dúvida. Mas o que mais funciona é a premiação da empresa que tem pouco e a penalização da empresa que tem muito acidente e doença profissional." (g. n.)

Entretanto, o que se tem percebido é que a adoção dessa conduta de prevenção vem sendo desestimulada, pois o que se paga como adicional de insalubridade é muito pouco, tendo um custo menor do que os gastos que seriam necessários para reduzir os níveis de insalubridade nos locais de trabalho.

Tal situação se revela insustentável.

Cabe ao Judiciário, como poder estatal, proferir decisões que atuem como indutoras à realização dos investimentos necessários para a redução dos níveis de insalubridade nos locais de trabalho.

Não se pode desconsiderar que o que está em jogo é a saúde e a higidez física do homem que trabalha, bem como que o número elevado de afastamentos por licença saúde e aposentadorias por invalidez se

constitui num custo suportado por toda a sociedade, provocado muitas vezes pela falta de manutenção no maquinário existente, ou falta de instalação de equipamentos mais adequados ao exercício da atividade que é exigida do trabalhador, o que pode redundar em benefício econômico imediato ao empregador, que deixa de desembolsar as respectivas despesas necessárias para a adoção destas providências.

Ora, não há amparo no direito posto e nos princípios constitucionais para admitir que a privatização dos lucros em benefício de alguns seja sustentada pela socialização dos prejuízos, suportados não só pelo trabalhador e sua família, mas também pela sociedade como um todo..."

Ora, não há amparo no direito posto e nos princípios constitucionais para admitir que a privatização dos lucros em benefício de alguns seja sustentada pela socialização dos prejuízos, suportados não só pelo trabalhador e sua família, mas também pela sociedade como um todo..."

desborda os restritos limites de um contrato de trabalho, gerando efeitos em toda a sociedade.

Ensina Luiz Edson Fachin<sup>13</sup>

que:

[...] não se trata, tão-só de permear o estatuto jurídico das pessoas, dos bens e dos interesses à luz dos direitos fundamentais como direitos

<sup>13</sup> FACHIN, Luiz Edson. Aspectos da racionalidade histórico-cultural do arquétipo inserido no Código civil brasileiro de 2002. In: Novo Código civil: cinco anos de vigência- Revista da AASP- ano XXVIII, n. 98, jul. 2008, p. 148-150.

à proteção, mas também de apreender direitos de organização e de participação, aptos a exigir condutas públicas ou privadas, delineando de forma nítida um movimento que supera o viés patrimonialista e alça um novo patamar, marcado pela repersonalização das relações jurídicas.

Destarte, não há como reduzir a insalubridade à simples questão patrimonialista/contratual quando se trata de garantir condições de saúde e higiene física no local de trabalho, direito que a Constituição Federal em vigor albergou como fundamental.

## 7 DO ADICIONAL

O art. 192 da CLT dispõe que o trabalho insalubre, assim considerado o que é executado em condições que extrapolam os níveis de tolerância, assegura o recebimento de um adicional variável de 40%, 20% e 10%, conforme a gravidade do grau (máximo, médio e mínimo), a ser calculado sobre o "salário-mínimo da região".

Ao ser promulgada a Constituição Federal em 1988, a redação constante dos incisos IV e XXIII do art. 7º veio provocar intensa controvérsia quanto à base de cálculo deste adicional. Alguns defendiam a manutenção do salário-mínimo. Outros pugnavam pela utilização do salário-base e muitos pretendiam considerar para tanto a remuneração.

Ante tal celeuma, o Tribunal Superior do Trabalho passou a considerar em inúmeros julgados que não teria ocorrido qualquer altera-

ção, assim dispondo de forma expressa em sua jurisprudência dominante, consignada na Súmula 228 e OJ 2 da SDI I, ao expressamente aduzir que tal entendimento continuava "mesmo na vigência da CF/88", diretriz que passou a nortear os julgamentos nesta Justiça Especializada.

## 8 DA SÚMULA VINCULANTE N. 4

Entretanto, tal quadro jurídico sofreu alteração significativa.

A Emenda Constitucional 45/2004 inseriu o art. 103 A na Carta Constitucional, conferindo ao STF a atribuição de "aprovar súmula que, a partir de sua publicação, na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário."

Em relação à presente matéria editou o STF a **Súmula Vinculante n. 4**, estabelecendo expressamente que "o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado," nestes termos interpretando o disposto no inciso IV do art. 7º da Lei Maior, que levou ao cancelamento da OJ 2 da SDI-I pelo C. TST, de sorte que o supra referido entendimento não pode mais ser sustentado.

Da parte final da súmula constou também que o salário-mínimo não pode "ser substituído por decisão judicial", assim vedando a criação autônoma de um novo indexador, o que veio fulminar a validade da Súmula 17 do C. TST, eis que o parâmetro ali estabelecido quanto

à utilização do “salário-profissional” decorria exclusivamente de uma construção judicial, declarada pelo STF como insuficiente e assim deve ser cumprida em decorrência de sua força vinculante, como considerou o próprio TST quando procedeu ao seu cancelamento.

Na mesma sessão o TST procedeu à revisão da Súmula 228, que passou a adotar a seguinte redação:

A partir de 09 de maio de 2008, data da publicação da Súmula vinculante n. 4 do STF, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Tal alteração provocou acirrada celeuma, que levou ao ajuizamento de três reclamações junto ao STF, questionando a validade do novo texto da Súmula 228 do C. TST.

## 9 DA RECLAMAÇÃO E DA LIMINAR

O ajuizamento de reclamação junto ao STF está previsto no ordenamento quando se trata de controle concentrado da constitucionalidade. Seria cabível também em relação a súmula vinculante?

Dispõe o art. 102, I, “I”, da CF/88 que compete ao STF a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Como explica Fábio Victor da Fonte Monnerat,<sup>14</sup>

[...] a reclamação parte de uma premissa simples, qual seja, se é dado ao Tribunal competência para decidir determinada matéria, deve existir um mecanismo processual que garanta a observância desta competência, bem como, a autoridade da decisão proferida.

Ensina Hely Lopes Meirelles<sup>15</sup> que inicialmente o STF considerava inadmissível a Reclamação em relação às decisões proferidas em controle concentrado, tendência que aos poucos foi alterada no sentido de que tal posicionamento deveria ser revisto. Em julgados proferidos nos anos de 1992 e 1993 o STF passou a reconhecer a legitimidade daqueles “entes e órgãos que, apesar de não terem sido parte na ação direta de inconstitucionalidade”, pudessem proceder ao ajuizamento da reclamação, o que também foi reconhecido em relação a ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental nos termos do art. 13 da Lei n. 9.882/1999.

Nestes termos, nada impede que a Reclamação, admitida em relação a um ato administrativo ou judicial, proferido em contrariedade a decisão exarada em uma ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental, também passe a ser cabível quando ocorrer contrariedade à Súmula Vinculante editada pelo STF, pois esta se constitui também

<sup>14</sup> MONNERAT, Fábio Victor da fonte. Reclamação: STF: Legitimação ativa. Atíngidos por ADIN. Revista de processo. ano 31, n. 142, dez. 2006, p.185-205.

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 640 e seg.

numa ferramenta de controle da constitucionalidade.

Em relação a Súmula Vinculante n. 4 foram ajuizadas 3 (três) reclamações:

1ª - n. 6.266 - pela Confederação Nacional da Indústria

2ª - n. 6275 - pela Unimed Ribeirão Preto- Cooperativa de Trabalho Médico

3ª - n. 6277 - pela Confederação Nacional da Saúde - Hospitais, Estabelecimentos e Serviços

Ao apreciar o pedido, o presidente do E. STF deferiu liminar para suspender a aplicação da Súmula 228 do C. TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade"

Nesse contexto, quais os parâmetros do efeito vinculante?

## 10 DA EXTENSÃO DO EFEITO VINCULANTE

Embora seja possível o ajuizamento de Reclamação junto ao STF, em relação à matéria tratada na Súmula Vinculante, há questões peculiares em aberto que precisam ser enfrentadas.

No caso do controle concentrado, em que há **uma ação específica**, é possível entender que o efeito vinculante também se estenda aos fundamentos determinantes desta decisão.

Entretanto, a **súmula vinculante não se refere a uma ação es-**

**pecífica**, constituindo-se num resumo da tese reiterada em diversas decisões, que podem deter especificidades outras inerentes a cada caso, embora ensejem convergência quanto a um determinado ponto comum, que resultou na edição da súmula. Por tais razões, o efeito vinculante se restringe exclusivamente ao enunciado da súmula, não podendo ser ampliado para abranger as diversas fundamentações das diferentes ações em que a mesma tese foi anteriormente apreciada, nem há amparo constitucional para atrelar o

"Por tais razões, o efeito vinculante se restringe exclusivamente ao enunciado da súmula, não podendo ser ampliado para abranger as diversas fundamentações das diferentes ações em que a mesma tese foi anteriormente apreciada, nem há amparo constitucional para atrelar o enunciado à fundamentação exarada num único julgamento..."

enunciado à fundamentação exarada num único julgamento, nem que seja o último, como vem defendendo certa corrente doutrinária, pois tal interpretação viola a natureza jurídica da própria súmula e compromete sua eficácia, como

está revelando toda a celeuma suscitada em relação a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Importante ressaltar, que a liminar deferida não decorre de um provimento recursal, pois a reclamação tem natureza de ação, e não de recurso. Destarte a liminar só pode ser lida, e interpretada, sob o balizamento dos critérios estabelecidos na própria súmula. Por isso, não há como atribuir à liminar, concedida por juiz singular, efeitos mais amplos do que os traçados pelo enunciado da Súmula, estabelecido por uma decisão colegiada do Tribunal,

proferida nos termos do art. 103 A da CF/88, que exige expressamente a “decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.”

Não há como interpretar uma súmula da mesma forma como se procede em relação a uma decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. A intensa controvérsia suscitada em relação a Súmula Vinculante n. 4 evidencia isso. A partir do momento em que, inadvertidamente, se pretendeu ampliar o efeito vinculante além dos limites estabelecidos no art. 103 A da CF/88, indevidamente incluindo os fundamentos específicos da última decisão proferida em RE, que versa sobre matéria colateral, desatrelada do foco principal, tudo desandou...

Ora, o efeito não poderia ser outro.

A edição de uma Súmula vinculante, pela sua própria natureza, se concentra na tese reiterada nos diversos casos submetidos à apreciação do Tribunal, passando ao largo, portanto, das peculiaridades de cada caso e procurando condensar apenas a tese uniforme que se repete em todos eles que, no caso, corresponde a vedação de utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

É isso.

Desbordar destes contornos levaria a controvérsia a tal nível que implodiria a eficácia do instituto da súmula vinculante, intensificando o conflito ao invés de reduzi-lo, como seria seu escopo.

Considerar como vinculantes os diferentes fundamentos das diversas decisões, quando a razão de ser da súmula é exatamente o contrário, ou seja, um resumo da tese convergente em todos eles, se afigura insustentável por redundar numa impossibilidade lógica, como as recentes ocorrências vem demonstrando em relação a Súmula vinculante n. 4.

## 11 DOS DIFERENTES CRITÉRIOS

A Súmula Vinculante estabeleceu expressamente que o disposto no art. 192 da CLT deixou de ser exigível no que se refere a base de cálculo, pois “o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

A constitucionalização da matéria evidencia um acentuado movimento de despatrimonialização, ou seja, de superação do paradigma patrimonialista. Nesse contexto, o pagamento do adicional de insalubridade não se restringe à natureza de singela contraprestação, devendo ser considerado também como um inibidor das práticas lesivas a saúde e integridade física daquele que trabalha, assim conferindo funcionalidade à diretriz traçada no art. 1º da Constituição Federal ao erigir o trabalho como valor fundante da República. “Daí porque as Cortes não são apenas guardiãs da Constituição mas, sim, veículos de justificação e fundamentação material dos direitos que devem ser protegidos pelo Judiciário” conforme ressalta com maestria

Luiz Edson Fachin,<sup>16</sup> alertando para a necessidade de se precaver de duas armadilhas “de um lado, o senso comum; e de outro, o arbítrio das razões subjetivas.

Ante as razões supra referidas, quais critérios devem ser considerados para solucionar a questão?

### 11.1 Da remuneração

Não há nenhuma lei fixando a remuneração como base de cálculo dos adicionais referidos no inciso XXIII do art. 7º da CF/88, entre os quais se insere a insalubridade. Acrescente-se que em nenhum momento o referido inciso assim determinou, tendo se limitado a estabelecer o pagamento de um adicional de remuneração, para fixar a natureza salarial deste título. Se o objetivo fosse estipular a remuneração, como base de cálculo, teria sido adotada terminologia distinta, com a estipulação de um adicional sobre a remuneração, o que é bem diferente. Neste sentido tem se posicionado a doutrina e a jurisprudência, de modo que não há amparo para a utilização da remuneração como base de cálculo deste adicional.

### 11.2 Do salário contratual

Salário contratual é aquele estipulado no contrato de trabalho, ao ser celebrado de forma escrita ou verbal. Entretanto, além de não estar estipulado em nenhum texto legal, trata-se de expressão que pode

gerar controvérsias e dar margem a diferentes interpretações. Seria assim considerado aquele estipulado no ato da contratação, ou o último valor pago? Em caso de salários variáveis, como seria aferido o *contratado*? A fim de evitar a ampliação dos pontos em conflito, nada aconselha a utilização de tal critério.

### 11.3 Do piso normativo da categoria

Piso normativo é aquele estabelecido em convenção ou acordo coletivo, como o menor valor a ser pago para o trabalhador que integra determinada categoria. Geralmente se constitui em “salário de ingresso”, diferenciado por função, não havendo a menor possibilidade do salário base recebido ser inferior ao piso normativo da categoria. Geralmente é pago no primeiro ano de trabalho. Por ocasião do segundo ano, na data base o trabalhador passa a ser beneficiado por índices de reajuste sobre o salário anteriormente recebido, de modo que quando tem mais de um ano de serviço via de regra seus salários são superiores ao piso, o que desautoriza a utilização deste critério, pois levaria a um nivelamento por baixo do adicional.

### 11.4 Salário profissional

Salário profissional é aquele estabelecido em lei em relação a determinada profissão como, por exemplo, o estipulado nas Leis n. 3.999/1961 e n. 4.950-A/1966 que

<sup>16</sup> FACHIN, Luiz Edson. Aspectos da racionalidade histórico-cultural do arquétipo inserido no código civil brasileiro de 2002. Revista do Advogado, São Paulo, n. 98, jul. 2008, p. 143-151.

fixam o salário dos médicos e engenheiros, de modo que se trata apenas de casos específicos, o que impede a generalização do critério.

Ademais, o salário-base não pode ser inferior a tais valores, de modo que sua utilização como base de cálculo em nada viola ou altera o disposto nas leis especiais.

### 11.5 Do salário básico

A expressão "salário básico" também não consta de texto legal previsto no § 1º do art. 193 da CLT, que disciplina o cálculo do adicional previsto no inciso XXIII do art. 7º da CF/88. Além disso, constitui expressão sem tradição no direito trabalhista, que peca pelo sentido indefinido, dando margem a muita controvérsia. O critério a ser utilizado, para aferir o que seria salário *básico*, pode dar margem a vários questionamentos, pois em decorrência das condições especiais de certas categorias, o *básico* para uns, não seria *básico* para outros. Destarte, é preciso evitar um novo foco de discussão, que certamente causará tumulto processual, dificultando ainda mais a solução da controvérsia e prolongando indevidamente a duração do processo, assim colidindo com o estabelecido no inciso LXXVIII do art. 5º que erigiu como direito fundamental a "razoável duração", além de frustrar o escopo da súmula vinculante.

Trata-se de interpretação questionável como evidenciaram as

recentes ocorrências, notadamente as reclamações ajuizadas, qual seja, n. 6266/2008 pela CNI, n. 6275/2008 pela Unimed Ribeirão Preto e n. 6277/2008 pela Confederação Nacional da Saúde, em que o presidente do E. STF concedeu liminar decidindo "suspender a aplicação da Súmula 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade", de modo que não há amparo para escolher este critério.

### 11.6 Do salário base

O termo "salário base" tem sido de uso corrente pela doutrina e jurisprudência de longa data, conceito de fácil compreensão e extensão genérica, que não suscita controvérsias. Explica José Martins Catharino<sup>17</sup> que salário base "é a retribuição dos serviços prestados pelo empregado, por força do contrato de trabalho, sendo pago pelo empregador, que deles se utiliza para a realização dos fins colimados pela empresa."

Neste contexto, pelas razões acima elencadas, é o único que pode ser utilizado de forma genérica e servir de parâmetro a todo o universo de trabalhadores, urbanos e rurais, independentemente das especificidades de cada categoria, por ser facilmente aferível, já que não existe trabalhador que não tenha um salário base.

Em obra clássica sobre o tema, Amauri Mascaro Nascimento<sup>18</sup> explica que salário-base é a

<sup>17</sup> CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. ed. fac-similada. São Paulo: LTr/Edusp, 1994. p. 21

<sup>18</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria jurídica do salário*. São Paulo: LTr, 1994. p. 57-58, 132-236.

[...] parte principal da totalidade das percepções econômicas do empregado... toda retribuição que possa ser forma única de ganho do trabalhador... vincula-se a obrigação principal... é indispensável e essencial, não podendo haver relação de emprego que não o tenha, o que facilita a sua adoção também com respeito ao princípio da isonomia por se tratar de critério que pode ser observado para todos.

## 12 O CÁLCULO DO ADICIONAL

Ante a intensa celeuma provocada pela questão, duas correntes principais vêm direcionando a interpretação da matéria.

### 12.1 Tudo como dantes no quartel de Abrantes?

A primeira corrente entende que o efeito vinculante da súmula se restringe apenas à parte final do enunciado, que veda a substituição do salário-mínimo "por decisão judicial" concluindo que, por isso, mesmo após a edição da Súmula Vinculante n. 4 continuaria a ser adotado o salário-mínimo.

Será?

Primeiramente é preciso ponderar que ante os princípios da eficiência e da utilidade dos atos processuais, e sob a perspectiva da lógica jurídica, tal conclusão se revela insustentável. Com efeito, não seria preciso uma súmula vinculante para dizer o que a Súmula 228 (em sua redação anterior) e a OJ 2 da SDI-1, ambas do TST, já fixavam como diretriz jurisprudencial dominante

nesta Especializada. Se era para ficar tudo como dantes, para que súmula vinculante se já havia jurisprudência consolidada?

Ademais, esta interpretação leva à conclusão de que a atuação judicial não pode suprir a lacuna da norma, o que se revela absurdo por violar direito constitucional fundamental, referente à inafastabilidade da jurisdição, além de abrir precedente perigoso, que pode solapar a atuação do próprio Judiciário, como um dos poderes da República.

Com efeito, se nosso sistema jurídico veda a justiça pelas próprias mãos e assim deve permanecer para que seja mantido o Estado de Direito, como corolário lógico da atribuição do monopólio estatal deve preservar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (*non liquet*) em sua integralidade, que assim foi estabelecido como direito fundamental no inciso XXXV do art. 5º da CF/88.

Nessa mesma esteira caminhem as normas infra-constitucionais. O art. 126 do CPC prevê que o "juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito", enquanto o art. 4º da LICC estabelece que "o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" e o art. 8º da CLT, que rege a questão na Justiça Especializada, determina que na falta das disposições legais ou contratuais o juiz deverá decidir "conforme o

caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, **principalmente do direito do trabalho.**”

Todo o padrão normativo do sistema jurídico nacional legitima, portanto, a *ratio juris*, ou seja, a interpretação por *juris prudentia*, quando necessária para complementar a insuficiência do texto legal, de modo que a conclusão que aponta para a anulação da atuação judicial não encontra amparo na Carta Constitucional, nem no ordenamento jurídico nacional.

## 12.2 O gravame deve conter a intensidade necessária para desestimular a conduta lesiva

A segunda corrente entende que o efeito vinculante se refere a vedação de utilização do **salário-mínimo como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade.**

Considera que o escopo da súmula vinculante, ao atuar como um *tertius genus* no controle da constitucionalidade, consistiu em interpretar as normas postas pela Lei Maior no sentido de que o gravame deve conter a intensidade necessária para desestimular a conduta lesiva.

Sob tal perspectiva, o cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário-mínimo representa um custo muito pequeno, que por isso desestimula o empregador a adotar as providências necessárias à redução da insalubridade no local de trabalho.

Ora, a Súmula vinculante não veio para confundir, mas para esclarecer.

Foi instituída com o escopo de conferir segurança jurídica num ambiente de instabilidade, apontando a solução que seria mais consonante com os princípios constitucionais que regem determinada matéria e, portanto, assim deve ser interpretada, o que vem conferir maior legitimidade ao entendimento esposado pela 2ª corrente, por conferir equilíbrio harmônico e unidade integradora ao sistema, além de aumentar seu nível de funcionalidade e eficácia.

Desse modo, preserva a sintonia que deve existir entre o marco normativo posto e a realidade fática que visa regular, atento aos desafios do momento atual. Como bem pondera Zygmunt Bauman<sup>19</sup>, a “celebração pós-moderna da diferença e da contingência não deslocou a ânsia moderna de uniformidade e certeza” que persiste, agora num ambiente de complexidade mais acentuada, o que exige a explicitação de marcos claros de normatividade a fim de dirimir o nível de incerteza, razão justificadora da instituição de súmula com efeito vinculante, de modo que sua interpretação não pode gerar efeito contrário a tal escopo.

Nesse caminhar, e considerando os diferentes critérios para estipulação da base de cálculo anteriormente referidos, a utilização do salário-base se apresenta como a

<sup>19</sup> BAUMAN Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p.270 e seg.

mais indicada, pois a integração analógica se faz por *mediação legislativa*, com a aplicação de um conceito que já está expressamente previsto em lei. Com efeito, é preciso considerar que em relação ao adicional de periculosidade, albergado no mesmo inciso XXIII do art. 7º da CF/88, o § 1º do art. 193 da CLT estabeleceu o cálculo sobre o salário-base, critério assim instituído por lei e não por decisão judicial, de sorte que o mesmo critério legal deve ser aplicado em relação ao adicional de insalubridade, o que também possibilita o correto exercício da opção prevista no § 2º do mesmo artigo, assim preservando a *ratio decidendi* que ensejou a edição da súmula com efeito vinculante.

Não há como sustentar que adicionais albergados no mesmo inciso constitucional (XXIII do art. 7º) tenham base de cálculo diferente, notadamente quando a intensidade do gravame não ampara tal diferenciação. Com efeito, enquanto nas situações de periculosidade há um risco, no caso de insalubridade a lesão é efetiva, causada pela exposição do trabalhador a níveis superiores aos estabelecidos pelo limite legal. Enquanto na periculosidade o nível de risco nem sempre pode ser reduzido, no caso da insalubridade existe a possibilidade de redução e até mesmo de reversão. Por isso, quanto maior o custo patronal em arcar com a manutenção dos níveis de insalubridade, maior será o estímulo para sua redução a patamares mínimos.

Nesse contexto, a adoção do salário como base de cálculo do adi-

cional atua como fator inibidor da conduta lesiva e estímulo à adoção de providências que tornem mais saudável o ambiente de trabalho, o que redundará em maior efetividade na preservação da integridade física do trabalhador e de sua empregabilidade, além de reduzir sensivelmente os custos sociais e previdenciários suportados por toda a sociedade.

### 13 DA EFICÁCIA

Importante acrescentar que a súmula vinculante se constitui numa **diretriz de julgamento**, assim detendo critérios próprios de eficácia.

A Lei n. 11.417/2006 admite em seu art. 4º que o STF, por decisão de 2/3 de seus membros considere as “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”, para restringir os efeitos da súmula ou balizar sua eficácia para outro momento. Esta “modulação” constitui ferramenta importante para evitar o ajuizamento de uma enxurrada de ações, após a edição de súmula vinculante que escolheu um dos caminhos até então convertidos, assim contribuindo para implementar a segurança jurídica.

Tal possibilidade se justifica porque há questões cuja complexidade impede a solução de inopino, sem considerar os efeitos que provoca na realidade da vida. Desse modo, se o escopo é proporcionar segurança, tal deve ser garantido em sua integralidade, com os balizamentos devidos para que a aplicação da súmula se revista da necessária eficácia. Entretanto, esta estipulação

tem que ser votada pelo Colegiado e assim constar expressamente do enunciado.

Ora, não consta da **Súmula Vinculante n. 4 nenhuma decisão dispondo sua eficácia diferida**, inexistindo amparo constitucional para sustentar que tal teria ocorrido de forma tácita, quando a norma exige não só disposição expressa mas, também, quorum qualificado para tanto.

Além disso, critérios de eficácia e atribuição de efeito vinculante às especificidades que marcaram o julgamento do último recurso extraordinário, em que o tema foi questionado, são questões distintas que não podem ser confundidas, sob pena de provocar efeitos danosos.

Entre os questionamentos mais relevantes está o que se propõe a seguinte indagação: o efeito vinculante da Súmula 4 poderia extrapolar seu enunciado e abranger também os fundamentos determinantes de um único julgado?

Penso que não.

Insustentável a posição dos que trazem à colação excertos de doutrina extraída do direito constitucional alemão, para concluir que o efeito vinculante abrangeria também os "fundamentos determinantes" do último recurso extraordinário julgado em que a matéria foi debatida.

Não há em nosso ordenamento jurídico nenhum dispositivo

que legitime a atribuição de efeito vinculante a uma decisão proferida num recurso extraordinário !!!

A doutrina alemã se refere aos casos clássicos de controle concentrado da constitucionalidade, em que há uma ação com rito próprio e específico, que visa expungir do ordenamento lei ou ato normativo federal/estadual que contrarie a Constituição.

Diversamente ocorre com as súmulas vinculantes, que constituem baliza de julgamento e também podem ser decretadas pelo STF de **ofício**, independentemente de qualquer provocação, dotadas de conteúdo "pedagógico-institucional", destinadas a orientar as instâncias ordinárias e a administração pública em geral, como explicita Hely Lopes Meirelles.<sup>20</sup>

Não se pode confundir institutos diferentes, que detêm natureza jurídica distinta. A súmula vinculante não está atrelada a uma ação específica e se constitui numa **diretriz jurisprudencial** formatada em face de uma determinada tese jurídica, **examinada em vários e diferentes processos**, de modo que o efeito vinculante se restringe a essa tese jurídica determinada e não às peculiaridades que distinguem os diferentes processos e que não constaram do enunciado da súmula.

"Não há em nosso ordenamento jurídico nenhum dispositivo que legitime a atribuição de efeito vinculante a uma decisão proferida num recurso extraordinário !!!"

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 655.

Ademais, para que se revista de legitimidade a edição de uma súmula vinculante prevê o atendimento de determinados requisitos. Nesse sentido, o art. 103 A da CF/88 exige a decisão de 2/3 de seus membros, após "reiteradas decisões sobre matéria constitucional", de modo que a *ratio decidendi* não pode ser extraída de apenas um caso julgado, nem que seja o último. Com efeito, as especificidades inerentes a cada processo, explicitadas nas respectivas fundamentações, não podem ser assim consideradas para efeito de súmula vinculante, pois como evidencia o próprio nome trata-se de uma "súmula", ou seja, de uma condensação do ponto que é convergente em todos os julgamentos que lhe deram suporte, que no caso consistiu no reconhecimento da inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como critério de cálculo.

Como ensina Eduardo Arruda Alvim<sup>21</sup> súmula é vocábulo que vem do latim *summula* e tem o significado de sumário, resumo. Consiste num enunciado que se extrai de decisões jurisprudenciais reiteradas, não se atendo aos restritos limites de cada caso concreto a fim de ostentar a generalidade necessária para atuar como balizador de julgamento. Insustentável, portanto, atrelar sua fundamentação a especificidade de cada caso, sob pena de reduzi-la a uma colcha de retalhos confusa e ininteligível, assim invalidando sua utilização, cujo escopo está direcionado para garan-

tir maior certeza normativa e, por conseqüência, aumentar os níveis de segurança jurídica, bem da vida tão buscado em nossa contemporaneidade, para que o Direito atinja sua finalidade de proporcionar estabilidade social nas situações de conflito.

Por isso, todas as demais peculiaridades dos anteriores recursos extraordinários em que a questão do adicional de insalubridade foi discutida pelo STF, inclusive as referentes ao último (RE 565714), no que concerne aos oficiais da reserva e reformados da polícia militar e a aplicação de lei estadual específica, não constituem parte integrante da súmula, atuando apenas como *obiter dictum*, ou seja, questão periférica, que não pode ser considerada no balizamento do efeito vinculante, cuja *ratio decidendi* consiste na assertiva de que "o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado", assim dispondo por considerar que se trata de proceder a "interpretação conforme a Constituição" no que se refere a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Desse modo, se afigura insustentável o raciocínio que pretende atribuir às razões de decidir exaradas apenas ao último recurso extraordinário o balizamento do efeito vinculante, pela simples e boa razão de que por sua própria natureza a súmula vinculante não pode ser pautada por um único caso. Assim, os fundamen-

<sup>21</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei 11.417/2006. Revista Forense. Rio de Janeiro, ano 103, n. 394, p. 45-70, nov./dez. 2007.

tos determinantes de uma súmula vinculante devem ser aferidos pelo denominador comum dos vários julgados que vieram embasar o núcleo da diretriz firmada, qual seja, o de que o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo, nem ser substituído por decisão judicial.

#### 14 DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE

Seria cabível a aplicação da "declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade" no que se refere à interpretação do enunciado da súmula vinculante nº 4?

Discorrendo doutrinariamente sobre a matéria Gilmar Mendes, hoje Presidente do STF, explica<sup>22</sup> que esta modalidade de decisão foi adotada pelo legislador em 1970 - Lei *Bundesverfassungsgericht*, § 31 (2) 2º e 3º períodos e § 79 (1). Menciona que há casos em que a inconstitucionalidade "não pode ser superada, em princípio, mediante decisão de índole cassatória, pois esta ou não atingiria os benefícios pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar". Assim, embora "exista uma lei que poderia ser declarada nula, abstém-se o Tribunal de proferir a nulidade sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas de sua incompletude, seja

porque o legislador foi omissivo em proceder à complementação do complexo normativo, seja porque não contemplou determinado grupo na regra impugnada"

Refere-se "às chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras... que poderiam, em caso de uma pronúncia de nulidade, ter sérias consequências, ensejando mesmo eventual *caos jurídico*. Esses casos têm o seu ponto comum na chamada inexecutabilidade da decisão cassatória," de modo que a declaração da "nulidade levaria a uma minimização, ao invés de ensejar a busca da otimização" na concretização da vontade constitucional. A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional, resultando num "vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional. Desse modo, é possível a aplicação "provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nesta fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente, o que só pode ser justificado quando se trata de fazer valer a completude da Constituição.(g.n.)

Fora disso, encontra óbice considerável na própria doutrina e jurisprudência alemãs, pois é "difí-

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 9, p. 61-77, 1995.

cil encontrar fundamento constitucional que empreste sustentáculo às opiniões que defendem a aplicação da norma inconstitucional”, notadamente porque “qualquer ato praticado com base na norma inconstitucional é ilegítimo”. Ademais, como se poderia juridicamente sustentar que a decretação de nulidade de uma norma constitucional ficaria suspensa até o atendimento de certas providências protraídas no tempo?

Trata-se, portanto, de situação especialíssima, não configurada no caso da súmula vinculante n. 4, que aponta exatamente para o sentido contrário.

Com efeito, a vedação da aplicação do salário-mínimo como base de cálculo é que está em consonância com vontade constitucional expressa nos incisos IV e XXII e XXIII do art. 7º, sendo que o afastamento deste critério, tido por inconstitucional, é que contribui para otimizar as condutas assecuratórias da integridade física e higidez no local de trabalho, além de reduzir os custos com benefícios previdenciários e atendimentos hospitalares suportados por toda a sociedade.

Destarte, razões de ordem constitucional que resguardam a segurança jurídica como valor, apontam justamente para o caminho inverso, ou seja, para a necessidade de imediato reconhecimento da nulidade da norma declarada inconstitucional. Neste contexto, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, cabível em alguns casos de controle concentrado como ocorre na ADI, ADC e ADPF se revela incompatível com o insti-

tuto da súmula vinculante n. 4, que não se constitui num tipo de controle concentrado ou difuso da constitucionalidade, surgindo como um *tertius genus*.

Necessário pontuar que no modelo político alemão o parlamento tem uma situação de ascendência sobre o judiciário. Assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade sem declaração de nulidade se baseia no conceito de “liberdade de conformação do legislador”, sendo que muitos doutrinadores também justificam a adoção desta providência sob o argumento de que ante a ausência de ato normativo, não se pode declarar a “nulidade da lacuna”, de modo que a adoção de tal diretriz seria aceitável se da declaração de inconstitucionalidade pudesse resultar vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional. Entretanto, isso não ocorre no caso da súmula vinculante n. 4, pois o sistema jurídico nacional é dotado de regras próprias, notadamente quanto ao *non liquet* e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que exclui a possibilidade de adoção de modelo alienígena, destinado a regular situação jurídica diversa.

Como esclarece Mendes a:

[...] renúncia à declaração de nulidade somente poderia ser entendida dogmaticamente como uma opção para que o legislador encontre diretamente a solução para o caso, uma vez que a tarefa de concretização da vontade constitucional foi, em primeira linha, confiada a ele.

Entretanto, trata-se de solução adotada em decisão que aprecia a constitucionalidade ou inconstitucio-

nalidade de uma determinada norma mediante o manejo do controle concentrado, o que é bem diferente do escopo de uma súmula vinculante.

Ao discorrer sobre essa questão em outro artigo de sua autoria, o Ministro Gilmar Mendes explica que<sup>23</sup> essa doutrina tem destinação específica quando o Tribunal atua mais como Corte Constitucional, em questões que envolvem “o binômio direito e política”, exigindo a adoção de técnicas específicas de decisão, à “aplicação de um sistema de controle jurídico do poder político”, o que evidentemente não ocorre no caso da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Trata-se, portanto, de técnica cujo manejo é indicado para matérias que envolvem questões políticas pois, como explica em obra anteriormente citada<sup>24</sup>, quanto mais política for:

[...] determinada questão submetida a jurisdição constitucional, mais pareceria inadequado a adoção do processo judicial ordinário. Quanto menos se falar de processo, de ação, de condenação e de cassação dos atos estatais- ressaltava Triepel- mais fácil será a resolução, na via judicial, das questões políticas, que, ao mesmo tempo, são questões jurídicas.

Destaca que “já no início deste século existia alguma preocupação com o perigo da adoção pura e simples, pela jurisdição constitucional, das formas de decisão con-

sagrada pela jurisdição extraordinária”. Daí, porque, ao lado da declaração de nulidade, o Tribunal alemão desenvolveu “outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”.

Entretanto, enfatiza o risco de adoção desta *praxis* pela insegurança jurídica que provoca, pois a lei não explicita “quando o Tribunal deverá abster-se de decretar a nulidade,” o que poderá redundar em discricionariedade.

Tal situação jurídica é completamente diferente da que é enfrentada no caso da Súmula vinculante n. 4. Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é instituto alienígena incompatível com aplicação no presente caso. O argumento de que, embora declarado inconstitucional, o salário-mínimo continuaria a ser utilizado como indexador até que uma lei venha dispor de outra forma também não se revela sustentável, pois viria neutralizar a razão de ser da própria súmula. Com efeito, não seria preciso a edição de uma súmula vinculante para estabelecer que tal critério, fixado no art. 192 da CLT, deveria ser mantido até a promulgação de uma nova lei que viesse fixar outra base de cálculo, pela simples e boa razão de que o efeito revogatório se opera *ex legis*, já que a “lei posterior revoga a anterior

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador- *appellentscheidung*- na *praxis* da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília, n. 3, p. 69-96, mar. 1992.

<sup>24</sup> \_\_\_\_\_. Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 9, p. 61-63, 1995.

quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (art. 2º, § 1º da LICCivil).

Assim, se afigura evidente que o escopo da Súmula Vinculante não foi "chover no molhado" como defende esse raciocínio, tendo sido instituída com propósito bem diverso e específico, qual seja conferir eficácia rápida e preventiva ao controle da constitucionalidade, desestimulando o ingresso em juízo para postular direito contrário a sua diretriz, além de evitar a interposição de inúmeros recursos, assim propiciando a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, como prevê o inciso LXXVIII do art. 7º da Lei Maior, a fim de preservar a eficácia integradora e a supremacia da Constituição.

## 15 A SÚMULA VINCULANTE COMO *TERTIUS GENUS* NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

A edição de uma súmula vinculante independe da propositura de uma ação pelos entes legitimados como ocorre no controle concentrado, ou da suscitação da matéria como questão incidental num conflito que já está posto como no caso do controle difuso. Tem efeitos mais imediatos e uma forte conotação

preventiva, pois atua como sinalizador de diretriz para os demais casos, impedindo o ajuizamento de ações cujo resultado já se conhece, ou a desnecessária interposição de recursos inúteis, que indevidamente procrastinam o andamento processual e asoberbam o judiciário, criando obstáculos à razoável duração do feito exigida pelo inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88.

Tal consequência se revela importante, pois o controle da constitucionalidade detém íntima relação com a defesa do Estado Constitucional Democrático, encurtando os caminhos na implementação da efetividade da norma, além de fazer valer o princípio da unidade da Constituição.

A questão que envolve a hermenêutica da súmula vinculante leva, portanto, a uma releitura do positivismo, pois provoca fissura na sua coragem dogmática." Por outro lado não se trata de dar uma guinada de 360 graus e proceder a uma análise pós-positivista, fora do sistema normativo posto. Pelo contrário, a peculiaridade da matéria que ora se examina é que a mudança se processa no coração do próprio sistema, notadamente ao trazer para a perspectiva constitucional questão que, aparentemente, se refere apenas a um adicional trabalhista. Supera, portanto, o antigo viés reductionista e segmentado, que fatiava as diferentes áreas jurídicas em com-

partimentos estanques, que gravitavam como círculos separados e independentes entre si.

Cria fissuras em uns e outros, abre portas e passa a atravessar esses círculos alinhavando-os um a um através de um fio condutor, que vai possibilitar o inter relacionamento de todos entre si. Neste sentido, demonstra que não se trata apenas de um "singelo adicional trabalhista", mas de enxergar que a questão extrapola vínculos contratuais e se insere num âmbito muito mais abrangente, envolvendo a preservação da saúde, do meio ambiente de trabalho, dos custos das políticas públicas, da violência doméstica, da desagregação familiar, da perda da empregabilidade, ou seja, perda do potencial humano de trabalhar e estar inserido na sociedade como sujeito capaz. Há toda uma teia de interesses e direitos que gravitam em torno da questão, de modo que ao torná-la objeto de uma Súmula vinculante o STF traz todo este enfoque que lhe é subjacente.

Nesse contexto, como tem evidenciado os debates sobre a matéria, o manejo de súmula vinculante provoca inequívoca tensão entre o político e o jurídico, em relação aos quais não é possível traçar uma linha demarcatória clara pois, como bem destaca Jorge Miranda,<sup>25</sup> a:

Constituição é tanto Constituição política como Constituição social, não se cinge a ordenação da vida estatal (em sentido estrito)... E,

como se reconhece à vista desarmada, as constituições atuais contemplam larguíssimos aspectos e áreas de dinâmica econômica, social e cultural em interação com o Estado.

Precisamente por isso, é preciso deixar bem claro quais são os valores que devem ser preservados com prioridade. No presente caso, ao interpretar os incisos IV e XXII do art. 7º da CF/88, a súmula vinculante n. 4 pretendeu ressaltar que um ambiente de trabalho saudável é requisito indispensável para garantir a preservação da saúde e da integridade física do homem que trabalha, não como valor individual, mas como benefício da sociedade como um todo, no sentido de preservar a empregabilidade e a higidez, com a conseqüente redução dos gastos com políticas de saúde pública e previdência.

Como *tertius genus* no controle da constitucionalidade, a súmula vinculante se constitui numa ponte, construindo caminhos de aproximação entre o controle concentrado e o difuso, com o escopo de focar na prevenção e redução da conflitualidade, assim conferindo **maior grau de segurança jurídica**, objetivo que não pode ser frustrado, sob pena de implodir sua própria razão de ser.

## 16 UMA NOVA HERMENÊUTICA

Ao surgir como um *tertius genus* no controle da constitucionalidade, a súmula vinculante torna

<sup>25</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Coimbra- Portugal: Coimbra Ed. p. 15.

necessária a construção de uma nova hermenêutica.

Trazendo à colação o pensamento de Gadamer,<sup>26</sup>

[...] é necessário ressaltar que “quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades atuais- precisamente para preservar sua força normativa- o que ele tem em vista, obviamente, é resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática: por isso é que, olhos postos no presente, ele procurará reconhecer o significado *jurídico* da lei, que só pode ser o seu significado atual, e não o significado histórico, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da promulgação.

pois, conforme já observava Carlos Cossio<sup>27</sup> “toda valoração jurídica, enquanto fato é necessariamente um fato do presente, porque um sentido só pode existir no presente”

A constitucionalização dos direitos trabalhistas implica no reconhecimento não só da supremacia material, mas também axiológica da Constituição, assim norteando a edificação desta nova hermenêutica, trazendo a análise para uma perspectiva mais abrangente.

Trata-se, portanto, de preservar a atuação estabilizadora do direito na garantia da segurança, construindo novos padrões de normatividade. Como acertadamente pontua Bonavides, um “constitucio-

nalismo de resistência”, em que o poder não é mais limitado por outro poder, mas também por um direito fundamental. Neste contexto, assevera com percuciência Herbert Hart<sup>28</sup> que a “característica geral mais proeminente do direito, em todos os tempos e lugares, consiste em que a sua existência significa que certas espécies de conduta humana já não são facultativas, mas obrigatórias *em certo sentido*”.

As Constituições promulgadas na segunda metade do século XX tornaram-se o eixo, em torno do qual gravitam diferentes sistemas jurídicos. Neste universo, a súmula vinculante se apresenta como um instrumento de diálogo entre esses diferentes microssistemas, atuando na intersecção do direito trabalhista, administrativo, constitucional e previdenciário, assim otimizando a função promocional do Direito como bem ressalta Norberto Bobbio. Destarte, não há “uma Constituição dos direitos fundamentais independente da Constituição do poder, o Estado de Direito impõem precisamente uma determinada conformação recíproca”, conforme ensina Jorge Miranda.<sup>29</sup>

Explica Alexy<sup>30</sup> que a “irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito” limita os conteúdos do direito ordiná-

<sup>26</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Petrópolis: Vozes, p. 400.

<sup>27</sup> COSSIO, Carlos. *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*. Revista Universidad. Santa Fé-Argentina: Universidad Nacional Del Litoral, n. 6, p.103 e 107, 1940.

<sup>28</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa-Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.10.

<sup>29</sup> MIRANDA, Jorge. A constituição da educação e as propinas no ensino superior. In: \_\_\_\_\_. Lisboa, p. 480, 1995.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 543 e seg.

rio, excluindo os que forem “constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários”, de modo que o sistema jurídico passa a ser “substancialmente” determinado pela Constituição.

Nesse sentido também caminha o pensamento de Canotilho,<sup>31</sup> ao ressaltar que existe uma “teoria republicana dos direitos fundamentais, que não pode deixar de tomar como ponto de partida o caráter consciente e racional”, chamando atenção para o ascendente movimento de “constitucionalização da ordem jurídica privada”.

Importante ressaltar que o princípio da eficiência, fixado no art. 37 da CF/88, foi estabelecido em relação a “todos os poderes”, de modo que também é aplicável ao Judiciário. Assim sendo, a hermenêutica não pode ficar restrita a uma conotação teórica estando concretamente atrelada à utilidade e efetividade da jurisdição.

Trata-se de uma nova ordem.

Ao analisar as diferentes perspectivas da interpretação jurídica, e as armadilhas que se escondem em suas entrelinhas, Radbruch<sup>32</sup> esclarece que a “interpretação jurídica não é pura e simplesmente um *pensar de novo* aquilo que já começou a ser pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por um

outro”. Assim, “não uma estéril e circular repetição do que já foi dito, mas um dialético *levar adiante - preservado, transformado* e, por esta forma, *enriquecido*”.

Portanto, ponderam os constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Gustavo Gonet<sup>33</sup> incumbe:

[...] essencialmente aos intérpretes-aplicadores- e não aos legisladores-encontrar as *primeiras* respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderão desincumbir-se a tempo e modo se forem capazes de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiverem a coragem de enfrentar a opinião dominante, em vez de se resignarem a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuserem a assumir o ônus redobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros consensos, essas falsas unanimidades não passam de preconceitos coletivos, frutos dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados.

Apesar de compreensível, a rejeição à inovação só se justifica quando há motivos para isso. É claro que uma inovação importante, como a edição de súmulas vinculantes, pode ser mal direcionada. Entretanto, é preciso reconhecer que ela representa uma importante tentativa de solução para questões signifi-

<sup>31</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra- Portugal: Coimbra Ed., 2004. p. 9, 85 e seg.

<sup>32</sup> RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito: Coimbra Ed., 1961- v. 1- p. 66 e 274.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 66.

cativas, no que se refere a busca de estabilidade e segurança jurídica.

Não se pode olvidar que o direito é um balizador de conduta, e como tal deve atuar como bússola, sinalizando qual o comportamento exigido para possibilitar a vida em sociedade. Quanto mais claros os parâmetros sinalizadores, mais eficazes os efeitos preventivos e a estabilidade social.

O rigor científico, na identificação das peculiaridades de institutos jurídicos diferentes, não existe como um fim em si mesmo. Visa evitar a confusão de alhos com bugalhos que, ao invés de apri-morar, cria obstáculos à prestação jurisdicional, tornando-a obscura e pouco compreensível, como está acontecendo com a questão que ora se examina, o que está deixando a comunidade jurídica perplexa. O escopo da ciência jurídica é evitar que se ande em círculos, apon-tando caminhos de solução concreta, que devem ser aplicados para otimizar a efetividade da jurisdição e fazer valer o princípio da eficiência. Para tanto, é preciso que se deixem fluir as mudanças adequadas para implementar a operacionalidade da jurisdição, necessárias para ga-

rantir o Estado Constitucional de Direito, como bem ressalta Luigi Ferrajoli.<sup>34</sup>

## 17 O RISCO DO RETROCESSO

A necessidade de enfrentar uma nova realidade exige a implementação de novas ferramentas hermenêuticas a fim de se preservar a supremacia da Constituição. Num ambiente de ambivalência, em que navega a contemporaneidade, explica Barroso<sup>35</sup> que "a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação".

Nesse contexto, ao estabelecer a possibilidade de edição de Súmula Vinculante "após reiteradas decisões sobre matéria constitucional", o art. 103 A da Constituição Federal de 1988 pretendeu valorar qualitativamente a decisão que se repete nestes julgamentos, e não as especificidades próprias de cada um, que são obviamente diferentes. Dese modo, não há amparo constitucional para atrelar a interpretação da Súmula Vinculante n. 4 às especificidades do último julgamento, quanto a matéria peculiar

"Com efeito, qual o amparo legal e constitucional para concluir que uma súmula, que por natureza se extrai de vários julgados, seja interpretada apenas pelas especificidades do último recurso extraordinário em que a matéria foi apreciada?"

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismos*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

<sup>35</sup> BARROSO, Luis Roberto (Org). *Fundamentos Teóricos e filosóficos do Novo Direito constitucional Brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: \_\_\_\_\_ *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

ali retratada no que se refere a remuneração de servidores estatais, pois o enunciado da súmula em nenhum momento evidenciou tratar desta questão específica, o que desautoriza tal conclusão, porque o que vincula é a decisão reiterada que acaba constituindo uma tese jurídica, e não os questionamentos peculiares que envolvem cada caso concreto, sob pena da súmula vinculante ser totalmente desfigurada e perder sua razão de ser.

Com efeito, qual o amparo legal e constitucional para concluir que uma súmula, que por natureza se extrai de vários julgados, seja interpretada apenas pelas especificidades do último recurso extraordinário em que a matéria foi apreciada?

Como sustentar que uma situação peculiar de servidores estaduais, cuja organização salarial é atípica, seja utilizada como critério genérico e balizador dos demais trabalhadores, que tem regime salarial totalmente distinto?

Como conferir efeito vinculante ao que não consta do enunciado da Súmula ?

Como conferir interpretação que acirra o conflito e multiplica as situações de confronto, se a súmula vinculante foi instituída exatamente com escopo contrário, ou seja, de pacificação social apontando uma diretriz segura para a solução dos julgados ?

Ora, se a súmula n. 4 diz claramente que o "salário-mínimo não pode ser utilizado como indexador" como concluir teratologicamente o contrário, ou seja, de que o salário-mínimo continua a ser utilizado como indexador?

Embora compreensível a força do conservadorismo tradicional na interpretação dos novos conceitos, é absolutamente indispensável que o direito abra suas janelas para deixar entrar o oxigênio da vida real que pulsa lá fora.

Manter as cortinas fechadas só contribuirá para o aquecimento e descrédito da atividade judicial, cujo compromisso é com a vida real de homens e mulheres de carne e osso, não com teorias e arquétipos estéreis, que neutralizam os princípios constitucionais, implodindo a unidade e harmonia do sistema.

Não há ciência jurídica se não for pautada por uma ética de responsabilidade pelos efeitos que determinadas interpretações provocam no dia a dia das pessoas que estão envolvidas nos conflitos. Não se decide para defender uma idéia, mas para apresentar soluções para um problema real de um ser humano concreto. A teorização só se justifica quando tiver compromisso com a solução e não apenas com o diletantismo discursivo, pois quem detém o monopólio da jurisdição não pode se dar ao luxo de ficar enredado numa discussão que gira em círculos.

É preciso estancar, portanto, esse movimento de retorno à perspectiva exclusivamente patrimonialista, que vem ocorrendo num ritmo preocupante, implodindo "os mais rudimentares fundamentos do Direito", que devem estar comprometidos com a dignidade do trabalhador e preservação de sua saúde, mas que subrepticamente procu-

ram enveredar pelo caminho contrário, desconstruindo a civilização como “constituição de um esquema praxeológico a que se dá o nome de *ethos*”, como explica Osvaldo Giacóia Junior.<sup>36</sup> Lamentando que a “humanização dos bárbaros primitivos acabou por resultar no surgimento de novos bárbaros, fazendo o jogo começar de novo”, o que poderá levar ao retorno às relações de domínio, com a vitória “da enfermidade e da escravidão,” que se manifesta ao:

[...] privar o trabalhador do sentido de seu trabalho, ao transformá-lo em peça na engrenagem da produção e do consumo; ao promover a administração econômica global da terra e transformar o indivíduo em *espécime* de uma coletividade degradada, que tem as características de um rebanho uniforme- *de facto* preserva uma modalidade de escravidão que ela mesma, genericamente proscreve de Direito, de acordo com um cândido credo humanitário, inconsciente de sua má-fé.

Nesse contexto, é preciso impedir a disseminação das situações contemporâneas de barbárie, em que um ser humano, para poder garantir o seu sustento, se vê obrigado a trabalhar em condições de insalubridade, que insidiosamente minam sua saúde.

O desafio consiste, portanto, em permitir que o homem volte a “tomar posse de si mesmo”, atuando o Direito como muro de resistência para evitar a instalação de uma insidiosa “barbárie civilizada”, que aca-

bará para anular o seu significado.

## 18 CONCLUSÃO

Na contemporaneidade não há mais espaço para sustentar um discurso excludente entre progresso econômico e padrão normativo constitucional. A preservação dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares, supera a perspectiva meramente patrimonialista/contratual e se revela imprescindível para possibilitar o desenvolvimento sustentado da nação brasileira. Por referir-se à garantia de melhoria nas condições de saúde e segurança no local de trabalho, a questão do adicional de insalubridade extrapola os estreitos limites da contratualidade privada e deve ser analisada sob uma perspectiva mais abrangente.

Nesse contexto, a validade da súmula vinculante n. 4 depende do preenchimento dos critérios estabelecidos pelo art. 103 A da CF/88. Diferentemente do que ocorre nos casos de controle difuso e concentrado, não está atrelada a um processo específico e determinado, constituindo-se num *tertius genus* no controle da constitucionalidade, cuja legitimidade está pautada pela observância de reiterados julgados e quorum qualificado, de modo que seu efeito vinculante está restrito ao que consta de seu enunciado, existindo impossibilidade lógica de estendê-lo às diferentes fundamentações dos diversos julgados, ou de atrelá-lo ao último.

<sup>36</sup> GIACÓIA JUNIOR, Osvaldo. Antigos e novos bárbaros. In: PELBART, Peter Pál; LINS, Daniel (Org.). Nietzsche e Deleuze: Bárbaros, Civilizados. São Paulo: Annablume, 2004. v. 1. p. 189-203.

O enunciado da supra referida súmula estabelece expressamente que "o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado", nestes termos interpretando o disposto no inciso IV do art. 7º da Lei Maior e assim fixando os parâmetros de seu comando vinculante.

A referência final, quanto a impossibilidade de "ser substituído por decisão judicial", veda a criação autônoma de novo indexador, como ocorria anteriormente com o critério estabelecido na Súmula 17, mas não impede a aplicação da analogia legal, de sorte que insustentável a interpretação que colide com a viga mestra de nosso sistema jurídico, assentado sobre a inafastabilidade da jurisdição e o *non liquet*, em que o juiz não pode eximir-se de sentenciar devendo, para tanto, valer-se das demais normas legais, principalmente de direito do trabalho.

Ao vedar a utilização do salário-mínimo e considerar o salário recebido como base de cálculo, tornando mais gravosa a prestação laboral em ambiente insalubre, a hermenêutica se escora no eixo constitucional.

Ao surgir como um *tertius genus* no controle da constitucionalidade, a súmula vinculante n. 4 implementa novas vias de acesso aos marcos constitucionais, que não se restringem à perspectiva dogmá-

tica de um positivismo estático, nem autorizam o extremo oposto de uma leitura pós-positivista, porque nascem num movimento endógeno e não exógeno, em que as forças que levam a esta auto-correção são geradas no coração do sistema positivado e não fora dele, a fim de manter a integridade do ordenamento. Trata-se de aplicar a analogia legal posta pelo próprio sistema, com a utilização do mesmo critério fixado em texto expresso de lei (art. 193, § 1º da CLT), editada para disciplinar adicional de periculosidade,

"...porque nascem num movimento endógeno e não exógeno, em que as forças que levam a esta auto-correção são geradas no coração do sistema positivado e não fora dele, a fim de manter a integridade do ordenamento. Trata-se de aplicar a analogia legal posta pelo próprio sistema..."

instituído no mesmo inciso da Lei Maior (XXIII do art. 7º da CF/88), assim preservando a *ratio decidendi* e o princípio da eficácia integradora da norma constitucional, notadamente a que erigiu a exigência de redução dos riscos inerentes ao trabalho

como direito funda-

mental do trabalhador. Num momento de risco ao retrocesso, como estamos vivendo, é necessário não só oferecer respostas, mas também nos livrarmos das falsas perguntas que tanto tem dificultado a busca de solução, pautando a análise da questão pela perspectiva da utilidade e eficácia, de uma jurisdição comprometida com as diretrizes traçadas pela Lei Maior.

Neste ano, em que se comemoram os 20 anos da Constituição Federal, a filtragem constitucional dos direitos trabalhistas se revela

imprescindível para que a Carta, promulgada na primavera de 1988, apesar de cortada e recortada por mais de 60 emendas, possa voltar sempre inteira, como a coluna vertebral de um sistema normativo, que tem o escopo de implementar a maturidade institucional fundada no trabalho como valor axial.

## 19 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei 11.417/2006. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 103, n. 394, p. 45-70, nov./dez. 2007.
- BARROSO, Luis Roberto (Org). Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional Brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_ **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BAUMAN Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- O estado de São Paulo, São Paulo, 29 set. 2008. p. A20.
- COSSIO, Carlos. *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*. **Revista Universidad**. Santa Fé-Argentina: Universidad Nacional Del Litoral, n. 6, p. 103-107, 1940.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra- Portugal: Almedina, p. 1208.
- \_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra- Portugal: Coimbra Ed., 2004.
- CARLESSO, Luciano Arlindo. Direito Humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado: um direito de todos os seres humanos trabalhadores. **Revista LTR**. São Paulo, ano 72, n. 02, p. 209-220. fev. 2008.
- CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 14, 2008, Manaus. Carta de Manaus expedida no XIV Conamat. abr./maio. 2008
- CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. ed. facsimilada. São Paulo: LTr/Edusp, 1994. p. 21.
- CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adercio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos da racionalidade histórico: cultural do arquétipo inserido no código civil brasileiro de 2002**. **Revista do Ad-**

vogado, São Paulo, n. 98, p. 143-151, jul. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro Del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismos**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Petrópolis: Vozes.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Antigos e novos bárbaros. In: PELBART, Peter Pál (Org.); LINS, Daniel (Org.). **Nietzsche e Deleuze: Bárbaros, Civilizados**. São Paulo: Annablume, 2004. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Eduardo Soares. Produtividade e instituições no Brasil e no mundo: ensinamentos teóricos e empíricos. In: GIAMBLAG, Fábio; BARROS, Octávio de (Org.). **Brasil Globalizado: o Brasil em um mundo surpreendente**. Rio de Janeiro: Elsevier Ed, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa-Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 9, p. 61-77, 1995.

\_\_\_\_\_. O apelo ao legislador-*appellentscheidung*- na *praxis* da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. Brasília, n. 3, p. 69-96, mar. 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra-Portugal: Coimbra Ed. tomo I.

\_\_\_\_\_. A constituição da educação e as propinas no ensino superior. In: **Estudos em memória do Prof. Doutor João de Castro Mendes**. Lisboa. 1995.

MONNERAT, Fábio Victor da fonte. Reclamação: STF: Legitimação ativa. Atingidos por ADIN. **Revista de processo**. ano 31, n. 142, p. 185-205, dez. 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra-Portugal: Almedina, 2006.

**O estado de São Paulo**, São Paulo, 23 jul. 2008. p. B2

SARMENTO, Daniel. A dimensão

objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A cons-**

**titucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. 2. Tiragem.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**: Coimbra Ed., 1961- v. 1

# O VIGOR, A ATUALIDADE E A FORÇA NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO(\*)

## THE VIGOR, THE CURRENT RELEVANCE AND THE CONSTITUTIONAL-NORMATIVE STRENGTH OF THE PROTECTION PRINCIPLE IN LABOR LAW

José Roberto Dantas Oliva\*\*

**Resumo:** Em época que se fala muito de flexibilização da legislação trabalhista, o presente estudo defende a necessidade de manutenção da intervenção do Estado para regular as relações de trabalho. Vai mais além: a partir da concepção de que os princípios são espécies do gênero normas (ao qual pertencem também as regras), posiciona o Princípio da Proteção – hoje por muitos criticado – como expressão da igualdade (isonomia) consagrada na própria Constituição Federal, exigindo, por isto, concreção. Neste sentido, referido princípio nunca esteve tão vivo e atual.

**Palavras-chave:** Princípios. Atualidade. Flexibilização. Direito do trabalho.

**Abstract:** In a time when flexibilization of Labor laws is greatly discussed, the present study defends the necessity of keeping the State intervention to rule Labor relations. It goes further: from the conception that the principles are species of a genre called norms (which the rules also belong to), the Protection Principle – nowadays

\* Com alterações e acréscimos reputados pertinentes, foram utilizados trechos de textos resultantes de pesquisas anteriormente publicadas pelo autor, especialmente do livro *O Princípio da Proteção Integral e o Trabalho da Criança e do Adolescente no Brasil* (São Paulo: LTr, 2006) e do artigo "O Magistrado em face da equidade como instrumento válido de interpretação e integração normativa" (*Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, São Paulo: LTr, 3º trim. jul/set 2002, n. 20, p. 41-84, mar. 2003)

\*\* Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho e Diretor do Fórum Trabalhista de Presidente Prudente-SP, Mestre em Direito das Relações Sociais (sub-área Direito do Trabalho) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor de Direito e Processo do Trabalho das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente (graduação e pós-graduação), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil, membro do Conselho Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Representante da Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região na circunscrição de Presidente Prudente e Diretor Regional da Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª Região (Amatra XV).

very criticized – stands as the expression of equality (isonomy) acclaimed in the Federal Constitution, and, for this reason, it demands concretion. This way, referred principle has never been so live and update.

**Key words:** Principles. Current relevance. Flexibility. Labor law.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A ascensão dos princípios ao plano normativo; 3 O pós-positivismo como resultado da evolução e normatividade dos princípios; 4 A força normativa do Princípio da Proteção; 5 Conclusão; 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Em cenário jurídico que confere aos princípios – notadamente àqueles positivados na Constituição Federal – status de norma, constata-se, como já identificado por inúmeros doutrinadores, que estamos, também no Brasil, vivendo a cognominada era do pós-positivismo. Nesse momento histórico, conquanto se reconheça a importância das regras e não seja possível abdicar da utilização do velho e bom método de interpretação que parte da subsunção dos fatos a elas para decidir, é preciso reconhecer que houve uma ascensão irreversível dos princípios ao plano normativo-jurídico.

Mas o que isto quer dizer exatamente?

Significa, como já tivemos a oportunidade de defender, que a hermenêutica jurídica, a doutrina e a jurisprudência modernas não se satisfazem mais com a carcomida idéia de que todas as soluções só podem ser extraídas das leis (regras), sendo vedado ao juiz qualquer exercício criativo que permita, a partir de juízo de ponderação de

valores, buscar a solução mais adequada e justa para o caso que lhe chega às mãos para resolver.

Neste novo cenário jurídico que se descortina, os princípios, tal qual as regras, são espécies do gênero normas. Vale dizer: os princípios, especialmente os que já se encontram positivados no ordenamento constitucional, deixam de ser utilizados apenas como elementos de integração de lacunas e passam a ocupar posição de destaque, sendo exigido do intérprete que lhes dê concreção, ainda que para isto tenha que afastar a aplicação de uma regra que com ele não se conforme e que, por isto, afrontaria a Carta Maior.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura, no seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei. É o princípio constitucional da isonomia, posicionado entre os direitos e garantias fundamentais que, a todo custo, se visa a resguardar.

Não é de igualdade meramente formal, porém, que estamos tratando.

Assente, na doutrina e jurisprudência, que a isonomia aqui deve ser analisada a partir da pers-

pectiva aristotélica de que, para ser verdadeira, real, deve conferir tratamento igual apenas para os iguais, desigualando os desiguais e conferindo maior proteção àqueles considerados hipossuficientes.

O propósito deste trabalho é demonstrar, para reafirmar seu vigor e atualidade como já se anuncia no título, que o Princípio da Proteção está para o Direito do Trabalho como o da isonomia, positivado no art. 5º da Carta Magna, para todos os ramos do Direito. Se fizermos análise mais detida dos contornos do princípio especial da proteção, verificaremos, aliás, que ele é imanente ao princípio constitucional da isonomia. Ou seja: traduz nada mais, nada menos, que o cumprimento de uma imposição constitucional, no plano específico de um dos diversos ramos do direito: o trabalhista.

Parece-nos, pois, equivocada a posição sustentada por quem defende a desatualização e morte do princípio especial trabalhista da Proteção. Sobre a força normativa dos princípios e, depois, especificamente deste que é o alicerce de todo o Direito do Trabalho, nos debruçaremos em seguida.

## 2 A ASCENSÃO DOS PRINCÍPIOS AO PLANO NORMATIVO

No direito contemporâneo, os princípios têm um novo e desta-

cado papel: o de regentes de poderes normativos. Por este prisma, os princípios, de maneira especial aqueles já positivados nas Constituições, pautam, na esfera de criação, o legislador, e no campo da aplicação, o Estado-Juiz.

Aquele (legislador) deve produzir leis que se conformem aos princípios constitucionais, sob pena de serem elas expungidas do ordenamento, por flagrante inconstitucionalidade (ou, se já vigentes anteriormente, pelo fenômeno da não-recepção). Já o último (Estado-Juiz), deve adotar os princípios como base para solucionar os casos concretos que lhe são submetidos para análise, em autêntica hermenêutica libertadora de amarras dogmáticas.

No campo da ação não normativa, os princípios devem regular, também, a conduta de governos (orientando políticas públicas, por exemplo) e governados, destinatários finais das normas jurídicas. Não nos ocuparemos, porém, de análise mais detida deste aspecto, direcionando o foco do estudo ao plano normativo.

E sob tal enfoque, conforme já tivemos a oportunidade de destacar anteriormente, é “[...] superada a idéia de que os princípios servem apenas de diretrizes, tendo conteúdo meramente programático. Na nova concepção, princípios e regras são espécies do gênero norma.”<sup>1</sup> Embora haja, ainda hoje, quem se

<sup>1</sup> OLIVA, José Roberto Dantas. O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil. São Paulo: LTR, 2006, p. 89. Para Celso Ribeiro Bastos, as normas não exercem função idêntica dentro das Constituições: “[...] É possível vislumbrar duas categorias principais: uma denominada de princípios e outra de regras. As regras seriam aquelas normas que se aproximam às do direito comum, isto é, têm os elementos necessários para investir alguém da qualidade de titular de um direito subjeti-

apegue à superada tese de ausência de normatividade dos princípios, é forçoso reconhecer, com Paulo Bonavides, que essa velha hermenêutica está, a passos largos, “[...] a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável.”<sup>2</sup>

Importante deixar claro, porém, que esta não é tese nova. A questão da normatividade dos princípios foi amplamente discutida nas últimas décadas. Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero<sup>3</sup> atribuem o início do debate a Ronald Dworkin.

Em Levando os direitos a sério, Dworkin<sup>4</sup> acentua:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Dworkin enxerga nos princípios uma dimensão que as regras não têm: a dimensão do peso ou importância. Esclarece:<sup>5</sup>

[...] Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...].

Qualquer análise sobre o conceito de obrigação jurídica deve levar em conta, segundo Dworkin, o importante papel desempenhado pelos princípios na formulação de decisões jurídicas específicas. Dentre as orientações possíveis de serem seguidas, destaca o autor: “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juris-

vo. Outras, no entretanto [sic], pelo seu alto nível de abstração, pela indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas, têm o nome de princípios”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 208).

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259.

<sup>3</sup> ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre Principios y Reglas*. *Doxa*, v. 10, 1991, p. 101.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

<sup>5</sup> op. cit. p. 42-43.

tas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas".<sup>6</sup>

A concepção da força normativa dos princípios, na verdade, deve-se principalmente àqueles que nunca se conformaram com o positivismo extremado, nem admitiam o jusnaturalismo para a solução jurídica de litígios.

Os princípios começaram então a ser positivados nas legislações dos países. Primeiro no plano infraconstitucional, para ganhar, depois, espaço nas Constituições. Hoje, como bem identificou Bonavides, estamos vivendo a era do pós-positivismo. E neste novo ciclo, não se admite que os princípios tenham carga meramente programática, conferindo-se-lhes normatividade que não dispensa concreção no plano jurídico.

Relevante a constatação de Manuel Atienza, referindo-se à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, de que a aplicação das regras se dá a partir da utilização da subsunção, conforme já salientado na introdução deste trabalho, ao passo que a dos princípios pelo critério da ponderação. Diz o autor:<sup>7</sup>

Alexy aceita um conceito de princípio que está muito próximo ao de

Dworkin. Para ele – assim como para Dworkin –, a diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, e sim de tipo qualitativo ou conceitual. "As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso, determinações no campo do que é fática e juridicamente possível" (Alexy, 1988d, p. 143-4). A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a subsunção. Os princípios, contudo, "são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus" (*ibid.*, pág. 143). Por isso, a forma característica de aplicação dos princípios é a ponderação.

Embora – como já foi dito – não seja possível construir uma teoria dos princípios que os coloque numa hierarquia estrita, pode-se estabelecer uma ordem frouxa entre eles, que permita a sua aplicação ponderada (de maneira que sirvam

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 46-47.

<sup>7</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. De Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed., São Paulo: Landy, 2003, p. 181-182.

como fundamento para decisões jurídicas), e não o seu uso puramente arbitrário [...]. E com relação às possibilidades jurídicas, a obrigação de otimização corresponde ao princípio da proporcionalidade, que se exprime nesta lei de ponderação: "Quanto mais alto for o grau de descumprimento ou de desprezo por um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro" (Alexy, 1988d, p. 147).

Mais adiante, o mesmo Atienza, destaca que o processo de aprendizagem do Direito deveria ter, como objetivo central, "[...] aprender a pensar ou a raciocinar 'como um jurista', não se limitando a conhecer os conteúdos do Direito positivo".<sup>8</sup> A partir desta visão – acertada –, as próprias faculdades de Direito devem abandonar o formato de só ensinar o direito positivado, abrindo espaço para novas construções jurídicas.

Para além dos bancos escolares, a metodologia jurídica tradicional que distingue princípios de normas também não encontra mais eco entre os constitucionalistas modernos. O jurista português J. J. Gomes Canotilho é também da opinião de que regras e princípios pertencem ao gênero (segundo ele superconceito) normas, acentuando que a tarefa para estabelecer a distinção entre aqueles é complexa, exigindo alguns critérios:<sup>9</sup>

a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstrac-

ção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadores (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) "Proximidade" da idêia de direito: os princípios são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na "idêia de direito" (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Para confirmar, definitivamente, a normatividade dos princípios, Canotilho não hesita em afirmar que os princípios, conquanto te-

<sup>8</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. De Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed., São Paulo: Landy, 2003, p. 225.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J. J. *Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1146-1147.

nam natureza e densidade diversas das regras, valem, igualmente, como “lei”. O direito constitucional, conclui o autor de forma lapidar, é direito positivo. É neste sentido, conforme destaca, que Garcia de Enterría fala na “constituição como norma” e Konrad Hesse na “força normativa da constituição”.<sup>10</sup>

Não se admite mais que se divise nas Constituições mera carta de intenções. Necessário que se rompa com a doutrina clássica que acolhia aquelas que deveriam ser Leis Fundamentais, pilares de todo o ordenamento jurídico, como textos simplesmente programáticos. Sentencia Canotilho com propriedade:

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às “normas programáticas”, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre “norma jurídica actual” e “norma programática” (*aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz*): todas as normas são *actuais*, isto é, têm uma força normativa independente do *acto* de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, “simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor” (Garcia de Enterría). Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é

susceptível de “*aplicação directa*” e em que medida é exequível por si mesmo.

Ou seja: muito do que antes se invocava como verdade decorrente do Direito Natural, hoje se encontra positivado nas Cartas Constitucionais, não apenas como conteúdo programático, mas com carga de normatividade intensa. A ponto de se reconhecer superado o mito da neutralidade axiológica dos textos constitucionais, vez que estes contêm normas (gênero), das quais são espécies os princípios e as regras, aqueles numa posição hierarquicamente superior.

Na busca de superação do interminável conflito entre direito natural e positivismo, a Espanha, no art. 1º de sua Constituição, afirmou, como “[...] valores superiores do seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”.<sup>11</sup>

A consagração da expressão “valores superiores” pela Carta espanhola permite, conforme Gregório Peces Barba, a superação do formalismo ético que tem por premissa a de que todo Direito regularmente criado é justo. Prossegue o autor:<sup>12</sup>

*Al mismo tiempo, esse carácter histórico-racional evita caer en posiciones iusnaturalistas, a las que hubiera conducido, por ejemplo, la utilización del término ‘principio’ en el artículo 1º, que hubiera sugerido la existencia de unos*

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1162.

<sup>11</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 128.

<sup>12</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 51-52.

*conceptos a priori que el Derecho positivo tenía que garantizar. Ciertamente ahora se intenta flexibilizar el concepto de Derecho natural haciéndolo compatible con posiciones como las que aquí defendemos, pero, me parece, el término tiene, además de un pasado glorioso, unas connotaciones más concretas que desdibujan y aconsejan abandonarlo.*

Constatando, mais adiante, que os valores superiores são a cabeça da Constituição material, finaliza Gregório Peces-Barba:<sup>13</sup>

*El artículo 1º-1 expresa el esfuerzo por superar el positivismo que se cierra en consideraciones éticas de contenido y que, en el plano moral, sólo hace metaética, y al mismo tiempo no quiere expresar sus criterios éticos con lenguaje iusnaturalista. Creo que en esse planteamiento está la explicación última de la utilización del término "valores superiores".*

Destacando que "a quase-totalidade dos sistemas constitucionais – senão todos – tem incorporado expressamente determinados valores, que passaram a permear todas as demais leis e atos normativos estatais, sob pena de se atribuir a estes a pecha de ilegitimidade", afirma André Ramos Tavares que "o acolhimento de valores fez com que se desmitificasse a neutralidade axiológica da Constituição, que vinha sendo apontada pela doutrina".<sup>14</sup>

Apoiando-se em Crisafulli

(*I Principi Costituzionali dell' Interpretazione ed Applicazione delle Leggi*, Padova: CEDAM, 1939, p. 18, apud Usera, *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*, p. 151), o professor brasileiro observa que "os princípios constitucionais, que até então eram meras pautas dogmáticas ou científicas, são convertidos em Direito positivo, com plena eficácia normativa". Ou, nas palavras de Usera, também citado por Tavares, "a inovação consiste, pois, na declaração formal que uma Constituição realiza de sua inspiração ideológica".<sup>15</sup>

Em trabalho mais recente, Tavares explicita:<sup>16</sup>

Os princípios constitucionais são normas presentes na Constituição que se aplicam às demais normas constitucionais. Isso porque são dotados de grande abstratividade, e têm por objetivo justamente imprimir determinado significado às demais normas. Daí resulta o que se denomina sistema constitucional, que impõe a consideração da Constituição como um todo coeso de normas que se relacionam entre si (unidade da Constituição). Os princípios constitucionais, portanto, servem de vetores para a interpretação válida da Constituição.

Não se pode olvidar, contudo, como acentua o próprio André Ramos Tavares,<sup>17</sup> que o sistema

<sup>13</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 89.

<sup>14</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 127-128.

<sup>15</sup> Op. cit. p. 128.

<sup>16</sup> Id. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87.

<sup>17</sup> Op. cit. p. 86.

constitucional é aberto, “[...] encontrando-se em constante evolução, tendo em vista o contato com a realidade social, o que ocorre especialmente pelos valores albergados constitucionalmente”.

Isto faz com que não possa haver, no plano constitucional, radical separação entre realidade e norma, pois eventual ênfase numa ou noutra direção, como adverte Konrad Hesse<sup>18</sup> (citado também por Canotilho), “[...] leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”.

Mais adiante, após posicionar-se contrariamente à tendência para a freqüente revisão constitucional, Konrad Hesse explica que a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Segundo ele, a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Desta forma, acrescenta Hesse, a interpretação adequada é “[...] aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.<sup>19</sup>

Em outras palavras – sintetiza o autor – “[...] uma mudança das

relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição”. Não fosse assim, no seu entendimento, haveria “[...] a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito”.

Defendendo uma interpretação construtiva, que considera sempre possível e necessária, Hesse<sup>20</sup> destaca que a dinâmica existente na referida modalidade de interpretação “[...] constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”.

Para concluir, os princípios, salientam com propriedade Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “[...] são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema”.<sup>21</sup>

Constitucionalistas de nomeada como Carlos Ari Sundfeld, Celso Ribeiro Bastos, José Joaquim Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Jorge Miranda e outros não menos brilhantes, também posicionam os princípios como vértice – balizador e de informação – de todo ordenamento jurídico, deixando claro que não pode haver contradi-

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

<sup>19</sup> Op. cit. p. 22-23.

<sup>20</sup> Op. cit. p. 23.

<sup>21</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

ção entre eles (princípios) e os preceitos legais.

Carnelutti (*Sistema di Diritto Processuale Civile. I. Funzione e Composizione del Processo*, Pádua, 1936, p. 120), citado por Plá Rodriguez<sup>22</sup>, consagrou a idéia de que princípios e preceitos legais não podem colidir: "Os princípios gerais do direito não são algo que exista fora, senão dentro do próprio direito escrito, já que derivam das normas estabelecidas. Encontram-se dentro do direito escrito como o álcool no vinho: são o espírito ou a essência da lei".

Desta forma, a lei não pode divorciar-se dos princípios, sendo comum recorrer-se ao aforismo de que mais vale a observância dos princípios do que da própria lei, pois esta tem, necessariamente, de inspirar-se naqueles.

### 3 O PÓS-POSITIVISMO COMO RESULTADO DA EVOLUÇÃO E NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Parece não haver dúvida, pois, que os princípios gerais do Direito foram sendo, ao longo do tempo, positivados nas Constituições, de início como norte meramente programático; mas, depois, com carga de normatividade intensa, exigindo concreção, ainda que a partir de uma interpretação construtiva, teleológica, consoante com a reali-

dade social, como defende, com absoluta correção, Konrad Hesse.

Ao discorrer sobre essa evolução, Paulo Bonavides<sup>23</sup> identifica na normatividade, "[...] o traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios".

A juridicidade dos princípios, ensina Bonavides, passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na primeira, a mais antiga e tradicional, a normatividade dos princípios é nula e duvidosa, contrastando "[...] com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça".

Fazendo referência a Bobbio, anota Bonavides:<sup>24</sup>

[...] por volta de 1880, um artigo de Vitorio Scialoja marcava o momento culminante da ascensão positivista, mediante uma certa desconfiança votada à equidade, a par de extrema e rígida confiança consagrada às leis, expressão ainda, ao nosso ver, de um culto da autoridade e dos Códigos.

Com o positivismo jurídico, ocorre o ingresso dos princípios nos Códigos e na legislação infraconstitucional como um todo, na condição de fonte normativa subsidiária. Contudo, como pondera o constitucionalista brasileiro,<sup>25</sup> "[...] o juspositivismo, ao fazer dos princípios na

<sup>22</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio, 5. t., São Paulo: LTr, 1997, p. 20.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 257.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 259-260

<sup>25</sup> Op. cit., p. 263.

ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica".

Na fase do pós-positivismo, os princípios passam a ser tratados como direito. Corresponde referida fase, segundo Bonavides,<sup>26</sup> "[...] aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX". Conforme o autor, "as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais".

Arremata Bonavides, de forma absolutamente lúcida:<sup>27</sup>

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo

por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

Identificando em Jean Boulangier "[...] o mais insigne precursor da normatividade dos princípios",<sup>28</sup> Bonavides acentua que os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios. Em outras palavras: as *normas* constituem gênero, do qual fazem parte as *regras* e os *princípios*.<sup>29</sup> Obtempera que Crisafulli não hesita "[...] em demonstrar que um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento, constitui norma, aplicável como regra [...] de determinados comportamentos públicos ou privados"<sup>30</sup>

Bonavides atribui a construção doutrinária da normatividade dos princípios, em grande parte, ao empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito, na tentativa de

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264.

<sup>27</sup> Op. cit., p. 265.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 266.

<sup>29</sup> Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero acentuam que "[...] los Derechos están formados por normas (y por otras entidades de las que aquí no nos ocuparemos, como las definiciones) y que las normas pueden, a su vez, ser reglas o principios." (1991, p. 106-107). O próprio Bonavides esclarece, mais adiante, em sua obra, que "pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra" (Op. cit., p. 276). Esta também a classificação adotada por André Ramos Tavares. Recomendável, a propósito, a leitura, no Capítulo II (Dos Preceitos Fundamentais), do item 2 (Das normas, princípios e regras: um imprescindível esclarecimento terminológico preliminar) da obra do insigne professor (TAVARES, 2001, p. 106-112). Mas, José Afonso da Silva parece não concordar com a classificação. Diz ele que a doutrina de quem concebe *regras* e *princípios* como espécies de *norma* exigiria, para sua compreensão, "conceituação precisa de *normas* e *regras*, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento". Apesar de dizer que não entraria a fundo na questão, em nota (5) que identifica Canotilho como um dos adeptos da doutrina mencionada, citando obra conjunta em que participou o mesmo autor e em que, segundo ele, "se afirma que a norma se distingue do princípio porque contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões", SILVA conclui: "Vale dizer, então, que a distinção é feita entre princípios e normas, e estas diferem daqueles porque contém uma regra" (SILVA, 2003, p. 92).

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 273.

encontrarem “[...] um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/ Direito Positivo”.<sup>31</sup>

Esta, definitivamente, parece-nos ter sido a gênese desta nova característica da qual se revestem atualmente os princípios, tendo sido válidos os esforços despendidos no sentido de sobrepujar as contradições entre as duas correntes, de tal sorte que não titubeamos, com Bonavides,<sup>32</sup> em afirmar que também a jurisprudência dos princípios, enquanto “jurisprudência dos valores”, domina a idade do pós-positivismo.

Pelas razões até aqui expostas, é possível concluir, parafraseando Bonavides,<sup>33</sup> que quem decepa um princípio – seja o legislador, na formulação das leis, ou o juiz, na interpretação dada ao caso concreto – “[...] arranca as raízes da árvore jurídica”. Para nós, como para autor em questão, resta clara

[...] a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamen-

tos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

Cotejando os princípios gerais de direito de outrora e os de agora, conclui Bonavides:<sup>34</sup>

Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade.

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem; os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância.

Alguns sistemas já lhes reconhecem a chamada “função informativa” ou função fundamentadora, ponto de partida para o inequívoco reconhecimento da liquidez da ascensão dos princípios aos andaimes mais elevados do ordenamento jurídico, onde costumavam aparecer ao começo como fontes meramente terciárias, de natureza civilista e supletória, ou seja, na expressão lapidar de Gordillo Cañas, “*in extremis* ante a fatalidade das lacunas legais”.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 276.

<sup>32</sup> Op. cit., p. 285.

<sup>33</sup> Op. cit., p. 288.

<sup>34</sup> Op. cit., p. 292-293.

As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade.

Finalmente, sintetizando o seu profícuo estudo a respeito da evolução dos princípios, o constitucionalista brasileiro apresenta conclusões irrefutáveis:<sup>35</sup>

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e

normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Entre os juristas brasileiros que proclamaram a normatividade dos princípios, na mesma linha filológica e científica dos constitucionalistas europeus ligados à teoria material da Constituição, Bonavides destaca Eros Roberto Grau.<sup>36</sup> Considera significativa também, no Direito Português, a posição de Jorge Miranda.<sup>37</sup>

De nossa parte, encampamos as lições transcritas, por acreditarmos que elas realmente expressam a posição de relevo conferida aos princípios no Direito contemporâneo, com uma visão que facilita, até, a compreensão da dimensão e da importância da equidade como forma de interpretação e integração normativa.

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 294.

<sup>36</sup> Hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, o insigne prof. Eros Roberto Grau é categórico: "Princípio é norma jurídica". Segundo ele, "os princípios, todos eles – os explícitos e os implícitos –, constituem norma jurídica. Também os princípios gerais de direito – e não será demasiada a insistência, aqui, em que se trata de princípios de um determinado direito – constituem, estruturalmente, normas jurídicas. *Norma jurídica* é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discursos sobre interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, primeira parte, XXIII).

<sup>37</sup> Canotilho, constitucionalista português por nós citado, também faz menção a Jorge Miranda.

#### 4 A FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Exposta a questão relacionada à normatividade dos princípios, cumpre posicionar, dentro do contexto, o Princípio da Proteção.

No Direito do Trabalho brasileiro, os princípios específicos teriam a função técnica de propiciar mera colmatação de lacunas, conforme art. 8º da CLT.

Segundo referido dispositivo, somente na falta de disposições legais ou contratuais é que poderia haver decisão com base na jurisprudência, por analogia, por equidade e outros “princípios e normas” (a lei ainda não posiciona os primeiros como espécies das últimas) gerais de direito, “principalmente do direito do trabalho”, bem como, por fim, de acordo com o direito consuetudinário, o direito comparado, mas sempre sem sobrepujar o interesse público.

A alusão a que as soluções deveriam ter em conta “principalmente” os princípios do Direito do Trabalho não afasta a condição secundária a que o legislador ordinário relegou os princípios, mesmo os específicos. O tratamento, de todo modo, não difere daquele atribuído aos demais ramos do direito, uma vez que o art. 4º da Lei de Introdu-

ção ao Código Civil (DL 4.657, de 4.09.1942) também prescreve: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Pela proposta que ora se defende, tanto no direito comum como no do trabalho, este com mais razão, deve-se inverter a ordem de importância, outorgando a devida preeminência aos princípios, em especial ao da Proteção. Eis, por sinal, as lições de Luiz de Pinho Pedreira da Silva a respeito.<sup>38</sup>

“Enquanto o direito comum preocupa-se em assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação é voltada para a proteção daquele considerado hipossuficiente, ou seja, o empregado.”

Apesar da dicção do art. 8º da CLT, que atribui aos princípios unicamente a função de preencher lacunas, sua interpretação, neste particular, não deve se ater estritamente a esses termos porque, como leciona G. Lyon-Caën, os princípios do Direito do Trabalho não só tendem a cobrir

casos qualificáveis como vazio jurídico, mas também surgem e se desenvolvem para reajustar moldes jurídicos inadequados à proteção dos trabalhadores e, mais simplesmente, para restabelecer a eficácia da regra de Direito. Estas as funções dos princípios especiais.

O Direito do Trabalho sempre foi informado – e formado – a partir de pilares que se sustentam no aludido Princípio da Proteção, sua víga mestra, uma vez que, “[...]”

<sup>38</sup> SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 18.

ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador".<sup>39</sup>

Enquanto o direito comum preocupa-se em assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação é voltada para a proteção daquele considerado hipossuficiente, ou seja, o empregado. Por isto, o Princípio da Proteção consagra a desigualdade jurídica, tornando possível, a partir dessa preocupação central, "[...] alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes".<sup>40</sup>

Referido princípio implica, conforme Alfredo J. Ruprecht,<sup>41</sup> "[...] violação do tradicional princípio da igualdade jurídica das partes, inclinando-se a favor de uma delas para compensar certas desvantagens" (inclusive sociais, acrescentaríamos para completar a idéia do consagrado jurista argentino, que faz referência a desigualdades econômicas e fraqueza do empregado diante do empregador).

Maurício Godinho Delgado<sup>42</sup> relaciona o Princípio da Proteção à própria existência do Direito do Trabalho.

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao cons-

truir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a idéia protetiva-retificadora o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

Conquanto não seja este o objeto central do presente estudo, para que não haja omissão, cumpre, de forma rápida e singela, trazer a lume os desdobramentos do Princípio da Proteção em três outros (que, para Plá Rodriguez seriam regras) princípios ou, como preferem alguns, subprincípios. São eles: *in dubio pro operario*, aplicação da norma mais favorável e o da condição mais benéfica. Eis suas principais características:

a) *In dubio, pro operario* - quando uma regra jurídica for passível de entendimentos diversos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador. Não se aplica na apreciação de prova (apesar da posição contrária, por exemplo, do jurista uruguaio

<sup>39</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio, 5. t., São Paulo: LTr, 1997, p. 28.

<sup>40</sup> Op. cit. p. 28.

<sup>41</sup> RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 9.

<sup>42</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 41.

Plá Rodriguez), que deve ser decidida de acordo com o ônus *probandi*.

b) Aplicação da norma mais favorável (art. 7º da CF o consagra) – quando houver conflito entre duas ou mais normas (regras), deve prevalecer a mais favorável ao trabalhador, salvo lei proibitiva do Estado. A CLT, no artigo 620, manda aplicar a regra mais favorável quando houver conflito entre Convenção e Acordo Coletivo. Exceção no Brasil: salário, desde que por negociação coletiva (art. 7º, VI, da CF).

c) Condição mais benéfica – Aproxima-se do direito adquirido. Estipula que uma situação concreta, preexistente, deve ser respeitada, desde que mais favorável ao trabalhador. O art. 468 da CLT só permite alteração das condições ajustadas nos contratos individuais de trabalho por mútuo consentimento e, ainda assim, desde que não resultem prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula que infringir tal garantia. A Súmula 51, I, do C. TST estabelece que “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”, ao passo que a Súmula 288 dispõe que “a complementação dos proventos de aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito”. Pode haver supressão de direitos criados

por norma coletiva. Plá Rodriguez entende de forma contrária. A Lei n. 8.542, de 23.12.92, no § 1º do art. 1º, estabelecia que “as cláusulas dos acordos, convenções coletivas ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção coletiva ou contrato coletivo de trabalho”. Referido dispositivo foi, inicialmente, revogado pela MP 1.620, de 10.6.98, mas na ADI 1.849-0, o STF suspendeu a eficácia do art. 19 da referida MP. Depois, o governo novamente revogou o dispositivo, desta vez pela MP 1.675, de 25.9.98. Por fim, a ADI foi extinta, sem resolução de mérito, tendo o dispositivo novamente sido revogado, pela MP 2073-32, de 27.12.00. A Lei n. 10.192, de 14.2.01 (DOU de 16.2.01) revogou, definitivamente, referido dispositivo.

Parte da doutrina assevera que todos os outros princípios especiais do Direito do Trabalho estariam umbilicalmente relacionados ao da Proteção. Há até quem, como Francisco Meton Marques de Lima (que o designa Princípio Tutelar ou Princípio Protetor), não cinja a aplicação do referido princípio apenas ao plano material. Diz o autor:<sup>43</sup>

Como um manto protetor contra a intempérie da desigualdade social, este princípio deve orientar o aplicador da norma trabalhista em todos os momentos processuais, inspirando-o tanto na apreciação material do Direito como na apreciação instrumental.

<sup>43</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: LTJ, 1997, p. 29.

No Direito Material, como veremos, a sua manifestação é expressa e inconfundível. No processual é que, à primeira vista, não é reconhecido na lei. Engano! O legislador recheou o processo do trabalho de particularidades qualificáveis como protetoras do hipossuficiente [...]

Como já assinalado na introdução deste estudo, vozes ilustres se levantam, no entanto, para defender a desatualização e morte do Princípio da Proteção.<sup>44</sup> Intercedemos sem receio, por ele, cuja atualidade e vigor, para nós, são incontestes.

Oportunas, por sinal, as palavras de Evaristo de Moraes Filho em prefácio a obra de Luiz de Pinho Pedreira da Silva. Para Moraes Filho, alguns princípios especiais do Direito do Trabalho são postos em dúvida pela “[...] crescente onda neoliberalista”. Vaticina, porém: “A verdade é que, enquanto houver contrato de trabalho (subordinado), haverá sempre um Direito do Trabalho protetor e cogente”.<sup>45</sup>

Repetindo uma vez mais, dentro da percepção aristotélica de que igualdade verdadeira implica

tratar iguais de forma igual e desiguais de forma desigual, na exata medida das desigualdades que existam entre os últimos, pensamos que o Princípio da Proteção está, para o Direito do Trabalho, como o Princípio da Isonomia para o Direito de um modo em geral. Aliás, causa espécie que hoje seja tão criticado, ao passo que se vê consagrado, por exemplo, quando se defende um consumidor, considerado parte hipossuficiente numa relação de consumo; o locatário em face do locador, etc.

A proteção, tanto numa relação de emprego como nas hipóteses alhures mencionadas, está compreendida na própria essência do princípio da isonomia. Protege-se mais aquele que se encontra em desvantagem, considerado hipossuficiente. Conforme abalizada posição doutrinária, o próprio fundamento do princípio especial trabalhista da proteção “[...] decorre do art. 5º, I, da CF, segundo o qual todos são iguais perante a lei”.<sup>46</sup>

No que respeita ao trabalho, não se pode olvidar que já no seu

<sup>44</sup> Entre os juristas pátrios, Arion Sayão Romita revelou-se um dos mais contundentes críticos do Princípio da Proteção que, segundo ele, está em xeque. “Surgem oposições como princípio da proteção x princípio da flexibilização ou, com maior ênfase na visão política: princípio autoritário e corporativista x princípio da democracia”, destaca em ensaio (ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 22). Para Romita, “não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça” (Op. cit., p. 23). Dizendo, dentre outras coisas, que se foi válido outrora, hoje ele não o é mais e que “Princípio que hoje não existe, não existe mesmo, isto é, jamais existiu” (p. 25); que a proteção conferida fortalece o protetor e debilita o protegido (p. 29); que “não cabe ao Estado-legislador, menos ainda ao Estado-juiz, proteger o trabalhador”; que a Carta de 1988 reverencia o autoritarismo e o corporativismo (p. 31), representando “a vitória do retrocesso, o apego às concepções retrógradas impostas pelo Estado Novo e, assim, impede a democratização das relações de trabalho no Brasil” (p. 32), Romita apresenta juízo hostil e lacerante em relação ao princípio em tela.

<sup>45</sup> MORAES FILHO apud SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 6.

<sup>46</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: LTr, 1997, p. 34.

preâmbulo, ao expressar os valores que moveram os constituintes, a Constituição Federal de 1988 conferiu supremacia, entre outros, aos direitos sociais e individuais (e, entre estes, encontram-se os direitos dos trabalhadores), e, bem assim, à igualdade e à justiça, erigindo-as a alicerces de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Ato contínuo, logo no art. 1º, estabeleceu a magna Carta vigente como alguns dos fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (III) e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (IV). Em alusão a este último inciso, discorre Alexandre de Moraes:<sup>47</sup>

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

A supremacia mencionada também é consagrada no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), Capítulo I (Princípios gerais da atividade econômica), no qual a Constituição determina que a ordem econômica seja fundada na valorização do trabalho humano, com a

finalidade de assegurar a todos existência digna (art. 170, *caput*), tendo também por princípio – que não colide e deve conformar-se com os anteriores – a tão ansiada busca do pleno emprego (art. 170, VII).

Pois bem! Ao tratar, no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais (e a dignidade humana e os valores sociais do trabalho, como visto, encontram-se entre eles), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), a Constituição Federal assentou, no art. 5º, o princípio da igualdade, prescrevendo tratamento isonômico para todos. Mas não se pode pensar apenas em igualdade formal, perante a lei. O estágio atual da interpretação constitucional do referido princípio, permite, segundo a hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha,<sup>48</sup> concluir que:

[...] o direito abandona a veste nobre que o recobriu e ganha os uniformes das fábricas. O Direito faz-se forma e força de ação. O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e rebaliza conceitos, reelabora-se ativamente, para igualar iguais desiguados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a ‘igualdade perante a lei’ signifique ‘igualdade por meio da lei’, vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. Há se desbastarem, pois,

<sup>47</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 202.

<sup>48</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39.

as desigualdades encontradas na sociedade por desvirtuamento sócio-econômico, o que impõe, por vezes, a desigualação de iguais sob o enfoque tradicional.

Mesmo sem referência expressa ao Princípio da Proteção, objeto do nosso estudo, pontua a mesma autora em seguida:<sup>49</sup>

Por isto, o tratamento parificado das partes processuais, *verbi gratia*, sempre contemplado e assegurado como manifestação do princípio da igualdade (igualdade dos iguais, logo, sendo ambas as partes e sendo o processo uma situação específica e única, cuida-se de garantir-lhes idêntica conduta) passa a receber um novo balizamento jurídico no Direito do Trabalho. Ambas são partes, sim, mas o relevo não é mais para o dado processual que deixa empregado e empregador serem considerados iguais, mas para a questão econômica, que os deixa desiguais inclusive como partes, pela possibilidade diferenciada de ambos. O que se pretende, pois, é que a lei desigale iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz conseqüências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes, buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela dispõe, inclusi-

ve desiguando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.

José Afonso da Silva, apesar de ponderar que “[...] as constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei”, reconhece que a de 1988 “[...] reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais”.<sup>50</sup> É o que ocorre, por exemplo, quando a Lei Fundamental veda a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão “por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX). Trata-se de igualdade material.

No mais das vezes, observam por seu turno Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>51</sup> em abono ao que já assentamos alhures, “[...] a questão da igualdade é tratada sob o vértice da máxima aristotélica, que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade”. Esclarecem os autores, mais adiante, que “[...] a função da lei consiste exatamente em discriminar situações, pois só dessa forma procedendo é que pode vir a regulamentá-las”.

É também o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>52</sup>

<sup>49</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39.

<sup>50</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210.

<sup>51</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 76.

<sup>52</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 243.

para quem, "na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça".

Sob o ângulo exposto, reafirmando a proposição anteriormente feita, é que se tem por absolutamente atual e vivificado o princípio da proteção, informador do Direito do Trabalho internacional, agasalhado no Brasil pela Constituição Federal (em diversas partes, mas especialmente no artigo 5º, I) e por normas infraconstitucionais.

Isto não significa, evidentemente, que não possam evoluir os princípios ou o Direito. Mas, em se tratando de Direito do Trabalho no Brasil, de desmesuradas desigualdades sociais, o da Proteção, respeitadas posições contrárias, se nos afigura plenamente justificável e mais atual e vigoroso do que nunca.

Tanto que, como já destacado, tem inspirado, em outros ramos do Direito, leis modernas, como o Código de Defesa do Consumidor (apenas para exemplificar), onde também se consagra a desigualdade jurídica nas relações de consumo como expressão de isonomia. E, no particular, não enseja combate. Afinal, na condição de consumidores, gostamos,

todos, de receber proteção diferenciada.

E o tratamento normativo desigual se justifica. Referindo-se ao Direito do Trabalho (e à proteção dele derivada), Chaim Perelman<sup>53</sup> enfatiza:

Quando as relações são econômica e socialmente desiguais, a liberdade conduz à opressão do mais fraco; buscar-se-á protegê-lo com leis imperativas, que limitam o campo de liberdade contratual: passar-se-á do regime de "autonomia da vontade" para a determinação de um estatuto do trabalhador

elaborado no século XX por esse ramo essencial do direito social que recebeu o nome de direito do trabalho. Para evitar que uma igualdade de tratamento teórica aplicada a situações desiguais redunde em consequências iníquas, uma nova legislação social, visando a proteger

o operário e o empregado, o favorecerá, em vários pontos de vista, de modo que se compense a desigualdade real entre os contratantes.

É no sentido de compensar o desequilíbrio de forças (notadamente entre o capital e o trabalho) que o intervencionismo estatal se justifica, não apenas para proteger o trabalhador em geral, cunhado historicamente como hipossuficiente (social e economicamente, é sempre bom lembrar).

"...tem inspirado, em outros ramos do Direito, leis modernas, como o Código de Defesa do Consumidor (apenas para exemplificar), onde também se consagra a desigualdade jurídica nas relações de consumo como expressão de isonomia. E, no particular, não enseja combate. Afinal, na condição de consumidores, gostamos, todos, de receber proteção diferenciada."

<sup>53</sup> PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 221-222.

Conforme sentenciou Ripert, “[...] a experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes de pressão se tornam opressores”.<sup>54</sup>

Diríamos, parafraseando o religioso francês Jean Baptiste Henri Dominique Lacordaire (1802-1861): nas relações entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, a liberdade escraviza e a lei liberta. A frase, que se tornou célebre e permanece atual como nunca, é aqui reproduzida sem fonte certa e sem preocupação com a literalidade, mas sintetiza, e bem, o que pode ocorrer se a flexibilização por alguns incessantemente perseguida (inclusive com pretensão – inconstitucional, advirta-se! – de prevalência do negociado sobre o legislado) um dia encontrar amparo do legislador.

## 5 CONCLUSÃO

Com o intuito de sintetizar as idéias expostas no corpo deste estudo, para que os que nos honrarem com sua leitura tenham presentes os pontos centrais do que nele se defende, apresentamos, à guisa de conclusão e com o intuito de fomentar as discussões a respeito do tema, algumas considerações devidamente ordenadas.

Os princípios, que se distinguem das regras especialmente pelo maior grau de abstração, hoje ocupam posição de supremacia no ordenamento jurídico. Deixaram de ser meras diretrizes para, depois de

gradualmente positivados no plano infraconstitucional, ganhar espaço também nas Constituições dos países com status de norma.

Tendência irreversível dos constitucionalistas modernos é a de posicionar os princípios como espécie do gênero normas, ao qual também pertencem as regras. Estas, porém, se desconformes com os princípios, notadamente aqueles positivados em Lei Fundamental, cedem, para dar lugar a uma jurisprudência de valores.

As soluções das contendas jurídicas, nessa nova era do pós-positivismo, não são extraídas apenas das regras, pelo critério da subsunção. O juiz, a partir de inteligência que parta da Constituição Federal e assegure eficácia jurídica aos princípios, deve, a todo custo, ser criativo – há espaço para tanto, sem desbordar para soluções *contra legem* – e valer-se de hermenêutica emancipatória, de ponderação, que promova verdadeira Justiça.

Nessa nova ordem de idéias, vem a baila o Princípio da Proteção, especial do ramo jurídico-trabalhista. Para alguns, desatualizado, inanimado, devendo ser sepultado. Para nós, atual e vivo como nunca. Deriva, na verdade, do princípio da isonomia, consagrado no próprio artigo 5º da Constituição Federal. Igualdade verdadeira, que distingue os desiguais, conferindo maior proteção jurídica ao trabalhador, inferiorizado social e economicamente.

<sup>54</sup> RIPERT apud SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 83.

Espinha dorsal do Direito do Trabalho, o Princípio da Proteção deve pautar a atuação de todos: do legislador, na elaboração das regras jurídicas; do juiz, na solução dos litígios que a ele são submetidos; e de governantes e governados, aqueles direcionando as políticas públicas para conferir prioridade no atendimento dos menos afortunados.

É hora de conferir ao Princípio da Proteção (e a outros trabalhistas) a importância e a força normativa com que a própria Constituição Federal já o revestiu. Assim, tal qual argamassa ao sol, solidificar-se-á cada vez mais, mantendo-se como esteio do Direito do Trabalho e da própria dignidade do trabalhador enquanto ser humano.

## 6 REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed., São Paulo: Landy, 2003.
- \_\_\_\_\_; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre princípios y reglas*. *Doxa*, v. 10, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos Ed., 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Di-**
- reito Constitucional**. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os Princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência**. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: LTr, 1997.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- OLIVA, José Roberto Dantas. **O Princípio da proteção integral e o**

**trabalho da criança e do adolescente no Brasil.** São Paulo: LTR, 2006.

\_\_\_\_\_. "O Magistrado em face da equidade como instrumento válido de interpretação e integração normativa". **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.** São Paulo: LTr, 3º trim. jul/set 2002, n. 20, p. 41-84, mar. 2003.

PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores.* Madrid: Tecnos, 1986.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito.* Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho.* Tradução de Wagner D. Giglio, 5. t., São Paulo: LTr, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade.* Belo Horizonte: Ed. Lê, 1990.

ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios.* São Paulo:LTr, 2003.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do Direito do Trabalho.* Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo.* 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho.* 2. ed., São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho.* 3. ed., São Paulo: LTr, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2002.



SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA “VIOLAÇÃO DE  
PRERROGATIVAS DO ADVOGADO”  
- PALEORREPRESSÃO DE SENTIDO IMPRÓPRIO -  
ABOUT THE CRIMINALIZATION OF VIOLATIONS  
OF LAWYERS’ RIGHTS AND PREROGATIVES

Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes\*

Guilherme Guimarães Feliciano\*\*

**Resumo:** Projetos de Lei n. 4.915 e n. 5.762, ambos de 2005 (Câmara dos Deputados), e PLC n. 83, de 2008 (Senado Federal), que “define o crime de violação de direitos e prerrogativas do advogado”. Inconstitucionalidade e inconveniência político-legislativa. Inconstitucionalidade por estatuir tipo penal incriminador alheio ao Programa Penal da Constituição. Inconstitucionalidade por configurar “tipo penal aberto”, violando o direito fundamental à garantia da reserva legal. Possibilidade de conflito ou colisão com imunidade de magistrados, membros do Ministério Público, parlamentares e até mesmo de advogados, no exercício das respectivas funções. Possibilidade de criminalização de convicção de magistrado, membro do Ministério Público e Parlamentares (CPI’s), criando hipótese de “crime de hermenêutica”. Inconveniência da política generalizada de criminalização de condutas banais. Violação do Princípio da Intervenção Mínima.

\* Juiz do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de São Luís do Maranhão, é Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e Membro da Comissão Legislativa da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho ¼ ANAMATRA.

\*\* Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP, é Livre Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Extensão Universitária em Economia Social e do Trabalho (Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP). Professor Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté e Coordenador do Curso de Especialização «*Lato Sensu*» em Direito e Processo do Trabalho na mesma Universidade. Professor Assistente do Curso de Especialização «*Lato Sensu*» em Direito Processual Civil (2006-2007) e em Direito Civil (2008-2009) da Escola Paulista da Magistratura (EPM/APAMAGIS). Secretário Geral da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2007-2009. Autor de diversas teses e monografias jurídicas, destacando-se, em sede penal, «Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro» e «Informática e Criminalidade: Primeiras Linhas».

Intimidação concreta das autoridades públicas na atuação de combate ao crime organizado, funcionando como “peia” inibitória nas medidas judiciais de produção de provas. Excessos recentes da Ordem dos Advogados do Brasil (seções estaduais), a tisonar o nome e a imagem de autoridades e cidadãos diversos, em circunstâncias tais que, a vingar o teor do PL n. 4.915/2004, teriam, na ótica daquela ordem profissional, configurado “crimes”. Risco sério de perseguições corporativas. Suficiência da legislação penal em vigor para repelir condutas abusivas ou desproporcionais de magistrados e membros do Ministério Público.

**Palavras-chave:** Violação. Prerrogativa. Ação corporativa.

**Abstract:** Projects n. 4.915 & 5.762, both of 2005 (Brazilian Chamber of Deputies); PLC n. 83, of 2008 (Brazilian Senate), defining the offence of violation of lawyers' rights and prerogatives. Unconstitutionality and political inconvenience. Unconstitutionality by establishing *actus reus* out of the Brazilian Federal Constitution's Penal Program. Unconstitutionality by defining “*open actus reus*”, that violates the civil right of the penal legal reserve. Possibility of conflict or collision against magistrates, prosecutors, Congressmen and advocates' immunities during exercitation of their functions. Possibility of criminalization of magistrates, prosecutors and Congressmen's conviction, creating hypothesis of “*hermeneutic crime*”. Inconvenience of generalized policy criminalizing “*bagatelle crimes*”. Violation of the principle of minimum intervention. Effective intimidation of public authorities in their activities against organized crime, obstructing some kinds of judicial proof. Recent abuses committed by the Brazilian Order of Advocates (“dirty lists”). Serious risk of corporative persecutions. Adequacy of the present Brazilian Penal Law for repressing abuses of magistrates and prosecutors.

**Key words:** Violation. Prerogative. Corporative action.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Do teor da alteração legislativa proposta; 3 O princípio da reserva legal previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, a taxatividade penal e a vedação dos tipos penais excessivamente abertos; 4 Incôstitucionalidade. Previsão típico-penal alheia ao programa penal da constituição federal de 1988; 5 Conflito da conduta criminalizada com a imunidade de exercício profissional de magistrados, membros do ministério público e advogados; 6 Inconveniência da política generalizada de criminalização de condutas banais – Princípio da intervenção pena mínima; 7 Inibição concreta das autoridades na atuação de combate ao crime organizado; 8 Da possibilidade de uso corporativo da legislação penal; 9 Da suficiência tutativa da legislação penal em vigor; 10 Conclusão; 11 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Em meados de 2007, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - ANAMATRA, entidade da sociedade civil representativa dos Juizes do Trabalho do Brasil, solicitou à sua Comissão Legislativa uma **nota técnica** a respeito do então Projeto de Lei n. 4.915/2004 (Câmara dos Deputados), atual PLC n. 83/2008 (Senado Federal), e demais a este apensados, todos tendentes à tipificação formal do **crime de violação das prerrogativas de advogados**. A nota técnica então produzida foi manifestamente **contrária** àquela proposição legislativa, pelas razões expostas no corpo deste trabalho.

Nada obstante, o projeto de lei terminou aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados, seguindo para a regular tramitação no Senado Federal, aos cuidados do Senador DEMÓSTENES TORRES, ainda no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça daquele órgão. A essa altura, a Comissão Legislativa da ANAMATRA produziu uma segunda nota técnica, agregando ao texto original da lavra do juiz SAULO FONTES as ponderações do juiz GUILHERME G. FELICIANO, convidado especialmente para esse fim.

Outra vez, a nota encaminhou parecer **contrário** à aprovação do PLC n. 83/2008, apesar de suas melhorias em relação aos projetos oriundos da Câmara dos Deputados (entre outras coisas, a redação apresentada ao Senado Federal **fechou melhor** o tipo penal). Nada obstante, pugnou-se outra vez pela sua rejeição, por se entender, entre outras coi-

sas, que (a) o texto proposto prossegue violando o princípio da reserva legal e o programa penal da Constituição da República Federativa do Brasil; (b) abre ensanchas a condenações por "crime de hermenêutica"; (c) inibe, no limite, a atuação dos agentes do Estado no combate ao crime organizado; e (d) conflita com a imunidade constitucional dos magistrados, membros do Ministério Público, advogados e parlamentares.

Para mais, compreendeu-se que o PLC n. 83/2008, uma vez aprovado, poderia ser instrumentalizado para abordagens institucionais mais agressivas das seções estaduais da Ordem dos Advogados do Brasil, refratárias às liberdades constitucionais, a exemplo do que já vem ocorrendo em alguns Estados, ao sabor de julgamentos ou perseguições puramente corporativas, vilipendiando a tessitura básica do Estado Democrático de Direito. O projeto de lei pecaria, ainda, pelo **excesso**, uma vez que as leis penais em vigor — em especial o Código Penal, com seus arts. 322 e 350, e a própria Lei n. 4.898/1965 — já seriam suficientemente severas no tratamento de juizes, promotores, procuradores e delegados (entre outras autoridades) que desbordassem de seus deveres funcionais e violassem prerrogativas de outros profissionais.

Com tais conteúdos, a segunda nota técnica vem sendo encaminhada a todos os senadores da República, com o objetivo precípuo de esclarecê-los, mais que dissuadi-los. Pareceu-nos, todavia, que a discussão circunscrevia-se a um número muito limitado de interlocutores

(basicamente parlamentares, ao lado de um restrito grupo de juízes e advogados). Discussão dessa monta, com conseqüências tão emblemáticas para o tecido social brasileiro, haveria de ser aberta ao grande público, sobretudo aos operadores do Direito que, na militância do dia-a-dia, não estão vinculados aos quadros diretivos da OAB e tampouco às associações de magistrados, de membros do Ministério Público e de delegados de polícia. E, é claro, ao cidadão comum.

Daí a idéia e a finalidade primeira do presente artigo, que reproduz basicamente os argumentos esgrimidos na segunda nota técnica da Comissão Legislativa da ANAMATRA. Ao leitor, não se pede mais que desassombro e isenção de ânimos na ponderação das razões aqui desfiladas. Nosso escopo não é, em absoluto, forçar à assimilação de idéias. É tão-só apresentá-las, tal como urdidas, para a sua reflexão. *Voilà.*

## 2 DO TEOR DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROPOSTA

Ao tempo do primeiro projeto, do Deputado MARCELO BARBIERI, o que se propunha essencialmente era a inserção, no ordenamento jurídico pátrio, de dispositivo legal que estabeleceria, na versão original, o seguinte: "Constitui crime violar direito ou prerrogativa do advogado impedindo a sua atuação profissional".

Pois bem. Aprovado recentemente pela Câmara dos Deputados, o PL n. 5.762/2005 recebeu, no

Senado Federal, o n. 83/2008, agora tramitando com a seguinte redação (por aditamento ao teor da Lei Federal n. 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia):

**Art. 7-A.** Violar direito ou prerrogativa do advogado, estabelecido no art. 7º desta Lei, impedindo ou limitando sua atuação profissional, prejudicando interesse legitimamente patrocinado:

**Pena** – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência, se houver.

Observe-se que o dispositivo a ser inserido no ordenamento jurídico não textualiza a relação dos direitos e prerrogativas que, uma vez violados, geraria a incidência do tipo penal. Faz apenas remissão ao art. 7º do Estatuto da Advocacia, que possui preceitos tão genéricos quanto "exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional" (inciso I), ou tão anódinos como "permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados no inciso anterior" (inciso VII, reportando-se às salas de sessões, audiências, cartórios, etc.). A rigor e em tese, aprovada a lei, poderiam configurar o crime condutas tão isentas e corriqueiras como o bloqueio temporário de passagem do veículo de um advogado em *blitze* policiais ou a ausência de cadeiras em sala de audiência para que o causídico pudesse se acomodar.

Com efeito, a conduta sobre a qual incidiria a pena seria, na redação original, "complementada" por todos os dispositivos do ordenamento jurídico que estabelecem,

de qualquer modo, direito e prerrogativa de advogados, bem como, para o futuro, por toda alteração legislativa que viesse a modificar os dispositivos atinentes a direitos e prerrogativas já existentes, ou que criassem novos direitos e prerrogativas. Já na nova redação (PLC n. 83/2008), o “complemento” ater-se-ia ao art. 7º (conquanto seja possível, em tese, argumentação tendente à interpretação extensiva ou analógica, que se admite em Direito Penal, inclusive “*in pejus*”; veja-se, e.g. e respectivamente, o caso do crime de bigamia, que também alcança as hipóteses de poligamia, e o caso das cláusulas gerais definidoras do homicídio qualificado). Trata-se, em todo caso, de **norma penal em branco** que — vê-se desde logo — *tisna* irreversivelmente o **princípio da taxatividade penal, corolário da legalidade penal estrita**. E nisso anda mal, como se verá (tópico n. 3).

Iniludível, portanto, que a **imensidão** da abrangência do tipo penal geraria, “a se”, intensa insegurança jurídica, além da inibição de atuação dos agentes do Estado, ainda que dentro do espaço legal e constitucional de sua atuação.

No sistema jurídico vigente, como visto, a maior parte da “complementação” do tipo penal estaria na Lei n. 8.906 de 1.994, especialmente nos seus arts. 6º e 7º. Com a nova redação (PLC n. 83/2008), tal “complementação” ater-se-ia ao art. 7º.

Atenua-se o defeito; mas não se redime a inconstitucionalidade.

A amplitude desta tipificação pode ser percebida logo à primeira vista, considerando a grande relação de direitos e prerrogativas previstos nos mencionados artigos. Daí o possível cerceamento à própria **liberdade de condução do processo** que é assegurada aos **juízes**, a teor do art. 445, I a III, do CPC, ou aos próprios **parlamentares**, nos ensejos do art. 58, §3º, da CRFB. Assim, p.ex., entrever-se-ia **crime** na mais banal discussão sobre o acesso do advogado a uma área onde é realizada a sessão de Tribunal, ou ainda — e **inclusive** — em decorrência das interpretações possíveis quanto à participação do advogado em Comissões Parlamentares de Inquérito, não só quanto ao direito de acompanhar-lhe as diversas fases, mas também quanto à oportunidade de assento e voz.

Do mesmo modo, poder-se-ia chegar ao extremo de se enfrentar um processo criminal pela conduta de “não recebimento do advogado”, seja pelo Juiz, pelo Promotor ou mesmo pelo Parlamentar, quando atuar em CPI’s em situações análogas... Nestes casos, não raramente, surgem controvérsias quanto à existência de compromissos concomitantes, a par de outros tantos contextos de exigências não-razoáveis por parte de advogados. Caso a autoridade não ceda aos argumentos do causídico e ter-

“Trata-se, em todo caso, de norma penal em branco que — vê-se desde logo — *tisna* irreversivelmente o princípio da taxatividade penal, corolário da legalidade penal estrita.”

mine por não o receber naquele dia, haverá crime? Afinal, parecerá tisonado um dos incisos do art. 7º do Estatuto da Advocacia.

Ainda em tese, por interpretação extensiva (que, diga-se novamente, é **admitida** em Direito Penal), exsurgiriam processos criminais a discutir se o servidor, o magistrado e/ou outros quaisquer — a rigor, **qualquer cidadão** — teria(m) dispensado ao advogado o tratamento cortês previsto no parágrafo único do art. 6º do Estatuto da Advocacia, ao dispor que:

Art. 6º:

[...] as autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Ter-se-ia, mesmo, o “crime de destempero” (o que faz recordar ação movida por juiz fluminense que desejava ser chamado pelo vocativo “senhor” ou “doutor”, nas dependências do condomínio horizontal em que vivia, a cuja pretensão **não acederam** as associações de classe da Magistratura.). Qual seria o limite deste tipo penal?

Por outro lado, porque o art. 22 da Lei n. 8.906/94 inclui os honorários advocatícios no rol de **direitos** dos advogados, interpretações extensivas poderiam engendrar discussões sobre a tipicidade da conduta de um ou outro advogado, no rateio ou partilha de honorários; ou, bem assim, sobre a tipicidade da conduta do cliente ou até do juiz que, sobre o direito aos honorários

contratuais e de sucumbência, delibere **contra** os interesses de certo advogado. Também esses — o juiz, o cliente e/ou o próprio colega de profissão — incorreriam em crime de “violação de prerrogativas”... Nada mais absurdo.

Poderíamos ter ainda, como conduta criminosa de violação de direito do advogado, a omissão do empregador no cumprimento dos direitos trabalhistas, pagamento de horas extras, percentual de honorários de sucumbência, dentre outros, podendo o indivíduo sujeito ao processo-crime ser o próprio representante do empregador, inclusive em sociedade de advogados.

O que se pretende demonstrar com essa extensa casuística é que, concretamente, o tipo é absolutamente **genérico e impraticável**, sendo por isso **inconstitucional**, como também **inconveniente** a sua inserção no ordenamento jurídico.

Mas não é só.

### 3 O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL PREVISTO NO ART. 5º, XXXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A TAXATIVIDADE PENAL E A VEDAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS EXCESSIVAMENTE ABERTOS

O inciso XXXIX do art. 5º da CF/88 consagra a garantia fundamental e o princípio universal da reserva legal, ao determinar que “**não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal**”.

Como corolário deste princípio, desenvolveu-se o subprincípio

da **máxima taxatividade penal** (supra). Por ele, estão constitucionalmente vedados tipos penais **excessivamente abertos e genéricos**.

Segundo Paulo de Souza Queiroz,<sup>1</sup>

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, **impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos**, bem como ao judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio.

Com efeito, a garantia de que não haverá crime ou pena sem lei anterior que os defina restaria absolutamente inócua se fosse admitida a tipificação genérica de conduta que pudesse ser enquadrada como crime ou mesmo servir de agravante da pena.

À guisa de exemplos, não se poderiam criminalizar condutas genéricas como “mau procedimento” (previsto na CLT), “falta de urbanidade” (previsto na Lei n. 8.112/1990) ou — como já se fez o Brasil, ao tempo do antigo Código de Pesca — “molestamento de cetáceos” (tipo penal que, por isso mesmo, **jamais foi aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro**). Na mesma linha, **não se podem criminalizar condutas genéricas e desprovidas de conteúdo seguro** como, p.ex., “tratamento incompatível com a dignidade do advogado” e “não concessão das condições adequadas ao desempenho da advocacia”. Estes dois últimos exemplos estariam entre aqueles que, justamente, confi-

gurariam o novel crime “violação de direitos e prerrogativas de advogado”, caso aprovado o projeto de lei mencionado.

Para ilustrar tipo penal excessivamente aberto, a doutrina nacional sempre fez referência ao art. 15 da Lei de Segurança Nacional, que criminalizava “atos de sabotagem”, entendendo que esta expressão envolvia conduta por demais genéricas. Pois bem: pode-se certamente afirmar que tal expressão é **mais precisa** do que a indefectível “violação de direito ou prerrogativa do advogado, [...] impedindo ou dificultando sua atuação profissional”. Seria algo como criminalizar a “violação das prerrogativas do magistrado, impedindo ou dificultando o exercício e a eficácia da jurisdição” (que, a valer a tese político-legislativa, teria igual valor republicano): configurado esse tipo penal, poderiam responder pelo “crime” tantos quantos fossem advogados e interpussem embargos de declaração protelatórios... Por essa alheta, percebe-se o insólito da proposição.

Ao mais, para que dúvidas não parem quanto à **inconstitucionalidade** do dispositivo, deve ser observada a sua natureza própria de **norma penal em branco** (supra) e, bem assim, os limites dessa natureza. Assim, e.g., na criminalização de tráfico ilícito de entorpecentes, opera-se bem com o tipo aberto por remissão legislativa: se a lei não descreve quais substâncias sejam «drogas» na dicção da Lei n. 11.343/2006 ou entorpecentes e substâncias que causam depen-

<sup>1</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 23-24.

dência física ou psíquica na dicção da revogada Lei n. 6.368/1976, porque hão de fazê-lo as portarias do Ministério da Saúde e das agências correlatas (como faziam, outrora, as portarias do DIMED), é certo que o texto legal criminaliza essencialmente a **conduta de portar as substâncias proibidas**. A conduta, em si, é certa; a relativa abertura atrela-se tão-só ao **objeto técnico-material** do delito. E mesmo estas leis têm sofrido sérias críticas e restrições na seara do Direito Penal. Ademais, não é dessa espécie e hipótese em testilha. No caso presente, a proposta é de **dispositivo aberto que se refere a um «status» jurídico já previsto em lei, que, por sua vez, conduz a situações concretas ainda mais abertas**.

Como se vê facilmente pelos exemplos concretos indicados há pouco, ao se criminalizar genericamente a conduta de "violação de direitos e prerrogativas de advogado", com remissão a legislação que define direitos e prerrogativas (em especial o art. 7º da Lei n. 8.906/1994), estar-se-ia criando uma norma inconstitucional, tendo em vista os vários direitos e prerrogativas dos advogados, descritos em lei de modo inteiramente aberto, com níveis de insegurança jurídica dificilmente assimiláveis pelo Estado de Direito ou pelo princípio da reserva legal.

A esse propósito, veja-se, ademais, o escólio de ZAFFARONI e BATISTA:<sup>2</sup>

[...] não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade[...]

Vejam-se, outrossim, as lições do espanhol RODRIGUEZ-ARIAS, para quem o **princípio da reserva legal** só não é ferido pela norma penal em branco por um imperativo pragmático: a legalidade penal, ainda se qualificada de absoluta, não pode ser entendida em termos tão estritos que obstem às disposições jurídicas de categoria inferior o papel de complementar tecnicamente a lei penal. Do contrário, haveria de se conferir à norma penal, que deve ser clara por excelência,

um nível de complexidade absolutamente impróprio nas matérias mais técnicas, com prejuízo para a segurança jurídica. Mas a questão que se põe é, sempre, a dos **limites** da delegação normativa: há que se fixar os **limites de admissibilidade** da remissão ou reenvio, para que não se promova uma **autêntica deslegalização** ("*deslegalización*") de matérias reservadas ao império da lei. Assim, o mecanismo de reenvio normativo — como ocorre nos deli-

"Como se vê facilmente pelos exemplos concretos indicados há pouco, ao se criminalizar genericamente a conduta de "violação de direitos e prerrogativas de advogado", com remissão a legislação que define direitos e prerrogativas (em especial o art. 7º da Lei n. 8.906/1994), estar-se-ia criando uma norma inconstitucional, tendo em vista os vários direitos e prerrogativas dos advogados, descritos em lei de modo inteiramente aberto, com níveis de insegurança jurídica dificilmente assimiláveis pelo Estado de Direito ou pelo princípio da reserva legal."

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.I.

tos de tráfico de drogas — deve cumprir um papel exclusivamente **técnico**, de enunciação e atualização dos fatos que a lei indica como merecedores de sanção pelo desvalor que encerra.<sup>3</sup> À normativa administrativa cabe o enunciado da **norma técnica**; à lei, o enunciado da **norma jurídica**. Nesse encaixe, a descrição administrativa acaba por aumentar o grau de segurança jurídica da norma penal, atendendo à taxatividade da lei penal e limitando o espaço de ação da jurisprudência. A não ser assim, a **tipificação «remissiva» carece de determinação e se presta a arbitrariedades**, alijando do tipo penal o seu escopo de clareza e a sua função de certeza.<sup>4</sup> É precisamente o caso em comento. Logo, não há dúvidas de que o dispositivo, uma vez inserido no ordenamento jurídico pátrio, ostentará *«ab ovo»* a eiva da **inconstitucionalidade**.

#### 4 INCONSTITUCIONALIDADE. PREVISÃO TÍPICO-PENAL ALHEIA AO PROGRAMA PENAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Bem se sabe que o Direito Penal deve ter natureza **fragmentária**. Isso é mais verdadeiro quanto se vive sob a égide de um **Estado Democrático de Direito**, como é o caso. Logo, o legislador infraconstitucional não pode, ao seu inteiro talante, “decidir” o que deva ou não ser criminalizado no Brasil. Não se

poderia, p.ex., “criminalizar” a conduta consistente em praticar tal ou qual ato libidinoso, quando os parceiros, maiores e capazes, deliberam consensualmente praticá-lo. Tampouco se poderia “criminalizar” o ato de pertencer a tal ou qual torcida uniformizada. Nem mesmo se pode criminalizar, no Brasil, o próprio incesto, se consentido por pessoas maiores, livres e capazes. Isso porque todos esses aspectos, se têm relevância na perspectiva ético-social ou sociocultural, **são irrelevantes do ponto de vista constitucional**, notadamente à mercê da primazia das liberdades na Carta de 1988.

Dito de outro modo, há um **programa penal constitucional** insito à Constituição da República Federativa do Brasil, ao qual deve se ater o legislador ordinário. Nem todas as condutas sociais são passíveis de criminalização, ao bel-prazer do legislador; há, também aqui, **limites** mais ou menos claros. Só se podem criminalizar condutas que lesem ou ameacem de lesão bens jurídicos com **estrito status constitucional** (vida, honra, liberdade, propriedade, segurança coletiva, proibidade administrativa, etc.); outros aspectos, sem explícita dimensão tuitivo-constitucional (como, p.ex., orientações sexuais ou político-ideológicas, tradições culturais, meras prerrogativas profissionais, etc.), não admitem criminalização em tese.

Nesse diapasão, lê-se, em **CLAUS ROXIN**, que

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateos. *Derecho penal y protección del medio ambiente*. Madrid: Colex, 1995. p.159-163. Cfr. ainda, no mesmo sentido, FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental*. São Paulo: LTr, 2005. p.445-450.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p.164-166.

*El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. [...] De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concreta.<sup>5</sup>*

ROXIN segue apresentando as teses concretas derivadas da estrita vinculação do bem jurídico-penal face à Constituição, pontuando que **não podem ser objeto do Direito Penal**, por implícita vedação constitucional, **(a) as cominações penais arbitrárias** (como, *e.g.*, exigir que os cidadãos tribuam reverência a um símbolo qualquer); **(b) as meras imoralidades** (como, *e.g.*, práticas sexuais atípicas, desde que consentidas entre pessoas maiores, livres e capazes); **(c) as finalidades puramente ideológicas** (como la-

mentavelmente houve, ao tempo da Alemanha nazista, com vistas a tutelar a “manutenção da pureza do sangue alemão”); e **(d) os preceitos penais que criam ou asseguraram desigualdades entre iguais**.<sup>6</sup>

Nessa linha, pode-se reconhecer a **inconstitucionalidade** do PLC n. 83/2008 ao menos por **dois motivos**:

**(I) criminalizar-se-á onde, a rigor, não se pode criminalizar**, pois as prerrogativas gerais dos advogados — à diferença das prerrogativas judiciais (art. 95 da CRFB) — não tem **status** constitucional expreso, à exceção da **inviolabilidade** por atos e manifestações no exercício da profissão (*i.e.*, um aspecto **muito específico** do rol geral de prerrogativas legais), e, ainda assim, nos limites da lei ordinária (art. 133 da CRFB);

**(II) promover-se-á preceito penal que assegurará a desigualdade entre iguais**, já que não existem “crimes de violação de direitos e prerrogativas profissionais” para outras tantas categorias de profissionais liberais, como médicos, engenheiros, contadores, etc. (e que, não raro, têm também “prerrogativas”; assim, *e.g.*, a do médico, enquanto testemunha, em silenciar quanto ao estado de saúde de seus pacientes — art. 207 do CPP —, ou a de não servir no tribunal do júri em caso de necessidade de dispensa — art. 436, parágrafo único, XI, “a”, 1ª parte, do CPP).

Com efeito, até por uma questão de **isonomia** (art. 5º, *caput*,

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. T. I. p.51-58 (“La derivación del bien jurídico de la Constitución” - *g.n.*).

<sup>6</sup> *Ibidem*, p.56-57.

da CRFB), a criminalização das condutas violadoras de direitos e prerrogativas profissionais de advogados renderá ensejo a que, no futuro próximo, **todas as outras profissões** que, em alguma circunstância, detenham direitos especiais ou prerrogativas, venham a reclamar, no Congresso Nacional, a aprovação de leis disciplinando os respectivos crimes de violação. Isso para não falar das **prerrogativas republicanas**, ínsitas aos membros da Magistratura e do Ministério Público, que detêm inclusive **assento constitucional** e, todavia, não são objeto de norma penal específica. Tudo a demonstrar que, no programa penal da Constituição de 1988, os direitos e prerrogativas profissionais liberais **não admitem tutela penal estrita**, por opção sistemática do legislador constituinte.

## 5 CONFLITO DA CONDUTA CRIMINALIZADA COM A IMUNIDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL DE MAGISTRADOS, MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ADVOGADOS

Doutro turno, é notório que o ordenamento jurídico estabelece **imunidades** no exercício profissional a diversos responsáveis pela administração da Justiça, dentre outros.

"*In casu*", os **agentes públicos** envolvidos com a aplicação da Justiça têm, pela própria natureza de suas atribuições, imunidade no exercício das mesmas. Do contrário, o membro do Ministério Público que promove a denúncia-crime e acusa alguém da prática de certo ilícito

penal veria sobre si, em todo caso, pender a espada de Dâmoles: absolvido o réu (mesmo que por insuficiência de provas), poderia ser processado e julgado por calúnia. O mesmo raciocínio se aplicaria ao Juiz que proferiu a sentença condenatória por crime e que veio a ser reformada por razões quaisquer. Não por outra razão, dispõe o art. 41 da LOMAN que, "salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir". Também não escapariam dessas conseqüências nefastas os advogados, quando assistentes de acusação ou patrocinadores de queixas-crimes, se não lhes aproveitasse a imunidade do art. 133, "*in fine*", da CRFB.

Por isso é que o ordenamento jurídico constitucional e legal reconhece a imunidade nestas atividades, **inclusive para o advogado**, sendo certo que o próprio Estatuto da OAB assegura ao advogado a prerrogativa de não ser processado por crimes contra a honra praticados no exercício da atividade profissional (art. 7º, §2º).

Ocorre que diversos dos direitos e prerrogativas previstos em lei para os advogados são objeto de controvérsia quanto ao seu alcance e forma de aplicação, até mesmo por serem genéricos e insuficientemente descritivos.

Nesse encaixe, são recorrentes os casos em que o juiz, o membro do Ministério Público, a autoridade policial, demais autoridades da Administração Pública e, por vezes, par-

lamentares, especialmente nas comissões de inquérito, interpretam de um ou de outro modo a prerrogativa ou direito invocado pelo advogado.

Acaso aprovada a lei, verificando-se nas instâncias competentes que a interpretação dada pelo juiz, pelo membro do Ministério Público ou pelo parlamentar foi equivocada e que o direito do advogado foi realmente violado, o agente público seria naturalmente processado, podendo ser a final condenado por crime de violação de prerrogativa. Quanto aos crimes contra a honra, p.ex., há fundada doutrina entendendo que a inviolabilidade do art. 133 da CRFB e do art. 7º, §2º, da Lei n. 8.906/1994 não alcança os notórios excessos, absolutamente desnecessários para a defesa profissional dos interesses do cliente (como quando, p.ex., se assacam contra o juiz ou o promotor palavras de baixo calão, em audiência ou em petições). Veja-se, a propósito, o escólio de FÁBIO MEDINA OSÓRIO<sup>7</sup> e de CEZAR ROBERTO BITENCOURT<sup>8</sup> (que hoje pertence ao Conselho Federal da OAB); ou, ainda, o próprio teor da ADIn n. 1127-8, em cujo bojo exarou-se liminar suspendendo a eficácia do art. 7º, §2º, do Estatuto do Advogado, na parte que incluía o **desacato** entre as hipóteses de imunidade processual dos advogados.

Exemplos ingentes dessa situação (**incerteza** quanto ao conteú-

do das normas que estatuem direitos ou prerrogativas a advogados) dá-se ao ensejo das próprias CPI's, em que há usualmente sérios limites à participação do advogado, como também ao ensejo do julgamento de certas modalidades de recursos nos tribunais, quando a lei ou os regimentos não prevêem a possibilidade de manifestação de advogados. Não se franqueando a palavra ao patrono, dar-se-á o novel crime?

A se reconhecê-lo, estaríamos diante do odioso "**crime de hermenêutica**", incriminando-se a conduta do juiz, do delegado de polícia, do parlamentar ou de qualquer outro que viesse a interpretar a legislação com independência técnica, no exercício de sua função. Apenas por ousar interpretar o sistema em desfavor de um advogado, estar-se-ia sujeito à sanção penal, desde que o entendimento perfilhado não prevalecesse em superior instância... Nada mais absurdo.

## 6 INCONVENIÊNCIA DA POLÍTICA GENERALIZADA DE CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS BANAIS - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO PENA MÍNIMA

Não bastasse, impende recordar que estamos em tempos de **Direito Penal mínimo**. E é assim notadamente porque o sistema penal

<sup>7</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. A imunidade penal do advogado na Lei 8.906 de 4.7.94 – Estatuto da OAB. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT/IBCCrim, jan.-mar./1995. n. 9. «*In verbis*»: "O importante é verificar, no caso concreto, se houve necessidade de o advogado ofender o Juiz, o membro do Ministério Público ou a parte contrária. O núcleo da imunidade aí reside: a necessidade das ofensas para o desempenho das funções" (p.98 – g.n.).

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I. p.332-337. «*In verbis*»: "Não há que falar em imunidade, no entanto, quando a ofensa for proferida fora do processo ou da discussão da causa, como, por exemplo, no recinto do fórum" (p.335).

contemporâneo revelou-se gravemente ineficaz em relação a seus escopos primeiros (**tutela de bens jurídicos de máxima relevância e pacificação social**). Disse-o, com muita felicidade, o há pouco finado ALESSANDRO BARATTA, com todo o traço humanista que lhe era peculiar (veja-se, a respeito, **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, passim).<sup>9</sup> Nessa linha, a política de criminalização generalizada de condutas jamais é vista com bons olhos pelos estudiosos da ciência criminal; e, já por isso, causou espécie que entidades de renome na seara penal e processual penal, como o INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCrim, que noutros ensejos cerrou fileiras para a crítica à legislação paleorrepressiva, houvesse agora silenciado a respeito do malfadado PL n. 83/2008.

Na verdade, a pretendida "lei de violação de prerrogativas", no afã de dar mais efetividade às garantias e prerrogativas dos advogados, criminaliza condutas banais, de somenos relevância social. No limite, até mesmo questões contratuais relativas a honorários, entre os próprios advogados, poderiam render discussões na órbita criminal, tomando-se por "vítima" aquele que não recebesse o que lhe estaria asse-

gurado pelo ordenamento legal. Da mesma forma (como já ilustrado *supra*), qualquer modo de tratamento "não urbano" dispensado ao causídico, como também a omissão de atendimento pessoal ao advogado ou, ainda, a violação mesma de direitos do advogado empregado (não raro pelo próprio advogado-empregador), poderiam, em tese, configurar "crimes".

Como se vê, passa-se da esfera de ilícito administrativo, civil e trabalhista, ou por vezes da mera irregularidade processual, para a **esfera punitiva do Direito Penal**, com uma fúria que é, "*venia concessa*", injustificável. Esta política fere a lógica do razoável e o princípio da proporcionalidade; fere, pois, o **Princípio da Intervenção Mínima**, tão caro ao Direito Penal democrático.

Se as normas de direito "não-penal" bem resolvem o contexto conflitivo, com amplo amparo civil, processual e administrativo (para isso, as **corregedorias** dos Tribunais, das polícias civis e militares e do Ministério Público), não há porque o Estado adotar medidas extremas, tornando "criminosa" toda violação de direito, ainda que verdadeira. O Direito Penal deve ser reservado para as condutas ilícitas mais graves do meio social, i.e., aquelas que tra-

"Se as normas de direito "não-penal" bem resolvem o contexto conflitivo, com amplo amparo civil, processual e administrativo (para isso, as **corregedorias** dos Tribunais, das polícias civis e militares e do Ministério Público), não há porque o Estado adotar medidas extremas, tornando "criminosa" toda violação de direito, ainda que verdadeira."

<sup>9</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Veja-se, em especial, o tópico 3 do capítulo XV, sobre «A Perspectiva da Contração e da "Superação" do Direito Penal» (p.205-208).

zem em si afetações qualificadas aos bens jurídicos de máxima relevância jurídico-constitucional (*supra*, tópico n. 4).

O novo tipo penal, assim genérico e aberto, virá apenas para **confundir** os operadores na interpretação das normas penais existentes; ou, para mais, servirá para **lhes retirar a efetividade social**, ante a banalização do manejo criminal em tal seara.

## 7 INIBIÇÃO CONCRETA DAS AUTORIDADES NA ATUAÇÃO DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

O tema da violação de prerrogativas ganhou evidência com os diversos episódios da história nacional recente, amplamente divulgados na mídia, e as sucessivas investigações que envolveram

autoridades do Estado, inclusive magistrados, parlamentares, membros do Ministério Público e advogados.

Observa-se que não houve grande reserva ou mobilização de magistrados e de outras autoridades, como categorias organizadas, quando, por **ordem judicial**, algumas delas sujeitaram-se a medidas de busca e apreensão e similares, colimando-se sempre a garantia da prova em processos envolvendo o crime organizado (assim, p.ex., na «Operação Hurricane», durante a qual chegaram a ser devassadas residências e gabinetes de desembar-

gadores). Nem mesmo no Parlamento chegou a haver tamanha indignação contra os procedimentos realizados por determinação judicial, com observância das normas legais e dentro dos parâmetros do Estado de Direito, inclusive em gabinetes de deputados federais.

Houve, todavia, desproporcional clamor das entidades dos advogados, sobretudo em relação a toda e qualquer ordem judicial dirigida à devassa de escritórios ou residências de advogados, a despeito de haver ou não fundada suspeita de envolvimento em crimes.

Por certo, a criminalização da conduta de “violação de prerrogativa e direito de advogado” tem o mesmo efeito prático da famigerada “lei da mordaca”, contra a qual outrora se bateu, aliás veementemente, a própria OAB. Seria uma “lei de peias” para a autoridade judicial, que, caso emitisse ordem judicial fundada em sua convicção de verossimilhança, visando à garantia de provas, estaria sempre “ameaçada” de, no futuro, ver-se processada criminalmente, desde que sobreviesse a absolvição do advogado envolvido...”

para a autoridade judicial, que, caso emitisse ordem judicial fundada em sua convicção de verossimilhança, visando à garantia de provas, estaria sempre “ameaçada” de, no futuro, ver-se processada criminalmente, desde que sobreviesse a absolvição do advogado envolvido (mesmo que, insista-se, a absolvição se desse na forma do art. 386, VI, do CPP...).

Com isso, emerge um inexorável **efeito colateral** dessa lei: o flagrante **papel inibitório** na ação de autoridades judiciais, membros do Ministério Público e policiais,

especialmente nas operações de investigação do crime organizado. E o que é pior: efeito inibitório em prol de **uma única categoria profissional**, com evidente violação à isonomia constitucional.

Evidentemente, jamais foi esse o propósito da Ordem dos Advogados do Brasil ao erigir, com tal estridência, a bandeira do PL n. 83/2008. Entretanto, ao cabo e ao fim, uma vez aprovada, tal lei poderá chegar ao extremo de facilitar e estimular a **prática do crime organizado**, em todas as suas modalidades (narcotráfico, tráfico de armas, lavagem de dinheiro, crimes contra a administração pública, etc.), pela via insuspeita do recurso aos "serviços advocatícios", cooptando-se para tanto advogados desonestos, que contariam com novel escudo normativo para ocultar as suas atividades ilícitas, em flagrante desvio de finalidade da norma.

Dito de outro modo, a incontestada **boa-fé** da expressiva maioria dos advogados brasileiros, como ainda a do próprio legislador federal que agora faz coro com os desideratos de liberdade institucional daquele ofício, poderiam servir instrumentalmente à **tutela do crime**, não dos direitos de defesa.

## 8 DA POSSIBILIDADE DE USO CORPORATIVO DA LEGISLAÇÃO PENAL

Soma-se a todo o dito o risco de que a legislação penal assim editada, consagrando a tutela penal de direitos e prerrogativas profissionais tão específicos, sirva à **perseguição**

**corporativa** de autoridades e cidadãos comuns.

A esse propósito, merece menção a desconcertante iniciativa da OAB (Secção São Paulo), que remonta ao ano de 2006, de instituir uma "**lista negra**" em detrimento de tantos quantos tenham sido "condenados", no âmbito interno de sua comissão de prerrogativas, em procedimentos de **desagravo** e **moção de repúdio**, pelas mais diversas razões. Assim, p.ex., na relação de novembro de 2006 do assim intitulado "Cadastro das Autoridades que receberam Moção de Repúdio ou Desagravo" (<http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/prerrogativas/repudio/p06htm>, acesso em 23.11.2006), podiam-se encontrar nomes de **juízes substitutos e titulares**, das mais diversas competências (juízes estaduais, federais e do trabalho); **parlamentares** (àquela altura, apenas **vereadores**, mas com larga abrangência: vereadores de São Paulo, Mogi-Mirim, Mogi-Guaçu, Ilha Bela, Cafelândia, etc.); **autoridades do Poder Executivo** (e.g., secretário municipal de administração, diretor-presidente de S.A.A.E.); **servidores e auxiliares** dos mais variados poderes e naipes (peritos e escrivães judiciais, serventuários da Justiça em geral, oficial de promotoria, técnico parlamentar, chefe de seção de benefícios do INSS, etc.); **membros do Ministério Público** (promotores e procuradores da república) e **seus serventuários** (oficiais de promotoria); **policiais civis e militares** (delegados de polícia, escrivães de polícia, chefes de investigação e investigadores, soldados e sargentos PM,

oficiais policiais militares e até carcereiro); **sindicalistas** (e.g., diretor de sindicato de trabalhadores domésticos); **bancários** (gerentes de bancos em geral) e **empregados de sindicatos** (“funcionário” de sindicato de bancários); **conselheiros comunitários** (e.g., membro de conselho tutelar municipal); e até mesmo **jornalistas** (como, p.ex. — e decline-se o nome apenas neste caso, porque maltrata um nome **insuspeito**, historicamente devotado à defesa dos valores da democracia —, o festejado ELIO GASPARI, que lá está já há alguns anos...). Há inclusive menções de **identidade equívoca**, com potencialidade para lesar terceiros absolutamente alheios aos fatos (como o desagravo em detrimento de “Luís Claudio”, “Tenente da PM [...]”). Tal “cadastro” — que até hoje se mantém, a despeito das inúmeras ordens de segurança judicialmente concedidas para supressão de nomes — é francamente publicitado na rede mundial de computadores e por outros diversos meios, com inescusáveis danos ao nome e à imagem de todos os que, justamente ou não, tenham ensejado, no plano corporativo, desagravos ou moções de repúdio.

Contra os absurdos do “cadastro”, já se impetraram inúmeros mandados de segurança, todos concedidos. Cite-se, apenas para constar, aquele impetrado pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região (AMATRA-II), em favor de nada menos que **doze** juízes do trabalho daquela associação, sob o patrocínio dos advogados SÉRGIO LAZZARINI e RENATO LAZZARINI, com liminar

concedida “*in limine litis*”; ou, ainda, aquele impetrado conjuntamente pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (AMATRA-XV) e pela Associação Paulista de Magistrados (APAMAGIS), em favor de seus associados (**vinte e sete** juízes de direito e **dois** juízes do trabalho), sob o patrocínio do advogado PAULO RANGEL DO NASCIMENTO, com liminar igualmente concedida em 07.12.2006, pela Juíza Federal RITINHA A. M. C. STEVENSON (20ª Vara Cível Federal de São Paulo), ao preciso argumento de que, na interpretação do art. 44, II, do Estatuto da Advocacia, “fica evidente a competência da OAB para a representação, a defesa e a disciplina dos advogados e, não, de qualquer outra categoria profissional, devendo, nesta hipótese, valer-se dos canais e órgãos competentes, na forma da lei” (i.e., corregedorias e tribunais judiciais). E arrematou:

*Assim, é de se lamentar que a respeitabilíssima instituição — que se notabilizou na defesa dos direitos humanos, com a manutenção da chama da esperança, nos tenebrosos e longos anos da ditadura — adote o inacreditável comportamento, ora questionado, ao arrepio da lei e da constituição. (20ª Vara Cível Federal da Capital, autos do Proc. n. MS 2006.61.00.025726-9, fl.160 - g.n.).*

Vê-se, neste caso, o **claro uso corporativo dos expedientes da comissão de prerrogativas, “ao arrepio da lei e da constituição”,** nos termos da decisão judicial exarada em São Paulo. E sempre haverá, de fato, esse risco. Pois bem: com a promulgação da “lei de violação de

prerrogativas”, tomando-se por adequados os juízos daquela comissão na Subsecção de São Paulo, é forçoso antecipar que todas aquelas pessoas — “autoridades” ou não — estariam, em tese, sujeitas às agruras de um processo penal, por “crime de violação de direitos e prerrogativas de advogados” (afinal, é para repelir esse tipo de conduta que existem, no plano corporativo, os desagravos e as moções de repúdio). Seriam “criminosos”, a rigor, todos aqueles há pouco referidos: juízes, promotores, procuradores da república, servidores, policiais militares (inclusive comandantes), policiais civis, peritos, sindicalistas, gerentes de bancos, conselheiros comunitários, autoridades políticas municipais e inclusive parlamentares.

**Legislação penal que serve a fins puramente corporativos não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Tampouco com a República** porquanto, afinal, ao interesse corporativo (conquanto tenda a ser, inclusive, um interesse socialmente legítimo) não se pode reduzir, em absoluto, o interesse público primário; e somente a esse deve ser emprestada a genuína tutela penal. Do contrário, instaurar-se-á um regime pérfido de instrumentalização corporativa das leis penais, que, no final, não aproveitará a quem quer que seja; nem mesmo aos advogados (e tanto menos aos cidadãos em geral).

## 9 DA SUFICIÊNCIA TUITIVA DA LEGISLAÇÃO PENAL EM VIGOR

Acresça-se, por fim, que se quer é necessária a pretendida tutela penal de direitos e prerrogativas profissionais de advogados, já que existem, no sistema penal em vigor, dispositivos bastantes para a prevenção e a repressão penal de abusos por parte de autoridades e agentes públicos. Dispositivos que — diga-se — têm conteúdo claro, gozam de tradição na jurisprudência brasileira, atendem ao princípio da proporcionalidade penal e não promovem persecução de bagatelas, atendo-se aos casos realmente graves de violação de prerrogativas.

Assim, por exemplo, nas hipóteses em que o parlamentar, o magistrado, o membro do Ministério Público ou o policial ordenarem ou executarem medida privativa de liberdade em desconformidade com a lei ou com abuso de poder, terá praticando, em tese, o crime de **exercício arbitrário ou abuso de poder**, sujeitando-se às penas do art. 350, *caput*, do Código Penal (detenção, de um mês a um ano). Vale para todas as ordens de prisão ilegais dimanadas e/ou executadas contra advogados ou qualquer do povo. Quanto às buscas e apreensões ilegais em escritórios de advocacia, o sistema penal em vigor já provê, do mesmo

“...com a promulgação da “lei de violação de prerrogativas”, tomando-se por adequados os juízos daquela comissão na Subsecção de São Paulo, é forçoso antecipar que todas aquelas pessoas — “autoridades” ou não — estariam, em tese, sujeitas às agruras de um processo penal, por “crime de violação de direitos e prerrogativas de advogados” (afinal, é para repelir esse tipo de conduta que existem, no plano corporativo, os desagravos e as moções de repúdio).”

modo, a tutela penal: a conduta de **efetuar, com abuso de poder, qualquer diligência** (inclusive as judiciais) está, há não pouco tempo, prevista na lei penal brasileira, como tipo penal **equiparado** ao do crime de exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350, parágrafo único, IV, do CP), com as mesmas penas a ele cominado. E há, para mais, a norma penal do art. 150 do CP (**violação de domicílio**), igualmente aplicável à hipótese, qual «soldado de reserva» (**princípio da subsidiariedade implícita**), considerando-se o teor do seu § 4º, inciso III.

E não é só. Se a autoridade judiciária, ministerial ou policial for além, praticando **violência** em detrimento de advogado ou qualquer do povo, responderá pelo crime de **violência arbitrária** (“**no exercício da função ou a pretexto de exercê-la**”), nos precisos termos do art. 322 do CP, com penas que vão de seis meses a três anos de detenção (**mais do que se pretende no PLC n. 83/2008**), também sem prejuízo da pena correspondente à violência (**tal como se pretende no PLC n. 83/2008**).

Por fim, ainda que assim não fosse (e, nesse diapasão, viceja a respeito alguma discussão doutrinária quanto à convivência dos tipos ou a revogação da “*lex praevia*”), sobreveio em 09.12.1965 a **Lei n. 4.898**, que “regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de **abuso de autoridade**”. Lê-se ali, entre outras coisas, que são condutas **criminosas**, punidas com detenção de dez dias a seis meses, as seguintes (atente-se para os nossos grifos):

**Art. 3º** - Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à **liberdade de locomoção**;
- b) à **inviolabilidade do domicílio**;
- c) ao **sigilo da correspondência**;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à **incolumidade física do indivíduo**;
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. [incluído pela Lei n. 6.657, de 5.6.79]

**Art. 4º** - Constitui também abuso de autoridade:

- a) **ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder**;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem;

gem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade". [Incluído pela Lei n. 7.960, de 21.12.1989].

Aí estão distribuídas praticamente todas as condutas contra as quais quer se insurgir a Ordem dos Advogados do Brasil, ao patrocinar a aprovação do PLC n. 83/2008. Resalte-se, em especial, a alínea "j" do art. 3º, que foi inserida em 1979 por gestões, entre outras, da própria OAB, e que serve justamente à prevenção e repressão das condutas de autoridades que violam, concretamente, os direitos e as garantias legais profissionais que, no caso da advocacia, dimanam hoje da Lei n. 8.906/1994, "in totum" (e não apenas de seu art. 7º, como pretende dispor o PLC n. 83/2008). Mesmo essa previsão, pela sua abertura, é de constitucionalidade duvidosa (supra, tópico n. 3); mas, para o bem ou para o mal, a norma já existe e está em vigor, sem qualquer declaração judicial de inconstitucionalidade ou não-recepção que seja vinculante "erga omnes". Logo, a "nova" norma —

"Como manifestamos em recente artigo de mídia impressa, "os advogados têm, é certo, prerrogativas inalienáveis. E é bom que as tenham. Mas não às custas das liberdades públicas; nem tampouco a reboque de um Direito Penal do insólito". Que o percebam a tempo."

que, no fundo, vai simplesmente repositivar toda essa matéria, de modo ainda mais genérico e pantanoso, nos lindes da mais gritante inconstitucionalidade — não tem qualquer razão de ser, social ou politicamente. A tutela penal das "prerrogativas profissionais" já existe (e para todos, como deve ser; não apenas para advogados). Basta fazê-la valer, "si et quando" necessária.

## 10 CONCLUSÃO

Por todos estes fundamentos, a par de outros tantos que vêm sendo esgrimidos pelas associações de juízes e membros do Ministério Público, é que a Comissão Legislativa da ANAMATRA pugnou, em duas ocasiões, pela não-aprovação do projeto em testilha (agora consubstanciado no PLC n. 83 do Senado Federal). São baldrames que expressam, acima de tudo, nossa convicção técnica. E, nisso, buscou-se a maior isenção possível.

Concriada para o mundo jurídico-positivo, a novel legislação padecerá, a um tempo, dos vícios da inconstitucionalidade e da inconveniência político-criminal. Ferir-se-á o princípio da taxatividade penal. Legislar-se-á fora dos marcos seguros do Programa Penal da Constituição. Dar-se-á criminalização a condutas banais. Engendrar-se-á instrumento que inibe a atuação

dos agentes públicos no combates ao crime organizado. Criminalizar-se-á em excesso, contrariando a tendência universal do Direito Penal mínimo. As salvaguardas corporativas, s.m.j., não podem chegar a tanto.

Como manifestamos em recente artigo de mídia impressa, “os advogados têm, é certo, prerrogativas inalienáveis. E é bom que as tenham. Mas não às custas das liberdades públicas; nem tampouco a reboque de um Direito Penal do insólito”. Que o percebam a tempo.

## 11 BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan / Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

FELICIANO, Guilherme Guima-

rães. **Teoria da imputação objetiva no Direito Penal Ambiental**. São Paulo: LTr, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. A imunidade penal do advogado na Lei 8.906 de 4.7.94 – Estatuto da OAB. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT / IBCCrim, jan./mar. 1995. n. 9.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateos. **Derecho Penal y protección del medio ambiente**. Madrid: Colex, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general (fundamentos. la estructura de la teoría del delito)**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

ZAFFARONI, Eugénio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.

# PEQUENA HISTÓRIA DA MAGISTRATURA TRABALHISTA BRASILEIRA NO PERÍODO COLONIAL

## A LITTLE HISTORY OF THE BRAZILIAN LABOR JUDICIARY IN THE COLONIAL AGE

Luciana Caplan\*

**Resumo:** O presente estudo analisa a constituição e desenvolvimento da magistratura brasileira a partir da análise histórica direcionada ao período específico do Brasil-Colônia, detectando as características do grupo de magistrados a partir da política levada a termo pela metrópole com vistas à dominação do território além-mar pelo uso do poder, em especial, do Judiciário.

**Palavras-chave:** Magistratura Trabalhista. História da Magistratura. Brasil-Colônia.

**Abstract:** This study examines the formation and development of the Brazilian judiciary from the historical analysis targeted to the specific period of the Brazil-Colony, detecting the characteristics of the group of judges from the policy carried out by the metropolis with a view to the domination of territory across the sea by the use of power, especially the Judiciary.

**Key words:** Labor Judiciary. History of the Judiciary. Colonial Brasil.

No ano em que se celebra o segundo centenário da chegada da família real ao Brasil, adquire grande relevância a realização de uma análise histórica sobre o percurso da

magistratura até os dias de hoje.

A magistratura brasileira originou-se da magistratura portuguesa:<sup>1</sup> um grupo moderno em termos profissionais num país considerado

\* Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região. Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Professora do curso de pós graduação lato-sensu do Centro Universitário Salesiano de São Paulo e do Programa de Máster Oficial e Doctorado em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo da Universidad Pablo de Olavide.

<sup>1</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 1. Ele afirma: "Escrevendo sobre a cultura jurídica no Brasil, Clóvis Beviláqua acentuou que, nos primeiros anos, os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda eram 'bisonhos arremedos de Coimbra', descrevendo como a influência da cultura portuguesa foi predominante, tanto no ensino e no foro como na doutrina na primeira metade do século XIX" (Ibidem, pág. 53).

por muitos como patrimonial.<sup>2e3</sup> Na verdade, a atuação dos tribunais ocorria dentro da competência traçada pelo rei e sob sua aprovação.

Eles se situam na fronteira, na areia movediça do tipo patrimonial de domínio para o burocrático, numa estrutura estamental. O limite oposto ao governo monocrático se arrima nos privilégios – privilégios da fidalguia, tradicional e legalmente mantidos, dos letrados e do clero. Esta particularidade confere aos órgãos coletivos, às magistraturas não ministeriais, um caráter misto, fluutuante, entre as funções de prévio conselho à execução mediante o compromisso dos membros do colégio, seja por meio do pacto ou imposição negociada.<sup>4</sup>

Havia um predomínio dos magistrados na burocracia estatal desde o século XIV, sendo que os integrantes da magistratura eram oriundos da pequena nobreza e do próprio funcionalismo e candidata-vam-se às vagas munidos de um diploma de direito civil ou de direito canônico obtido junto à Universidade de Coimbra. Portanto, a forma-

ção dos que ocupavam cargos de juízes era realizada junto às faculdades de Direito da metrópole.

Sebastião José de Carvalho e Melo, mais tarde conhecido como Marquês de Pombal, foi responsável por uma nova visão do papel do Estado e pelo revigoramento da política mercantilista monopolista, com maior centralização administrativa, controle do orçamento, da polícia e da Justiça.<sup>5</sup>

Tendo sido o responsável pela reconstrução de Lisboa após o terremoto de 1755, bem como pela expulsão da Companhia de Jesus de todos os territórios portugueses, em 1759, seu poder foi consolidado a ponto de lhe permitir realizar sua terceira grande tarefa: “[...] a atualização das mentes, a partir da reforma do sistema de educação escolar e a reforma da Universidade de Coimbra”.<sup>6</sup>

Pombal era bacharel em Direito pela Universidade de Coimbra, tendo ali estudado quando ainda se tratava de instituição atrasada, mesmo em comparação com as Universidades de Oxford e Cambridge, sabidamente locais de

<sup>2</sup> CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1980. p. 156.

<sup>3</sup> Não se pode olvidar, no entanto, que, no início do século XV, Portugal já se transformara em um país de caráter mercantil, tendo transposto o ciclo da “monarquia agrária”, eis que já a revolução de 1383 assegurara o fortalecimento do estado nacional através da dinastia de Aviz, responsável pela sublimação do conceito de soberania nacional, pela centralização monárquica e pela codificação do direito (VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 1-2). “*El patrimonialismo, la enajenación de los bienes públicos por parte de los que ejercen el poder, es un concepto que fue desarrollado por Max Weber [...] Los países coloniales sólo pudieron en pocos casos construir una estructura de Estado en la que los dueños del poder no hayan podido apropiarse y dispuesto libremente y de modo arbitrario de las riquezas.*”. Disponível em: <http://www.lateinamerika-studien.at/content/wirtschaft/ipoesp/ipoesp-1945.html> Acesso em: 30 de janeiro de 2006, às 17h25min.

<sup>4</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. 5. reimp. São Paulo: Globo, 2001. p. 206-207.

<sup>5</sup> MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 53.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

torpor intelectual.<sup>7</sup>

Em 22 de setembro de 1772, Pombal empreendeu visita à Universidade de Coimbra, a fim de dar início à sua reforma, com ingredientes fornecidos pela filosofia da Ilustração (em especial Descartes, Newton e Locke), inaugurando uma nova era na história do pensamento luso-brasileiro, com reflexos em todo o império português.<sup>8</sup>

Não há dúvidas quanto à ousadia do empreendimento. Apesar da grande relevância, sob o ponto de vista cultural e ideológico, da quebra da hegemonia e monopólio da Companhia de Jesus, a formação dos quadros pensantes viu-se ameaçada pela ausência de professores secundários e universitários em Portugal.<sup>9</sup> A solução foi encontrada com o uso dos recursos financeiros advindos das propriedades confiscadas dos próprios Jesuítas.

O impacto da reforma pombalina viria a ser sentido na época

da Independência do Brasil:

Desses quadros de gente formada no período pombalino e no seguinte (a "geração de 90"), sairiam não apenas os estadistas da Revolução liberal portuguesa de 1820, da Independência do Brasil em 1822, das Cortes e da Assembléia Constituinte de 1823, mas também geógrafos, cientistas de todo o tipo, médicos, engenheiros militares com sólida formação e escritores com mérito variável.<sup>10</sup>

Já no tocante à administração pública, no período colonial, é importante ressaltar que a administração portuguesa e, portanto, também da Colônia, não era orientada pelos mesmos princípios que hoje temos como inquestionáveis, entre os quais, o de divisão de poderes. O Estado era uma unidade inteiriça, funcionando como um todo único e abrangendo o indivíduo em todas suas manifestações, públicas, privadas e até mesmo religiosas.<sup>11</sup> Segundo Caio Prado Junior:<sup>12</sup> "Expressão integral deste

"Já no tocante à administração pública, no período colonial, é importante ressaltar que a administração portuguesa e, portanto, também da Colônia, não era orientada pelos mesmos princípios que hoje temos como inquestionáveis, entre os quais, o de divisão de poderes."

<sup>7</sup> MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 56

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 56-57.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>11</sup> "O Estado era um amálgama de funções em torno do rei: não havia divisão de poderes ou funções, ao estilo de Montesquieu. O papel da justiça real era diverso, absorvendo atividades políticas e administrativas, ao mesmo tempo em que coexistia com outras instituições judiciais, como a justiça eclesiástica e a da Inquisição. O direito, refletindo tal sociedade e tal Estado, estava longe do sistematismo cartesiano-newtoniano dos juristas-filósofos do liberalismo; era casuístico, juxtapondo diferentes tradições e experiências jurídicas: romanista, regalista, canônica, consuetudinária". WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 29

<sup>12</sup> PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 23. ed. 7. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 298-299.

poder, e síntese completa do Estado, só o rei;”.

A concentração do poder real havia assimilado tão fortemente a função judicial, inclusive, que nas Ordenações havia a afirmação de se tratar do maior compromisso do rei para com seu povo!<sup>13</sup> A centralização empreendida a partir da reforma pombalina mantinha, por sua vez, relação direta do fortalecimento do poder real com a exploração do ouro brasileiro.<sup>14</sup>

E o rei, dada a impossibilidade de desenvolver todas as atividades e funções, delegava poderes, distribuindo o trabalho, de onde nasceu uma divisão de funções que era mais formal do que funcional e que correspondia “[...] antes a uma necessidade prática que a uma distinção que estivesse na essência das coisas, na natureza específica das funções estatais.”<sup>15</sup>

Dessa forma, a alteração de delegações ficava a critério do rei, não havendo uma clara discriminação de funções, definição de competências ou ordenação de disposições *a priori*: “confundiam-se, portanto, as instâncias jurisdicional e administrativa, característica típica do Antigo Regime, onde mesclavam-se elementos patrimoniais e burocráticos.”<sup>16</sup>

A atividade legislativa e jurisdicional era, assim, empreendida por juristas a serviço do poder real. Eles estavam incumbidos de, em sua prática, consolidar a centralização e o absolutismo monárquicos, da mesma maneira que as demais agências do poder do rei – administração fazendária, militar e eclesiástica.<sup>17</sup>

A formação dos juristas era direcionada, completamente, ao atendimento a esta característica: trabalhar em prol dos interesses de Sua Majestade: “[...] os navios que trouxeram os donatários e colonos não trouxeram um povo que transmigra, mas funcionários que comandam e guerreiam, obreiros de uma empresa comercial, cuja cabeça ficou nas praias de Lisboa.”<sup>18</sup>

Ademais, depois das últimas Ordenações, as filipinas, de 1643, e até a proclamação da independência do Brasil, em 1822, houve quase 200 anos de legislação extravagante.

Segundo Caio Prado Junior:<sup>19</sup>  
“(p)ercorra-se a legislação administrativa da colônia: encontrar-se-á um amontoado que nos parecerá inteiramente desconexo, de determinações particulares e casuísticas, de regras que se acrescentam umas às outras sem obedecerem a plano algum do conjunto”.

<sup>13</sup> WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 153-154.

<sup>14</sup> MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 55.

<sup>15</sup> PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 23. ed. 7. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 299.

<sup>16</sup> WEHLING, WEHLING, op. cit. p. 149.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>18</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. 5. reimp. São Paulo: Globo, 2001. p. 143.

<sup>19</sup> PRADO JUNIOR, op. cit. p. 300

Aliado a este fato, devemos considerar que as Ordenações filipinas não revogaram toda legislação anterior mas, ao contrário, no tocante à administração colonial eram omissas, o que fazia aplicáveis as disposições anteriores a ela, ou seja, normas surgidas logo no início do regime colonial.<sup>20</sup>

A justiça portuguesa colonial compreendia a justiça real diretamente exercida e a justiça concedida. A justiça real diretamente exercida poderia ter caráter ordinário, compreendendo as áreas cível e criminal e da qual faziam parte os ouvidores (gerais, das capitanias e das comarcas), os desembargadores dos tribunais da Relação e os juízes de fora, ou caráter especializado, que começou a se delinear a partir do crescimento e sofisticação do aparelho estatal, inicialmente em Portugal e, depois, também no Brasil: justiça militar, juízes especializados na área fiscal e os de águas e matas, os julgados de órfãos e de defuntos e ausentes, por exemplo.

A justiça concedida importava em delegação real para seu exer-

cício, compreendendo resquícios da justiça senhorial, abolidos apenas na década de 1790. Na esfera colonial, correspondeu à jurisdição atribuída aos donatários nos estados do Brasil e do Maranhão.<sup>21</sup> Há que se considerar, ainda, a grande importância da justiça eclesiástica<sup>22</sup> e a justiça municipal, esta exercida pelos juízes leigos das câmaras.<sup>23</sup>

Inicialmente, portanto, a administração da justiça foi entregue aos senhores donatários das capitanias hereditárias que, na qualidade de possuidores soberanos da terra, acumulavam o exercício de todas as funções de administração, justiça e de caráter militar.<sup>24</sup>

O primeiro cargo de autoridade da Justiça Colonial, por força do que rezavam as Cartas de Doação, foi o de ouvidor, cargo particular designado e subordinado aos donatários das capitanias hereditárias por prazo renovável de 3 anos. Os ouvidores eram, na verdade, meros representantes judiciais dos donatários, com competência cível e criminal.<sup>25</sup>

Conforme bem observa Faoro:<sup>26</sup>

<sup>20</sup> PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 23. ed. 7. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 298-299.

<sup>21</sup> WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 39-40.

<sup>22</sup> O direito inquisitorial constituía uma seção à parte: "Instituição paraestatal, a Inquisição baseava-se no direito canônico e nos decretos tridentinos, mas tinha seu regimento baixado pelo rei. Sua jurisdição era cumulativa, em muitos aspectos, com a justiça secular definida nas Ordenações – nos dispositivos relativos, por exemplo, a hereges, apóstatas, feiticeiros, bigamos, etc. - e com a justiça eclesiástica, o que geraria conflitos de competência". *Ibidem*, pág. 43. Importante recordar que, em 1769, no período da administração do Marquês de Pombal, a Inquisição deixou de controlar o Tribunal do Santo Ofício que passou a ser um tribunal régio como os demais. MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 55.

<sup>23</sup> WEHLING, WEHLING, *op. cit.* p. 42.

<sup>24</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2005. p. 58.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 58-59.

<sup>26</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. 5. reimp. São Paulo: Globo, 2001. p. 137-138.

Para a continuidade do empreendimento, tecido com a experiência tradicional, seriam necessários recursos que o rei não possuía e o reino não lograria congregar, senão penosamente, retraídos os financiadores diante do fomento de produtos, no momento, pouco rentáveis. Daí uma reforma de sistema: cada feitoria seria uma agência de distribuição de terras, de cobrança de tributos, cumulando o poder administrativo com as funções bancárias. [...] A iniciativa particular, insista-se, torna-se admissível porque, no campo a ela reservado, o poder político se abstém, sem desprezar-lhe a atenção, a vigilância e o controle.

O capitão e governador, portanto, eram colonos como os demais, porém detentores de privilégios, entre os quais sobressaíam suas funções públicas - privilégios não mais econômicos mas de competência pública, restrita aos poderes centralizadores do monarca.<sup>27</sup>

A partir de 1549, com a implantação do primeiro governo-geral, houve alargamento das responsabilidades burocráticas e fiscais, passando os ouvidores a serem ouvidores-gerais, com maiores po-

deres e alguma independência.<sup>28</sup> No entanto, não se tratava de uma quebra no sistema, mas de puro ajuste.<sup>29</sup>

Com o advento dos governadores-gerais, a metrópole, de fato, apenas estendeu seu próprio sistema à colônia, nada criando de original. Isso deu origem a vários problemas, dada a desconsideração das especificidades da realidade colonial.<sup>30</sup>

A medida mais nefasta no tocante a esta reprodução do modelo metropolitano foi a centralização do poder e a concentração das autoridades nas capitais e sedes, deixando o restante do território praticamente desgovernado e com léguas e léguas desprovidas de qualquer autoridade.

Se é verdade que a extensão do país dificultava à administração chegar eficientemente em todos os rincões, não há que se desconsiderar os efeitos perversos desta opção.<sup>31</sup> "(o)u se tratava de uma vila, então todas aquelas autoridades deviam estar presentes, ou não era vila, e não tinha nada."<sup>32</sup>

Ademais, como bem ressaltam os Wehling:

Essa *área de ingovernabilidade* não representava apenas uma fronteira espacial, mas também social. A

<sup>27</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. 5. reimp. São Paulo: Globo, 2001. p. 141.

<sup>28</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2005. p. 59.

<sup>29</sup> FAORO, op. cit. p. 142.

<sup>30</sup> PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 23. ed. 7. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 301.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 302-303.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 303.

justiça oficial, formal, letrada e dispendiosa, penetrava precariamente em regiões cuja população era formada majoritariamente por analfabetos e pobres, que não entendiam o direito escrito e pagavam com dificuldades as custas judiciais.

A organização da carreira da magistratura portuguesa, no Brasil, demandara, já antes mesmo da vinda de Dom João VI, algumas importantes alterações, dado que o incremento populacional tornava a administração da justiça no interior da Colônia cada vez mais difícil.<sup>33</sup>

Como já observado, ela era realizada pelos juízes ordinários ou de terra, eleitos entre os “homens bons”,<sup>34</sup> incapazes de eliminar o arbítrio dos eleitores e dos capitães-mores, de forma que em 1696 foram enviados juízes da Coroa para o interior.

Entre eles, os mais importantes eram os juízes de fora, que receberam a atribuição de presidir as câmaras municipais, controlando o processo eleitoral e influenciando a política local.<sup>35</sup>

Quando da chegada da Corte, a estrutura judicial colonial era

composta pelos Tribunais da Relação de Salvador (que abrangia as comarcas do Norte) e do Rio de Janeiro (fundado em 1751 e que abrangia as comarcas do Sul), ouvidores gerais das capitânicas, juízes de fora e ouvidores de comarca, além dos juízes ordinários eleitos nos municípios.<sup>36</sup>

Dom João, em seguida, criou os equivalentes da Casa da Suplicação e do Desembargo do Paço e, em 1828, foram criados os cargos de juiz de paz, com atribuições ampliadas, na época do Império, pelo Código de Processo Criminal de 1832.<sup>37</sup> Ao ser proclamada a Independência, o país contava com mais dois Tribunais da Relação, Pernambuco e Maranhão.<sup>38</sup>

Ademais, desde o Brasil Colônia, os magistrados envolviam-se, freqüentemente, em atividades políticas e administrativas, sendo que seu treinamento para tarefas do governo tinha o exercício destas atividades como um elemento adicional.

Também a organização judiciária reproduzia a estrutura portuguesa.<sup>39</sup> A primeira instância era composta por juízes singulares que podiam ser ouvidores, juízes ordiná-

<sup>33</sup> Enquanto se constata a forte centralização do poder estatal português na Metrópole, na Colônia, verifica-se “[...] a rarefação do poder político, nos primeiros séculos, (que) dá margem a um processo de fortalecimento do poder privado [...]” (VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 3).

<sup>34</sup> Os juízes ordinários não necessitavam sequer ser letrados, ou seja, formados em Coimbra e membros da magistratura portuguesa (ver CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro, Ed. UFRJ, 1980. p. 158).

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>36</sup> Os juízes locais eleitos detinham competência para a conciliação prévia de causas cíveis em geral (em WOLKMER, Antonio Carlos. *A Magistratura Brasileira no Século XIX. Sequência. Estudos jurídicos e políticos*. n 35, editora UFSC, 1997. p. 28).

<sup>37</sup> CARVALHO, op. cit. p. 158.

<sup>38</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2004. p. 16.

<sup>39</sup> Segundo WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 153: “[...] modelo concentrado de administração, já burocrático, com o modelo patrimonial, difratado”.

rios ou juízes especiais (estes divididos em juízes de vintena, juízes de fora, juízes de órfãos, juízes de sesmarias, etc.) e, a segunda instância, por colegiados de juízes denominados desembargadores, agrupados nos chamados Tribunais da Relação.

Na metrópole, havia a Casa da Suplicação, uma espécie de Tribunal de Terceira Instância e o Desembargo do Paço, supremo conselho institucionalizado e esfera mais elevada de jurisdição.<sup>40</sup>

A justiça de caráter ordinário não tinha suas funções limitadas às de natureza judicial.<sup>41</sup> Os juízes de fora presidiam a câmara municipal e tinham uma série de responsabilidades de natureza administrativa. As atribuições dos ouvidores eram as mesmas dos juízes de fora, mas ampliadas para a esfera da comarca.<sup>42</sup>

A Câmara, por exemplo, era responsável pela nomeação do juiz almotacel que fiscalizava o co-

mércio de gêneros de primeira necessidade e zelava pela higiene e limpeza públicas, bem como dos juízes vintenários ou de vintena que tinham jurisdição nas freguesias e idêntica atribuição à dos juízes de fora ou ordinários, embora com alçada muito reduzida em relação a estes.<sup>43</sup>

As Câmaras também editavam posturas, processavam e julgavam crimes de injúrias verbais, pequenos furtos e infrações de seus editos (causas de almotaçaria), resolviam questões entre partes litigantes que versassem sobre servidões públicas e terras de seu patrimônio.<sup>44</sup>

Os juízes ordinários, com funções judiciais e administrativas,<sup>45</sup> em geral em número de dois, tinham como requisito para ocupação do cargo tão somente serem considerados "homens bons" do município.<sup>46</sup> Eram eleitos pelos "homens bons", ou seja, o povo qualificado, homens constantes de listas elaboradas para

<sup>40</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2005. p. 59-60.

<sup>41</sup> "Pondere-se, ainda, que as atribuições locais e do governo-geral não se delimitam fixamente, como confusas são as atividades em todos os setores judiciários ou administrativos. Os juízes e oficiais fiscalizam o comércio, cuidam da justiça, expedem ordens, em controle não apenas exterior e formal como nos tempos atuais, mas em vigilância íntima e profunda". FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. 5. reimp. São Paulo: Globo, 2001. p. 215.

<sup>42</sup> WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 38-39.

<sup>43</sup> PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 23. ed. 7. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 317.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> "[...] a pluralidade de atribuições do juiz ordinário fazia-o, em geral, responsável por aspectos administrativos e fiscais, além dos especificamente judiciais. Além disso, em conjunto com os demais oficiais da Câmara – os vereadores e o procurador – também elaborava a legislação local. Possuía, igualmente, atribuições de ministério público, como as de representar a Câmara contra as ações particulares que prejudicassem o interesse comum". WEHLING, WEHLING, op. cit. p. 66. No mesmo sentido, PRADO JUNIOR, op. cit. p. 319: "O juiz ordinário ou de fora, além de suas funções como membro do Senado e seu presidente, tem uma esfera própria que além de judiciária, é igualmente administrativa. [...] além de julgar e dar sentenças, isto é, resolver os litígios entre as partes desavindas, ele é um agente da administração e um executor de suas providências. Em ambos os casos, representa uma instância superior aos juízes vintenários, e inferior do ouvidor da comarca".

<sup>46</sup> WEHLING, WEHLING, op. cit. p 51-56.

este fim, muitas vezes chamados de "republicanos".

Tais eleições, a princípio, eram indiretas, com a elaboração de listas tríplexes elaboradas pelos votantes, com três nomes indicados para os cargos da Câmara. Com os nomes mais votados eram elaboradas novas listas tríplexes, definitivas, que eram encerradas em bolas de cera, chamadas de "pelouros".

No dia 08 de dezembro de cada ano, em cerimônia pública e aberta à população, um menino de sete anos retirava um dos três pelouros, que continha a lista que seria usada no ano seguinte. Após três anos consecutivos, procedia-se nova eleição.

No entanto, se algum dos eleitos estivesse impedido por alguma razão e fosse necessária sua substituição, a escolha do substituto era realizada diretamente pela Câmara, sendo o processo chamado de "eleição de barrete". Todos os eleitos, fosse em eleições de pelouro ou de barrete, deveriam ser confirmados pelo ouvidor, por meio de cartas de usança.<sup>47</sup>

Com isso, constatava-se uma interferência do ouvidor da comar-

ca, que ocorria também em outros assuntos da administração municipal, inclusive na constituição da Câmara e na solução de problemas atinentes a impedimentos e licença de seus membros.<sup>48</sup>

O mandato dos juizes ordinários e dos demais membros da Câmara também poderia ser prorrogado por ordem do Governador, tal como ocorreu em São Paulo, em 1799, a requerimento dos novos juizes eleitos que requereram isenção do encargo e optou-se pela prorrogação do mandato em substituição à realização da eleição de barrete.<sup>49</sup> Trata-se de exemplo claro da ausência de efetiva definição na divisão dos poderes.

Nas localidades em que não havia câmara municipal, eram os juizes de vintena que ocupavam as funções de juiz ordinário.<sup>50</sup>

Os juizes de fora, por sua vez, surgidos em fins do século XVII,<sup>51</sup> eram magistrados profissionais, com formação jurídica e de nomeação real, com liberdade para sentenciar de forma independente (ao contrário do juiz ordinário que sentenciava com a participação dos vereadores).<sup>52</sup>

<sup>47</sup> PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 23. ed. 7. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 315.

<sup>48</sup> *Ibidem*. p. 317.

<sup>49</sup> *Ibidem*. p. 317-318.

<sup>50</sup> WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 57. A competência dos juizes de vintena "[...] abrangia as coimas (multas sobre a entrada de gado em terrenos vizinhos) e danos diversos. Não se estendia a bens de raiz nem a feitos criminais, embora pudesse prender em flagrante um acusado, dentro de sua jurisdição ou a requerimento das partes, com mandado judicial". *Idem*.

<sup>51</sup> "Com a consolidação dos tribunais da Relação, na Bahia e no Rio de Janeiro, e a introdução dos juizes de fora, definiu-se o quadro da judicatura, com os ouvidores à frente das comarcas e os tribunais como instâncias recursais. Desapareceram, assim, ao longo da história colonial, as figuras do ouvidor-geral do Estado do Brasil e dos ouvidores de capitânias, este último cargo extinto formalmente por lei de 1790, mas já em desuso". *Ibidem*, p. 77.

<sup>52</sup> *Ibidem*. p. 71-73.

Também os ouvidores contavam com formação jurídica e eram profissionais, tendo suas atribuições fixadas nas Ordenações Filipinas.<sup>53</sup> Poderiam receber ações novas ou avocar a si processos em tramitação perante juízes locais quando lhes parecesse que estes não realizariam adequadamente a justiça.<sup>54</sup>

Em geral, os ouvidores acumulavam a função de corregedor, ou seja, fiscal da administração, incumbindo-lhe a jurisdição nas comarcas e em todos seus termos. Os ouvidores eram nomeados pelo rei por três anos, sendo que nas comarcas mais importantes (Bahia e Rio de Janeiro), havia dois ouvidores, sendo um do cível e outro do crime, fazendo ambos parte do Tribunal da Relação daquelas cidades.<sup>55</sup>

Os Tribunais da Relação eram basicamente cortes de apelação,<sup>56</sup> do ponto de vista judicial, mas também desempenhavam funções extrajudiciais políticas e administrativas.<sup>57</sup> E quem era o magistrado do Tribunal da Relação? Os Wehling nos respondem no tocante ao Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1752-1808):

O magistrado [...] era um desembargador nomeado pelo rei, por

intermédio da Mesa do Desembargo do Paço. Havia cumprido, como seus congêneres das Relações do Porto, Goa e Bahia, um *cursus honorum*, que se iniciara com a formatura em direito na Universidade de Coimbra, passara pelo exame de ingresso ao serviço público (a "leitura de bacharéis") e continuara pela prestação de serviços na administração judiciária, geralmente como juiz de fora e ouvidor de comarca.

Promovido a desembargador e designado para servir no Rio de Janeiro, deveria atender a um perfil jurídico-institucional que estava fundamentalmente definido em normas de variada natureza. Tal perfil previa suas características pessoais (morais, psicológicas e materiais) e a natureza das funções a desempenhar. Em casos de transgressão, esse perfil jurídico-institucional era frequentemente invocado com o objetivo de se restabelecer o equilíbrio perdido.

As Relações eram presididas pelo Governador na Bahia e o Vice-Rei no Rio de Janeiro, contando com a participação dos já mencionados ouvidores, sendo que eram considerados desembargadores todos seus membros, fossem eles agravistas, procuradores ou juízes da coroa.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 77.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>55</sup> PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 23. ed. 7. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 319.

<sup>56</sup> "Nas atribuições judiciais dos tribunais da Relação estavam o recebimento de algumas ações em competência originária, de acordo com o previsto em seus regimentos. Eram, entretanto, principalmente um órgão recursal, ao qual recorriam aqueles que, em despachos interlocutórios ou sentenças definitivas de juízes ordinários, juízes de fora ou ouvidores, tinham seus interesses e eventuais direitos prejudicados. Exerciam, também, funções de correição nas áreas sob sua jurisdição". WEHLING, WEHLING, op. cit. p. 81.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 83

Embora Caio Prado Junior afirme que eram Tribunais com atribuições judiciárias e administrativas cuja função unicamente como tribunal de recursos e instância superior fez com que houvesse reduzido papel na administração, assemelhando-se mais aos nossos tribunais judiciários modernos,<sup>59</sup> Wehling<sup>60</sup> afirma que:

[...] o magistrado da Relação, embora já exercendo funções especializadas, de natureza judicial, acumulava-as com outras, de natureza também técnico-jurídica, como o ministério público, além das atividades políticas e administrativas que o tornavam de fato um membro do governo colonial.

Estando integrados no Estado em sua manifestação típica do Antigo Regime, a atividade judicial dos desembargadores era submetida à autoridade administrativa, sem a independência posteriormente existente no constitucionalismo.<sup>61</sup>

“Estando integrados no Estado em sua manifestação típica do Antigo Regime, a atividade judicial dos desembargadores era submetida à autoridade administrativa, sem a independência posteriormente existente no constitucionalismo.”

No entanto, já na época da Relação no Brasil, tratava-se de profissionais bacharéis em Direito, formados pela Universidade de Coimbra, ocupantes de cargo de “letras na administração judiciária” obtido mediante concurso.<sup>62</sup>

Estes concursos eram chamados de leituras e eram precedidos por curta atuação profissional na condição de advogado, em geral por cerca de dois anos, embora em alguns casos o prazo tenha sido um pouco mais elástico.<sup>63</sup>

O processo de ingresso era iniciado mediante petição ao rei na qual se apresentava em busca de habilitação para ocupar cargo de letras. Se despachado favoravelmente, o processo era encaminhado para a comarca de origem do candidato, onde eram inquiridas testemunhas, em número de sete, para comprovar o atendimento, pelo candidato, dos requisitos para o cargo.

As custas de instrução do feito corriam por conta do candidato

<sup>58</sup> Segundo os WEHLING: “Os desembargadores no Tribunal da Relação cumpriam papéis diferenciados, conforme as respectivas funções. Podemos considerar seis destas: a presidência do órgão, compreendendo o governador e o chanceler; os desembargadores de Agravos e Apelações; o ouvidor-geral do Crime; o ouvidor-geral do Cível; o juiz da Coroa; e o procurador da Coroa”. WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 146.

<sup>59</sup> PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 23. ed. 7. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 320.

<sup>60</sup> WEHLING, WEHLING, op. cit. p. 155.

<sup>61</sup> *Ibidem*. p. 146.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 153. Os autores ressaltam que até o século anterior, era possível encontrar ocupantes em tais cargos de “letras” sem que tivessem formação ou submissão prévia a concurso.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 251.

e, se decidido favoravelmente o processo após a instrução, ele estaria habilitado a prestar o exame, que consistia numa prova com o tema indicado pelos examinadores a partir de uma lista de pontos, contando o candidato com vinte e quatro horas para preparar-se.<sup>64</sup>

Os exames orais nos concursos para a magistratura atualmente também contam com sorteio de ponto e prazo para preparação do candidato, revelando que, ao final, algo daquele período foi mantido até a atualidade.

Por força da Resolução Régia de 1732, havia limites *estamentais* (nobreza, ou seja, ausência de exercício de função mecânica), *étnicos* (“pureza racial”, ou seja, não existência de sangue judeu, mouro, mulato ou cigano), *religiosos* (catolicismo tradicional e não recente) e *moraís* (boa conduta) para a composição da burocracia jurídica, embora nos processos individuais pudesse haver uma certa flexibilidade no exame de cada uma das exigências. Eram perguntas dirigidas às testemunhas ouvidas por ocasião da instrução prévia à habilitação para a leitura.<sup>65</sup>

- a) se sabia, ou suspeitava, do que lhe queriam perguntar “e se lhe disse alguém que sendo perguntado dissesse mais, ou menos, da verdade”;
- b) se conhecia o bacharel, seus pais e avós e por que motivo;
- c) se sabia ser o bacharel cristão-ve-

lho, “sem raça alguma de cristão-novo, mouro, mulato ou de outra qualquer infecta nação”;

d) “se ouviu, ainda que não saiba de certo, alguma fama, ou rumor em contrário, e a que pessoas ouviu, e em que ocasião”;

e) se sabia de ofício mecânico exercido pelo pai ou avô do requerente;

f) se o bacharel era pessoa de boa vida e costumes, “solteiro, ou casado com mulher de limpo sangue, sem raça”.

O objetivo pretendido era a identificação do igual: nobre, português, “puro”, cristão, de boa conduta, com a conseqüente marginalização do diferente: mecânico, mulato, cristão-novo, amoral. Essa política era flexibilizada apenas para permitir a assimilação do diferente que, buscando nova identidade, renunciasse à antiga, integrando-se totalmente ao novo grupo.<sup>66</sup>

Eram requisitos, portanto, para o ingresso na magistratura: nacionalidade portuguesa (sem discriminação da condição colonial), pureza de sangue (ausência de judeus, mouros e mulatos), religião católica, ascendentes de boa linhagem (fidalgos, membros da alta burocracia, proprietários rurais abastados e grandes comerciantes) e habilitação profissional (conclusão do curso jurídico da Universidade de Coimbra).

Formado o bacharel, conforme já registrado, a seleção para ingresso na Magistratura, inicialmente, examinava a pureza de san-

<sup>64</sup> WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 252-253.

<sup>65</sup> *Ibidem*. p. 254.

<sup>66</sup> *Ibidem*. p. 260-261. Nas páginas anteriores são descritas várias situações em que as exigências foram flexibilizadas.

gue, rejeitando judeus, mulatos e mouros, e a ausência de relações familiares com o comércio e o artesanato. Em seguida, o candidato submetia-se à "leitura", ou seja, ao exame de matérias jurídicas, que era realizado após dois anos de práticas forenses.

Os aprovados passavam a integrar uma lista, à espera de vagas na carreira. Não havia discriminação quanto à origem territorial, nem mesmo para fins de atuação, de forma que brasileiros atuavam tanto nas Colônias quanto na Metrópole.<sup>67</sup> Aliás, Venâncio Filho ressalva que brasileiros constituíam a elite intelectual e política mesmo na própria metrópole.<sup>68</sup>

A carreira, como já dito, era iniciada com o cargo de juiz de fora. Em seguida, ouvidor ou corregedor, desembargador em Goa, Porto ou Salvador e, posteriormente, na Casa da Suplicação e no Desembargo do Paço de Lisboa (a mais alta Corte de Justiça de Portugal, a quem

cabia a nomeação e a fiscalização dos juizes). O serviço era prestado na Metrópole e nas Colônias, havendo uma grande circulação dos magistrados que assim ficavam ligados a todo o sistema burocrático.<sup>69</sup>

No entanto, a regulamentação da carreira pretendia assegurar – em conjunto com a formação já destinada a tanto – que os magistrados permanecessem a serviço do rei e dele não se afastassem.<sup>70</sup> A atuação da magistratura tinha que ser eficiente. Assim, buscou-se a aplicação dos padrões tradicionais portugueses, com adaptações

para melhor adequação às necessidades da Colônia.<sup>71</sup>

Aos magistrados incumbia a interpretação e garantia da segurança do sistema e a solução dos conflitos de interesses das elites dominantes. Por isso, buscava-se assegurar a lealdade, imparcialidade e eficiência administrativa dos juizes mediante a redução de seus contatos com a vida local.<sup>72</sup>

"Aos magistrados incumbia a interpretação e garantia da segurança do sistema e a solução dos conflitos de interesses das elites dominantes. Por isso, buscava-se assegurar a lealdade, imparcialidade e eficiência administrativa dos juizes mediante a redução de seus contatos com a vida local."

<sup>67</sup> CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1980. p. 156.

<sup>68</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 8.

<sup>69</sup> "A única limitação à circulação provinha do fato de ser a magistratura dividida em dois corpos, o do Oceano Atlântico e o do Oceano Índico, divisão inexistente para os cargos executivos" (em: CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1980. p. 156).

<sup>70</sup> "A justiça e a burocracia reais estavam baseadas na honestidade e imparcialidade da magistratura e, ao mesmo tempo, na sua obediência e lealdade para com o rei. [...] a competência profissional era altamente valorizada. Mais ainda, esperava-se que os juizes reais projetassem uma certa imagem" (em: SCHWARTZ, Stuart. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 138).

<sup>71</sup> *Ibidem*. p. 137

<sup>72</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *A Magistratura Brasileira no Século XIX. Sequência. Estudos jurídicos e políticos*. n 35, editora UFSC, 1997. p. 24.

<sup>73</sup> CARVALHO, op. cit. p. 157.

Para tanto, eram usadas duas táticas. A primeira consistia na elevação dos juízes na estrutura social, outorgando-lhes posição de grande riqueza, *status* social e prestígio, de forma a assegurar respeito inabalável.<sup>74</sup> Schwartz afirma que:

Os desembargadores recebiam altos salários, gratificações financeiras, e gozavam da isenção de certos impostos. Não podiam ser tocados. O ataque físico a um desembargador era punido com a pena de morte e a difamação, com o exílio.<sup>75</sup>

A mobilidade social auferida pela conquista do cargo de desembargador é mencionada também pelos Wehling.<sup>76</sup>

Ser desembargador da Relação representava a consolidação de um processo de ascensão, não dos segmentos mais baixos da sociedade portuguesa ou colonial – como seria o caso de camponeses ou artesãos, ausentes aqueles e presentes estes em apenas quatro casos de avós – mas de setores intermediários desta sociedade estamental que lutavam para assegurar um *status*, quer através da riqueza, como os comerciantes, quer através da ocupação de cargos municipais, como os proprietários rurais, quer participando de funções estatais, como os militares ou os serventuários da justiça.

E concluem os historiadores do Direito brasileiros:<sup>77</sup>

Gerações de bem-nascidos compuseram assim, sucessivamente, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro: descendentes de fidalgos e de membros da alta burocracia judiciária, em minoria, junto a representantes do setores emergentes da sociedade, majoritários. Todos, de qualquer modo, tornando-se enobrecidos pelo serviço real.

Tratava-se de reflexo do processo que atingia, em maior ou menor grau, a todos os funcionários públicos da época:

O cargo público em sentido amplo, a comissão do rei, transforma o titular em portador de autoridade. Confere-lhe a marca de nobreza, por um fenômeno de interpenetração inversa de valores. Como o emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos.<sup>78</sup>

O processo é típico de uma sociedade onde a emancipação de classes nunca ocorreu:<sup>79</sup>

[...] a ascensão social se desvia, no topo da pirâmide, num processo desorientador, com o ingresso no estamento. A ambição do rico co-

<sup>74</sup> O mesmo autor, em seguida, conclui que: “Os esforços no sentido de elevar os desembargadores acima da sociedade e separá-los dela tiveram o efeito exatamente oposto. A fortuna, o poder, o status e o cargo dos desembargadores tornavam o contato com eles muito desejável para importantes grupos sócio-econômicos e grandes famílias” (em: SCHWARTZ, Stuart. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 141).

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>76</sup> WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 273.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 274.

<sup>78</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. 5. reimp. São Paulo: Globo, 2001. p. 202.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 247.

merciante, do opulento proprietário não será possuir mais bens, senão o afdalgamento, com o engaste na camada do estado-maior de domínio público.

Por outro lado, a nomeação para atuação em cada colônia era por apenas seis anos, e havia a proibição de casamento (exceto por licença especial), de exercício do comércio e a aquisição de propriedade de terras na área da jurisdição.<sup>80</sup>

A Coroa tinha conhecimento da possibilidade de pressões sociais e econômicas sobre os magistrados de forma que pretendu afastá-los de ligações com a sociedade. Para tanto, os desembargadores

[...] deveriam morar em residências próximas umas das outras e limitar seu contato social com outras pessoas da sociedade. O casamento com moças no Brasil era expressamente proibido pelo alvará de 22 de novembro de 1610 [...] As ordenações reais também proibiam que o magistrado tivesse negócios ou adquirisse terras na área de sua alçada. **Por detrás destas medidas se encontrava a crença de que a magistratura podia fun-**

**cionar num vácuo social, isento de pressões familiares, de amigos ou interesse.**<sup>81</sup>

Essas restrições nem sempre eram observadas, em especial por desembargadores (brasileiros ou portugueses) que pretendiam permanecer no Brasil.<sup>82</sup> Assim, os desembargadores envolviam-se em relações familiares e de obrigações sociais especialmente pelo casamento, porém também por meio do compadrio, tornando-se padrinhos de batismo ou de casamento de brasileiros e contando com a sanção religiosa para tanto.<sup>83</sup>

A reação da Coroa à desobediência a estes preceitos era curiosa. Nada obstante a proibição de laços de parentesco dentro da área de jurisdição, por exemplo, um certo desvio dos princípios legais era tolerado. No entanto, se houvesse interesse, a lei poderia

ser aplicada integralmente e o juiz, punido. Com isso, a Coroa detinha total controle sobre os magistrados, eis que em suas mãos estava a avaliação do comportamento e o controle do desempenho burocrático.<sup>84</sup> Completava-se o processo de garantia do compromisso dos juizes com a ordem vigente.

“Ocorria o que foi chamado de ‘abrasileiramento da magistratura’, ou seja, a corrupção das metas essencialmente burocráticas, com os critérios de validade passando a ser imputados às pessoas, à posição social e aos interesses econômicos. Desde que os juizes fossem obedientes e leais à Coroa, possíveis irregularidades ou desvios do objetivo profissional eram acomodados pelo controle fiscalizador da Coroa. Assim, [...] a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial.”

<sup>80</sup> CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1980. p. 157.

<sup>81</sup> SCHWARTZ, Stuart. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 138. Negritamos.

<sup>82</sup> CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1980. p. 157.

<sup>83</sup> SCHWARTZ, op, cit.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>85</sup> *Idem*.

Conclui Schwartz: “Esta talvez fosse a única maneira de reconciliar as exigências do governo real com os desejos dos magistrados e as necessidades dos colonizadores.”<sup>85</sup> Os resultados eram a aceitação do magistrado na sociedade colonial em decorrência de sua interação na estrutura de parentesco e a aquisição de propriedades mediante dotes ou herança.<sup>86</sup>

Wolkmer afirma que:<sup>87</sup> “(o)s magistrados revelavam lealdade e obediência enquanto integrantes da justiça criada e imposta pela Coroa, o que explica sua posição e seu poder em relação aos interesses reais, resultando em benefícios nas futuras promoções e recompensas”.

Ocorria o que foi chamado de “abrasileiramento da magistratura”, ou seja, a corrupção das metas essencialmente burocráticas, com os critérios de validade passando a ser imputados às pessoas, à posição so-

cial e aos interesses econômicos.<sup>88</sup> Desde que os juízes fossem obedientes e leais à Coroa, possíveis irregularidades ou desvios do objetivo profissional eram acomodados pelo controle fiscalizador da Coroa.<sup>89</sup> Assim, “[...] a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial.”<sup>90</sup>

Portanto, não há dúvidas de que a magistratura sempre foi um dos suportes da ordem, sendo certo que, posteriormente, teve papel fundamental na manutenção do Império<sup>91</sup> e da unidade nacional e para evitar o caos político.<sup>92 e 93</sup>

Afinal, no período colonial, o treinamento era destinado para que atendessem mais aos interesses da administração colonial do que para fazer justiça. O desenvolvimento de práticas rígidas, hierarquizadas e disciplinadas favorecia as práticas burocráticas para o exercício do poder

<sup>86</sup> SCHWARTZ, Stuart. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 144.

<sup>87</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 63.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>91</sup> Wolkmer registra que a antiga magistratura não aderiu integralmente à Independência do país, sendo que parte dos magistrados apoiaram a ruptura enquanto outros permaneceram leais à Coroa portuguesa (em WOLKMER, op. cit. p. 245). É importante observar que, nada obstante a alteração do regime do ponto de vista jurídico, substancialmente não houve grandes mudanças, tendo permanecido, inclusive, como Imperador D. Pedro I. Tal como lição recebida pelo Gattopardo de seu sobrinho Tancredi, no romance de Lampedusa (ver LAMPEDUSA, Tomasi di. *O Gattopardo*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 57), imortalizado em filme de Visconti: “Se nós não estivermos presentes, eles aprontam a república. Se queremos que tudo continue como está, é preciso que tudo mude.” (negritamos), absorvida pelo Príncipe (*Ibidem*, p. 88), após a unificação italiana: “Não há o que dizer, tudo está como antes, melhor que antes, aliás”. O pensamento “gattopardesco” não é novidade e vem se eternizando no mundo político. É célebre, neste mesmo sentido, a frase do governador de Minas Gerais Antônio Carlos, do Partido Republicano Mineiro, às vésperas da “Revolução de 30”: “Façamos a revolução antes que o povo a faça!” (em RIBEIRO, Maria Luísa Santos. *História da Educação Brasileira: a organização escolar*. 18. ed. rev. e ampl. Campinas: Autores Associados, 2003. p. 95).

<sup>92</sup> CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1980. p.164 e 174.

<sup>93</sup> É bem verdade que os fazendeiros, segundo Carvalho justificavam o apoio dos magistrados ao governo ao fundamento de que, ao contrário da magistratura inglesa, os magistrados brasileiros não eram financeira nem politicamente independentes, dependendo do governo para o progresso na carreira e melhores salários (em CARVALHO, op. cit. p. 164).

público pelos magistrados a fim de que o Estado restasse fortalecido.<sup>94</sup>

O estudo paralelo entre magistrados e padres adquire interesse diante do fato de que o Estado não era laico.<sup>95</sup> Entre as características dos magistrados que os diferenciavam dos padres, há a origem mais elitista, a composição de um grupo mais coeso, dada a grande possibilidade de ascensão profissional, e seu afastamento da população, na condição de guardiões da lei e pouca permanência nos seus postos, o que não os potencializava para o desempenho de funções de líderes populares.

Essas características dos magistrados justificam, inclusive, no período colonial, a baixa participação de membros destes grupos nas rebeliões ocorridas em fins do século XVIII e início do século XIX.

Analisando-se a ocupação dos condenados nas rebeliões de 1789 (Inconfidência Mineira), 1798 (Conjuração Baiana) e 1817 (rebelião pernambucana), verifica-se a quase ausência de magistrados nesses movimentos guiados pelo ideário das Revoluções Francesa e Americana, em especial contra o absolutismo e em defesa das liberdades políticas e da democracia.

Quadro 1 - Ocupação dos acusados nas rebeliões de 1789, 1798 e 1817: <sup>96</sup>

Ocupação	Rebeliões		
	1789	1798	1817
Sacerdotes	5	-	45
Magistrados	1	-	3
Militares			
Linha	9	11	45
Milícia	1	3	29
Ordenança	1	-	12
	11	14	86
Advogados, médicos-cirurgiões	3	2	-
Artesãos	-	6	-
Escravos	-	10	-
Outros	4	2	26
Sem informação	-	-	150
Total	24	34	310
(Pardos e negros)	-	24	15

FONTE: CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1980. p. 169.

<sup>94</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 25

<sup>95</sup> CARVALHO, op. cit. p. 167.

<sup>96</sup> Em 1789, faz referência à Conjuração Mineira, em Vila Rica – atual Ouro Preto; em 1798, à Revolta dos Alfaiates, em Salvador e, em 1817, à Revolução Liberal Pernambucana, em Pernambuco, com adesão dos estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte. ALENCAR, Francisco, CARPI, Lúcia e RIBEIRO, Marcus Venício. *História da Sociedade Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1985. p. 74-77 e 88.

No quadro acima, foram tomados em consideração os números absolutos, esclarecendo-se que na primeira rebelião foram considerados apenas os condenados; na segunda, também os indiciados e, na terceira, também os indiciados não condenados.<sup>97</sup>

O grupo de magistrados formado para constituir a elite da Colônia portuguesa foi responsável, a partir da Independência brasileira, pela unidade nacional, estando os magistrados sempre comprometidos com a irradiação do poder do Estado, em razão da natureza própria da atividade desempenhada:<sup>98</sup>

A atuação dos juristas na construção do Estado [...] deu-se em dois níveis: na cúpula da máquina estatal e em toda a sua extensão. Enquanto membros dos órgãos de cúpula, esse profissionais letrados representavam a principal parcela da elite política, assumindo papel central na formulação da política do Estado brasileiro que se começa a formar. Essa atuação, no Antigo Regime, de uma concepção jurisdicionalista de poder, em que os juristas controlavam a legitimidade das ações políticas e administrativas da Coroa por critérios jurisdicionais, e se transforma, no processo de construção do Estado brasileiro independente, numa ação governativa, em que as funções políticas se dão principalmente nos poderes legislativo e executivo. Enquanto no Antigo Regime

essa elite política atuava nos próprios órgãos da hierarquia judiciária, a partir do século XIX os magistrados que a compõem necessitam alcançar postos no âmbito de outros poderes que não o judiciário, num contexto constitucional em que já se consagra a separação de poderes. No tocante à extensão da máquina estatal, o papel dos magistrados permanece, em essência, o mesmo [...]. Constitui o corpo burocrático por excelência, instrumento necessário para levar o poder estatal às zonas periféricas do Estado. Como será visto, é justamente a organização judiciária que se transformará em foco dos debates protagonizados pela elite política em torno do modelo de Estado que se almejava construir.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Francisco, CARPI, Lúcia e RIBEIRO, Marcus Venício. **História da sociedade brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1985. 339 p.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1980.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. rev. 5. reimp. São Paulo: Globo, 2001. 913 p.

<sup>97</sup> ALENCAR, Francisco, CARPI, Lúcia e RIBEIRO, Marcus Venício. *História da Sociedade Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1985. p. 169.

<sup>98</sup> MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 15.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil**. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2004. 245 p.

LAMPEDUSA, Tomasi di. **O gattopardo**. Tradução e prefácio de Marina Colasanti. Rio de Janeiro: Record, 2000. 300 p.

MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: século XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 400 p.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 23. ed. 7. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2004. 390 p.

RIBEIRO, Maria Luisa Santos. **História da educação brasileira: a organização escolar**. 18. ed. rev. e ampl. Campinas: Autores Associados, 2003. 207 p.

SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979. [p. 137-152]

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2004. 357 p.

WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 680 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **A Magistratura brasileira no século XIX. Seqüência. Estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis: UFSC, 1997.

\_\_\_\_\_. **História do direito no Brasil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 170 p.



## JUÍZES PARA O MERCADO?

## JUDGES TO THE MARKET

Ana Paula Lucena Silva Candéas\*

**Resumo:** A autora analisa os impactos da globalização econômica sobre o Judiciário. Enfatiza quais sejam os valores propostos pelo Banco Mundial visando que aquele Poder se torne “**uma externalidade não prejudicial ao mercado**”, a exemplo: o atingimento de metas de maior credibilidade, eficiência, transparência, independência e previsibilidade, o que não tem sido recebido com total aceitação pelos magistrados brasileiros, notadamente os de primeira instância. conclui indagando se, ao implementar as medidas recomendadas pelo Banco Mundial estaria o Judiciário simplesmente cooperando com a expansão dos mercados internacionais, reforçando a hegemonia capitalista, ou se isso poderia levar exatamente à legitimação daquele Poder, reforçando suas funções instrumental, política e simbólica, indagação para a qual não trouxe resposta.

**Palavras-chave:** Globalização da economia. Capitalismo. Economia. Valor de mercado. Reforma do Judiciário. Banco Mundial. Serviço Judiciário.

**Abstract:** The author analyzes the impact of economic globalization on the Judiciary. She stresses the proposed values by The World Bank which certify that that branch of Power may become “a non-prejudicial external force to the market”, such as: the attainment of goals with higher credibility, efficiency, transparency, independence and foreseeability which hasn't been received with total approval by the Brazilian magistrates, especially by judges of lower courts. She concludes inquiring if the Judiciary would be cooperating with the expansion of international markets, by the implementation of the recommended procedures by The World Bank, reinforcing the capitalist hegemony, or if this could lead to the legitimization of that Power, reinforcing its instrumental, political and symbolical functions. A question to which there is no answer yet.

\* Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília, pós-graduada em Direito Internacional e Constitucional pela Universidade de Paris II (Panthéon-Assas) e pesquisadora do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça.

**Key words:** Globalization of the economy. Capitalism. Economics. Market value. Judiciary Reform. World Bank. Judicial Service.

**Sumário:** Introdução; 1 O Judiciário no contexto da globalização; 2 Os valores recomendados pelo Banco Mundial para o Judiciário; 3 Assimilação e rejeição de valores pelos Magistrados; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

As ações do Poder Judiciário produzem conseqüências que não se restringem às fronteiras nacionais. Nesse sentido, minha exposição visa examinar os valores propostos pelo Banco Mundial<sup>1</sup> para a reforma dos sistemas jurídicos num contexto de globalização: como são construídos tais consensos no meio internacional, sua influência no plano nacio-

nal e a assimilação ou rejeição desses valores.

O sistema capitalista globalizado procura construir consensos internacionais em torno de valores que promovam a economia de mercado. Constrói-se um discurso hegemônico, em grande parte produzido por organizações financeiras multilaterais, dirigido às instituições políticas e jurídicas nacionais. O principal exemplo é o Consenso de Washington,<sup>2</sup> que

<sup>1</sup> O Banco Mundial é uma organização especializada do sistema das Nações Unidas. As relações entre o Banco Mundial e as Nações Unidas são regidas por um acordo aprovado pelo Conselho de Governadores do Banco Mundial e pela Assembleia-Geral da ONU (1947), em virtude do qual o Banco adquiriu o caráter de organismo especializado das Nações Unidas. Sua existência, entretanto, é anterior à da ONU, pois surgiu na Conferência de Bretton Woods, em 1944, que também criou o Fundo Monetário Internacional. Essas duas instituições tinham objetivos conexos: o FMI se ocuparia de temas monetários e o Banco Mundial, de temas relativos ao desenvolvimento econômico. A missão inicial do Banco Mundial era favorecer a reconstrução dos países destruídos pela guerra. Em seguida, orientou sua ação para a assistência aos países em desenvolvimento. Lavallo nota que o fato de o estatuto do Banco somente conferir de forma explícita à instituição missões de natureza rigorosamente financeira não impediu de ultrapassar largamente esse quadro estreito e exercer atividades de promoção de desenvolvimento. Sustenta Lavallo que o alargamento dessas funções reflete a adaptação do Banco a formas novas de cooperação internacional não existentes à época de sua fundação. (LAVALLE, Roberto. *La Banque Mondiale et ses filiales: aspects juridiques et fonctionnement*. Paris: Bibliothèque de Droit International, 1972. (Série Organisations Internationales), p. 21, 27, 30. Em direito internacional, Pierre-Marie Dupuy descreve esse fenômeno como "phénomènes de rétroaction". Ele define o fenômeno da seguinte maneira: "Les organisations internationales sont poussées par la dynamique de leur fonctionnement à s'affranchir de la tutelle de leurs membres constitutifs. On observe ainsi en pratique des phénomènes fréquents de rétroaction, selon lesquels, constituées par les États pour réaliser ce que ces derniers poursuivent, les institutions, par le fait même de leur existence et de leur fonctionnement mais aussi de l'affirmation d'une personnalité juridique autonome, conditionnent à leur tour le comportement de leurs créateurs" ("As organizações internacionais são levadas, pela dinâmica de seu funcionamento, a se libertar da tutela de seus membros constitutivos. Observam-se na prática, assim, fenômenos frequentes de retroação segundo os quais, constituídos pelos Estados para realizar objetivos por estes desejados, as instituições, pelo próprio fato de sua existência e de seu funcionamento, mas também pela afirmação de sua personalidade jurídica autônoma, condicionam por seu turno o comportamento de seus criadores". (DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 1995. p. 109).

<sup>2</sup> **Consenso de Washington.** Em 1989, ocorreu em Washington, o encontro *Latin America Adjustment: How much has happened?* patrocinado pelo *Institute for International Economics*. O evento reuniu economistas latino-americanos e funcionários do FMI, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento e do governo norte-americano. Os participantes estabeleceram dez pontos consensuais: 1 – Disciplina Fiscal (o Estado deve limitar seus gastos à arrecadação, eliminando o déficit público); 2 –

pressionou pela reforma do Estado a fim de favorecer um ambiente propício para os investimentos.

Uma leitura dos documentos do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento evidencia uma série de valores destinados a aprimorar o funcionamento dos sistemas judiciais e influenciar no processo decisório dos juízes: previsibilidade, independência, eficiência, transparência, credibilidade, combate à corrupção, proteção à propriedade privada, acessibilidade e respeito aos contratos.

Os agentes econômicos, ao estabelecerem os índices de risco-país, têm observado os Judiciários nacionais.<sup>3</sup> A preocupação de economistas e investidores é a de que o Judiciário seja previsível, eficiente e respeite os contratos, reduzindo a margem de risco e proferin-

do decisões não-politizadas.

Muitos desses valores já fazem parte da retórica e da prática dos magistrados brasileiros. Por outro lado, os magistrados parecem refratários ao valor “previsibilidade” das decisões judiciais. Ao contrário dos agentes econômicos, os magistrados aderem a valores do Estado, valores democráticos enunciados sob uma perspectiva de justiça. No processo de formação de seu convencimento, o juiz busca restabelecer o equilíbrio das partes, usando, por exemplo, o princípio da equidade.<sup>4</sup>

“Uma leitura dos documentos do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento evidencia uma série de valores destinados a aprimorar o funcionamento dos sistemas judiciais e influenciar no processo decisório dos juízes: previsibilidade, independência, eficiência, transparência, credibilidade, combate à corrupção, proteção à propriedade privada, acessibilidade e respeito aos contratos.”

## 1 O JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

### a) Ordem mundial e globalização

Globalização é definida por David Held<sup>5</sup> como um con-

Foco dos gastos públicos em educação, saúde e infra estrutura; 3 – Reforma Tributária (carga tributária com maior peso nos impostos indiretos e menor progressividade nos impostos diretos); 4 – Liberalização financeira (eliminar restrições que impeçam instituições financeiras internacionais de atuar com igualdade com as nacionais e afastamento do Estado do setor); 5 – Taxa de câmbio competitiva; 6 – Liberalização do comércio exterior (redução de alíquota de importação e estímulos à exportação); 7 – Eliminação de restrições ao capital externo (permitindo investimento direto estrangeiro); 8 – Privatização (venda de empresas estatais); 9 – Desregulamentação (redução da legislação de controle do processo econômico e das relações trabalhistas); 10 – Proteção à propriedade intelectual.

<sup>3</sup> O Ex-presidente do Banco Mundial, James Wolfensohn, defendia que os países fossem avaliados pela qualidade de sua governança, em particular pelo desempenho do sistema judicial, dos procedimentos de solução de conflitos, da rede de segurança social, do império da lei e do sistema operacional representado pelas políticas econômicas (FRIEDMAN, Thomas. *O Lexus e a Oliveira: Entendendo a Globalização*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 1999. p. 185-186).

<sup>4</sup> O princípio da equidade se funda na circunstância especial de cada caso concreto, concernente ao que for justo e razoável. Quando a aplicação estrita da lei produzir clara situação de injustiça, a equidade poderá corrigir seu rigor, aplicando o princípio que vem do Direito Natural em face da verdade sabida ou da razão absoluta (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. p. 537).

<sup>5</sup> David Held interpreta a globalização como um processo não linear, definindo-a como um processo (ou conjunto de processos) que compreende uma transformação na organização espacial das relações sociais e transações sociais, avaliada em função de seu alcance, intensidade, velocidade e repercussão, e que gera fluxos e redes transcontinentais ou interregionais de atividade, de interação e de exercício de poder (HELD, David et al. *Transformaciones Globales: Política, Economía y Cultura*. México, Oxford: University Press, 2002. XLDX).

junto de processos que compreende uma transformação na organização espacial das relações sociais, gerando fluxos e redes transnacionais de atividade, de interação e de exercício de poder. Held apresenta três perspectivas da globalização:

I) a hiperglobalista,<sup>6</sup> que privilegia a lógica econômica e questiona a concepção tradicional do Estado como unidade básica da ordem mundial – seria a visão dos “ultra liberais”;

II) a cética,<sup>7</sup> que considera a globalização um mito e contesta a redução do papel do Estado – seria a visão da “esquerda”;

III) a transformacionista, que considera a globalização um processo histórico de longo prazo, que gera uma desterritorialização da atividade econômica, mas não questiona a supremacia jurídica dos Estados – ao contrário, afirma que a globalização

transforma e reconstitui o poder, as funções e a autoridade dos Estados, ao mesmo tempo em que instaura regimes internacionais nos planos econômico, político, cultural e ecológico.

Considero a visão transformacionista a mais adequada para o exame dos impactos da globalização sobre o Judiciário, na medida em que não questiona a supremacia jurídica dos Estados, mas admite a reconstituição do poder do Estado e de suas funções, combinando-as com a formação de uma “governança global”.<sup>8</sup>

Considero também que o Poder Judiciário busca adaptar-se ao capitalismo globalizado, respondendo às demandas de eficiência e transparência, a fim de conservar suas fontes e esferas de poder – sobretudo o monopólio do *juris dictio*.

David Held destaca quatro dimensões da globalização: “ação a

<sup>6</sup> Os hiperglobalistas (Ohmae, Cox) celebram a emergência de um mercado global e o princípio da competição como fatores do progresso. Para esses, o Estado se teria transformado numa arena fragmentada, permeada por redes transnacionais. O vínculo exclusivo entre território e poder político se rompe, e a soberania se teria transformado num exercício compartilhado do poder (HELD, David et al. *Transformaciones Globales: Política, Economía y Cultura*. México, Oxford: University Press, 2002. XXXII-XXXIV).

<sup>7</sup> Os céticos (Hirst, Thompson) negam a globalização como estado final e irreversível. Contestam a integração econômica global, a redução do papel do Estado e a diminuição das desigualdades entre Norte e Sul. Argumentam que em outros momentos históricos a integração dos mercados aconteceu com maior intensidade, como no final do século XIX. A internacionalização da economia depende do poder regulatório dos governos, que asseguram em última instância a liberalização econômica. Acreditam que a globalização é um subproduto da ordem mundial inaugurada pelos Estados Unidos após a Segunda Guerra (ibidem. XXXV-XXXVII).

<sup>8</sup> Carlos Milani aponta seis visões de governança (MILANI, Carlos. *Democracia e governança mundial*. UNESCO/UFRGS. Disponível em: <[http://www.unesco.org/most/demgov\\_port.htm](http://www.unesco.org/most/demgov_port.htm)>. Acesso em: 25/2/2003): 1) enquanto Estado mínimo, refere-se a uma nova forma de intervenção pública e ao papel dos mercados; 2) corporativa (“*corporate governance*”), idéia importada do mundo empresarial (teorias de *management*), acentua a necessidade de eficácia e de *accountability* na gestão dos bens públicos; 3) enquanto “*new public management*”, prega novos mecanismos institucionais na economia baseados nos métodos de gestão do setor privado; 4) “boa governança”, utilizada originalmente pelo Banco Mundial com referência a suas políticas de empréstimos, impõe a eficácia dos serviços públicos, a privatização das empresas estatais, o rigor orçamentário e a descentralização administrativa; 5) enquanto sistema sociocibernético, entendida como o padrão de comportamento de um sistema sociopolítico, como resultado da interação dos atores; baseada na dinâmica de redes e na complexidade dos atores; e 6) enquanto conjunto de redes organizadas, que envolvem atores diversificados como Estados, ONGs, redes profissionais e científicas e meios de comunicação.

distância"; "compressão espaço-temporal"; "interdependência interna e externa"; e "reordenação das relações de poder".<sup>9</sup> Held também distingue quatro impactos da globalização: decisório, institucional, distributivo de poder e estrutural.<sup>10</sup>

Cabe, aqui, sublinhar de forma sucinta as relações entre Estado e mercado no processo de globalização.<sup>11</sup> A globalização é força homogeneizadora que reduz a capacidade de os Estados atuarem de forma independente para a realização de seus objetivos. Por outro lado, não é correto inferir disto a erosão do poder estatal, que continua forte em diversos aspectos.

Ao afirmar que Estado e mercado têm atuações contraditórias, Guillermo O'Donnell entende que incumbe ao Estado controlar e coibir alguns efeitos do mercado com relação aos setores mais vulneráveis da população. Ora, de um lado, o segredo da eficiência do mercado é, precisamente, premiar os fortes e eficientes; por outro lado,

parte fundamental da legitimidade do Estado, no regime democrático, é proteger os mais fracos do excesso de autoridade privada.

Guillermo O'Donnell vê, nisso, um paradoxo: ao mesmo tempo em que tende a limitar a autoridade do Estado, a expansão dos mercados necessita do Estado de direito para manter a eficácia do império da lei. Nessa perspectiva, defender o Estado é uma atitude que também favorece o mercado.

O Banco Mundial tenta resolver essa contradição colocando o Estado como parceiro dos mercados – e, nesse sentido, recomenda que o Estado deve reformar-se em função da globalização.

## b) Governança, governo e globalização

James Rosenau faz a distinção entre governança (baseada em objetivos comuns) e governo (baseado em autoridade formal). Nessa perspectiva, assinala que a gover-

<sup>9</sup> Ação a distância ocorre quando os atos dos agentes sociais de um país têm conseqüências significativas para terceiros distantes; compressão espaço-temporal resulta da comunicação eletrônica instantânea, que reduz as limitações da distância e do tempo na interação social, num processo de encolhimento do mundo, com a erosão de fronteiras e das barreiras geográficas; a interdependência interna e externa significa a intensificação do entrelaçamento entre as economias e sociedades nacionais, sobretudo no setor financeiro; a reordenação das relações de poder inter-regionais compreende novas formas de vínculos estruturais e de redistribuição de poder entre países e continentes (HELD, David et al. *Transformaciones Globales: Política, Economía y Cultura*. México, Oxford: University Press, 2002. XLVII-XLIX).

<sup>10</sup> O impacto decisório é a medida pela qual os custos e benefícios das escolhas políticas são influenciados por forças globais. A globalização condiciona o resultado do processo decisório, modificando as preferências e escolhas dos *decision-makers*. No impacto institucional, as agendas das organizações e coletividades refletem as mudanças na gama de escolhas causada pela globalização. O impacto distributivo designa a distribuição de poder entre atores internacionais, e o estrutural, a mudança na organização e no comportamento dos atores. Held cita como exemplo desses impactos a expansão das concepções ocidentais de Estado moderno e mercados capitalistas, que condicionaram ou forçaram a adaptação de padrões tradicionais de poder e autoridade (ibid. LI-LIII).

<sup>11</sup> Mercado é o espaço de encontro de agentes econômicos para negociação da troca de bens e serviços. A economia capitalista de mercado distingue-se da economia dirigida pelo fato de que as decisões econômicas e a determinação dos preços obedecem à lei da oferta e da demanda, que resulta da ação livre dos interesses privados – o "*laissez faire*".

nança está associada a quatro aspectos: funções, regulamentação, poder e valores.<sup>12</sup>

As chamadas “reformas de primeira geração” recomendadas pelo Consenso de Washington nos anos 90 foram os chamados ajustes estruturais no plano econômico; já as de “segunda geração” se inscrevem na reforma do Estado com vistas à “boa governança”: a reforma político-institucional, a transparência, a construção de um Estado eficiente nos planos fiscal, político e judicial. A noção de “boa governança” empregada pelo Banco Mundial implica a viabilização do bom funcionamento do mercado, a proteção à propriedade privada e à segurança dos investimentos, a abertura comercial e a livre concorrência.

A ação normativa do Banco Mundial é diferente da realizada por outras instituições de governança global, pois não dispõe de mecanismos de coerção. Utilizando um conceito de direito internacional, é possível afirmar que o Banco desenvolve uma atividade paranormativa. Segundo Pierre-Marie Dupuy, as atividades paranormativas, não são consideradas pela doutrina, mas têm na prática grande importância para a harmonização progressiva dos comportamentos e legislações nacio-

nais. Constituem uma produção tão abundante quanto variada: uniformização de referências, nomenclaturas, linhas diretoras, legislações-tipo, códigos diversos, colocados à disposição dos Estados a título puramente indicativo, seja pela via de resoluções ou simplesmente por publicações do secretariado de organizações internacionais.

As atividades paranormativas buscam a harmonização de comportamentos não pela adesão a uma norma cogente, cujo descumprimento acarretaria uma sanção, mas a valores ou a idéias, que moldam os “contextos mentais”, criando consensos para que se tornem um “entendimento rotineiro”, como diz Rosenau.

O conceito de valor comporta um elemento de normatividade e influencia a seleção de modos, meios e fins da conduta humana. A assimetria de poder internacional tem como um de seus efeitos a criação de valores hegemônicos, defendidos pelos chamados países “ricos” ou “desenvolvidos”, que tendem a globalizar-se.

### c) Judiciário e juízes no contexto da globalização

Max Weber estabelece quatro

<sup>12</sup> Para Rosenau, conceber a governança em termos funcionais significa enfatizar as tarefas que precisam ser executadas para manter a vida social na ordem prevalecente: são funções essenciais como fluxos de comércio ou existência de mercados. A governança reflete, assim, a capacidade de regulamentação das atividades sociais para que os “entendimentos” sociais sejam “rotinizados”: por exemplo, quando os fluxos de comércio ou a manutenção dos mercados deixam de ser mais ou menos espontâneos e passam a ser normatizados (contratos, tratados). A governança é também interpretada como forma de distribuição de valores que tenderiam também a auxiliar a expansão dos mercados, como proteção à propriedade privada e o respeito aos contratos. No Relatório de 1997 – *O Estado num mundo em transformação*-, o Banco Mundial adota o conceito anglo-saxônico de Governo, que envolve os três poderes do Estado e todas funções públicas. Isto contribui para a indistinção, em alguns documentos, entre Estado e Governo.

tipos de ação racional:<sup>13</sup> ação racional com relação a um valor, ação racional com relação a um objetivo, ação afetiva ou emocional e ação tradicional. Tendo em mente essa tipologia, os juízes são atores sociais que pautam sua "ação racional com relação a um valor", e não por um objetivo, ou pela emoção ou pela tradição. Os magistrados agem racionalmente com base no valor da justiça, instrumentalizando-o pelo ordenamento jurídico.

No clássico "Corpo e Alma da Magistratura Brasileira", afirma-se que a elite brasileira, de onde provêm os magistrados, não possui um marco valorativo sedimentado, tendo em vista a pluralidade nas concepções de mundo presentes naquele grupo social. A diversidade valorativa da magistratura se explica pela heterogeneidade de origens sociais, pela ausência de um processo de socialização a partir do ingresso na corporação, e pelos diversos sistemas de orientação de sua praxis. Identificam-se quatro sistemas de orientação: I) o Poder Judiciário como um ator coletivo que se envolve no processo de mudança social; II) o juiz como agente solitário que aproxima o direito da justiça (segundo os pesquisadores, aí se encontra a concepção majoritária); III) os juízes que se mantêm fiéis ao dogma da "certeza jurídica"; e IV) o uso alternativo do Direito e as formas extrajudiciais de composição do conflito.<sup>14</sup>

Cabe assinalar três impactos da globalização sobre o Judiciário.

Primeiro, a distinção entre interno e internacional é cada vez mais tênue no contexto da globalização. Entretanto, o Estado continuará sendo, por muito tempo ainda, uma "dobradiça" (Guillermo O'Donnell), ou seja, um ponto de separação e de intermediação entre a sociedade nacional e o mundo exterior. A distinção entre interno e internacional permanece como referência fundamental, principalmente para a maioria dos magistrados brasileiros, que se norteiam pela concepção dualista de ordens jurídicas.

Segundo, a ação a distância e a crescente interdependência dos atores sociais, que faz com que as ações de atores em um país tenham conseqüências sobre o comportamento de agentes distantes, situados em outros países.

Terceiro, a compressão espaço-temporal. Uma das preocupações do Banco Mundial é a denegação de justiça pela longa duração dos processos nas instâncias judiciais ou pelas distâncias geográficas. O tempo econômico (tempo real) exige não só a incorporação das novas tecnologias, mas também a necessidade de adaptar o tempo diferido dos tribunais à busca da informação dos julgados em tempo real pelos jurisdicionados.

## 2 OS VALORES RECOMENDADOS PELO BANCO MUNDIAL PARA O JUDICIÁRIO

Desejo sublinhar valores propostos pelo Banco Mundial para

<sup>13</sup> ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 539.

<sup>14</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1997. p. 7-8 e 21

os Judiciários a partir das recomendações contidas em alguns de seus documentos como relatórios anuais, sobretudo de 1997 – “O Estado num mundo em transformação” – e de 2002 – “Instituições para os mercados”. Além desses documentos, também utilizarei as conclusões da primeira Conferência do Banco Mundial sobre o Judiciário, realizada no ano de 2000.<sup>15</sup>

#### a) O mercado e a reforma do Judiciário segundo o Banco Mundial

O Banco explicita elementos que considera importantes para o Judiciário: independência nas nomeações, na avaliação e no sistema disciplinar dos magistrados; administração dos tribunais, dos casos e códigos de procedimento; acesso à justiça, custos, tribunais de pequenas causas; formação da população em questões de direito e capacitação de advogados e juízes.

O princípio da separação de poderes e a independência do Judiciário são considerados essenciais ao controle da ação arbitrária e da corrupção do Estado. O combate à “síndrome da ilegalidade”<sup>16</sup> e a proteção da propriedade privada estão

ligados, para o Banco, ao respeito aos contratos e aos interesses empresariais. O objetivo é que o Judiciário se torne uma externalidade não-prejudicial ao mercado.

#### b) Os valores recomendados para o Judiciário<sup>17</sup>

##### Acesso à Justiça

A acepção dada pelo Banco ao conceito tem caráter amplo: não se trata do acesso da população ao Judiciário, mas do acesso à Justiça. O Banco deseja matizar a idéia do monopólio da administração da justiça com outras esferas que competem com o Judiciário, como mencionarei a seguir.

O Banco compreende que as barreiras ao acesso não são apenas econômicas, mas também psicológicas, informativas e mesmo físicas. O acesso depende do funcionamento do sistema em seu conjunto: tempo para proferir sentenças, custos incorridos pelas partes em litígio, acompanhamento processual dos usuários potenciais. A localização geográfica dos tribunais, a arquitetura imponente das cortes e a linguagem judicial podem constituir verdadeiras “barricadas” físicas e psicológicas.

<sup>15</sup> *Comprehensive Legal and Judicial Development Toward and Agenda for a Just and Equitable Society in 21st Century*. World Bank, 2001.

<sup>16</sup> Ocorre “síndrome da ilegalidade”, para o Banco Mundial, quando é alto o índice de criminalidade, os direitos de propriedade são desrespeitados, não há garantias contra atos arbitrários do governo – regulamentos e impostos imprevisíveis – e a corrupção é desenfreada.

<sup>17</sup> Nos relatórios, alguns dos valores repertoriados encontram-se objetivamente definidos, como a independência judicial. Outros têm definição fluida, sendo possível depreender seu sentido a partir de extratos dos documentos ou de uma ação específica prescrita pelo Banco para um Governo no contexto da reforma do Estado. Alguns documentos, como o relatório de 1997, enfatizam mais a previsibilidade e o respeito à propriedade privada e aos contratos. O Relatório de 2002 sublinhou a eficiência, o acesso à justiça (destacando-se os métodos alternativos de resolução de disputas) e a transparência. Já o documento 319 S é pontual em suas recomendações para a América Latina, abrangendo todos os valores aqui repertoriados.

## Credibilidade

A credibilidade institucional está relacionada a outros valores, como imparcialidade, previsibilidade, transparência, constância da instituição judicial (ligada à percepção de estabilidade política), idoneidade e ausência de corrupção sistêmica. Um Judiciário confiável é, portanto, aquele que é idôneo, não aplica arbitrariamente as regras, é previsível, não é corrupto.

## Eficiência

Para o Banco Mundial, a eficiência do Estado deve ser a marca da nova economia, que define sua capacidade de responder às demandas sociais em termos de rapidez, custo, equidade e acesso à justiça. Um Judiciário eficiente não é apenas aquele que produz decisões com rapidez, mas o que combina essa qualidade com outros valores.

Segundo o Banco, o Judiciário pode tornar-se mais eficiente ao concorrer com outros mecanismos – tanto nacionais quanto internacionais<sup>18</sup> – para a resolução dos litígios. Nesse sentido, estimula a aplicação dos Mecanismos Alternativos de Resolução de Dis-

putas para competir com o que considera “monopólio do Poder Judicial”: arbitragem, mediação, conciliação e mesmo mecanismos privados – considerados instrumentos rápidos e econômicos para “oferecer justiça”.

## Transparência

Para o Banco Mundial, a definição está ligada à responsabilidade dos juízes e à necessidade de prestação de contas (accountability). Segundo o Banco, a corrupção é in-

centivada quando uma autoridade dispõe de ampla margem discricionária e pouca obrigação de prestar contas. Questão essencial é o fato de os juízes não serem eleitos, como parlamentares e titulares do Executivo.

O Banco não descarta o papel da mídia e a pressão da sociedade civil como indutoras da transparência e da responsabilidade dos magistrados.

## Independência

O Banco assinala três tipos de independência: I) decisória ou funcional, que implica a capacidade de tomar decisões de acordo com a lei, e não de acordo com fa-

“Segundo o Banco, o Judiciário pode tornar-se mais eficiente ao concorrer com outros mecanismos – tanto nacionais quanto internacionais – para a resolução dos litígios. Nesse sentido, estimula a aplicação dos Mecanismos Alternativos de Resolução de Disputas para competir com o que considera “monopólio do Poder Judicial”: arbitragem, mediação, conciliação e mesmo mecanismos privados – considerados instrumentos rápidos e econômicos para “oferecer justiça”.”

<sup>18</sup> O exemplo de adjudicação posto no relatório de 1997 – O Estado num mundo em transformação – é o da Jamaica. A confiança do sistema judicial desse país, segundo o Banco, é fortalecida por ser o Conselho Privado do Reino Unido (*Privy Council of the United Kingdom*) o tribunal de apelação de última instância. Outro exemplo é o caso do sistema judicial das Filipinas que, por falta de credibilidade, faz com que empresas nacionais e estrangeiras optem pela adjudicação extraterritorial dos seus contratos.

tores políticos externos; II) interna, pela não-interferência no processo decisório dos magistrados de instâncias superiores; III) pessoal, que diz respeito às prerrogativas da carreira de magistrado, como segurança em sua nomeação para o exercício do cargo, inamovibilidade, irredutibilidade de salários. A independência aparece como elemento da imparcialidade.

### Previsibilidade

Para o Banco Mundial, o Estado deve atuar como vetor de certezas, esclarecendo as regras pelas quais ele próprio se guia e não as mudando. O Banco considera a previsibilidade mais importante que a eficiência.

Por outro lado, na opinião de Flávio Dino, ex-Presidente da AJUFE, o discurso economicista deseja uma coerência do conjunto de decisões judiciais para garantir as expectativas dos investidores privados; se os juízes assim agissem, estariam impedidos de ter uma "postura mais engajada" com valores, por exemplo, relativos a distribuição de renda.

### 3 ASSIMILAÇÃO E REJEIÇÃO DE VALORES PELOS MAGISTRADOS

A preocupação dos Magis-

trados com eficiência, transparência, credibilidade e acessibilidade não está relacionada diretamente com as recomendações do Banco Mundial para os Judiciários. Por outro lado, em seu esforço de modernizar o Judiciário, verifica-se grande convergência com os valores recomendados pelo Banco.

Vale distinguir entre duas categorias de valores: os ligados ao funcionamento do sistema Judiciário e sua reforma (eficiência, transparência e acessibilidade) e os que se prendem ao processo decisório

– o pronunciamento de sentenças: respeito aos contratos, independência, imparcialidade, neutralidade e previsibilidade.

"Vale distinguir entre duas categorias de valores: os ligados ao funcionamento do sistema Judiciário e sua reforma (eficiência, transparência e acessibilidade) e os que se prendem ao processo decisório – o pronunciamento de sentenças: respeito aos contratos, independência, imparcialidade, neutralidade e previsibilidade."

#### a) A construção do consenso internacional sobre reforma do Judiciário

A primeira geração de reformas articuladas por agências internacionais como o Banco Mundial se concentrou em modernizar as regras que orientam a atividade econômica – liberalização do comércio e dos investimentos, privatizações, austeridade fiscal e redução da inflação. O objetivo era construir um contexto que desse ao mercado a capacidade e a responsabilidade pela alocação de recursos. Os atores principais nessa primeira fase de reformas foram o Executivo, as autoridades econômicas e monetárias, as instituições

multilaterais de crédito e investidores estrangeiros.<sup>19</sup>

A segunda geração de reformas teve como objetivo modernizar as instituições que moldam o ambiente em que se desenrola a atividade econômica. A reforma do sistema ju-

dicial se situa nesta segunda geração, como aspecto da reforma mais ampla do Estado. O Judiciário deve, segundo essa visão, apoiar as reformas de primeiro estágio (privatizações, fins de monopólios, controle de preços, abertura da economia).

Tabela 1: Os dois estágios das reformas: da mudança de regras à mudança de instituições <sup>20</sup>

	Estágio 1: Lançamento	Estágio 2: Consolidação
Prioridades	Reduzir a inflação. Restabelecer o crescimento.	Melhorar os indicadores sociais. Aumentar a competitividade internacional. Manter a estabilidade macroeconômica.
Estratégia de Reforma	Mudar as regras macro. Reduzir a intervenção estatal. Desmantelar o protecionismo e o estatismo.	Reabilitação e criação das instituições. Aumentar a competitividade do setor privado. Reformar a saúde, educação e outros serviços Públicos
Instrumentos Típicos	Cortes Orçamentários e reforma Tributária. Liberalização de preços (inclusive câmbio e juros) Liberalização comercial e investimentos. Criação de "Fundos Sociais de Emergência". Privatização fácil (hotéis, aerolinhas, indústrias).	Reforma do mercado de trabalho. Reforma administrativa do setor público. Completa reforma do Judiciário. Promover as exportações. Melhorar a cobrança de impostos. Melhorar as instituições de regulação (de utilities privatizadas e outros monopólios, anti-trust, anti-dumping, setor financeiro, meio ambiente, trabalhista, etc.). Reestruturação setorial Reestruturar a relação entre União e estados.

<sup>19</sup> Apesar das avaliações positivas dessas reformas, elas não foram suficientes para garantir o desenvolvimento econômico no continente latino-americano (PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: conceitos e evidência empírica*. Disponível em: <[http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18\\_10.pdf](http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18_10.pdf)>. Texto de julho de 2001>. Acesso em: 20/3/2003. 1). Alguns analistas sustentam que o que falta aos países da região é a estruturação de um quadro institucional adequado que estimule o investimento e permita o mercado operar eficientemente (Olson, Tommasi e Velasco *apud* PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: conceitos e evidência empírica*. Disponível em: <[http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18\\_10.pdf](http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18_10.pdf)>. Texto de julho de 2001>. Acesso em: 20/3/2003).

<sup>20</sup> NAIM (1994), em TOMMASI e VELASCO (1996) *apud* PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: conceitos e evidência empírica*. Disponível em: [http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18\\_10.pdf](http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18_10.pdf). Texto de julho de 2001>. Acesso em: 20/3/2003. 2001b. 3.

Principais Atores	Presidente da República. Equipe econômica. Banco Central. Instituições multilaterais de crédito. Grupos financeiros privados e Investidores estrangeiros.	Presidente da República e Ministros. Congresso Nacional. Burocracia estatal. Judiciário. Sindicatos. Imprensa. Governos estaduais e municipais. Setor privado
Impacto Público das Reformas	Imediato Grande visibilidade política	Médio e longo prazo Baixa visibilidade
Complexidade Técnica e Administrativa	Moderada e baixa	Muito alta
Natureza do Custo Político	"Correções temporárias", custo amplamente distribuído entre a população	Permanente eliminação de vantagens especiais de grupos específicos.
Principal desafio para o governo.	Gerenciamento macroeconômico por elites tecnocráticas relativamente isoladas.	Desenvolvimento institucional altamente dependente do gerenciamento pelos escalões intermediários do setor público.

A ação do Banco Mundial engloba a circulação de valores de globalização por meio de redes de informações por meio de seus relatórios, documentos técnicos, publicações derivadas de encontros com especialistas do Direito de diversos continentes, e também pelo apoio a redes de atividades.

Citarei alguns exemplos dessas redes e fluxos e mencionarei a ação do sistema da Organização dos Estados Americanos, que também

tem trabalhado na formação de consenso e na uniformização de valores na América Latina.

As redes se referem a interações regulares ou que seguem uma pauta entre agentes independentes, centro de atividades ou locais de poder. Alguns exemplos de redes são:

- Rede Latino - Americana de Reformas Judiciais criada em 1998, em Santiago, por ocasião da Cúpula das Américas.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Os organismos que apoiam essa rede são o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Agência Internacional dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID) e a Oficina das Nações Unidas para Apoio a Projetos (UNOPS). Essa rede procura partilhar conhecimentos entre as faculdades de direito e as "instituições de justiça da sociedade civil", em coordenação com os Estados da América Latina. Seu objetivo é ser um ponto de união e de conexão com outras redes onde os defensores das reformas judiciais dos países que dela fazem parte possam compartilhar informação sobre o progresso das reformas e participar de discussões de problemas e estratégias, oferecendo uma base de dados para iniciativas de reformas judiciais, compartilhando experiências e conhecimentos e organizando fóruns de discussões. Essa "Rede Latino-americana de Reformas Judiciais" reforça o argumento de que o Judiciário é um tema de preocupação internacional e que a globalização dilui a fronteira entre o interno e o internacional, fazendo com que os fluxos e redes de atividade sejam processos para fazer circular valores, idéias e princípios.

• Cúpula Judicial Ibero-americana<sup>22</sup> (Secretaria Permanente da Cúpula Ibero-americana). Trata-se de uma organização que articula a cooperação e a concertação entre os Poderes Judiciais dos 23 países da Comunidade Ibero-americana de Nações, aglutinando em um só fórum as máximas instâncias e órgãos de governo dos sistemas judiciais ibero-americanos. Reúne as Cortes Supremas, os Tribunais Superiores de Justiça e os Presidentes dos Conselhos de Magistratura Ibero-americanos. O Tribunal que representa o Brasil na Cúpula é o STJ.

### 1 - Publicações:

• Relatórios de Desenvolvimento Mundial de 1997 (O Estado num Mundo em Transformação) e de 2002 (Instituições para os Mercados). O Documento Técnico 319S (O Setor Judicial na América Latina e Caribe: Elementos de Reforma).

### 2 - Projetos:

• Projetos de assessoria técnica e investimentos relativos à reforma do

judiciário no Leste Europeu e na Ásia Central: Armênia, Azerbaijão, Croácia, Geórgia, Macedônia, Romênia, Rússia. Ênfase nos antigos países socialistas.

### 3 - Encontros:

• Patrocinado pelo Banco Mundial: Comprehensive Legal and Judicial development - Toward an agenda for a just and equitable society in the 21st century (Desenvolvimento Legal e Judicial abrangente: agenda para uma sociedade justa e equitativa no século XXI, Washington (5 a 7/06/2000).

• Patrocinados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento:

Conferência Justiça e Desenvolvimento na América Latina e Caribe, Costa Rica (1993) e A Economia Política da Reforma Judicial, Uruguai (1995).

Além da coincidência de diagnóstico sobre a necessidade de reforma do Estado e, em particular, do Judiciário, BID<sup>23</sup> e Banco Mundial também convergem em termos de método de trabalho ("considerações operativas"). Sem dúvida, a construção de consensos é o objeti-

<sup>22</sup> O principal objetivo da Cúpula Judicial Iberoamericana é a "adoção de projetos e ações concertadas" a partir da convicção de que a existência de um acervo cultural comum constitui instrumento privilegiado que, sem reduzir o necessário respeito à diferença, contribui para o fortalecimento do Poder Judiciário, e, por consequência, do sistema democrático. O processo de constituição dessa Cúpula se iniciou em Madri (1990) e continuou em Caracas (1998 e 1999), Canarias (2000), Cancún (2002) e El Salvador (2004). Os resultados foram a aprovação do Estatuto do Juiz Iberoamericano, a Carta de direitos dos usuários da Justiça, a aprovação do Código Modelo Iberoamericana de Ética Judicial, a Comissão Iberoamericana de Ética Judicial, a Aula Iberoamericana, a Criação da Rede Iberoamericana de Informação e Documentação Judicial (IberIUS), a Criação da Rede Iberoamericana de Escolas Judiciais (RIA EJ) e o Centro Iberoamericano de Capacitação da Justiça Virtual.

<sup>23</sup> O BID foi criado em dezembro de 1959 com objetivo de impulsionar o progresso econômico e social da América Latina e Caribe. Apesar de seus objetivos regionais, o informe institucional menciona que a composição do BID agrega não só países da região como também países extraregionais. O informe institucional diz que o BID se vinculou a numerosas nações industrializadas cujo ingresso se formalizou em 1974 com a assinatura da Declaração de Madri. Entre 1976 e 1993 ingressaram 18 países extraregionais, não especificados no informe. Hoje os membros somam 46.

vo do conjunto de reuniões, seminários, conferências e estudos em torno dos programas de reformas econômicas, sociais e políticas para obter o suficiente apoio dentro das instituições nacionais.

Os "princípios e critérios gerais para a ação do Banco Interamericano de Desenvolvimento" levam em especial consideração esse último aspecto - a necessidade de obter apoio dentro dos países em torno das reformas do Estado e do Judiciário.

#### 4 - Organismo Internacional: Centro de Estudios Judiciales de las Américas (CEJA)

O CEJA é um organismo do sistema interamericano criado em 1999 por Resolução da Assembleia Geral da OEA. Os membros são todos países integrantes da Organização dos Estados Americanos. A criação deste organismo resultou do "Plano de Ação da Segunda Cúpula das Américas (1998) e das recomendações das reuniões de Ministros de Justiça e Procuradores Gerais de Justiça das Américas (REMJA).

A 4ª (quarta) Cúpula das Américas, realizada na Argentina (2005), afirmou que uma das formas de fortalecer a governabilidade democrática na região era a consolidação da Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informação para Assistência Judicial Mútua em Matéria Penal e Extradicação e o apoio à im-

plementação de um plano estratégico para o Centro de Estudos das Américas (CEJA).

Os objetivos do CEJA são: aperfeiçoamento dos recursos humanos, intercâmbio de informações e outras formas de cooperação técnica, apoio aos processos de reforma e modernização dos sistemas de justiça da região.

#### b) O dissenso sobre a reforma do Judiciário

Em geral, os órgãos de cúpula do Judiciário concordam com a importância do Judiciário para o funcionamento da economia e com os atributos necessários para o Judiciário: ser ágil, acessível, previsível e imparcial.

Os primeiros passos da reforma do Judiciário no Brasil

foram dados em 1992, com o projeto de reforma constitucional proposto pelo Deputado Hélio Bicudo. Várias versões da reforma foram elaboradas no Congresso Nacional, sem que houvesse um consenso entre Executivo, Congresso, bancada governista e oposição, magistratura - representada por órgãos de cúpula e associações de magistrados (AJUFE e AMB) - e OAB.

Nesse processo, os Tribunais Superiores, como o STF e o STJ, defenderam mecanismos centralizadores do sistema, como súmula vinculante, súmula impeditiva de re-

"...os Tribunais Superiores, como o STF e o STJ, defenderam mecanismos centralizadores do sistema, como súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos e repercussão geral de questões constitucionais, ao passo que os juízes singulares defenderam, por meio de suas associações (AMB e AJUFE), o modelo atual (controle híbrido), que favorece a soberania do juiz no exercício de sua judicatura e valoriza a independência em relação às esferas hierárquicas superiores."

curso e repercussão geral de questões constitucionais, ao passo que os juízes singulares defenderam, por meio de suas associações (AMB e AJUFE), o modelo atual (controle híbrido), que favorece a soberania do juiz no exercício de sua judicatura e

valoriza a independência em relação às esferas hierárquicas superiores.<sup>24</sup>

Segundo Roberto Arantes, as tendências predominantes dos agentes sobre os eixos de reforma judiciária podiam representados por meio da tabela seguinte.

Tabela 2: Eixos de Reforma Judiciária até 2001

	CONCENTRAÇÃO	CONTROLE	AMPLIAÇÃO
Executivo federal e bancada governista.	A favor	A favor	—
Oposição e partidos de esquerda.	Contra	A favor	A favor
Magistratura: Órgãos de Cúpula	A favor	Contra	A favor
Associações de Magistrados	Contra	Contra	A favor
OAB	Contra	A favor	A favor

### c) O consenso possível sobre a reforma do Poder Judiciário

Os Presidentes dos Três Poderes – o Executivo, as duas Câmaras do Legislativo e o Judiciário – assinaram em 15 de dezembro de 2004 o Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano. O documento enumera 11 compromissos<sup>25</sup> que serão adotados pelos Poderes com o objetivo de tornar o Poder Judiciário mais

eficiente e acessível.

A promulgação Emenda Constitucional n. 45/2004 superou alguns pontos do dissenso da reforma do Judiciário:

- I) controle externo do Poder Judiciário;
- II) súmula vinculante (Art. 103-A)
- III) repercussão geral de questões constitucionais;

Na esfera da formação de consensos internos do Brasil em torno da reforma, cabe mencionar

<sup>24</sup> Nesse sentido, pode-se afirmar que os magistrados da base do sistema têm como valor mais caro a independência, em detrimento da previsibilidade. O “Corpo e Alma da Magistratura Brasileira” estabelece uma correlação entre dois indicadores relativos à soberania do juiz e ao padrão de intervenção do Judiciário, e observam uma correlação positiva entre a valorização da soberania do juiz e a atribuição de um papel ativo à magistratura nos processos de mudança social.

<sup>25</sup> Implementação da reforma constitucional do Judiciário; reforma do sistema recursal e de procedimentos; defensoria pública e acesso à justiça; juizados especiais e justiça itinerante; execução fiscal; precatórios; graves violações contra direitos humanos; informatização; produção de dados e indicadores estatísticos; coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurídicas já pacificadas; incentivo a aplicação das penas alternativas

uma série de estudos e relatórios elaborados pelo Ministério da Justiça em parceria com o PNUD, com universidades (USP) com a Fundação Getúlio Vargas, associações de procuradores (ANPT), e outros autores. Paralelamente, exercem o mesmo efeito artigos publicados em revistas especializadas e cursos ministrados.

Vale recordar o estabelecimento, em 2003, da Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça, cujas competências são as seguintes:<sup>26</sup>

- a) Formular, promover, supervisionar e coordenar os processos de modernização da administração da justiça brasileira, por intermédio da articulação com os demais órgãos federais, do Poder Judiciário, dos Governos estaduais, agências internacionais e organizações da sociedade civil;
- b) Orientar e coordenar ações com vistas à adoção de medidas de melhoria dos serviços judiciários prestados aos cidadãos;
- c) Propor medidas e examinar as propostas de reforma do Judiciário brasileiro;
- d) Dirigir, negociar e coordenar os estudos relativos às atividades de reforma da justiça brasileira;
- e) Coordenar e desenvolver as atividades concernentes à relação do Ministério com o Poder Judiciário, especialmente no acompanhamento de projetos de interesse do

Ministério relacionados com a modernização da administração da Justiça brasileira; e

- f) Assistir ao Ministro de Estado na supervisão e coordenação das atividades de fomento à modernização da Administração da Justiça.

No cumprimento de seu mandato, a Secretaria desempenha ações de pesquisa junto às instituições judiciais com vistas a estabelecer, entre outros, um "mapeamento" da produtividade; identificar casos de excelência na aplicação de programas de qualidade e tecnologia de informação; e difunde experiências de sucesso. Além disso, apóia medidas de modernização da gestão do sistema judiciário.

A entidade realizou diagnósticos do Ministério Público do País e dos Estados, da Defensoria Pública, do Poder Judiciário e dos Juizados Especiais.

No campo de medidas que requeiram alterações legislativas, acompanha as propostas de modificação da legislação infraconstitucional<sup>27</sup> no sentido de conferir maior agilidade ao processo judicial, a institucionalização de mecanismos de conciliação, as regras inibidoras de recursos protelatórios, o fortalecimento dos juizados especiais e a adequação do estatuto da Magistratura aos princípios norteadores da reforma do Judiciário.

<sup>26</sup> Decreto n. 4.685, de 29 de abril de 2003.

<sup>27</sup> Projetos infra-constitucionais abrangem temas como, por exemplo: alterações no Código de Processo Civil, Código de Processo Penal e Código de Processo Trabalhista, e diversos projetos de leis em matérias como custas judiciais, contenção da litigiosidade, recursos, mediação, competência de juizados especiais e informatização.

## CONCLUSÃO

Em lugar de conclusões assertivas, proponho conclusões questionadoras que nos estimulem a refletir sobre os valores do Judiciário em um contexto de acelerada globalização. Para isso, gostaria de propor as seguintes perguntas:

- Estamos formando “juizes para mercados?”
- A hegemonia capitalista e as recomendações de agências de governança econômica global como o Banco Mundial têm logrado que instituições jurídicas operem em favor da expansão dos mercados?
- Seria o Judiciário um mero agente dos organismos internacionais se incorporasse em suas rotinas a eficiência, a transparência e o acesso à justiça?
- Ou estaria o Judiciário se legitimando, ao implementar suas funções instrumental, política e simbólica? <sup>28</sup>

## REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ARANTES, Rogério Bastos. *Consensos e dissensos na reforma constitucional do judiciário*. São Paulo: IDESP, Mimeo, 2001.

BANCO MUNDIAL. *O estado num*

*mundo em transformação*. Relatório sobre o desenvolvimento mundial. Washington: Banco Mundial, 1997.

\_\_\_\_\_. *Comprehensive legal and judicial development.. Toward and agenda for a Just and equitable society in the 21st century*. Washington: Banco Mundial, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituciones para los mercados. Informe sobre el desarrollo mundial*. Washington: Banco Mundial, 2002.

\_\_\_\_\_. *Documents and reports*. Pesquisa internet: <http://www-wds.worldbank.org>. Acesso em 22/11/2002.

\_\_\_\_\_. *The world bank knowledge and resources for change*. Washington: September 1998. IB 1654 Stock #31654 25 p.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. In: Seminário em São José da Costa Rica. *Justicia y desarrollo en América latina y el Caribe*. Washington: BID, 1993.

\_\_\_\_\_. *La economia de la reforma judicial*. Editor Edmundo JARQUÍN e Fernando CARRILLO. Washington: 1997.

CÚPULA JUDICIAL IBERO-AMERICANA . Disponível em:

<sup>28</sup> O Judiciário desempenha três funções básicas: I) a instrumental, como o principal *locus* de resolução de conflitos; II) a política, na medida em que exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações, reforçando as estruturas de poder e assegurando a integração da sociedade; e III) a simbólica, visto que dissemina um sentido de equidade e justiça na vida social e socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica (FARIA, José Eduardo).

<<http://www.cumbrejudicial.org/eversuite/GetRecords?Template=default&app=cumbres>>. Acesso em 14/05/2007

DAKOLIAS, María. *El sector judicial en América Latina y el Caribe: elementos de reforma*. Washington: Banco Mundial, 1997. Documento técnico número 319 S.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 1995.

FARIA, José Eduardo. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. (Série Monografias do CEJ).

\_\_\_\_\_. O Judiciário após a globalização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 4, n.16, out./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. Tempo do Direito, tempo da Economia. *Informe do TRF da 1. Região: Enfoque Jurídico*, n. 8. Ago. 1997.

FRIEDMAN, Thomas. *O Lexus e a Oliveira: entendendo a globalização*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 1999.

HELD, David et al. *Transformaciones globales: política, economía y cultura*. México, Oxford: University Press, 2002.

LAVALLE, Roberto. *La banque mondiale et ses filiales: aspects juridiques et fonctionnement*. Paris: Bibliothèque de Droit International, 1972. (Série Organisations Internationales).

LAW AND JUSTICE INSTITUTIONS. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/external/default/main?pagePK=224802&piPK=224813&theSitePK=1974062&menuPK=1974134&q=legal%20and%20judicial%20reform&pSt=10>>. Acesso em: 17/05/2007.

MILANI, Carlos. *Democracia e governança mundial*. UNESCO/UFRGS. Disponível em: <[http://www.unesco.org/most/demgov\\_port.htm](http://www.unesco.org/most/demgov_port.htm)>. Acesso em: 25/2/2003.

O'DONNELL, Guillermo. *El impacto de la globalización económica en las estrategias de reforma institucional y normativa, in Democracia en déficit: gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*. Editor Fernando Carrillo Flórez. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento, jan. 2001.

REDE LATINO-AMERICANA DE REFORMA JUDICIAL. Disponível em: <<http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjust26.htm>>. Acesso em 22/1/2003.

ROSENAU, James N. et al. *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: UnB, 2000.

SILVA, Benedicto (Org.). *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987. 1421 p.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **O perfil do magistrado brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB; Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1996.

\_\_\_\_\_. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). **O judiciário e a economia no Brasil**. São Paulo: Ed. Sumaré, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judicial system performance and economic development*. Disponível em: <<http://www.bndes.org.br>. Texto de outubro de 1996>. Acesso em: 4/10/2001.

\_\_\_\_\_. **O judiciário e a economia na visão dos magistrados**. São Paulo: IDESP, Mimeo, 2001, 20 p. (2001a)

\_\_\_\_\_. **Economia e justiça: conceitos e evidência empírica**. Disponível em: <[http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18\\_10.pdf](http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18_10.pdf). Texto de julho de 2001>. Acesso em: 20/3/2003. (2001b)

\_\_\_\_\_. (Org.). **O judiciário e a economia no Brasil**. São Paulo: Ed. Sumaré. 2000. 224 p.

Entrevista:

DINO, Flavio. Maio e dezembro de 2001.

Endereços Internet:

[www.cefetsp.br/edu/eso/globalizacao/concenso.html](http://www.cefetsp.br/edu/eso/globalizacao/concenso.html). Acesso em: 15/5/2007.

<http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjust26.htm>. Acesso em: 22/1/2003.

[www.cumbrejudicial.org/eversuite/GetRecords?Template=default&app=cumbres](http://www.cumbrejudicial.org/eversuite/GetRecords?Template=default&app=cumbres). Acesso em: 14/05/2007.

<http://web.worldbank.org/external/default/main?pagePK=224802&piPK=224813&theSitePK=1974062&menuPK=1974134&q=legal%20and%20judicial%20reform&pSt=10>. Acesso em: 17/05/2007.

[www.iadb.org/exr/espanol/ACERCA\\_BID](http://www.iadb.org/exr/espanol/ACERCA_BID). Acesso em: 8/1/2003.

[www.cejamericas.org/cejacomunity/?id=448](http://www.cejamericas.org/cejacomunity/?id=448).





**DOCTRINA INTERNACIONAL**



## O DIREITO DO TRABALHO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### THE LABOUR LAW AND THE ESSENTIAL RIGHTS

Daniel Horacio Brain\*

**Resumo:** A 86<sup>o</sup> Conferência Internacional da Organização Internacional do Trabalho, aprovou quatro Direitos Fundamentais no Trabalho: 1) Liberdade Sindical e de Associação e Reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva. 2) Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório. 3) Abolição efetiva do trabalho infantil. 4) Não discriminação no emprego, ocupação e igualdade de remuneração. Seus objetivos se baseiam em novas ferramentas jurídicas para fortalecer o trabalho decente, promover o progresso social, melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores, fortalecer as democracias em todo o mundo e manter um vínculo entre o progresso social e desenvolvimento econômico.

**Palavras-chave:** Os Direitos Fundamentais do Trabalho. Organização Internacional do Trabalho. Conferência Internacional da O.I.T. Trabalho decente. Liberdade Sindical. Negociação coletiva. Trabalho forçado ou obrigatório. Trabalho infantil. Não discriminação no emprego.

**Abstract:** The 86<sup>th</sup> Conference of the International Labour Organization has approved four Fundamental Rights at work: 1) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; 2) the elimination of all forms of forced or compulsory labour; 3) the effective abolition of child labour; 4) the elimination of discrimination in respect of employment, occupation and pay equity. Their main objectives are based on new juridical means intended to promote dignified work, attain social development, improve workers' quality of life, make democracy stronger all over the world and maintain the link between social progress and economic growth.

\* Juiz Camarista da Justiça do Trabalho da Província de Córdoba, na República Argentina. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Nacional de Córdoba, e na pós-graduação da Universidade Católica de Córdoba. Autor dos livros *Direito Processual do Trabalho* (Córdoba: Editorial Avocatus, 2008) e *Curso de Direito do Trabalho e da Seguridad Social* (em co-autoria - Córdoba: Editorial Avocatus, 1998), bem como de diversos artigos técnicos e trabalhos de pesquisa publicados em revistas especializadas.

**Key words:** Labour fundamental rights. International Labour Organization. ILO's International Labour Conference. Decent work. Freedom of association. Collective bargaining. Forced labour. Child labour. Discrimination at work.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 Antecedentes. 3 Objetivos. 4 Obligaciones de los Estados. 5 Libertad Sindical y de Asociación y de Reconocimiento efectivo del Derecho a la Negociación Colectiva: análisis general y nacional. 6 La Eliminación de Todas Las Formas de Trabajo Forzoso u Obligatorio: análisis general y nacional. 7 Abolición del Trabajo Infantil: análisis general y nacional. Proyecto de reforma de la Ley de Contrato de trabajo. 8 La No Discriminación en el Empleo, Ocupación e Igualdad de Remuneración: análisis general y nacional. 9 Conclusiones. 10 Referências.

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1 INTRODUCCIÓN

El Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo ha identificado ocho convenios calificándolos de fundamentales para garantizar los derechos de los seres humanos en el trabajo, con independencia del nivel de desarrollo de los demás, por cuanto proporcionan el marco necesario para esforzarse en mejorar libremente las condiciones de trabajo individuales y colectivas.

La Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo adoptada en junio de 1988 resalta este conjunto de principios fundamentales en el trabajo con el apoyo de la comunidad internacional. La Declaración cubre cuatro áreas

principales para establecer un piso mínimo necesario en el mundo el trabajo y son:

1. La Libertad de Asociación y la Libertad Sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva.
2. La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
3. La abolición efectiva del trabajo infantil.
4. La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Fundamentados en la Constitución de la OIT, estos principios y derechos han sido expresados y desarrollaos bajo la forma de específicos derechos y obligaciones en los Convenios reconocidos como fundamentales tanto dentro como fuera de la Organización.<sup>1</sup>

Estos Principios consagrados en ocho Convenios constituyen los

<sup>1</sup> OIT. Los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración. p. 7. 1. Ed. 2002, 2. impresión 2003. Publicación de la O.I.T. Dinamarca.

cuatro pilares básicos sobre los que se asienta el llamado trabajo decente.<sup>2</sup>

El presente trabajo tendrá por objeto efectuar uno de los aspectos más importantes de la Declaración de la O.I.T. esto es, la aplicación y seguimiento de los Convenios ratificados por la Argentina y su cumplimiento a la luz de la normativa nacional. Para ello se efectuará un análisis de los siguientes Convenios:

- Convenio relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (n. 87).
- Convenio Relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (n. 98).
- Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, 1930 (n. 29).
- Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (n. 105).
- Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, 1973 (n. 138).
- Convenio sobre la Prohibición de las peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción inmediata para su Eliminación, 1999 (n. 182).
- Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, 1951 (n. 100).

- Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, 1958 (n. 111).

Es preciso destacar que la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo se aplica a todos los Estados que pertenecen a la OIT, hayan o no ratificado los convenios fundamentales.

## 2 ANTECEDENTES

La Declaración de estos principios fue aprobada en la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio del año 1988, y como antecedentes valiosos para su declaración podemos citar, los siguientes:

“Es preciso destacar que la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo se aplica a todos los Estados que pertenecen a la OIT, hayan o no ratificado los convenios fundamentales.”

- La Constitución de la O.I.T.:
- Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86 reunión, junio de 1988.
- La Carta Democrática Americana, aprobada por la OEA (art. 10), en cuanto señala: “La promoción y el fortalecimiento de la democracia, requieren del ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de las normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de

<sup>2</sup> OIT. Trabajo Decente. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo. 88ª Reunión, Ginebra, 1999.

la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998, así como en otras convenciones básicas afines a la OIT. La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio”.

### 3 OBJETIVOS

La función esencial de esta Declaración desde su aprobación, hace ya casi diez años es dotar a todos los Estados que pertenecen a la O.I.T., de una verdadera herramienta jurídica sobre la cual deben dictar sus normas internas o, en su defecto, derogar aquéllas que se encuentren en contradicción con los Convenios Internacionales, ratificados o no por los Estados miembros.

Sin duda alguna, el fiel cumplimiento de sus preceptos, llevaría a los Estados a lograr los siguientes objetivos:

- a) **Fortalecer el trabajo decente:** otorgando a los trabajadores mayor dignidad en el empleo.
- b) **Promover al progreso social:** ya que los trabajadores son miembros de una comunidad organizada que participa de las riquezas y por ende tiene derecho a una justa distribución de la misma y así alcanzar el progreso de los pueblos con justicia social.
- c) **Mejorar la calidad de vida de los**

**trabajadores,** con una retribución justa, equitativa y no discriminatoria por razón de sexo u otro motivo.

- d) **Fortalecer la democracia de los países,** ya que la aplicación de estos principios y normas fundamentales no son compatibles con gobiernos de “facto” sino democráticos. Amartya Sen<sup>3</sup> insiste en la democracia como factor de desarrollo económico y en la universalidad de los valores democráticos, valores que, por ser generales, no pueden y no deben ser relativizados o recortados argumentando las diferencias culturales entre países.
- e) **Mantener el vínculo entre “progreso social” y “crecimiento económico”:** Es evidente que existe un vínculo entre las libertades democráticas y los resultados económicos, con mayor estabilidad en países democráticos.

### 4 OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

Según puede desprenderse de la Declaración de la O.I.T. relativa a estos derechos fundamentales, los Estados deben cumplir tres obligaciones básicas, ya que de lo contrario, la Declaración no tendría aplicación en la práctica.

Se propicia entonces las siguientes obligaciones, a saber:

- a) Considerar a los Derechos Fundamentales como un **nuevo tipo de herramienta jurídica** para reafirmar la universalidad de dichos principios y derechos.

<sup>3</sup> Sen Amartya. Democracy as a Universal Value. Journal of Democracy 10.3, 1999. Johns Hopkins University Press.

b) Todo Estado, (no sólo como miembro de la OIT sino como miembro de la Comunidad Internacional), debe respetar los Derechos Fundamentales mediante la instrumentación de políticas y programas que garanticen la aplicación efectiva de esos derechos. Para ello deberán dictar normas internas que contemplen las disposiciones emanadas de esos ocho Convenios, o derogar, si así ocurriere, aquellas disposiciones que no se ajustan a ellos. Por ejemplo, tal como se analizará en este trabajo, el Senado de la República Argentina ha aprobado un Proyecto de Ley que deroga la edad mínima para trabajar del arts. 32 y 187 de la L.C.T. actualmente de 14 años, elevándola a 16 años, en cumplimiento a los Convenios n. 138 y 182 de la O.I.T.

c) Revisar su índice de cumplimiento: designando Comisiones, Comités, Organizaciones, con infraestructura necesaria con representantes de los trabajadores, empleadores y del Estado, para efectuar un seguimiento de las normas vigentes y su cumplimiento no solo por el Estado sino además por los particulares.

## 5 LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y RECONOCIMIENTO EFECTIVO DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### a) Marco Conceptual y general

En el marco de las relaciones colectivas de trabajo, las sociedades democráticas reconocen a la Libertad Sindical y de Asociación y al derecho a la Negociación Colectiva como derechos básicos fundamentales, reflejando el carácter central y garante del equilibrio de las organizaciones estrictamente sociales y de sus medios de acción, siendo numerosas las declaraciones e instrumentos internacionales que otorgan a este derecho un papel central<sup>4</sup>.

Es por ello que este derecho se encuentra dentro de la categoría de *Derecho Humano o Fundamental*, al igual que a la vida, a la propiedad, a la salud, a la libertad, etc. En efecto, este reconocimiento al más alto nivel el derecho colectivo del trabajo, implica en sí, la importancia central de la acción colectiva laboral para conseguir los fines sociales del ser humano y por ende de la comunidad. Como señalan los analistas citados, implica alcanzar la *"Justicia Social"* y ello no sólo a través de instituciones comunes del derecho (ley, contrato, etc.) sino a través de formas "sui generis" que por ser expresión máxima de la voluntad común adquieren un rango singular que les dota de carácter, no sólo normativo y vinculante, sino también de la naturaleza de derecho fundamental.

Debe destacarse además que este derecho es propio de toda *"Sociedad Democrática"*, tal como ha señalado el Comité de Libertad Sindical, "un movimiento sindical realmente libre e independiente sólo

<sup>4</sup> Vega Ruiz, María Luz ; Duarte David. *Promover los Principio y Derechos Fundamentales a través del Diálogo Social*. Publicación de la Oficina Internacional el Trabajo, 1. ed., 2005, pág. 24.

puede desarrollarse dentro del respeto a los derechos fundamentales y que el sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales<sup>5</sup>.

Otro elemento característico es que la Libertad Sindical es un Derecho reconocido en la mayoría de las **Constituciones Políticas** de los países democráticos, dotándole de rango de Derecho Humano, como sucedió en Argentina con la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su art. 75 inciso 22, que le da jerarquía constitucional.

Sin embargo, no todos los Estados cumplen acabadamente con las normas y preceptos que dan fundamento a la Libertad Sindical y a sus contenidos básicos, siendo un ejemplo de ello la República Argentina, conforme se desarrollará más adelante.

Ahora bien, sobre la base de estas tres características, podríamos identificar nuevos elementos que permitan avizorar un cumplimiento efectivo de este principio o derecho? . La respuesta es afirmativa, pero debemos destacar que no existe ningún parámetro absoluto, ningún criterio o regla máxima que así lo indiquen, pero se puede acudir a algunos de estos elementos:

1) **Estabilidad Democrática:** La consolidación de la democracia frente a un modelo corporativista del Estado (ya que como se señaló, el respeto a los derechos

y principios de sindicación, negociación colectiva, etc., nunca fue compatible en los gobiernos de "facto", que tienden a suspender las garantías constitucionales y por ende de los trabajadores considerados colectivamente.

2) **Nuevo desarrollo económico:** basado en la sustitución de importaciones y su renovación por un modelo de libre comercio en un marco de integración económica. Sin embargo, como sostiene Virgilio Levaggi<sup>6</sup>, el crecimiento económico es condición indispensable para la creación de empleo; pero la historia reciente enseña que aquél no ha sido suficiente para la generación de más y mejores trabajos. Se necesita que la creación de trabajo sea una meta para quienes diseñan las políticas económicas. Para que ello ocurra se requiere una postura más preactiva por parte de los gobiernos y de los agentes productivos. El mercado necesita instituciones y políticas bien diseñadas que apoyen la iniciativa privada en la tarea de contribuir con el crecimiento y generar más y mejores trabajos.

3) **Aparición de Organizaciones Sociales diferentes de las tradicionales:** con nuevos trabajadores al margen del asalariado tradicional con incremento de estrategias de supervivencia y la consolidación de un sector informal urbano y rural.

<sup>5</sup> Comité de Libertad Sindical: OIT. Recopilación de Recomendaciones del Comité, Ginebra, 1996. Párrafos 34 y 35.

<sup>6</sup> Levaggi, Virgilio: Democracia y Trabajo Decente en América Latina. Publicación OIT. Año 2006, p. 35.

**b) Normas Internacionales que regulan este principio. Pautas para su cumplimiento**

Las normas internacionales que regulan este principio son las siguientes:

- 1) Convenio n. 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (1948).
- 2) Convenio n. 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (1949).
- 3) Convenio n. 135 sobre los Representantes de los Trabajadores (1971).
- 4) Convenio n. 151 sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública (1978).
- 5) Convenio n. 154 sobre la Negociación Colectiva (1981).
- 6) Numerosas Declaraciones, Convenciones y Tratados.

En función de estas normas, deben señalarse diversas **pautas generales** para el cumplimiento de este principio por parte de los Estados, destacándose la necesidad de ajustar la ley nacional a un parámetro normativo mínimo reflejado en la Constitución de la O.I.T. y en los Convenios Internacionales señalados, efectuar un seguimiento sobre los criterios de interpretación del Comité de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACyR), aceptar las decisiones y la doctrina del Comité de Libertad Sindical y dictar las normas nacionales o internas que expresamente contemplen en este derecho fundamental y sus dos bases: libertad sindical y negociación colectiva.

Sin perjuicio de ello, tales objetivos no podrían cumplirse si los

Estados no cuentan con los recursos y procesos administrativos y judiciales, que sean expeditivos, ágiles, con formación profesional y medios adecuados, mereciendo una consideración especial la idea de promover y fomentar la educación de los trabajadores.

**c) Aplicación de este Principio en la República Argentina**

Si bien el Comité de Libertad Sindical ha recibido quejas sobre el insuficiente cumplimiento por parte de Argentina de este principio, conforme se desarrollará más adelante, se garantiza a los trabajadores por la Constitución Nacional (art. 14 bis) la "Organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial" y se garantiza a los gremios:

[...] concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje, el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

A su vez, el art. 75 inciso 22 de la C.N., otorga el carácter supra legal al Convenio n. 87 de Libertad Sindical y protección del derecho de sindicación (1948), el que ha adquirido **jerarquía constitucional** en virtud de lo dispuesto por el art. 8.3. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 22.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, teniendo además **jerarquía de rango superior a las leyes**, los

Convenios de la O.I.T. que fueron ratificados por el país.

Son numerosas las leyes internas que ratifican los Convenios internacionales sobre Libertad Sindical y Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, destacándose las siguientes:

Ley n. 14.932 (año 1960) que ratifica el Convenio n. 87 de Libertad Sindical y protección del derecho de sindicación; el Decreto-Ley n. 11594/56 que ratifica el Convenio n. 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva; la Ley n. 23.544 (B.O. 15/01/98) que ratifica el Convenio n. 154 sobre el Fomento de la Negociación Colectiva, pero no es aplicable a los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. A su vez, la Ley n. 25.801 (B.O. 02/12/2003), ratifica el Convenio n. 135, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa.

También la República Argentina ha ratificado los Convenios 11 sobre: "Derecho Asociación Agricultura"; 151 sobre "Relaciones de Trabajo en la Administración Pública"; y 154 sobre "Negociación Colectiva".

Entre los derechos de los trabajadores a la Sindicación se dictó la Ley de Asociaciones Sindicales n. 23.551 (B.O. 22/4/88) y decreto reglamentario n. 467/88, contándose como antecedentes normativos a las leyes n. 14.455, n. 20615 y n. 22.105.

Sobre el derecho a la negociación colectiva se dictó la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo n. 14.250 (B.O. 19/2/88), que tuvo

una importante reforma por Ley n. 25.877 de Ordenamiento Laboral, que derogó la Ley n. 25.250.

Por último, la Nueva Ley de Ordenamiento Laboral n. 25.877, además de reformar parcialmente a la Ley n. 14.250, fortaleció el sistema de Inspección en el Trabajo.

#### d) Violaciones denunciadas ante la O.I.T

Sin perjuicio que la República Argentina mejoró su legislación laboral en materia de Libertad Sindical y Negociación Colectiva después de superada la época de la dictadura militar, con el dictado de la Nueva Ley de Asociaciones Profesionales de Trabajadores n. 23.551, se han presentado algunas quejas ante el Comité de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), particularmente el relativo a la concesión y reconocimiento de la **personería gremial**, al **fuero sindical** y a la **representación** y el relativo a la **homologación de los Convenios** por el Estado Nacional.

Así el Comité de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones, ha sostenido en relación a la Personería Gremial que "El reconocimiento de los sindicatos más representativos no es en sí mismo contrario al principio de libertad sindical y es compatible, **siempre y cuando respeten ciertas condiciones**", siendo la crítica central la existencia de diferencias y privilegios de las asociaciones con **personería gremial** frente a las **simplemente inscritas**.

Se recomendó además que se modifique el 10% que exige el art. 21 del decreto n. 467/88 de afiliados

cotizantes (para que sea **considerablemente superior**) y que la representatividad de los sindicatos se base en una **simple mayoría de afiliados**.

Con relación a esta misma queja, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que:

El reconocimiento de cierto privilegio a favor de los sindicatos más representativos debe ser de tal manera que no implique la privación de los medios esenciales para la defensa de los intereses de los trabajadores representados por las otras entidades sindicales que no posean esa mayor representatividad.

Sobre la queja en relación al **fuero sindical** y a la **representación**, se argumenta que sólo poseen protección especial los representantes sindicales de las Asociaciones Sindicales con personería gremial y para ambos Comité ello constituye **"un privilegio"**. También que la solución vía del **amparo sindical** (genérico) previsto en el art. 47 de la LAS para los dirigentes de "las simplemente inscriptas" no es la solución acertada, ya que ello colisionaría con el amparo específico de los arts. 48 y 52 que poseen los dirigentes con personería gremial.

Recomiendan entonces modificar el art. 31 inc. a) de la LAS que determina que solamente las asociaciones con personería gremial tienen el derecho exclusivo de defender y representar los intereses individuales y colectivos de los trabajadores, ya que ello según el CEACyR se encuentra en contradicción con el Convenio y privilegia a las con "personería gremial" frente

a las demás asociaciones en materia de representación de intereses colectivos diferentes de la negociación colectiva.

El Decreto n. 757/2001 del PEN si bien reconoce el derecho de las simplemente inscriptas a defender y representar ante el Estado y los empleadores, los intereses individuales de sus afiliados al igual que la que cuenta con "personería gremial", no modifica el art. 31 por ley del Congreso y en consecuencia es insuficiente.

Otra queja y por ende observación formalizada por los Organismos de Control Internacionales está referida a la **Homologación de los Convenios**, ya que, conforme la legislación Argentina (Ley n. 14.250) los Convenios Colectivos de Trabajo requieren para su validez, la aprobación, mediante la homologación de la autoridad estatal, es decir, existe un "control estatal de legalidad y oportunidad".

Es por ello que el CEACyR sostiene que el acto de homologación es una injerencia concreta del estado que afecta el Convenio n. 98 de la OIT, ya que excede de los aspectos formales de la Convención, en cuanto la legislación actual exige que los Convenios no contengan cláusulas que afecten el interés general.

## 6 LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE TRABAJO FORZOSO U OBLIGATORIO

### a) Concepto. Excepciones

El Convenio n. 29 de la O.I.T. (1930) lo define como: "Todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo

la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente" (art. 2).

Desde esta óptica es evidente que trabajo forzoso no es lo mismo que malas o pésimas condiciones de trabajo o salarios bajos. Se trata de un problema aún peor: un trabajo realizado bajo coerción física o psicológica, que además normalmente conlleva dichas condiciones laborales de explotación<sup>7</sup>. A ello debemos agregar que todo trabajo forzoso puede calificarse como la antítesis del trabajo decente.

Sin embargo, el Convenio n. 29 excluye de la calificación de trabajo forzoso a las siguientes actividades, a saber:

- a) Servicio militar obligatorio que tenga un carácter puramente militar.
- b) Obligaciones cívicas normales.
- c) El trabajo que se exija en virtud de una sentencia judicial y que se realice bajo el control de las autoridades públicas.
- d) El trabajo que se obligue en casos de fuerza mayor como guerra o siniestros.
- e) Los trabajos comunales cortos o pequeños.

El Convenio n. 105 (1957) por su parte, establece que nunca puede recurrirse al trabajo forzoso como

medio de coerción o educación política, como medida de disciplina en el trabajo o como castigo por haber participado en huelgas.

## b) Clasificación

Al Trabajo forzoso lo podemos clasificar en a) trabajo forzoso institucionalizado. b) formas tradicionales de servidumbre y c) formas más nuevas relacionadas con la globalización.

Será considerado **Trabajo Forzoso Institucionalizado**, cuando es impuesto por el Estado, ya sea para reclutar hombres en las calles para incorporarlos compulsivamente al servicio militar obligatorio o en patrullas de defensa civil (Caso Guatemala en la guerra Civil, año 1994), o cuando se utilizan reclutas para cosechar frutas u otros cultivos en granjas o fundos privados, o cuando se efectúa el trabajo compulsivo en las cárceles privadas o semi-privadas o el alquiler de prisioneros de cárceles públicas para trabajar en empresas privadas.

Se consideran **Formas Tradicionales de Servidumbre al Trabajo Esclavo**. Así por ejemplo desde el año 2003, Brasil ha intensificado la lucha para eliminar el "Trabalho Escravo", cuyas víctimas son

<sup>7</sup> Belser Patrick. Coordinador de Investigación. Programa Especial Para Combatir el Trabajo Forzoso. Oficina Internacional del Trabajo. *La Eliminación de Todas Las Formas de Trabajo Forzoso u Obligatorio. Movilizarse contra el Trabajo Forzoso*. Publicación OIT: "Promover los Principios y Derechos Fundamentales a través del Diálogo Social", p. 69.

reclutadas en centros urbanos por intermediarios, denominados "Gatos", para rembolsar deudas fraudulentas (por transporte, alquiler de instrumentos de trabajo, etc.

En la **Región Andina**, es un problema recurrente, ya que allí se verifica una forma de peonaje por deudas, que se derivan de adelantos realizados a los trabajadores (práctica ilegal denominada "enganche").

En el **Amazonia**, el "enganche" se manifiesta en campamentos madereros, ranchos ganaderos, plantaciones de azúcar y la mayoría son grupos de indígenas endeudados de manera fraudulenta por adelanto de dinero con cargo a ser descontados de sus futuros ingresos salariales.

En **Haití**, se da el caso denominado "Restaveks", allí los niños de familias pobres son enviados a trabajar a las casas de familias acomodadas, quienes prometen educarlos a cambio de cumplir labores domésticas.

Por último, las formas novedosas de trabajo forzoso por la globalización, se manifiesta generalmente en el tráfico de personas, el tráfico humano, pudiendo contar entre sus causas a la creciente migración de personas y la desregulación del mercado.

Entre las principales actividades vinculadas al tráfico de personas y por ende al trabajo forzoso, existen principalmente las relacionadas con el Comercio del Sexo y las actividades económicas (servicio doméstico, asistentes, modelaje, etc.).

Se verifica también como otra forma de trabajo Forzoso, el Tra-

bajo Obligatorio efectuado después de jornadas ordinarias de trabajo, sobre todo cuando se exige a los trabajadores para alcanzar el salario mínimo, bajo la amenaza del despido o una remuneración inferior al salario mínimo. (Por ej. Observación de la CEACyR 2003, 74ª. Reunión sobre Guatemala).

### c) Régimen Legal en Argentina

La Argentina ha ratificado el Convenio n. 29 (1930) el 14 de marzo de 1950, el Convenio n. 105 (1957) el 18 de enero de 1960. Además, cuenta en su legislación con la Ley n. 20509 (27/5/1973), que derogó la Ley n. 17192 del Servicio Civil de Defensa (1967) por la que se podía movilizar para prestar servicio obligatorio a todos los habitantes del país mayores de 14 años.

También la Ley n. 24660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad, que regula el trabajo de los internos ajustándose a la Ley de Contrato de Trabajo (Remuneración de trabajo, jornada de trabajo, medidas de higiene y seguridad, etc.).

No obstante la legislación en la materia, en Argentina se detectaron casos de trabajo forzoso. Así por ejemplo en el año 2000, se constataron 80 talleres clandestinos en un solo barrio de Buenos Aires, donde se empleaban a trabajadores indocumentados (inmigrantes de países limítrofes), trabajando en condiciones infrahumanas (delito de reducción a la servidumbre, penado en el art. 140 del Código Penal).

También en el año 1990, se pudo constatar casos de esclavitud

sexual en diversas provincias del país de inmigrantes voluntarios o de tráfico de personas de países limítrofes. Hasta la actualidad existen numerosos casos de prostitución infantil y trabajo sexual no voluntario, que derivaron en intervenciones policiales y judiciales; niños menores que trabajan pidiendo limosna que son llevados a ese lugar por sus propios padres, niños menores que trabajan como vendedores ambulantes, y niños menores que limpian vidrios de automóviles.

Más grave aún es que no existe ninguna base de datos en la Argentina, que pueda marcar o señalar la cantidad de niños trabajando en estas condiciones, para localizar las violaciones de los Convenios de la O.I.T., salvo los casos detectados por la Justicia Penal.

## 7 ABOLICIÓN DEL TRABAJO INFANTIL

### a) Concepto

Si el Trabajo Forzoso significa una forma de menoscabar a la persona en su condición de tal, en su dignidad, en su decencia, el trabajo infantil representa sin duda alguna, la denigración total de ella.

Es por ello que el trabajo infantil plantea un verdadero reto económico, social, cultural y de derechos humanos y los estados deben bregar para su eliminación total, en cualquiera de sus formas y condiciones. Debe señalarse que más de 250 millones de niños y niñas de entre 5

y 17 años trabajan en condiciones que vulneran y violan sus derechos y de ellos, 211 millones son menores de 14 años<sup>8</sup>.

Las normas Internacionales que protegen a los niños y alientan la abolición del trabajo infantil, son:

- 1) Convenio n. 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo o al Trabajo.
- 2) Convenio n. 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.
- 3) Convención sobre los Derechos el Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

El **Convenio n. 138 sobre Edad Mínima de Admisión al Empleo o al Trabajo** establece que la edad mínima para trabajar no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligatoriedad escolar o en todo caso no inferior a 15 años, y no inferior a 18 años para aquéllos tipos de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad, agregando que la legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de 13 a 15 años en trabajo ligeros que no perjudiquen la salud o desarrollo, ni la asistencia a la escuela. También la legislación podrá fijar inicialmente una edad de 14 años cuando considere que su economía y medios de educación están suficientemente desarrollados.

El **Convenio n. 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infan-**

<sup>8</sup> Un Futuro Sin Trabajo Infantil. Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. OIT, 2002.

til, por su parte, denomina "niño" a toda persona menor de 18 años de edad.

La expresión "**peores formas de trabajo infantil**", según Convenio n. 182, abarca:

- a) **Todas las formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud** como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.
- b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la **prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas.**
- c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la **realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes.**
- d) El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleve a cabo, es probable que **dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.**

Asimismo, se consideran trabajos que puedan provocar daño al niño o niña, aquéllos que están expuestos a abusos de orden físico, psicológico o sexual, los realizados bajo tierra, agua, alturas peligrosas o espacios cerrados, con maquinarias, equipos o herramientas peligrosas, o que conlleven la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas, en medio insalubre (sustancias, agentes peligrosos, temperatura, elevado nivel de ruido o de vibraciones) y

con horarios prolongados o nocturnos.

Es por ello que el Convenio 182, en su artículo primero establece la obligatoriedad de los Estados que ratifiquen el mismo, de adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia". En su art. 7 agrega la obligación de instrumentar medidas tendientes a garantizar esta prohibición, incluyendo sanciones penales, impedir la ocupación de trabajo infantil, prestar asistencia necesaria y adecuada para librar a los niños de las peores formas de trabajo infantil y asegurar su rehabilitación en inserción social, asegurar el acceso a la enseñanza básica gratuita.

Según el Convenio, deberán considerarse actos delictivos de las peores formas de trabajo infantil, a los siguientes:

- a) **Todas las formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud** como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.
- b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la **prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas.**
- c) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la **realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes.**

### b) Régimen legal en Argentina

En Argentina existen normas que tienen jerarquía constitucional, otras con jerarquía superior a las leyes y leyes que protegen el trabajo infantil. Así, el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, incorporó con jerarquía constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño (Ratificada por Ley n. 23849).

Con jerarquía superior a las leyes, encontramos los tratados internacionales o acuerdos celebrados en organismos internacionales (Convenio sobre edad mínima n. 138 de 1973 y el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil n. 182).

La Ley de Contrato de Trabajo n. 20.744 (Contiene un Título Especial en la materia, arts. 187 a 195) determinando la edad mínima para trabajar a los 14 años (art. 187) y considerando como Contrato de objeto prohibido, aquéllos celebrados con menores de 14 años, no siendo aplicable cuando medie autorización del ministerio pupilar cuando solo trabajen miembros de una familia y siempre que no se trate de ocupaciones nocivas, perjudiciales o peligrosas. Tampoco podrá ocuparse a menores de 14 años que no hayan completado su instrucción obligatoria, salvo autorización del ministerio pupilar, cuando el trabajo del menor fuese considerado indispensable para la subsistencia del mismo o de sus familiares directos, siempre que se llene en forma satisfactoria el mínimo de instrucción escolar exigida (art. 189).

Se eleva a los 18 años (arts. 191 y 176) la prohibición de trabajo

perigroso e insalubre. La jornada de trabajo es de 6 hs. diarias o 36 semanales y el mayor de 16 años podrá ampliar hasta 8 hs. diarias o 48 hs. semanales, previa autorización del ministerio de trabajo. Se encuentra prohibido el trabajo nocturno, que es el comprendido entre las 20 hs. y las 06 hs.

No obstante estas disposiciones contenidas en el Régimen General de Contrato de Trabajo, se han dictado otras disposiciones concretas para la erradicación del trabajo infantil. Así por ejemplo, el decreto 717/2000, creó la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI). También se creó la Comisión Provincial para la Erradicación del Trabajo Infantil (COPRETI) que es coordinada por la CONAETI, actuando en cada provincia y es presidida por la autoridad del trabajo local.

### c) Proyecto de Modificación de la edad mínima para trabajar

La Ley Federal de Educación n. 24195 determina que la educación básica obligatoria concluye a los 15 años y el tercer párrafo del art. 189 de la LCT prohíbe la ocupación de menores comprendidos en edad escolar, si no hubieran completado su instrucción obligatoria. Por su parte el **Contrato de Aprendizaje** establece la edad mínima de 15 años para este tipo de relación.

A raíz de verificarse un desequilibrio con el Convenio n. 138, recientemente la Cámara de Senadores ha aprobado un proyecto de ley para elevar la edad mínima para trabajar a los 16 años.

Actualmente se encuentra en estado parlamentario.

## 8 NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO, OCUPACIÓN E IGUALDAD DE REMUNERACIÓN

### a) Concepto

Según el Convenio n. 111 (Empleo y Ocupación, 1958) se considera discriminación:

[...] cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Ahora bien, según cita la doctrina, la discriminación puede ser directa o indirecta. Será directa, cuando las leyes, reglamentos o prácticas excluyen o dan preferencia de manera expresa a determinadas personas sólo por el color de la piel o la edad o el sexo que tengan.

La indirecta será cuando existen normas, procedimientos y prácticas que son a primera vista neutrales, pero cuya aplicación afecta de manera desproporcionada a miembros de determinados colectivos. Por ejemplo el trato desigual dispensado a cierta categoría de trabajadores a tiempo parcial o los trabajadores del hogar.

Para lograr la igualdad y eliminar cualquier forma de discrimi-

nación, existen modelos de igualdad. Así, según Mc Crudden, encontramos los siguientes modelos:

1) Modelo de Justicia Individual: busca eliminar la discriminación proscribiendo las consideraciones basadas en características personales del trabajador, tales como el género, la religión o la edad, que son irrelevantes para el desempeño de una determinada tarea. (Lucha contra la discriminación directa).

2) Modelo de Igualdad como Justicia Social: se preocupa por los efectos de la discriminación y desigualdades en el mercado laboral. La finalidad es nivelar las desigualdades entre grupos dominantes y grupos subordinados. El blanco de este modelo es la discriminación indirecta.

3) Modelo como paridad en la diversidad: se funda en el reconocimiento de igual valor de las diferentes identidades de las personas formadas por su género, raza, preferencia sexual, etc.

Sin perjuicio del seguimiento de estos modelos, también existen elementos que podemos tener en cuenta para determinar el cumplimiento efectivo de este derecho, tales como las estadísticas laborales que indiquen la proporción de mujeres ocupadas en la industria, administración, gestión, profesionales, técnicos, brecha entre hombres y

"Para lograr la igualdad y eliminar cualquier forma de discriminación, existen modelos de igualdad."

mujeres ocupados y en los niveles de educación, etc.; contar con un **marco normativo** que permita determinar si existen leyes nacionales que discriminan de forma explícita a integrantes de ciertos grupos en virtud de su color de piel, género, edad u otras razones, o si existen leyes y Constituciones que la prohíban explícitamente; incorporar **cláusulas anti-discriminatorias en los Convenios Colectivos de Trabajo**, fomentando la igualdad de trato y oportunidades en el lugar de trabajo y, estableciendo **Programas de Empleo focalizados en grupos vulnerables**, especialmente para mujeres, niños, indígenas, pobres, etc.

#### b) Régimen legal en Argentina

Entre las normas que prohíben la discriminación, Argentina cuenta con la Constitución Nacional, que en su art. 16 señala:

La Nación Argentina no admite prerrogativa de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

A su vez, el art. 14 bis, incorporó el derecho de "igual remuneración por igual tarea". El art. 75 inc. 22 incorporó con Jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de

todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc., adoptando un sistema **MONISTA**.

El art. 75 inc. 22, primera parte, reconoce con jerarquía superior a las leyes a los Convenios Internacionales, como el Convenio n. 100 sobre igualdad de remuneración por razón de sexo y el n. 111 sobre igualdad (empleo y ocupación).

El art. 75 inc. 23 dispone que: Será facultad del congreso: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidad y trato y el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

El art. 43 protege el acceso a la justicia disponiendo que:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Entre las leyes Nacionales, la Ley n. 23.592 (B.O. 3/8/1988), de "Antidiscriminación", tiende a **hacer cesar el acto discriminatorio y reparar el daño** moral o material producido con la discriminación (El Juez declara la nulidad del acto y vuelve las cosas al estado anterior del acto discriminatorio). Además impone **sanciones penales** por actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

A diferencia de de la L.C.T., la Ley n. 23.592 es de alcance general, ya que se aplica a toda la ciudadanía incluidos los que pretenden ingresar a un trabajo subordinado. Por ende **es aplicable también al trabajador subordinado.**

En la Ley de Contrato de Trabajo n. 20.744, el art. 17 establece la **prohibición** de "cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad".

El artículo 81 referido a la **Igualdad de Trato** señala que:

El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual rato en identidad de situaciones. Se considera que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.

También cuenta esta normativa con un título especial de protección de la mujer, en los arts. 172 a 186. Así, el art. 172 determina que:

"La mujer podrá celebrar toda clase de contrato de trabajo, no pudiendo consagrarse por las convenciones colectivas de trabajo, o reglamentaciones autorizadas, **ningún tipo de discriminación en su empleo fundada en el sexo o estado civil** de la misma, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral. En las convenciones colectivas o tarifas de salarios que se elaboren **se garantizará la plena observancia del principio de igualdad de retribución** por trabajo de igual valor".

Por el art. 177, se garantiza a toda mujer durante la gestación el derecho a la **estabilidad** en el empleo...", aclarando que esta norma no otorga una estabilidad absoluta sino relativa, pero en caso de despido se agrava la indemnización con 13 meses de sueldo (art. 182) más la indemnización del art. 245.

El art. 178 Consagra la presunción "*iuris tantum*" que el despido es por causa de embarazo si se produce dentro del plazo de siete meses y medio anteriores o posteriores al parto, dando lugar a una indemnización agravada.

Entre otras normas nacionales se destacan las siguientes:

**Ley n. 25212 (2/11/99) Pacto Federal del Trabajo:** Art. 4º, inc. a), considera como "Infracciones Muy Graves" las decisiones discriminatorias del empleador.

**Ley n. 25.877 (18/3/2004) Ley de Ordenamiento Laboral:** Incorpora

ró el Balance social en las empresas de más de 300 trabajadores y en especial, información sobre rotación de personal por edad y sexo.

**Ley n. 25164 (6/10/1999) Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional:** establece la prohibición al personal de "Desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (Art. 24, inciso h).

**Decreto 1363/97 del 19/12/97: Reglamentación sobre la "Igualdad de Trato entre Agentes de la Administración Pública Nacional".**

**Decreto 2385/93 sobre Acoso Sexual en el ámbito de la Administración Pública Nacional.**

## 9 CONCLUSIONES

Del análisis de la normativa nacional en función de estos cuatro Derechos Fundamentales del Trabajo elaborado por la O.I.T., y aplicable en sus ocho Convenios, podemos concluir lo siguiente:

a) En relación a la Libertad Sindical y Reconocimiento efectivo del Derecho a la Negociación Colectiva, se comparte la crítica del Comité y sería conveniente otorgar a las Asociaciones Sindicales sin personería gremial, esto es, las simplemente inscriptas, mayor protagonismo en la discusión de programas de empleo, ocupación, nivel salarial, pautas de trabajo, condiciones de higiene y seguridad y representación de los trabajadores en la empresa. Además reducir

la injerencia el Estado en la Homologación de los Convenios Colectivos, quedando el control de sus normas a la actividad jurisdiccional.

- b) Sobre el Trabajo Forzoso, implementar una Estadística que recopile los datos de los trabajadores que se encuentran en dicha condición; a qué sectores de la población abarca y ubicación geográfica. A ello se deberá sumar una política invasiva y permanente del Estado para el control y seguimiento de esta práctica, con normas penales que condenen la realización del trabajo forzoso.
- c) Sobre el Trabajo Infantil, concretar y aprobar la edad mínima para trabajar a los 16 años y dotar a los Organismos de control (Ministerio de Trabajo) los recursos necesarios (materiales y humanos) para inspeccionar el trabajo en las empresas, sobre todo en poblaciones rurales que es donde con mayor frecuencia se verifica. Además deberá erradicarse los niños menores de 18 años que deambulan en la calle pidiendo limosnas o limpiando vidrios, mediante programas sociales y educativos, a cargo del Estado.
- d) Sobre la Discriminación deberán elaborarse Estadísticas que incluya: denuncias de discriminación laboral sometidas al INADI; fallos judiciales emitidos sobre denuncias por discriminación, tanto los recaídos en sede laboral como en sede civil y confección de informes de inspectores de trabajo que detecten situaciones de

discriminación en el empleo. También debería incentivarse la incorporación de cláusulas anti-discriminatorias en los Convenios Colectivos de Trabajo.

## 10 REFERÊNCIAS

BELSER, Patrick. Coordinador de Investigación. Programa Especial Para Combatir el Trabajo Forzoso. Oficina Internacional del Trabajo. **La Eliminación de Todas Las Formas de Trabajo Forzoso u Obligatorio. Movilizarse contra el Trabajo Forzoso.** Publicación OIT: "Promover los Principios y Derechos Fundamentales a través del Diálogo Social".

LEVAGGI, Virgilio: **Democracia y Trabajo Decente en América Latina.** Publicación OIT. Año 2006.

OIT. Comité de Libertad Sindical. **Recopilación de Recomendaciones del Comité.** Ginebra, 1996. Párrafos 34 y 35.

\_\_\_\_\_. **Los Convenios Fundamentales de la Organización Inter-**

**nacional del Trabajo.** Oficina Internacional del Trabajo. Programa InFocus sobre la Promoción de la Declaración. p. 7. 1. Ed. 2002, 2. impresión 2003. Publicación de la O.I.T. Dinamarca: OIT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Trabajo Decente:** Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo. 88° Reunión. Ginebra: OIT, 1999.

\_\_\_\_\_. **Un Futuro Sin Trabajo Infantil.** Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. OIT, 2002.

SEN, Amartya Kumar. Democracy as a Universal Value. **Journal of Democracy.** Johns Hopkins University Press. v. 10, n. 3, July, 1999.

VEGA RUIZ, María Luz; DUARTE, David. **Promover los Principio y Derechos Fundamentales a través del Diálogo Social.** Publicación de la Oficina Internacional el Trabajo, 1. ed., 2005, p. 24.





**TRABALHO DO MEIO CIENTÍFICO**



# A CONTRATAÇÃO COLETIVA NO DIREITO DO TRABALHO ITALIANO

## THE COLLECTIVE CONTRACT IN THE ITALIAN LABOUR LAW

Fábio Prates da Fonseca \*

**Resumo:** A título de introdução, o texto sugere a importância do exame do instituto da contratação coletiva na Itália para o momento de transição que se avizinha no âmbito do Direito brasileiro. Após breves considerações históricas sobre a evolução do sindicalismo em geral, o texto passa a abordar as características próprias do direito sindical italiano, a evolução histórica da contratação coletiva naquele país e as relações entre o ambiente pluralista e a produção dos contratos coletivos de trabalho. Abordam-se aspectos tais como os níveis de contratação coletiva, a representatividade sindical, o âmbito de eficácia dos contratos no espaço e no tempo, a inderrogabilidade, a função e a natureza das cláusulas contratuais. São resumidas as diferenças ainda existentes entre a contratação coletiva privada e aquela desenvolvida no âmbito do emprego público. Há um esboço acerca da situação atual da contratação ao nível da comunidade europeia. Por fim, destaca-se a importância da liberdade sindical para a efetiva eficácia da atuação da autonomia coletiva privada.

**Palavras-chave:** Direito italiano. Direito sindical. Pluralidade sindical. Contrato coletivo de trabalho. Contratação coletiva.

**Abstract:** The text suggests, in its introduction, that it is important for the Brazilian law, due to the forthcoming moment of transition, to analyse the Italian institution of collective contract. Following brief historical considerations on the evolution of unionism, the text addresses the features of the Italian Trade Union Laws, the historical evolution of collective

\* Juiz do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Aparecida – TRT 15ª Região, São Paulo, Brasil. Aluno do Curso Mâster de “Diritto del lavoro, sindacale e della sicurezza sociale”, junto à Università Europea di Roma.

contract in that country and the relation linking the pluralism and the collective labour contracts. Aspects such as the level of collective contract, labour union representativeness, the efficacy of contracts in space and time, irrevocability, and nature and function of the contract clauses are addressed. The still existing differences between private collective contract and the kind of collective contract practiced in the public area are summarized. There is a draft about the present situation of contract in the European Community level. Finally, the importance of the union freedom for the real efficacy of private collective autonomy is enhanced.

**Key words:** Italian Law. Trade Union Rights. Union Plurality. Collective Contract. (na língua inglesa não há diferença entre Contrato Coletivo e Contratação Coletiva.)

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Breve histórico da evolução do sindicalismo; 3 A liberdade sindical na Itália; 4 Representação e representatividade; 5 Contrato e contratação coletiva; 6 A eficácia subjetiva dos contratos; 7 Evolução histórica da contratação coletiva italiana; 8 Relações entre contratos de diferentes fontes; 9 Inderrogabilidade; 10 Conteúdo funcional dos contratos; 11 A eficácia temporal dos contratos; 12 A contratação coletiva no emprego público. 13 A contratação no âmbito comunitário; 14 Considerações finais; 15 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Ainda que teça alguns comentários sobre a evolução do sindicalismo em outros países e mencione vários aspectos do direito coletivo brasileiro, o objetivo da presente dissertação é o de retratar a experiência italiana, notadamente no que se refere à prática da contratação coletiva.

O estudo da matéria ganha contornos de grande relevância em nosso País, nesta fase em que se coloca a hipótese de transição do nosso sindicalismo para um modelo enfim livre da tradição corporativa.

O anteprojeto brasileiro de reforma sindical oriundo do Fórum Nacional do Trabalho tem o potencial - caso aprovado e a despeito de

seus anacronismos, como por exemplo, a regulamentação legal da "representatividade" - de instituir entre nós o pluralismo sindical, o que alteraria radicalmente o conceito de eficácia subjetiva dos contratos coletivos. Também o eventual reconhecimento da legitimidade negociada das centrais sindicais terá o condão de fortalecer reivindicações a respeito do estabelecimento do contrato coletivo nacional e articulado, modalidade largamente praticada na Itália e antiga bandeira da Central Única dos Trabalhadores (CUT) no âmbito brasileiro.

O sindicalismo de ambos os países apresenta semelhanças em suas origens de forte politização e frágil institucionalização. Ainda mais semelhantes se tornaram com

o advento do corporativismo fascista italiano, o qual foi fielmente copiado pelo Brasil por meio da legislação do chamado Estado Novo (1937 - 1945). Entretanto, a liberalização conquistada pelo movimento sindical italiano no "pós-guerra" não se transmitiu ao Brasil, onde o controle dos sindicatos pelo Estado permaneceu ao menos até o advento da Constituição Federal de 1988 e onde o sistema de unicidade sindical ainda vigora.

A retração da legislação trabalhista e o fortalecimento da ação sindical propiciaram que a contratação coletiva exercitada na Itália viesse a ter papel preponderante na construção dos conteúdos dos contratos individuais. Já no Brasil os direitos trabalhistas jorram basicamente da fonte legal heterônoma, sendo de poucas dimensões os acréscimos conquistados pela atuação sindical.

Por isso, quando se fala em "flexibilização" no Brasil teme-se simplesmente a elisão de direitos, dada a fragilidade da tutela sindical. No âmbito da Itália a questão foi e está sendo enfrentada pelo sindicalismo de modo diferente, ou seja, com negociações que privilegiem o aspecto inclusivo das formas contratuais atípicas, visando o combate ao chamado *lavoro nero*.

As legislações italianas sobre a contratualização do emprego público, sobre a contratação coletiva no âmbito da administração pública e sobre greve nos serviços essenciais, todas com forte influência do sindicalismo do setor, antecipam de certo modo os desafios fundamentais que serão enfrentados no Brasil em eventual regulamentação de tais institutos.

## 2 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO SINDICALISMO

Embora reconheça a ausência de rígida simetria cronológica entre os diversos países, a doutrina costuma dividir a evolução do sindicalismo em três períodos básicos.

O primeiro se inicia com a extinção das corporações de ofício (surgimento do sindicalismo) avançando até os meados do século XIX, sendo denominado fase de proibição. O Liberalismo animador da Revolução Francesa entendia como delituosa a coalizão de trabalhadores, crime previsto na Lei de 22 de germinal do ano XI (1803) e no Código Penal de 1810. Na Inglaterra, Leis de 1799 e 1800 eram expressas ao proibirem organizações ou reuniões de trabalhadores que tivessem o objetivo de melhoria de salário ou de influenciar nas condições de trabalho.<sup>1</sup>

"...quando se fala em "flexibilização" no Brasil teme-se simplesmente a elisão de direitos, dada a fragilidade da tutela sindical. No âmbito da Itália a questão foi e está sendo enfrentada pelo sindicalismo de modo diferente, ou seja, com negociações que privilegiem o aspecto inclusivo das formas contratuais atípicas, visando o combate ao chamado *lavoro nero*."

<sup>1</sup> MONTEIRO, José Cláudio. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 2007, p. 54.

Embora pontualmente a repressão pudesse se mostrar eficaz, os trabalhadores continuaram a se reunir e a se organizar, eis que a necessidade de defesa de seus interesses frente ao avanço do capitalismo não poderia ceder ao temor das sanções estatais. Tem início a fase de tolerância, durante a qual embora não reconheça o direito de associação no plano jurídico, o Estado deixa de considerar a coalizão de trabalhadores como delito. A Inglaterra foi o primeiro país a “descriminalizar” a coalizão, em 1824, seguida pela França em 1864, pela Alemanha em 1869, pela Holanda em 1872 e pela Itália em 1890.<sup>2</sup>

Mais uma vez se curvando à evidência da realidade, o Estado gradualmente abandona a postura de indiferença e passa a proporcionar cobertura legislativa à existência e atuação dos sindicatos. Inicia-se a chamada fase de reconhecimento, com Leis de 1871 (Inglaterra), 1874 (Dinamarca), 1884 (França – Lei Waldeck-Rousseau, 1887 (Portugal e Espanha), 1889 (Bélgica). A primeira Constituição a garantir o direito de associação foi a do México, em 1917, seguida pela Constituição Alemã de Weimar, em 1919.

Na Itália, durante as greves gerais de 1904, surgem as primeiras comissões de empresa, descritas como “organismos espontâneos, sem existência legal, que se constituíam e se desfaziam segundo as necessidades da luta: comitês de greve ou comitês de ação, mais do que

comitês de fábrica”.<sup>3</sup> O nascimento do sindicalismo no Brasil se deu tardiamente em relação à Europa, assim como tardio foi o desenvolvimento do capitalismo brasileiro. Nas primeiras décadas do século XX, as organizações operárias combativas no Brasil foram criadas e dirigidas por trabalhadores emigrados da Europa – especialmente italianos e espanhóis – com forte influência da concepção política anarquista (anarco-sindicalismo).

Diante desse tipo de ação operária o Estado se vê em face de dupla opção de enquadramento jurídico da atividade sindical: o reconhecimento sob controle estatal ou o reconhecimento de liberdade da autonomia coletiva privada.

Se, por um lado, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Tratado de Versailles em 1919 propõe que o princípio da liberdade de associação seja essencial para o progresso, o advento de regimes totalitários em países como Itália (1924) e Brasil (1930) resultou na adoção por estes estados de legislações sindicais corporativistas, calçadas no rígido controle da representação de cada categoria profissional, as quais eram definidas pela lei e com seus interesses submissos aos objetivos do Estado.

### 3 A LIBERDADE SINDICAL NA ITÁLIA

Superado o sistema corporativo e sua concepção de sindicato

<sup>2</sup> MONTEIRO, José Cláudio. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 2007, p. 55.

<sup>3</sup> GRAMSCI, apud MONTEIRO, José Cláudio. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 2007 p. 56

único de categorias legalmente pre-determinadas, o direito sindical italiano rumou para direção totalmente oposta. Funda-se a partir daí sobre a noção de autonomia privada coletiva, ou seja, com amplo reconhecimento da livre vontade dos grupos profissionais de realizar seu interesse particular, sem ingerência do poder público. É plena a ratificação do modelo de liberdade preconizado pela Convenção n. 87, da OIT, datada de julho de 1948.

Ao especificar em seu art. 39, § 1º, de injunção imediata, a liberdade de "organização sindical", a Constituição Republicana promulgada em 1948 a diferencia da mera liberdade de associação inscrita no art. 18, da mesma Carta. Tal diferenciação implica em uma noção mais ampla do fenômeno sindical, de modo a compreender também formas diversas daquelas associativas, porém idôneas a receberem a qualificação de "sindical", o que resulta, por exemplo, na legitimação dos conselhos de fábrica e das novas representações sindicais unitárias. O objeto da tutela constitucional não é a organização em si, mas antes de tudo a atividade à qual esta se volta.<sup>4</sup>

Conquanto a mesma Constituição tenha previsto o registro jurídico dos sindicatos e a eficácia geral dos contratos coletivos – em modos e consequências diversas daqueles do período corporativo – tais normas jamais foram regulamentadas. Nesse quadro de desregulamentação e de liberdade, o pluralismo organizacio-

nal se dá de modo autêntico e espontâneo, repercutindo o fenômeno da representação privada voluntária.<sup>5</sup> Porém, no limite destas representações, temos a indivisibilidade do interesse coletivo, entendido este como a síntese (e não a soma) dos interesses individuais, como o processo de formação da vontade de uma pluralidade organizada de pessoas, como patrimônio volitivo comum da categoria profissional. O risco que o exercício do pluralismo sindical implique na fragmentação do interesse coletivo, leva a doutrina e a jurisprudência a empenhar-se na busca de técnicas que – compatíveis com os princípios de autonomia – sejam idôneas a dilatar os efeitos ordinários das ações sindicais, notadamente no âmbito contratual.

#### 4 REPRESENTAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE

Como já mencionado, o interesse coletivo difere qualitativamente e não apenas quantitativamente do interesse individual. Assim, a atuação sindical não se vale do instituto do mandato, pelo qual o representante age em nome e no interesse do sujeito representado (art. 1.388, c.c.). O sindicato atua em nome próprio, perseguindo a satisfação do interesse coletivo do qual é titular.

O nexó entre a organização sindical e os trabalhadores pertencentes ao grupo profissional é qualificado como relação de representação. Já a representatividade é de-

<sup>4</sup> GHERA, apud GIUGNO, Gino. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2006. p. 25

<sup>5</sup> SANDULLI, Pasquale. *Il pluralismo sindacale in Itália e nell'Unione Europea*, 2005. p. 03.

finida como a capacidade da organização de unificar os comportamentos dos trabalhadores de modo que as opções individuais se integrem e se submetam à ação do grupo. A disputa de representação própria do pluralismo sindical tem como fator de diferenciação justamente a representatividade. Assim, sem prejuízo da liberdade de constituição ilimitada de entidades, apenas os sindicatos dotados de capacidade unificadora do grupo profissional, ou de relevante fração deste grupo, são sujeitos efetivos da dinâmica conflitual estabelecida com a parte social contrária.

No que se refere ao ordenamento jurídico, nota-se que a legislação de sustento da atividade sindical, o chamado Statuto dei lavoratori<sup>6</sup> (Lei n. 300, de 1970) não define qualquer conteúdo sobre as abstratas previsões constitucionais a respeito do reconhecimento legal dos sindicatos e a respeito da eficácia geral dos acordos coletivos. No entanto, em seu art. 19, estabelecia a exigência de seleção entre os sindicatos, ao atribuir alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative<sup>7</sup> as garantias de atuação no local de trabalho. Por esta via, as empresas não estão obrigadas a propiciar a realização de assembléias em seu interior ou a con-

ceder licenças sindicais a todas as associações, mas apenas àquelas efetivamente representativas.

Na esteira da lei acima referida, uma série de interventos legislativos posteriores reafirmaram análoga exigência de seleção entre os sindicatos. Por exemplo, apenas as organizações sindicais mais representativas podem firmar contratos coletivos aptos a derrogar normas de Lei (Lei n. 215, de 1978, Lei n. 56, de 1987 e Lei n. 223, de 1991) e estipular os acordos coletivos para a disciplina do emprego público, conforme Decreto Legislativo n. 29, de 1993.<sup>8</sup>

No âmbito da doutrina e da jurisprudência foram fixados os critérios de apuração da "maior representatividade", quais sejam: consistência do número de inscritos, equilibrada presença em amplo arco de setores produtivos e desenvolvimento efetivo, contínuo e sistemático de contratações. Em especial o segundo dos critérios - o de ampla presença em diversas categorias - reforça o papel central historicamente desempenhado pelas grandes confederações (Confederação Geral Italiana do Trabalho - Cgil, Confederação Italiana de Sindicatos dos Trabalhadores - Cisl e União Italiana do Trabalho - Uil).

"A disputa de representação própria do pluralismo sindical tem como fator de diferenciação justamente a representatividade. Assim, sem prejuízo da liberdade de constituição ilimitada de entidades, apenas os sindicatos dotados de capacidade unificadora do grupo profissional, ou de relevante fração deste grupo, são sujeitos efetivos da dinâmica conflitual estabelecida com a parte social contrária."

<sup>6</sup> Estatuto dos Trabalhadores

<sup>7</sup> às organizações sindicais mais representativas

<sup>8</sup> PERÓNE, Gian Carlo. *A Ação Sindical nos Estados-Membros da União Européia*. São Paulo: LTr, 1996. p. 59.

A partir da segunda metade dos anos 80 do século XX foi se atenuando a mera presunção de maior representatividade das confederações. No entanto, a necessidade de seleção entre os sindicatos foi reafirmada por ocasião do referendun de junho de 1995, a respeito do art. 19, do Estatuto dos Trabalhadores, modificado apenas quanto aos critérios de consagração da representatividade. Enfim, a capacidade do sindicato de impor-se ao empregador como contraparte contratual implica no reconhecimento da representatividade.

## 5 CONTRATO E CONTRATACÃO COLETIVA

Os vistos conceitos sociológicos – ou seja, pré-jurídicos - de liberdade, pluralidade e representatividade fornecem o arcabouço de legitimação para a atividade negocial e normativa da autonomia coletiva.

Cumprir lembrar que ao contrário de outros países na Itália não existem regras estatais quanto à decisão de abrir ou não as negociações; de firmar ou não os contratos coletivos; menos ainda de indicar os sujeitos e objetos das tratativas ou de estabelecer relações entre os diversos níveis de contratação coletiva. A dinâmica das relações de força entre os agentes sociais coletivos é quem define partes, formas e conteúdos do processo de superação do conflito laboral. A admissão para as negociações e para a estipulação dos

contratos coletivos se dá mediante um mecanismo de reconhecimento e legitimação recíprocos, consequência direta do princípio de liberdade sindical.<sup>9</sup> A Organização Internacional do Trabalho em sua Recomendação n. 91, de 1951, define contrato coletivo como:

[...] todo acordo escrito relativo às condições de trabalho e emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por uma parte, e, por outra, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores ou, na ausência de tais organizações, representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por estes últimos, de acordo com a legislação nacional.

Uma definição mais sintética e menos tautológica é fornecida pela doutrina brasileira: “convenção coletiva é o negócio jurídico através do qual sindicatos estipulam condições de trabalho”.<sup>10</sup> Assim como em diversos outros países, a legislação do Brasil também conceitua a convenção coletiva, no art. 611, da Consolidação das Leis do Trabalho, vazado nos seguintes termos:

[...] acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Quanto à natureza jurídica do contrato coletivo do trabalho as teorias

<sup>9</sup> LASSANDARI, Andréa. *La contrattazione e il contratto collettivo*. Roma: Ediesse, 2003. p. 24-25.

<sup>10</sup> MAGANO, Otávio Bueno. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1993., v. III, p. 135)

oscilam entre a concepção contratualista e a concepção institucionalista,

[...] a primeira encarando o instituto à luz das instituições jusprivatistas tradicionais e, a última, atribuindo à convenção coletiva a característica de poder regulamentar inerente a todas as instituições, corpos ou entes sociais.<sup>11</sup>

A peculiaridade de cada ordenamento jurídico moverá o pêndulo em favor da natureza contratual, da natureza regulamentar ou da natureza mista dos instrumentos coletivos.

Já onde não há lei específica, como na Itália, a definição de contrato coletivo de trabalho decorre da jurisprudência e da doutrina, dada a necessidade de fornecer uma adequada sistematização jurídica a um fenômeno de notória importância social. O contrato coletivo vem aqui a ser considerado como um acordo vinculatório no plano do ordenamento jurídico geral e se rege por princípios gerais sobre o contrato, desde que compatíveis com a natureza peculiar e a função desse contrato.<sup>12</sup> Tais contratos de "direito comum" - de natureza jurídica privatista e de função normativa - constituem na Itália o principal ponto de referência quanto à disciplina dos contratos individuais de trabalho. Entretanto, dada a diversidade de contratações coletivas que se sucedem em níveis e épocas diversas, observa-se a formação de uma rede de regras que se in-

tegram entre si, fenômeno definido como "contratação coletiva".<sup>13</sup> Nesse sentido, são postos os problemas de eficácia subjetiva e objetiva dos contratos coletivos, os quais frequentemente trazem normas conflitantes a incidir sobre um mesmo contrato individual de trabalho.

## 6 EFICÁCIA SUBJETIVA DOS CONTRATOS

A questão da eficácia subjetiva dos contratos coletivos estava de antemão resolvida durante a vigência do sistema corporativo. O art. 54 do Regulamento n. 130, de 1926, de execução da Lei n. 563, do mesmo ano, estabelecia que "os contratos de trabalho individuais estipulados pelos empregadores singulares e trabalhadores sujeitos ao contrato coletivo devem uniformizar-se às normas do quanto estabelecido". O Decreto Real n. 1861, de 10.10.1929, em seu art. 71, reservava somente às associações sindicais legalmente reconhecidas o poder de estipular contratos coletivos de trabalho. O art. 10, da mesma lei estava assim redigido:

[...] os contratos coletivos de trabalho estipulados pelas associações dos empregadores, trabalhadores, artistas e profissionais legalmente reconhecidas têm efeito com relação a todos os empregadores, trabalhadores, artistas e profissionais da categoria a que o contrato se refira [...].<sup>14</sup>

<sup>11</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sindicatos sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1992. p. 152.

<sup>12</sup> PERONE, Gian Carlo. *A Ação Sindical nos Estados-Membros da União Européia*. São Paulo: LTr, 1996. p. 37 e 44.

<sup>13</sup> LASSANDARI, Andréa. *La contrattazione e il contratto collettivo*. Roma: Ediesse, 2003. p. 14.

<sup>14</sup> NICOLINI, Giovanni. *A contratação coletiva no ordenamento Italiano*, in *Relações de Direito Coletivo Brasil - Itália*, São Paulo: LTr, 2004. p. 77.

Assegurava-se, destarte, a eficácia *erga omnes* dos contratos coletivos, conferindo-se ao sindicato reconhecido legalmente pelo Estado o poder de ditar normas obrigatórias a toda a categoria, tudo em consonância com o princípio ético e político fundamental do fascismo, qual seja a "organização".<sup>15</sup>

Com a ab-rogação do ordenamento corporativo (Decreto Real n. 721, de 9.8.1943), com o advento do pluralismo sindical designado pelo legislador constituinte em 1947 e com a ausência de atuação da segunda parte, do art. 39, da Constituição promulgada em 1948, os contratos coletivos passaram a ter sua eficácia subjetiva limitada aos empregadores e trabalhadores envolvidos nas associações sindicais estipulantes, ou àqueles que explícita ou implicitamente tenham aderido às cláusulas estipuladas.

Assim, os anteriores contratos corporativos de eficácia geral são historicamente substituídos pelos já referidos "contratos coletivos de direito comum", os quais se regem apenas pelos princípios do direito civil e, portanto, não se aplicam a terceiros.

Em virtude da Lei n. 741, de 14.07.1959 (Lei "Vigorelli") o governo recebeu delegação para "emanar normas jurídicas, com força de lei, com o fim de assegurar mínimos inderrogáveis de tratamento econômico e normativo nos contornos de todos os envolvidos na mesma categoria". Entretanto, tal tentativa de extensão de eficácia restou rechaçada pela Corte Constitucional, a

qual, em sede de arguição de inconstitucionalidade, considerou que o sistema introduzido pela Lei n. 741/1959, para atribuir aos contratos coletivos eficácia *erga omnes* terminaria "com a substituição do sistema constitucional por outro sistema arbitrariamente constituído pelo legislador e portanto ilegítimo" (Sentença n. 106, de 19.12.1962).

Não obstante, o campo aplicativo dos contratos vem sendo alargado pela jurisprudência, com base no art. 36, da Constituição, o qual estabelece que o trabalhador tem direito a uma retribuição proporcional à quantidade e qualidade de trabalho, a assegurar a ele e sua família uma vida livre e digna. Por se tratar de norma de aplicação imediata, serve de fundamento jurídico, em combinação com o disposto pelo art. 2.099, § 2º, do Código Civil, e art. 15, da Lei n. 300/1970, para que os juízes, ao valorizarem a congruência da retribuição e adequá-la ao preceito constitucional, façam referência às retribuições estabelecidas pelo contrato coletivo da categoria, mesmo que os agentes não sejam inscritos nas organizações estipulantes.

Também o legislador ordinário interveio em situações específicas para determinar a extensão da eficácia subjetiva dos contratos. Como exemplos, temos o art. 36, da Lei n. 300/1970, o art. 7º, § 5º, da "Lei financeira" de 2001 e o art. 22, § 5º, do T.U. (texto único) n. 286, de 25 de julho de 1998, todas condicionando a concessão de vantagens a em-

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto, 1986, apud NICOLINI, Giovanni. A contratação coletiva no ordenamento Italiano, in *Relações de Direito Coletivo Brasil - Itália*, São Paulo: LTr, 2004. p. 78

preendedores que contratam com o Estado à obrigatoriedade de respeito aos contratos coletivos.

## 7 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONTRATAÇÃO COLETIVA ITALIANA

A contratação coletiva constitui, como visto, o método principal de composição do conflito e a atividade fundamental por meio da qual o sindicato tutela os interesses dos sujeitos que representa.<sup>16</sup>

Em coerência com a característica centralizada e politizada do renascimento do sindicalismo italiano no “pós-guerra” (Pacto de Roma - 1944), quando a retomada da atividade sindical teve início pela reconstrução do vértice (CGIL), a primeira fase da contratação coletiva pós-corporativa se processa em nível predominantemente confederativo. É nesse âmbito que se determinam diretamente as medidas retributivas e os diferenciais por categoria produtiva, por qualificação profissional, por zona territorial, sexo e idade (*acordos de perequazione salarial* de 1945 e 1946).<sup>17</sup>

Após o acordo interconfederal de 1954 sobre conglobamento dos vários elementos retributivos, reconheceu-se o poder das federações de categoria para negociarem autonomamente seus níveis de remuneração. Entretanto, é ainda mantida a competência confederal para os outros diferenciais. Nessa época, não se

reconhece formalmente a contratação *aziendale* (por empresa), fenômeno já então existente, mas ainda submerso.

No final dos anos 50 e início dos 60, a modernização das relações industriais e a melhoria das condições econômicas e do mercado de trabalho, impõem uma importante aceleração à dinâmica da contratação coletiva. Observa-se o crescimento dos dois níveis até então secundários, quais sejam, o da categoria e o *aziendale*. Esta primeira descentralização da estrutura contratual manifesta o *genese* da bipolaridade que seria a tônica do sistema italiano.

O incremento da atuação das federações de categoria e dos sindicatos provinciais gerou o chamado sistema de “contratação articulada”, o qual se generalizou no âmbito da indústria a partir da primeira metade dos anos 60, após a contratação da categoria metal-mecânica de julho de 1962. Nesse sistema, os contratos de diferentes níveis se articulam e se complementam, principalmente por meio das cláusulas de “reenvio”.

Essa descentralização, ainda parcial, restrita e controlada, cede espaço à autonomia plena dos diversos níveis contratuais, a partir de 1968, quando são eliminadas as normas de coordenação jurídica entre os níveis, permitindo o máximo de descentralização e o mínimo de institucionalização (contratação não vinculada).

<sup>16</sup> GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2006. p. 153.

<sup>17</sup> CARINCI, Franco; TOSI, Paolo; DE LUCA TAMAJO, Rafaella; TREU, Tiziano. *Il Diritto Sindacale*. Roma: UTET Giuridica, 2006. p. 144.

A partir da segunda metade dos anos 70 o pêndulo novamente se move para o terreno da centralização. A crise econômica então verificada fragiliza a atuação sindical isolada. A atividade contratual assume contornos nitidamente defensivos e colaborativos. Típico desse período é o acordo interconfederal sobre escala móvel de 1975, o qual estabelece a vinculação entre o aumento do custo de vida e a majoração dos salários. Praticamente não se observa o estabelecimento de melhorias econômicas em favor dos trabalhadores singularmente considerados. Intensifica-se, por outro lado, a busca de conteúdos novos, ligados aos direitos de informação, de mobilidade e de redução das jornadas de trabalho, tudo isso evidentemente despertado pelo ambiente de crise econômica e de conseqüente ameaça ao emprego.

Além da *ricentralizzazione*, outra tendência manifestada no início dos anos 80 é a intervenção direta do poder público, o que torna "triangular" o caráter da contratação coletiva (v.g. "Protocollo Scotti, de 1983). O espírito de "concertação social" decorre do entendimento de que os resultados práticos da contratação influenciarão e serão influenciados pelo controle da inflação, pela política fiscal do governo e pelas oscilações do mercado de trabalho.

Após um período em que divergências políticas dificultaram a unidade de ação sindical e impedi-

ram o advento de novas "triangulações", os anos 90 assistiram à retomada das contratações centralizadas e socialmente abrangentes. Isso se dá por meio de "protocolos" e "pactos", notadamente os dos anos de 1992, 1993, 1996, além do recente *patto per l'Itália*,<sup>18</sup> de 05 de julho de 2002. Em que pese esse recente papel central do acordo "triangular", ele coexiste com os contratos coletivos estipulados em outros níveis, remanescendo a problemática da relação hierárquica e funcional entre os distintos níveis de contratação.<sup>19</sup>

## 8 RELAÇÕES ENTRE CONTRATOS DE DIFERENTES FONTES

Os grandes contratos nacionais, estipulados em nível confederal atuam sobre os contratos individuais das massas trabalhadoras, independentemente do setor de produção. Atualmente, tais "acordos interconfederais" visam regulamentar com exclusividade institutos singulares, como, v.g. indenização de contingência e licenciamentos coletivos. Dada a especialização da matéria, dificilmente os "acordos interconfederais" se conflitam com cláusulas advindas de contratos de outros níveis, mesmo porque a orientação geral destas contratações é posta justamente pelo nível confederativo.

Ao nível das federações são estipulados os contratos coletivos nacionais de categoria, os quais estabelecem uma completa e articulada disciplina das relações de traba-

<sup>18</sup> Pacto pela Itália.

<sup>19</sup> LASSANDARI, Andréa. *La contrattazione e il contratto collettivo*. Roma: Ediesse, 2003. p. 20/21.

lho desenvolvidas no âmbito de determinado setor produtivo, além de ditarem mediante reenvio a competência da contratação descentralizada.

Com a legitimação das estruturas sindicais periféricas, em especial das representações sindicais unitárias (Protocolo de julho/1993), desenvolveu-se a contratação coletiva a nível *aziendale*. Seu caráter é integrativo em relação ao acordo nacional da categoria, do qual recebe as coordenadas e os limites de atuação pelas cláusulas de reenvio. Destina-se basicamente a estabelecer a individualização dos tratamentos econômicos conexos à produtividade da empresa e também, conforme texto do Protocolo, à:

*[...] gestione degli effetti sociali connessi alle trasformazioni aziendali quali le innovazioni tecnologiche, organizzative e i processi di ristrutturazione che influiscono sulle condizioni di sicurezza, di lavoro e di occupazione, anche in relazione all' legge sulle pari opportunità.*<sup>20</sup>

Em caso de conflito de normas, a jurisprudência anterior se orientava no sentido da prevalência da disciplina coletiva mais favorável aos trabalhadores, independentemente do nível em que fosse criada. Entretanto, a utilização do princípio da "norma mais favorável" encontrou crítica na doutrina que entende que a regra do art. 2077 do Código Civil não

se aplica, nem mesmo por analogia, ao conflito entre contratos coletivos, já que suas funções e efeitos são de natureza substancialmente distinta, ou seja, dizem respeito às contradições entre contrato coletivo e contrato individual de trabalho.<sup>21</sup>

A própria existência de diversos níveis de contratação parece desautorizar a simples prevalência da norma mais favorável. Há, certamente, relação de hierarquia entre os níveis, vez que em última análise advêm do ccnl (contrato coletivo nacional de trabalho) a competência da contratação descentralizada. No entanto, verifica-se também uma relação funcional, dada a especialização de matéria reservada a cada qual dos âmbitos contratuais.

Mesmo antes do advento do Protocolo de 1993 a jurisprudência abandonava a tese do tratamento de melhor favor, admitindo que

*[...] un contratto aziendale di lavoro può derogare anche in peius al trattamento previsto per i lavoratori da un precedente contratto collettivo", e che, reciprocamente, le clausole di un contratto aziendale "possono e essere derogate da clausole meno favorevoli per i lavoratori contenute in contratti collettivi successivi, sia aziendali che di categoria [...]"*<sup>22</sup> (Sentenças Cassação n. 300, 13 de janeiro de 1981 e n. 6426, de 12 de fevereiro de 1980).

<sup>20</sup> "gestão dos efeitos sociais conexos às transformações da empresa, tais como as inovações tecnológicas, organizativas e os processos de reestruturação que influam sobre condições de segurança, de trabalho e de ocupação, bem como em relação às leis sobre paridade de oportunidades".

<sup>21</sup> PERSJANI, Mattia. *Diritto sindacale*. Padova: Cedam, 2005. p. 155.

<sup>22</sup> "um contrato de trabalho de empresa pode derogar ainda que em prejuízo o tratamento previsto para os trabalhadores por um precedente contrato coletivo e que, reciprocamente, as cláusulas de um contrato de empresa possam ser derogadas por cláusulas menos favoráveis aos trabalhadores contidas em um contrato coletivo sucessivo, seja de empresa, seja de categoria".

A nova visão da jurisprudência assenta-se na teoria do "mandato discendente" e nos critérios da "posteridade no tempo" e da "organicidade interna" (competência e autonomia).

Consolidou-se a orientação jurisprudencial segundo o qual

*[...] quando a una regolamentazione di carattere generali per gli appartenenti a una determinata categoria di lavoratori, se ne sostituisce un'altra parimenti a carattere generale, mediante un contratto collettivo concordato tra categorie interessate, le clausole di ques'ultimo, siano o non siano più favorevoli ai lavoratori, si sostituiscono alle precedenti"*<sup>23</sup> (Cassação, sentenças n. 10,502/1993, n. 4947/1991, entre outras).

Tal regra certamente é operante quando os sindicatos estipulantes do contrato sucessivo são idênticos ao firmatário do anterior. Convém também lembrar que embora um contrato coletivo sucessivo possa em tese piorar as condições estabelecidas em contrato coletivo anterior, não poderá afrontar as disposições inderrogáveis advindas da lei ou do contrato individual de trabalho já estabelecido, dada a autonomia e a lógica interna de cada uma das três fontes de regulamentação da relação de trabalho (Lei, contrato

coletivo e contrato individual).

Problemáticos são os casos mais recentes de contratos firmados por sindicatos alheios ao sindicalismo histórico (chamados "sindicatos novos"), e que freqüentemente introduzem tratamentos piores aos fixados nos contratos tradicionais da categoria. Se por um lado é possível sustentar que a aplicação unilateral, por parte do empregador, de um contrato nacional diverso daquele já vigente seja ilegítima, por outro lado, a espontânea e imaculada adesão da maioria dos trabalhadores às

"Se por um lado é possível sustentar que a aplicação unilateral, por parte do empregador, de um contrato nacional diverso daquele já vigente seja ilegítima, por outro lado, a espontânea e imaculada adesão da maioria dos trabalhadores às novas condições contratuais dificulta o sucesso de eventual questionamento na esfera judicial."

novas condições contratuais dificulta o sucesso de eventual questionamento na esfera judicial. De todo modo, esta delicada questão ainda não foi objeto de produção jurisprudencial consistente. A força social do sindicalismo histórico ainda parece suficiente para barrar

a contratação fragmentada e piorativa advinda de agentes a ele desvinculados, o que certamente será considerado pelo judiciário quando chamado a pronunciar-se com mais volume acerca da questão.

## 9 INDERROGABILIDADE

Com a queda do ordenamento corporativo e reconduzido o contrato coletivo ao âmbito do direito

<sup>23</sup> "quando a uma regulamentação de caráter geral para os integrantes de uma determinada categoria de trabalhadores se sucede outra igualmente de caráter geral, mediante um contrato coletivo firmado entre as categorias interessadas, as cláusulas deste último, sejam ou não mais favoráveis aos trabalhadores, substituem as precedentes".

comum, afigurou-se impossível individualizar a existência de um vínculo que impedisse o trabalhador singular de renunciar às condições ditadas pela disciplina sindical, mesmo porque anacrônica se tornava a regra do art. 2077, do Código Civil.

Contra a derogabilidade de caráter meramente civilista empunham armas tanto a doutrina quanto a jurisprudência. A primeira, mediante a consagração da teoria do interesse coletivo, segundo a qual:

[...] os contratos individuais de trabalho estipulados entre trabalhadores e empregadores inscritos nos sindicatos que concluíram o contrato coletivo não podem derogar a este, porque o indivíduo, associando-se, subordinou seu interesse singular aos interesses dos outros participantes. Com isso, se submete às regras, cuja observância não depende de seu arbítrio individual, já que se tratam de regras postas não apenas no interesse individual de alguém, mas ao invés, no interesse individual de alguém em conjunto com todos os outros".<sup>24</sup>

Já a jurisprudência, à falta de melhor recurso, continuou a valer-se do art. 2077, do Código Civil, ditado exclusivamente para os contratos corporativos, para emprestar caráter de inderrogabilidade aos contratos de direito comum.

A solução indireta porém definitiva veio de fonte legislativa. Com o advento do art. 6º da Lei de

11 de agosto de 1973, n. 533, o qual, modificando o art. 2.113, do Código Civil, considera inválidas – se impugnadas dentro de seis meses da extinção da relação de trabalho – as renúncias e transações que tenham por objeto "*diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili...dei contratti o accordi collettivi*".<sup>25</sup> Note-se que o texto anterior do art. 2.113, do Código Civil, ressaltava apenas a inderrogabilidade de direitos decorrentes da lei e das normas corporativas. Assim, pôde a jurisprudência consagrar um poder sindical autônomo de regulamentação dos contratos individuais de trabalho, não mais "*ricongiungibile alla mera rappresentanza delle volontà individuali*".<sup>26</sup> (Sentença da Corte de Cassação, 8 de maio 1984, n. 2.808).

Ressalve-se que a nova equiparação do contrato coletivo à lei sob o plano de tipo de eficácia não implica – porém – em alargamento do âmbito subjetivo de tal eficácia, o qual continua circunscrito aos associados e aos sindicatos estipulantes, ou seja, a eficácia normativa não é incompatível com a natureza privada do contrato coletivo.

## 10 CONTEÚDO FUNCIONAL DOS CONTRATOS

Tradicionalmente subdivide-se o conteúdo do contrato coletivo em duas partes: a obrigatória e a normativa. A primeira, contém as cláusulas

<sup>24</sup> SANTORO; PASSARELLI, 1950 apud PERSIANI, Mattia. *Diritto sindacale*. Padova: Cedam, 2005. p. 104, tradução livre).

<sup>25</sup> "direitos dos prestadores de trabalho derivantes de disposições inderrogáveis...dos contratos ou acordos coletivos"

<sup>26</sup> "não mais circunscrita à mera representação das vontades individuais".

que produzem efeitos exclusivamente entre os sujeitos da negociação, impondo direitos e obrigações recíprocos entre eles. A segunda estende sua eficácia aos confrontos das partes dos contratos individuais de trabalho, criando, portanto, direitos e obrigações para sujeitos diversos dos que estipularam o contrato coletivo.<sup>27</sup>

Com as chamadas cláusulas obrigatórias os sindicatos reciprocamente se legitimam, individuando as regras para a gestão ou para a renovação do contrato, estabelecendo as premissas para a existência da dinâmica da contratação coletiva, feita de contínuas e periódicas negociações. Portanto, a própria possibilidade de individualização e atualização dos contratos individuais se mostra dependente do “conteúdo sindical” do contrato coletivo.<sup>28</sup>

Nesta parte obrigatória se encontram as cláusulas sobre direito de informação, sobre exames conjuntos, sobre constituição de comissões paritárias e, mais raramente, sobre a chamada “obrigação de paz sindical”. Além disso, dita-se neste capítulo a disciplina dos “direitos sindicais”, ou seja, aqueles relativos à assembleias, quadros de avisos, cessão de locais, licenças sindicais, recolhimento de contribuições sindicais.

Também de caráter “obrigatório” são as chamadas cláusulas institucionais ou gestonais, pelas quais são constituídos entes bilate-

rais para a gestão de algum instituto contratual (v.g. fundos de pensão) ou para a resolução de um problema singular da administração de determinada empresa.<sup>29</sup>

Trata-se da disciplina coletiva que, por formação, por conteúdo e por função, evoca acima de tudo uma perspectiva normativo-organizativa interna ao sistema sindical, com objetivo de prescindir de qualquer proteção ou ingerência do ordenamento estatal no que se refere à regulamentação inter-sindical destinada a enfrentar problemas como os da repartição do poder, competência negocial, etc.<sup>30</sup>

Já a função normativa foi historicamente a primeira a ser desempenhada pelos contratos coletivos, por meio dos chamados “contratos de tarifa”, os quais regulavam apenas o elemento retributivo dos contratos individuais. É a função típica e justificadora da autonomia coletiva, representada pelas cláusulas que ditam a disciplina das relações individuais, não produzindo efeitos jurídicos entre os sindicatos estipulantes.<sup>31</sup>

O léxico sindical consagrou ainda uma subdivisão desse conteúdo contratual em dois conjuntos de cláusulas: as econômicas, que tratam do montante da retribuição e as normativas propriamente ditas, que regulam outros aspectos da relação de

<sup>27</sup> PERONE, Gian Carlo. *A Ação Sindical nos Estados-Membros da União Européia*, São Paulo: LTr, 1996. p. 80.

<sup>28</sup> LASSANDARI, Andréa. *La contrattazione e il contratto collettivo*. Roma: Ediesse, 2003. p. 29.

<sup>29</sup> GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2006. p. 144.

<sup>30</sup> CORSO, Fúlvio. *Contratto collettivo e organizzazione del sistema sindacale*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2003. p. 8.

<sup>31</sup> PERSIANI, Mattia. *Diritto sindacale*. Padova: Cedam, 2005. p. 135.

trabalho. Tal distinção não possui embasamento jurídico, mas é tradicionalmente usada para definição da estratégia sindical. Quanto mais desfavorável ou favorável aos trabalhadores se mostra a correlação de forças, mais restritas ou mais amplas serão as reivindicações de caráter remuneratório ou normativo. Com o advento do Protocolo de 23 de julho de 1993 a distinção ganha nova relevância, já que foi estabelecida a vigência bienal da parte econômica e quadrienal de todas as outras cláusulas (inclusive normativas) que não digam respeito à retribuição em si.

Enfrentando a demanda produtiva pela adoção do trabalho temporário ou descontínuo, durante longos anos, a legislação protetiva perseguiu o objetivo de tutelar os interesses dos trabalhadores à continuidade e estabilidade da ocupação, ditando disciplinas voltadas a restringir a autonomia negocial das partes na formação e na execução do contrato de trabalho (chamada legislação anti-fraudulenta). No curso do tempo, em razão da crescente exigência de “flexibilização” por parte das empresas no afã de fazer frente à competição internacional, assistiu-se a um progressivo abrandamento dos vetos à utilização do trabalho flexível. Assim, no decorrer dos anos 80 e 90 passou a se conferir à contratação coletiva a faculdade de estabelecer os limites de tal utilização (“flexibilidade contratada, ou negociada”). É, por exemplo, no âmbito coletivo que se individualizam as hipó-

teses de licitude do trabalho temporário ou a tempo determinado, assim como os limites quantitativos deste tipo de prestação laboral.

Com essa faculdade ampliou-se a quantidade e a qualidade do conteúdo dos contratos coletivos. Para a discussão de cláusulas desse jaez tornou-se imprescindível o aperfeiçoamento de mecanismos de consulta e informação por parte das empresas aos sindicatos obreiros, com conseqüente repercussão na própria dinâmica da gestão empresarial.

## 11 A EFICÁCIA TEMPORAL DOS CONTRATOS

Na condição de mecanismo incidente sobre relações de trato sucessivo e que reflete a dinâmica da correlação de forças entre os agentes, a contratação coletiva em todos os países industrializados se dá com o estabelecimento de duração determinada no tempo. A fixação de termo decorre da necessidade de moderar duas exigências opostas: de um lado, a de assegurar o interesse patronal na

[...] aquisição de uma certa estabilidade da regulamentação contratual, de modo a permitir uma adequada e estável previsão dos custos do trabalho no período relativo; de outro a de permitir – no interesse dos trabalhadores – uma constante adequação dos conteúdos contratuais às modificações da realidade econômica e social e da organização produtiva.<sup>32</sup>

32 PERONE, Gian Carlo. *A Ação Sindical nos Estados-Membros da União Européia*, São Paulo: LTr, 1996, p. 99.

Mesmo na ausência de um termo final, o contrato coletivo está sujeito ao recesso unilateral, ou à denúncia, em face do princípio de ordem pública que não tolera a perpetuação dos vínculos contratuais.<sup>33</sup> Na Itália, como visto, o Protocolo sobre custo do trabalho de 1993 alterou a tradição de estabelecimento da vigência trienal. Assim, previu-se o termo de dois anos para as cláusulas retributivas ou econômicas *strictu sensu*, e de quatro anos para as chamadas “cláusulas normativas” e também para as “obrigatórias”, ou seja, aquelas que tratam das relações entre os agentes sociais estipulantes.

O problema mais complexo derivante da eficácia temporal dos contratos coletivos surge nas hipóteses de “vácuo normativo”. Isso ocorre quando no término do prazo de um contrato ainda não foi estipulado o contrato sucessivo. A mera invocação ao princípio do direito adquirido não parece suficiente para garantir a eficácia do contrato coletivo extinto, já que prevalece a orientação segundo a qual:

*[...] itto quesito si può propriamente parlare, sul piano tecnico-giuridico, solo in caso di successione di leggi, e non in caso di successione di diverse regolamentazioni contrattuali di uno stesso rapporto, in cui al principio della irretroattività si sostituisce quello della libera volontà dei contraenti...i quali possono conferire efficacia retroattiva al*

*negozio successivo, e porre nel nulla ab origine (e salve le ipotesi di reale irreversibilità) la situazione determinata dal precedente contratto*<sup>34</sup> (Cassação, 26 de abril de 1965, sentença n. 735).

Em relação à dilatação temporal da eficácia dos contratos coletivos a jurisprudência é divergente quanto à obrigatoriedade ou não de observância das cláusulas do contrato precedente durante a vacância, havendo sentenças que desoneram o empregador (v.g, Cass. 1.7.1998, n. 6.427) e outras que, ao contrário, consideram a ultratividade própria da função do contrato coletivo (v.g Cass. 22.4.1995, n. 4.563).

Também aqui a questão não pode ser resolvida à luz do art. 2074, do Código Civil, já que a ultratividade nele prevista diz respeito aos contratos corporativos, não se aplicando aos contratos de direito comum (Cass. 17.01.2004, n. 668). Com a finalidade de desestimular manobras procrastinatórias, o Protocolo de 1923 introduziu o instituto da “indenização de vacância contratual”.

Entretanto, muito mais do que da fonte heterônoma legal, a solução efetiva para o problema decorre da autonomia negocial dos agentes coletivos. Assim, alguns contratos coletivos adotam cláusulas expressas prevendo a ultratividade. Outros estabelecem a retroatividade da renovação contratual, o que não padece de

<sup>33</sup> PERSIANI, Mattia. *Diritto sindacale*. Padova: Cedam, 2005. p. 145.

<sup>34</sup> “de direito adquirido se pode propriamente falar, do ponto de vista técnico-jurídico, apenas em caso de sucessão de leis, e não em caso de sucessão de diversas regulamentações contratuais de uma mesma relação, na qual ao princípio da irretroatividade se substitui aquele da livre vontade das partes contratantes, as quais podem conferir eficácia retroativa ao negócio sucessivo e considerar nula desde a origem (ressalvadas as hipóteses de real irreversibilidade) as situações determinadas pelo contrato precedente”

ilegitimidade, vez que a preclusão posta no art. 11, § 2º, do Código Civil, certamente não é aplicável ao contrato de direito comum, mas apenas aos antigos contratos corporativos. Tais mecanismos contratuais de eficácia temporal elidem a necessidade do contencioso jurisprudencial a respeito da incorporação ou não dos direitos conferidos pelos contratos coletivos ao contrato individual de trabalho.

## 12 A CONTRATAÇÃO COLETIVA NO EMPREGO PÚBLICO

As grandes diferenças genéticas entre a relação contratual privada e a relação de emprego público de natureza administrativa desautorizam o exame da evolução histórica paralela e do cotejo jurídico no âmbito restrito da presente dissertação.

Registre-se, no entanto, que a ratificação pela Itália da Convenção n. 151/1978, da OIT, ocorrida em 1985, e a posterior privatização do emprego público a partir dos anos 90 (Lei n. 421, de 1992, Decreto Legislativo n. 29, de 1993, Decreto Legislativo n. 165, de 2.001, entre outros diplomas legais) tiveram o condão de superar as restrições então vigentes, decorrentes da Lei-quadro n. 93, de 1983.

Assim, o princípio da reserva legal absoluta contida na lei-quadro foi bastante relativizado. Por

força do primeiro parágrafo, do art. 40, do Decreto Legislativo n. 165/2001, estabeleceu-se que a contratação coletiva do emprego público :

*[...] si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni industriali" fatta eccezione per quelle che espressamente la legge richiede vengano regolate con atti normativi o amministrativi (art. 2º, § 1º, letra "c", da Lei n. 421, de 1992)<sup>35</sup>. La durata, la struttura e i rapporti tra i diversi livelli della contrattazione sono determinati, per quella del pubblico impiego, "in coerenza con il settore privato" dalla stessa contrattazione collettiva (art. 40, § 3º, Decreto Legislativo n. 165 de 2001).<sup>36</sup>*

Não obstante a divergência doutrinária que grassa a esse respeito, entendemos que o contrato coletivo no emprego público não ostenta natureza de contrato de direito comum. Isso porque sua regulamentação não se limita às disposições de lei que disciplinam os contratos em geral. Além da existência de legislação específica (Decreto Legislativo n. 165/2001), deve-se entender que tal contratação encontra limite na necessidade de realizar "*il contemperamento tra l'interesse collettivo dei lavoratori com quello dell'interesse pubblico generale al buon andamento delle pubbliche amministrazioni (art. 97, Cost)*".<sup>37</sup> A peculiaridade foi confirmada pela Corte Constitucional na Sentença n. 199, de 2003.

<sup>35</sup> "se desenvolve sobre todas as matérias relativas à relação de trabalho e às relações industriais, exceção feita àquelas que a lei expressamente determina que sejam regulamentadas com atos normativos ou administrativos".

<sup>36</sup> "a duração, a estrutura e as relações entre os diversos níveis da contratação são determinadas, para o emprego público, em coerência com o setor privado, pela mesma contratação coletiva".

<sup>37</sup> "o contemperamento entre os interesses coletivos dos trabalhadores e o interesse público geral ao bem andamento da administração pública" (art. 97, Constituição) PERSIANI, Mattia. *Diritto sindacale*. Padova: Cedam, 2005. p. 162.

A subordinação integrativa em relação ao contrato nacional e o respeito aos vínculos de balanço (orçamentos) são impostos por lei, sob pena de nulidade (arts. 40, "bis", do Decreto Legislativo n. 165/2001 e art. 45, § 4º, do Decreto Legislativo n. 29, de 1993, como modificado pelo art. 11, do Decreto Legislativo n. 396, de 1997).

Além das particularidades estruturais, temos especificações no que diz respeito à legitimação dos sujeitos da contratação no setor público. O critério da maior representatividade do sindicato dos trabalhadores é inafastável (art. 43, do Decreto Legislativo n. 165/2001). Por outro lado, a administração é representada por um organismo técnico dotado de personalidade jurídica (agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni - Aran), mas destituído de autonomia negocial plena, mesmo porque sujeito ao controle das "Corte dei Conti" (Tribunais de Conta) no que se refere aos aspectos financeiros das negociações. Ademais, o princípio de imparcialidade que grava sobre a administração pública implica na eficácia subjetiva geral e na inderrogabilidade das normas contratadas.

Não se trata aqui do clássico conflito entre os detentores do capital e os detentores da força de trabalho, o que retira da contratação a noção de exercício da autonomia privada. Portanto, ainda que eliminada a exigência de aquisição de eficácia do acordo pela recepção por ato de autoridade, subsistem diferenças fundamentais em relação à

contratação coletiva privada.

### 13 A CONTRATAÇÃO NO ÂMBITO COMUNITÁRIO

Especialmente no decorrer da última década o direito comunitário vem assumindo crescente importância na regulamentação das relações de trabalho desenvolvidas no âmbito dos Estados-Membros.

O Tratado institutivo da Comunidade Europeia prevê a emanação de regulamentos e diretivas. Os regulamentos possuem eficácia geral e obrigatória em todos os seus elementos, sendo diretamente aplicáveis em qualquer dos estados-membros (art. 249, § 2º), enquanto as diretivas, apesar de vincular o estado-membro, reserva a cada qual desses a competência para regulamentar formas e meios de atuação (art. 249, § 3º). A jurisprudência da Corte de Justiça comunitária vem considerando que em caso de ausência ou de defeituosa regulamentação da diretiva esta adquirirá eficácia direta no ordenamento nacional, podendo o direito ser argüido perante o judiciário de cada país. Disso emerge o princípio geral segundo o qual o direito comunitário prevalece sobre o direito interno de cada estado-membro.

Quanto ao papel atribuído à autonomia coletiva no sistema de fontes comunitárias, o Tratado prevê que a Comissão tem o dever de consultar as partes sociais de nível europeu, facilitando o diálogo e acatando as relações contratuais que porventura sejam estabelecidas entre estas partes.

No ano de 1985, a convite da Comissão, ocorreu em Val Duchesse um encontro de representantes da União das Indústrias da Comunidade Européia (Unice), do Centro Europeu de Imprensa (CEEP) e da Confederação Européia de Sindicatos (CES) com o escopo de debater estratégias de cooperação para o crescimento e para a ocupação. Disso resultou a inserção no Tratado da possibilidade de estabelecimento de relações convencionais, se entendidas como oportunas pelos citados agentes sociais (arts. 138 e 139).

A produção normativa comunitária se desenvolve pelo seguinte mecanismo: A comissão consulta as partes sociais sobre a oportunidade de uma ação comunitária a respeito de determinada matéria. Em caso de resposta negativa, a Comissão abandona a iniciativa. Caso declarada a oportunidade da ação, as partes sociais são novamente consultadas acerca de seu conteúdo, adredemente apresentado pela Comissão. Conhecendo o conteúdo da proposta, as partes sociais podem se limitar à emissão de um Parecer ou de uma Recomendação, ao que se segue a deliberação do Conselho e a adoção do ato.

No entanto, podem as partes sociais avocar o processo de negociação previsto pelo art. 139, do Tratado, o que bloqueia o processo legislativo

pelo prazo prorrogável de nove meses. Advindo o acordo, este será transformado em provimento normativo pela Comissão e aprovado pelo Conselho, com foros de diretiva. O acordo coletivo se transforma em norma legal; a fonte autônoma se transmuda em fonte heterônoma.<sup>38</sup>

O sistema em questão vem sendo criticado pela doutrina, que o reputa algo artificial, sendo até agora testado apenas *in vitro*. O cerne da crítica diz respeito à ausência de representatividade das partes sociais atuantes no âmbito comunitário. Principalmente ao nível das federações nacionais de categorias se observa relutância em delegar prerrogativas à estrutura européia.

Há, sem dúvida, profundas diferenças entre o processo político que estabeleceu o mecanismo de contratação comunitária com aquele processo histórico por meio do qual foram afirmados os poderes negociais dos sindicatos, seja no confronto com o capital, seja em face do poder público. As fortes ligações existentes entre os movimentos sindicais e as experiências históricas nacionais servem de obstáculo à afirmação em nível comunitário de organizações sindicais fortes e representativas, que sejam algo mais que a mera soma das organizações sindicais dos diversos países.<sup>39</sup> A auto-proclamada repre-

"A auto-proclamada representação comunitária não implica em efetiva representatividade. Nem mesmo eventual intervenção da legislação comunitária parece suficiente para promover as condições necessárias a assegurar a eficácia da ação contratual."

<sup>38</sup> GALANTINO, Luisa. *Diritto comunitario del lavoro*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. p. 72.

<sup>39</sup> GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2006. p. 216.

sentação comunitária não implica em efetiva representatividade. Nem mesmo eventual intervento da legislação comunitária parece suficiente para promover as condições necessárias a assegurar a eficácia da ação contratual. Até o momento não se firmou uma noção de representatividade que permita apurar a capacidade de negociação e de vinculação em nome das estruturas nacionais.

Além dos citados papéis consultivos e normativos no plano comunitário, a autonomia coletiva desenvolve também atuação chamada "implementativa". Isso decorre da faculdade atribuída pelo Tratado aos estados-membros para que estes possam confiar às partes sociais internas – por requisição destas – a tarefa de regulamentar as diretivas comunitárias (art. 137, § 4º). Em outras palavras, as partes sociais nacionais podem definir contratualmente os conteúdos regulamentares de uma matéria sobre a qual tenha sido emanada uma diretiva, notoriamente vinculante em relação ao estado singular.<sup>40</sup>

#### 14 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o direito coletivo do trabalho assume na Itália um nítido aspecto de "direito não legislado". As forças políticas e sindicais que sustentam as partes sociais envolvidas no conflito capital-trabalho reiteradamente manifestaram intenção de que no plano jurídico as controvérsias sejam balizadas pela jurisprudência e norteadas pela doutrina.

Há plena coerência em tal opção. A atividade negocial da autonomia coletiva privada se move no terreno sempre mutável da correlação de forças, sendo dispensáveis e mal-vindas as amarras legislativas ou mesmo a ingerência de um poder normativo estatal. A própria legitimação para negociar decorrente da representatividade sindical está confiada a mecanismos de reconhecimento social, e não legal.

As transformações tecnológicas que alteram rápida e profundamente a organização produtiva, as prestações de trabalho e o nível de ocupação, lançam constantes desafios à referida capacidade negocial da autonomia coletiva. Terão os trabalhadores organizados força suficiente para refletirem nos contratos seus interesses coletivos? O reforço das chamadas negociações triangulares, com participação do poder público, constituiria estratégia adequada para o enfrentamento dos problemas advindos da estrutura macro-econômica? Qual seria o nível de contratação a ser privilegiado, o nacional, o de categoria ou aquele desenvolvido no âmbito interno das empresas? Seria viável o estabelecimento de mecanismos efetivos para a concretização de negociações supra-nacionais?

Tais perguntas se colocam – ou se colocarão – quer na realidade brasileira quer na italiana. No entanto, o país europeu já as vem respondendo ao longo das últimas décadas, por intermédio de seus agentes sociais, como pretende mostrar o pre-

<sup>40</sup> GALANTINO, Luisa. *Diritto comunitario del lavoro*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. p. 79.

sente estudo. Para nós o caminho é mais longo, já que sequer viramos ainda a página do corporativismo.

Parece advir do estudo da experiência italiana, em comparação com a realidade brasileira, o seguinte aforisma: “o sindicalismo cresce no ambiente de plena liberdade e define-se sob a tutela estatal”. Os processos de internacionalização da economia mundial e de hipertrofia do capital financeiro lançam desafios que somente podem ser respondidos à altura pelo sindicalismo livre de regulamentos heterônomos.

Os temores daqueles que entendem que a ausência de formalização dos contratos coletivos tenderia a “precarizar” as condições de trabalho não têm justificativa histórica, uma vez demonstrado em diversas experiências – especialmente na italiana – que é justamente pela atuação da autonomia coletiva livre que se logra, cedo ou tarde e de forma consistente, o acúmulo de forças necessário para a manutenção e aquisição de direitos. Do mesmo modo, é sem base o receio de que as greves no setor privado possam se eternizar sem a intervenção do poder normativo estatal. Justamente o contrário se observou após a edição no Brasil da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual ao exigir o “comum acordo das partes” para o ajuizamento dificultou quase até a impossibilidade a instauração dos dissídios coletivos. Não houve nem acréscimo no número de greves e nem aumento na duração dos movimentos.”

ração dos dissídios coletivos. Não houve nem acréscimo no número de greves e nem aumento na duração dos movimentos.

Enfim, é preciso entender que os conflitos trabalhistas coletivos são gerados, guiados e resolvidos por instâncias econômicas e sociais dinâmicas, e não por vontade da legislação estatal, a qual não está apta a impor formas, tempos e modos para a atuação da autonomia coletiva privada.

## 15 REFERÊNCIAS

- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sindicatos sindicalismo**. São Paulo: LTr, 1992.
- CARINCI, Franco; TOSI, Paolo; DE LUCA, TAMAJO, Raffaele; TREU, Tiziano. *Il Diritto Sindacale*. Roma: UTET Giuridica, 2006.
- CORSO, Fúlvio. *Contratto collettivo e organizzazione del sistema sindacale*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2003.
- GALANTINO, Luisa. *Diritto comunitario del lavoro*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.
- GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2006.
- LASSANDARI, Andréa. *La contrat-*

- tazione e il contratto collettivo*. Roma: Ediesse, 2003.
- MAGANO, Otávio Bueno. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1993.
- MONTEIRO, José Cláudio. **Direito sindical**. São Paulo: LTr, 2007.
- NICOLINI, Giovanni. A contratação coletiva no ordenamento Italiano. In: **Relações de Direito Coletivo Brasil - Itália**, São Paulo: LTr, 2004.
- PERONE, Gian Carlo. **A Ação Sindical nos Estados-Membros da União Européia**, São Paulo: LTr, 1996.
- PERSIANI, Mattia. *Diritto sindacale*. Padova: Cedam, 2005.
- ROMANI, Mário. *Appunti sull'evoluzione del sindacato*. Roma: Edizione Lavoro, 2000.
- SANDULLI, Pasquale. *Il pluralismo sindacale in Itália e nell'Unione Europea*.



# DIGNIDADE HUMANA E O TRABALHO PENOSO

## HUMAN DIGNITY AND THE EXHAUSTING WORK

Suzana Prioste\*

**Resumo:** Os princípios constitucionais da dignidade humana e do valor do trabalho, aliados ao dispositivo também gravado na Carta Magna, de proteção ao trabalho penoso, reclamam ações concretas e efetivas para que se traduzam em bem-estar do trabalhador, exigindo, ainda, constante vigilância, a fim de que não soem como mero enunciado jurídico, em dissonância com a realidade social de nossos dias.

**Palavras-chave:** Princípio da dignidade da pessoa humana. Valor do trabalho. Trabalho penoso.

**Abstract:** The constitutional principles of the human dignity and the value of work combined to the device also carved in the Chart of protection of exhausting work, demand concrete and effective actions bringing the well-being for the worker, claiming even so, constant monitoring, so it won't sound as mere legal statement, in dissonance with the social reality of our days.

**Key words:** Human Dignity. Value of work. Exhausting work.

No mundo contemporâneo, o trabalho está associado à dignidade do homem. Sabe-se, no entanto, que nem sempre foi assim, visto que na antiguidade era bastante comum atribuí-lo a escravos, como ocorria

entre os romanos, gregos, mesopotâmicos e outros povos.<sup>1</sup> Houve depois a servidão, no feudalismo, época em que o trabalho era tido como castigo. "Os nobres não trabalhavam".<sup>2</sup>

\* A autora é Analista Judiciário na 1ª Vara do Trabalho de Presidente Prudente/SP. É Bacharel em Direito, formada pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP, e especializanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - T3 pela mesma instituição.

<sup>1</sup> ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do trabalho: Sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998, p. 25.

<sup>2</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 14. ed.; São Paulo: Atlas, 2001, p. 34.

Ao longo da história, essas formas indignas de sujeição do ser humano por outro foram sendo abolidas, mas o valor do trabalho ainda não era reconhecido. "Já na época moderna, o homem era considerado mercadoria, o trabalho humano era um instrumento de produção".<sup>3</sup>

É na idade contemporânea que grandes mudanças ocorrem, fruto da Revolução Industrial, que se iniciou na Grã-Bretanha em meados do século XVIII. Ensina Sérgio Pinto Martins que: "A revolução acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários."<sup>4</sup> A despeito do salto que se verificou, tanto na tecnologia como na relação entre o capital e o trabalho, é dessa época o relato de condições cruéis de trabalho, envolvendo a execução de tarefas em ritmo extenuante, sem o mínimo de conforto e segurança, não poupando mulheres nem crianças, o que bem representa aquilo que hoje é qualificado como trabalho insalubre, perigoso e/ou penoso. O mesmo autor, prosseguindo, traz importante relato do que ocorria com operários das minas de onde era extraído o carvão que alimentava as máquinas a vapor das indústrias:

Com o surgimento das máquinas a vapor, houve a instalação das indús-

trias onde existisse carvão, como ocorreu na Inglaterra. Bem retrata o trabalho abusivo a que eram submetidos os trabalhadores nas minas Emile Zola, em *Germinál*.<sup>5</sup> O trabalhador prestava serviços em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicações por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixos salários e sujeito a várias horas de trabalho, além de oito. Ocorriam muitos acidentes do trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia. Trabalhavam direta ou indiretamente nas minas praticamente toda família, o pai, a mulher, os filhos, os filhos dos filhos etc. Eram feitos contratos verbais vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos. Os trabalhadores ficavam sujeitos a multas, que absorviam seu salário. Isso só terminou por meio dos decretos parlamentares de 1774 e 1779, quando foram suprimidas essas questões nas minas escocesas.<sup>6</sup>

Ainda segundo Sérgio Pinto Martins, foram abusos dessa ordem que determinaram a necessidade de intervenção estatal:

<sup>3</sup> MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*; São Paulo: LTr, 2007, p. 46.

<sup>4</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 14. ed.; São Paulo: Atlas, 2001, p. 35.

<sup>5</sup> A respeito do citado romance de Emile Zola: "Para compor *Germinál*, o autor passou dois meses trabalhando como mineiro na extração de carvão. Viveu com os mineiros, comeu e bebeu nas mesmas tavernas para se familiarizar com o meio. Sentiu na carne o trabalho sacrificado, a dificuldade em empurrar um vagonele cheio de carvão, o problema do calor e a umidade dentro da mina, o trabalho insano que era necessário para escavar o carvão, a promiscuidade das moradias, o baixo salário e a fome". Enciclopédia virtual WIKIPÉDIA. Disponível em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Idade\\_moderna](http://pt.wikipedia.org/wiki/Idade_moderna)>. Acesso em 11 fev. 2008.

<sup>6</sup> MARTINS, op. cit. p.36.

Passa, portanto, a haver um intervencionismo do Estado, principalmente para realizar o bem-estar social e melhorar as condições de trabalho. O trabalhador passa a ser protegido juridicamente e economicamente.<sup>7</sup>

É quando começam a ser criadas normas mínimas sobre condições de trabalho.

E para fechar essa breve exposição histórica, merecem destaque alguns importantes acontecimentos – citados pelo autor ao qual me refiro acima – que contribuíram para a evolução da proteção do trabalho e da garantia à dignidade do trabalhador, como o surgimento do chamado constitucionalismo social a partir do término da Primeira Guerra Mundial, que é “a inclusão nas constituições de preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o Direito do Trabalho.”<sup>8</sup> E ainda, a criação da OIT - Organização Internacional do Trabalho, em 1919, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948.

Avançamos para a atualidade, no Brasil, onde a dignidade humana e o valor do trabalho ocupam relevante lugar no corpo da Constituição Federal de 1988, inscritos que estão como princípios fundamentais em seu art. 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do

Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

É bem apropriado, acerca dessa disposição constitucional, o comentário de Christiani Marques:

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar a pessoa humana como destinatária da norma, estabelece que, para sua plenitude e felicidade, deverão ser respeitados, além da dignidade humana, o valor do trabalho, visto ser este o seu elemento de subsistência. Ambos deveriam caminhar juntos, essa foi a razão pela qual o legislador constituinte os consagrou como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, III (dignidade humana) e IV (os valores sociais e a livre iniciativa).

Considerando que os fundamentos da dignidade humana, valores sociais e livre iniciativa, devem ser respeitados e aplicados, pois regem as condições de convívio e participação social, ter-se-á o trabalho como vetor para alimentar e manter tal mecanismo. É por meio do trabalho que se constroem pontes, ruas, avenidas, cidades; criam-se meios de comunicação e locomoção; produzem-se bens e serviços e proporcionam-se meios de subsistência.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 14. ed.; São Paulo: Atlas, 2001, p. 36.

<sup>8</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 14. ed.; São Paulo: Atlas, 2001, p. 37.

<sup>9</sup> MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*; São Paulo: LTr, 2007, p. 46.

Ou, ainda: é por meio do trabalho que o ser humano vai obter seu sustento e o de sua família, condições decentes de moradia, acesso a tratamento eficaz de saúde e à educação. Essa é a ferramenta que lhe proporcionará uma formação de nível mais elevado e, assim, melhores oportunidades de ocupação com remuneração justa, além da satisfação de outras necessidades básicas, sem as quais não é possível conceber uma vida em condições dignas.

Não obstante o reconhecimento do valor do trabalho em nível constitucional, refletindo a preocupação do legislador constituinte com a questão social, é preciso aliar a isso ações concretas e constante vigilância. Com bastante propriedade, Kátia Magalhães Arruda observa:

A importância de vincular o princípio de proteção ao trabalho ao princípio da dignidade humana torna-se ainda mais necessária diante da existência de denúncias de trabalho análogo à condição de escravo em algumas regiões do Brasil [...].<sup>10</sup>

Cita, ainda, a exploração da mão-de-obra infantil e a escravidão por dívidas, quando trabalhadores se vêem obrigados a dispor de sua força de trabalho unicamente para pagar dívidas contraídas com os patrões, os quais, normalmente usando

de meios fraudulentos, como o fornecimento de alimentos a preços superfaturados, envolvem o trabalhador em uma dívida eterna. As situações que relata – vale notar – não são recentes (o texto, como mencionado na nota de rodapé, é de 1998), mas se nos apresentam como questões extremamente atuais, tal a frequência com que se vêem presentes na imprensa de hoje.

O que temos de alentador nesse cenário, no entanto, é o surgimento de normas mais direcionadas ao combate do trabalho em condições de semi-escravidão e à proteção ao trabalho infantil (vide, em especial, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, em 1990, e da lei que passou a enquadrar como crime o trabalho em condições análogas à de escravidão, a Lei n. 10.803, de 11/12/2003). Sobre

essas normas e as ações que as acompanham não devo me estender, já que a sua extensão e relevância mereceriam debate à parte, mas faço breve registro, limitado à sua relação com as duas questões centrais deste estudo: a dignidade humana e a proteção ao trabalho penoso. Vale transcrever, pela precisão com que tipifica o crime de submissão do trabalhador a uma condição análoga à de escravo, o art. 149 do Código Penal (com a redação da supracitada lei):

<sup>10</sup> ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*; São Paulo: LTr, 1998, p. 43.

Art. 149: Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Merece também ser lembrada a intensa e efetiva atuação do Ministério Público do Trabalho, mantendo vigilância constante contra esses abusos no trato da pessoa humana. O Procurador do Trabalho e Professor Enoque Ribeiro dos Santos, referindo-se a casos de trabalhadores encontrados sob cárcere privado em fazendas do Estado do Pará, faz menção à obrigação de serem os mesmos indenizados por danos morais e materiais:

Esses trabalhadores eram mantidos em alojamentos precários, sem as mínimas condições de saúde e de higiene, em ostensivo atentado à dignidade da pessoa humana que demanda reparação por danos morais e materiais. O estado, para amparar esses trabalhadores e lhes prover algum tipo de assistência pecuniária, abriu-lhes a possibilidade de enquadramento no Seguro Desemprego, em valor igual ao salário mínimo, pelo prazo de três meses.<sup>11</sup>

O trabalho infantil - e, ainda, sob condições penosas - também é uma realidade que vem merecendo a enérgica atuação do Ministério Público do Trabalho. Vejamos, a título de exemplo, o que está noticiado em recente Boletim daquele órgão, em matéria intitulada "Olaria expõe menores a trabalho penoso - *Blitzes* do Ministério Público devem ser intensificadas na região de Bauru":

Irregularidades como o não fornecimento de equipamentos de proteção individual, inexistência de extintores de incêndio e sinalização adequada, falta de proteção em correias, polias e serras, ausência de controle de jornada de trabalhadores, falta de vestiários, banheiros e água potável, iluminação insuficiente, instalações elétricas irregulares, armazenamento inadequado de latões de óleo, lubrificantes e outros produtos inflamáveis, ausência de guarda-corpo de proteção contra quedas em escadas, rampas e andares acima do solo, pisos com saliências, depressões e com risco de

<sup>11</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil*; São Paulo: LTr, 2007, p. 54.

escorregamento, mobiliários anti-ergonômicos, entre outras, foram registradas pelos Procuradores do Trabalho Marcus Vinícius Gonçalves e Luís Henrique Rafael, do Ofício de Bauru da Procuradoria durante diligências investigatórias em 27/08/2007 em olarias estabelecidas no Distrito de Santelmo, pertencentes ao Município de Pederneiras. As olarias vistoriadas foram a Cerâmica São Pedro e Cerâmica Santa Rita. A ocorrência mais preocupante foi a constatação de menores de 18 anos flagrados em trabalho insalubre, penoso e perigoso na Cerâmica São Pedro. Os menores estavam realizando serviços proibidos pela legislação, em ambientes inóspitos, carregando grande quantidade de tijolos e telhas, acondicionando-os nos fornos, manipulando máquinas e outras atividades que o Ministério Público entendeu como inadequadas à idade.

As duas empresas foram notificadas a apresentar documentos ao Ministério Público, devendo comprovar em 10 (dez) dias o cumprimento de uma série de obrigações previstas nas normas que tutelam a segurança, medicina e conforto no ambiente de trabalho. Após esse prazo, os Procuradores pretendem voltar às cerâmicas e constatar a adequação dessas irregularidades, por meio de termo de ajuste de conduta a ser firmado com o MPT. Do contrário, os Procuradores deverão ingressar com ações civis públicas para pedir

que a Justiça do Trabalho lhes imponha as obrigações de fazer e não fazer, além do pedido de condenação de indenização.<sup>12</sup>

Volto a me referir à lição de Kátia Magalhães Arruda, para destacar suas palavras a respeito da necessidade de se situar o princípio da dignidade da pessoa humana no campo das ações:

A proteção ao trabalho implica condições dignas de trabalho, o que deflui de ambientes saudáveis, nos padrões exigidos pelas normas de higiene e segurança do trabalho, além de pactos relativamente harmônicos, ou, pelo menos, equilibrados, sob pena de o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana restar absolutamente inerte em face da sua dissonância com a realidade social.<sup>13</sup>

É nesse contexto que devemos lembrar que a Constituição Federal de 1988 traz um capítulo inteiro sobre os direitos sociais (Capítulo II – DOS DIREITOS SOCIAIS); no qual estão inseridos o direito ao trabalho (art. 6º) e direitos trabalhistas (art. 7º). Dentre eles encontram-se normas especialmente destinadas a garantir higiene e segurança ao trabalhador, das quais destacamos uma, que merecerá neste estudo melhor atenção. É a do inciso XXIII, que trata do adicional de penosidade, *verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

<sup>12</sup> Boletim Informativo do Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho – 15ª Região. Ano II. Nº 11. Dezembro 2007, p. 8.

<sup>13</sup> ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do Trabalho: Sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*; São Paulo: LTr, 1998, p. 44.

[...]

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Ocorre que referido adicional, já passados quase vinte anos desde a promulgação de nossa Lei Maior, ainda não foi regulamentado por lei (apenas os de insalubridade e periculosidade o foram até o momento).

Existe, no entanto, em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei n. 301, de 17/11/2006, de autoria do Senador Paulo Paim (PT-RS), propondo que sejam inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT dispositivos para regulamentar o adicional em questão. Transcrevo a seguir os dispositivos propostos:

**Art. 197-A** Consideram-se atividades ou operações penosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, ou na forma acordada entre empregados e empregadores, por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, submetem o trabalhador à fadiga física ou psicológica.

**Art. 197-B** O exercício de trabalho em condições penosas, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, assegura a percepção de adicional de respectivamente quarenta por cento, vinte por cento e dez por cento da remuneração do empregado, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Parágrafo único. A caracterização e a classificação da atividade penosa far-se-ão por meio de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho e Emprego, que observará os seguintes critérios:

I - o número de horas a que o trabalhador é submetido ao trabalho dessa natureza;

II - a repetição de tarefa ou atribuição profissional considerada fadigante;

III - as condições de salubridade do ambiente do trabalho;

IV - o risco à saúde do trabalhador;

V - os equipamentos de proteção individual adotados e os processos e meios utilizados como atenuantes da fadiga física e mental;

VI - a existência ou não de períodos de descanso e de divisão do trabalho, que possibilite a rotatividade interna da mão-de-obra;

V - o local de trabalho.

**Art. 197-C** O trabalho penoso obriga o empregador ou tomador do serviço, independentemente do pagamento do adicional respectivo, a observar os períodos de descanso recomendados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.<sup>14</sup>

No projeto, assim como em sua justificção, o aludido parlamentar ainda propõe que, enquanto não forem editadas as normas regulamentadoras pelo Ministério do Trabalho e Emprego, caberá à Justiça do Trabalho decidir sobre pedidos de pagamento de indenização pelo

<sup>14</sup> Brasil. Senado Federal. PLS nº 301/2006: regulamenta o adicional de penosidade / Paulo Paimy. - Brasília : Senado Federal, 2006. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/PAULOPAIM/pages/projetos/2006/pls/PLS%20N%C2%BA%20301%20de%202006%20-%20regulamenta%20o%20adicional%20de%20penosidade.pdf>>. Acesso em 14 fev.2008.

exercício de trabalho penoso. Na justificação, acrescenta que, independentemente de tais normas, poderão as partes dispor sobre o assunto no âmbito do acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Menciona ainda o Senador que, diante da nova postura adotada pela doutrina e jurisprudência, de proteção à dignidade humana, o entendimento de que o adicional de penosidade seria uma norma constitucional de eficácia limitada não mais se justifica. No seu entender, pode-se, por via da jurisprudência, dar plena eficácia a esse direito já consagrado constitucionalmente, até porque não seria difícil identificar o trabalho penoso. Diz ele:

Penosa é a atividade que não apresenta riscos imediatos à saúde física ou mental, mas que, pelas suas condições adversas ao físico, ou ao psíquico, acaba minando as forças e a auto-estima do trabalhador, semelhantemente ao assédio moral. Aliás, ainda que não definido em lei, ninguém hoje dirá que não cabe ao trabalhador uma indenização por assédio moral.<sup>15</sup>

“...diante da nova postura adotada pela doutrina e jurisprudência, de proteção à dignidade humana, o entendimento de que o adicional de penosidade seria uma norma constitucional de eficácia limitada não mais se justifica. Pode-se, por via da jurisprudência, dar plena eficácia a esse direito já consagrado constitucionalmente, até porque não seria difícil identificar o trabalho penoso.”

A propósito do que já é feito no campo da negociação coletiva, temos o exemplo, na pauta de reivindicações da campanha salarial 2007/2008, do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Petróleo no Estado do Rio de Janeiro, Sindipetro-RJ; Sindipetro-SE/AL; Sindipetro-PA/AM/MA/AP; Sindipetro Litoral Paulista; e Sindipetro São José dos Campos, da inclusão de uma cláusula prevendo o pagamento do adicional de penosidade. Confira-se:

#### CLÁUSULA 14ª - ADICIONAL DE PENOSIDADE

A Companhia pagará Adicional de Penosidade de 30% (trinta por cento) (original com grifo) incidente sobre o respectivo salário base quando presentes as condições Penosas.

Parágrafo Único – Os empregados lotados em regime de Turno e/ou embarcados em plataforma farão jus a tal adicional.<sup>16</sup>

Da autoria também do Senador Paulo Paim (PT-RS), e igualmente tramitando no Senado Federal, há o Projeto de Lei n. 226, de 03/07/2007.<sup>17</sup> Ele propõe considerar atividade penosa o corte manual da cana-de-açúcar, fixando o percentual do

<sup>15</sup> Brasil. Senado Federal. PLS n. 301/2006: regulamenta o adicional de penosidade / Paulo Paim. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/PAULOPAIM/pages/projetos/2006/pls/PLS%20N%C2%BA%20301%20de%202006%20-%20regulamenta%20o%20adicional%20de%20penosidade.pdf>>. Acesso em 14 fev.2008.

<sup>16</sup> Sindipetro. pauta de reivindicações da campanha salarial 2007/2008. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <http://www.sindipetro.org.br/pautas/Pauta-ACT20052007-referendadaPeloSindipetro-RJ-FNP20072008.pdf>. Acesso em 15 fev.2008.

<sup>17</sup> Brasil. Senado Federal. PLS 226/2007: Altera a Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973 / Paulo Paim. Brasília : Senado Federal, 2007. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em 14 fev.2008.

respectivo adicional em vinte por cento sobre o salário, bem assim assegurado ao trabalhador o direito a aposentadoria especial aos vinte e cinco anos de serviço e outros benefícios. Estabelece, ainda, prioridade na concessão de crédito junto às instituições financeiras oficiais a empresas que utilizarem mão-de-obra intensiva no corte da cana. Na justificção do projeto, encontram-se dados impressionantes:

Só nos últimos cinco anos, segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego, 1.383 trabalhadores morreram na lavoura de cana, e muitos deles fatigados, tombados em pleno canavial, como é o caso de Antônio Moreira.

Em condições extremas, um canavieiro, para cortar dez toneladas de cana-de-açúcar e ganhar R\$ 24,00, precisa percorrer nove quilômetros a pé por entre o canavial, desfechar cerca de 73.260 golpes de podão (faca) em 36 mil flexões de perna, além de carregar cerca de oitocentos montes de cana de aproximadamente 15Kg cada um, por uma distância de três metros, empilhando a produção do dia. O esforço os leva a perder oito litros de água diariamente, encerrando suas atividades exaustos.

O avanço tecnológico e da engenharia genética das plantas aumentaram a produtividade, ampliando a produção e o mercado de açúcar e etanol. Aliás, o etanol, como fonte de energia, é algo do interesse mundial, principalmente de países desenvol-

vidos como Estados Unidos e os integrantes da União Européia.

Todavia, apesar do horizonte promissor, é preciso descortinar a situação dos canavieiros, resgatando-lhes a dignidade e os mais elementares direitos humanos e sociais.<sup>18</sup>

Importantes considerações também se extraem da lição do Magistrado e Professor José Roberto Dantas Oliva, em cuidadoso e aprofundado estudo sobre o trabalho da criança e do adolescente, do qual destaco o tópico em que o mesmo aborda o trabalho penoso. Inicia por dizer da lacuna legal em relação ao trabalho penoso e do conceito já formulado pela doutrina do que seja a penosidade, e assim prossegue, inclusive sugerindo que, nas situações em que haja permissão legal para o trabalho em tal condição, estabeleça-se uma classificação por faixa etária:

Sustenta-se, inclusive, que a constatação de trabalho penoso não necessita de prévia regulamentação. 'Será preciso alta indagação para reconhecer como penoso o trabalho realizado de sol a sol na lavoura?', pergunta *Oris de Oliveira* (2002, *op. et p. cit.*). Ele próprio reconhece, no entanto, haver certa relatividade, 'porque uma atividade pode ser penosa para o adolescente ou para pessoa idosa e não sê-lo para um adulto de meia-idade'.

Denotam invulgar sapiência as ponderações do estudioso. No entanto, para que não haja carga de subjetividade extrema por parte dos intér-

<sup>18</sup> Brasil. Senado Federal. PLS 226/2007: Altera a Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973 / Paulo Paim. Brasília : Senado Federal, 2007. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>. Acesso em 14 fev.2008.

pretes, melhor seria que o legislador se incumbisse, como lhe compete, de dizer, efetivamente, o que é trabalho penoso, classificando-o inclusive de acordo com a faixa etária e estabelecendo, nas situações permitidas, qual o adicional devido. A exigência de serviços superiores às forças do adolescente, que autorizaria inclusive a despedida indireta (art.403, *a*, da CLT), constituiria, segundo corrente doutrinária por nós perfilhada, uma das formas de trabalho considerado penoso.<sup>19</sup>

Os relatos de trabalho em condições penosas e que ofendem à dignidade humana são muitos, alguns mais gritantes, como estes:

**Exemplo nº 01:**

Exemplo de nítido desrespeito à condição digna e de trabalho penoso foi ilustrado no Jornal Folha de São Paulo, ao relatar situação

dos 'Homens da Lama', que trabalham no Estado do Piauí, na cidade de Esperantina, a 183 km de Teresina, para extrair argila e produzir tijolos; esse 'Mar de Lama' sustenta 25 mil pessoas. Para cada mil peças, o trabalhador recebe R\$ 20, porém ele só consegue produzir 500 tijolos por dia. Eis a situação em que se encontram tais pessoas:

'Os oleiros, como são chamados esses 'homens da lama', passam em média 12 horas por dia, seis dias por

semana afundados no barro, pés descalços, no fundo de poços frios com até quatro metros de profundidade. Eles cavam o chão e, com as mãos, retiram a argila e moldam tijolos, que secam ao sol.

[...]<sup>20</sup>

**Exemplo nº 02:**

Outra situação, em que pesou o fundamento da dignidade humana, diz respeito ao coletor de lixo que diante da atividade exercida não possuía, no horário destinado à refeições, acesso ao refeitório ou a própria residência, realizando suas refeições na rua [...]

"Considerando que na atualidade o trabalho é tido como uma forma de inserção social, é certo que a busca por uma sociedade mais justa e equilibrada deve passar pelo efetivo combate a toda espécie de trabalho degradante e pela implementação de medidas que visem eliminar, quando possível – e quando não, amenizar –, fatores de penosidade no trabalho."

Considerando que na atualidade o trabalho é tido como uma forma de inserção social, é certo que a busca por uma sociedade mais justa e equilibrada deve passar pelo efetivo combate a toda espécie de trabalho degradante e pela

implementação de medidas que visem eliminar, quando possível – e quando não, amenizar –, fatores de penosidade no trabalho.

Se não é possível vislumbrar a completa neutralização desses fatores, deve-se ao menos buscar coibir excessos danosos à saúde e à auto-estima da pessoa, por meio de normas protetoras como a redução de jornada; do prazo para a aposentadoria; pagamento de adicional salarial compensatório, fornecimento

<sup>19</sup> OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 2006, p. 181-182.

<sup>20</sup> MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*; São Paulo: LTr, 2007, p. 58.

de equipamentos de higiene e segurança (e uma fiscalização eficaz), como já é feito em relação à insalubridade e periculosidade, mas de forma cumulativa (i.e., poder-se exigir o adicional de insalubridade ou periculosidade, conforme a situação, mais adicional de penosidade, se for o caso).

Podemos entender como fatores de penosidade o grande desgaste físico, mental ou emocional (caso das telefonistas, bancários, operadores de *telemarketing*, operadores da bolsa de valores, motoristas de ônibus urbanos, professores e outros), incluindo o sofrimento psíquico que decorre, em certas atividades, da necessidade de afastamento do convívio social e da família por períodos relativamente longos (como o que acontece com os trabalhadores das distantes plataformas marítimas de extração de petróleo), ou, ainda, exposição a agentes ambientais agressores à saúde (operários das minas de carvão, trabalhadores das lavouras da cana-de-açúcar e da coleta de lixo, por exemplo).

A cumulação dos adicionais é o que defende Christiani Marques. Em seu abrangente e bem elaborado estudo sobre o tema da proteção ao trabalho penoso, ela lembra que a legislação brasileira veda a cumulação de adicionais de periculosidade e insalubridade, devendo o empregado optar pelo recebimento de um ou outro, o que for mais favorável. Porém entende que esse tema foge aos critérios da insalubridade e periculosidade, os quais já possuem sua regulamentação legal, cingindo-se a questão à penosidade.

Considerando que o trabalho pode

ser prestado simultaneamente em condições penosas e perigosas ou penosas e insalubres, apurados os devidos agentes agressivos à saúde, caberá o pagamento cumulado. Não há porque dizer que o empregado deverá optar por um ou outro; trata-se de algo que pode ser indigno. O pagamento é reflexo de mero fator compensatório, porque simplesmente remunera uma condição que fere a própria dignidade do trabalhador, causando danos até mesmo irreparáveis para a sua vida. Então não há que se beneficiar o empregador de uma atividade proporcionada pelo risco de sua atividade econômica ao empregado. Se, infelizmente, houver uma atividade que tenha insalubridade e penosidade, o empregador deverá arcar, no mínimo, com custo de tais adicionais, de forma cumulativa.

Não pagar um deles significa que ele deixou de existir? Que houve melhoria de condições de trabalho? Em regra a resposta é negativa, mas para tanto, partir-se-á analogicamente do que existe hoje no sistema legal, a não cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade leva ao benefício econômico ao longo desses tempos, e faz com que o empregador descuide do ambiente e das tarefas, não se preocupando com a questão da insalubridade, por exemplo. Por quê? Trata-se da diferença do valor final da inversão econômica, ou seja, a base de cálculo do valor a ser apurado na periculosidade leva em conta 30% dos vencimentos, enquanto na insalubridade pode-se chegar a 40% sobre o salário mínimo.

A atividade econômica do empregador é risco próprio; sujeitar o empregado a optar por um adicional ou outro quando estiverem presentes dois fatores concomitantes é permitir que não ocorra o cumprimento adequado dos aspectos técnicos e legais da saúde e segurança no trabalho. [...]

Sendo assim, na hipótese de existir penosidade com outro fator adverso caberá o pagamento cumulado.<sup>21</sup>

Podem dizer alguns que isso implicaria em elevação dos custos da produção e que as empresas buscariam compensar com cortes de despesas, medida que, via de regra, se traduz em demissões, trazendo, como consequência perversa, mais desemprego e a temida exclusão social. Sem contar que os trabalhadores que fossem mantidos haveriam que despende maiores esforços para dar conta dos afazeres também daqueles dispensados, e isso sob o temor de sofrerem o mesmo destino (serem dispensados), gerando, assim, justamente aquilo se visava combater: mais *stress*, fadiga, acidentes no trabalho, doenças de fundo emocional etc.. Ou seja, ter-se-ia um efeito contrário ao esperado.

É de grande sensibilidade e pertinência a observação da autora que menciono acima, assim se expressando sobre a questão:

É cediço a falta de interesse da regulamentação legal para atividade penosa, pois sem dúvida alguma, isso vai onerar o custo do empregador. Não é um risco que o empre-

gado deva assumir na sua vida, sendo parceiro nesta empreitada, porque os efeitos que se podem observar, ao longo do tempo, são nefastos sob o ponto de vista da condição digna de um ser humano. Será que se pode falar que o trabalhador nascido e criado em um ambiente como no do exemplo do 'Mar de Lama' vive dignamente no seu trabalho, submetendo-se a ficar em tanques de lama com 4 metros de altura por mais de 12 horas diárias, em temperatura fria? Não, isso não é condição digna de trabalho, mas é a realidade que se vive e a que, por medo da falta de sustento próprio e da família, os trabalhadores se submetem.<sup>22</sup>

A possibilidade de surgirem efeitos indesejados com a implementação do adicional pelo exercício de atividade penosa em face da repercussão nos custos das empresas, na representação um tanto pessimista que se fez acima – mas esperando-se com confiança que não vá corresponder à realidade –, merece ser aventada para que se reflita a respeito. Ao propor novas atitudes, devemos ter em vista também o provável impacto delas, buscando antever o resultado não apenas imediato, mas a médio e longo prazo, assim prevenindo consequências não desejadas e propondo soluções satisfatórias.

Vejo perspectivas positivas. Creio que se pode esperar como resultado perene da implementação da proteção ao trabalho penoso, a

<sup>21</sup> MARQUES, Christiani. A proteção ao trabalho penoso; São Paulo: LTr, 2007, p. 176-177.

<sup>22</sup> Ibid., p. 177.

título exemplificativo: a) a melhora geral da saúde do trabalhador, evitando-se até casos de óbitos relacionados a extrema fadiga (vide casos recentes, amplamente divulgados na imprensa, que têm ocorrido com trabalhadores das lavouras de cana-de-açúcar), depressão e acidentes no trabalho, certo que isso representa benefício também para os empregadores e empresas, pois haverá menos afastamentos do trabalho por motivo de doença; b) melhora na qualidade de vida, o que certamente reverterá em maior disposição para o desempenho das tarefas diárias, e com isso maior produtividade; e c) maior compromisso do empregado – pela satisfação que passa a sentir no ambiente de trabalho – com os objetivos e metas da empresa.

Também a favor da adoção de medidas de proteção ao trabalhador, em especial quando o trabalho é penoso – que é tema deste estudo –, conta a melhoria da imagem da empresa perante seus fornecedores e clientes (com isso atraindo mais clientes) e perante a sociedade em geral. E incentivos do governo, já que menos doenças relacionadas ao trabalho e menos acidentes significam mais economia para a previdência social, podendo essa economia (ou parte dela) retornar à empresa em forma de benefícios fiscais.

Como ilustração do que foi dito na primeira parte do parágrafo anterior, merece ser transcrito o artigo intitulado **Que garantia tenho de que um produto não foi feito com mão-de-obra escrava?**, de Cyrus Afshar para o jornal “Folha

de São Paulo” de 02 de fevereiro de 2008. A meu ver, é algo que em nossos dias deveria orientar as ações de empresas, governo e cidadãos:

Não há um certificado definitivo para saber quem não usou mão-de-obra análoga à escrava. Mas existem instrumentos criados por instituições sérias que ajudam empresas e consumidores a saberem quem está comprometido com a erradicação e quem explora esse tipo de trabalho. O Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo tem a adesão de cerca de 150 empresas, que podem ser conferidas na internet. Essas empresas se comprometem a coibir na sua rede de fornecedores o uso de mão-de-obra escrava e estão sujeitas a monitoração.

[...]

Para saber quem são os maus empregadores, existe a ‘lista suja’ do trabalho escravo. Ela serve de referência para empresas que não querem fazer negócios com grupos (como fazendeiros de gado ou donos de carvoarias) envolvidos na superexploração de trabalhadores rurais. A lista, formulada pelo Ministério do Trabalho, está disponível na internet com os nomes de quem usou mão-de-obra escrava. No ano passado, uma fiscalização do Ministério do Trabalho libertou 5.877 pessoas que trabalhavam em condições de semi-escavidão nas zonas rurais.

Também há fiscalização nas cidades. Em 2007, depois de denúncias, as lojas de departamento Renner, Marisa, C&A e Riachuelo assinaram ‘termos de ajustamento de conduta’ com o Ministério Público do Tra-

balho, nos quais se comprometem a cancelar pedidos das confecções que empregam trabalhadores estrangeiros em situação irregular.<sup>23</sup>

Quanto ao reconhecimento que as empresas poderão esperar dos governos, seja na esfera federal, estadual ou municipal, temos como exemplo o projeto que está sendo apresentado pelo legislativo estadual a fim de garantir que só se faça uso de madeira certificada. Esta, como se sabe, não é apenas a que oferece garantia de preservação do meio ambiente, mas também a que é manejada com respeito aos direitos trabalhistas. Confira-se o que foi noticiado:

Um projeto de lei do deputado tucano José Augusto pretende garantir que toda a madeira consumida no Estado de São Paulo seja certificada. Ou seja, venha de área manejada de forma ambientalmente adequada, socialmente justa e economicamente viável. O projeto, que está na Comissão de Meio Ambiente da Assembléia, prevê restrições graduais à comercialização de madeira não certificada, garantindo que ela seria banida em 20 anos. O projeto será debatido por representantes do governo municipal e estadual, entidades da sociedade civil e lideranças comunitárias em simpósio promovido

pelo gabinete do deputado José Augusto, Greenpeace e Amigos da terra na sexta-feira no auditório Franco Montoro.<sup>24</sup> (original não grifado).

É preciso que fique clara a distinção entre o trabalho em condições de penosidade e o trabalho em condições análogas à de escravidão, já que aquele não envolve cerceamento à liberdade do indivíduo, e que é a principal característica desse segundo. O trabalho penoso também não pode ser confundido com trabalho proibido. Ele não é contrário à lei. É trabalho legalmente permitido, mas que se caracteriza por incômodos inerentes à sua natureza ou ao ambiente em que é executado, implicando em sobrecarga física, mental e/ou emocional.

O trabalho penoso existe e não pode ser ignorado. Não se pode prescindir, por exemplo, do trabalho daqueles que fazem a coleta de lixo e varrição das ruas. Dessa forma, pode ser exigido, porém com respeito às normas de proteção, a fim de evitar consequências danosas ao trabalhador. Mais uma vez, na lição de Christiani Marques:

Assim, o empregador pode exigir a prestação de serviços na atividade penosa, porém deve quebrar a forma de rotina repetitiva e respeitar o

“É preciso que fique clara a distinção entre o trabalho em condições de penosidade e o trabalho em condições análogas à de escravidão, já que aquele não envolve cerceamento à liberdade do indivíduo, e que é a principal característica desse segundo. O trabalho penoso também não pode ser confundido com trabalho proibido. Ele não é contrário à lei.”

<sup>23</sup> CYRUS, Afshar. Que garantia tenho de que um produto não foi feito com mão-de-obra escrava? *Folha de São Paulo*. São Paulo, 02 fev. 2008. Caderno Vitrine, p. 5.

<sup>24</sup> Madeira de Lei. O Estado de São Paulo, São Paulo, 28 ago. 2007. Estadão de Hoje. Disponível em <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20070828/not\\_imp41923,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20070828/not_imp41923,0.php)> Acesso em 13 fev. 2008.

relógio biológico do indivíduo, pois, caso contrário, estará agredindo o interesse econômico-social e, por consequência, cometendo o ato ilícito pela conduta abusiva. Ressalte-se, mais uma vez, que o pagamento de um adicional não corrige a conduta abusiva, nem tampouco inibe o caráter punitivo de uma possível reparação indenizatória.

As empresas deverão dotar-se de um plano de prevenção em matéria de saúde e seguridade, assim como dos serviços necessários para a sua realização, de acordo com os critérios reconhecidos.

Os representantes legais dos trabalhadores e as organizações participarão em sua elaboração e velarão para o cumprimento do acordo. Adequar medidas nas empresas com o propósito de prevenção ao trabalho é uma forma de respeito ao trabalhador e consagração à dignidade humana.<sup>25</sup>

Frisando que não apenas o trabalho insalubre e perigoso merecem a nossa atenção, mas também o trabalho penoso, trago, para finalizar esta exposição, as palavras de Cláudia Toledo (apud José Antônio Pancotti): "Os direitos fundamentais são, destarte, construídos, conquistados pelo homem, não lhe sendo meramente dados pela natureza."<sup>26</sup>

## CONCLUSÃO

De todo o exposto, é de se concluir que a garantia dos direitos sociais, tão prestigiada pela Constituição Federal de 1988, não pode deixar de avançar, especialmente à luz do princípio da dignidade humana. O adicional de penosidade não é de importância menor que os adicionais de insalubridade e periculosidade e não há razão para que permaneça, ao contrário desses últimos, ainda sem regulamentação legal.

Todavia, enquanto essa regulamentação não acontece, referido adicional pode perfeitamente ser concedido por mera liberalidade, ou estabelecido mediante entendimento entre as classes patronais e de trabalhadores, via negociação coletiva, ou, ainda, por imposição judicial, passando a Justiça do Trabalho a firmar jurisprudência sobre o assunto, até porque já existe previsão constitucional a respeito, sendo questionável a eficácia limitada que lhe é atribuída. Se os outros dois adicionais (insalubridade e periculosidade), criados pelo mesmo dispositivo constitucional (e possuindo características assemelhadas) já foram regulamentados e vêm sendo aplicados, porque não o de periculosida-

"...É trabalho legalmente permitido, mas que se caracteriza por incômodos inerentes à sua natureza ou ao ambiente em que é executado, implicando em sobrecarga física, mental e/ou emocional."

<sup>25</sup> MARQUES, Christiani. *A Proteção ao Trabalho Penoso*; São Paulo: LTr, 2007, p. 182.

<sup>26</sup> PANCOTTI, José Antônio. Aspectos da Hermenêutica Constitucional dos Direitos Sociais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região*. Campinas. Edição Comemorativa. n. 29. Jul./dez. 2006. p. 21-38.

de? A propósito, o art. 8º da CLT:

**Art. 8º** As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Por fim, deve ser lembrado que o objetivo primordial das normas de proteção ao trabalho, como a que trata do adicional pelo exercício de atividade penosa, é justamente, como o próprio nome diz, proteger a saúde e integridade física e psíquica do trabalhador, já que estes bens não têm preço e não podem ser negligenciados em troca de uma compensação remuneratória.

Urge, portanto, além da necessidade de pagamento dos adicionais em questão, não descuidar das medidas preventivas e saneadoras de eventuais fatores de insalubridade, periculosidade e penosidade no trabalho, com vistas à preservação da saúde, da vida e da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito Constitucional do Trabalho: Sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998.

CYRUS, Afshar. Que garantia tenho de que um produto não foi feito com

mão-de-obra escrava? **Folha de São Paulo**. São Paulo, 02 fev. 2008. Caderno Vitrine.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARQUES, Christiani. **A proteção ao trabalho penoso**. São Paulo: LTr, 2007.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: LTr, 2006, p. 181-182.

PANCOTTI, José Antônio. Aspectos da Hermenêutica Constitucional dos Direitos Sociais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região**. Campinas. Edição Comemorativa. n. 29. jul./dez. 2006, p. 21-38.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil**. São Paulo: LTr, 2007, p. 54.

Boletim Informativo do Ministério do Trabalho. **Procuradoria Regional do Trabalho - 15ª Região**. Ano II. n. 11. dez. 2007.

Brasil. Senado Federal. PLS n. 226/2007: altera a Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973 / Paulo Paim. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/siconExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em 14 fev.2008.

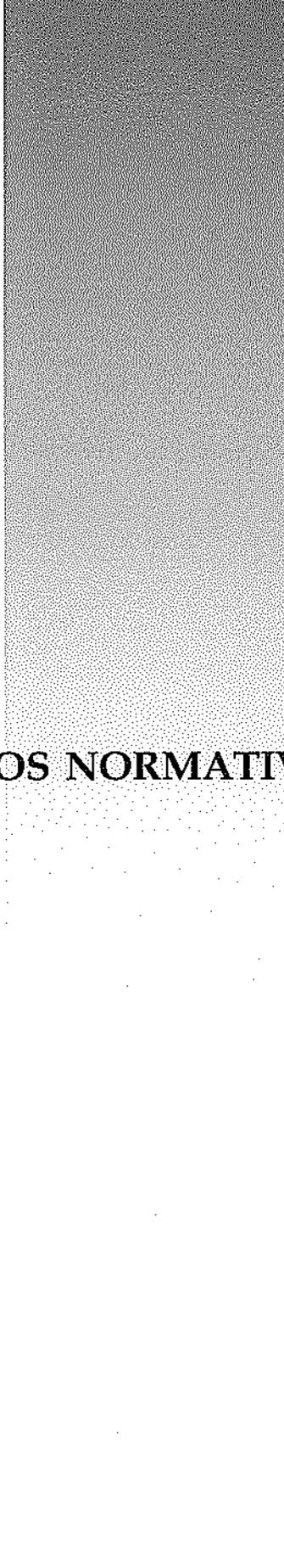
Brasil. Senado Federal. PLS n. 301/2006: regulamenta o adicional de penosidade / Paulo Paim. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/PAULOPAIM/pages/projetos/2006plsPLS%20N%C2%BA%20301%20de%202006%20%20regulamenta%20o%20adicional%20de%20penosidade.pdf>>. Acesso em 14 fev.2008.

Madeira de Lei. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 28 ago. 2007. Estadão de

Hoje. Disponível em <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20070828/not\\_imp41923,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20070828/not_imp41923,0.php)> Acesso em 13 fev. 2008.

Sindipetro. pauta de reivindicações da campanha salarial 2007/2008. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <http://www.sindipetro.org.br/pautas/Pauta-ACT20052007-referendadaPeloSindipetro-RJ-FNP20072008.pdf>. Acesso em 15 fev.2008.





# **ATOS NORMATIVOS**



## ATOS NORMATIVOS

**Assento Regimental n. 4**, de 07 jul. 2008, DOE 15 jul. 2008, p.1  
Altera a redação da alínea "I" do inciso II do Art. 20 do Regimento Interno.

**Assento Regimental n. 5**, de 07 jul. 2008, DOE 15 jul. 2008, p.1  
Acrescenta o inciso V ao Art. 111 do Regimento Interno.

**Assento Regimental n. 6**, de 07 jul. 2008, DOE 15 jul. 2008, p.1  
Altera a redação do parágrafo 1º do Art. 298 do Regimento Interno.

**Assento Regimental n. 7**, de 08 jul. 2008, DOE 15 jul. 2008, p.1  
Acrescenta os parágrafos 9º ao Art. 107 e único ao Art. 25-A do Regimento Interno.

**Assento Regimental n. 8**, de 29 ago. 2008, DOE 4 set. 2008, p.1  
Suspende a Eficácia do parágrafo 5º do artigo 72 do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

**Ato Regulamentar GP n. 10**, DOE 29 jul. 2008, p.1

Regulamenta o pagamento de gastos emergenciais no âmbito da 15ª Região da Justiça do Trabalho e dá outras providências.

**Ato Regulamentar n. 11**, de 18 jul. 2008, DOE 25 jul. 2008, p.1  
Dispõe sobre a extinção das Especialidades Carpintaria e Marcenaria, Telecomunicações e Eletricidade, alteração da Especialidade Informática e sobre o não provimento dos cargos de Auxiliar Judiciário.

**Ato Regulamentar n. 12**, de 22 jul. 2008, DOE 25 jul. 2008, p.1  
Altera a redação dos artigos 2º e 19 do Ato Regulamentar GP n. 7, de 13 de março de 2008, entrando em vigor na data de sua publicação, com efeitos a contar de 24 de março de 2008.

**Ato Regulamentar n. 8**, de 30 maio 2008, DOE 16 jun. 2008, p.1  
Dispõe sobre a atualização cadastral dos aposentados e pensionistas do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Revoga o disposto nos Atos GP n. 5/1998 e n. 4/2000.

**Comunicação CR n. 1**, de 23 jul. 2008, DOE 28 jul. 2008, p.1

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Ato SEJUD.GP. n. 493, do Tribunal Superior do Trabalho, publicado no Diário da Justiça da União no dia 21.07.

**Portaria GP n. 17**, de 27 maio 2008, DOE 29 maio 2008, p.1

Determina a criação da Comissão de Avaliação para o Termo de Convênio n. 13/2007, celebrado entre este Tribunal e o Instituto Nacional da Qualidade Judiciária.

**Portaria GP n. 21**, de 07 jul. 2008, DOE 22 jul. 2008, p.1. Republicada: DOE 24 jul. 2008, p.1

Dispõe sobre a delegação de competência ao Diretor-Geral de Coordenação Administrativa. Altera a Portaria GP n. 8/2006, de 17.03.2006.

**Portaria GP n. 22**, de 07 jul. 2008, DOE 22 jul. 2008, p.1

Dispõe sobre a subdelegação de competência aos Diretores de Pessoal, de Saúde, Administrativa e de Orçamento e Finanças. Altera a Portaria GP n. 7, de 06/2002.

**Portaria GP n. 23**, de 08 jul. 2008, DOE 25 jul. 2008, p.1

Fixa, a partir de 1º de julho de 2008, o valor das diárias pagas aos magistrados e aos servidores deste Tribunal, para os deslocamentos dentro do território nacional. Revoga as Portarias GP n. 39/2006, 11/2007 e 27/2007, bem como cancela os efeitos dos anexos I e II da Portaria GP n. 40/2006.

**Portaria GP n. 26**, de 4 set. 2008, DOE 8 set. 2008, p.1

Institui e disciplina o funcionamento do Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios no âmbito do TRT da 15ª Região.

**Portaria GP n. 27**, de 8 set. 2008, DOE 10 set. 2008, p.1

Suspende o expediente no Fórum Trabalhista de Campinas no período de 27.10 a 21.11 em virtude de mudança de edifício.

**Portaria GP n. 28**, de 08 set. 2008, DOE 15 set. 2008, p.1

Cria o Comitê Gestor Regional do Sistema Unificado de Administração Processual -SUAP.

**Portaria GP-CR n. 19**, de 13 jun. 2008, DOE 24 jun. 2008, p.1

Regulamenta, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, a Instrução Normativa n. 32/2007 do Tribunal Superior do Trabalho, que uniformiza procedimentos para a expedição de precatórios e requisições de pequeno valor.

**Portaria GP-CR n. 24**, de 07 jul. 2008, DOE 03 set. 2008, p.1

Suspende os prazos processuais no dia 03.07.

**Portaria n. 18**, de 26 mai. 2008, DOU 1º 28 mai. 2008, p.94

Torna público o Relatório de Gestão Fiscal desta Corte.

**Provimento GP-CR n. 4**, de 14 maio 2008, DOE 16 maio 2008, p.1.

Republicado: DOE 04 jun. 2008  
Modifica a redação do Art. 9º do

Capítulo "AUT" da Consolidação das Normas da Corregedoria, estabelecendo procedimentos específicos para os casos de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

**Provimento GP-CR n. 5**, DOE 05 jun. 2008, p.1

Altera o Capítulo "PROT" (Dos Sistemas de Protocolo e Encaminhamento de Petições) e extingue o Capítulo "UNI" (Do Sistema de Protocolo Unificado), ambos da Consolidação das Normas da Corregedoria.

**Provimento GP-CR n. 6**, de 17 jul. 2008, DOE 03 set. 2008, p.1. Republicado: DOE 04 set. 2008

Modifica a redação do § 2º do art. 12 do Capítulo "PET" da Consolidação das Normas da Corregedoria, permitindo a expedição de certidão para a hipótese de atendimento de exigência para lavratura de escritura pública, sem necessidade de apreciação prévia pelo Juiz.

**Provimento GP-CR n. 7**, de 29 ago. 2008, DOE 1º set. 2008, p.1

Dispõe sobre a instalação do serviço de Justiça itinerante no Município de Pedreira.

**Resolução Administrativa n. 4**, de 02 jun. 2008, DOE 05 jun. 2008, p.1.

Republicada: DOE 17 jun. 2008 - p.1  
Dispõe sobre a assistência à saúde, na forma de auxílio, aos magistrados, servidores e seus dependentes, no âmbito da 15ª Região da Justiça do Trabalho.

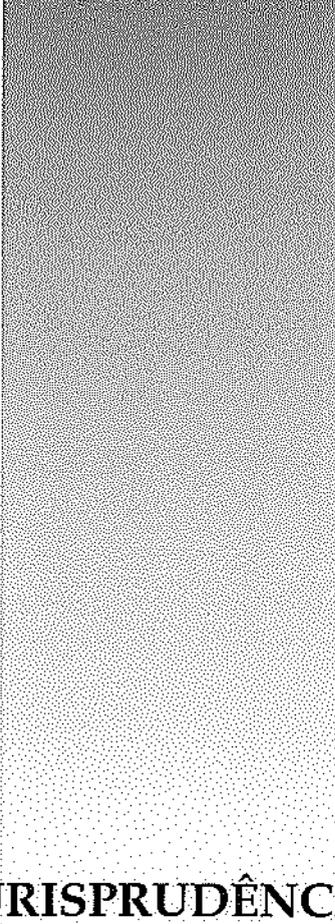
**Resolução Administrativa n. 5**, de 02 jun. 2008, DOE 05 jun. 2008, p.1

Dispõe sobre o Programa de Incentivo à Formação Infantil Básica no âmbito da 15ª Região da Justiça do Trabalho.

**Resolução Administrativa n. 6**, de 10 jul. 2008, DOE 15 jul. 2008, p.1.

Republicada: DOE 21 jul. 2008, p.1  
Dispõe sobre a criação e implantação do Setor de Conciliação no âmbito do Tribunal.





# JURISPRUDÊNCIA



## 1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

01 - MANDADO DE SEGURANÇA.  
RECURSO ADMINISTRATIVO.  
DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA

É indevida a exigência do depósito prévio da multa como condição de admissibilidade do recurso na esfera administrativa (§ 1º, do art. 636, da CLT), uma vez que a garantia de ampla defesa assegurada no art. 5º, LV, da Carta Magna, não pode sofrer nenhuma limitação pela legislação infraconstitucional. TRT/SP 15ª Região 349-2007-026-15-00-7 - Ac. 1ªSDI 299/08-PDI1. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 16 maio 2008, p. 4.

02 - RECURSO ADMINISTRATIVO.  
EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO  
INTEGRAL DA MULTA. INAPLICABILIDADE DO ART. 636, § 1º DA CLT.  
AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA  
ISONOMIA E DO DUPLO GRAU

É inválida a exigência de depósito prévio para a interposição de recurso administrativo por impedir que a parte obtenha a revisão da multa aplicada pela própria administração, que ainda se encontra em discussão. TRT/SP 15ª Região 763-2007-003-15-00-2- Ac. 1ªSDI 361/08-PDI1. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 30 maio 2008, p. 10.



## 2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

### 03 - AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO

Para que se configure a ocorrência de erro de fato, que propicie a rescisão da sentença, é necessário que esta nele tenha se fundado, que o erro seja apurável mediante simples exame dos documentos e demais peças dos autos, que não tenha havido controvérsia sobre o fato e que sobre ele tampouco tenha havido pronunciamento judicial. Assim, o que precisa haver é a incompatibilidade lógica entre a conclusão exarada no dispositivo da sentença e a existência ou a inexistência do fato, uma ou outra provada nos autos, mas não colhida pela percepção do juiz que, ao decidir, pura e simplesmente saltou sobre o ponto, sem feri-lo. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LEI. INDEFERIMENTO DA DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. NÃO OCORRÊNCIA.- A violação à lei, para ensejar a propositura da ação rescisória, há de ser clara, ine-

quívoca, literal, como a simples interpretação gramatical do inciso V, do art. 485, do CPC, demonstra. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO.- Na acepção do inciso VII do art. 485 do CPC, documento novo é o cronologicamente velho, ou seja, que já existia ao tempo do processo originário, mas que o autor ignorava sua existência, ou dele não pôde fazer uso em tempo oportuno, situação não configurada no acaso em análise, em que o autor pretende que sejam assim considerados os atestados médicos declarando que sua esposa faz tratamento com médico psiquiatra desde 1994, uma vez que a ação que deu origem a esta rescisória foi proposta em 2004, não havendo qualquer óbice a que o autor obtivesse mencionados atestados ao tempo da propositura daquela ação. TRT/SP 15ª Região 108-2006-000-15-00-4 - Ac. 2ªSDI 269/08-PDI1. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 25 jul. 2008, p. 3.



## DIREITO MATERIAL

04 - ABONO. CF, ART. 37, X. REAJUSTE

Na forma do art. 37, X da CF/1988 e tendo em vista o princípio de tutela do interessa público, positivado no art. 8º da CLT, havendo o Município aplicado a todos os servidores índice único, após incorporação de abono igual para todos, não é possível considerar-se que tal abono represente índice disfarçado e sim simples acréscimo salarial com o objetivo de melhor amparar os servidores menos favorecidos. TRT/SP 15ª Região 616-2007-049-15-00-0 - Ac. 12ª Câmara 27.096/08-PATR. Rel. Desig. José Pitas. DOE 30 maio 2008, p. 102.

05 - ACIDENTE DE TRABALHO. CORTADOR DE CANA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CABIMENTO. PRESENÇA DA CULPA DO EMPREGADOR

O fornecimento de EPI inadequado (luvas de pano) conduz a culpa do empregador em havendo ferimento grave provocado pelo corte do facão de cana. TRT/SP 15ª Região 1854-2006-150-15-00-0 - Ac. 1ª Câmara

27.870/08-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 30 maio 2008, p. 24.

06 - ACIDENTE DE TRABALHO. LIXO HOSPITALAR. FERIMENTO COM AGULHA. SUSPEITA DE CONTAMINAÇÃO. DANO MORAL CARACTERIZADO

Responde por danos morais aquele que não fornece equipamentos de proteção individual nem treinamento adequado para o manuseio de lixo hospitalar, possibilitando acidente com agulha descartada. A suspeita de contaminação já é suficiente para autorizar o deferimento de indenização, ante a aflição gerada no trabalhador. TRT/SP 15ª Região 557-2007-034-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 39.362/08-PATR. Rel. Fábio Grasselli. DOE 11 jul. 2008, p. 44.

07 - ACIDENTE DO TRABALHO. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CC. HIERARQUIA DE NORMAS. ÔNUS DA PROVA

Exigindo o art. 7º, XXVIII, da CF a demonstração de dolo ou culpa do

empregador para que seja responsabilizado pelo sinistro laborativo, cujo ônus fica, ante o teor do art. 818 da CLT, a cargo do empregado, a responsabilidade civil é, indiscutivelmente, subjetiva. Sendo o dispositivo do CC hierarquicamente inferior, é impossível lançar mão do parágrafo único do seu art. 927 para obrigar o empregador a indenizar sob o fundamento que tem responsabilidade civil independentemente de culpa. TRT/SP 15ª Região 188-2006-099-15-00-0 - Ac. 2ª Câmara 19.401/08-PATR. Rel. Desig. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 18 abr. 2008, p. 19.

#### 08 - ACIDENTE DO TRABALHO. RISCOS. RESPONSABILIDADE

Não se nega e/ou desconhece os riscos que o dador de serviço pode correr, mas não podem ser reputados maiores que os pessoais - e aqui a magna diferença - que pode enfrentar o obreiro, daí se justificando o exigir-se daquele que forneça, instrua devidamente este de como aviar seus misteres, como fiscalize, muito atentamente, se o trabalho está sendo executado de maneira correta, entendido este vocábulo em sentido amplo, pena de responder pela ocorrência de algum acidente. TRT/SP 15ª Região 1662-2002-109-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 23.645/08-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 09 maio 2008, p. 78.

09 - ADESÃO A PDV. MULTA DE 40% DO FGTS DEVIDA. RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA  
Empregado que adere a PDV tem

direito a multa de 40% do FGTS, uma vez que a rescisão contratual é de iniciativa do empregador, o maior interessado na redução do quadro de pessoal, sobretudo havendo assegurado complementação de aposentadoria. A vantagem pecuniária oferecida tem por objetivo atrair o público-alvo, normalmente com alguma garantia de emprego, mas não substitui a multa fundiária que é direito fundamental e devida quando há dispensa imotivada, da qual a adesão ao PDV é uma espécie. Sentença mantida. TRT/SP 15ª Região 598-2006-119-15-00-1 - Ac. 11ª Câmara 32.061/08-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 13 jun. 2008, p. 61.

#### 10 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO FACE AO RECONHECIMENTO PELO STF DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 192 DA CLT SEM DECLARAR SUA NULIDADE. SALÁRIO MÍNIMO

Na esteira do entendimento expresso pelo Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes em Despacho monocrático proferido na Reclamação 6.266-MC/DF, deferindo a liminar ali pleiteada pela CNI, até que seja fixado por lei novo parâmetro, permanece válido o uso do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, salvo quando outra base houver sido fixada por lei, convenção coletiva ou acordo coletivo. TRT/SP 15ª Região 671-2007-004-15-00-9 - Ac. 7ª Câmara - 46.426/08-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 08 ago. 2008, p. 52.

### 11 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS

A aposentadoria voluntária não extingue o contrato de trabalho, em havendo continuidade na prestação dos serviços para o ente público, derivando de tal conclusão a unicidade contratual. O servidor municipal regido pela CLT mantém com a previdência uma relação jurídica distinta daquela que há entre si e o empregador, *in casu*, a Municipalidade, que decorre do contrato de trabalho. Uma relação jurídica de direito público, que o servidor mantém com a previdência social, não pode desconstituir direitos oriundos da relação de direito privado (o contrato de trabalho). Além disso, o art. 453 da CLT trata da *accessio temporis*, o que não se confunde com a continuidade do contrato de trabalho. Cumpre ser salientado que o STF (ADIn 1770-3 - Medida Liminar - Ilmar Galvão) suspendeu a eficácia dos parágrafos primeiro e segundo do art. 453 da CLT, que classificavam a aposentadoria proporcional como causa extintiva do contrato de trabalho, por colidir com o art. 7º, I, da CF, sendo que a legislação previdenciária não exige o prévio desligamento do trabalho. TRT/SP 15ª Região 467-2007-014-15-00-5 - Ac. 11ª Câmara 15.650/08-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 28 mar. 2008, p. 105.

12 - APOSENTADORIA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO, COM POSTERIOR DEMISSÃO IMOTIVADA. TRATA-SE DE CONTRATO ÚNICO, SENDO DEVIDA A INDENIZAÇÃO DE

### 40% SOBRE TODO O PERÍODO DO CONTRATO

Considerando (a) que, com o advento da Lei n. 8.213/1991, deixou de ser necessário o desligamento do emprego para o deferimento, pela Previdência Social, do pedido de aposentadoria; (b) que o *caput* do art. 453, da CLT, se refere à readmissão, situação diversa daquela em que o empregado, apesar de aposentado, continua a laborar sem romper seu contrato; (c) o julgamento das ADIs ns. 1770 e 1721, pelo STF; (d) a revogação da OJ n. 177, pelo Pleno do TST e, finalmente, (e) que a natureza jurídica das relações do empregado com o empregador e do segurado com a previdência social são diversas e autônomas, só resta deferir ao trabalhador que continua a laborar, apesar de aposentado, o direito à indenização integral de 40% sobre o FGTS depositado no curso do contrato de trabalho, não alterado pelo pedido de aposentadoria, quando de sua imotivada dispensa, tendo em vista tratar-se de contrato único. TRT/SP 15ª Região 1453-2006-084-15-00-9 - Ac. 3ª Câmara 14.630/08-PATR. Rel. Maria Inês Correa de Cerqueira César Targa. DOE 28 mar. 2008, p. 65.

### 13 - ASSÉDIO MORAL. SUBMISSÃO A CONDIÇÕES DE ISOLAMENTO E ÓCIO NO AMBIENTE DE TRABALHO. CARACTERIZAÇÃO

O assédio moral no trabalho consiste na exposição do trabalhador, durante a sua jornada de trabalho, a situações vexatórias, humilhantes, ou qualquer outro meio que cause

violência psicológica, de forma sistemática e freqüente, acarretando a marginalização do empregado em seu ambiente de trabalho e comprometendo a sua estabilidade emocional, de modo a induzi-lo, muitas vezes, a deixar o emprego. A submissão do trabalhador, de forma repetitiva e por longo período, ao isolamento e ao ócio em local de trabalho totalmente inadequado para o desenvolvimento digno de quaisquer atividades, torna evidente o assédio moral sofrido, não havendo dúvidas acerca da obrigação do empregador em reparar o dano, principalmente porque a violência psicológica atenta contra o conjunto de direitos que compõem a personalidade, notadamente os direitos fundamentais da pessoa humana, interferindo na vida pessoal do empregado assediado, abalando seu equilíbrio emocional e ocasionando, indubitavelmente, graves danos à sua saúde física e mental. Além disso, há que se considerar que o empregador é quem assume os riscos da atividade econômica e dirige a prestação pessoal de serviços (art. 2º da CLT), sendo o responsável pela reparação civil, por atos de seus empregados, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele (art. 932, III, do CC), porquanto a sua culpa pode configurar até mesmo negligência, que se concretiza pela omissão no controle das atividades desenvolvidas no local de trabalho. Recurso ordinário provido parcialmente. TRT/SP 15ª Região 1539-2006-049-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 29.710/08-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 06 jun. 2008, p. 86.

#### 14 - CONTRATO DE ESTÁGIO. DESVIRTUAMENTO DE SUA FINALIDADE LEGAL. NULIDADE RECONHECIDA

O contrato de estágio a que se refere a Lei n. 6.494, de 07.12.1977, é aquele em que um estudante regularmente matriculado em cursos de educação superior, de ensino médio, de educação profissional de nível médio ou superior ou escolas de educação especial é admitido em pessoas jurídicas de direito privado ou na administração pública para complementação prática de sua formação. Trata-se de uma forma atípica de contrato, em que podem estar presentes os requisitos elencados no art. 3º da CLT, mas que, ainda assim, não há a configuração da relação de emprego. A sua validade, todavia, depende da verificação de todos os requisitos formais e substanciais previstos em lei, sem o que restará apurada a fraude, nos exatos termos do art. 9º da CLT. No caso em exame não há dúvida de que o Reclamado valeu-se do contrato de estágio com o propósito de reduzir o custo do trabalho - tanto pela ótica do patamar salarial quanto da jornada especial prevista no art. 224, *caput*, da CLT, o que impõe o reconhecimento judicial da nulidade da pactuação. A metodologia patronal de arregimentação de mão-de-obra barata mediante o uso desvirtuado da figura do estágio constitui grave ofensa aos princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), do resguardo aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF), da igualdade e não discriminação.

minação (arts. 5º, I, e 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, da CF), da função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, e 170, III, da CF), e da busca do pleno emprego como fundamento da ordem econômica (art. 170, VIII, da CF), notadamente porque, além de fomentar a desigualdade e a concentração da riqueza mediante a precarização da relação de emprego, impõe ao mercado o chamado *dumping social*, ou seja, a concorrência desleal fundada no desrespeito à legislação social. Recurso ordinário a que se nega provimento, neste ponto. TRT/SP 15ª Região 711-2006-100-15-00-4 - Ac. 10ª Câmara 36.603/08-PATR. Rel. Marcos da Silva Pôrto. DOE 27 jun. 2008, p. 72.

#### 15 - CONTRATO DE TRABALHO. DE ATLETA PROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE DO PATROCINADOR

O patrocínio de atividades esportivas tem caráter de incentivo e se insere no dever do Estado, preconizado pelo art. 217, IV, da CF/1988. O patrocinador não responde pelos encargos do contrato de trabalho firmado individualmente entre o atleta e o clube, salvo se exercer, de fato, a gestão da atividade do atleta. TRT/SP 15ª Região 1021-2006-002-15-00-7 - Ac. 1ª Câmara 16.063/08-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 04 abr. 2008, p. 10.

#### 16 - CONTRATO. PRAZO DETERMINADO. LEI N. 9.601/1998. INTERPRETAÇÃO ESTRITA

O contrato por prazo determinado, autorizado por acordo coletivo, na forma da Lei n. 9.601/1998, deve ser

interpretado estritamente, dada a natureza excepcional dessa modalidade de contratação, com exigência de cumprimento de todos os requisitos previstos na citada lei, no Decreto n. 2.490/1998 e no próprio acordo coletivo, sob pena de incidência das normas que regem os ajustes por prazo indeterminado. 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 04.10.2000, n. 392, de 08.06.2004, e n. 467, de 21.12.2005), 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 904-2007-109-15-00-3 - Ac. 4ª Câmara 19.228/08-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 18 abr. 2008, p. 30.

#### 17 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ACORDO. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A teor do art. 195, I, "a" da CF, não são devidas contribuições previdenciárias decorrentes de decisão homologatória de acordo no qual as partes não reconhecem a existência de prestação de serviços. Acordo celebrado apenas com a finalidade de encerrar o litígio. Ausência do fato gerador previsto no dispositivo constitucional em comento. TRT/SP 15ª Região 303-2007-132-15-00-8 - Ac. 7ª Câmara 27.220/08-PATR. Rel. Andrea Guelfi Cunha. DOE 30 maio 2008, p. 63.

#### 18 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SOBRE ACORDO SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. PESSOA FÍSICA QUE RECEBE O TRABALHO PRESTADO NA CONDIÇÃO DE TOMADOR DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INDEVIDA

Acordos sem reconhecimento de vínculo entre pessoas físicas, na qual se discute prestação de serviços domésticos, não gera qualquer tipo de contribuição previdenciária, só devida pela pessoa física que possa ser equiparada à empresa, ou seja, que explora atividade econômica e, nes-

sa condição, é tomadora de serviços. O empregador doméstico e, em decorrência, o tomador de serviços domésticos, não recebendo a força de trabalho em face de exploração de atividade econômica, não pode ser equiparado à empresa, não lhe sendo aplicável, nestes termos, a contribuição de 20%. A conclusão decorre da análise conjugada do art. 1º, da Lei n. 5.859/1971 e do art. 22, da Lei n. 8.212/1991. TRT/SP 15ª Região 530-2007-034-15-00-8 - Ac. 3ª Câmara 20.301/08-PATR. Rel. Maria Inês Correa de Cerqueira César Targa. DOE 25 abr. 2008, p. 131.

#### 19 - CONVENÇÃO COLETIVA

É vedado transferir ao empregador a responsabilidade pelo pagamento da contribuição assistencial ou confederativa eventualmente devida por seus trabalhadores às entidades sindicais que os representa, o que vai contra o sentido da lei e o sistema sindical no Estado Democrático de Direito. Vale destacar sobre a matéria o Enunciado n. 27 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, organizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), em parceria com o TST e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), com o apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA), realizada em Brasília no mês de novembro/2007, assim redigido: "CONDUTA ANTISINDICAL. FINANCIAMENTO PELO EMPREGADOR. VEDAÇÃO. É vedada a estipulação em norma

coletiva de cláusula pela qual o empregador financie a atividade sindical dos trabalhadores, mediante transferência de recursos aos sindicatos obreiros, sem os correspondentes descontos remuneratórios dos trabalhadores da categoria respectiva, sob pena de ferimento ao princípio da liberdade sindical e caracterização de conduta anti-sindical tipificada na Convenção n. 98 da OIT, ratificada pelo Brasil". TRT/SP 15ª Região 163-2006-102-15-00-5 - Ac. 8ª Câmara 19.928/08-PATR. Rel. Renato Henry Sant'Anna. DOE 25 abr. 2008, p. 158.

#### 20 - CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO

Ainda que se admita a aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho, inclusive quanto aos créditos previdenciários, imperioso reconhecer que, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.212/1991, a pretensão da União para cobrar os créditos de natureza previdenciária prescreve em 10 (dez) anos. Cumpre salientar que não é o órgão julgador que estabelece a definição da prescrição e, sim, a matéria discutida em juízo que dará seus contornos. Assim, esta Justiça Especializada processa e julga causas trabalhistas *stricto sensu* e outras, de natureza civil, de natureza previdenciária, cabendo ao órgão julgador, portanto, buscar a matéria em questão, a fim de aplicar o prazo prescricional adequado. É certo que a competência é tema relativo ao direito processual, ou mais propriamente, à organização judiciária, não tendo influência nas regras de direito substancial. O direito a ser apli-

cado é o mesmo independentemente do órgão julgador. TRT/SP 15ª Região 1039-2000-126-15-00-1 - Ac. 2ª Câmara 21.604/08-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 09 maio 2008, p. 57.

#### 21 - DANO MORAL. INADIMPLEMENTO DE VERBAS RESCISÓRIAS. 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, somente pode ser visto como um fator de culpa aos eventuais transtornos pessoais do empregado no que se refere as suas obrigações pessoais, se provada a extrapolação dos limites dos contratemplos diários a que todos estão sujeitos. TRT/SP 15ª Região 1018-2006-086-15-00-7 - Ac. 5ª Câmara 37.146/08-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 04 jul. 2008, p. 108.

#### 22 - DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ANOTAÇÕES NA CTPS. CONTRATO CANCELADO

A anotação de contrato de trabalho cancelado, inserida pelo empregador na CTPS do empregado, desabona o trabalhador no mercado de trabalho e afronta a vedação contida no art. 29, § 4º da CLT, justificando o deferimento da indenização por danos morais. TRT/SP 15ª Região 453-2006-152-15-00-5 - Ac. 1ª Câmara 26.557/08-PATR. Rel. Wilton Borba Canicoba. DOE 30 maio 2008, p. 19.

### 23 - DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA DIÁRIA. CARACTERIZAÇÃO

A prática diária de revista íntima, mesmo realizada por pessoa do mesmo sexo, expondo vestuário íntimo do empregado aos demais funcionários da empresa caracteriza o dano moral por agredir a dignidade e a intimidade do empregado, conforme inteligência dos arts. 1º, incisos III e IV, 5º, incisos III, X e 170 da CF/1988. DANO MORAL. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO.- A indenização por dano moral é fixada por arbitramento, ante a ausência de legislação regulamentando a matéria. Tal arbitramento, de caráter judicial, deve observar o princípio da razoabilidade para a fixação do valor da indenização, sopesando, além da gravidade da conduta do agente agressor, a capacidade financeira da empresa, a fim de se obter um valor justo, cujo objetivo é minimizar o sofrimento causado ao empregado e ao mesmo tempo, exercer um efeito educativo sobre o empregador, não devendo ir além disso, a ponto de fomentar a indústria de indenizações e desestimular a criação de empregos. Recurso do reclamante não provido. TRT/SP: 15ª Região 1867-2006-058-15-00-1 - Ac. 7ª Câmara 21.861/08-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 09 maio 2008, p. 85.

### 24 - DIREITO DO TRABALHO. DANOS MORAIS. COBRANÇAS EXCESSIVAS DO EMPREGADOR.

Guardadas as diferenças entre as conceituações do instituto de dano

moral, indenizável segundo preceitua o art. 5º, V, da Carta Magna, parece pacífico que seja aquele causador de abalo da imagem, dor pessoal e sofrimento íntimo do ofendido. O empregador é responsável pela imagem do empregado junto ao ambiente de trabalho e à sociedade. Encontram-se, porém, inseridas nos poderes inerentes aos empregadores (diretivo, regulamentador, fiscalizatório e disciplinar) as cobranças de metas e disciplina quanto a isso. Embora nosso ordenamento não dite regras claras sobre os limites dos poderes do empregador, inquestionável, diante dos princípios defendidos pela Constituição, que não podem agredir a liberdade e dignidade do trabalhador. Exercido o poder diretivo dentre desse limite razoável, não se configura o dano moral. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 1567-2005-008-15-00-5 - Ac. 3ª Câmara 42.623/08-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 18 jul. 2008, p. 71.

### 25 - EMPRESA PÚBLICA. ECT. DISPENSA IMOTIVADA. DESCABIMENTO. REINTEGRAÇÃO. OJ N. 247, II, SDI-1, TST

Como é cediço, o Judiciário vem estendendo vários privilégios legais da Fazenda Pública à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) - v.g. pagamento de débitos trabalhistas por intermédio de precatórios, imunidade tributária, prazos processuais diferenciados - nada obstante a sua condição de empresa pública. Em contrapartida, o Tribunal Pleno do C. TST, em recente julgamento do Incidente de

Uniformização Jurisprudencial suscitado no ERR 1138-2003-041-03-00.6, concluiu que, a exemplo da restrição imposta às entidades de direito público, os atos de demissão dos seus empregados também devem ser motivados. Entendimento inserto no item II da OJ n. 247 da SBDI-1 do TST. TRT/SP 15ª Região 1428-2007-137-15-00-7 - Ac. 4ª Câmara 35.874/08-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 27 jun. 2008, p. 36.

**26 - ESTABILIDADE. DE SERVIDOR PÚBLICO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS DISPOSIÇÕES ENCARTADAS NA CLT. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. DESTINA-SE A TELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA DEMANDA, NÃO A ARTIGOS DE LEI**

Ante o silêncio da lei municipal, aplicam-se as disposições inseridas na CLT que regulam o contrato do trabalhador estável. De todo relatado nos autos verifica-se que o reclamante está sendo acusado de prática capitulada no art. 482, alínea "j", da CLT. Ressalto que a circunstância de não ter sido alegado pelo município o artigo de lei em comento, não impede que o seja pelo julgador. Tal prática não ofende ao disposto nos arts. 128 e 460, do CPC, pois a congruência da decisão judicial é exigida em relação aos elementos objetivos e subjetivos da demanda, aos fatos e teses deduzidas pelas partes, jamais aos dispositivos de lei invocados. TRT/SP 15ª Região 1415-2006-017-15-00-4 - Ac. 3ª Câmara 20.315/08-PATR. Rel. Desig. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto.

DOE 25 abr. 2008, p. 132.

**27 - EXECUÇÃO. MÉDIA SALARIAL. REFLEXO DE AUSÊNCIAS INJUSTIFICADAS SOBRE O DSR**

A Lei n. 605/1949 determina que o direito ao descanso semanal remunerado está condicionado ao cumprimento integral da jornada de trabalho durante a semana (art. 6º). A multiplicação da média diária por trinta dias desconsidera os dias de ausência injustificada, desobedecendo aos parâmetros estabelecidos na sentença. Do mesmo modo a multiplicação da média diária apenas pelos dias trabalhados desconsidera, igualmente, a circunstância de que em várias ocasiões o reclamante trabalhou integralmente a semana, tendo direito, portanto à remuneração do domingo. Para apuração do cumprimento integral da jornada, há de ser respeitada a jornada contratual, conforme fixada em sentença. TRT/SP 15ª Região 2082-2004-076-15-00-6 - Ac. 4ª Câmara 27.561/08-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 30 maio 2008, p. 34.

**28 - FEPASA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIREITO ADQUIRIDO. TRANSFERÊNCIA PARA A UNIÃO. DIREITO AO RECEBIMENTO DE REAJUSTES. APLICAÇÃO DOS REAJUSTES CONCEDIDOS PELO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO. COMPATIBILIDADE**

Os funcionários aposentados da Cia. Paulista de Estrada de Ferro, incorporados pela FEPASA, por força da Lei n. 200/1974 possuem direito adquirido ao recebimento da comple-

mentação de aposentadoria. A transferência para a União da totalidade das ações através da RFFSA, por meio da Lei Estadual n. 9.343/1996, não tem o condão de retirar o direito dos aposentados de receber os reajustes de suas complementações de aposentadoria conforme dispõe a CF, as quais são devidas com base no art. 4º da Lei Estadual n. 9.343/1996. A extinção dos cargos dos antigos ferroviários criou uma situação *sui generis*, o que fez com que os aposentados deixassem de receber o reajuste da parcela de complementação de aposentadoria, promovendo uma inegável redução em seus vencimentos. Diante da existência de direito adquirido dos autores e de ausência de paradigma a autorizar os reajustes, viável a aplicação dos índices utilizados pela Previdência Social para o reajuste das aposentadorias. TRT/SP 15ª Região 1116-2007-010-15-00-6 - Ac. 9ª Câmara 46.012/08-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 1º ago. 2008, p. 117.

#### 29 - FÉRIAS. PROPORCIONAIS. JUSTA CAUSA. CONVENÇÃO N. 132 DA OIT

Nos termos do art. 4º, I, da Convenção n. 132/1970 da OIT c/c a Súmula n. 171 do c. TST, houve derrogação do parágrafo único do art. 146 da CLT para se conceder ao trabalhador férias proporcionais também antes de um ano de trabalho, permanecendo a exclusão do direito apenas na hipótese de dispensa com justa causa. TRT/SP 15ª Região 1184-2006-045-15-00-8 - Ac. 12ª Câmara 36.795/08-PATR. Rel. José Pitas. DOE 27 jun. 2008, p. 81.

#### 30 - FERROBAN. CARGO DE AUXILIAR ADMINISTRATIVO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Ainda que na FERROBAN não haja quadro de carreira, a empresa adota faixas salariais diferenciadas para os cargos de Auxiliar Administrativo nos níveis I, II e III, escalonados conforme a complexidade de cada atribuição específica de cada cargo. Assim, a pretensão de equiparação salarial só será viável, caso fique comprovada a identidade de função ou do cargo, levando-se em conta cada um destes níveis em que a função foi escalonada. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 327-2004-108-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 18.990/08-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 18 abr. 2008, p. 54.

#### 31 - GARANTIA DE EMPREGO. AO TRABALHADOR INCORPORADO AO SERVIÇO MILITAR. EXEGESE DO ART. 472 DA CLT. NÃO CARACTERIZAÇÃO

O que o diploma consolidado preconiza é que a rescisão contratual do empregado incorporado, caso verificada, assumirá a natureza de despedida imotivada, arcando o empregador com todos os haveres daí legalmente conseqüentes. Não há obrigatoriedade de manutenção do contrato durante o lapso de incorporação. Recurso desprovido. TRT/SP 15ª Região 436-2007-101-15-00-6 - Ac. 4ª Câmara 16.766/08-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 04 abr. 2008, p. 19.

#### 32 - GRATIFICAÇÃO. VARIÁVEL CONDICIONADA A LUCRO MÍ-

### NIMO. NATUREZA JURÍDICA NÃO SALARIAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Gratificação variável condicionada a percentual de lucro mínimo, instituída por ACT, não se confunde com gratificação habitual, não tem natureza jurídica salarial e sim de prêmio. Portanto não se sujeita às subseqüentes cláusulas gerais de reajuste das verbas nitidamente salariais, nem reflete nos demais títulos do contrato de trabalho. Litiga de má-fé o sindicato substituto processual que, tendo participado das negociações coletivas que resultaram nas cláusulas instituidoras da gratificação-prêmio e, bem assim, nas subseqüentes cláusulas de reajuste salarial, postula pretensão ao arripio da evidente intenção das partes. Recurso Ordinário ao qual se nega provimento, mantendo-se a decisão de origem que julgou improcedente o pleito de diferenças de valor de gratificação variável, fundadas na pretensão da aplicação de índices de reajustes salariais da categoria, e reflexos, impondo-se ao recorrente, declarado litigante de má-fé, necessária e respectiva multa. TRT/SP 15ª Região 9969-2005-143-15-00-3 - Ac. 3ª Câmara 23.067/08-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DOE 09 maio 2008, p. 66.

### 33 - HORAS EXTRAS. AJUDANTE DE ENTREGAS. SERVIÇO DE ÍNDOLE PREPONDERANTEMENTE EXTERNA. EFETIVA POSSIBILIDADE DE CONTROLE COTIDIANO PATRONAL. CABIMENTO

A regra contida no inciso I do art. 62 da CLT consubstancia norma de ex-

ceção. Ela afasta ou elimina, de certos segmentos de trabalhadores, o direito ao recebimento de horas extras, que, vale lembrar, é garantido a todo e qualquer empregado pela CF. Logo, a interpretação que dela se faça deve sempre ser estrita, não se podendo estender seu alcance àquelas situações em que o empregador possa facilmente acompanhar o desempenho da rotina do laborista, ainda que este, pela natureza de suas tarefas, execute atividades externas que lhe confirmam maior liberdade de ação. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 2480-2005-122-15-00-0 - Ac. 4ª Câmara 16.935/08-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 04 abr. 2008, p. 26.

### 34 - HORAS *IN ITINERE*. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. SUPRESSÃO INTEGRAL DO DIREITO. DESRESPEITO AO ART. 58, § 2º, DA CLT

A CF, em seu art. 7º, inciso XXVI, chancelou a importância das convenções e acordos coletivos de trabalho, autêntica fonte autônoma do Direito Trabalhista, prestigiando e reconhecendo suas normas como forma preferencial de prevenir e solucionar conflitos, com o entendimento direto das categorias, independentemente da intervenção do Estado. Nesta esteira, a jurisprudência vem admitindo a prefixação das horas *in itinere* em norma coletiva, no sentido de a empresa ou o respectivo sindicato patronal e o sindicato profissional fazerem concessões mútuas, ou para mais ou para me-

nos, de modo que, ao final, estejam ambos satisfeitos com o resultado obtido. No entanto, não há como dar validade a norma coletiva que suprime integralmente este direito, posto que estaria negando vigência, eficácia e efetividade à norma de ordem pública, contida no art. 58, § 2º, da CLT, em total desrespeito ao ordenamento jurídico e às garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. TRT/SP 15ª Região 1674-2002-117-15-00-0 - Ac. 6ª Câmara 25.543/08-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 16 maio 2008, p. 41.

### 35 - IDENTIDADE FUNCIONAL. REMUNERAÇÃO DIFERENCIADA DECORRENTE DE OPÇÃO A PLANOS DE CARGOS E SALÁRIOS DISTINTOS. IMPOSSIBILIDADE

A consecução de prestação laboral igual determina a exigibilidade de idêntica contraprestação salarial. Preceitos constantes de normas organizacionais patronais ou de cláusulas coletivas não se podem superpor aos ditames contidos no art. 461 da CLT, que são de agregação imperativa aos pactos de todo e qualquer empregado. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 1692-2006-076-15-00-4 - Ac. 4ª Câmara 17.164/08-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 04 abr. 2008, p. 28.

### 36 - INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO. DIREITO DO TRABALHADOR

Não se tratando de atividade de risco a responsabilidade do empregador é subjetiva, cabendo ao Reclamante a prova do dolo ou culpa da Ré. No caso de colisão de veículos

que vitime o ajudante do motorista, presume-se a culpa do motorista que colidiu na traseira de outro veículo. Por se tratar o motorista de empregado da Reclamada, aplica-se o disposto no art. 932, III do CC e Súmula n. 341 do STF, respondendo a empresa por atos de seu preposto. Recurso parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 35-2006-004-15-00-6 - Ac. 3ª Câmara 30.490/08-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 06 jun. 2008, p. 80.

### 37 - INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. DOENÇA DO TRABALHO. PENSÃO VITALÍCIA. AUSÊNCIA DE AFASTAMENTO, DE REDUÇÃO SALARIAL E RECEBIMENTO DE AUXÍLIO-ACIDENTE

O fato de o empregado acometido de moléstia ocupacional não se afastar do trabalho nem sofrer redução de salário quando realocado em função compatível com seu quadro clínico ou, ainda, de estar recebendo auxílio-acidente, não constitui óbice ao deferimento concomitante de pensão vitalícia por dano material. Tendo tido sua capacidade laborativa reduzida, ainda que parcialmente, o pensionamento é cabível para reparar a irreversibilidade da lesão sofrida, ocasionadora da inabilitação ao trabalho antes desempenhado. Incidência, ao caso, do disposto no art. 950 do CC. DANO MORAL. DISACUSIA. ADOÇÃO DE CRITÉRIO.- Revela-se imperioso que o julgador, ante o silêncio da lei, estabeleça um norte para indenizar essa espécie de dano que deve atender o caráter pedagógico, sem o infortúnio seja transformado em instru-

mento de ganho fácil. TRT/SP 15ª Região 1563-2005-105-15-00-6 - Ac. 8ª Câmara 46.306/08-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 1º ago. 2008, p. 106.

### 38 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR ATOS DE SEUS EMPREGADOS E PREPOSTOS

É do empregador a responsabilidade de indenização decorrente do desvio de conduta de seu empregado que causa dano a outrem, no ambiente de trabalho, pouco importando ter aquele infringido ou não o dever normal de vigilância, por caracterizar hipótese legal de responsabilidade civil objetiva, consoante o disposto no art. 932 e 933 do novo CC, assegurado, todavia, o direito regressivo de reembolso da soma indenizatória que despendeu, conforme o disposto no art. 934 do mesmo estatuto. TRT/SP 15ª Região 548-2007-002-15-00-5 - Ac. 10ª Câmara 43.389/08-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 25 jul. 2008, p. 50.

39 - JORNADA DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO  
Ainda que o servidor público tenha iniciado a prestação de serviços cumprindo jornada de trabalho inferior àquela para a qual fora regularmente contratado, não constitui afronta ao art. 468 da CLT a posterior exigência do órgão público para cumprir a jornada formalmente ajustada. Incidência à hipótese dos princípios inculpidos no art. 37 *caput* da CF. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 754-

2007-114-15-00-3 - Ac. 10ª Câmara 36.448/08-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 27 jun. 2008, p. 67.

### 40 - MULTA. DO § 8º DO ART. 477 DA CLT INDEVIDA. PAGAMENTO TEMPESTIVO DAS VERBAS RESCISÓRIAS E HOMOLOGAÇÃO POSTERIOR

A multa do § 8º do art. 477 da CLT é prevista para os casos de atraso no pagamento das verbas rescisórias. Havendo quitação de tais verbas no prazo previsto pelo § 6º do mesmo dispositivo legal, através de depósito na conta bancária do empregado, não pode o empregador ser condenado na citada multa, ainda que a homologação da rescisão do contrato de trabalho tenha sido feita posteriormente. TRT/SP 15ª Região 1812-2006-096-15-00-8 - Ac. 5ª Câmara 48.736/08-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 15 ago. 2008, p. 78.

### 41 - MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO

O Município tem responsabilidade subsidiária pelas verbas não quitadas por empresa legalmente contratada para prestação de serviços, ante o que dispõe o art. 37, § 6º da CF, o art. 43 do novo CC e a Súmula n. 331, IV, do C. TST. TRT/SP 15ª Região 2130-2005-150-15-00-2 - Ac. 12ª Câmara 36.725/08-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 27 jun. 2008, p. 79.

### 42 - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. MUNICÍPIO. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO

PELA CLT SEM CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE DIRETOR DE COLÉGIO. NULIDADE. ART. 37, II E V DA CF E SÚMULA N. 363 DO C. TST. É nula a contratação de diretor de colégio municipal, sem concurso público, sob alegação de provimento de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração. Diretor de escola não se enquadra nas exigências do art. 37, II e V da CF. Em face da nulidade contratual é devido o recolhimento do FGTS do período laborado, nos moldes da Súmula n. 363 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 2161-2006-106-15-00-6 - Ac. 3ª Câmara 17.963/08-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DOE 11 abr. 2008, p. 85.

#### 43 - PRAZO. PARA O LANÇAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

O prazo de dez anos que a Previdência Social tem para apurar e constituir os seus créditos reconhecidos judicialmente somente começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença, pois somente com ela surge a obrigação previdenciária. TRT/SP 15ª Região 576-1999-026-15-00-1 - Ac. 6ª Câmara 39.546/08-PATR. Rel. Edna Pedrosa Romanini. DOE 11 jul. 2008, p. 34.

#### 44 - PRESCRIÇÃO. DANO MORAL POR ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA

O pleito de reparação pecuniária por dano moral, decorrente de acidente do trabalho, não tem, por si só, natureza civil, que imponha a aplicação do prazo prescricional estabelecido no CC. A natureza jurídica des-

sa postulação está intrinsecamente vinculada à relação havida entre as partes e da qual decorreu a pretensão. Assim, oriundo o dano ensejador da indenização pleiteada nestes autos, da relação de trabalho havida entre as partes, tal trata de matéria trabalhista, sendo aplicável, *in casu*, o prazo prescricional estabelecido no art. 7º, inciso XXIX, da CF/1988. Nesse mesmo sentido, a fundamentação exarada pela Excelentíssima Juíza Dora Rossi Góes, nos autos da Reclamação Trabalhista 301-2006-045-15-00-6: "a questão do dano moral em si mesma não tem natureza jurídica previamente definida. A natureza jurídica da reparação postulada em Juízo fica atrelada, por acessoriedade, à natureza jurídica da relação jurídica que mantinham as partes e da qual decorreu o dano que se pretende reparar. Em sendo assim, entendo que se tiver decorrido de relação de natureza civil, estaremos diante de um dano moral civil. Se em razão de uma relação de trabalho, ou de fato que tenha ocorrido em virtude da existência desta relação de trabalho, terá havido um dano moral trabalhista. Tratando-se de dano moral trabalhista, indiscutível que o crédito pretendido resultaria de comando obrigacional (por ilícito) trabalhista" Decisão por unanimidade. PRESCRIÇÃO. DANO MORAL. ACIDENTE DO TRABALHO.- Como já reconhecido pelo STF, sendo da Justiça do Trabalho a competência para julgar ações que versem sobre indenização por danos materiais e morais, decorrentes de acidentes de trabalho, e isso desde a

promulgação da Carta Magna/1988 que, em seu art. 7º, inciso XXVIII, inseriu essa prerrogativa entre os direitos concedidos aos trabalhadores, daí resulta que a prescrição aplicável a essas demandas é aquela estabelecida no inciso XXIX do mesmo artigo, que estabelece sua aplicação a todos "os créditos resultantes da relação de trabalho", sem qualquer ressalva a exceções. Decisão por unanimidade. TRT/SP 15ª Região 835-2006-132-15-00-4 - Ac. 12ª Câmara 23.966/08-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 09 maio 2008, p. 119.

#### 45 - PRESCRIÇÃO. PROTESTO JUDICIAL

O Protesto Judicial tem como finalidade resguardar direitos, interrompendo a contagem do prazo prescricional. A regra prevista nos arts. 867 e seguintes do CPC é compatível e plenamente aplicável ao processo trabalhista, inexistindo norma específica a regular a matéria. A hipótese tratada no Enunciado n. 308 do C. TST é diversa do caso em tela e, portanto, não há qualquer incompatibilidade entre a jurisprudência firmada e a tese ora apresentada. TRT/SP 15ª Região 752-2006-066-15-00-4 - Ac. 9ª Câmara 19.731/08-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 25 abr. 2008, p. 167.

#### 46 - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. INTERVALO INTRAJORNADA. ATIVIDADE RECREATIVA

Caracteriza acidente de trabalho por equiparação, o infortúnio ocorrido em atividade recreativa (jogo de

bola), no local de trabalho, durante o horário de intervalo para refeição, na medida em que, nos períodos destinados a refeição ou descanso, o empregado é considerado no exercício do trabalho. Inteligência dos arts. 19 e 21 da Lei n. 8.213/1991. Recurso do reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 708-2007-131-15-00-0 - Ac. 12ª Câmara 34.740/08-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 20 jun. 2008, p. 126.

#### 47 - REPRESENTANTE COMERCIAL

O representante comercial é figura importante no agenciamento dos negócios para a venda de produtos ou serviços; é intensa sua participação no processo de comercialização. A distinção com o empregado subordinado é realçada quando se constata a autonomia do primeiro em detrimento da pequena movimentação do segundo. A prova testemunhal produzida pelo obreiro foi incapaz de corroborar com o asseverado na exordial. Assim, ausentes os requisitos de liame empregatício insertos nos arts. 2º e 3º, ambos do texto consolidado, mantém-se a r. decisão primária. TRT/SP 15ª Região 1729-2006-048-15-00-5 - Ac. 11ª Câmara 28.125/08-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 30 maio 2008, p. 91.

#### 48 - RESCISÃO INDIRETA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL E EXPOSIÇÃO DO EMPREGADO A PERIGO MANIFESTO DE MAL CONSIDERÁVEL. IMEDIATIDADE DISPENSÁVEL

Em casos de descumprimentos continuados de obrigações contratuais,

entendo dispensável o requisito da imediatidade da rescisão para a caracterização da justa causa patronal. Isso porque, o descumprimento contratual continuado e a exposição contínua do empregado a perigo de mal manifesto, não podem se convaler com o decurso do tempo, deixando ao alvedrio do empregado o reconhecimento do seu próprio limite de insuportabilidade das condições de trabalho, justificadoras da rescisão contratual justificada. Necessário, apenas, o ajuizamento imediato da demanda judicial após a cessação da prestação de serviços pelo empregado. TRT/SP 15ª Região 728-2006-116-15-00-7 - Ac. 2ª Câmara 40.046/08-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 11 jul. 2008, p. 7.

49 - RESPONSABILIDADE CIVIL. USO DO NOME ALHEIO. CONTINUIDADE DA INSERÇÃO DO NOME DO RECLAMANTE COMO RESPONSÁVEL QUÍMICO NOS RÓTULOS DOS PRODUTOS FABRICADOS E COMERCIALIZADOS PELA RECORRIDA APÓS A EXTINÇÃO DO LIAME. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL PRESUMIDOS. DESNECESSIDADE DE PROVA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CONFIGURADA. INDENIZAÇÕES ARBITRADAS COM FUNDAMENTO NOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE

Em seu art. 5º, inciso X, a CF declarou ser "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação".

Disso resulta, portanto, que se conferiu à pessoa o direito de impedir a livre disposição de seus direitos de personalidade, dentre eles o direito ao nome (Direitos da Personalidade - Título I, Capítulo II, arts. 11 e seguintes do CC). Nesse contexto, prevê o art. 20 do CC que "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais". No mesmo sentido também se coloca o art. 18 do CC prevê que "Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial". Assim, não há dúvida de que a lesão ao direito ao nome resulta, inequivocamente, na obrigação de reparar a lesão, por força do quanto prevê a garantia constitucional enfocada (CF, art. 5º, inciso X). E referida lesão, nos limites da previsão civil, se faz não só quando se tem atingida a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do nome, mas também, e igualmente, quando indevidamente se faz utilização desse nome, isto é, utiliza-se-o sem autorização, em propaganda comercial ou com destinação à finalidade comercial. E à luz da legislação antes enfocada, incontestemente se faz os danos patrimonial e moral causados, os quais não clamam sequer prova dos efetivos prejuízos, pois as decorrentes indenizações são reclamadas

apenas e tão-somente pelo uso indevido do nome com finalidade comercial (CC, arts. 18 e 20). TRT/SP 15ª Região 136-2006-046-15-00-9 - Ac. 10ª Câmara 40.726/08-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 11 jul. 2008, p. 63.

#### 50 - RESPONSABILIDADE IN VIGILANDO DO ENTE PÚBLICO

O ente público, quando estabelece relação jurídica com o prestador de serviços, segue os ditames do certame licitatório, e não age com culpa *in eligendo*. Não lhe é lícito escolher, de forma discricionária, com quem irá contratar. Todavia, *ad cautelam*, há meios legais e jurídicos de inserir cláusulas contratuais autorizadas de rescisão da relação jurídica nas hipóteses em que se constata inadimplência do contratado concernente a obrigações trabalhistas. O contrato poderia ser imediatamente rescindido, com imposição de multas pesadas impostas. Cabe aos administradores aprimorarem os contratos, inviabilizando os desvios que freqüentemente são constatados pelo Judiciário. Responsabilidade subsidiária mantida. TRT/SP 15ª Região 1578-2006-048-15-00-5 - Ac. 11ª Câmara 28.142/08-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 30 maio 2008, p. 92.

#### 51 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MULTAS. ALCANCE

A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços está para os créditos e não com relação aos títulos nominalmente considerados, razão pela qual mesmo as multas impostas ao empregador devem ser supor-

tadas pelo co-responsável trabalhista, ainda que se trate a parte de ente público. Se a responsabilidade é pelo montante global, não se cogita da exceção das multas, na medida em que não se põe à discussão as verbas individualmente consideradas em sentença. TRT/SP 15ª Região 839-2005-043-15-00-7 - Ac. 4ª Câmara 35.773/08-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 27 jun. 2008, p. 32.

#### 52 - SALÁRIO-BASE. SALÁRIO MÍNIMO

Em face do art. 7º da Constituição da República, é vedada a fixação do salário-base inferior ao salário mínimo, ainda que a soma das vantagens pecuniárias suplantem o piso mínimo garantido constitucionalmente. TRT/SP 15ª Região 132-2007-117-15-00-4 - Ac. 2ª Câmara 37.266/08-PATR. Rel. Desig. Eliane de Carvalho Costa Ribeiro. DOE 04 jul. 2008, p. 91.

#### 53 - SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. RESTITUIÇÃO DA MULTA DE 40% DO FGTS. IMPOSSIBILIDADE

A faculdade legal de resilição unilateral do contrato de trabalho do servidor comissionista não autoriza a restituição dos valores pagos pela Administração Pública a título da multa de 40% do FGTS, em virtude da razoável controvérsia acerca de sua exigibilidade. A par disso, os valores pagos indevidamente pela Administração Pública, em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei, quando houver boa fé do servidor beneficiado, não podem

ser objeto de restituição, visto que o recebimento de boa fé de parcela de natureza alimentar, frente à teoria da aparência, convalida o ato jurídico questionado. TRT/SP 15ª Região 1377-2006-124-15-00-6 - Ac. 10ª Câmara 16.495/08-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 04 abr. 2008, p. 69.

**54 - SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO NULO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

O disposto na Súmula n. 363 do C. TST merece interpretação conforme à CF (1º III, 7º XXII e XXIII, 196 e 200 II e VIII), razão pela qual não é razoável indeferir a servidor contratado sem o prévio concurso, a quem não se pode negar o mínimo direito à dignidade da pessoa humana, o adicional de insalubridade. Assim, dentro da expressão "número de horas trabalhadas" inserida na Súmula sob exame, deve ser incluída a contra-prestação do labor prejudicial à saúde o adicional de insalubridade, que tem natureza salarial, mas sem os reflexos. TRT/SP 15ª Região 1764-2005-009-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 41.856/08-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 18 jul. 2008, p. 74.

**55 - SUCESSÃO DE EMPREGADORES. FERROBAN - FERROVIAS BANDEIRANTES S.A.**

Sendo a empresa uma universalidade de pessoas, bens e relações jurídicas, destinadas a uma finalidade empresarial específica, configura-se a sucessão quando ocorre transferência da atividade empresarial para outra pessoa jurídica, com manutenção do mesmo ramo de negócio, com

aproveitamento de parte dos empregados, máquinas, equipamentos e clientes. A FERROBAN, ao receber em concessão a malha ferroviária, arrendando máquinas, equipamentos e instalações da extinta RFFSA, continuou a exercer as mesmas atividades econômicas anteriormente desenvolvidas pela FEPASA e RFFSA, utilizando as mesmas máquinas e equipamentos arrendados, nas mesmas localidades, contando com os mesmos clientes e empregados. Tendo em vista que a partir de janeiro/1999 o reclamante passou a prestar serviços à FERROBAN - Ferrovias Bandeirantes S.A., sem que tenha havido solução de continuidade na prestação de serviços, operou-se mera substituição de sujeitos na relação jurídica trabalhista, o que caracteriza a sucessão de empregadores, por força dos arts. 10 e 448 da CLT. TRT/SP 15ª Região 2088-2001-042-15-00-3 - Ac. 10ª Câmara 24.674/08-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 16 maio 2008, p. 60.

**56 - SÚMULA VINCULANTE N. 4 E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CÁLCULO DEVE SER EFETUADO SOBRE O SALÁRIO-BASE. INTELIGÊNCIA DOS INCISOS IV, XXII e XXIII DOS ARTS. 7º DA CF/1988, 126 DO CPC, 8º E 193 § 1º DA CLT, ANALISADOS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICÁCIA INTEGRADORA DA NORMA CONSTITUCIONAL**

A Súmula Vinculante n. 4 do STF estabelece expressamente que "o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou

de empregado”, nestes termos interpretando o disposto no inciso IV do art. 7º da Lei Maior. Da referida súmula consta também que o salário mínimo não pode “ser substituído por decisão judicial”, vedando a criação jurisprudencial de novo indexador, o que vem fulminar a validade da Súmula n. 17 do C. TST, eis que o parâmetro ali estabelecido quanto a utilização do “salário-profissional” decorre exclusivamente de uma construção judicial, insuficiente para instituí-lo como novo indexador em substituição, estipulação que assim deve ser cumprida em decorrência de sua força vinculante. Como o juiz não pode eximir-se de sentenciar, deve aplicar as demais normas legais, principalmente de direito do trabalho, bem como socorrer-se da analogia, adotando o salário-base com amparo no § 1º do art. 193 da CLT, de modo a preservar a *ratio decidendi* e o princípio da eficácia integradora da norma constitucional, notadamente a que erigiu a exigência de redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito fundamental do trabalhador. TRT/SP 15ª Região 465-2006-120-15-00-5 - Ac. 1ª Câmara 36.205/08-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 27 jun. 2008, p. 11.

57 - TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO OPERADOR, DO ÓRGÃO GESTOR DE MÃO-DE-OBRA E DA AUTORIDADE PORTUÁRIA Comprovada a precariedade e deficiência nas condições de segurança do trabalho, que resultaram na mor-

te do trabalhador, são solidariamente responsáveis o OGM/O, o Operador e a Autoridade Portuária. Caso em que todas foram negligentes em seu dever geral de cautela e em seu dever específico de cumprir as normas afetas à segurança portuária, cada uma em sua esfera de competência, sendo que se apenas uma delas houvesse cumprido com sua parte, o infortúnio poderia ter sido evitado. Não bastasse isso, o art. 2º, § 4º, da Lei n. 9.719/1998 prevê claramente a solidariedade do Operador e do OGM/O pelas obrigações perante o trabalhador. A Autoridade Portuária, que foi negligente na habilitação e vigilância das atividades da operadora, é também responsável pelas mercadorias sob a sua guarda, nos termos do art. 13 da Lei n. 8.630/1993. Essa responsabilidade inclui os danos causados às mercadorias, assim como os danos causados pelas mercadorias, já que o Direito brasileiro acolhe a responsabilidade do guardião pelo fato da coisa. Mantida a r. sentença de origem. Morte por acidente do trabalho. Dano presumido. Havendo acidente de trabalho com morte, é inexigível do autor que comprove o dano moral sofrido, já que este é presumido. Os fatos notórios não dependem de prova e as regras de experiência comum devem ser usadas como fonte de convencimento do julgador. Recurso dos reclamantes provido. Pensão. Direito de acrescer. A pensão tem o objetivo de restituir à família o salário do falecido. Esta restituição não será integral se a pensão do filho menor se extinguir com a sua maioridade, já que o *de cujus*,

se vivo fosse, não sofreria qualquer redução salarial com a maioria dos filhos. Aplicação analógica do art. 77 da Lei n. 8.213/1991. Recurso dos reclamantes provido. TRT/SP 15ª Região 673-2005-121-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 46.523/08-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 08 ago. 2008, p. 55.

#### 58 - TRABALHADORA. ADMITIDA COM IDADE INFERIOR À MINÍMA LEGALMENTE PERMITIDA. DIREITO AO CÔMPUTO, PARA TODOS OS EFEITOS, DO PERÍODO ANTERIOR À MAIORIDADE LABORATIVA.

Embora o texto constitucional vede o trabalho de menor de 16 anos (art. 7º, XXXIII), a norma protetiva não pode ser interpretada em detrimento da pessoa protegida. Direito de a autora ver anotada em sua CTPS o contrato desde o seu efetivo início, na medida em que não se confundem trabalho ilícito e trabalho proibido. TRT/SP 15ª Região 259-2006-048-15-00-2 - Ac. 8ª Câmara 29.362/08-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 06 jun. 2008, p. 97.

#### 59 - TRABALHO EXTERNO. HORAS EXTRAS

É chegada a hora de uma nova apreciação da questão do chamado trabalho externo para efeito de exclusão do direito às horas extras prestadas. De fato, a evolução tecnológica fez com que o conceito de trabalho externo perdesse sua

atualidade. É sabido que hoje em dia existem formas de controle à distância que são mais efetivos que o controle direto, feito no estabelecimento da empresa. A excessiva carga de trabalho atribuída pela empresa, aliada à possibilidade de controle à distância, pode e deve afastar a hipótese do art. 62, I da CLT, fazendo jus o empregado às horas extras prestadas. Eis, assim, uma boa oportunidade para modernizar o direito do trabalho através da jurisprudência, fazendo com que o conceito de trabalho externo seja atualizado ao mundo dos computadores de bolso, celulares e rastreadores eletrônicos por satélite. TRT/SP 15ª Região 1906-2005-066-15-00-4 - Ac. 8ª Câmara 20.107/08-PATR. Rel. Renato Henry Sant'Anna. DOE 25 abr. 2008, p. 163.

#### 60 - VERBAS RESCISÓRIAS. PRESCRIÇÃO TOTAL. *DIES A QUO*

As decisões do STF que declararam a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT não criaram direitos. O marco inicial do prazo prescricional para se postular o recebimento das verbas rescisórias coincide com a data da extinção do contrato, não havendo como se reconhecer que esse prazo tivesse começado a fluir da data em que foram proferidas essas decisões. TRT/SP 15ª Região 658-2007-118-15-00-0 - Ac. 9ª Câmara 33.707/08-PATR. Rel. Regiane Cecília Lizi. DOE 20 jun. 2008, p. 107.

## DIREITO PROCESSUAL

61 - ACORDO. ANTERIORMENTE HOMOLOGADO, DANDO QUITAÇÃO GERAL DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. COISA JULGADA

A quitação geral pressupõe todas as verbas oriundas do contrato de trabalho havido. Contudo não implica em coisa julgada quanto ao direito constitucional irrenunciável, ligado à saúde, onde o empregado postula indenização decorrente de doença profissional ou de acidente de trabalho. TRT/SP 15ª Região 696-2006-082-15-00-7 - Ac. 6ª Câmara 18.676/08-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 18 abr. 2008, p. 39.

62 - APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO. ART. 475-J DO CPC

A aplicação subsidiária ao processo do trabalho do disposto no art. 475-J do CPC está assegurada pelo comando do art. 769 da CLT, em face da omissão desta no tocante à multa prevista na lei que disciplina o processo comum. Por outro lado, a aplicação do dispositivo legal em comento decorre da necessidade de

se observar o princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição), o qual faculta a utilização dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, bem como os princípios da instrumentalidade e da efetividade das decisões judiciais. Decisão de primeiro grau que se mantém. TRT/SP 15ª Região 490-2007-101-15-00-1 - Ac. 10ª Câmara 28.332/08-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 30 maio 2008, p. 80.

63 - APLICAÇÃO DA MULTA. DO ART. 475-J DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO. VIABILIDADE

A Constituição/1988, além de realçar e valorizar os direitos e garantias individuais do cidadão, criou vários institutos com vistas a garantir o acesso à justiça, à efetividade processual e à duração razoável do processo, o que levou a sociedade a exigir cada vez mais a agilização da solução dos conflitos judiciais, entrando o tema morosidade da justiça para a ordem do dia. Nessa esteira, com vistas a me-

lhorar a agilidade da prestação jurisdicional e a sua efetividade, em obediência ao disposto no art. 7º da EC n. 45/2004 - que instituiu comissão especial destinada a elaborar, no prazo de cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria tratada e à promoção de alterações na legislação no intuito de ampliar o acesso à Justiça e tornar mais célere a prestação jurisdicional - o legislador houve por bem promover várias alterações processuais, dentre as quais podemos apontar aquelas implementadas pela Lei n. 11.232/2005, que instituiu o procedimento relativo à fase de cumprimento da sentença no processo de conhecimento no âmbito do direito processual civil. E dentre as alterações de maior relevo encontra-se o disposto no art. 475-J do CPC. Poder-se-ia objetar quanto à aplicação do referido preceito legal no processo do trabalho, ao argumento de que a CLT não é omissa a esse respeito, tendo em conta o teor do disposto nos arts. 880 e 882 da CLT, o que impediria a satisfação dos requisitos previstos no art. 769 consolidado. No entanto, como já assinalado, as modificações referidas estão alicerçadas pelos pilares da efetividade processual e, essencialmente, pela razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/1988 (inciso acrescentado pela EC n. 45/2004). Com efeito, entendo que é plenamente possível a aplicação da regra preconizada no art. 475-J do CPC no processo do trabalho. A um pela sua inegável compatibilidade

com as normas e princípios do processo trabalhista. A dois porque a CLT, no particular, apresenta lacuna, pois não previu qualquer sanção pecuniária no caso de descumprimento da decisão judicial que fixar o valor a ser pago ao credor trabalhista, cujo crédito possui natureza, inclusive, alimentar e, assim, privilegiado. Ademais, não se pode olvidar que a fixação de multa, tecnicamente, configura instituto de direito material e não, propriamente, de direito processual, o que também autorizaria a sua aplicabilidade ao âmbito trabalhista, em conformidade com o permissivo contido no art. 8º, parágrafo único, da CLT, o qual somente condiciona a aplicação do Direito Comum à compatibilidade com os princípios do Direito do Trabalho, o que é inegável, no caso, como já salientado. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 2111-2005-097-15-00-1 - Ac. 5ª Câmara 21.248/08-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 25 abr. 2008, p. 145.

#### 64 - APLICAÇÃO DE DIREITO ESTRANGEIRO. ENCARGO PROBATORIO. *NON LIQUET*. EFICÁCIA DO ORDENAMENTO

A orientação jurisprudencial constante da Súmula n. 207 do C. TST refere-se apenas à lei substantiva. Competente a Justiça do Trabalho brasileira para julgar a ação, deve ser observada a lei processual nacional, notadamente o constante do art. 337 do CPC que, em cumprimento ao princípio da aptidão para a produção da prova, imputou à parte que alegar direito estrangeiro, o ônus de provar seu teor e vigência. Caso não se desven-

cilhe deste encargo, tal reverte em seu desfavor, podendo o Juiz lançar mão da jurisprudência, equidade, analogia, costumes, princípios gerais de direito e normas internacionais, notadamente as editadas pela OIT, se for o caso, porém jamais eximir-se de sentenciar, pois nosso sistema processual rejeita o *non liquet* e garante o direito de ação a todo cidadão brasileiro. A eficácia do ordenamento, como ferramenta institucional apta a garantir a reparação da lesão, é o que justifica e sustenta o sistema jurídico de qualquer país. TRT/SP 15ª Região 1428-2006-083-15-00-9 - Ac. 1ª Câmara 18.068/08-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 11 abr. 2008, p. 74.

65 - AUDIÊNCIA. COMPARECIMENTO DO RECLAMANTE APÓS O HORÁRIO DESIGNADO. EFEITO É confesso quanto à matéria de fato o reclamante que comparece após o início da audiência e já ultrapassado o momento processual para o seu depoimento. Compete à parte ser diligente e atender regularmente ao pregão judicial, pois inexistente em nosso ordenamento a obrigatoriedade do Juízo tolerar o comparecimento tardio, mesmo que o atraso não ultrapasse alguns minutos. TRT/SP 15ª Região 369-2007-105-15-00-5 - Ac. 2ª Câmara 40.332/08-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 11 jul. 2008, p. 14.

66 - AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. LIMITES DA COISA JULGADA. INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL

Em sendo a Justiça do Trabalho competente para a execução das contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas no decorrer de vínculo de emprego judicialmente reconhecido (art. 876, parágrafo único, da CLT), por uma questão de lógica e de justiça e até por aplicação do princípio da economia processual, ela também deve ser considerada competente para determinar ao INSS a averbação do tempo de serviço respectivo, já que tal averbação constitui um dos efeitos secundários da sentença, o que impede falar-se em violação dos arts. 468 e 472 do CPC. A OJ n. 57, da SDI-II, do C. TST, por seu turno, não mais impede que a averbação seja determinada, porquanto o entendimento jurisprudencial nela encerrado tornou-se incompatível com a atual redação do parágrafo único, do art. 876, acima citado. E o início de prova documental da existência do vínculo de emprego somente é exigível no âmbito da Justiça Federal, pois lá a averbação do tempo de serviço se dá independentemente da cobrança das contribuições previdenciárias correspondentes e, no âmbito desta Especializada, ao contrário, ela é consequência natural do reconhecimento do próprio débito previdenciário, o que torna a autarquia previdenciária imune a prejuízos. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1195-2006-093-15-00-1 - Ac. 5ª Câmara 38.130/08-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 04 jul. 2008, p. 114.

67 - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. ADESÃO A ACORDO. QUITAÇÃO DO CONTRATO

DE TRABALHO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO PROVADO. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARTS. 625-E, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT E 267, VI, DO CPC

Trabalhador assistido pelo sindicato de classe, que espontaneamente aderiu a acordo na CCP, dando quitação do contrato de trabalho, sem provar coação, não pode pretender a nulidade do ato a que não estava obrigado. Extinção do processo sem julgamento de mérito por carência de ação (arts. 625-E, parágrafo único da CLT e 267, VI, do CPC). TRT/SP 15ª Região 690-2006-131-15-00-5 - Ac. 3ª Câmara 20.282/08-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DOE 25 abr. 2008, p. 131.

68 - CONTRATAÇÃO. PROCESSO SELETIVO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ORDINÁRIO

Devido à ausência de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF), o contrato de trabalho da reclamante foi declarado nulo, em sede de ação civil pública, cuja decisão já transitou em julgado. Não é possível rediscutir, nestes autos, a referida nulidade, diante do efeito ultra partes da coisa julgada na ação civil pública. Ademais, o processo seletivo não pode se equiparar a concurso público, diante do flagrante desrespeito aos princípios da legalidade, moralidade e, sobretudo, impessoalidade. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 290-2003-010-15-00-8 - Ac. 3ª Câmara 49.271/08-PATR. Rel.

José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 15 ago. 2008, p. 74.

69 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS PROVENTOS DE APOSENTADORIA (ALÍQUOTA DE 11%). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Tanto o pedido de cessação dos descontos efetuados pelo 2º reclamado nos proventos de aposentadoria da autora, quanto o de restituição dos valores debitados a título de contribuição previdenciária (alíquota de 11%), decorrem da extinta relação jurídica empregatícia, mantida entre reclamante e 1º reclamado, de sorte que esta Justiça Especializada detém a competência para dirimir a questão. Inteligência do disposto no inciso I do art. 114 da CF/1988. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESCONTOS INDEVIDOS. DEVOLUÇÃO. MULTA DIÁRIA.- O disposto na Lei Complementar Estadual n. 954/2003 regula apenas a contribuição previdenciária mensal de inativos e pensionistas do Estado, sendo inaplicável aos empregados de sociedade de economia mista, integrantes da administração pública indireta. Configurada a verossimilhança e o fundado receio de dano de difícil reparação, é cabível a antecipação de tutela para que os reclamados se abstenham de proceder ao desconto a título de contribuição previdenciária (alíquota de 11%) nos proventos de aposentadoria da reclamante, sob pena de pagamento de multa diária. BANCO NOSSA CAIXA S.A. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA COMPLEMENTAÇÃO DA APOSENTA-

DORIA.- Por ter ostentado a condição de empregador, o Banco Nossa Caixa S.A. é responsável pelas obrigações decorrentes do extinto contrato de trabalho mantido com a autora, inclusive no que se refere ao pagamento da complementação da aposentadoria, por intermédio do 2º reclamado, Economus - Instituto de Seguridade Social. O ofício circular emitido pela Fazenda Pública do Estado se restringe a informar a assunção direta pelo repasse de recursos referentes ao pagamento dos aposentados e pensionistas beneficiários da Lei n. 3.571/1982 e do Decreto n. 7.711/1976, de sorte que não exime o reclamado desta responsabilidade, diante da inexistência de previsão legal para tanto, restando inválida a transferência efetivada. TRT/SP 15ª Região 634-2006-056-15-00-9 - Ac. 1ª Câmara 48.104/08-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 08 ago. 2008, p. 9.

#### 70 - DENUNCIAÇÃO DA LIDE. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. AGENTE PÚBLICO

Incabível no processo do trabalho a denúncia da lide ao agente público. A intervenção de terceiro, no caso, alongaria a duração do processo para além do razoável no âmbito trabalhista, contrariando o inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF. Demais disso, a administração pública tem assegurado pela Carta o direito de regresso, exercitável em ação própria contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º). TRT/SP 15ª Região 1405-2006-049-15-00-3 - Ac. 7ª Câmara 21.102/08-PATR.

Rel. Fábio Grasselli. DOE 30 abr. 2008, p. 28.

#### 71 - DEPÓSITO RECURSAL. PESSOA FÍSICA BENEFICIÁRIA DA GRATUIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ISENÇÃO

Embora o depósito recursal não constitua taxa ou emolumento, mas garantia de futura execução, sua exigência ao beneficiário da gratuidade da prestação jurisdicional resulta em violação ao princípio da igualdade e cerceamento ao direito à ampla defesa (CF, art. 5º, *caput* e inciso LV), na medida em que restringe o acesso ao duplo grau de jurisdição somente aos que possuem renda ou patrimônio. TRT/SP 15ª Região 736-2006-092-15-00-8 - Ac. 4ª Câmara 39.706/08-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 11 jul. 2008, p. 17.

#### 72 - DETERMINAÇÃO DA AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO RECONHECIDO JUDICIALMENTE PELO INSS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RECURSO DA TERCEIRA RECLAMADA

A competência da Justiça do Trabalho não abrange determinação de averbação de tempo de serviço reconhecido em juízo pelo INSS, ante a falta de previsão do art. 114 da CF, sendo que o inciso IX de referido dispositivo prevê o processamento e julgamento de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho somente se existir previsão legal. Aplicável, portanto, o que preconiza o art. 109, I, § 3º, da CF. Recurso provido. RECURSO DO SEGUNDO RECLAMADO. TOMADOR DOS

SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.- Em se tratando de empresa tomadora de serviços, a responsabilidade pela satisfação de eventuais créditos inadimplidos pela real empregadora é subsidiária, na forma preconizada pela Súmula n. 331,IV, do TST. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região- 600-2007-009-15-00-8 - Ac. 3ª Câmara 49.274/08-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 15 ago. 2008, p. 75.

#### 73 - DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. CRÉDITO FISCAL DE PEQUENO VALOR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CANCELAMENTO DO REGISTRO NO CADIN

A Fazenda Nacional está autorizada a não inscrição, não ajuizamento de execução e a suspensão dos processos de executivo fiscal, relativamente a débitos abaixo de determinado valor-parâmetro, definido pela autoridade competente. Todavia, a suspensão da prescrição prevista no art. 5º, do Decreto-lei n. 1.569/1977, de débito de valor reduzido, inscrito, mas não executado, não pode ficar indefinida. O ordenamento jurídico pátrio não agasalha a eternização da dívida, mesmo fiscal. Logo, tendo transcorrido mais de dez anos da inscrição da Dívida Ativa da União, sem que o devedor tenha sido cobrado extrajudicial ou judicialmente, impõe-se a decretação da prescrição quinquenal intercorrente e, por conseguinte, o cancelamento do registro no CADIN. Inteligência do art. 40 da Lei n. 6.830/1980, art. 174 do CTN, arts. 7º, II, e 20, da Lei n. 10.522/2002, art. 43

do CDC e Súmulas ns. 314 e 323 do C. STJ. Recurso do autor provido. TRT/SP 15ª Região 1880-2006-026-15-00-6 - Ac. 12ª Câmara 36.651/08-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 27 jun. 2008, p. 76.

#### 74 - EMBARGO DE TERCEIRO. PRAZO

O embargo de terceiro constitui ação de quem não é parte no processo, para a defesa de direito patrimonial. Desse modo, o prazo para sua propositura não é de exíguos cinco dias, a contar da ciência da turbação ou esbulho da posse ou da propriedade de seus bens e, sim, até o trânsito em julgado ou, na execução, até cinco dias após a arrematação, adjudicação, remição ou outro meio de expropriação judicial, como a alienação por iniciativa particular (CPC, art. 685-C), mas sempre antes da assinatura da respectiva carta (CPC, art. 1.048). TRT/SP 15ª Região 708-2007-029-15-00-5 - Ac. 3ª Câmara 49.149/08-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 15 ago. 2008, p. 70.

#### 75 - EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONHECIMENTO. PRESSUPOSTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. PROCESSO DO TRABALHO

Estando preenchidos os pressupostos recursais, o julgador não pode decidir pelo não conhecimento do recurso. Se a parte, regularmente representada, interpõe, dentro do prazo legal, os embargos de declaração, sustentando que a decisão embargada contém omissão ou contradição, ainda que ela não se ressinta de tais defeitos, não há como deixar de conhecer a medida inten-

tada. O julgador, ao dizer que os embargos visam a reexaminar a prova, faz juízo de mérito e não de pressuposto de admissibilidade. A multa é a penalidade prevista na lei para os embargos tidos como protelatórios. A interpretação que nega a interrupção do prazo recursal, impedindo o acesso ao segundo grau de jurisdição, ofende a literalidade do art. 538 do CPC. Agravo de instrumento a que se dá provimento para admitir o trânsito do recurso ordinário. TRT/SP 15ª Região 1237-2006-001-15-01-9 - Ac. 11ª Câmara 30.828/08-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 06 jun. 2008, p. 112.

76 - EMBARGOS DECLARATÓRIOS. DECISÃO DECLARADA NULA. NOVO JULGAMENTO. MANUTENÇÃO DOS TERMOS DA R. SENTENÇA ORIGINÁRIA. REITERAÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO E USO DO ADESIVO. NÃO CONHECIMENTO

Opostos embargos declaratórios com efeito modificativo, deve a parte contrária ser intimada para se manifestar. Descumprida essa providência, a nulidade da respectiva decisão é de rigor, nos termos da OJ N. 142 da SBDI-I do C. TST. Se o novo julgamento eliminou o gravame antes imposto à parte pela decisão declarada nula e se aquela já havia recorrido anteriormente da sentença nos aspectos que lhe continuaram sendo desfavoráveis, não merece conhecimento o segundo apelo interposto e, por conseguinte, o recurso adesivo a ele vinculado (art. 500 do CPC). É que, embora os embargos declaratórios interrom-

pam o prazo recursal, tal efeito não se operou na espécie, pois não pode haver a interposição cumulativa de recursos quanto a um mesmo ato. DOENÇA OCUPACIONAL. MOLÉSTIAS COLUNARES. NEXO DE CAUSALIDADE. CONCAUSA. - Embora as moléstias colunares tenham etiologia normalmente degenerativa, as funções desenvolvidas pelo operário podem atuar como fator desencadeante ou de agravamento do problema, caracterizando-se como concausa. Nas situações, portanto, em que a doença esteja fundada em mais de uma causa, havendo uma que esteja ligada à consecução do trabalho é possível o reconhecimento do liame etiológico. Aplicação da teoria da equivalência das condições, ínsita no art. 21, I da Lei n. 8.213/1991. TRT/SP 15ª Região 1350-2004-046-15-85-3 - Ac. 8ª Câmara 29.354/08-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 06 jun. 2008, p. 96.

77 - HOMOLOGAÇÃO. DE COMPOSIÇÃO ENTRE AS PARTES. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MULTA DO ART. 467 DA CLT Não pode ser aceita a discriminação de um valor devido a título de multa do art. 467 da CLT em acordo judicial, por flagrante violação do artigo celetista mencionado, que determina o pagamento da multa quando, não havendo controvérsia em relação ao montante devido a título de verbas rescisórias, deixa a reclamada de quitar o valor quando do seu comparecimento à Justiça do Trabalho. Assim, comparecendo a reclamada à Audiência inaugural e,

ao firmar acordo, quita o quanto entendido pelas partes como sendo devido pelo contrato de trabalho, não descumpre o preceito legal. Deve, portanto, ser acolhido o pedido de se determinar o recolhimento da contribuição previdenciária sobre o valor fixado a este título. TRT/SP 15ª Região 1888-2005-022-15-00-6 - Ac. 10ª Câmara 22.294/08-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 09 maio 2008, p. 102.

#### 78 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO DE ASSISTÊNCIA SINDICAL NÃO COMPROVADO. INDEVIDOS

A declaração de pobreza, a outorga de poderes pelo autor e a redação da inicial em impresso contendo como cabeçalho o nome e o endereço do Sindicato da categoria profissional do reclamante não implicam, por si só, em que tal ente tenha prestado assistência. Fazia-se necessária a juntada aos autos do Termo de Assistência Sindical, assinado por integrante da direção do Sindicato, ou de preposto autorizado a tanto. Indevidos, assim, os honorários advocatícios. TRT/SP 15ª Região 381-2007-002-15-00-2 - Ac. 6ª Câmara 31.665/08-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 13 jun. 2008, p. 32.

#### 79 - INTEMPESTIVIDADE DE RECURSO. PROTOCOLO INTEGRADO. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO

A utilização do protocolo integrado deve se dar por conta e risco do jurisdicionado, não se acolhendo alegação de força maior ou de caso

fortuito para justificar a intempestividade de ato processual praticado em localidade diversa daquela por onde tramita o feito, escolhida livremente pelo patrono da parte. TRT/SP 15ª Região 945-2007-104-15-00-8 - Ac. 2ª Câmara 28.724/08-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 30 maio 2008, p. 28.

#### 80 - INTERPRETAÇÃO. DIFERENÇAS. EQUÍVOCOS NÃO NECESSARIAMENTE EXISTENTES. ADEQUAÇÃO. OTIMIZAÇÃO

Interpretações e posições diferentes não levam a que se tenha como certa e necessariamente equivocadas a que não se espasa, mesmo porque é difícil falar, sem outras considerações e ângulos de abordagem, em interpretação e posição equivocada, sendo mais acertado, ao que parece, falar em interpretação e/ou posição mais adequada, que otimize a aplicação de uma norma, atento aos fins que justificam sua existência. TRT/SP 15ª Região 1106-2007-049-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 42.277/08-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 18 jul. 2008, p. 76.

#### 81 - JUSTIÇA DO TRABALHO. INSS. ORDEM PARA AVERBAÇÃO DE PERÍODO CONTRATUAL RECONHECIDO EM JUÍZO. COMPETÊNCIA

Se a regra do parágrafo único do art. 876 da CLT, cuja redação foi atualizada por meio da edição da Lei n. 11.457/2007, é clara ao autorizar que a execução das contribuições previdenciárias relativas aos períodos contratuais reconhecidos em Juízo seja procedida no âmbito desta Jus-

tiça Especializada, quanto o mais seja a ordem para que a Autarquia do INSS faça o registro desse tempo de serviço na CTPS do trabalhador, contribuinte. Essa é a melhor interpretação integrada das normas transcritas nos arts. 114, VIII, e 195, I, "a" e II, além do 201 e parágrafos, todos da CF/1988. TRT/SP 15ª Região 1154-2006-099-15-00-3 - Ac. 9ª Câmara 20.547/08-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 25 abr. 2008, p. 171.

#### 82 - LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ESPOSA E FILHOS DE ACIDENTADO FALECIDO

A esposa e filhos de acidentado falecido têm legitimidade, como sucessores, para a propositura de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho, sendo a Justiça do Trabalho a única competente para dirimir a controvérsia (inciso XXVIII do art. 7º, c/c o inciso VI do art. 114, da CF). Em ação movida pelo espólio, nada impede que a pensão mensal e a indenização sejam divididas, proporcionalmente, entre eles, na qualidade de sucessores. INDENIZAÇÃO. LEI CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. DOLO OU CULPA PATRONAL. PRESSUPOSTO NECESSÁRIO. NORMAS TÉCNICAS. INOBSERVÂNCIA. EFEITOS.- A obrigação de indenizar exige a prova de dolo ou culpa do empregador, ou do tomador dos serviços (inciso XXVIII do art. 7º, da CF), mas a inobservância de normas técnicas, ou de medidas de ergonomia aconselhadas para a atividade, é indicadora de

negligência patronal, ou da tomadora dos serviços, dela emergindo a obrigação de reparar o dano causado. PENSÃO. MORTE DO ACIDENTADO. GASTOS PESSOAIS. DEDUÇÃO DE UM TERÇO. ACOHLIMENTO.- Na fixação da pensão devida por morte de trabalhador acidentado, é razoável a redução de um terço do último salário por ele percebido, a título de despesas presumidas destinadas à sua manutenção, se vivo fosse. ACIDENTE DO TRABALHO. BENEFICIÁRIOS. VIUVA E FILHOS MENORES. DIREITO DE ACRESCEER. RECONHECIMENTO.- A pensão por morte de empregado, atingido por animal localizado em propriedade do empregador, tem como beneficiários a viúva e os filhos menores do acidentado, assegurado o direito de acrescer a todos os beneficiários, sempre que um deles atinja a idade limite estipulada ou venha a falecer. TRT/SP 15ª Região 1486-2005-004-15-00-0 - Ac. 4ª Câmara 47.546/08-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 08 ago. 2008, p. 32.

#### 83 - LITISPENDÊNCIA EM FACE DE AÇÃO COLETIVA DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL E AÇÃO INDIVIDUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO

É certo que o sindicato da categoria profissional está legitimado como substituto processual a atuar em nome de toda a categoria que representa na defesa de seus interesses, consoante se extrai do art. 8º da CF, sendo dispensável a relação nominal de todos os substituídos por oca-

sião da postulação inicial, haja vista a possibilidade desta relação ser oferecida por ocasião da execução. Quanto a litispendência, observo que segundo regra do art. 104 do CDC, não há limitação da legitimação individual para agir na busca de tutela de direitos individuais próprios a título individual. Tal princípio também deve ser observado no processo trabalhista em relação a ação coletiva promovida pelo sindicato da categoria profissional, posto que tem objetivo de não criar embaraço para o trabalhador que opta pelo exercício individual do direito de ação. Ademais, muito embora o pedido e a causa de pedir sejam os mesmos, não há identidade de partes, uma vez que o sindicato, quando atua como substituto, não se confunde com o reclamante que promove ação individual. Portanto, correta a r. Sentença que afastou a arguição de litispendência. RECURSO NÃO PROVIDO. TRT/SP 15ª Região 265-2007-116-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 41.906/08-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 18 jul. 2008, p. 75.

#### 84 - NULIDADE *IN TOTUM* DA SENTENÇA. ATO PROCESSUAL SIMPLES, UNITÁRIO E INCINDÍVEL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNIDADE DA SENTENÇA

Verificada a nulidade, a sentença sempre será nula *in totum*. Com efeito, a sentença, ainda que possa ser dividida em capítulos, é um ato processual simples, unitário e incindível, que se exaure numa só conduta, diferentemente dos atos complexos, que são conglomerados

de atos. Os requisitos essenciais da sentença: relatório, fundamentação e dispositivo, conforme o princípio da unidade da sentença, formam um corpo único, que devem ser interpretados como um todo, sendo inaplicável o princípio da conservação dos atos processuais. Interpretar a sentença de forma diversa seria cometer o equívoco de considerá-la um ato complexo, contrariando sua própria natureza, o que implicaria na cisão do julgado, hipótese esta inadmissível. TRT/SP 15ª Região 1115-2005-108-15-00-1 - Ac. 5ª Câmara 29.724/08-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 06 jun. 2008, p. 87.

#### 85 - NULIDADE PROCESSUAL

Aplicável ao processo do trabalho a novel disposição do art. 285-A do CPC, na hipótese específica do juiz ter proferido sentença de improcedência em outros casos idênticos é cuja matéria controversa é unicamente de direito, privilegiando-se os princípios da celeridade e economia processuais, sem afronta direta ao princípio da conciliação. Não há que se confundir, entretanto, matéria unicamente de direito com matéria de fato objeto de prova documental e que, autorizaria a incidência de outra hipótese legal, a do art. 330 do CPC. Afronta à garantia do direito de ampla defesa do Reclamante. Nulidade do processo decretada a partir da sentença, para citação da Reclamada e regular instrução do feito. TRT/SP 15ª Região 724-2007-106-15-00-2 - Ac. 12ª Câmara 31.189/08-PATR. Rel. Maria da Graça Bonança Barbosa. DOE 6 jun. 2008, p. 117.

86 - PENHORA. BEM DE FAMÍLIA  
Para que seja reconhecido que o imóvel penhorado constitui "bem de família", é necessário que seja de propriedade do casal, ou da entidade familiar, e que os proprietários nele residam permanentemente (Lei n. 8.009/1994, art. 1º). Provado, nos autos, que a entidade familiar do executado tem residência fixa no imóvel penhorado, está caracterizado o denominado "bem de família". TRT/SP 15ª Região 816-2001-032-15-00-5 - Ac. 11ª Câmara 31.953/08-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 13 jun. 2008, p. 58.

87 - PROCESSO DE ALÇADA DA VARA DO TRABALHO. EC N. 45, DE 08.12.2004

Salvo se versarem sobre matéria constitucional, a fixação do valor da causa inferior ou igual a dois salários mínimos, por ser de alçada exclusiva da Vara do Trabalho, impede o conhecimento de quaisquer recursos, inclusive remetidos pela Justiça Comum em face da EC n. 45. TRT/SP 15ª Região 1407-2005-071-15-00-2 - Ac. 2ª Câmara 44.134/08-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 25 jul. 2008, p. 17.

88 - PROCESSO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AMPLIAÇÃO PREVISTA NA EC N. 45/2004. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO. PACTO DE NATUREZA COMERCIAL. NÃO ABRANGÊNCIA

Falece competência à Justiça do Trabalho para examinar pedido de indenização fundado em descumprimento de contrato de natureza pu-

ramente comercial, sem relação de trabalho, em que se pactuou uma parceria agrícola. Em casos tais, se configura contrato de sociedade cujo objeto não é o trabalho e sim o resultado alcançado. Hipótese não abarcada pelo art. 7º, inciso IX, da Constituição da República, por não se tratar de controvérsia decorrente da relação de trabalho. Preliminar de incompetência acolhida. Sentença anulada, com remessa dos autos à Justiça Estadual. TRT/SP 15ª Região 250-2007-104-15-00-6 - Ac. 11ª Câmara 46.159/08-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 1º ago. 2008, p. 119.

89 - RECURSO ADESIVO. REPETIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO A QUE FOI DENEGADO SEGUIMENTO. IMPOSSIBILIDADE

Não se pode conhecer de recurso adesivo que tem por escopo apenas contornar a intempestividade ou deserção reconhecidas de recurso anteriormente intentado, reapresentando as mesmas matérias, constituindo em flagrante desvirtuamento da finalidade jurídica inculpada no art. 500 do CPC. TRT/SP 15ª Região 2096-2005-010-15-00-9 - Ac. 1ª Câmara 15.329/08-PATR. Rel. Claudinei Sapata Marques. DOE 04 abr. 2008, p. 2.

90 - RELAÇÃO DE EMPREGO. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. INADMISSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS. RECONHECIMENTO

Voltar, de maneira inconsistente, sobre os próprios passos, é algo que o Direito não tolera, e que está sin-

tetizado na expressão *venire contra factum proprium*, por meio da qual se verbera o comportamento contraditório, que se caracteriza quando, tomada, validamente, uma posição, se volta atrás posteriormente e de maneira injustificada, o que se dá em casos em que defesa nega, de maneira taxativa, que o reclamante tenha prestado algum tipo de serviço para ela e depois, como um flexível bambu, admite a ocorrência de trabalho, ainda que não sob a forma de vinculação empregatícia, conduta essa que, de per si, basta já para o acolhimento da pretensão deduzida na peça de ingresso, relativa ao reconhecimento da existência de relação de emprego, o que mais ainda se impõe quando, com as demais provas produzidas nos autos, resta firme que o labor desenvolvido o foi sob a forma de vinculação empregatícia, por atendidos os respeitantes pressupostos. TRT/SP 15ª Região 1856-2006-004-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 34.171/08-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 20 jun. 2008, p. 89.

91 - REVELIA. CITAÇÃO POR EDITAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL DE QUE TRATA O INCISO II DO ART. 9º DO CPC. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. INOCORRÊNCIA Segundo o art. 769 da CLT apenas nos "casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho". Por omissão se deve entender o descuido ou o esquecimento do legislador. Esse descuido ou esquecimento e, pois, essa omissão, não pode ser

imputada ao legislador da CLT no caso do curador ao revel, pois quando o mesmo entendeu necessária a nomeação de curador o fez expressamente, como na hipótese do art. 793 da CLT. Assim, se ao reclamado citado por edital não foi prevista a nomeação de curador especial, não há como aplicar a regra do inciso II do art. 9º do CPC, porquanto patenteada aí apenas a figura do "silêncio eloqüente", para doutrinadores e juristas omissão intencional e desejada e não descuido ou esquecimento, a demonstrar com isso a efetiva desnecessidade dessa intervenção, razão pela qual resta rechaçar a defendida supletividade. Portanto, se não se aplica a previsão do inciso II do art. 9º do CPC na revelia ocorrida nos feitos trabalhistas, não há violação à lei federal e nem nulidade configuradas na inexistência de curador especial ao revel. TRT/SP 15ª Região 1645-2004-058-15-00-7 - Ac. 9ª Câmara 49.734/08-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 15 ago. 2008, p. 117.

92 - REVELIA E CONFISSÃO. PREPOSTO. CONDIÇÃO DE EMPREGADO. DESNECESSIDADE EM FACE DA EXIGÊNCIA LEGAL DE CONHECIMENTO DOS FATOS. NÃO OCORRÊNCIA

Tem legitimidade para comparecer à audiência o preposto da empresa, seja ou não empregado desta, pois o que a lei exige é que se tenha conhecimento dos fatos, constituindo-se fator de risco para o empregador a apresentação de preposto a ele não vinculado por força de relação de emprego, já que as suas declarações

obrigarão o proponente, segundo preceitua o § 1º do art. 843 da CLT. Assim, o fato do preposto não ser empregado da reclamada, não gera, por si só, a automática decretação da revelia e confissão. TRT/SP 15ª Região 2695-2004-122-15-00-0 - Ac. 4ª Câmara- 35.876/08-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 27 jun. 2008, p. 36.

### 93 - RITO SUMARÍSSIMO. CITAÇÃO POR EDITAL

Para se assegurar o livre acesso à Justiça, mormente desta, Especializada, que busca garantir o ressarcimento de verbas alimentares, há que se considerar a conversão para o rito ordinário, a fim de que seja citada a reclamada por edital. De se sublinhar, que a intenção do legislador ao instituir o rito sumaríssimo foi a de imprimir celeridade aos feitos onde se buscam direitos básicos que se refletem em valores inferiores a 40 salários mínimos, caminhando para a observação dos princípios de celeridade e economia processuais. No caso dos autos, o intuito já se mostra severamente violado, uma vez que o feito tramita há mais de dois anos, sem sequer a prolação de sentença meritória. O anseio buscado, pois, deve ser atendido, qual seja, a citação da reclamada por edital e, se assim a lei o determina, porque em prática o que se percebe já é a instituição do rito ordinário, que se imprima formalmente ao feito tal rito e prossiga-se, pelo melhor Direito. Recurso a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 2029-2005-108-15-00-6 - Ac. 6ª Câmara 19.706/08-PATR. Rel.

Ana Maria de Vasconcellos. DOE 18 abr. 2008, p. 40.

### 94 - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. LEI N. 5.584/1970. CUSTAS PROCESSUAIS

Considerando que a legislação processual trabalhista não disciplina as custas processuais nas ações movidas pelo sindicato na condição de substituto processual, impõe-se a aplicação subsidiária prevista no art. 769 da CLT. O processo civil moderno tem dado ênfase às ações coletivas, dispensando as associações do adiantamento das custas processuais (LACP, art. 18; CDC, art. 87), inclusive para preparo recursal. Considerando a simetria, a mesma regra deve ser aplicada aos sindicatos que assumem o importante papel da substituição processual. Mesmo que não se aceite tal aplicação subsidiária, se o sindicato pode defender, em nome próprio, direito de terceiro, e, se esse terceiro preferisse propor a sua reclamação individual, poderia obter os benefícios da assistência judiciária, seria um execrável contrasenso negar assistência judiciária a sindicato que estivesse substituindo empregado que preenchesse todos os requisitos estampados no § 1º do art. 14 da Lei n. 5.584/1970. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REVISÃO ANUAL DE SALÁRIOS. A revisão anual de vencimentos, que não se confunde com o aumento, está garantida na CF (art. 37, X). A omissão da Municipalidade, que acarreta lesão de direito, deve ser corrigida por intermédio da atuação jurisdicional, sob pena de grave vio-

lência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Tendo em vista que os reajustes do salário mínimo são superiores à inflação, tais índices não podem ser utilizados, pois implicariam aumento dos vencimentos. Possível, assim, a revisão anual de salários, mediante a aplicação do INPC. TRT/SP 15ª Região 1427-2006-026-15-00-0 - Ac. 6ª Câmara 22.582/08-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 30 abr. 2008, p. 27.

#### 95 - TRABALHADOR. EM CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL. COMPETÊNCIA

Segundo o art. 236, os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado e não administrativo, o que submete toda ação oriunda da respectiva relação de trabalho ao inciso I do art. 114, ambos da CF/1988, e, portanto, à competência da Justiça do Trabalho. A Lei n. 8.935/1994 define os efeitos civis e criminais das atividades, dentre outras coisas, mas pela orientação constitucional do *caput*, inicialmente citada, a regra é auto-aplicável, em relação ao regime dos trabalhadores, inclusive retroativamente à CF, de 05.10.1988, com reforço da tendência jurisprudencial, inclusive do STF, que tem entendido que a Corregedoria Estadual tem papel apenas fiscalizador das serventias, que o titular contrata, remunera com recursos particulares e dirige as funções dos respectivos empregados, seus dependentes econômicos, por isto são celetistas e, portanto, eventuais benefícios acrescidos à relação, tirados dos estatutários, são apenas *plus* ao seu patrimônio trabalhista, tendo em vis-

ta a grande desproporcionalidade do numerário, que é recebido pelos cartórios e a remuneração destinada aos contratados, além de aplicação do Princípio de Proteção ao Trabalhador. VACÂNCIA DO CARTÓRIO E SUCESSÃO DO ESTADO.- Na hipótese de vacância do cartório extrajudicial, é justo que se inclua na relação o próprio cartório, ainda que não se lhe reconheça, normalmente, sua personalidade jurídica, ante o princípio da garantia do direito e da acessibilidade ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), além do que, em razão da falta de titularidade, pergunta-se: para onde se destinará a grande quantia de dinheiro arrecada, neste ínterim. Por outro lado, observe-se que o § 3º do art. 236 da CF/1988 não atribui ao Estado o dever de assunção de eventual sucessão, impõe, apenas, o dever de disciplinar o Concurso Público do respectivo titular. SUBSTITUIÇÃO DE PARTES. FASE DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE.- Na forma do art. 41 do CPC, só se permite a substituição da parte, por previsão legal, tal que, eventuais problemas entre os verdadeiros devedores, caso procedente a ação, poderão ser resolvidos, por meio de ação remissiva, pois, o instituto da sucessão trabalhista foi concebido para proteger o trabalhador e não o devedor. TRT/SP 15ª Região 753-2004-059-15-00-9 - Ac. 12ª Câmara 25.107/08-PATR. Rel. José Pitas. DOE 16 maio 2008, p. 73.

#### 96 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RECONHECIDO EM JUÍZO. PRESUNÇÃO DE CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO E DA

**DATA DA EXTINÇÃO DO CONTRATO. ÔNUS DA PROVA**

Considerando-se que o contrato de trabalho se caracteriza por ser de trato sucessivo, uma vez reconhecido o vínculo empregatício entre as partes, porque o empregador admitiu a prestação de serviço, mas não logrou provar que se tratava de prestação de trabalho autônomo, milita em favor do empregado a presunção de sua continuidade até a data indicada na inicial, porque o empregador não se desincumbiu do ônus de provar a extinção do contrato se deu na data apontada na defesa. Nestes casos, a jurisprudência do TST fixou entendimento de que compete ao empregador o ônus da provar (CLT, arts. 818 e CPC, 333, II) da data da extinção do contrato (Súmula n. 212

do TST). Na hipótese, não foi produzida prova que confirmasse que a extinção do contrato se deu na data alegada na defesa. Como a existência do vínculo empregatício entre as partes foi fartamente demonstrada por meio dos depoimentos testemunhais, há a presunção de que a cessação dos serviços se deu por iniciativa patronal e que a extinção do contrato de trabalho se deu por iniciativa do reclamado, na data alegada na exordial. Em consequência, não se configura a prescrição nuclear da pretensão deduzida na inicial, como entendeu o juízo *a quo*. Recurso ordinário provido. TRT/SP 15ª Região 423-2006-024-15-00-1 - Ac. 10ª Câmara 18.827/08-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 18 abr. 2008, p. 49.



## DIREITO RURAL

97 - CONTRATO DE SAFRA. PLANTIO E COLHEITA DA CANA-DE-AÇÚCAR NO MESMO ANO CIVIL. CICLOS PRODUTIVOS DIVERSOS. INSUBSISTÊNCIA DO CONTRATO A PRAZO

Nada obstante a Lei n. 5.889/1973 autorize o reconhecimento de que a safra depende das variações estacionais e por isso compreende o plantio e colheita, é necessário registrar que no caso da cana-de-açúcar, diante de seu ciclo produtivo - a longevidade de sua cultura em relação às demais lavouras reconhecidas como estacionais -, ativação do trabalhador no plantio e colheita dentro do mesmo ano civil envolve inegável continuidade na prestação de serviços, situação jurídica que não atende ao regulamento dos contratos de safra, pois que o plantio e em seguida a colheita se fazem para ciclos produtivos diversos: o plantio de um ano representará a colheita dos anos seguintes; o inverso também é verdadeiro, pois a colheita de determinado ano se mostra fruto do plantio em anos anteriores. TRT/SP 15ª Região 1920-2006-022-15-00-4 -

Ac. 10ª Câmara 32.156/08-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 13 jun. 2008, p. 46.

98 - PRESCRIÇÃO PARCIAL. ECN. 28/2000. RECURSO DO RECLAMANTE

Ajuizada a reclamação trabalhista após o quinquênio, contado da vigência da EC n. 28, de 26.05.2000, é de se manter a prescrição quinquenal dos créditos do trabalhador rural. Precedentes do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Não atendidos os pressupostos da Lei n. 5.584/1970, recepcionada pela Carta Constitucional/88 e não derogada pela Lei n. 8.906/1994, conforme já decidiu o STF (ADIN 1127-DF), é indevida a verba de honorários advocatícios. Súmulas ns. 219 e 329 do C. TST. RECURSO DOS RECLAMADOS. ENQUADRAMENTO PROFISSIONAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE. CONDOMÍNIO AGRÍCOLA. OPERADOR DE MÁQUINA. TRATORISTA.- Restando comprovado que a atividade preponderante do condomínio empregador é a exploração agrícola e pe-

cuária, deve o autor, exercendo a atividade de operador de máquina agrícola, no carregamento de cana-de-açúcar e manobra de tratores, ser enquadrado como trabalhador rural. INTERVALO INTRAJORNADA. TRABALHADOR RURAL.- Não alegada, em contestação, a aplicabilidade do disposto no art. 71, § 4º da CLT aos trabalhadores rurais, sua argüição somente em sede de recurso ordinário configura inovação recursal, não albergada pelo art. 128 do CPC. HORAS IN ITINERE. Mantido o enquadramento do autor como trabalhador rural, resta prejudicada a pretensão recursal baseada no reenquadramento do empregado como condutor de veículo rodoviário e na aplicação das normas coletivas próprias dessa categoria. TRT/SP 15ª Região 639-2006-036-15-00-7 - Ac. 1ª Câmara 15.340/08-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 04 abr. 2008, p. 3.

99 - RECURSOS DAS PARTES. JORNADA DE TRABALHO. DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO PARCIAL. TRABALHADOR RURAL

A inexistência de cartões de ponto é de prova em sentido contrário, impõe o acolhimento da jornada de trabalho informada pelo Reclamante. Incidência da Súmula n. 338 do TST. A concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, conduz ao pagamento total do período suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Inteligência da

OJ n. 307 da SBDI-1/TST. O art. 5º da Lei n. 5.889/1973, remete a fixação do intervalo para refeição e descanso, no âmbito do trabalho rural, aos usos e costumes. Todavia, não se pode postergar o período de descanso e refeição do trabalhador vez que decorrente de norma pública. O Decreto que regulamentou a Lei n. 5.889/1973, determina a observância do intervalo mínimo de 01h00 (uma hora). Por força expressa o Texto Constitucional - art. 7º, *caput* -, que firmou a isonomia entre os trabalhadores urbano e rural, é aplicável o art. 71, § 4º, da CLT, ao trabalhador rural. RECURSO ORDINÁRIO DOS RECLAMADOS. HORAS IN ITINERE.- Inexistindo prova da compatibilidade de horários dos serviços de transporte público com a jornada de trabalho do empregado, o local de trabalho é de ser considerado de difícil acesso, assistindo ao trabalhador o direito de receber como horas in itinere todo o tempo de trajeto. JUSTIÇA GRATUITA. CABIMENTO.- Preenchidos os requisitos do art. 790, § 3º, da CLT, a concessão da justiça gratuita encontra respaldo no art. 5º, LXXIV, da CF/1988. RECURSO DO RECLAMANTE. UNICIDADE CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO.- Não se verificando o trabalho sem solução de continuidade, resta descaracterizada a fraude preconizada pelo art. 9º da CLT, não se justificando o reconhecimento da unicidade contratual. INDENIZAÇÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE.- Comprovado que o Reclamante esteve afastado por período inferior a 15 (quinze) dias não faz jus a estabili-

dade provisória de que trata o art. 118 da Lei n. 8.213/1991. MULTAS DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT. VERBAS INCONTROVERSAS. INEXISTÊNCIA.- A inexistência de verbas incontroversas, cujo pagamento deveria ser efetivado em audiência, afasta a aplicação da cominação do art. 467 da CLT. A litigiosidade razoável das verbas pleiteadas afasta a mora rescisória do empregador. Inteligência da OJ n. 351 da SBDI-1/TST. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.- Não restando comprovado o trabalho em condições insalubres, indevido o adicional de insalubridade. TRT/SP 15ª Região 489-2005-070-15-00-1 - Ac. 1ª Câmara 38.224/08-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 04 jul.2008, p. 65.

100 - TRABALHADOR RURAL. CORTE DE CANA. ATIVIDADE EXTENUANTE. REMUNERAÇÃO POR PRODUÇÃO. JORNADA EXTRAORDINÁRIA. DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO. INAPLICABILIDADE DA REGRA GERAL INSERIDA NA OJ N. 235 DO C. TST O constituinte, no art. 1º, elegeu a dignidade da pessoa humana, assim como os valores sociais do trabalho, como princípios centrais de todo o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional. Assim, a legislação infraconstitucional deve ser interpretada conforme os princípios acima relacionados. É norma geral de experiência que trabalhador rural, que se ativa no corte de cana, após extenuante jornada de oito ho-

ras, tem a sua capacidade física manifestamente reduzida. Nessas condições de extrema fadiga, alegar que é suficiente a contraprestação no estertor do fôlego do trabalhador mediante singelo adicional extraordinário, colocando inclusive a sua vida em risco (em confronto com o inciso XXII do art. 7º da Carta Magna), é ignorar os princípios constitucionais acima mencionados. Portanto, a regra geral insculpida na OJ n. 235 do C. TST deve ser interpretada conforme os princípios constitucionais, ou seja, desde que atividade extraordinária não implique demasiado esforço físico. Conseqüentemente, o cortador de cana tem direito a receber, na jornada extraordinária, a hora extra acrescida do adicional extraordinário e não apenas este. TRT/SP 15ª Região 431-2005-120-15-85-2 - Ac. 6ª Câmara 48.139/08-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 8 ago. 2008, p. 48.

101 - TRABALHADOR RURAL. LAVOURA CANAVIEIRA. DIFERENÇAS SALARIAIS. PRODUÇÃO. EITO DE 7 (SETE) RUAS. CABIMENTO O corte de cana-de-açúcar em oito de 5 (cinco) ruas constitui conquista histórica do trabalhador rural na lavoura canavieira do Estado de São Paulo, e se insere como condição obrigatória pelas normas coletivas da categoria, assistindo ao trabalhador direito as diferenças salariais quando trabalha em oito de 7 (sete) ruas. TRABALHADOR RURAL. LAVOURA CANAVIEIRA. DIFERENÇA SALARIAL. PRODUÇÃO. PREÇO DA CANA CORTA-

DA. AFERIÇÃO. TONELADA/METRO LINEAR. NORMA COLETIVA. INOBSERVÂNCIA.- A não observância pelo empregador rural dos critérios fixados em norma coletiva para aferição do preço final do metro linear da cana cortada, defere ao trabalhador a apuração das diferenças devidas. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.- Não atendidos os pressupostos da Lei n.

5.584/1970, recepcionada pela Carta Constitucional/88 e não derogada pela Lei n. 8.906/1994, conforme já decidiu o STF (ADIN n. 1127-DF), é indevida a verba de honorários advocatícios. Súmulas ns. 219 e 329 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 1085-2006-115-15-00-2 - Ac. 1ª Câmara 30.622/08-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE. 06 jun.2008, p. 69.

## EXECUÇÃO

102 - AGRAVO DE PETIÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. APLICAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DE PARTICIPAÇÃO DO DEVEDOR SOLIDÁRIO NA FASE DE CONHECIMENTO. Consoante dispõe o § 2º do art. 2º da CLT, as empresas que integram o grupo econômico respondem solidariamente pelos créditos trabalhistas umas das outras e essa solidariedade permite que a dívida seja cobrada de qualquer devedor solidário. Assim, o direcionamento da execução contra quaisquer das empresas do grupo econômico a que pertence a parte executada é possível na execução trabalhista, independentemente de sua participação, ou não, na fase de conhecimento. TRT/SP 15ª Região 368-2004-091-15-85-2 - Ac. 6ª Câmara 28.268/08-PATR. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 30 maio 2008, p. 61.

103 - AGRAVO DE PETIÇÃO. IMPUGNAÇÃO DE VALOR LÍQUIDO RESULTANTE DA SENTENÇA DE CONHECIMENTO. COISA JULGADA

Não é defeso à parte discutir na li-

quidação matéria transitada em julgado. Exegese do art. 879, § 1º da CLT, e 475-G do CPC. TRT/SP 15ª Região 1699-2005-042-15-00-8 - Ac. 6ª Câmara 39.141/08-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 11 jul. 2008, p. 32.

104 - AGRAVO DE PETIÇÃO. SEQUESTRO. FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. DÉBITO DE PEQUENO VALOR. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. CF, ART. 100, § 3º, OJ TP 1 DO C. TST E PORTARIA N. 33/2002 DESTA REGIONAL

Tratando-se de execução de débitos de pequeno valor (assim considerados aqueles em montante igual ou superior a 1.135,2885 UFESPs, nos termos da Lei Estadual n. 11.377/2003) no qual é devedora a Fazenda Pública, a competência para expedição da ordem de pagamento ou de eventual sequestro é do Juízo de Primeiro Grau. É nesse sentido, o art. 8º da Portaria GP/CR n. 33/2002 deste E. Regional: "Art. 8º. O pagamento de débitos de pequeno valor, devidos pela Fazenda Pública do

Estado de São Paulo e pelas Fazendas Municipais, deverá ser determinado diretamente pelo Juízo da execução ao órgão executado, (...). Mantém-se, portanto, a decisão de origem quanto ao tópico. Decisão por unanimidade. AGRAVO DE PETIÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. ANATOCISMO.- Havendo alegação de anatocismo em cálculos elaborados em processo no qual é executada a Fazenda Pública, a par de qualquer questão processual, impõe-se a análise do recurso, em face do grande prejuízo que resultaria para o Erário, caso comprovada sua ocorrência. Decisão por unanimidade. TRT/SP 15ª Região 401-1988-032-15-01-6 - Ac. 12ª Câmara 23.781/08-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 09 maio 2008, p. 110.

#### 105 - ARREMATACÃO. PELO EXEQUENTE. POSSIBILIDADE

Considera-se viável a arrematação pelo exequente, ainda que por valor inferior ao da avaliação, desde que este valor não configure a hipótese de preço vil. TRT/SP 15ª Região 936-1999-066-15-00-4 - Ac. 2ª Câmara 25.185/08-PATR. Rel. Eliane de Carvalho Costa Ribeiro. DOE 16 maio 2008, p. 24.

#### 106 - CADERNETA DE POUPANÇA. IMPENHORABILIDADE

A quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos é impenhorável. Inteligência do art. 649, X, do CPC, aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 2172-2005-077-15-00-4 - Ac. 11ª Câmara 49.960/08-PATR.

Rel. Hélio Grasselli. DOE 15 ago. 2008, p. 124.

#### 107 - DEPOSITÁRIO. ENCARGO ESPONTÂNEO. RECUSA VÁLIDA. AGRAVO DE PETIÇÃO

A insurgência daquele que foi nomeado depositário, contra sua expressa vontade, uma vez que envolve liberdade de ir e vir, em face de eventual prisão, pode ser trazida ao Juízo da execução por qualquer meio, seja embargos, seja exceção, ou simples petição. E a decisão agravada está em sintonia com a OJ n. 82 da Eg. SBDI-II. Agravo improvido. TRT/SP 15ª Região 49-1998-012-15-00-3 - Ac. 3ª Câmara 23.157/08-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 09 maio 2008, p. 69.

#### 108 - EXECUÇÃO

Na execução dirigida contra entidade beneficente, clube recreativo ou associação que não exerce atividade econômica, a extensão da responsabilidade aos bens pessoais dos diretores se configura de forma excepcional, sendo necessária evidência probatória de que houve gestão fraudulenta ou ilícita. As associações não visam lucro e não constituem sociedades, pois se formam pela simples reunião de pessoas, sem que haja estipulação de direitos e obrigações recíprocas, e portanto, ofende o princípio da isonomia admitir que associado ou diretor de entidade beneficente de caráter assistencial, que não auferir proveito econômico com sua atividade, possa ser responsabilizado objetivamente por débitos da entidade. Em se tratando de diretor não remunerado de associação re-

creativa ou entidade assistencial, sem fins lucrativos, a responsabilidade pessoal patrimonial exige prova da atuação com culpa ou dolo, abuso de direito, excesso de poder, gestão fraudulenta ou violação à lei. TRT/SP 15ª Região 1080-2001-011-15-00-1 - Ac. 10ª Câmara 40.477/08-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 11 jul. 2008, p. 56.

109 - EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO. FALÊNCIA DO DEVEDOR PRINCIPAL. PRESUNÇÃO DE INSOLVÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DO ESGOTAMENTO DOS MEIOS EXECUTIVOS. PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DO DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. POSSIBILIDADE. PROCESSO DO TRABALHO

A decretação da falência do devedor principal, por si só, é indicativa da inexistência de patrimônio suficiente para saldar a obrigação derivada do título executivo. Por conseguinte, o decreto da quebra esgota *ipso facto* a execução contra o devedor principal, em face da *vis attractiva* imanente ao juízo universal falimentar, autorizando o prosseguimento da execução em face do devedor subsidiário, diante da responsabilidade estabelecida pelo título executivo judicial. Agravo de petição provido. TRT/SP 15ª Região 1004-2002-043-15-00-1 - Ac. 11ª Câmara - 28.029/08-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 30 maio 2008, p. 89.

110 - EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE TERCEIROS. NATUREZA NÃO PREVIDENCIÁRIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTI-

ÇA DO TRABALHO. ARTS. 114, VIII E 195, I, "A", E II, C/C O ART. 240 DA CF

A Justiça do Trabalho não tem competência para execução de contribuições sociais devidas a terceiros, em face da natureza não previdenciária da verba, conforme interpretação dos arts. 114, VIII, e 195, I, "a", e II, c/c com o art. 240 da CF. TRT/SP 15ª Região 3003-2005-142-15-00-9 - Ac. 3ª Câmara 20.264/08-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DOE 25 abr. 2008, p. 130.

111 - EXECUÇÃO. SÓCIO-QUOTISTA. RESPONSABILIDADE RESTRIITA AO SÓCIO-GERENTE

A responsabilidade dos sócios de pessoa jurídica pelos créditos trabalhistas decorre do disposto no art. 186, do CTN que ressalva a preferência dos créditos resultantes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. Por tal razão, todos os privilégios e regras destinados ao crédito tributário são aplicados ao crédito trabalhista. A responsabilidade pela execução dos créditos trabalhistas é imposta ao sócio-gerente por força do estabelecido no art. 135, inciso III, do CTN. Ainda que se possa reconhecer que os atos que resultaram na execução tenham sido praticados com excesso de poderes, por resultantes de infração das leis trabalhistas, não é possível reconhecer a responsabilidade da agravante sócia-quotista, pois não exercia os encargos de gerência. Nem se alegue que a matéria poderia ser decidida com fulcro nas disposições pertinentes legislação previdenciária A posição atual do STJ

é no sentido de que as disposições encartadas na Lei n. 8.620/1993, art. 13, não podem ser acolhidas, pois a responsabilidade pelos créditos tributários exige a existência de lei complementar (CF, art. 146, 111, "b"). TRT/SP 15ª Região 220-2004-105-15-00-3 - Ac. 3ª Câmara 34.309/08-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 20 jun. 2008, p. 81.

#### 112 - EXECUÇÃO. UNIÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO

É agravável de petição a decisão que exige certidão da dívida ativa para a execução de contribuição previdenciária incidente sobre acordo homologado judicialmente. TRT/SP 15ª Região 1019-2004-099-15-00-6 - Ac. 7ª Câmara 21.080/08-PATR. Rel. Fábio Grasselli. DOE 30 abr. 2008, p. 28.

#### 113 - FRAUDE À EXECUÇÃO. BOA-FÉ DO COMPRADOR. IRRELEVÂNCIA

Tratando-se de fraude à execução não se perquire sobre a boa-fé do terceiro adquirente do bem penhorado. A fraude à execução, diferentemente da fraude contra credores, é praticada contra a administração da Justiça. E por isso, há a presunção irremovível de que, através de manobras artificiosas, se visou frustrar a plena eficácia da tutela jurisdicional, o que não pode ser admitido. TRT/SP 15ª Região 893-2007-024-15-00-6 - Ac. 8ª Câmara 14.902/08-PATR. Rel. Regiane Cecília Lizi. DOE 04 abr. 2008, p. 53.

#### 114 - IMPUGNAÇÃO AOS CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO. PRAZO PARA A UNIÃO

O prazo estabelecido no art. 884 da CLT é destinado a quem é parte no processo. Inaplicável, pois, à União quando atua na condição de terceira interessada, a teor do que dispõe o § 3º do art. 879 da CLT, que estabelece, de modo específico, o prazo de dez dias para a União se manifestar acerca da conta elaborada pela parte ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho. Agravo de petição a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 1205-2003-126-15-00-2 - Ac. 10ª Câmara 22.268/08-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 09 maio 2008, p. 101.

#### 115 - MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC. INVIABILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO, MORMENTE QUANDO A DECISÃO NÃO É LÍQUIDA

A multa prevista no art. 475-J do CPC tem por objetivo impor o pagamento do valor de condenação certo ou definitivamente fixado em liquidação de sentença. Ocorre que, na sistemática do Processo do Trabalho, é assegurado ao devedor o direito de discutir o valor definido na sentença de liquidação após a penhora, através dos Embargos à Execução. Desta forma, exercendo um direito legalmente assegurado, não pode ser punido com o pagamento de pesada multa. Sendo assim, o cabimento dessa multa restringe-se ao Processo Civil, cuja sistematização assegura ao devedor recurso para impugnação da sentença de liquidação antes de sua citação, o que torna inaceitável que não pague a dívida logo após ser citada

para fazê-lo. A única hipótese em que vislumbramos o cabimento dessa multa no Processo do Trabalho seria no caso de prolação de decisão líquida, que possibilitaria ao devedor discutir esse valor através do Recurso Ordinário e, assim, ao ser citado não lhe restaria outra alternativa que não o pagamento. No entanto, como no caso em tela não foi proferida sentença líquida, descabe cogitar-se da incidência da multa. TRT/SP 15ª Região 1045-2005-072-15-00-6 - Ac. 4ª Câmara 39.919/08-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 11 jul. 2008, p. 25.

116 - ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES RESTRITA AO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NÃO SUJEIÇÃO À TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. No que pesem serem empregadores (por equiparação, § 1º, art. 2º, CLT), as organizações da sociedade civil de interesse público não estão sujeitas à teoria da desconsideração da personalidade jurídica para efeito de execução trabalhista em face de seus dirigentes. A responsabilidade adida aos seus diretores somente pode resultar do instituto da responsabilidade civil, notoriamente subjetiva. Neste sentido, aliado ao nexos de causalidade, exige demonstrar, no mínimo, o elemento subjetivo culpa (comissiva, omissiva voluntária, negligente ou imprudente) e como tal (a culpa) emerge como fato constitutivo do direito de vindicar em face desta ou daquela pessoa um direito (como obrigada ou co-obri-

gada). Não havendo prova do fato constitutivo (de ônus do exequente, art. 333, I, CPC), a execução não pode voltar-se contra as pessoas dos dirigentes, como seria de direito nos casos em que empregador típico, sujeito aos ditames do Decreto n. 3.708/1919 e Lei n. 6.404/1976. Agravo de Petição ao qual se dá provimento para excluir a responsabilidade dos agravantes e declarar insubsistentes as penhoras levadas a efeito em suas contas bancárias. TRT/SP 15ª Região 1332-2002-084-15-00-3 - Ac. 12ª Câmara 23.832/08-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DOE 09 maio 2008, p. 113.

117 - PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. DELIMITAÇÃO DE VALORES. MATÉRIAS EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. INEXIGIBILIDADE. AGRAVO DE PETIÇÃO. A delimitação de valores exigida no § 1º do art. 897, da CLT, para fins de admissibilidade de Agravo de Petição, não é pertinente nos casos em que o objeto do apelo se refira apenas à questões de direito. Com efeito, no caso, limitam-se as matérias em confirmar ou não a forma de execução adotava em face da ré; o bloqueio de numerário levado à efeito pelo Juízo da execução; e, por fim, quanto a incidência de juros de mora contra empresa que se encontra em liquidação extrajudicial (Súmula n. 304 do TST). Presentes os pressupostos recursais do Agravo de Petição, entendendo deva ser dado provimento ao Agravo de Instrumento, para determinar o processamento de Agravo de Petição trancado na origem. Agravo de Instrumento provi-

do. TRT/SP 15ª Região 2411-1993-016-15-00-1 - Ac. 3ª Câmara 20.455/08-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 25 abr. 2008, p. 136.

118 - SALÁRIOS. IMPENHORABILIDADE

A quantia correspondente aos salá-

rios recebidos pelo executado é impenhorável. Inteligência do art. 649, IV, do CPC, aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 652-2005-136-15-01-6 - Ac. 11ª Câmara 30.698/08-PATR. Rel. Hélio Grasselli. DOE 06 jun. 2008, p. 108.

## MATÉRIA NOVA

### 119 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS AUTÔNOMOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE

Pertence à Justiça do Trabalho a competência também para apreciar questões relacionadas com cláusulas de natureza técnica, firmadas por meio de contrato de prestação de serviços autônomos, ainda mais se elas dissem respeito a maiores responsabilidades para o profissional, pessoa física, contratada, isso em função das novas regras do art. 114 da CF/1988, atualizadas pela EC n. 45/2004. TRT/SP 15ª Região 1268-2005-067-15-00-8 - Ac. 9ª Câmara 24.596/08-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 16 maio 2008, p. 55.

### 120 - DOENÇA OCUPACIONAL. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A doença ocupacional adquirida pelo empregado no exercício de suas funções em razão da degradação do meio ambiente de trabalho tem natureza de violação de direito metaindividual, gerando, por conse-

quência, a responsabilidade objetiva do empregador pela reparação dos danos materiais e morais, pois o empregado tem direito ao meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado, em conformidade com a interpretação sistemática dos arts. 7º, VIII, 200, VIII, e 225, § 3º, da Constituição da República, restringindo-se a responsabilidade subjetiva prevista no inciso VIII do art. 7º ao caso de acidente de trabalho tipo individual. TRT/SP 15ª Região 999-2003-126-15-00-7 - Ac. 8ª Câmara 40.848/08-PATR. Rel. João Batista da Silva. DOE 11 jul. 2008, p. 49.

### 121 - INSERÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE JUÍZO ARBITRAL EM CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. TERMO FIRMADO PERANTE TRIBUNAL DE ARBITRAGEM. NULIDADE. INEFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL

É inaplicável o instituto da arbitragem na solução de conflitos individuais do trabalho e, por corolário, nula a inserção de cláusula compromissória de juízo arbitral no contra-

to, além de ineficaz o termo firmado perante o Tribunal de Arbitragem, com fulcro no controle de legalidade conferido ao Juiz Trabalhista pelo art. 9º da CLT, cujo escopo consiste na declaração de nulidade de atos tendentes a desvirtuar ou impedir a aplicação de regras trabalhistas. TRT/SP 15ª Região 1011-2005-109-15-00-3 - Ac. 10ª Câmara 16.627/08-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 04 abr. 2008, p. 71.

#### 122 - MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

O meio ambiente do trabalho é o local onde se desenvolvem as atividades do trabalho humano. A partir de 1988 ele passou a ser considerado um direito material constitucional vinculado a um dos valores fundamentais da vida, que é a vida saudável. Sempre que houver uma lesão ou ameaça na esfera de atuação da competência jurisdicional do Direito do Trabalho, da Justiça do Trabalho haverá uma hipótese de responsabilidade civil. A responsabilidade existirá independentemente da existência de culpa porque à empresa cabe zelar pela segurança do empregado, sob pena de responsabilizar-se pelo pagamento de indenização. TRT/SP 15ª Região 157-2007-148-15-00-6 - Ac. 6ª Câmara 39.533/08-PATR. Rel. Edna Pedrosa Romanini. DOE 11 jul. 2008, p. 33.

#### 123 - MUNICÍPIO. ABONO. INCORPORAÇÃO ATRAVÉS DE LEI. DIFERENÇA SALARIAL INDEVIDA

Não cabe ao Judiciário transformar

incorporação de abono em reajuste salarial, quando o poder público municipal cumpre com o disposto no art. 37, X da Constituição da República, concedendo reajustes anuais de salário e, além do que determina a lei maior, também concede a incorporação de abono fixo a todos os servidores. TRT/SP 15ª Região 349-2007-049-15-00-0 - Ac. 2ª Câmara 37.219/08-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 04 jul. 2008, p. 90.

#### 124 - RENÚNCIA DO DIREITO DE AÇÃO. REFIS. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A inclusão do débito no REFIS está condicionada ao pedido de extinção do processo no qual se discute a execução com julgamento de mérito (art. 1º, § 3º, inciso III da MP n. 303/2006), não havendo que se falar, portanto, em renúncia, pois não protocolizado pedido de extinção do feito não há que se falar em adesão ao REFIS. DIREITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE COBRANÇA.- A constituição do crédito (inscrição na dívida ativa) dever ser realizada no prazo de cinco anos, contados do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ser efetuado (art. 173 do CTN). Somente após a constituição do crédito é que tem início o prazo prescricional de cinco anos para ajuizamento da ação de cobrança (art. 174 do CTN). Recurso provido parcialmente. TRT/SP 15ª Região 603-2006-031-15-00-1 - Ac. 3ª Câmara 30.488/08-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 06 jun. 2008, p. 80.

## SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

### 125 - CONVENÇÃO COLETIVA DO TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO

Com exceção dos processos de jurisdição voluntária, para a atuação do Poder Judiciário é necessária a existência de lide, ou seja, o conflito de interesses. Portanto, o acordo judicial tem o caráter de apaziguamento da contenda sob o manto e o crivo do poder jurisdicional. *In casu*, a entabulamento de Convenção Coletiva de Trabalho tem nítido caráter de acordo extrajudicial, sendo impossível a esta E.Corte homologá-lo, pois, conforme salientado pela I. Representante do *Parquet*, o Poder Judiciário não possui natureza de órgão chancelador de pactos extrajudiciais. TRT/SP 15ª Região 2299-2007-000-15-00-0- Ac. SDC 131/08-PADC. Rel. Maria da Graça Bonança Barbosa. DOE 30 maio 2008, p. 14.

### 126 - DEPÓSITO RECURSAL. EXIGÊNCIA. EMPREGADOR

O depósito de que trata o art. 899 e

parágrafos, da CLT, deve ser efetuado "na conta vinculada do empregado" (§ 4º) e, portanto, somente pode ser exigido do empregador, em demanda em que ele atue como tal e nela figure algum "empregado" como parte. Em se tratando de dissídio entre Sindicatos, nenhum depósito pode ser exigido, como condição para o conhecimento do recurso, mesmo que um deles tenha sido condenado ao pagamento de honorários advocatícios. O mesmo se dá em ação movida por Sindicato contra empresa, em que o primeiro tenha sido condenado ao pagamento de honorários advocatícios. TRT/SP 15ª Região 1539-2006-084-15-00-1-Ac. SDC 142/08-PADC. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 27 jun. 2008, p. 6.

### 127 - INTERDITO PROIBITÓRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA

Ainda que não sufragada pela Justiça Comum, é de se ressaltar que o E. STF tem entendimento, unânime, no sentido de ser da competência desta Justiça Especializada a análise e o

juízo de julgamento do interdito possessório originado de uma questão afeta à relação de emprego. Precedente. INTERDITO PROIBITÓRIO. AJUIZAMENTO. IMINÊNCIA DE GREVE. POSSIBILIDADE.- O interdito proibitório, como disposto no art. 932 do CPC, é a proteção possessória adequada, de forma essencial, para as hipóteses de ameaça de turbação ou esbulho da posse de quem detém determinado bem, na condição de possuidor direito ou indireto, desde que presente o justo receio da concretização da ameaça. A ação em comento pode ser ajuizada nesta Justiça Especializada em face de uma greve ou da sua ameaça. Se por um lado o art. 9º da Magna Carta assegura direito de greve, por outro assegura a inviolabilidade da propriedade (art. 5º, *caput*), aqui utilizada no seu sentido amplo, incluindo a posse. Estando tais direitos, constitucionalmente garantidos, em choque, deverá o aplicador do direito, através de técnicas integrativas, levá-los a um patamar comum, lhes

garantido a coexistência. Assim, a ação sob enfoque e no âmbito de uma greve ou da ameaça de sua realização terá como objetivo garantir ao seu autor a resguarda da sua posse sobre determinado bem, coibindo-se qualquer excesso provocado pelo movimento paredista. Destarte, o procedimento escolhido pela empresa, em tese, atende à natureza da causa ainda que conexo a um estado de greve, devendo esta Justiça Especializada passar para a análise dos seus pressupostos processuais, das condições da ação e, se possível, do seu mérito. Não estando a questão fundada em matéria exclusivamente de direito (art. 515, § 3º, da CLT), é de rigor determinar a remessa dos autos à instância originária para a continuidade no seu julgamento. Prejudicada, com isso, a apreciação das demais matérias recorridas. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 1450-2006-014-15-00-4 - Ac. SDC 140/08-PADC. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 27 jun. 2008, p. 6.

## ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA\*

### ABONO

- CF, art. 37, X. Reajuste .. (DM 04), 251

### AÇÃO

- rescisória. Documento novo ..... (2ªSDI 03), 249

- rescisória. Erro de fato . (2ªSDI 03), 249

- rescisória. Violação à lei. Indeferimento da denúncia da lide. Não ocorrência .... (2ªSDI 03), 249

### ACIDENTE

- de trabalho. Cortador de cana. Danos morais e materiais. Cabimento. Presença da culpa do empregador ..... (DM 05), 251

- de trabalho. Lixo hospitalar. Ferimento com agulha. Suspeita de contaminação. Dano moral caracterizado ..... (DM 06), 251

- do trabalho. Beneficiários. Viúva e filhos menores. Direito de crescer. Reconhecimento ..... (DP 82), 279

- do trabalho. Descabimento da aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC. Hierarquia de normas. Ônus da prova ..... (DM 07), 251

- do trabalho. Riscos. Responsabilidade ..... (DM 08), 252

### ACORDO

- Anteriormente homologado, dando quitação geral do extinto contrato de trabalho. Coisa julgada ..... (DP 61), 271

### ADESÃO

- a PDV. Multa de 40% do FGTS devida. Rescisão contratual imotivada ..... (DM 09), 252

### ADICIONAL

- de insalubridade ..... (DR 99), 289

- de insalubridade. Base de cálculo face ao reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade

\* Abreviaturas utilizadas: 1ª SDI = 1ª Seção de Dissídios Individuais; 2ª SDI = 2ª Seção de Dissídios Individuais; DM = Direito Material; DP = Direito Processual; DR = Direito Rural; EX = Execução; MN = Matéria Nova; SDC = Seção de Dissídios Coletivos. O algarismo negrito corresponde à numeração referencial das ementas de jurisprudência. Exemplo: Acordo anteriormente homologado está na página "271" na Subseção Direito processual (DP) e é a ementa de número 61.

dade do art. 192 da CLT sem declarar sua nulidade. Salário mínimo ..... (DM 10), 252

#### AGRAVO

- de petição. Fazenda pública. Anatocismo ..... (EX 104), 292
- de petição. Grupo econômico. Responsabilidade solidária. Aplicação independentemente de participação do devedor solidário na fase de conhecimento ..... (EX 102), 291
- de petição. Impugnação de valor líquido resultante da sentença de conhecimento. Coisa julgada ..... (EX 103), 291
- de petição. Seqüestro. Fazenda Pública Estadual. Débito de pequeno valor. Competência do juízo de primeiro grau. CF, art. 100, § 3º, OJ TP 1 do C. TST e Portaria n. 33 2002 deste Regional ..... (EX 104), 291

#### ANTECIPAÇÃO

- de tutela. Descontos indevidos. Devolução. Multa diária ..... (DP 69), 274

#### APLICAÇÃO

- ao Processo do Trabalho. Art. 475-j do CPC ..... (DP 62), 271
- da multa do art. 475-J do CPC no Processo do Trabalho. Viabilidade ..... (DP 63), 271
- de Direito Estrangeiro. Encargo probatório. *Non liquet*. Eficácia do ordenamento ..... (DP 64), 272

#### APOSENTADORIA

- espontânea. Efeitos ..... (DM 11), 253
- Manutenção do contrato de trabalho, com posterior demissão

imotivada. Trata-se de contrato único, sendo devida a indenização de 40% sobre todo o período do contrato ... (DM 12), 253

#### ARREMATAÇÃO

- pelo exequente. Possibilidade ..... (EX 105), 292

#### ASSÉDIO MORAL

- Submissão a condições de isolamento e ócio no ambiente de trabalho. Caracterização . (DM 13), 253

#### AUDIÊNCIA

- Comparecimento do reclamante após o horário designado. Efeito ..... (DP 65), 273

#### AVERBAÇÃO

- de tempo de serviço. Competência da Justiça do Trabalho. Limites da coisa julgada. Início de prova documental ..... (DP 66), 273

#### BANCO

- Nossa Caixa S.A. Responsabilidade pelo pagamento da complementação da aposentadoria ..... (DP 69), 274

#### CADERNETA DE POUPANÇA

- Impenhorabilidade .. (EX 106), 292

#### COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

- Adesão a acordo. Quitação do contrato de trabalho. Vício de consentimento não provado. Carência de ação. Extinção do processo sem resolução de mérito. Arts. 625-E, parágrafo único da CLT e 267, VI, do CPC ..... (DP 67), 273

**CONTRATAÇÃO**

- Processo seletivo. Declaração de nulidade em sede de ação civil pública. Recurso ordinário ..... (DP 68), 274

**CONTRATO**

- de estágio. Desvirtuamento de sua finalidade legal. Nulidade reconhecida ..... (DM 14), 254
- de safra. Plantio e colheita da cana-de-açúcar no mesmo ano civil. Ciclos produtivos diversos. Insubsistência do contrato a prazo ..... (DR 97), 287
- de trabalho. De atleta profissional. Responsabilidade do patrocinador ..... (DM 15), 255
- de prestação de serviços técnicos autônomos. Justiça do Trabalho. Competência. Possibilidade .... (MN 119), 297
- Prazo determinado. Lei n. 9.601/1998. Interpretação estrita ..... (DM 16), 255

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

- sobre os proventos de aposentadoria (alíquota de 11%). Competência da Justiça do Trabalho ..... (DP 69), 274

**CONTRIBUIÇÕES**

- previdenciárias. Acordo. Ausência de reconhecimento da prestação de serviços ..... (DM 17), 256
- previdenciárias. Sobre acordo sem reconhecimento de vínculo. Pessoa física que recebe o trabalho prestado na condição de tomador de serviços domésticos. Contribuição previdenciária indevida ..... (DM 18), 256

**CONVENÇÃO**

- Coletiva ..... (DM 19), 256
- Coletiva do trabalho. Homologação pelo Poder Judiciário. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do processo sem o julgamento do mérito ..... (SDC 125), 299

**CRÉDITO**

- previdenciário. Prescrição ..... (DM 20), 257

**DANO MORAL**

- Disacusia. Adoção de critério ..... (DM 37), 262
- Fixação do valor da indenização. Arbitramento ..... (DM 23), 258
- Inadimplemento de verbas rescisórias. Não configuração ..... (DM 21), 257
- Indenização. Anotações na CTPS. Contrato cancelado ..... (DM 22), 257
- Revista íntima diária. Caracterização ..... (DM 23), 258

**DENUNCIÇÃO**

- da lide. Duração razoável do processo. Agente público .. (DP 70), 275

**DEPOSITÁRIO**

- Encargo espontâneo. Recusa válida. Agravo de petição .. (EX 107), 292

**DEPÓSITO**

- recursal. Exigência. Empregador ..... (SDC 126), 299
- recursal. Pessoa física beneficiária da gratuidade da prestação jurisdicional. Isenção ..... (DP 71), 275

**DETERMINAÇÃO**

- da averbação de tempo de ser-

viço reconhecido judicialmente pelo INSS. Incompetência da Justiça do Trabalho. Recurso da terceira reclamada ..... (DP 72), 275

#### DIREITO DO TRABALHO

- Danos morais. Cobranças excessivas do empregador .... (DM 24), 258

#### DIREITO TRIBUTÁRIO

- Prescrição da ação de cobrança ..... (MN 124), 298

#### DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO

- Crédito fiscal de pequeno valor. Prescrição intercorrente. Cancelamento do registro no CADIN ..... (DP 73), 276

#### DOENÇA OCUPACIONAL

- Meio ambiente do trabalho. Responsabilidade objetiva ..... (MN 120), 297  
 - Moléstias colunares. Nexo de causalidade. Concausa ..... (DP 76), 277

#### EMBARGO DE TERCEIRO

- Prazo ..... (DP 74), 276

#### EMBARGOS DECLARATÓRIOS

- Conhecimento. Pressupostos objetivos e subjetivos. Processo do Trabalho ..... (DP 75), 276  
 - Decisão declarada nula. Novo julgamento. Manutenção dos termos da r. sentença originária. Reiteração do recurso ordinário e uso do adesivo. Não conhecimento ..... (DP 76), 277

#### EMPRESA PÚBLICA

- ECT. Dispensa imotivada. Descabimento. Reintegração. OJ n. 247, II, SDI-1, TST ..... (DM 25), 258

#### ESTABILIDADE

- de servidor público. Aplicação subsidiária das disposições encartadas na CLT. Princípio da congruência. Destina-se a telementos objetivos e subjetivos da demanda, não a artigos de lei ..... (DM 26), 259

#### EXECUÇÃO ..... (EX 108), 292

- Agravo de petição. Falência do devedor principal. Presunção de insolvência. Caracterização do esgotamento dos meios executivos. Prosseguimento da execução em face do devedor subsidiário. Possibilidade. Processo do trabalho ..... (EX 109), 293  
 - Contribuição social de terceiros. Natureza não previdenciária. Incompetência da Justiça do Trabalho. Arts. 114, VIII e 195, I, "a", e II, c/c o art. 240 da CF ..... (EX 110), 293  
 - Média salarial. Reflexo de ausências injustificadas sobre o DSR ..... (DM 27), 259  
 - Sócio-quotista. Responsabilidade restrita ao sócio-gerente ..... (EX 111), 293  
 - União. Agravo de petição (EX 112), 294

#### FEPASA

- Complementação de aposentadoria. Direito adquirido. Transferência para a União. Direito ao recebimento de reajustes. Aplicação dos reajustes concedidos pelo órgão previdenciário. Compatibilidade ..... (DM 28), 259

#### FÉRIAS

- proporcionais. Justa causa. Con-

- venção n. 132 da OIT . (DM 29), 260
- FERROBAN**
- Cargo de auxiliar administrativo. Equiparação salarial ... (DM 30), 260
- FRAUDE**
- à execução. Boa-fé do comprador. Irrelevância ..... (EX 113), 294
- GARANTIA DE EMPREGO**
- ao trabalhador incorporado ao serviço militar. Exegese do art. 472 da CLT. Não caracterização ..... (DM 31), 260
- GRATIFICAÇÃO**
- variável condicionada a lucro mínimo. Natureza jurídica não salarial. Litigância de má-fé ..... (DM 32), 260
- HOMOLOGAÇÃO**
- de composição entre as partes. Contribuição previdenciária. Multa do art. 467 da CLT ..... (DP 77), 277
- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**  
(DR 98, 101), ..... 287, 290
- Termo de assistência sindical não comprovado. Indevidos ..... (DP 78), 278
- HORAS**
- extras. Ajudante de entregas. Serviço de índole preponderantemente externa. Efetiva possibilidade de controle cotidiano patronal. Cabimento ..... (DM 33), 261
  - *in itinere* ..... (DR 98), 288
  - *in itinere*. Negociação coletiva. Forma de solução de conflito. Supressão integral do direito.
- Desrespeito ao art. 58, § 2º, da CLT ..... (DM 34), 261
- IDENTIDADE FUNCIONAL**
- Remuneração diferenciada decorrente de opção a planos de cargos e salários distintos. Impossibilidade ..... (DM 35), 262
- IMPUGNAÇÃO**
- aos cálculos de liquidação. Prazo para a União ..... (EX 114), 294
- INDENIZAÇÃO**
- Estabilidade provisória. Acidente ..... (DR 99), 288
  - Lei civil. Acidente do trabalho. Dolo ou culpa patronal. Presuposto necessário. Normas técnicas. Inobservância. Efeitos ..... (DP 82), 279
  - por acidente de trabalho. Direito do Trabalho ..... (DM 36), 262
  - por dano material. Doença do trabalho. Pensão vitalícia. Ausência de afastamento, de redução salarial e recebimento de auxílio-acidente ..... (DM 37), 262
  - por danos morais. Assédio moral. Responsabilidade do empregador por atos de seus empregados e prepostos ..... (DM 38), 262
- INSERÇÃO**
- de cláusula compromissória de juízo arbitral em contrato individual de trabalho. Termo firmado perante Tribunal de arbitragem. Nulidade. Ineficácia liberatória geral ..... (MN 121), 263
- INTEMPESTIVIDADE**
- de recurso. Protocolo integrado. Força maior ou caso for-

- tuito ..... (DP 79), 278
- INTERVALO**
- intrajornada. Trabalhador rural ..... (DR 98), 288
- INTERDITO PROIBITÓRIO**
- Ajuizamento. Iminência de greve. Possibilidade ..... (SDC 127), 300
  - Justiça do Trabalho. Competência ..... (SDC 127), 299
- INTERPRETAÇÃO**
- Diferenças. Equívocos não necessariamente existentes. Adequação. Otimização ..... (DP 80), 278
- JORNADA DE TRABALHO**
- Alteração. Servidor público ..... (DM 39), 263
- JUSTIÇA**
- do Trabalho. INSS. Ordem para averbação de período contratual reconhecido em juízo. Competência ..... (DP 81), 278
  - gratuita. Cabimento .. (DR 99), 288
- LEGITIMIDADE**
- e competência. Danos morais e materiais. Esposa e filhos de acidentado falecido ..... (DP 82), 279
- LITISPENDÊNCIA**
- em face de ação coletiva do sindicato da categoria profissional e ação individual. Não configuração ..... (DP 83), 279
- MANDADO DE SEGURANÇA**
- Recurso administrativo. Depósito prévio da multa .... (1ªSDI 01), 247
- MEIO AMBIENTE DO TRABALHO**
- Responsabilidade do empregador ..... (MN 122), 298
- MULTA**
- prevista no art. 475-j do CPC. Inviabilidade de sua aplicação no Processo do Trabalho, mormente quando a decisão não é líquida ..... (EX 115), 294
  - do § 8º do art. 477 da CLT indevida. Pagamento tempestivo das verbas rescisórias e homologação posterior ..... (DM 40), 263
- MULTAS**
- dos arts. 467 e 477 da CLT. Verbas incontroversas. Inexistência ..... (DR 99), 289
- MUNICÍPIO**
- Abono. Incorporação através de lei. Diferença salarial indevida ..... (MN 123), 298
  - Responsabilidade subsidiária. Contrato administrativo ..... (DM 41), 263
- NULIDADE**
- *in totum* da sentença. Ato processual simples, unitário e incindível. Aplicação do princípio da unidade da sentença ..... (DP 84), 280
  - processual ..... (DP 85), 280
- ORGANIZAÇÕES**
- da sociedade civil. Responsabilidade dos dirigentes restrita ao instituto da responsabilidade civil. Não sujeição à teoria da desconsideração da personalidade jurídica ..... (EX 116), 295
- PENHORA**

- Bem de família ..... (DP 86), 281

## PENSÃO

- Morte do acidentado. Gastos pessoais. Dedução de um terço. Acolhimento ..... (DP 82), 279

## PESSOA JURÍDICA

- de direito público. Município. Contratação de empregado pela CLT sem concurso público. Cargo de diretor de colégio. Nulidade. Art. 37, II e V da CF e Súmula n. 363 do C. TST ..... (DM 42), 263

## PRAZO

- para o lançamento das contribuições previdenciárias ... (DM 43), 264

## PRESCRIÇÃO

- Dano moral por acidente do trabalho. Indenização. Natureza jurídica ..... (DM 44), 264  
 - Dano moral. Acidente do trabalho ..... (DM 44), 264  
 - Protesto judicial ..... (DM 45), 265  
 - parcial. EC n. 28/2000. Recurso do reclamante ..... (DR 98), 287

## PRESSUPOSTO

- de admissibilidade. Delimitação de valores. Matérias exclusivamente de direito. Inexigibilidade. Agravo de petição ..... (EX 117), 295

## PROCESSO

- de alçada da Vara do Trabalho. EC n. 45, de 08.12.2004 ..... (DP 87), 281  
 - do Trabalho. Competência. Ampliação prevista na EC n. 45/2004. Inexistência de relação de trabalho. Pacto

de natureza comercial. Não abrangência ..... (DP 88), 281

## RECLAMAÇÃO TRABALHISTA

- Acidente de trabalho. Intervalo intrajornada. Atividade recreativa ..... (DM 46), 265

## RECURSO

- adesivo. Repetição de recurso ordinário a que foi denegado seguimento. Impossibilidade ..... (DP 89), 281  
 - administrativo. Exigência de recolhimento integral da multa. Inaplicabilidade do art. 636, § 1º da CLT. Afronta aos princípios da isonomia e do duplo grau ..... (1ªSDI 02), 247  
 - do reclamante unicidade contratual. Prescrição ..... (DR 99), 288  
 - do segundo reclamado. Tomador dos serviços. Responsabilidade subsidiária ..... (DP 72), 275  
 - dos reclamados. Enquadramento profissional. Atividade preponderante. Condomínio agrícola. Operador de máquina. Tratorista ..... (DR 98), 287  
 - ordinário dos reclamados. Horas *in itinere* ..... (DR 99), 288

## RECURSOS

- das partes Jornada de Trabalho. Diferenças de horas extras. Intervalo intrajornada. Supressão parcial. Trabalhador rural ..... (DR 99), 288

## RELAÇÃO DE EMPREGO

- *Venire contra factum proprium*. Inadmissibilidade. Consequências. Reconhecimento ..... (DP 90), 281

**RENÚNCIA**

- do direito de ação. REFIS. Direito Tributário. Direito Processual Civil ..... (MN 124), 298

**REPRESENTANTE**

- comercial ..... (DM 47), 265

**RESCISÃO INDIRETA**

- Descumprimento de obrigação contratual e exposição do empregado a perigo manifesto de mal considerável. Imediatidade dispensável ..... (DM 48), 265

**RESPONSABILIDADE**

- civil. Uso do nome alheio. Continuidade da inserção do nome do reclamante como responsável químico nos rótulos dos produtos fabricados e comercializados pela recorrida após a extinção do liame. Ausência de autorização. Danos material e moral presumidos. Desnecessidade de prova. Obrigação de indenizar configurada. Indenizações arbitradas com fundamento nos princípios da razoabilidade ..... (DM 49), 266
- *in vigilando* do ente público (DM 50), 267
- subsidiária. Multas. Alcançe (DM 51), 267

**REVELIA**

- Citação por edital. Nomeação de curador especial de que trata o inciso II do art. 9º do CPC. Inexistência. Violação à lei federal. Inocorrência ..... (DP 91), 282
- e confissão. Preposto. Condição de empregado. Desnecessidade em face da exigência legal de conhecimento dos fatos. Não ocorrência ..... (DP 92), 282

**RITO SUMARÍSSIMO**

- Citação por edital ..... (DP 93), 283

**SALÁRIO-BASE**

- Salário mínimo ..... (DM 52), 267

**SALÁRIOS**

- Impenhorabilidade ... (EX 118), 296

**SEGURO-DESEMPREGO**

- Habilitação. Indenização. Conversão. Impossibilidade .. (DM 16), 255

**SERVIDOR PÚBLICO**

- Cargo em comissão. Restituição da multa de 40% do FGTS. Impossibilidade ..... (DM 53), 267
- Contrato nulo. Adicional de insalubridade ..... (DM 54), 268
- municipal. Revisão anual de salários ..... (DP 94), 283

**SUBSTITUIÇÃO**

- de partes. Fase de conhecimento. Possibilidade ..... (DP 95), 284
- processual. Assistência judiciária. Lei n. 5.584/1970. Custas processuais ..... (DP 94), 283

**SUCESSÃO**

- de empregadores. FERROBAN - Ferrovias Bandeirantes S.A. .... (DM 55), 268

**SÚMULA VINCULANTE**

- n. 4 e adicional de insalubridade. Cálculo deve ser efetuado sobre o salário base. Inteligência dos incisos IV, XXII e XXIII dos arts. 7º da CF/1988, 126 do CPC, 8º e 193 § 1º da CLT, analisados sob a ótica do princípio da eficácia integradora da norma constitucional ..... (DM 56), 268

## TRABALHADOR

- portuário avulso. Acidente de trabalho. Responsabilidade solidária do operador, do órgão gestor de mão-de-obra e da autoridade portuária ..... (DM 57), 269
- em cartório extrajudicial. Competência ..... (DP 95), 284
- rural. Corte de cana. Atividade extenuante. Remuneração por produção. Jornada extraordinária. Desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Inaplicabilidade da regra geral inserida na OJ n. 235 do C. TST ..... (DR 100), 289
- rural. Lavoura canavieira. Diferença salarial. Produção. Preço da cana cortada. Aferição. Tonelada/metro linear. Norma coletiva. Inobservância ..... (DR 101), 289
- rural. Lavoura canavieira. Diferenças salariais. Produção. eito de 7(sete) ruas. Cabimento ..... (DR 101), 289

## TRABALHADORA

- admitida com idade inferior à mínima legalmente permitida. Direito ao cômputo, para todos os efeitos, do período anterior à maioridade laborativa ..... (DM 58), 270

## TRABALHO

- externo. Horas extras .. (DM 59), 270

## VACÂNCIA

- do cartório e sucessão do estado ..... (DP 95), 284

## VERBAS

- rescisórias. Prescrição total. *Dies a quo* ..... (DM 60), 270

## VÍNCULO

- empregatício. Reconhecido em juízo. Presunção de continuidade da relação de emprego e da data da extinção do contrato. Ônus da prova ..... (DP 96), 284



## ÍNDICE ONOMÁSTICO\*

- ARAÚJO, Luiz Carlos de  
- Agravo de petição ..... 291
- BARBOSA, Maria da Graça Bonança  
- Convenção coletiva do trabalho .. 299  
- Nulidade processual ..... 280
- BORGES, Fernando da Silva  
- Aplicação ao Processo do Trabalho ..... 271  
- Impugnação aos cálculos de liquidação ..... 294  
- Jornada de trabalho ..... 263
- BRAIN, Daniel Horacio  
- O Direito do Trabalho e os direitos fundamentais (artigo) ..... 175
- CAMPOS, Flavio Nunes  
- Aposentadoria ..... 253  
- Interdito proibitório ..... 299
- CANDEAS, Ana Paula Silva  
- Juízes para o mercado? (artigo) .. 153
- CANICOBA, Wilton Borba  
- Dano moral ..... 257
- CAPLAN, Luciana  
- Pequena história da magistratura trabalhista brasileira no período colonial (artigo) ..... 133
- CARRADITA, Manuel Soares Ferreira  
- Adicional de insalubridade .... 252  
- Dano moral ..... 258  
- Trabalhador portuário ..... 269
- COSTA, Jorge Luiz  
- Averbação de tempo de serviço ..... 273
- CRESPO, Vera Teresa Martins  
- Dano moral ..... 262  
- Doença ocupacional ..... 277  
- Embargos declaratórios ..... 277  
- Indenização ..... 262  
- Trabalhadora ..... 270
- CUNHA, Andrea Guelfi  
- Contribuições previdenciárias ..... 256
- FAJERSTEIN, Fany  
- Penhora ..... 281

\* Para facilitar e enriquecer a consulta, optou-se pelo índice onomástico acrescido do título em relação aos artigos, identificados como tais e dos assuntos em relação às demais seções.

- FELICIANO, Guilherme Guimarães
- Sobre a criminalização da violação de prerrogativas do advogado – paleorrepressão de sentido impróprio (artigo) ..... 113
- FERREIRA, José Otávio de Souza
- Intempestividade de Recurso ... 278
  - Município ..... 298
  - Rescisão indireta ..... 265
- FONSECA, Fábio Prates da
- A contratação coletiva no Direito do Trabalho italiano (artigo) ..... 197
- FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho
- Sobre a criminalização da violação de prerrogativas do advogado – paleorrepressão de sentido impróprio (artigo) .... 113
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta
- Antecipação de tutela ..... 274
  - Aplicação de Direito Estrangeiro ..... 272
  - Banco ..... 274
  - Contribuição previdenciária .. 274
  - Discurso de saudação ..... 29
  - Súmula vinculante ..... 268
  - Súmula vinculante n. 4: *tertius genus* no controle da constitucionalidade? (artigo) ..... 55
- GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto
- Acidente do trabalho ..... 252
  - Interpretação ..... 278
  - Relação de emprego ..... 281
- GOMIERI, Olga Aida Joaquim
- Ação rescisória ..... 249
  - Agravo de petição ..... 291
  - Prescrição ..... 264
- GRASSELLI, Fábio
- Acidente de trabalho ..... 251
  - Denúnciação da lide ..... 275
  - Execução ..... 294
- GRASSELLI, Hélio
- Caderneta de poupança ..... 292
  - Salários ..... 296
- KHAYAT, Mariane
- Crédito previdenciário ..... 257
- LARAIA, Ricardo Regis
- Depósito recursal ..... 275
  - Embargo de terceiro ..... 276
- LAZARIM, Luiz Antonio
- Adicional de insalubridade .... 289
  - Honorários advocatícios . 287, 290
  - Horas *in itinere* ..... 288
  - Indenização ..... 288
  - Intervalo intrajornada ..... 288
  - Justiça gratuita ..... 288
  - Multas ..... 289
  - Prescrição parcial ..... 287
  - Recurso ..... 287, 288
  - Recurso Ordinário ..... 288
  - Recursos ..... 288
  - Trabalhador rural ..... 289
- LIMA, Samuel Hugo
- Servidor Público ..... 268
  - Servidor Público Municipal ... 283
  - Substituição processual ..... 283
  - Trabalhador rural ..... 289
- LIZI, Regiane Cecília
- Fraude à execução ..... 294
  - Verbas rescisórias ..... 270
- LOBO, Luiz Felipe Paim da Luz Bruno
- Gratificação ..... 260
  - Organizações ..... 295

LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina	to do Trabalho (artigo) ..... 89
- Honorários advocatícios ..... 278	
- Horas <i>in itinere</i> ..... 261	PANCOTTI, José Antonio
- Nulidade ..... 280	- Ferrobán ..... 260
	- Pressuposto de admissibilidade ..... 295
LOPES, Edmundo Fraga	- Vínculo empregatício ..... 284
- Comissão de Conciliação Pré- via ..... 273	PELEGRINI, Edison dos Santos
- Execução ..... 293	- Adesão a PDV ..... 252
- Pessoa jurídica ..... 263	- Dívida ativa da União ..... 276
	- Reclamação trabalhista ..... 265
MACHADO, João Alberto Alves	
- Execução ..... 293	PISTORI, Gerson Lacerda
- Servidor Público ..... 267	- Contrato ..... 297
- Sucessão de empregadores .... 268	- Fepasa ..... 259
	- Justiça do Trabalho ..... 278
MARQUES, Claudinei Sapata	
- Recurso adesivo ..... 281	PITAS, José
	- Abono ..... 251
MONEGATTO, Regina Dirce Gago de Faria	- Férias ..... 260
- Estabilidade ..... 259	- Problemática ordinária traba- lhista (artigo) ..... 45
- Execução ..... 259, 293	- Substituição de partes ..... 284
	- Trabalhador ..... 284
MORAES, Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e	- Vacância ..... 284
- Dano moral ..... 257	PÔRTO, Marcos da Silva
- Mandado de segurança ..... 247	- Contrato de estágio ..... 254
- Multa ..... 263	
	PRIOSTE, Suzana
NEVES, Elency Pereira	- Dignidade humana e o traba- lho penoso (artigo) ..... 221
- Homologação ..... 277	
- Indenização ..... 263	RAMOS, Nildemar da Silva
- Inserção de cláusula ..... 297	- Prescrição ..... 265
NUNES, Luiz Roberto	RIBEIRO, Eliane de Carvalho Costa
- Acidente de trabalho ..... 251	- Arrematação ..... 292
- Contrato de trabalho ..... 255	- Salário-base ..... 267
- Recurso administrativo ..... 247	
	ROMANINI, Edna Pedroso
OLIVA, José Roberto Dantas	- Meio ambiente do trabalho .... 298
- O vigor, a atualidade e a força normativo-constitucional do princípio da proteção no Direi-	- Prazo ..... 264



- Portaria GP n. 28 .....	242	- Agravo de petição .....	291
- Portaria GP/CR n. 19 .....	242	- Rito sumaríssimo .....	283
- Portaria GP/CR n. 24 .....	242		
- Portaria n. 18 .....	242	ZANARDI, Valdevir Roberto	
- Provimento GP/CR n. 4 .....	242	- Contrato de safra .....	287
- Provimento GP/CR n. 5 .....	243	- Responsabilidade civil .....	266
- Provimento GP/CR n. 6 .....	243	- Revelia .....	282
- Provimento GP/CR n. 7 .....	243		
- Resolução Administrativa n. 4 ..	243	ZANELLA, Eduardo Benedito de	
- Resolução Administrativa n. 5 ..	243	Oliveira	
- Resolução Administrativa n. 6 ..	243	- Acidente do trabalho .....	251
		- Audiência.....	273
VASCONCELLOS, Ana Maria de		- Processo de alçada.....	281
- Acordo.....	271		

